UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, SCIENCES POLITIQUES ET HISTOIRE

EA 7307 CEIE – DROIT PUBLIC

THÈSE présentée par :

Anne de RAVEL d'ESCLAPON

soutenue le : **16 novembre 2016**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit public

LA LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX À L'AUNE DES EXEMPLES FRANÇAIS ET AMÉRICAIN

THÈSE dirigée par :

Monsieur Bruno Trescher Maître de conférences à l'université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Monsieur Thierry Lambert Professeur à l'université d'Aix-Marseille

Monsieur Francesco Martucci Professeur à l'université de Paris II

AUTRE MEMBRE DU JURY :

Monsieur Philippe Marchessou Professeur à l'université de Strasbourg

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À MES PARENTS

REMERCIEMENTS

Le choix de la matière n'avait rien d'évident quand je repense à mon parcours universitaire, mais les aléas de la vie ont fait que c'est bien le droit fiscal que j'ai choisi. Car, en effet, il s'agit d'un vrai choix et le sujet est le fruit d'une longue réflexion.

Je tiens tout naturellement à remercier mon directeur de thèse, Monsieur Bruno Trescher, pour avoir accepté de diriger mon travail, pour sa disponibilité et ses conseils dans une matière, que finalement, j'ai vraiment découverte, d'abord par mon travail, et ensuite à l'université dans mes recherches. Ce fut un long parcours, semé d'embûches, avec ses hauts et ses bas et aussi ses découvertes.

Je tiens également à remercier ma mère pour ses relectures assidues et je crois parfois un peu pénibles pour elle au vu de la matière. Thibault, mon frère, un simple merci sur cette page n'exprime pas suffisamment ce que je ressens. Sans toi, vraiment, ce travail n'aurait peut-être jamais vu le jour. Merci aussi à ma sœur Marion pour son soutien permanent et à mon frère Xavier.

Un autre membre de ma famille, malheureusement parti il y a trop longtemps, doit être mentionné : mon père. Je lui dois, ainsi qu'à ma mère, ce que je suis aujourd'hui, mais aussi ce que j'ai fait jusqu'ici, dont cette thèse.

Si cette thèse a fini par connaître son point final, c'est grâce à vous, ma famille, car vous êtes mon atout le plus précieux.

Et puis après 500 ans, nous nous sommes rencontrés et cela juste la dernière année de la rédaction de cette thèse, qui a été sans aucun doute la plus difficile. Tu as été d'un soutien que je ne saurais qualifier. Nos discussions, nos rires m'ont permis de tenir pendant les derniers mois de rédaction, alors milles mercis.

Beaucoup d'autres personnes devraient être remerciées ici pour leur soutien et leur patience. De peur d'en oublier, je m'abstiendrai de tous les nommer, ils se reconnaîtront.

SOMMAIRE

Partie I : LES MOYENS UNILATÉRAUX DE LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX

Titre 1. ***La lutte par l'imposition***

Chapitre 1 : La similarité de solutions

Chapitre 2 : La diversité de l'évolution

Titre 2. ***La lutte par la répression***

Chapitre 1 : La pénalisation accrue de l'utilisation des paradis fiscaux

Chapitre 2 : La nécessaire protection du contribuable

Partie II – LES MOYENS MULTILATÉRAUX DE LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX

Titre 1. ***La nécessité d'une coopération multilatérale face à l'insuffisance de l'unilatéralisme***

Chapitre 1 : Les instances internationales dans la lutte contre les paradis fiscaux

Chapitre 2 : L'impact de la législation européenne dans la lutte contre les paradis fiscaux

Titre 2. ***Les perspectives d'évolution possibles de la coopération multilatérale***

Chapitre 1 : Les raisons de l'échec

Chapitre 2 : Le sens de l'évolution

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
art. préc.	article déjà cité
Berkeley J. Int'l Law	Berkeley Journal International Law
BF	Bulletin fiscal
BOFiP	Bulletin officiel des finances publiques
BOI	Bulletin officiel des impôts
Bull. Joly soc	Bulletin Joly de droit social
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. civ. 1re, 2ème, 3ème	Première, deuxième et troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cath. U. L. Rev	Catholic University Law Review
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGI	Code général des impôts
Chi.-Kent. L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
chron.	chronique
Circ.	Circuit
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
coll.	collection
comm.	commentaire
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
DGFiP	Direction générale des finances publiques
dir.	Direction
Dr. fisc.	Revue de droit fiscal
doctr.	Doctrine
Éd.	édition
égal.	également
ex.	exemple
fasc.	fascicule
FR	Feuillet rapide – Francis Lebfrèvre
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GFP	Revue Gestion & Finances publiques
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Const. LQ	Hastings Constitutional Law Quarterly

H.R.	House of representatives (Assemblée nationale américaine)
Instr.	Instruction
Int'l Tax & Bus. Law.	International Tax and Business Law
IRC	Internal Revenue Code (code américain des impôts)
IRM	Internal Revenue Manual
IRS	Internal Revenue Service
LPA	Les Petites Affiches
LPF	Livre des procédures fiscales
LF	Loi de finances
LFR	Loi de finances rectificative
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
op. cit.	*opere citato* (dans l'oeuvre citée)
Ibid.	*Ibidem* (même endroit)
infra	ci-dessous, plus bas
IR	Impôt sur le revenu
IS	Impôt sur les sociétés
JCP G	Semaine juridique – Édition générale
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JT	Journaux des tribunaux (Belgique)
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
p.	page
préc.	précédemment
préf.	Préface
Req.	Requête
Rev. adm.	Revue de droit administratif
RDP	Revue de droit public
RFFP	Revue française de finances publiques
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RPE	Revue de politique économique
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
S.	Senate (Sénat américain)
s.	suivant
sect.	section

t.	tome
TA	Tribunal administratif
TCE	Traité des communautés européennes
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	tribunal de grande instance
trad.	traduit
UE	Union européenne
v.	voir ou *versus*
Vill. L. Rev	Villanova Law review
vol.	volume
Wm & Mary L Rev	William and Mary Law Review

« (…) Et Délos se couvrit tout entière d'or, en voyant le rejeton de Zeus et de Léto ; et elle se réjouit, parce que le Dieu l'avait choisie pour sa demeure parmi toutes les îles de la terre ferme, et l'avait préférée ; et elle fleurit comme le faîte d'une montagne sous les fleurs de la forêt »[1].

1. – Aux origines du paradis fiscal : l'île de Délos – L'histoire des paradis fiscaux est intimement liée à la situation géographique de l'insularité. N'est-ce pas le propre de l'île que d'être souvent associée à une atmosphère paradisiaque ? Aussi n'est-il guère étonnant que cette histoire trouve l'une de ses premières sources dans l'île de Délos[2], cette infime parcelle du territoire de l'archipel des Cyclades, que Poséidon aurait créé d'un coup net de son trident, située entre l'île de Rhénée et celle de Mykonos. Au travers des histoires de la mythologie grecque, cette île semblait prédestinée à devenir l'ancêtre des paradis fiscaux. L'hymne homérique à Apollon[3] lui conférera une célébrité jamais démentie et n'a eu de cesse d'alimenter les discussions entre savants hellénistes[4]. Il rappelle que c'est là que Léto, enceinte de Zeus, et par là-même victime de la jalousie de son épouse Héra, avait donné naissance à Apollon et Artémis. L'île, devenue le salutaire refuge de l'une des nombreuses maîtresses de Zeus, s'était alors couverte d'or. Et par la suite, elle s'est

---

[1] HOMÈRE, *Odyssée. Hymnes. Épigrammes. Batrakhomyomakhie*, Trad. nouvelles par Leconte de Lisle, Paris, Alphonse Lemerre Éditeur, 1868, p. 381.

[2] J.-M. ROCCHI et J. TERRAY, *Les paradis fiscaux. Analyses et controverses*, Arnaud Franel Éditions, 2011, p. 20.

[3] HOMÈRE, *Op. cit.*, p. 377 et s.

[4] L'hymne d'Homère à Apollon a donné lieu à de très savantes discussions parmi les hellénistes les plus autorisés ; v. not. sur ce texte, G. ROUX, « Sur deux passages de l'hymne homérique à Apollon » : *Revue des Études grecques*, 1964, vol. 77, nº 364, p. 1 ; M.-C. LECLERC, « Cheminement vers la parole. Notes sur l' « Hymne homérique à Apollon », *Pallas. Revue d'Études antiques*, nº 59, Mélanges J. SOUBIRAN, 2002, Presses universitaires du Midi, p. 151.

imposée comme l'un des premiers sanctuaires dédiés au culte d'Apollon, son Temple étant l'un des plus riches de l'époque[5]. Une île, un endroit envisagé comme une sorte de havre couvert d'or : assurément, les premiers jalons d'une histoire des paradis fiscaux étaient posés. Immanquablement, le décor paraît planté.

Par la suite, Délos, n'a pas failli aux auspices véhiculés par cette légende fameuse. L'île de 3,5 km² s'est véritablement imposée comme l'une des premières franchises fiscales, spécialement institutionnalisée afin d'attirer les marchands et autres navigateurs. Après une brève période d'indépendance, entre 314 et 167 avant J.-C., rétrocédée par le Sénat romain, Délos repasse sous la domination de la République athénienne[6]. C'est alors, en 167/166 avant J.-C.[7], qu'elle est déclarée zone franche, bénéficiant d'une immunité fiscale. Ce privilège fut réaffirmé en 58 avant J.-C., par la *Lex Gabinia*, du nom de l'un des fidèles de Pompée : Gabinius. L'essor corrélatif et exceptionnel du port de Délos l'a considérablement enrichie. Littéralement, comme dans l'hymne d'Homère, la petite île s'est couverte d'or, devenant l'une des plaques tournantes du commerce méditerranéen et du marché des esclaves, contribuant à affaiblir drastiquement sa rivale qu'était Rhodes. Si la notion même de paradis fiscal repose sur un point de comparaison avec d'autres systèmes, nettement moins privilégiés, assurément Délos passe pour l'une des premières manifestations de cette réalité.

Du reste, l'on ne saurait être surpris que la Grèce antique fournisse un cadre à l'apparition de ce qu'il convient de dénommer une franchise fiscale. Comme souvent, la Grèce de l'époque opère comme une sorte de prélude du monde d'aujourd'hui. Avec ses centaines de cités-États, elle est une anticipation de l'actuelle communauté internationale. La pluralité permettait de réfléchir à une stratégie. Avant une transaction, vendeurs et acheteurs « *pouvaient alors se rencontrer dans un lieu convenu à l'avance où les marchandises étaient discrètement déchargées en échappant aux taxes portuaires en vigueur* »[8]. La proximité géographique de ces multiples entités, à la

---

[5] M. I. FINLEY, *Économie et sociétés en Grèce ancienne*, Éditions La Découverte, 1984, coll. « *Points. Histoire* », p. 134.

[6] Sur l'histoire de Délos, v. not. J.-A. LEBÈGUE, *Recherches sur Délos*, Thorin, Paris, p. 267 et s. (la première partie est essentiellement archéologique) ; v. également, J. RICHER, *Delphes, Délos et Cumes : les Grecs et le Zodiaque*, Paris, Julliard, 1970.

[7] Cl. NICOLET (dir.), *Insula sacra. La loi Gabinia Calpurnia de Délos*, École française de Rome, 1980.

[8] J.-M. ROCCHI et J. TERRAY, O*p. cit.*, pp. 19 et 20 ; v. également faisant remonter cette pratique aux marchand préhellénique, « à l'aube de l'Age de bronze », K. LUCIANO, *Le droit à l'épreuve des*

souveraineté parfois mal définie, mais néanmoins existante, impliquait des relations entre elles, de nature politique, diplomatique, militaire, mais également, pour ce qui nous concerne, économique. Certes, la politique fiscale était encore rudimentaire[9]. Mais, l'on ne peut s'empêcher de penser que du fait de cette proximité, une forme de concurrence entre les cités s'était fait jour et que, de ce point de vue, l'arme fiscale, a toujours paru une ressource très utile. Pour permettre l'affaiblissement du commerce de Rhodes, les romains, en rétrocédant Délos, l'avaient bien compris.

2. – L'éclosion des zones franches – Le modèle fourni par Délos, et les études archéologiques révèleront sans doute un jour qu'elle n'est peut-être pas la première, a fait des émules. L'histoire n'est-elle pas, selon l'expression de Tocqueville, *« une galerie de tableaux où il y a peu d'originaux et beaucoup de copies »* ?[10] La genèse des paradis fiscaux illustre à merveille cette citation. En effet, au cours des siècles suivants, nombreux furent les exemples de zones fiscales très privilégiées destinées à favoriser l'essor économique d'un lieu. Le port de Marseille, lorsqu'elle était une république indépendante, en est un exemple[11].

Par la suite, il s'agissait d'encourager le développement d'une manifestation. En réalité, la pratique n'était pas exactement délienne, dans le sens d'un État entièrement favorisé au plan fiscal, mais l'idée d'un lieu à l'abri de certaines impositions s'était maintenue L'on a décidé de soustraire certaines parties d'un territoire à son régime douanier[12]. Les foires médiévales y ont très largement recouru. Celle du Lendit[13], créée à Saint-Denis par le roi Dagobert Ier au VIIe siècle, en est un exemple connu. De surcroît, *« le succès des foires de Champagne est dû, outre à leur remarquable situation géographique (entre pays scandinaves et méditerranéens), à une politique systématique de privilèges accordés au marchands »*[14]. En effet, *« la transparence*

---

mécanismes offshore, préf. M. MENJUCQ, Fondation Varennes, collection de thèses, t. 46, 2011, n° 70, p. 44.

[9] M. AUSTIN et P. VIDAL-NAQUET, *Économies et sociétés en Grèce ancienne*, préf. Cl. MOSSÉ, Armand Colin, 1972, rééd. 1996, spéc. p. 137.

[10] TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Lévy, 1866, p. 97.

[11] K. LUCIANO, *Op. cit.*, n° 70, p. 45 ; v. ,J.-M. ROCCHI et J. TERRAY, *Op. cit.*, p. 23.

[12] Sur la notion de zone franche, v., Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Les paradis fiscaux et judiciaires. De la fraude au crime*, préf. H. ROBERT, Riveneuve Éditions, 2010, p. 89.

[13] É. VERNIER, *Fraude fiscale et paradis fiscaux. Décrypter les pratiques pour mieux les combattre*, préf. D. LEBÈGUE, Dunod, 2014, p. 14.

[14] J.-M. ROCCHI et J. TERRAY, *Op. cit.*, p. 21.

fiscale et la sécurité, créent la confiance des marchands »[15]. Plus tard, pour ranimer la croissance affaiblie par la Guerre de Cent Ans, Charles VII avait eu l'idée de multiplier les franchises fiscales au profit des foires[16].

Les balbutiements de l'histoire des paradis fiscaux laissent apparaître la figure d'une aire spatiale réduite à un pays, une région ou une manifestation, dotée d'une fiscalité avantageuse, soit en raison de son inexistence, soit en raison de son extrême faiblesse. Îlot géographique, ville côtière, ou oasis évènementielle, ce lieu apparaît comme une sorte de refuge. S'il ne s'agit pas de paradis fiscaux au sens contemporain[17], ils en revêtent certaines des caractéristiques.

3. – Zones franches et « *Tax haven* ». Croisements – On comprend que la notion de paradis fiscal ait pu un temps se lier à celle de *tax haven*, des endroits que l'on a parfois assimilés comme tel. S'ils se rapprochent par certains aspects de la notion contemporaine de paradis fiscal, leur réalité est très distincte des modèles que fournissent l'île de Délos et les zones franches des foires médiévales. Il s'agit, au XVIIe siècle, de « *villes portuaires, souvent établies sur de petites îles de la Méditerranée ou de l'Atlantique, qui acceptaient d'accueillir les pirates et surtout le fruit de leurs rapines* »[18]. En somme, ces derniers achetaient leur quiétude moyennant un investissement substantiel dans l'économie locale. Il ne s'agissait donc pas tant de bénéficier d'une fiscalité privilégiée, mais plutôt d'un asile où placer le produit d'une activité illicite[19].

Certainement, à l'usage, s'est opérée une confusion sémantique entre « *tax haven* » et « *tax heaven* ». Ainsi que nous venons de le voir, les deux réalités sont très différentes. Il n'en demeure pas moins que d'intéressants croisements peuvent être effectués à la lumière de la pratique contemporaine des paradis fiscaux[20]. Au-delà de la curieuse ironie historique née du constat de certains historiens ayant estimé que Délos était initialement peuplée de pirates[21], il n'est guère contestable qu'aujourd'hui

---

[15] *Ibid.*, p. 21.

[16] J. FAVIER, *La Guerre de Cent Ans*, Fayard, 1980, p. 121.

[17] V. à propos de ces exemples qu'ils qualifient d'hétérogènes et préférant parler de « havres fiscaux », K. LUCIANO, *Op. cit.*, n° 71, p. 45.

[18] X. HAREL, *La grande évasion. Le vrai scandale des paradis fiscaux*, préf. É. JOLY, éditions LLL, 2010, p. 147.

[19] Encore que l'illicéité de la piraterie à l'époque était nettement plus discutée qu'aujourd'hui, dans la mesure où elle était parfois encouragée par les États souverains.

[20] Cf. *infra*, n°8.

[21] J.-A. LEBÈGUE, *Recherches sur Délos*, *Op. cit.*, p. 270.

certains paradis fiscaux constituent de réels refuges pour ce que l'on pourrait dénommer la « *piraterie financière* ». Ainsi que le remarquait Ronen Palan, dans une interview au Monde donnée en 2006, les paradis fiscaux « *font partie de cette panoplie qui permet de « légaliser » l'argent provenant d'activités illicites* »[22]. « *Tax heaven* » parce qu'ils mettent en place des systèmes d'imposition très favorables, « *Tax haven* » aussi, parce qu'ils se révèlent alors un asile bien peu regardant sur la nature et la provenance des fonds qu'ils accueillent[23].

Pour en revenir à l'histoire des paradis fiscaux, à leur première ère, celle-ci est riche d'enseignements. En effet, elle préfigure nombre des caractéristiques des paradis fiscaux que nous envisagerons tout au long de notre étude. Lorsqu'il ne s'agit pas d'un évènement, leur insularité géographique, ou leur statut de ports, confinent à un certain isolationnisme, à une forme de particularisme dans un ensemble plus vaste (une région pour un pays, un régime douanier pour une zone franche). À l'image de Délos, ce particularisme agit sur le niveau d'imposition, quand il ne le supprime pas directement. Ensuite, et c'est ici tout l'intérêt de la comparaison avec la notion de « *tax haven* », certains endroits, au cours de l'histoire, ont commencé à pratiquer une culture du secret, ou au moins d'une absence de contrôle quant à la provenance des fonds. Si la notion de paradis fiscal n'était pas encore née, on perçoit que ses principaux tenants et aboutissants étaient déjà en place.

4. – Naissance des paradis fiscaux : la structure fédérative américaine – Dans leur acception contemporaine, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, les paradis fiscaux sont nés à la fin du XIXe siècle et dans la première moitié du XIXe siècle, selon une dynamique en trois temps mise en lumière par MM. Chavagneux et Palan[24]. Trois temps qui se déclinent en autant de lieux : New York, Royaume-Uni et la Suisse.

---

[22] R. PALAN, « Les paradis fiscaux ont été impliqués dans tous les grands scandales » : *Le Monde Économie*, 22 mai 2006, propos recueillis par M. ROCHE.

[23] A. DENEAULT, *Offshore. Paradis fiscaux et souveraineté criminelle*, La Fabrique éditions, 2010, p. 43 et s. (v. le chapitre intitulé « Des repaires criminels ») ; Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Op. cit.*, p. 252 et s.

[24] Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Les paradis fiscaux*, Éditions La Découverte, coll. « *Repères* », 2007, p. 33 et s. ; v. toutefois, estimant que les anciennes colonies, à l'image du Congo Belge, pouvaient être considérées comme des paradis fiscaux, A. DENEAULT, *Op. cit.*, p. 25, considérant ce dernier, créé par Léopold II, comme le « *prototype du paradis fiscal moderne* ».

C'est tout d'abord de New York, et de ses *lawyers*, que l'impulsion est provenue. M. Abbet, le gouverneur du New Jersey, décide, sur le conseil d'un avocat de New York, de plafonner le taux d'imposition des sociétés immatriculées dans son État, afin d'inciter les structures sociales à s'implanter sur son territoire, lui permettant ainsi de combler le déficit budgétaire démesuré auquel il est confronté. En 1898, alors qu'il songeait à une nouvelle loi sur les sociétés[25], le Delaware, un autre « petit État »[26], suit l'exemple de son voisin et ce sont toujours des avocats new-yorkais qui se trouvent à l'origine de ces actions[27]. *« Ces États américains ont ainsi bâti le premier pilier des paradis fiscaux, la possibilité d'attirer des entreprises uniquement pour des motifs fiscaux »*[28]. Aujourd'hui, la plupart des entreprises américaines sont immatriculées dans le Delaware, à telle enseigne que le droit des sociétés de cet État est presque devenu un droit commun pour les États-Unis.

5. – Le Royaume-Uni : contribution à la naissance des paradis fiscaux – Il est incontestable que la *« réduction compétitive des impôts et la libéralisation des règlementations commerciales et prudentielles »*[29] ayant eu cours dans le nord-est des États-Unis, et aboutissant *« à une politique de moins-disant fiscal »*[30], a participé de l'émergence des paradis fiscaux. Mais c'est surtout le Royaume-Uni qui en a véritablement permis le principe. Selon les travaux de Sol Picciotto[31], le mouvement avait été initié, au plan jurisprudentiel, dès 1876, dans deux affaires : *Cesena Sulphur Mines* et *Calcutta Jute Mills*. Ainsi a-t-on reconnu que le critère de l'imposition n'était pas la nationalité, mais le lieu de direction effective[32]. Dès lors que la direction de l'entreprise est en Angleterre, celle-ci y sera imposée, peu important le lieu d'exercice

---

[25] R. PALAN, *The offshore world. Sovereign Markets, virtual places, and nomad millionnaires*, Cornell University Press, 2003, p. 101.

[26] K. LUCIANO, O*p. cit.*, n° 74, p. 46.

[27] R. PALAN, « Paradis fiscaux et commercialisation de la souveraineté de l'État » : *L'Économie politique*, 2002/3, n° 15, p. 79.

[28] Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, O*p. cit.*, p 33.

[29] K. LUCIANO, O*p. cit.*, n° 74, p. 46.

[30] Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Op. cit.*, p 33.

[31] S. PICCIOTTO, *International Business Taxation. A Study in the Internationalization of Business Regulation,* Cambridge University Press, rééd. 2013, p. 117 et s. ; « Offshore : the state as legal fiction » : in M. HAMPTON et J. ABBOT, *Offshore finance centres and tax havens, the rise of global capital*, Basingstoke, Mac Millan, 1999, p. 58 ; v. également, « La naissance de l'offshore, les paradis fiscaux et le système international » : *Politiques économiques*, 1999/4, p. 48.

[32] K. LUCIANO, *Op. cit.*, n° 75, p. 47.

de son activité. Inversement, « *tant qu'une entreprise peut justifier d'une direction installée en dehors du Royaume-Uni, ses revenus en provenance de l'étranger sont exemptés d'imposition, même s'ils résultent d'activité engagées par des résidents britanniques* »[33]. C'est ce que la Chambre des Lords a réaffirmé en 1904, dans l'affaire *De Beers*, puis en 1929, dans un arrêt *Egyptian Delta Land and Investment Co Ltd*. Avec cet ensemble jurisprudentiel, « *les sociétés pouvaient désormais se constituer en Grande-Bretagne mais éviter d'y payer des impôts* »[34]. Une telle solution n'était d'ailleurs pas sans conséquence compte tenu de l'ampleur du droit anglais de l'époque, applicable à tout l'empire britannique. Ainsi, l'on comprend que les Bermudes et les Bahamas n'ont guère eu à réfléchir longtemps pour trouver un modèle. En effet, « *les juges londoniens viennent, sans le savoir, d'inventer la résidence fictive pour raison fiscale* »[35].

6. – Le dernier maillon : le secret bancaire – Contrairement aux idées reçues sur ce sujet, le secret bancaire en Suisse n'est pas né avec la Seconde Guerre mondiale[36]. Longtemps auparavant, pendant la Révolution, le secret était offert aux aristocrates, contre le paiement d'une redevance[37]. Si la notion de compte anonyme et numéroté existe déjà à la fin du XIXe siècle[38] et si le secret est très tôt garanti par le droit civil, un scandale ayant eu des répercussions en France permet d'éclairer la naissance de la pénalisation de ce secret bancaire au sein même de la Confédération Helvétique. Il faut remonter à l'affaire de la Banque commerciale de Bâle, laquelle n'a guère à envier à l'époque contemporaine[39]. En 1932, lors d'une perquisition dans une succursale parisienne de l'établissement, les forces de l'ordre découvrent, entre autres éléments, dix carnets contenant pas moins de deux mille noms de fraudeurs ayant placé leurs avoirs dans cette banque afin de ne pas s'acquitter de la taxe sur les

---

[33] Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Op. cit.*, p 33 ; X. HAREL, *Op. cit.*, p. 151.

[34] R. PALAN, « Paradis fiscaux et commercialisation de la souveraineté de l'État », art. préc.

[35] X. HAREL, *Op. cit.*, p. 151.

[36] V. à propos de la légende consistant à envisager l'introduction du secret bancaire en Suisse comme un moyen de protéger les victimes des persécutions nazies, P. HUG, « Les vraies origines du secret bancaire. Démontage d'un mythe » : *Le Temps*, 27 avril 2000 ; S. GUEX, « Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la Seconde Guerre mondiale » : *Genèses*, 34, mars 1999, p. 4.

[37] R. PALAN, « Paradis fiscaux et commercialisation de la souveraineté de l'État », art. préc.

[38] Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, O*p. cit.*, p 36.

[39] S. GUEX, « 1932 : L'affaire des fraudes fiscales et le gouvernement Herriot » : *L'Économie politique*, 2007/1, n° 33, p. 89.

revenus de placement à l'étranger[40]. Après diverses hésitations, la liste finira par être divulguée et l'on y découvre des noms de magistrats, sénateurs, généraux, capitaines d'industrie ou encore de directeurs de journaux, le tout pour près de 2 milliards de francs de l'époque. L'État français est privé de recettes s'élevant à plusieurs dizaines de millions de francs par an[41]. La France et la Suisse coopèrent avec difficulté dans cette affaire : le gouvernement fédéral refuse la demande d'entraide présentée par Paris. Il reste que, ainsi que le précisent MM. Chavagneux et Palan, « *le mal est fait. De nombreux clients étrangers des banques suisses s'affolent et retirent leur argent* »[42]. Il faut réagir et c'est alors qu'intervient l'article 47 de la loi de 1934 qui pénalise très nettement la violation du secret bancaire. Certains pays réagissent assez vivement contre cette législation ; mais il n'en demeure pas moins qu'elle s'est installée en Suisse et qu'elle fut très rapidement imitée dans des pays tels que les Bahamas, le Liechtenstein ou encore Montevideo[43].

Cette évolution en trois temps a signé l'acte de naissance du paradis fiscal moderne. « *Moins-disant fiscal, résidence fictive et secret bancaire, les trois piliers des paradis fiscaux sont désormais en place* »[44]. Si certaines places financières développent progressivement l'une ou l'autre de ces trois spécialités, celles-ci se sont toutefois imposées.

7. – Essor des paradis fiscaux – L'histoire des paradis fiscaux est ensuite plus simple à décrire. Elle suit les traits d'une évolution constante, son essor étant favorisé par la création du marché des eurodollars, c'est-dire du marché déposé et prêté hors du territoire des États-Unis, et plus généralement hors de son territoire d'origine. Sans contrôle réglementaire, c'est « *le premier pas de la période de mondialisation financière telle que nous la connaissons aujourd'hui : celle d'une circulation des capitaux offshore sans contrôle public* »[45]. La crise du fordisme, contraignant les entreprises à repenser leurs méthodes et stratégies dans une perspective d'amélioration du profit, a contribué, selon certains auteurs[46], à accentuer le développement des paradis

---

[40] *Ibid.*, p. 38 et s.

[41] S. GUEX, « 1932 : L'affaire des fraudes fiscales et le gouvernement Herriot », art. préc.

[42] *Ibid.*, p. 40.

[43] R. PALAN, « Paradis fiscaux et commercialisation de la souveraineté de l'État », art. préc.

[44] Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, O*p. cit.*, p. 42.

[45] *Ibid.*, p. 44. ; v. égal. N. SHAXSON, *Les paradis fiscaux. Enquête sur les ravages de la finance néolibérale*, André Versaille Éditeur, 2012, p. 107 et s.

[46] *Ibid.*, p. 52

fiscaux. Devant opter pour une délocalisation, les multinationales ont trouvé dans ces pays d'intéressantes structures d'accueil pour cette « *internationalisation du capital* »[47]. En définitive, la crise de l'époque a permis le développement des pays *offshore*[48] aboutissant ainsi à la mise en place d'un âge d'or des paradis fiscaux[49], lesquels se nourrissent des crises.

8. – Diversité et homogénéité des paradis fiscaux – Si l'histoire des paradis fiscaux est longue et ancienne, leur géographie est très diverse, ils sont disséminés à tous les points du globe. Ils partagent néanmoins quelques caractéristiques communes. Ainsi sont-ils bien souvent ce que l'on dénomme des micro-États, des « *États confettis* », c'est-à-dire des pays de faible taille, parfois localisés sur une île. L'exemple historique de Délos est caractéristique : à peine 3,5 km². Le Liechtenstein en mesure à peine 160 tandis que les trois îles Caïmans en totalisent 260 km².

Fréquemment, ils se retrouvent dans l'hémisphère sud du globe, livrant une image aux atours presque paradisiaques, bien loin des conséquences financières dévastatrices auxquelles ils peuvent donner lieu ou des logiques criminelles que certaines contribuent à couvrir. Cette intéressante diffraction a été parfaitement mise en lumière lors de l'exposition photographique de Paolo Woods et Gabriele Galimberti, *Les Paradis, rapport annuel*, programmée en 2015 aux Rencontres photographiques d'Arles.

Il reste qu'il ne faut pas se laisser prendre au jeu de cet éloignement supposé. M. Deneault a très justement fait observer que « *nous sommes quotidiennement bercés au rythme de cette esthétique. En elles-mêmes, les expressions de paradis fiscal, de tax haven, de Steueroasen ou l'épithète offshore (au large), de même que l'île exotique qui vient si souvent les représenter, relèvent d'un retentissant humour noir. Et c'est captifs de ces perversions linguistiques que nous désignons aujourd'hui les souverainetés de complaisances. Ce détournement de langage laisse irrémédiablement penser que les juridictions hors la loi sont au loin alors qu'elles trouvent aussi leurs assises au cœur de l'Europe ou de l'Amérique du Nord* »[50].

Ensuite, ceux que l'usage courant prit l'habitude de désigner comme des paradis fiscaux, sans encore entrer dans leur acception juridiquement entendue, sont des

---

[47] *Ibid.*, p. 52.

[48] R. PALAN, *The offshore world*, *Op. cit*.

[49] V., l'interview de R. PALAN, *Le Monde Économie*, 22 mai 2006.

[50] A. DENEAULT, *Op. cit.*, p. 31.

États souverains appartenant en tant que tel à la communauté internationale. De ce point de vue, ils n'appartiennent pas à un ensemble régional de l'ordre de l'Union européenne. Certes, certains d'entre eux sont d'anciennes colonies britanniques et dépendent de ce fait, soit du Commonwealth (Bahamas), soit directement de la Couronne Britannique (Îles Caïmans, Île de Man, Jersey, Bermudes, Îles Vierges britanniques). Mais leur souveraineté est préservée[51]. Et la plupart d'entre eux sont totalement indépendants : il suffit que l'on songe ici au Panama ou encore à l'État du Bélize.

Certains de ces paradis fiscaux se rapprochent en raison de circonstances plus spécifiques. Ainsi on pourrait trouver des logiques communes aux paradis dont l'origine se trouve dans les zones franches[52] (par exemple, Tanger, Gibraltar) ou encore à ceux nés à une époque où ils étaient gouvernés par un pouvoir autoritaire (par exemple, le Panama), de sorte que l'on peut comprendre également par le biais de ces rapprochements les conditions de leur émergence ou les raisons de leur mise en place.

9. – Actualité des paradis fiscaux : *Panama Papers* – La question mérite d'être posée : pourquoi s'intéresser au paradis fiscaux ? Après tout, ceux-ci disposent d'une souveraineté qui leur est propre, évoluant certes dans un monde globalisé, mais comme des acteurs autonomes. La réponse est simple. Ils sont, une fois encore sous les feux de l'actualité très récente. D'ailleurs, il ne s'agit pas simplement d'une actualité classique, mais bien d'une contemporanéité très sulfureuse. Encore une fois, à la lumière des évènements récents, leur existence internationale doit être questionnée.

[51] V. également, le cas des Îles Cook, État associé à la Nouvelle-Zélande.

[52] Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Op. cit.*, p. 89.

En témoigne l'affaire dite des *Panama Papers*[53]. Sans entrer de manière trop approfondie dans le détail de ce scandale qui a défrayé la chronique et qui est excellemment bien résumé dans l'ouvrage rédigé par les deux journalistes ayant déclenché l'alerte[54], rappelons-en néanmoins les quelques éléments principaux. En avril 2016, deux journalistes du *Süddeutsche Zeitung* sont à l'origine de la divulgation médiatique, reposant sur un exemple de « journalisme collaboratif »[55] de plus de 11,5 millions de documents provenant d'un des plus célèbres cabinets *offshore* panaméens, Mossack Fonseca. Ces données révèlent des informations sur plus de 200 000 sociétés *offshore*, livrant également les noms de certains de leurs actionnaires. L'on y trouve des personnalités de premier plan : politiques, industriels, artistes. La liste est longue et donne un contenu très réel à l'utilisation des paradis fiscaux. En un sens, l'affaire des *Panama Papers* ne s'est pas limitée à démontrer combien la technique des paradis fiscaux, dans l'optimisation fiscale internationale, était encore pratiquée à une envergure impressionnante. 12 mille milliards de dollars seraient encore dans les paradis fiscaux[56]. Elle a contribué à concrétiser, dans l'opinion commune, la pratique des sociétés *offshore*[57]. En somme, avec les *Panama Papers*, les paradis fiscaux se sont incarnés, notamment à travers le nom de personnalités françaises bien connues. Quoi qu'il en soit, l'onde de choc s'est révélée considérable.

---

[53] Sur l'affaire des *Panama Papers*, on consultera utilement, parmi les articles récents et la très nombreuse littérature consacrée à l'affaire (il faut noter que le journal français *Le Monde* était associé à la divulgation des informations reçues par ses confrères): M. VAUDANO, J. BARUCH et A. MICHEL, « Trois mois après, qu'ont changé les *Panama Papers* ? », *Le Monde*, 4 juillet 2016 ; A. MICHEL, « *Panama Papers* », comptes *offshore*, trafic d'art et fausses antiquités », *Le Monde*, 23 juin 2016 ; Y. EUDES, « Le Panama dans l'étau », *Le Monde*, 11 mai 2016 ; F. FRESSOZ, « *Panama papers* » : le casse du siècle », *Le Monde*, 7 avril 2016 ; I. LASSERRE, « L'onde de choc mondiale des « *Panama papers* », *Le Figaro*, 4 avril 2016.

[54] B. OBERMAYER et F. OBERMAIER, *Le secret le mieux gardé du monde. Le roman vrai des Panama Papers*, Seuil, 2016.

[55] C. PRIEUR, « *Panama Paper* », la révolution du journalisme collaboratif », *Le Monde*, 13 avril 2016.

[56] E. PFIMLIN, « 12.000 milliards de dollars dans les paradis fiscaux », *Le Monde*, 9 mai 2016.

[57] V. également en ce sens, rappelant que « s'il révèle un certain nombre de situations particulières, le scandale des *Panama Papers* » n'apprend pas aux inspecteurs des impôts sur le phénomène des sociétés écrans qui font obstacle à leur travail. Son principal apport consiste à le rendre public et donc politiquement important, v., P.-C. HAUTCŒUR, « De Panama à « Panama » : scandales financiers et presse libre », *Le Monde Économie*, 21 avril 2016.

10. – Actualité des paradis fiscaux : l'affaire Cahuzac – Géographiquement plus proche de nous, l'affaire Cahuzac est sans doute l'un des exemples les plus typiques de l'actualité des paradis fiscaux et de leur utilisation en France[58]. Il est vrai que l'ancien ministre du Budget du président Hollande s'est lui-même retrouvé, semble-t-il, sur les listes fournies dans le cadre de l'affaire de *Panama Papers*[59]. Les affaires sont, à première vue, liées, car il s'agirait, au moins pour partie, du même compte. Mais il reste que l'homme politique avait déjà été à l'origine d'un scandale financier quelques temps auparavant. On se souvient que le site *Mediapart* avait avancé l'hypothèse d'un compte ouvert au nom du ministre, en Suisse, puis à Singapour. Embourbé dans son déni systématique, Jérôme Cahuzac l'avait réaffirmé avec force devant les députés de l'Assemblée nationale. Contraint de démissionner[60], l'ancien ministre a fini par avouer l'existence des comptes contestés devant le juge d'instruction. Il est désormais poursuivi pour blanchiment d'argent de fraude fiscale[61].

Ces deux affaires, dont l'ampleur n'est évidemment pas la même, ont remis la question des paradis fiscaux aux premières loges de l'actualité. Le contribuable, le citoyen, sont devenus les spectateurs directs d'une utilisation massive des paradis fiscaux. Ceux-ci ne sont plus l'affaire des seuls économistes, des juristes et de certains hommes politiques soucieux d'alerter sur les dérives d'un système. Avec les *Panama Papers*, avec l'affaire Jérôme Cahuzac, les paradis fiscaux sont une réalité que nul ne peut désormais nier. Un constat que l'on pourrait résumer ainsi : si loin oui, mais si proches, pourtant.

11. – Définition des paradis fiscaux – Encore faut-il, pour bien l'appréhender, que l'on s'entende sur l'objet de notre étude : les paradis fiscaux. C'est cette expression que nous avons jusqu'alors volontairement utilisée, car c'est celle que retient le langage courant. Dès lors, dans un premier temps, elle est d'un emploi plus commode, car son utilisation renvoie immédiatement à une représentation normalisée, celle que tout un chacun se fait : celle d'un État à fiscalité très privilégiée,

---

[58] Sur l'affaire Cahuzac, v., M. DELAHOUSSE, *Code Birdie : les derniers secrets de l'affaire Cahuzac*, Flammarion, 2016 ; J.-L. BARRÉ, *Dissimulations. La véritable affaire Cahuzac*, Fayard, 2016.

[59] A. MICHEL, « La société aux Seychelles de Cahuzac », *Le Monde*, 5 avril 2016.

[60] N. BAROTTE, « Jérôme Cahuzac, un poids lourd du gouvernement », *Le Figaro*, 19 mars 2013.

[61] Le procès de Jérôme Cahuzac a été renvoyé au mois de septembre 2016 : v. R. LECADRE, « Pourquoi le procès Cahuzac est reporté à septembre », *Libération*, 10 février 2016.

pour ne pas dire inexistante, reposant souvent sur la technique du secret bancaire, accueillant parfois des fonds dont la provenance est douteuse.

Il reste que l'approche juridique ne confirme pas ce premier constat de simplicité[62]. Les enseignements de l'histoire avaient déjà permis de s'en convaincre. Les paradis fiscaux ont toujours été conçus comme une réalité polymorphe, tantôt envisagés comme de véritables zones fiscales franches, tantôt comme des havres dans lesquels venaient se réfugier des corsaires et pirates en quête d'un asile pour leur butin. Dès lors, l'exercice de définition est délicat. Il est accru en raison de la diversité contemporaine des paradis fiscaux. Ainsi que le remarquent MM. Chavagneux et Palan, divers États peuvent revêtir des dimensions caractéristiques d'un paradis fiscal, sans qu'on les classe traditionnellement comme tel[63]. Tenant compte de cette diversité de situations, le droit éprouve quelques difficultés dans la définition de cette notion qui doit être approchée avec prudence[64].

12. – Définitions : remarques préalables – À propos de cette définition, quelques propos préliminaires s'imposent.

Tout d'abord, comme le remarque un auteur, il est vrai que la notion est absente du droit fiscal français. Elle ne figure pas dans le Code général, ni même dans le livre des procédures fiscales[65]. Au vrai, en l'état actuel des textes, il semble bien que le paradis fiscal ne soit pas une notion juridique[66]. En droit, la définition n'a pas de contenu, elle se limite à une fonction de désignation. L'on éprouve moins de difficultés à dire qui sont les paradis fiscaux qu'à en donner une définition claire. Elle se cantonne à la simple délimitation ; l'expression n'est pas vraiment une notion, elle est plutôt le marqueur d'un champ d'application. Aussi il convient de faire tout un travail sémantique.

---

[62] La définition est difficile, d'une manière générale, v. Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Op. cit.*, p. 7.

[63] *Ibid.*, p. 8 citant l'exemple de l'Autriche, des Pays-Bas ou encore du Royaume-Uni, et considérant que « de par la complexité des systèmes fiscaux modernes, chaque pays peut potentiellement devenir un paradis fiscal pour ses voisins ».

[64] P. LEVINE, *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de science financière », 1988, p. 60.

[65] Th. LAMBERT, « Paradis fiscaux », dépasser l'échange d'informations » : *Gestion & Finances Publiques*, Août-sept. 2013, n° 8/9, p. 22.

[66] Il est, par exemple, très significatif que le terme de « paradis fiscal » ne se trouve pas même dans le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, v., pour la dernière édition, PUF, coll. « *Quadrige* », 2016.

Ensuite, il faut se résoudre au constat unanimement partagé que l'expression de paradis fiscal renvoie à celle d'une imposition légère, très faible, voire inexistante. C'est ce qui constitue la marque de ce paradis. Cette utilisation est intéressante, car le contenu valorisant attaché à la notion de paradis, confronté à la matière fiscale, en dit long quand on l'oppose à son contraire : l'enfer. L'enfer fiscal serait alors ce qui n'est pas un paradis fiscal, c'est-à-dire les pays qui ne relèvent pas d'une fiscalité inexistante. Bref, l'utilisation même de la notion de paradis fiscal renvoie à la conception d'un système fiscal normal envisagé comme un enfer. Au plan politique, une telle équation peut être remise en question, à tout le moins largement questionnée.

On comprend, enfin, toute la dimension politique que revêt la définition de la notion de paradis fiscal. La conception que l'on se fait de la fiscalité d'un État dépend nécessairement d'*a priori* politiques. Ceux-ci doivent être surmontés et il existe certainement une substance commune sur laquelle s'accorde la plupart des sensibilités politiques. Mais l'exercice est loin d'être aisé. C'est peut-être l'une des raisons pour lesquelles il n'existe pas de consensus autour de cette définition et que le droit français ne s'est pas encore attelé à la tâche délicate d'en proposer une. Pourtant, l'exercice est nécessaire, tant l'expression est aujourd'hui courante[67].

13. – Essais doctrinaux de définition – La doctrine a essayé de donner un contenu à la notion de paradis fiscal. Les définitions sont aussi variées que le nombre d'auteurs s'étant efforcé d'y arriver. Ainsi, selon madame Ducouloux-Favard, par exemple, intitulant le premier chapitre de son ouvrage, avec un pluriel riche de sens, « *I – Définitions, les termes de paradis fiscal mettent en évidence deux choses : d'une part, que c'est juridiquement un lieu paradisiaque car hors de portée des systèmes juridiques très réglementés et d'autre part, qu'à ceux qui s'y logent est offert l'évasion en matière fiscale* »[68]. Ce disant, l'auteur renvoie aux racines historiques de la notion. Et elle poursuit, en considérant que si une définition unitaire est impossible[69], une définition paraît possible, mais en lui donnant un contenu très général. Ainsi, « *un paradis fiscal serait un pays autonome, généralement souverain, d'une aire géographique réduite et qui néanmoins offre une vaste palette de services aux personnes physiques disposant d'un patrimoine important ou aux multinationales* ». Cette première définition, qui confine à

[67] Th. LAMBERT, « Paradis fiscaux », dépasser l'échange d'informations » : art. préc.
[68] Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Op. cit.*, p. 15.
[69] *Ibid.*, p. 17.

celle de l'*offshore*, au moins dans son sens premier[70], n'est du reste satisfaisante que si l'on considère que la « vaste palette de services » comprend la matière fiscale. Autre exemple se situant dans la même veine, le lexique des termes juridiques définit la notion comme renvoyant aux *« États qui, en général pour attirer les capitaux étrangers, ont une fiscalité sensiblement plus favorable que celle du reste du monde, alliée souvent à des mesures connexes. On y trouve d'ordinaire un faible niveau d'imposition, l'absence d'informations fiscales vis-à-vis de l'extérieur, un contrôle des changes inexistant ou très faible et la pratique du secret bancaire »*[71]. La définition est intéressante, mais elle démontre qu'il est impossible d'être exhaustif. Les « mesures connexes » renvoient certes souvent à des réalités similaires, mais l'innovation de ces places financières est particulièrement vive de sorte qu'il serait vain de tenter de vouloir en dresser la liste.

14. – Une proposition précise : la définition de MM. Chavagneux et Palan – Parmi les nombreuses définitions proposées, le plus souvent dans la presse généraliste, les travaux de MM. Chavagneux et Palan fournissent sans nul doute l'effort de définition le plus abouti. Selon eux, la notion de paradis fiscal s'articule autour de dix critères[72]. Le *premier critère*, directement hérité de l'histoire, repose sur *une taxation faible voire inexistante pour les non-résidents*. En effet, la vocation première de ces juridictions est d'attirer les non-résidents par une faible fiscalité ou même une absence de fiscalité. Le *deuxième critère* tient à *l'existence d'un secret bancaire*, plus ou moins renforcé, assurant ceux souhaitant fuir la forte imposition de leur pays, la plus grande confidentialité en cas de demande de renseignements de la part de leur état d'origine. En *troisième lieu*, le paradis fiscal met en place *un secret professionnel drastique* pour ces acteurs économiques que sont, par exemple, les avocats et les comptables, en ce sens qu'il organise « un contrôle de l'absence de contrôle »[73]. Selon un *quatrième critère*, *la procédure d'enregistrement des entreprises est simplifiée*, notamment en raison du peu d'informations sollicitées. C'est l'un des corollaires du secret professionnel. Au terme du *cinquième critère*, *les mouvements de capitaux*

---

[70] K. LUCIANO, *Op. cit.*, n° 35, p. 19, selon lequel « Étymologiquement parlant, le terme « off-shore » signifie : « à l'écart du rivage, au large ». Emprunté au vocabulaire de la prospection pétrolière, il désigne les plates-formes de forage en mer. En droit, il recouvre les réglementations d'exception, applicables aux « activités tournées à titre principal vers l'international ». Et l'auteur de faire observer, à juste titre, que *« au sens des instances internationales, elles confinent à la notion de paradis fiscal »*.

[71] S. GUINCHARD et Th. DDEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016/2017, v. « paradis fiscal ».

[72] Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Op. cit.*, p. 11.

[73] *Ibid.*, p. 12.

disposent d'une totale liberté. Ils ne sont en aucun cas contrôlés et doivent évoluer dans un marché totalement libre, où toutes les activités sont possibles. Le *sixième critère* tient à la *rapidité de l'exécution de l'implantation des entreprises*. Selon le *septième critère*, le paradis fiscal doit posséder *une infrastructure de « haut-niveau matière de technologie de l'information »*[74]. En *huitième lieu*, il convient que *la juridiction considérée soit stable, tant au plan économique qu'au plan politique* : il s'agit de la condition *sine qua non* d'une attractivité fiscale. Quant au *neuvième critère*, il dépend du précédent. *L'État doit avoir une bonne image de marque* et ne pas être associé de façon excessive à la corruption et au blanchiment d'argent ce qui pourrait faire fuir les personnes ne déployant aucune activité illicite, par crainte d'un amalgame malheureux. *Enfin*, il convient que « *l'État ait généralement signé beaucoup d'accords bilatéraux* », ce afin d'éviter une double taxation des filiales d'entreprises.

Partant de ces critères plutôt larges, MM. Chavagneux et Palan établissent une liste des paradis fiscaux, en plusieurs catégories, rejoignant ainsi le consensus autour de quatre-vingts territoires[75].

15. – Définitions retenues par les organismes internationaux – Parmi les organisations internationales, là encore, la diversité est de mise. Ainsi, selon la Banque des Règlements Internationaux, la notion est circonscrite à celle de « centres financiers *offshore* », classant dans cette catégorie tous les territoires dont les activités « *n'ont pas crû de manière organique, c'est-à-dire organisée* », sans pour autant définir ce qu'elle entend par organiser[76]. On comprend que la définition est plus intéressante pour ce qu'elle désigne que pour son contenu.

Pour le Groupe d'Action Financière, les paradis fiscaux sont « *des pays ou territoires non coopératifs dont la caractéristique première est d'être sous-réglementés : en matière financière, de coopération administrative internationale et de prévention, détection et répression du blanchiment de capitaux* ». Cette définition est riche d'enseignements, notamment parce qu'elle introduit la notion de coopération, ou plutôt d'absence de coopération, et ne se limite pas qu'au *quantum* de l'imposition. En cela, elle a des liens avec l'approche française.

---

[74] *Ibid.*, p. 12.

[75] *Ibid.*, p. 11.

[76] Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Op. cit.*, p. 9.

Le Forum de stabilité financière revient à une analyse plus traditionnelle. Pour cette institution, les paradis fiscaux sont des « *juridictions attirant un niveau élevé d'activité de la part de non-résidents. Ils proposent une faible imposition, un régime peu contraignant d'enregistrement des entreprises, un niveau de confidentialité des transactions excessifs et l'impossibilité pour les résidents d'avoir recours aux mêmes avantages* ».

16. – La définition retenue par l'OCDE – Un mot en particulier doit être dit à propos l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE). En effet, comme nous aurons l'occasion de le voir à maintes reprises au cours de notre étude, l'OCDE est l'interlocuteur naturel, au plan mondial, en matière de paradis fiscaux[77]. Quatre critères ont été retenus par l'OCDE, dans un rapport publié en 1998 et intitulé « Concurrence fiscale dommageable – un problème mondial ». Ainsi, le paradis fiscal repose tout d'abord sur la très faible présence, voire l'inexistence d'impôts[78]. Ensuite, il marque un manque de transparence, puis un refus de fournir des informations aux autorités étrangères, souvent attesté par l'existence d'une législation en ce sens. En effet, il permet l'établissement d'entreprises fictives, c'est-à-dire, « *l'absence d'obligation d'exercer une activité substantielle* »[79]. Dès lors, au vu de ce dernier critère, on comprend la facilité qu'ont eue les juridictions fiscales privilégiées à se développer grâce à la jurisprudence anglaise précédemment évoquée[80].

À propos de la définition de l'OCDE, il faut remarquer qu'au fil des accords, des conventions, des listes et des sommets en la matière les quatre critères se sont surtout centrés sur l'un seul d'entre eux : c'est-à-dire l'absence de coopération. L'obligation d'échanger des renseignements opère comme une norme internationale dans la lutte contre les paradis fiscaux. En effet, bien souvent, lorsque les États qui auparavant ne coopéraient pas se décident à le faire, ils ne sont alors plus considérés comme des paradis fiscaux. La définition de l'OCDE s'est progressivement réduite à la coopération, au détriment du critère lié au montant de l'imposition. Pourtant une telle approche n'est pas sans critique. Selon le Professeur Lambert, « *un paradis fiscal ne peut pas seulement se définir au regard du seul critère de l'échange d'informations, il faut aussi apprécier le système fiscal qu'il abrite* »[81]. Selon cet auteur, en utilisant les autres

---

[77] V. en ce sens, Th. LAMBERT, « L'OCDE, un acteur influent du droit fiscal international » : *Gestion & Finances Publiques*, Mai-Juin 2016, n° 2, p. 94.

[78] Dans les années 1970, l'OCDE se limitait à ce seul critère.

[79] *Ibid.*, p. 26.

[80] Cf. *supra*, n° 5.

[81] Th. LAMBERT, « Paradis fiscaux », dépasser l'échange d'informations » : art. préc., spéc., p. 26.

critères de l'OCDE, on s'aperçoit alors que la perspective est tout autre. Le champ d'application est plus vaste. Prenant l'exemple de l'archipel Seychelles, il remarque que ceux-ci, en 2009, *« n'ont pas été pointés comme une juridiction coopérative, tout au plus ont-ils fait l'objet de quelques observations et recommandations de la part du forum mondial sur la transparence et l'échange d'informations à des fins fiscales. En conséquence, les Seychelles ne seraient pas un paradis fiscal. On peut penser le contraire, au regard des critères de l'OCDE de 1998 »*[82].

17. – Synthèse : critères traditionnels et critères modernes – Les efforts de définitions fournis par la doctrine et celles posées par les principales organisations internationales témoignent de plusieurs éléments qu'il convient de recenser. En dépit de ce que chacun croit, toute définition du paradis fiscal, *a priori* et unitaire, est impossible. Leur physionomie est très diverse et accentuée par les innovations qu'ont permis la modernisation des techniques d'échanges. Il reste que ces définitions, qui se révèlent en réalité des listes de critères, manifestent quelques constantes. Ainsi il est un « cœur de métier », si l'on peut dire, des paradis fiscaux, sans doute lié à leur émergence historique. Ce sont les critères traditionnels : l'importance de l'imposition et la confidentialité des transactions. Mais il est aussi, de surcroît, un critère plus moderne[83], apparu à la faveur de l'OCDE, qui a pris un essor considérable : l'absence de coopération. Cette caractéristique est retenue dans de nombreuses définitions, au point, au moins pour l'OCDE, d'avoir clairement pris le pas sur les autres critères.

Il semble que le droit français reflète ces idées. Ayant abandonné l'idée d'une définition unitaire des paradis fiscaux, il a recours à des notions périphériques qui traduisent, tant bien que mal, ces caractéristiques identifiées en doctrine et à l'international.

18. – En droit français : la notion de paradis fiscal – Ainsi que nous l'avons déjà fait observer, la notion de paradis fiscal n'existe pas en droit français. Il a fallu attendre une note d'instruction du ministère des Finances du 18 mai 1973 pour que le droit français emploie une expression proche de celle de paradis fiscal, c'est-à-dire qui renvoyait à la situation d'un pays qui appliquait des taux d'imposition très bas.

---

[82] *Ibid.*, p. 28-29.

[83] Encore qu'il est peut-être possible de considérer que l'ancienne notion de « Tax Haven » (Cf. supra, n° 3) n'est pas très loin de ce critère plus moderne. En achetant leur tranquillité dans la ville portuaire, celle-ci ne proposait-elle pas, à ces pirates de l'époque, l'assurance d'une absence de coopération avec les autres États ?

Aujourd'hui, des notions périphériques sont utilisées pour rendre compte de la réalité des paradis fiscaux.

C'est tout d'abord l'hypothèse de la notion de « *régime fiscal privilégié* » prévue par l'article 238 A du Code général des impôts[84].

Avec l'article 52 de la loi de finances rectificative pour 2008, le droit français a introduit une nouvelle notion : celle d'« *État ou territoire n'ayant pas conclu avec la France de convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires* ». En pointant cette situation, le droit français a mis l'accent sur la notion de territoire non coopératif.

19. – En droit français : les États et territoires non coopératifs – L'article 22 de la loi de finances rectificative pour 2009 a introduit la notion d'États et territoires non coopératifs (ETNC). Est ainsi créé l'article 238-0 A dans le Code général des impôts. C'est un pas important et très significatif. À la fin de l'année 2009, le droit fiscal ne reconnaît toujours pas expressément les paradis fiscaux comme une notion juridique pas plus qu'il ne les définit, se contentant d'un rapide renvoi à l'expression de « *régime fiscal privilégié* ». Sur le modèle de la pratique de l'OCDE, la France fait le choix du critère de la coopération.

L'article 238-0 A du Code général des impôts dans son alinéa 1er dispose que « *sont considérés comme non coopératifs, à la date du 1er 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'Organisation de coopération et de développement économiques 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* ».

Avec ces trois critères cumulatifs d'identification, le législateur français a donc tenté d'esquisser une définition. Et celle-ci ne fait pas référence au montant de l'imposition, mais à la notion de coopération. En somme, la notion d'États et territoires coopératifs recouvrirait alors l'ensemble des États ou des territoires opaques, pratiquant le secret et refusant de collaborer avec les autres États ou territoires dans quelque matière que ce soit.

---

[84] Cf. *infra*, n° 88-90.

La notion de territoires non coopératifs s'est donc progressivement installée, en droit international comme en droit français, à la faveur de l'apparition des ETNC. Faut-il, aujourd'hui considérer que cette expression s'est substituée à celle de paradis fiscal ? La réponse, selon nous, est négative. La notion d'ETNC est une version moderne de celle de paradis fiscal, rendue nécessaire dans un monde globalisé où les détenteurs d'argent illicite ont parfois plus besoin d'un asile confidentiel et surtout d'une place peu coopérative que d'une fiscalité très attractive. Elle s'ajoute à la conception classique du paradis fiscal, sans complètement s'y substituer. Un endroit à l'abri de toutes connections et dénonciations fiscales n'est-il pas un paradis pour l'argent du blanchiment ? Mais il l'est également parce qu'il n'y a pas d'impôts. Au vrai, la notion de paradis fiscal doit être entendue très largement. Tantôt, l'État est considéré comme tel parce que son système fiscal est privilégié, tantôt il l'est parce que son système ne coopère pas. Bien souvent, les deux hypothèses sont réunies.

20. – La légitimité de la lutte contre les paradis fiscaux – La question doit être posée. Est-il légitime de lutter contre les paradis fiscaux et autres territoires non coopératifs ? La réponse est affirmative. Certes, chaque État, membre de la communauté internationale est souverain, disposant, en tant que tel de la possibilité d'édicter des règles relatives à sa fiscalité[85]. L'isolationnisme au plan fiscal est un droit. La souveraineté opère comme un « abri »[86]. Mais il demeure que c'est là se placer au plan de l'État considéré. Or, c'est du point de vue d'un État coopératif que la question doit être posée.

21. – « La richesse manquante des nations » – Tout d'abord, la lutte contre les paradis fiscaux permet assurément de pallier ce que l'économiste Gabriel Zucman dénomme « *la richesse manquante des nations* »[87]. Ce dernier avance des chiffres très éloquents : « *sur l'ampleur des richesses offshore, mes calculs montrent qu'environ 8% du patrimoine financier des ménages se trouve, à l'échelle globale, dans les paradis fiscaux* »[88].

---

[85] V. remarquant que, dans « les raisons de la fécondité des paradis fiscaux » que « libéralisme économique et nationalisme politique se sont conjugués pour faire naître un marché globalisé et des systèmes de droit cloisonnés » : Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Op. cit.*, p. 112.

[86] J.-M. ROCCHI et J. TERRAY, *Op. cit.*, p. 239.

[87] G. ZUCMAN, *La richesse cachée des nations. Enquête sur les paradis fiscaux*, Seuil, coll. « *La République des Idées* », 2013, p. 43.

[88] *Ibid.*, p. 44.

Gabriel Zucman fait état du chiffre de 5 800 milliards d'euros en 2013[89], une estimation qu'il concède *a minima*, puisqu'elle ne prend pas en compte, de son propre aveu (une telle prise en compte exacte est impossible) la valeur des billets de banque détenus dans des coffres, que ce soit en Suisse ou aux îles Caïmans, ou encore la « *richesse non financière détenue dans les paradis fiscaux, c'est-à-dire des îlots aux Seychelles, des yachts enregistrés aux îles Caïmans, des chalets en Suisse ou des œuvres d'art dans des coffres à Dubaï* »[90]. Aujourd'hui, le chiffre serait de 12 000 milliards de dollars dans les paradis fiscaux[91], soit une forte hausse en trois ans, par rapport à l'estimation de Zucman. Des exemples chiffrés pourraient être multipliés à l'excès. Plus personne ne conteste guère le caractère faramineux des volumes financiers drainés par les paradis fiscaux.

Il reste que ces chiffres permettent de se représenter ce que perd un État comme la France dans cette vaste entreprise de délocalisation financière massive. C'est poser la question du coût des paradis fiscaux. En effet, ils impliquent une perte sèche pour l'État. C'est d'ailleurs la logique même qui a conduit à leur naissance : échapper à l'impôt. Compte tenu des chiffres actuels, et notamment révélés par l'ampleur de l'affaire des *Panama Papers*[92], on est bien loin des dizaines de millions de francs de l'époque du scandale de la Banque commerciale de Bâle[93], même si l'on en réactualisait les valeurs. Le même auteur, Gabriel Zucman, fait remarquer que « *le point important est qu'il s'agit de richesses énormes, qui provoquent des pertes de recettes fiscales intolérables* »[94]. En effet, les montants déposés, et les intérêts reçus en provenant, ne sont presque jamais déclarés, en dépit des efforts récents en ce sens. « *En l'occurrence, la fraude des ultra-riches coûte chaque année 130 milliards d'euros au États du monde entier* ». Avec 17 milliards annuels, la France paierait l'un des prix les plus élevés[95].

---

[89] On se souvient que James Henry, ancien économiste en chef pour le cabinet McKinsey, avait fait état, pour 2012, d'un chiffre considérable oscillant entre 17 000 et 25 000 milliards de dollars (v. M. GOLLA, « une manne de 25.000 milliards cachés dans les paradis fiscaux », *Le Figaro*, 23 juillet 2012) : ce montant a été réfuté par G. ZUCMAN, *Op. cit.*, p. 48 et s.

[90] G. ZUCMAN, *Op. cit.*, p. 52.

[91] V., E. PFIMLIN, « 12.000 milliards de dollars dans les paradis fiscaux » : art. préc.

[92] Cf. *supra*, n° 9.

[93] Cf. *supra*, n° 6.

[94] G. ZUCMAN, O*p. cit.*, p. 53.

[95] *Ibid.*, p. 57.

Dans le contexte de la crise économique mondiale et des déficits budgétaires continuels, cette perte sèche interroge. Elle doit être résorbée. Lutter contre les paradis fiscaux se révèle alors un moyen très utile d'augmenter les recettes publiques[96]. Plus généralement, de quelque point de vue que l'on se place, l'on peut aussi considérer que *« si la lutte contre la fraude est une nécessité, c'est parce qu'elle permettra de baisser les impôts dont s'acquitte la vaste majorité des contribuables – ceux qui n'ont pas de fortune à cacher et ne profitent pas ou peu des niches –, ainsi que de rétablir l'équilibre des finances publiques. Avec à la clé, davantage de croissance et de justice sociale »*[97].

22. – La remise en cause du « pacte républicain » – C'est alors approcher une autre question. La lutte contre les paradis fiscaux est essentielle, car la fraude fiscale, dont l'évasion vers de telles places financières est souvent l'un des tenants, *« peut remettre en cause notre pacte républicain »*[98]. La fraude brise l'égalité entre les contribuables. Le journaliste Nicholas Shaxson a tenté de démontrer, dans son livre à charge contre les paradis fiscaux, combien ceux-ci étaient dangereux pour l'idée démocratique, dans la mesure où, selon lui, *« ils permettent aux personnes, aux entreprises et aux pays les plus riches de conserver leurs privilèges »*[99]. Il insiste sur la déconnexion avec le processus démocratique, estimant, s'agissant des réglementations prises par ces pays, que « ce sont des lois conçues par les initiés, pour les initiés, hors de toute procédure démocratique : des machines législatives clandestines à usage privé »[100].

23. – Paradis fiscaux et criminalité – Une dernière raison rend impérieuse la lutte contre les paradis fiscaux. Elle n'est pas financière. Ainsi que nous l'avons démontré, l'intérêt des paradis fiscaux ne se situe pas qu'au niveau de l'imposition, il tient également aux ressources qu'il offre en matière de confidentialité, parce qu'il se présente comme un refuge sécurisant pour celui qui y a recours[101]. Or c'est en général le produit d'activités illicites qui y est placé, de telle sorte que les paradis fiscaux sont

---

[96] J.-M. ROCCHI et J. TERRAY, O*p. cit.*, p. 139.

[97] G. ZUCMAN, O*p. cit.*, p. 59.

[98] O. SIVIEUDE et B. LLORCA, « Pourquoi et lutter contre la fraude fiscale ? » : *Gestion & Finances Publiques*, Juill./Août 2014, n° 7/8, p. 115, spéc. p. 116.

[99] N. SHAXSON, O*p. cit.*, p. 381.

[100] *Ibid.*, p. 382.

[101] Cf. *supra*, n° 3.

en partie liés avec le blanchiment et l'argent drainé par les organisations criminelles. Certains de ces endroits sont devenus, pour reprendre l'expression de M. Deneault, des « *repaires criminels* »[102] : « *bien entendu, le développement de cette souveraineté de la finance dégagée des contraintes de l'État de droit sera une panacée pour le crime organisé, les grands cartels de la drogue et les organisations aux sombres desseins* »[103]. Dès lors, ils deviennent des « *outils criminogènes* »[104].

Pour cette raison, leur éradication, dans le paysage de la finance mondiale, est une nécessité. À tout le moins convient-il d'en diminuer l'importance. La légitimité de la lutte contre les paradis fiscaux s'avère indispensable.

24. – Moyens de la lutte contre les paradis fiscaux – Si le constat est partagé par de nombreux États, ainsi qu'en témoigne l'actualité récente et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, les moyens de lutte sont divers. La réponse peut être politique et passer par des mesures de rétorsion contre l'État non coopératif. On se souvient qu'à la suite de la pénalisation de la violation du secret bancaire par la Suisse, dans le prolongement du scandale de la Banque commerciale de Bâle, l'Espagne avait, par exemple, condamné à l'emprisonnement ceux de ses ressortissants qui seraient propriétaires d'une société en Suisse[105], tandis que les États-Unis avaient exercé une forte pression sur la Confédération Helvétique[106].

Les contributions sont nombreuses pour tenter d'apporter des solutions à ce qui apparaît bien comme un fléau de la finance mondiale. Elles se sont multipliées avec la survenue du scandale des *Panama Papers*. Les propositions de l'économiste Gabriel Zucman, intervenues avant ce scandale, sont intéressantes et mériteraient d'être discutées de manière plus approfondie par la sphère politique, à un échelon international. Ainsi il préconise, sur le modèle de la Suède, la création d'un registre mondial des titres financiers, « *indiquant sur une base nominative qui possède chaque action et chaque obligation* »[107]. C'est ce qu'il dénomme « *un cadastre financier mondial* »[108]. De plus, son plan d'action passe par la mise en place de sanctions

---

[102] A. DENEAULT, *Op. cit.*, p. 43.

[103] *Ibid.*, p. 43.

[104] Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Op. cit.*, p. 115 et s., et spéc. p. 139.

[105] R. PALAN, « Paradis fiscaux et commercialisation de la souveraineté de l'État » : art. préc. ; T.-R. FEHRENBACH, *Les banques suisses*, Le Seuil, Paris.

[106] Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Op. cit.*, p. 41.

[107] G. ZUCMAN, *Op. cit.*, p. 8.

[108] *Ibid.*, p. 97 et s.

commerciales énergiques, partant du principe « *que les paradis fiscaux ont beau être des géants financiers, ce sont dans l'ensemble des nains économiques et politiques* »[109]. Enfin, il convient, selon lui de repenser l'imposition, en retouchant à la fois l'impôt sur le capital, qu'il imagine comme un impôt prélevé à la source[110], et l'impôt sur les sociétés[111].

25. – La réponse du droit – Que peut faire le droit fiscal dans la lutte contre les paradis fiscaux ? C'est à cette question que notre travail se propose de répondre. Comment un système juridique peut-il lutter contre la concurrence déloyale que lui livre un autre système, contre l'opacité qu'il met en place ? C'est à ces questions que le juriste de droit fiscal doit répondre, des interrogations fondamentales qui prouvent bien, comme le faisait récemment remarquer le Professeur Lambert, que le fiscaliste est un juriste comme les autres qui doit manier autant le concept que la technique, loin de se cantonner à un austère positivisme instrumental[112]. Ici, le droit fiscal sert un objectif politique important et essentiel.

Il ne s'agit évidemment pas d'intervenir directement dans le droit de ces États souverains, pas plus que de criminaliser le recours à de tels paradis fiscaux, hormis l'exception d'une utilisation caractéristique d'une infraction pénale. Ces deux options sont impossibles à réaliser directement Il s'agit de tenter de comprendre quels peuvent être les moyens pour diminuer le besoin des paradis fiscaux, c'est-à-dire comme dissuader le contribuable d'y recourir. Avec les années, c'est leur désuétude qui signera leur acte de décès.

26. – L'approche comparée : France et États-Unis – À cette question des moyens de lutte du droit fiscal contre les paradis fiscaux, la réponse est multiple. Il nous a cependant paru nécessaire de retenir une approche comparée. Au-delà des enseignements fructueux qu'elle livrera, née de la comparaison, elle correspond à la situation des paradis fiscaux, c'est-à-dire celle d'une physionomie en constante évolution. Aussi, leur étude à travers le prisme de deux législations, aux cultures et spécificités très différentes, paraît indispensable. Les rapprochements qui peuvent être opérés n'en acquièrent alors que plus de légitimité.

---

[109] *Ibid*., p. 9 ; et p. 81 et s.

[110] *Ibid*., p. 103.

[111] *Ibid*., p. 108.

[112] Th. LAMBERT, « Le fiscaliste : un juriste comme les autres » : *Gestion & Finances Publiques*, mars/avr. 2014, n° 3/4, p. 12 et s., spéc., p. 17.

Le modèle des États-Unis s'est imposé pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, en raison de son rôle à l'égard des paradis fiscaux. En effet, celui-ci est ambivalent. De nombreux journalistes affirment parfois que les États-Unis facilitent encore l'existence des paradis fiscaux[113]. Et c'est précisément chez eux que l'une des premières impulsions a été donnée, dans le New Jersey et le Delaware. En même temps, les États-Unis, dès 1934, avaient fait pression sur la Suisse lorsqu'elle avait renforcé sa législation sur le secret bancaire[114] et ils sont aujourd'hui, à la pointe dans le combat contre les paradis fiscaux, spécialement pendant les deux mandats du président Obama. Leur attitude face à ces juridictions non coopératives présente un indéniable intérêt pour notre étude.

Comparer la France aux États-Unis peut se révéler intéressant également au regard de la position qu'occupe la France sur la scène internationale. En effet, celle-ci appartient à un ensemble régional plus vaste, celui de l'Union européenne[115]. Immanquablement, en dépit de ce que la fiscalité est sans nul doute l'un des exemples majeurs de ce que représente la souveraineté, cette circonstance est significative. Elle est d'autant plus intéressante que les États-Unis, quant à eux, ne font pas partie d'un tel ensemble. Certes, ils sont membres de l'ALENA. Mais cet espace ne dispose d'aucune compétence en matière fiscale[116].

De surcroît, la confrontation de la position française à celle des États-Unis constitue une perspective d'approche de la question des paradis fiscaux très intéressante dans la mesure où ces deux pays ont une pratique fiscale très différente. Les affinités entre les deux modèles auront alors un poids plus important. De plus, l'idée d'une coopération multilatérale, sur laquelle nous reviendrons, acquiert une légitimité presqu'incontestable si elle parvient à surmonter ces différences culturelles.

27. – Bref panorama des systèmes comparés (France) – Il est vrai que ces deux pays obéissent à des constructions radicalement distinctes. Or comme le faisait remarquer un auteur, le système fiscal d'un pays est le « *reflet de l'état d'une société,*

---

[113] V. par exemple, les travaux de N. SHAXSON, *Les paradis fiscaux. Enquête sur les ravages de la finance néolibérale, Op. cit.*, avec un chapitre très significatif de cette tendance : « Comment les États-Unis ont appris à aimer les paradis fiscaux », p. 159 et s.

[114] Cf. *supra*, n° 6.

[115] Cf. *infra*, n° 406.

[116] Cf. *infra*, n° 346.

traduction de la nature de pouvoir, la structure fiscale d'un pays dépend certes des choix du pouvoir politique mais demeure soumise à l'influence de facteurs sociaux, économiques, psychologiques avec lesquels les gouvernements doivent composer »[117] Pour ce qui concerne le cas français, celui-ci est né sur les ruines de l'Ancien régime. Tocqueville faisait d'ailleurs observer que la Révolution procédait de l'absence de consentement à l'impôt. Ce qui est sûr, c'est que le système français s'est développé dans le cadre d'un État unitaire. L'impôt, direct ou indirect, est collecté et utilisé, dans un premier temps, uniquement par l'État. La décentralisation progressive des missions étatiques vers les régions, les départements ou les communes a certes engendré, dans un second temps, une redistribution de l'impôt vers ces collectivités territoriales afin qu'elles soient financièrement en mesure de remplir les nouvelles missions qui leur sont assignées. Toutefois, l'impôt et sa collecte restent du ressort de l'État. Le droit fiscal est régi par différents textes français et internationaux. Il trouve sa source dans les conventions et les traités internationaux, ainsi que dans les directives européennes, mais également dans la loi de finances votée chaque année, dans les règlements et la doctrine administrative et enfin dans la jurisprudence. Ce corpus de règles est codifié dans le Code général des impôts et le Livre des procédures fiscales.

28. – Bref panorama des systèmes comparés (États-Unis) – Aux États-Unis, la situation est un peu plus complexe. Tout d'abord, le droit fiscal américain est issu en grande partie de la *Common law* anglaise. C'est un système fondé essentiellement sur la jurisprudence. La grande différence avec la France repose aussi sur le fait que les États-Unis sont un État fédéral. Il existe deux niveaux de fiscalité : la fiscalité de l'État fédéral et celle des États fédérés. C'est ainsi que l'on trouve des régimes fiscaux différents dans chaque État fédéré et la pression fiscale varie d'un État à l'autre. Ainsi, le Delaware a pu développer un système fiscal particulièrement avantageux pour les sociétés. L'État de l'Ohio n'impose pas les bénéfices des sociétés. D'autres États, *a contrario*, ont une fiscalité beaucoup plus lourde, comme la Californie et New-York. C'est la *Common law*, qui a posé les premiers jalons de la fiscalité aux États-Unis. La jurisprudence est donc un élément essentiel de l'évolution du système fiscal américain. Elle en est la première source et certainement la plus importante. Néanmoins, la fiscalité américaine, à l'instar de la France, trouve d'autres sources au sein des conventions et traités internationaux, des lois et de la doctrine

[117] J.-C. MAITROT, *Encyclopædia Universalis*, v. « IMPÔT - Histoire de l'impôt ».

administrative. La législation fédérale, qui nous intéresse dans notre étude, est codifiée dans l'*Internal revenue code* (IRC).

Malgré ces différences d'organisations, les systèmes fiscaux français et américain poursuivent tout de même les mêmes missions : faire respecter la loi fiscale et récolter l'impôt. Ce sont les administrations fiscales qui sont en charge de ces missions : l'*Internal revenue service*[118], qui fait partie du Département du Trésor, aux États-Unis et la Direction générale des finances publiques[119], administration du ministère de l'Économie et des Finances, en France. Ces deux entités établissent la doctrine fiscale et interprètent la loi fiscale pour permettre une meilleure application de celle-ci. Le Bulletin officiel des finances publiques et l'*Internal revenue manual* (IRM) en sont les supports.

Ces deux systèmes fiscaux diffèrent encore sur un pan important : l'organisation judiciaire. En effet, la France ne connaît pas de juridictions ou de juges spécialisés en matière fiscale. Ce sont les juridictions administratives ou judiciaires qui sont appelées à connaître des litiges en matière fiscale, comme de tout autre litige. Il en va tout autrement aux États-Unis qui ont mis en place un système judiciaire, composé de tribunaux et de juges spécialement dédiés à la fiscalité. Au niveau fédéral, on retrouve donc les *U.S Tax Court*, composées de dix-neuf juges, spécialisés en fiscalité. Les recours contre les décisions de ces tribunaux vont devant les *U.S. Court of Appeal*, réparties sur le territoire en douze circuits régionaux. Par exemple, le premier circuit comprend le Maine, le Massachusetts, le New Hampshire, Rhode Island et Puerto Rico et le deuxième circuit, le Connecticut, New York et le Vermont. Le dernier recours est la Cour suprême des États-Unis.

29. – Entre unilatéralisme et multilatéralisme – L'étude de ces deux modèles traduit une importante panoplie de mécanismes pour lutter contre les paradis fiscaux. France et États-Unis ont chacun développé toute une série de dispositifs pour encadrer strictement le recours à de telles places financières. Ces mesures émanent de leur droit positif ; elles sont prises par eux en tant qu'État souverain. Par une

---

[118] L'IRS trouve ses racines dans la guerre civile quand le président Lincoln et le Congrès ont décidé de créer le 1er juillet 1862 le poste de Commissaire aux recettes intérieures et ont mis en place un impôt sur le revenu pour faire face aux dépenses engendrées par la guerre.

[119] La DGFiP est née de la fusion de la direction générale des impôts et de la direction générale de la comptabilité publique. Décret n° 2008-310 du 3 avril 2008 relatif à la direction générale des finances publiques, JORF n°0080 du 4 avril 2008, texte n°92.

approche que l'on pourrait qualifier d'unilatérale, ces deux États luttent contre les paradis fiscaux, à leur manière. Et de ce point de vue, des rapprochements pourront être effectués, ce qui témoigne de ce qu'une règle, lorsqu'elle est partagée par les deux systèmes considérés, revêt une légitimité certaine. L'efficacité de ces mécanismes devra être étudiée, une fois qu'ils auront été soigneusement identifiés, classés et étudiés.

Il demeure que s'il est bien un domaine dans lequel la mondialisation et la globalisation des échanges a un impact, c'est celui de la fiscalité. Précisément, les paradis fiscaux se sont nourris de l'internationalisation des échanges. Ils se sont développés à la faveur de la numérisation des relations, de l'extrême facilité avec laquelle un jeu d'écriture informatique constitue aujourd'hui un virement transfrontalier. La simultanéité des échanges et leur quasi-instantanéité ont accru la complexité de la problématique fiscale internationale. En somme, l'histoire des paradis fiscaux s'écrit avec celle de la mondialisation ; elle en est l'une des conséquences premières.

Dès lors, on comprend que la France et les États-Unis ne peuvent lutter seuls contre cette réalité des paradis fiscaux. La problématique étant globalisée, la réponse doit être elle-même globale. Les efforts de l'un ne doivent pas être annihilés par l'absence d'action chez un État voisin. C'est à plusieurs que la réponse doit s'élaborer et il faut donc mettre en place une approche multilatérale. Celle-ci est d'autant plus nécessaire dans le contexte français, tenant compte de son appartenance à l'Union européenne. En effet, la France doit tenir compte des autres membres de l'Union européenne et la législation qu'elle est susceptible d'adopter n'aurait que peu d'intérêt si la question n'était pas pensée à l'échelle de Bruxelles et si des travaux n'y était pas menés sur ce point.

Mais le multilatéralisme doit également intervenir au niveau mondial. Aussi n'est-il guère étonnant que l'OCDE se soit imposée comme l'interlocuteur naturel dans la lutte contre les paradis fiscaux, au niveau mondial et que les différents sommets du G20 aient pu récemment s'y consacrer. L'action d'un État n'est pas suffisante, c'est celle de la communauté internationale qu'il faut rechercher. Un plan d'action coordonnée peut permettre une éradication du phénomène. C'est à cette condition que la lutte contre les paradis fiscaux sera efficace.

Naturellement, les deux démarches ne s'excluent pas. Dans la lutte contre les paradis fiscaux, approches unilatérale et multilatérale doivent être combinées pour mener une action efficace. C'est ce que nous tenterons de démontrer. Il n'en demeure pas moins que, si elles sont nécessaires, les méthodes, au plan de leur efficacité ne sont pas équivalentes. L'insuffisance de l'approche unilatérale (**Partie 1**) milite pour un renforcement de l'approche multilatérale (**Partie 2**).

PARTIE 1

LES MOYENS UNILATÉRAUX DE LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX

30. – La France et les États-Unis ont mis en place, dans leur législation, toute une série de moyens unilatéraux pour lutter contre les paradis fiscaux. La comparaison entre ces différents outils mis en place dans ces deux ordres juridiques rencontre, de prime abord, une difficulté. Chacun applique un principe d'imposition différent : la territorialité pour la France et la mondialité pour les États-Unis[120]. L'on peut d'emblée se poser la question de savoir si le choix opéré en faveur d'un principe d'imposition est susceptible d'avoir des répercussions sur le contenu de la législation organisant la lutte contre les paradis fiscaux.

Il convient de rappeler brièvement cette distinction bien connue entre ces deux principes d'imposition. Le principe de territorialité, choisi par la France[121], signifie que ne sont frappés de l'impôt français que les revenus de source française, qu'ils soient réalisés par des personnes morales ayant leur siège en France ou non. Monsieur Nicolas Melot, maître de conférences, a défini cette règle comme le fait pour un État d'avoir une « compétence sur les personnes et biens « localisés » sur son territoire »[122]. Ce système a pour particularité de différencier les sociétés, relevant du principe de territorialité, et les personnes physiques, qui sont imposables selon le principe de mondialité.

La plupart des États, comme les États-Unis, ont adopté le principe de mondialité ou de nationalité. D'après celui-ci, les revenus des personnes physique et morale, sans distinction, sont imposés dans l'État où est situé leur domicile fiscal ou leur siège social, peu importe la provenance des revenus imposés. Dans sa thèse, Nicolas Melot présente la nationalité et donc le principe qui en découle en droit fiscal *« comme un lien à la fois juridique et politique créé par la décision d'un État qui rend un individu son sujet. Aussi l'État peut-il prétendre exercer ses droits souverains sur tous ceux qui lui sont rattachés par l'allégeance politique »*[123]. L'utilisation de ce système par la majorité des

---

[120] Pour une étude de ces principes, v., N. MELOT, *Territorialité et mondialité de l'impôt, Étude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2004 ; D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, L.G.D.J, 6ème Éd., 2015-2016, p.465 et s. ; P. SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, coll. « Précis », 15ème Éd., 2016, p.421 et s ; M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 37ème Éd. 2013-2014, p.421 et s.

[121] Article 209 du CGI pour les sociétés soumises à l'IS et 155 A pour les personnes morales passibles de l'impôt sur le revenu.

[122] N. MELOT, *Op. Cit*., p.26, n°40.

[123] N. MELOT, *Op. Cit*., p.23, n°35.

États s'explique par la difficulté à localiser la source du revenu en cause, de sorte que se baser sur la nationalité du contribuable facilite grandement l'imposition.

Cette différence de choix dans le principe d'imposition n'a pas de conséquence sur la législation adoptée en matière de lutte contre les paradis fiscaux, comme en témoigne l'étude des mécanismes juridiques, qui rend compte d'une certaine similitude des dispositifs. En réalité, la France et les États-Unis se distinguent, comme nous le verrons, par la démarche avec laquelle ils abordent cette lutte.

31. – La lutte contre les paradis fiscaux repose sur un subtil équilibre entre intérêts fiscaux et compétitivité économique. Si la lutte est légitime, elle ne saurait s'abstenir de tenir compte de la place qu'un État comme la France tient dans l'économie mondiale. Les États-Unis, alors qu'ils abritent en leur sein même des territoires à fiscalité privilégiée[124], disposent d'un panel de mécanismes juridiques en termes de lutte contre les juridictions *offshore* très impressionnant par sa diversité, mais surtout par son ancienneté. Ceci n'est guère étonnant compte tenu du poids économique qu'ils représentent sur la scène internationale. Évidemment, ils n'ont pas la crainte de voir leur partenaire se détourner d'eux. La France, bien qu'économiquement non négligeable, n'a pas ce poids et ne peut pas se permettre d'imposer sa vision aux autres pays. De plus, son appartenance à l'Union européenne l'astreint à des exigences vis-à-vis des autres États européens, qui l'obligent à une certaine retenue. En dépit de cette indéniable tension née de ces impératifs contradictoires, que la France et les États-Unis ne surmontent pas avec la même facilité, ces deux systèmes disposent d'une série de moyens qui sont communs.

32. – On comprend donc que l'objectif d'un État est de trouver un moyen d'augmenter ses recettes fiscales grâce à la lutte contre les paradis fiscaux. Mais celle-ci ne saurait, cependant, se cantonner qu'à une seule vision purement utilitaire et financière. Parfois la répression s'impose, sans pour autant dénier tout droit aux contribuables, ce qui affadirait très nettement l'attractivité du système en cause.

---

[124] L'État du Delaware est aujourd'hui le plus célèbre. V., par exemple, M. B. HEMRAJ, « The US corporations' preference to incorporate in Delaware: the search for justification », *Company Lawyer*, 2016, 37(8), 256-264 ou F. P. CIHLAR, « The "Delaware LLC problem": cracking the shell », *Company Lawyer*, 2008, 29(6), 176-178.

Dès lors, la lutte contre les paradis fiscaux, en France comme aux États-Unis, repose sur un alliage de ces deux objectifs. Imposition **(Titre 1)** et répression **(Titre 2)**, tels sont les vecteurs sous-tendant les dispositifs aménagés par chacun des États.

TITRE 1

LA LUTTE PAR L'IMPOSITION

33. – La lutte contre les paradis fiscaux par l'imposition combine l'avantage significatif de renflouer les finances publiques, tout en satisfaisant aux objectifs internationaux proclamés notamment par l'Organisation du commerce et du développement économique (OCDE)[125]. Il faut bien convenir qu'en ces temps de crise financière, le premier impératif a, aujourd'hui, gagné du terrain et les États-Unis comme la France font preuve d'une grande imagination et développent des instruments de plus en plus performants dans la collecte de l'impôt.

34. – L'étude que nous allons entreprendre révèlera que nombre des moyens unilatéraux employés par les États-Unis et la France obéissent à des logiques semblables, notamment parce qu'elles répondent à des logiques universelles. La question de la détermination de la propriété ou de la localisation d'un bien ou d'un revenu demeure étroitement corrélée à la problématique d'une juste imposition. L'état du droit positif doit être amélioré. Les évènements financiers des dernières décennies ont mis en avant le fait que les moyens classiques n'étaient pas suffisants dans la lutte contre les paradis fiscaux. La récente affaire des *Panama Papers*[126] atteste encore une fois de cette nécessité. Pour ces raisons, le législateur a mis en œuvre de nouveaux textes afin de renforcer l'arsenal existant : la loi FATCA aux États-Unis et l'article 238 0 A du CGI en France.

Dès lors, si l'on peut remarquer une réelle similarité dans les solutions adoptées **(Chapitre 1)**, il faut bien convenir de la diversité dans les évolutions constatées **(Chapitre 2)**.

---

[125] Cf. *infra* n°348 et s.

[126] Cf. *supra* n°9.

CHAPITRE 1

LA SIMILARITÉ DE SOLUTIONS

35. – La France et les États-Unis partagent le même pilier central de leur dispositif de lutte contre les paradis fiscaux : l'échange de renseignements. Sans informations, il est en effet impossible pour les administrations fiscales d'établir correctement l'imposition. Spontané ou non, l'échange de renseignements permet d'obtenir et d'accéder à des données fiscales, comptables ou juridiques essentielles afin de détecter et d'empêcher les éventuelles velléités d'évasion. Dans ces deux États, l'information est au cœur de l'arsenal anti-paradis fiscaux.

Il demeure qu'en dépit de ces informations, et en vertu de la liberté des échanges, des relations avec des États considérés comme des paradis fiscaux peuvent valablement survenir. Néanmoins, l'objectif de lutte avancé jusqu'alors a conduit les États à encadrer ces relations. Sont ainsi mis en place des organismes et des sanctions toujours plus lourdes chargés de dissuader les contribuables de travailler ou de s'installer dans ces paradis.

Les moyens communs de lutte contre les paradis fiscaux reposent, d'une part, sur l'échange de renseignements **(Section 1)** et, d'autre part, sur un encadrement juridique des relations avec ces États **(Section 2)**.

Section1

L'échange de renseignements

36. – L'échange de renseignements est la pierre angulaire de la lutte contre les paradis fiscaux pour l'IRS et la DGFiP. Sans la coopération des contribuables et des autres acteurs de la finance, notamment les banques, la tâche de l'administration serait plus ardue, presque impossible.

Deux manifestations de l'échange de renseignements peuvent être identifiées, au sens du droit fiscal. Soit le renseignement transmis à l'administration fiscale, que l'on qualifie d'échange, procède d'une déclaration spontanée, soit le renseignement est obtenu en réponse à une demande de l'administration. La personne interrogée est alors contrainte d'échanger les informations dont elle dispose. Cette dichotomie renvoie à deux groupes bien identifiés : le contribuable et les tiers.

37. – S'agissant du contribuable, sa déclaration de revenus est fondée dans ces deux pays sur la volonté des citoyens. En France, les contribuables doivent déclarer spontanément leurs revenus[127] pour être soumis à l'impôt et la contrepartie de cette déclaration délibérée est le contrôle fiscal. On retrouve le même type de système aux États-Unis avec le procédé du « *voluntary compliance* »[128] (mise en conformité volontaire). Il appartient aux contribuables américains de se faire connaître de l'IRS de manière volontaire, de déclarer et payer les taxes dues de la même manière avant le 15 avril de chaque année.

Les obligations déclaratives des contribuables se sont accrues ces dernières années **(§1)**.

---

[127] Le principe de la déclaration spontanée des revenus consiste en le fait que chaque contribuable doit de manière volontaire, lorsqu'il touche des revenus, déclarer ces derniers sans attendre que l'administration le lui demande. Faute de déclaration dans les temps impartis, le contribuable pourra se voir appliquer des majorations et intérêts de retard.

[128] *Flora v. United States*, 362 U.S. 145, 176 (1960) : « *our system of taxation is based upon voluntary assessment and payment, not upon distraint.* » (Trad. par nos soins).

38. – Concernant les tiers, ils ont une double obligation envers l'administration fiscale : conserver et fournir les renseignements comptables, fiscaux et juridiques indispensables à l'identification ou à l'empêchement d'une évasion fiscale.

C'est pourquoi l'accès aux renseignements détenus par des tiers s'est élargi **(§2)**

§1. L'échange de renseignements spontané : les obligations déclaratives du contribuable

39. – En France, pour tenter de parer aux éventuelles velléités du contribuable de ne pas déclarer ou d'omettre de déclarer certaines de ses recettes, les déclarations pré-remplies[129] ont connu ces dernières années un essor remarquable grâce aux informations transmises à l'administration fiscale par les personnes ayant obligation de le faire. Les États-Unis ont quant à eux choisi une solution beaucoup plus radicale et sûre : le prélèvement à la source[130]. Selon la déclaration du contribuable, les impôts sont prélevés directement sur le salaire[131] ou par acomptes provisionnels pour d'autres catégories de revenus, tels que les revenus d'un entrepreneur individuel, les intérêts, les dividendes, les plus-values ou les loyers[132]. L'impôt dû doit être payé immédiatement, même si la déclaration n'est pas complète. Le contribuable peut

---

[129] La déclaration pré-remplie signifie que les principaux revenus des contribuables (traitements, salaires, pensions, allocations diverses, revenus de capitaux mobiliers…) figurent déjà sur la déclaration du contribuable quand il la reçoit. Il n'a plus alors qu'à vérifier leur exactitude, sa situation de famille et son adresse. Ceci a été rendu possible par la généralisation du transfert des données vers l'administration par les tiers déclarants, c'est-à-dire, l'employeur, les organismes sociaux ou Pôle emploi, les caisses de retraite et les établissements financiers.

[130] Le prélèvement à la source, bien que soulevant de nombreux débats, est en passe d'être instauré en France en 2018. Un nouveau département a été mis en place à Bercy et est chargé de réfléchir sur la mise en place de la retenue à la source. V., parmi les nombreux articles de presse, B. CASSEL et M. PELLOLI, « Impôts prélevés à la source : Bercy prêt à rayer 2017 de la carte fiscale », *Le Parisien*,17 juin 2015 ; J-M. GRADT, « Impôt : la marche "irréversible" vers la retenue à la source », *Les Échos,* 17 juin 2015 ; A. POUCHARD et S. LAURENT, « Prélèvement à la source : « l'année blanche » ne signifie pas qu'on ne paiera pas d'impôt », *Le Monde* du 17 mars 2016 ou encore V. MAZUIR, « L'impôt à la source, mode d'emploi », *Les Échos*, 3 août 2016. La doctrine s'intéresse également à la question. V., parmi d'autres, M. WOLF, « Prélèvement à la source de l'IR 2018 : l'art de transformer l'or en plomb… », *BF* 7/16 - 01/06/2016 ; M. WOLF, »Prélèvement à la source : un objectif atteint, ne rien faire », *GFP*, n°5/6-2016, mai 2016, p.57.

[131] *Withholding tax*.

[132] *Estimated tax*.

demander une extension de six mois pour remplir sa déclaration, mais cela ne concerne que le dépôt de cette dernière. Le paiement de l'impôt sera de toute façon déjà intervenu dans la plupart des cas par prélèvement à la source.

40. – En dépit de ces mécanismes, bon nombre d'informations échappent encore à la DGFiP et à l'IRS, et notamment en ce qui concerne la possession de comptes bancaires à l'étranger **(A)**. Pour pallier les comportements parfois indélicats des contribuables, l'administration a mis en place des procédures particulières pour leur permettre de régulariser leur situation **(B)**.

A) La déclaration des comptes bancaires et des avoirs détenus à l'étranger

41. – La procédure de déclaration des comptes bancaires et des avoirs détenus à l'étranger est encadrée par l'existence de formulaires spécifiquement dédiés **(1)**. L'absence de déclaration entraîne des sanctions **(2)**.

1- Les formulaires de déclaration

42. – La France **(a)** et les États-Unis **(b)** ont mis en place des formulaires spécifiques permettant aux contribuables de déclarer leurs comptes bancaires et leurs avoirs détenus à l'étranger.

a) France : le formulaire 3916

43. – La révélation au grand public – L'obligation de déclaration des comptes bancaires et des avoirs détenus à l'étranger a été remise à l'ordre du jour avec l'affaire Cahuzac lorsque l'on a découvert que le ministre des Finances français possédait lui-même des comptes bancaires à l'étranger non déclarés.

En droit français, l'obligation de déclarer les comptes bancaires ou les avoirs détenus à l'étranger date de la loi de finance rectificative pour 1989 du 29 décembre 1989[133], codifiée depuis à l'article 1649 A du CGI[134]. Les articles 1736 IV et 1758 du même code prévoient diverses sanctions relatives au non-respect de cette obligation, que nous détaillerons ci-après[135].

Cette obligation de déclaration est la principale mesure de transparence imposée aux personnes physique et morale[136]. Le contribuable doit remplir, chaque année, un formulaire n°3916 sur lequel il indique tous les comptes ouverts, utilisés ou clos au cours de l'année en cours. C'est l'ensemble de ses comptes qui doivent faire l'objet de cette déclaration qu'ils soient ouverts, utilisés ou clos. L'utilisation est présumée dès lors que le titulaire du compte a effectué au moins une opération de débit ou de crédit pendant la période visée par la déclaration de revenus, qu'il soit le bénéficiaire de l'opération ou qu'il agisse par procuration, soit pour lui-même, soit au profit d'une personne ayant la qualité de résident[137]. Le Conseil d'État[138], de même que certaines juridictions inférieures[139], ont confirmé l'extension de l'obligation déclarative aux bénéficiaires titulaires d'une procuration. La déclaration devra comporter les éléments d'identification du compte et de son titulaire, mais également

---

[133] Loi n°89-935 du 29 décembre 1989 de finances rectificative pour 1990 publiée au JORF le 30 décembre 1989.

[134] L'article 1649 A al. 2 et 3 du CGI dispose que « les personnes physiques, les associations, les sociétés n'ayant pas la forme commerciale, domiciliées ou établies en France, sont tenues de déclarer, en même temps que leur déclaration de revenus ou de résultats, les références des comptes ouverts, utilisés ou clos à l'étranger. Les modalités d'application du présent alinéa sont fixées par décret. Les sommes, titres ou valeurs transférés à l'étranger ou en provenance de l'étranger par l'intermédiaire de comptes non déclarés dans les conditions prévues au deuxième alinéa constituent, sauf preuve contraire, des revenus imposables. »

[135] Cf. *infra* n°48 et s.

[136] V., entre autre, B. SALVAT, « La recherche du renseignement dans la lutte contre la fraude fiscale internationale », *RFFP*, 1er avril 2010, n°110, p.103, F. PERROTIN, « Déclarations des comptes bancaires étrangers », *LPA*, 17 mars 2011, n°54, p.3 ou M. FOURRIQUES, « Transferts de fonds et comptes utilisés en dehors de l'Union européenne par des personnes physiques », *LPA*, 26 mars 2008, n°62, p.5.

[137] Ceci est précisé par l'article 344 A III, al. 2 de l'annexe III du CGI.

[138] CE, 10e et 9e ss-sect., 30 décembre 2009, *Lisiak*, req. n° 299131, le Conseil d'État déclare qu'« un compte est réputé avoir été utilisé par l'une des personnes visées au premier alinéa dès lors que celle-ci a effectué au moins une opération de crédit ou de débit pendant la période visée par la déclaration, qu'elle soit titulaire du compte ou qu'elle ait agi par procuration, soit pour elle-même, soit au profit d'une personne ayant la qualité de résident (…) »

[139] V., parmi d'autres, CAA Lyon, 2e ch., 13 décembre 2001, *Vivarat-Perrin*, n°97-2302, RJF 5/2002, n°536, BDCF 5/2002, n°66 ou TA Paris, 1er sect., 2e ch., 1er juillet 2008, *Dutfoy*, n°03-15480, RJF 3/2009, n°244.

l'adresse du déclarant s'il n'est pas le titulaire et celle du ou des bénéficiaires d'une procuration.

44. – L'affaire HSBC – Le Figaro titrait en juillet 2011 : *« Plus de 75 000 comptes à l'étranger déclarés au fisc »*[140]. Et l'article de préciser que 75 468 foyers fiscaux ont déclaré détenir un compte à l'étranger en 2011 contre seulement 29 612 en 2010. Cette soudaine flambée des déclarations est due en partie à la célèbre liste des 3 000 noms qu'avait obtenue le ministère de l'Économie en août 2009 à la suite de l'affaire HSBC[141]. Hervé Falciani, ancien informaticien chez HSBC à Genève en Suisse, avait dérobé un fichier contenant 8 231 noms de Français possédant un compte en Suisse en 2006. En 2005, il s'installe à Genève après avoir travaillé chez HSBC Monaco. Il est chargé de veiller sur le Client Relationship Manager, un système de gestion des données des clients. En 2007, sa situation professionnelle se dégrade et il commence à copier des informations particulièrement sensibles contenues dans les ordinateurs de la banque. Puis il quitte son employeur. En 2008, M. Falciani propose ses informations aux services secrets allemands et français. Les Français le mettent en relation avec la direction nationale des enquêtes fiscales[142], à qui il remet cinq DVD-Rom. En août 2008, la police suisse l'arrête à son domicile. Il est cependant laissé libre et il gagne la France. Toutefois, les magistrats suisses persistent dans leur volonté de récupérer les données volées à HSBC. Le 10 janvier 2009, le procureur de Nice, Éric de Montgolfier, formule une demande d'entraide internationale signée par la procureure de Berne. Selon le Code pénal suisse, M. Falciani est soupçonné de « soustraction de données », de « violation du secret commercial et bancaire » et de

---

[140] C. CROUZEL, « Plus de 75 000 comptes à l'étranger déclarés au fisc », *Le Figaro*, 8 juillet 2011.

[141] É. PELLETIER, J.-M. PONTAUT et A. VIDALIE, « Fraude fiscale: l'homme qui fait trembler la planète », *L'Express*, 11 décembre 2012 ; F. LHOMME et G. DAVET, « Qui est Hervé Falciani, le cauchemar de HSBC ? », *Le Monde*, 9 février 2015 ; « Hervé Falciani mis en accusation par le Ministère public », *Le Temps*, 11 décembre 2014.

[142] La DNEF (Direction nationale d'enquête fiscale) est en charge du contrôle de tous les impôts, droits et taxes dus par les personnes physiques ou morales, quel que soit leur domicile. Elle exerce ses compétences dans le domaine de la recherche de la fraude. Elle s'occupe de sélectionner les dossiers et de la vérification de dossiers spécifiques, comme les cas de fraude carrousel. Pour assurer ses missions, elle est assistée de huit sections de documentation et de recherche (SDR) chargées de la collecte de renseignements et du développement d'une approche méthodologique visant à élucider les différents montages frauduleux et à identifier les parades et de onze Brigades d'intervention interrégionale (BII) basées à Paris (3), Rennes, Bordeaux, Lyon, Strasbourg et Marseille. Les BII ont une compétence nationale et ont pour mission la lutte contre les activités clandestines et les circuits frauduleux.

« *présomption de service de renseignements économiques* ». Il est arrêté et les données sont saisies par la police française à son domicile. Soucieuse de récupérer les données, la procureure de Berne participe à l'interrogatoire, mais repart sans document. Le procureur de Nice ouvre une enquête préliminaire pour blanchiment, tandis qu'en Suisse, il s'agit d'une affaire de vol. La France veut utiliser les données d'HSBC afin de suivre les traces de l'argent supposément blanchi. Les données sont analysées pour vérifier leur véracité. Les quelques 3000 noms de résidents français qui ont un compte chez HSBC Genève existent bien. Hervé Falciani collabore. En juillet 2009, le parquet transmet la liste à l'administration.

45. – L'instrument du fichier EVAFISC – Afin d'améliorer et de faciliter la recherche dans ce domaine, un arrêté du 25 novembre 2009 a mis en place, après accord de la CNIL[143], le fichier EVAFISC[144]. Ce fichier est géré par la Direction nationale des enquêtes fiscales, qui analyse et vérifie les données collectées. Une fois validées, les données sont conservées pendant dix ans. Ce fichier permet de recenser les informations laissant présumer qu'une personne physique ou morale détient un ou plusieurs comptes bancaires à l'étranger. Les données que l'on peut trouver ont trait à l'identification et à la résidence des particuliers et entreprises concernés, à l'identification des comptes bancaires et au montant des soldes et virements bancaires quand ils sont connus. Ces informations sont collectées lors d'enquêtes et de contrôles. Elles peuvent également provenir de tiers, comme l'autorité judiciaire, les douanes ou d'autres pays dans le cadre d'une assistance administrative. Notons toutefois qu'une personne qui figurerait dans ce fichier n'est pas automatiquement considérée comme étant en situation de fraude et les informations du dossier n'ont pas nécessairement un caractère illégal. « *Mis en place il y a à peine plus d'un an, ce fichier comporte plus de 95 000 informations sur des comptes bancaires permettant de*

[143] La Commission nationale de l'informatique et des libertés, créée par une loi n°78-17 du 6 janvier 1978, est une autorité administrative indépendante chargée de veiller à ce que l'informatique ne porte pas atteinte à l'identité humaine, aux droits de l'homme, à la vie privée ou aux libertés individuelles ou publiques.

[144] Rédaction des nouvelles fiscales, « Fraudeurs attention, Evafisc est né ! », *Les nouvelles fiscales, Lamy fiscal*, n°1037, 1er janvier 2010, p.18.

présumer la détention de comptes bancaires hors de France par des particuliers ou des entreprises. »[145].

b) États-Unis : le formulaire FBAR

46. – Le « *Foreign Bank and Financial Accounts* » (FBAR) – Aux États-Unis, l'obligation de déclarer ses comptes bancaires et avoirs détenus à l'étranger était à l'origine prévue par le *Currency and Foreign Transactions Reporting Act* ou *Bank Secrecy Act* (BSA)[146] de 1970. L'objectif de cette législation était d'obtenir un degré d'information élevé en matière criminelle.

Cette loi impose notamment la déclaration des comptes détenus à l'étranger par des américains sur le formulaire TD F 90-22.1, plus connu sous le nom de *« Report of Foreign Bank and Financial Accounts »*[147]. Ainsi, toute personne qui est soumise à la juridiction des États-Unis (*« U.S. person »*[148]) et qui a un intérêt ou un pouvoir de

---

[145] É. BOCQUET, au nom de la Commission d'enquête sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales, rapport de commission d'enquête, n° 673 t. I (2011-2012), 17 juillet 2012, p.338.

[146] Le *Bank Secrecy Act* a été codifié au titre 31 de l'US Code, §§ 5311-5314. Le paragraphe 5314 met en place l'obligation de remplir un FBAR.

[147] Sur le Report of Foreign Bank and Financial Accounts, V., entre autre, J. SCHEID, «FBAR: It's not a four-letter word when dealing with the IRS», *DCBA Brief*, Décembre 2013; P. MARCOTTE, «IRS winning game of offshore hide and seek», *Maryland Bar Journal*, Mai/Juin 2013; S. M. BROWN, «One-size-fits-small: a look at the history of the FBAR requirement, the offshore voluntary disclosure programs, and suggestions for increased participation and future compliance», *Chapman Law Review*, Automne 2014 ou encore H. E. SHEPPARD, «Evolution of the FBAR: Where we were, where we are, and why it matters», *Houston Buisness and Tax Law Journal*, 2006.

[148] L'Internal Revenue Manual (équivalent américain du BOFiP) 4.26.16.3.1 (07-01-2008) définit le terme de «U.S. person» : « A U.S. person is defined by reference to three sources. 31 U.S.C. 5314 and 31 C.F.R. 103.24 identify persons who may be subject to the FBAR reporting requirement. The FBAR instructions identify a smaller group of persons who must file FBARs than could have been required, under the statute and regulations, to file. A. "The Secretary of the Treasury shall require a resident or citizen of the United States or a person in, and doing business in, the United States, to keep records, file reports..." and that " The Secretary may prescribe a reasonable classification of persons subject to or exempt from a requirement under this section or a regulation under this section" . 31 U.S.C. § 5314; B. Each person subject to the jurisdiction of the United States (except a foreign subsidiary of a U.S. person)…shall provide information specified in a reporting form prescribed by the Secretary. 31 C.F.R. § 103.24; C. The instructions to the July 2000 FBAR (the current version) define "United States person" as "a citizen or resident of the United States, a domestic partnership, a domestic corporation or a

signature sur un compte bancaire ou fiduciaire à l'étranger a l'obligation de le déclarer si le total des comptes qu'il détient excède 10 000 dollars à un moment dans l'année[149]. Le FBAR est rempli séparément de la déclaration annuelle des revenus et doit être transmis à l'administration avant le 30 juin de l'année suivant celle au cours de laquelle une « *U.S. person* » au sens du droit américain a détenu de tels avoirs à l'étranger[150]. Tout comme en France, la déclaration doit contenir le nom du titulaire du compte, le numéro de compte, le nom de la banque ou de l'institution financière qui détient ce compte, le type de compte dont il s'agit et le montant maximum porté au crédit de ce compte durant l'année[151].

47. – Le renforcement des obligations : le *Patriot Act*[152] – Le Patriot Act, qui fait suite aux évènements survenus aux États-Unis le 11 septembre 2001, a renforcé cette obligation et en a fait une priorité dans la lutte contre le terrorisme. Désormais, les formulaires TD F 90-22.1 deviennent les formulaires FinCEN Form 114, mais restent communément appelés FBAR, et sont transmis à l'administration par voie

---

domestic estate or trust"; D. "United States" includes the states, territories, and possessions of the United States. 31 C.F.R. 133.11(nn); E. Examiners should use the definition of "United States person" found in the FBAR instructions when determining whether a person has an obligation to file the FBAR.

[149] L'article 31 § 5314 "Records and reports on foreign financial agency transactions" du code des États-Unis dispose « (a) Considering the need to avoid impeding or controlling the export or import of monetary instruments and the need to avoid burdening unreasonably a person making a transaction with a foreign financial agency, the Secretary of the Treasury shall require a resident or citizen of the United States or a person in, and doing business in, the United States, to keep records, file reports, or keep records and file reports, when the resident, citizen, or person makes a transaction or maintains a relation for any person with a foreign financial agency. The records and reports shall contain the following information in the way and to the extent the Secretary prescribes: (1) the identity and address of participants in a transaction or relationship. (2) the legal capacity in which a participant is acting (3) the identity of real parties in interest. (4) a description of the transaction».

[150] L'IRM 4.26.16.2.2 (07-01-2008) "FBAR Regulatory Authority" prévoit que «the FBAR must be filed on or before June 30 for foreign financial accounts aggregating more than $10,000 in the previous calendar year. 31 C.F.R. § 103.27(c)».

[151] L'IRM 4.26.16.3 (07-01-2008) "FBAR Filing Criteria" prévoit que «in order to determine whether or not the FBAR is required, all of the following must apply: A. The filer is a U.S. person; B. The U.S. person has a financial account(s); C. The financial account is in a foreign country; D. The U.S. person has a financial interest in the account or signature or other authority over the foreign financial account; and, E. The aggregate amount(s) in the account(s) valued in dollars exceed $10,000 at any time during the calendar year.»

[152] USA Patriot Act, Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, §361(b), 115 Stat. 272, 332.

électronique. Un nouveau bureau du Département américain du Trésor, le *Financial Crimes Enforcement Network* ou FinCEN[153] est en charge, entre autres, de l'analyse des données collectées par ces formulaires. L'accent est mis sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

À ce propos, Hale E. Sheppard, un avocat spécialisé en droit fiscal, considère que «*le FBAR est primordial pour le Gouvernement américain dans la réalisation des enquêtes pénale et fiscale, mais aussi dans la direction des activités de renseignements pour la protection contre le terrorisme international. De nos jours, une fois que quelque chose a été qualifiée de fondamental dans la lutte omniprésente contre la guerre de la peur, il semble qu'il n'y ait que peu (voire aucune) limite aux efforts du Gouvernement* »[154].

Le nombre de déclarations FBAR reste insuffisant. Un pourcentage non négligeable démontre que certaines personnes ne remplissent toujours pas le formulaire FinCEN 114, soit par méconnaissance du mécanisme soit volontairement[155].

2- Le défaut de déclaration

48. – France : une double sanction – En l'absence de déclaration, dans la législation française, le titulaire du compte s'expose à une double sanction. Conformément à l'article 1736 IV du CGI, il sera condamné à une amende de 1 500€ par compte non déclaré et à 10 000€ si le compte est situé dans un État ou territoire non coopératif (ETNC)[156]. L'article 1758 du même code prévoit une majoration de

---

[153] Cf. *infra* n°100 et s.

[154] H. E. SHEPPARD, « Evolution of the FBAR: Where we were, where we are, and why it matters », *Houston Buisness and Tax Law Journal*, 2006, p. 2-3: «*the FBAR is vital to the U.S. government not only in carrying out criminal and tax investigations, but also in conducting intelligence activities to protect against international terrorism. Nowadays, once something has been labeled as crucial to the ubiquitous "war on terror," there seem to be few (if any) limits on governmental efforts*» (Trad. par nos soins).

[155] D'après un sondage d'Axletree Solutions du 18 février 2015, environ 30% des personnes interrogées qui doivent remplir le FBAR, ne le font pas. V., http://blog.axletrees.com/blog/fbar-survey-results-and-analysis-black-and-white (visité en novembre 2015).

[156] L'article 1736 IV dispose que « IV.-1. Les infractions au premier alinéa de l'article 1649 A sont passibles d'une amende de 1 500 € par ouverture ou clôture de compte non déclarée. Sauf cas de force majeure, les omissions de déclaration de modification de compte et les inexactitudes ou omissions

40% des droits[157]. De plus, le CGI considère que toutes sommes, titres ou valeurs transférés à l'étranger ou en provenance de l'étranger par l'intermédiaire d'un compte non déclaré sont des revenus imposables, sauf preuve contraire. Le titulaire sera, alors, soumis à l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés selon les règles de droit commun. Le délai de reprise est porté de trois à dix ans en cas d'absence de déclaration d'un compte ouvert dans un État ou territoire non coopératif. Ainsi que le souligne M. Roumélian, *« cet arsenal législatif dérogatoire du droit commun instaure une véritable distinction entre les sanctions applicables aux comptes bancaires selon qu'ils sont ouverts en France ou à l'étranger et dans ce dernier cas selon l'État concerné.* »[158]

Des dispositions semblables à celles de la France ont fait l'objet d'un examen par la CJCE, qui a affirmé leur euro-compatibilité. La Cour a décidé dans différentes affaires que *« les articles 49 CE et 56 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que, lorsqu'un État membre applique un délai de redressement plus long dans le cas d'avoirs détenus dans un autre État membre que dans celui d'avoirs détenus dans ce premier État membre et que ces avoirs étrangers ainsi que les revenus tirés de ceux-ci étaient dissimulés aux autorités fiscales du premier État membre qui ne disposaient d'aucun indice quant à leur existence permettant de déclencher une enquête, l'amende infligée en*

---

constatées dans les déclarations mentionnées au même premier alinéa entraînent l'application d'une amende de 150 € par omission ou inexactitude, sans que le total des amendes applicables aux informations devant être produites simultanément puisse être supérieur à 10 000 €. 2. Les infractions aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 1649 A et de l'article 1649 A bis sont passibles d'une amende de 1 500 € par compte ou avance non déclaré. Toutefois, pour l'infraction aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 1649 A, ce montant est porté à 10 000 € par compte non déclaré lorsque l'obligation déclarative concerne un État ou un territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires. Si le total des soldes créditeurs du ou des comptes à l'étranger non déclarés est égal ou supérieur à 50 000 € au 31 décembre de l'année au titre de laquelle la déclaration devait être faite, l'amende par compte non déclaré est égale à 5 % du solde créditeur de ce même compte, sans pouvoir être inférieure aux montants prévus au premier alinéa du présent 2. »

[157] Article 1758 du CGI : « En cas d'application des dispositions prévues au troisième alinéa de l'article 1649 A, (…), le montant des droits est assorti d'une majoration de 40 %. (…) En cas d'application des dispositions du septième alinéa du I de l'article 238 bis-0 I, le montant des droits éludés est assorti de la majoration prévue au premier alinéa. »

[158] O. ROUMÉLIAN, « Lutte contre l'évasion fiscale internationale : déclaration des comptes à l'étranger », *LPA*, 16 mars 2010, n°53, p.3.

raison de la dissimulation desdits avoirs et revenus étrangers soit calculée proportionnellement au montant du redressement et sur cette période plus longue. »[159]

49. – États-Unis : les pénalités civiles prévues par l'IRC[160] – Aux États-Unis et France, les sanctions financières diffèrent selon les cas. En effet, si les législations française et américaine sont toutes deux très claires sur le fait que l'absence de mise en conformité entraîne l'application de sanctions, elles divergent sur leur mode d'application. La législation française, beaucoup plus pragmatique, ne prend en compte que la situation objective dans laquelle se trouve le contribuable au moment où il aurait dû remplir le formulaire 3916. De même, elle s'intéresse au point de savoir si le pays dans lequel étaient détenus les comptes non déclarés est considéré comme un paradis fiscal ou non. En revanche, le droit américain recherche si la personne a intentionnellement ou non manqué à son obligation de remplir le FBAR. Quand un contribuable omet de faire sa déclaration, l'application des pénalités et sanctions dépendra de l'intention de ce dernier. L'appréciation de la sanction est donc nettement plus subjective et la preuve de l'intention pesant sur l'administration sera plus complexe à rapporter[161].

50. – La preuve de l'intention : une jurisprudence très nourrie – Le Code américain des impôts distingue le comportement des contribuables selon différents critères, lesquels vont de la simple négligence à l'intention volontaire. Si le contribuable a été négligent[162], l'amende peut aller jusqu'à 50 000 dollars. S'il s'agit

---

[159] CJCE, 4e ch., 11 juin 2009, *X et EHA Passenheim-van Schoot c/ Staatssecretaris van Financiën*, aff. Jtes n°C-155/08 et C-157/08, à propos d'une disposition du code des impôts néerlandais qui prévoit un délai de prescription de cinq à douze ans.

[160] IRM 4.26.16.4 (07-01-2008) FBAR Penalties "1. The IRS has been delegated authority to assess FBAR civil penalties. 2. There are civil penalties for negligence, pattern of negligence, non-willful, and willful violations. (…) 7. FBAR penalties are determined per account, not per unfiled FBAR, for each person required to file. Penalties apply for each year of each violation (…)"

[161] S'agissant de la charge de la preuve, il convient de préciser qu'en matière de calcul de l'impôt, celle-ci repose sur le contribuable pour la majorité des taxes et impôts américains. Le calcul de l'IRS est supposé exact. En ce qui concerne cependant les pénalités, notamment celles concernant l'intention du contribuable, la charge de la preuve se trouve inversée et incombe à l'IRS.

[162] La définition de la négligence est précisée dans l'IRM 4.26.16.4.3.1 (07-01-2008) Negligence « 1. Actual knowledge of the reporting requirement is not required to find negligence. If a financial institution or nonfinancial trade or business exercising ordinary business care and prudence for its particular type of business should have known about the FBAR filing and record keeping requirements, failure to file or maintain records is negligent. Therefore, standards of practice for a

d'une négligence mineure, la sanction n'est alors que de 500 dollars[163]. Dans les cas où le contribuable s'est volontairement abstenu de remplir le FBAR, tout repose sur la preuve de ce caractère intentionnel ou non. Lorsque la bonne foi de la personne en cause est reconnue, l'amende n'excède pas les 10 000 dollars[164]. En revanche si le caractère intentionnel est prouvé, l'amende peut s'élever jusqu'à 100 000 dollars[165].

Toute la difficulté pour l'IRS est de déterminer quelle était l'intention de la personne[166]. La simple constatation de l'absence de déclaration FBAR n'est en effet pas suffisante pour appliquer les sanctions prévues par le Code. En 2006, les services fiscaux américains ont adopté la position suivante dans une note rédigée par *l'Office of Chief counsel advice*[167] le 20 janvier 2006 : *«un tribunal a estimé que la charge de la*

---

particular type of business are relevant in determining whether someone committed a negligent violation of 31 U.S.C. § 5314. If the failure to file the FBAR or to keep records is due to reasonable cause, and not due to the negligence of the person who had the obligation to file or keep records, the negligence penalty should not be asserted. 2. Negligent failure to file does NOT exist when, despite the exercise of ordinary business care and prudence, the business was unable to file the FBAR or keep the required records. 3. Use general negligence principles in determining whether or not to apply the negligence penalty. Treas. Reg. 1.6664-4, Reasonable Cause and Good Faith Exception to § 6662 penalties, may serve as useful guidance in determining the factors to consider. Although this tax regulation does not apply to FBARs, the information it contains may still be helpful in determining whether the FBAR violation was due to reasonable cause and not due to negligence.»

[163] V., l'IRM 4.26.16.4.3 (07-01-2008) : «1. There are two negligence penalties which apply generally to all BSA provisions. 31 U.S.C. § 5321(a)(6) A. A negligence penalty up to $500 may be assessed against a business for any negligent violation of the BSA, including FBAR violations. B. An additional penalty up to $50,000 may be assessed for a pattern of negligent violations.»

[164] IRM 4.26.16.4.4 (07-01-2008): «1. For violations occurring after October 22, 2004, a new penalty applies to individuals as well as businesses. 31 U.S.C. § 5321(a)(5)(A). A penalty, not to exceed $10,000, may be imposed on any person who violates or causes any violation of the FBAR filing and recordkeeping requirements.»

[165] V., l'IRM 4.26.16.4.5.1 (07-01-2008) qui dispose que «2. The ceiling applicable for violations occurring before October 23, 2004 is the greater of an amount (not to exceed $100,000) equal to the balance in the account at the time of the violation or $ 25,000. 3. For violations occurring after October 22, 2004 the ceiling is the greater of $100,000 or 50% of the balance in the account at the time of the violation».

[166] V., sur le caractère intentionnel, parmi d'autres, C. CIRAOLO, «The FBAR penalty: What constitutes willfulness?», *Maryland Bar Journal*, Mai/Juin 2013 ou S. LOSCHER et L. STRACHAN, «Proving wilfullness in civil FBAR cases», *Los Angeles Lawyer*, Avril 2013.

[167] Les services de l'Office of Chief Counsel, le service juridique de l'IRS, rédigent des Chief Counsel Advices (CCA), qui sont des conseils ou instructions. Ce bureau est en charge de l'interprétation correcte et impartiale des lois fiscales, http://www.irs.gov/uac/Office-of-Chief-Counsel-At-a-Glance (visité en septembre 2015).

preuve dans les affaires civiles concernant le FBAR revenait à fournir une « « preuve claire et convaincante » plutôt que simplement « une prépondérance de preuve » »[168] L'IRS doit prouver que le contribuable avait l'intention et la volonté de ne pas se conformer aux règles du FBAR. Cette position a été confirmée dans différentes affaires, dont *Bradford v. Commissioner*[169] ou *Stone v. Commissioner*[170].

Les affaires *Williams*[171] et *McBride*[172] ont mis en lumière certaines obligations de l'IRS en matière de preuve dans les cas où le contribuable n'a pas rempli le

---

[168] C.C.A. 2006-03-026 at 2 (Jan. 20, 2006): « *a court will find the burden in civil FBAR cases to be that of providing "clear and convincing evidence" rather than merely a "preponderance of the evidence."* » (Trad. par nos soins).

[169] *Bradford v. Commissioner*, 796 F. 2d 303, 307 (9th Cir. 1986). La décision a été rendue le 6 août 1986. Il s'agissait pour la Cour de savoir si la taxation des activités de M. Bradford était correcte et si la fraude était clairement établie du seul fait que le contribuable, en l'espèce, n'avait pas déclaré ses revenus entre 1974 et 1977. La Cour a conclu dans le paragraphe 23 que la Tax Court avait établi clairement et de manière convaincante que le calcul des impôts de M. Bradford était correct et qu'il y avait eu fraude et l'a donc condamné a des pénalités civiles.

[170] *Stone v. Commissioner*, 56 T.C. 213, 220 (1971). Le Dr Nathaniel M. Stone a été accusé en mars 1966 d'avoir volontairement et en toute connaissance de cause transmis des déclarations de revenus de 1959, 1960 et 1961 fausses et frauduleuses. M. Stone n'a pas été en mesure de rapporter la preuve qu'il n'avait pas agi volontairement et donc le tribunal fédéral l'a condamné à une amende de 30 000 dollars et une peine d'emprisonnement de trois mois par chef d'accusation.

[171] *United States v. Williams*, 2012 U.S. App. LEXIS 15017, at * 14 (4th Cir. 2012). En l'espèce, le contribuable était un avocat ayant créé la société ALQI Holdings Ltd dans les îles vierges britanniques. Il y avait ouvert deux comptes bancaires au nom de sa société. Entre 1993 et 2000, M. Williams a déposé 7 millions de dollars sur ces comptes, qui lui ont rapporté 800 000 dollars d'intérêts. Selon la loi américaine, il aurait dû déclarer ces intérêts sur sa déclaration de revenus, cocher la case « oui » indiquant qu'il possédait un ou plusieurs comptes à l'étranger et enfin remplir le formulaire FBAR. Il n'a respecté aucune de ces obligations. En septembre 2003, la Cour pénale l'a reconnu coupable de fraude fiscale et condamné à 46 mois de prison, à 25 000 dollars d'amendes, à restituer 3,5 millions de dollars et à 3 ans de mise à l'épreuve. Suite à cela, l'IRS a également entamé un contrôle approfondi des finances de M. Williams. L'agent de l'IRS lui a demandé de remplir un FBAR pour l'année 2000 et M. Williams a affirmé n'avoir jamais su auparavant qu'il devait remplir ce formulaire. L'IRS a condamné M. Williams pour négligence et fraude civile pour avoir manqué à ses obligations fiscales entre 1993 et 2000. Une pénalité de 100 000 dollars a été prononcée à son encontre. En avril 2009, M. Williams n'ayant toujours pas payé ses pénalités, le gouvernement a porté plainte afin de recouvrer sa créance. La Cour a conclu que M. Williams n'avait pas intentionnellement manqué à ses obligations de remplir le FBAR et que cela relevait d'une omission compréhensible. Le gouvernement a fait appel de cette décision en novembre 2010. La Cour d'appel, après avoir tenté de définir l'intention dans le contexte du formulaire FBAR, a finalement rejeté les arguments de la Cour de première instance et donné raison à l'administration.

formulaire FBAR. Dans ces deux affaires, la Cour a rappelé la nécessité pour l'administration d'établir l'intention de ne pas se conformer aux règles du FBAR en prouvant soit l'indifférence du contribuable pour ses obligations fiscales, soit un comportement délibéré. Elle rappelle également que dans les cas concernant le FBAR et portés devant les tribunaux civils, la charge de la preuve pèse sur l'administration.

La définition du caractère intentionnel ou non d'une action est un problème complexe dans la mesure où c'est d'elle que dépend l'application des sanctions financières les plus lourdes ainsi que d'éventuelles poursuites pénales. Comme l'ont écrit deux auteurs, dans un cas impliquant d'un problème matrimonial, *« la volonté est un des facteurs les plus importants pour déterminer comment interpréter la non-déclaration d'avoirs à l'étranger, car l'importance et la sévérité de l'éventuel problème fiscal qui en découle dépend de savoir si un ou les deux époux ont agi en connaissance de cause.* »[173]

Dans un arrêt de 1976, la Cour suprême a défini l'intentionnalité comme la violation intentionnelle d'un devoir légal connu (*« an intentional violation of a known legal duty »*[174]). Le contribuable doit savoir qu'il avait l'obligation de remplir un FBAR et c'est de façon volontaire qu'il a choisi de ne pas le faire. En revanche, s'il peut prouver qu'il n'avait aucune connaissance de cette législation, il ne peut être reconnu comme ayant agi de manière intentionnelle, de sorte que la célèbre règle « nul n'est

---

[172] *United States v. McBride*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 161206, at * 42 (D. Utah 2012). Jon McBride était associé dans la société Clip Company LLC. Afin de diminuer le montant des impôts de la société, M. McBride a fait appel à une entreprise spécialisée dans le management financier. La stratégie de cette entreprise était de passer par des prête-noms et des sociétés écrans qui étaient eux titulaires des comptes bancaires étrangers. M. McBride a affirmé avoir eu des doutes quant à la légalité de ces actes, sans pour autant chercher une autre solution. Ainsi et sans en parler au comptable de la société, les comptes de celles-ci détenus à l'étranger n'ont pas été déclarés pour les exercices 2000 et 2001. Environ 2.7 millions de dollars ont ainsi échappé à l'IRS. Il n'a reporté sur aucune de ses déclarations posséder ou avoir des intérêts dans des comptes situés à l'étranger. L'IRS a condamné M. McBride à deux amendes de 100 000 dollars chacune pour 2000 et 2001. La cour a ensuite confirmé la décision de l'administration, car elle a reconnu que les sociétés écrans avaient été établies dans l'intérêt de M. McBride et qu'elles étaient contrôlées par lui. De plus, dans sa déclaration de revenus signée, il avait coché en toute connaissance de cause le cas « non » à la question de savoir s'il détenait des avoirs à l'étranger.

[173] B. C. SKARLATOS et M. SARDAR, « Taxes and penalties on unreported foreign assets: who foots the bill ? », *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2014/2015: *«willfulness is one of the most important factors to consider in determining how to approach unreported foreign assets because the size and severity of the potential tax problem depends on whether one or both of the spouses acted willfully.»* (Trad. par nos soins).

[174] *United States v. Pomponio*, 429 U.S. 10 (1976).

censé ignorer la loi » n'est pas applicable en la matière[175]. La possibilité de se prévaloir de son ignorance apparaît comme très protectrice du contribuable[176]. En droit français, cette vision est difficile à envisager, spécialement si le contribuable dispose d'un comptable ou de tout autre conseiller. Dans l'affaire *Williams*, le défendeur avait d'ailleurs soulevé le fait qu'il ne connaissait pas la législation sur le FBAR et qu'ainsi il n'avait pas pu omettre de le remplir volontairement.

Dans ces deux espèces, le tribunal fédéral s'est prononcé sur les deux aspects de l'intentionnalité : la connaissance effective des contribuables concernant la législation FBAR et sur leur négligence pour s'y conformer. Les tribunaux ont tout d'abord démontré que les deux contribuables ne pouvaient pas ignorer la loi sur le FBAR, car ils avaient signé leur déclaration de revenus, laquelle mentionnait expressément cette obligation. Concernant le second volet, les tribunaux ont estimé que le manquement délibéré pouvait être démontré soit par le mépris total du contribuable envers cette obligation (« *reckless disregard* ») soit par sa volonté de ne pas voir (« *willful blindness* »)[177]. Dans le premier cas, la personne ignore les conséquences que va engendrer son mépris envers son obligation, dans le second cas, le contribuable connaît les risques mais choisit de les ignorer. Ces décisions ont été analysées comme conférant la possibilité à l'IRS de retenir l'intentionnalité plus facilement dans les cas d'absence de respect de la législation FBAR[178].

Selon Steven Locher et Lacey Strachan, avocats, ces deux affaires, si elles n'ont pas révolutionné les cas dans lesquels les pénalités pour manquement délibéré sont appliquées, laissent tout de même supposer que l'indifférence du contribuable sera retenue avec plus de facilité et qu'ainsi la charge de la preuve pesant sur l'administration en sera allégée. Il faut selon ces auteurs s'attendre à une position plus agressive du gouvernement[179].

---

[175] *Ibid.* Dans cet article, les auteurs soulignent que l'ignorance de la loi est une défense : « *Ignorance of the law is actually a defense* » (Trad. par nos soins).

[176] Cf. *infra* n°259 et s.

[177] V., S. LOSCHER et L. STRACHAN, *Op. Cit.*; K. NIEWOEHNER, « Feigning willfulness : How Williams and McBride extend the foreign bank accounts disclosure willfulness requirement and why they should not be followed», *Tax Lawyer*, Vol. 68, No 1: «*Turning to recklessness prong, the court found two ways that willfulness could be satisfied: reckless disregard and willful blindness*» (Trad. par nos soins).

[178] *Ibid.*

[179] *Ibid.*

Pour les contribuables n'étant pas en conformité avec les obligations déclaratives que nous venons de décrire, des procédures de régularisation existent à la fois en France et aux États-Unis. En contrepartie de la régularisation de leur situation, des conditions plus avantageuses leur sont proposées, en matière d'amende essentiellement.

B) La possibilité d'une régularisation

51. – Des procédés de régularisation ont été mis en place pour permettre aux contribuables français et américains de se mettre en conformité avec la loi fiscale **(1)**. Les deux États ont également mis à profit certaines sources d'informations, comme les listes dont ils ont eu connaissance, afin d'encourager les contribuables récalcitrants à entrer dans les programmes de régularisation **(2)**.

1- Les techniques de régularisation

52. – En France **(a)** et aux États-Unis **(b)**, les procédures de régularisation ont fait l'objet de diverses modifications et évolutions chronologiques.

a) En France

53. – Création des cellules de régularisation : Acte I – Lors de la conférence de presse de lancement de la campagne 2009 de déclarations des revenus, le 20 avril 2009[180], le ministre du Budget de l'époque, Éric Woerth, a annoncé la création de deux nouvelles structures au sein de la direction générale des finances publiques. La première est une cellule de régularisation à caractère temporaire, concernant les résidents français détenant des avoirs à l'étranger, et la seconde est un service d'accueil des non-résidents et expatriés envisageant de revenir en France.

[180] Conférence de presse du ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, Éric Woerth, à l'occasion du lancement de la campagne « Impôt sur le revenu » du 20 avril 2009, pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/6018.doc (visité en octobre 2015).

La cellule de régularisation a pour fonction de permettre aux contribuables français détenant des comptes bancaires et avoirs à l'étranger, non déclarés conformément à l'article 1649 A du CGI, de régulariser leur situation auprès de l'administration fiscale. Cette possibilité ne constitue pas une amnistie et les personnes décidant de l'utiliser doivent s'acquitter immédiatement des impôts dus dans la limite du délai de prescription de trois ou six ans[181]. La procédure prévoit le paiement des intérêts de retard, soit avec un plafonnement à 10% par an pour les fraudeurs dits « passifs » et à 20% par an pour les autres[182]. Les majorations pour manquement délibéré[183] sont de 10% pour les fraudeurs dits « passifs » et de 20% pour les fraudeurs dits « actifs ». En utilisant cette cellule, le redevable échappe aux majorations prévues à l'article 1728 du CGI[184], c'est-à-dire 40% pour manquement délibéré et 80% pour abus de droit. De plus, il lui est assuré qu'il ne fera pas l'objet de poursuites pénales. Autre avantage non négligeable, dans une première phase, les personnes bénéficiaient de la garantie de l'anonymat. Enfin une amende pour défaut de déclaration des avoirs à l'étranger de 10 000 euros est appliquée une seule fois, même en cas de pluralité de comptes.

---

[181] Le délai de prescription est de trois ans pour l'impôt sur le revenu (sauf pour les activités occultes : dix ans) et six ans pour l'impôt de solidarité sur la fortune et les droits de mutation à titre gratuit.

[182] Lors de la séance au Sénat du 18 décembre 2008 concernant le projet de loi de finances rectificative pour 2008, la question a été posée de savoir s'il était fondé de modifier le taux des pénalités appliquées en cas d'abus de droit. L'article 20 prévoyait de mettre en place une pénalité de 40% au lieu du taux habituel de 80%. Éric Woerth s'est opposé à la seule mise en place d'un taux de 40% et a précisé qu'« il est très important de conserver un taux de pénalité de 80 %. Celui-ci s'applique au fraudeur « actif », c'est-à-dire à celui qui a fomenté, organisé, provoqué la fraude. En revanche, le fraudeur « passif », si je puis dire, se verra appliquer un taux de pénalité de 40 %. Il faut donc bien faire la différence en conservant ces deux taux. » Il a été décidé de conserver les deux taux et d'en faire application selon le comportement du contribuable. On distingue donc entre les fraudeurs passifs, qui sont considéré comme ayant eu l'initiative principale ou comme ayant été le principal bénéficiaire de l'opération et les fraudeurs passifs, qui, tout en ayant profité de la fraude, n'ont pas participé activement à sa mise en place, mais en ont été bénéficiaires comme malgré eux, du fait des circonstances (leur position dans la société, héritage…).

[183] La majoration pour manquement délibéré est normalement de 40%.

[184] L'article 1728 du CGI dispose que « Le défaut de production dans les délais prescrits d'une déclaration ou d'un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt entraîne l'application, sur le montant des droits mis à la charge du contribuable ou résultant de la déclaration ou de l'acte déposé tardivement, d'une majoration de : (…); b. 40 % lorsque la déclaration ou l'acte n'a pas été déposé dans les trente jours suivant la réception d'une mise en demeure, notifiée par pli recommandé, d'avoir à le produire dans ce délai ; c. 80 % en cas de découverte d'une activité occulte. (…) »

Malgré les avantages, certains décrits par le ministre du Budget, peu de contribuables, dans un premier temps, ont fait appel à ces cellules. Afin de motiver les plus récalcitrants, Éric Woerth a assuré être en possession d'une liste de 3 000 noms de contribuables français ayant des avoirs en Suisse non déclarés et a appelé « *ces contribuables en situation de fraude à venir avec leur bonne foi en bandoulière pour régulariser leur situation, cette offre n'est pas une amnistie et ne durera pas éternellement* »[185]. Cette première étape des cellules de régularisation a tout de même engendré le dépôt de 4 700 dossiers de demande de régularisation. Elle a rapporté 1,2 milliards d'euros de recettes fiscales (droits et pénalités confondus), 7 milliards d'euros d'avoirs ayant été régularisés[186]. Après avoir été ouverte le 20 avril 2009, la cellule a été fermée le 31 décembre 2009.

Entre 2010 et 2013, aucune autre cellule n'a été remise en place. Toutefois, les régularisations ont continué à être effectuées par une équipe réduite au sein de la DGFiP, avec des avantages moindres. La prescription est portée à dix ans en matière d'impôt sur le revenu. Les intérêts de retard ne sont plus plafonnés et les majorations sont passées à 10% pour les fraudeurs passifs et 30% pour les fraudeurs actifs. De plus, les dispositions de l'article 123 *bis* du CGI[187] peuvent être applicables[188]. Cet article prévoit l'imposition dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers des bénéfices, même s'ils n'ont pas encore été distribués, des personnes physiques domiciliées en France et détenant directement ou indirectement au moins 10% d'une entité juridique étrangère établie dans un État à fiscalité privilégiée[189].

54. – Les cellules de régularisations : Acte II – Le 21 juin 2013, le ministre délégué chargé du Budget, Bertrand Cazeneuve a présenté avec Christiane Taubira, ministre de la Justice, devant l'Assemblée Nationale, le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière[190]. Ce projet adopté en

---

[185] Déclaration du ministre du Budget Éric Woerth le 20 avril 2009, *Op. Cit*.

[186] « Évadés fiscaux : Woerth, la cellule de Bercy a rapporté 700 millions d'euros », Dépêche AFP reproduite dans *Le Point,* 12 janvier 2010.

[187] Cf *infra* n°117 et s.

[188] P. MICHAUD, « Régularisation Cazeneuve et entités interposées : Gestion d'actifs hors de France dans des entités juridiques soumises à un régime fiscal privilégié constituées par des personnes physiques », *Études fiscales internationales*, 2 juillet 2013.

[189] Cf. *infra* n°88 et s.

[190] Projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière adopté par l'Assemblée nationale le 5 novembre 2013, https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=E9B4D827C1195BD35BED528214A

novembre 2013 renforce les moyens de l'administration fiscale, de la police et de la justice en matière de lutte contre la fraude fiscale. Il prévoit, entre autres mesures, l'ouverture en septembre 2013 du « Service de Traitement des Déclarations Rectificatives » (STDR). Ce service relève désormais de la Direction nationale des vérifications de situations fiscales (DNVSF), une des directions de contrôle fiscal de la DGFiP[191].

La circulaire Cazeneuve du 21 juin 2013[192] présente de nouvelles modalités pour régulariser sa situation auprès de l'administration fiscale en cas d'avoirs non déclarés détenus à l'étranger. Par rapport à la cellule de 2009, plusieurs points ont été modifiés. Tout d'abord, la phase d'anonymat est supprimée. À ce propos, Monsieur Cazeneuve avait déclaré que le nouveau processus devait être « *transparent, de droit commun* », s'opposant ainsi aux « *cellules de 'dégrisement' opaques* [qui] *appartiennent au passé* »[193]. Les intérêts de retard ne sont désormais plus plafonnés, la prescription est allongée jusqu'à 10 ans[194]. La majoration pour manquement délibéré passe à 15% pour les fraudeurs passifs et à 30% pour les fraudeurs actifs. L'amende de 10 000 euros est appliquée annuellement, mais est plafonnée à 1,5% ou 3% selon que le contribuable a agi passivement ou non. Les dispositions de l'article 123 *bis* du CGI peuvent être applicables.

La circulaire distingue trois catégories de contribuables, chacune correspondant à l'application de sanctions plus ou moins lourdes. La première

---

B36DF.tpdila17v_1?idDocument=JORFDOLE000027354779&type=contenu&id=2&typeLoi=&legislature= (consulté en juin 2015).

[191] En matière de contrôle fiscal, la DGFiP dispose de diverses directions à compétence nationale qui ont un champ de compétences différent selon les personnes visées par le contrôle. La DNVSF est rattachée aux services centraux et est chargée du contrôle fiscal des personnes physiques redevables dotées d'un patrimoine important ou dont la situation est jugée sensible et des entreprises qui s'y rattachent. La Direction des vérifications nationales et internationales (DVNI) chargée de la vérification des plus importantes sociétés françaises (sociétés du CAC 40). La Direction nationale d'enquête fiscale (DNEF) est en charge du contrôle de tous les impôts, droits et taxes dus par les personnes physiques ou morales, quel que soit leur domicile. Elle exerce ses compétences dans le domaine de la recherche de la fraude.

[192] V., http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/15282.pdf (consulté en juin 2015).

[193] A. VILLECHENON, « Évasion fiscale : la tentation d'une nouvelle cellule de régularisation », *Le Monde*, 22 mai 2013.

[194] La prescription passe à dix ans pour l'impôt sur le revenu à partir de 2006 et à dix ans également pour l'impôt de solidarité sur la fortune et les droits de mutation à titre gratuit depuis 2007.

catégorie est celle des « héritiers ». Il s'agit de ceux qui ont reçu des avoirs à l'étranger suite à une succession et qui n'ont pas procédé à la régularisation à la place du défunt. Ils bénéficient des sanctions à taux réduit pour la période postérieure au décès, car ils sont considérés comme étant des fraudeurs « passifs »[195]. Les fraudeurs « passifs », la deuxième catégorie de contribuables, sont les héritiers ou donataires n'ayant pas déclaré leurs avoirs après le décès ou la donation et les personnes ayant ouvert un compte à l'étranger alors qu'elles n'étaient pas résidentes en France, comme par exemple les expatriés. La troisième catégorie est composée des fraudeurs « actifs », c'est-à-dire tous les contribuables n'entrant pas dans les prévisions des catégories 1 et 2. Contrairement à la législation américaine qui recherche l'intention du contribuable[196], la droit français simplifie les choses en ne regardant que la situation objective dans laquelle se trouvait le redevable. La bonne ou mauvaise foi ne peut pas être invoquée par l'une ou l'autre des parties afin de diminuer ou augmenter l'amplitude des sanctions.

55. – Les cellules de régularisation : Acte III – La circulaire « Cazeneuve II », publiée le 12 décembre 2013[197], prise après la parution de la loi sur la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière[198], prévoit quelques changements et alourdit certaines sanctions. Tout d'abord, la majoration concernant les primo-déclarants à l'ISF est désormais de 40%. Ensuite le taux de l'amende passe à 12,5% pour les trusts et le plancher est relevé de 10 000 euros à 20 000 euros. Enfin, quand le taux de 12,5% est applicable, le plafonnement de l'amende passe à 3,75% pour les fraudeurs passifs et à 7,5% pour les fraudeurs actifs.

Depuis sa création, le STDR a reçu plus de 40 000 demandes de contribuables et a permis de récolter plus de 1,9 milliards d'euros de recettes fiscales supplémentaires. Du 1er janvier 2015 au 1er juin 2015, il a déjà recouvré plus de 1,6 milliards d'euros sur

---

[195] Les majorations sont nulles et l'amende n'est pas appliquée pour la période antérieure au décès.

[196] Cf. *supra* n°50.

[197] http://www.economie.gouv.fr/files/traitement_des_declarations_rectificatives_des_contribuables_detenant_des_avoirs_non_declares_12122013.pdf (consulté en juillet 2015).

[198] Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JORF n°0284 du 7 décembre 2013, page 19941, texte n°4.

un objectif de rendement de 2,7 milliards d'euros sur l'ensemble de l'année[199]. Fort de son succès, sept pôles déconcentrés[200] ont été créés pour venir en aide au STDR.

b) Aux États-Unis

56. – Le programme « *Offshore Voluntary Compliance Initiative* » (OVCI) : Étape 1 – D'après un rapport présenté au Congrès américain par le Trésor en 2002, moins de 20% des personnes qui étaient contraintes de remplir un formulaire FBAR l'ont effectivement fait. Ainsi, le gouvernement américain a non seulement augmenté le montant des pénalités, mais l'IRS a également mis en place toute une série de programmes d'amnisties qui ont le même objectif : augmenter la mise en conformité de la situation des personnes américaines avec l'obligation qui leur incombe de déclarer leurs comptes bancaires ou avoirs qu'elles détiennent à l'étranger.

Le « *offshore Voluntary Compliance Initiative* » (OVCI 2003)[201] est le premier programme piloté par l'IRS lui permettant de conclure des arrangements avec les contribuables qui décident de régulariser leur situation concernant les déclarations des comptes à l'étranger. En échange de leur régularisation volontaire, l'IRS s'engage à renoncer à certaines pénalités et à toutes poursuites pénales. Venant renforcer le « *Offshore Credit card Program* »[202], cette initiative, qualifiée de « *pseudo-amnesty program* »[203], a connu un succès limité. Si l'IRS a pu ainsi identifier plus de 400 investisseurs, déjà la moitié d'entre eux était connue des services de l'administration…

---

[199] Dossier de presse du Comité national de lutte contre la fraude fiscale du 23 juin 2015, p. 14 à 15, http://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/dp-cnlf2015.pdf (consulté en juillet 2015).

[200] Trois pôles localisés en Île-de-France (à Paris, Saint-Germain-en-Laye et Vanves) et quatre autres pôles localisés en province (Lyon, Marseille, Bordeaux et Strasbourg).

[201] V., IRS News Release IR-2003-5 (Jan. 14, 2003), http://www.irs.gov/uac/IRS-Unveils-Offshore-Voluntary-Compliance-Initiative;-Chance-for-%E2%80%98Credit-Card-Abusers%E2%80%99-to-Clear-Up-Their-Tax-Liabilities (consulté en juillet 2015).

[202] Sur le *Offshore Credit Card Program*, voir http://www.irs.gov/uac/Offshore-Credit-Card-Program-(OCCP) (consulté en juillet 2015).

[203] S. M. BROWN, *Op. Cit*.

57. – Le programme « *Offshore Voluntary Disclosure* » : Étape 2 – La mise en place du programme « *Offshore Voluntary Disclosure* » (OVDP 2009)[204] a été annoncée par l'IRS le 21 septembre 2009. L'instauration de ce programme fait suite au scandale UBS et à la plainte déposée par le département américain de la Justice contre UBS pour avoir incité et aidé des contribuables américains à éluder l'impôt[205]. Cette affaire revêt une importance toute particulière, car c'est la première fois que les États-Unis tentent de s'opposer au secret bancaire[206]. L'OVDP 2009 confère une nouvelle opportunité aux américains de déclarer leurs comptes bancaires ou avoirs qu'ils

---

[204] V., l'annonce de l'IRS, http://www.irs.gov/pub/newsroom/ir-2009-84_fr.pdf (visité en août 2015).

[205] Les faits à l'origine du scandale UBS : En 2001, Bradley Birkenfeld est recruté par UBS et Igor Olenicoff, un milliardaire américain, y transfère ses fonds en octobre 2001. M. Birkenfeld imagine alors des montages pour empêcher le fisc américain de remonter jusqu'à son client suite à la mise en œuvre du programme « *Qualified Intermediary* » du fisc américain (déclaration de type W9). Pour cela, il crée plusieurs fondations au Liechtenstein et une holding aux Pays-Bas. D'autres entités sont créées dans les îles Vierges britanniques, au Panama, à Gibraltar. L'associé de M. Olenicoff, Mario Staggl, crée une société écran au Danemark. Cependant, Bradley Birkenfeld ignore que son client est en affaire avec la justice et le fisc américains, qui a fait l'objet d'un redressement en 1996 et 1997. Alors que M. Birkenfeld est sous surveillance, sa carrière chez UBS est en berne faute d'avoir pu apporter d'autres clients fortunés. En 2005, après avoir obtenu un dédommagement aux prud'hommes de Genève, Bradley Birkenfeld quitte UBS et crée une société de conseil « Union Charter ». Il emporte des manuels internes, des lettres de clients, listes téléphoniques et aide Igor Olenicoff à transférer sa fortune vers une banque privée du Liechtenstein « New Haven Trust ». En mai 2008, en voyage aux États-Unis, l'ex-employé d'UBS est arrêté par la police fédérale à Boston. Il décide alors de coopérer et révèle les pratiques d'UBS. À l'été 2008, le département américain de la Justice, par la procédure *du John Doe summons*, demande à UBS de lui donner tous les noms de ses clients américains, ce qui va totalement à l'encontre du sacro-saint secret bancaire suisse. Pour UBS le dilemme est cornélien : soit elle coopère et elle se met en contravention avec la législation suisse sur le secret bancaire, soit elle perd sa licence aux États-Unis. Alors que M. Birkenfeld est condamné à 3 ans et 4 mois de prison, UBS passe un premier accord avec les États-Unis. La banque suisse paye 780 millions de dollars de pénalités et fournit le nom de 250 américains ayant un compte chez elle. Non satisfait, le département américain de la Justice engage de nouvelles poursuites contre UBS en février 2009. Un nouvel accord est conclu et UBS se voit contrainte de communiquer 4450 clients américains.

[206] V., sur l'affaire UBS, entre autres, X. OBERSON, « Tax fraud or the like : Grandeur et décadence d'une notion controversée en matière d'assistance fiscale avec les États-Unis – une tragédie en sept actes », *in* Transparence et secret dans l'ordre juridique : Genève, 2010, p. 385 et s.; X. OBERSON, « Récents développements dans le droit de l'assistance internationale en matière fiscale, notamment avec les États-Unis : sept leçons à tirer de l'affaire UBS », *in* Genève aux confluences du droit interne et du droit international, Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012 : Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 135 et s ou encore X. OBERSON, « La nouvelle politique de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux « un an après » », *IFF Forum für Steuerrecht*, 2010 p. 94.

détiennent à l'étranger et reporte la date limite des déclarations, initialement prévue le 23 septembre 2009, au 15 octobre 2009. Toutefois, le contribuable doit désormais remplir un FBAR pour les six années précédentes et la pénalité correspond à 20% du montant le plus élevé au crédit des comptes au cours des six dernières années. Les contribuables qui ne régularisent pas leur situation pourront se voir infliger des pénalités supplémentaires et être poursuivis au plan civil comme au plan pénal. Certains contribuables ont néanmoins choisi de ne pas participer à ce programme. Ces « *opt out candidates* » décident de ne pas y entrer et prennent le risque calculé de futures poursuites pénales et civiles.

58. – Les « divulgations silencieuses » : une alternative – Les personnes considérées comme représentant un risque faible décident pour beaucoup d'entre elles de procéder à une « *divulgation silencieuse* »[207]. Dans ce cas, le contribuable remplit un formulaire FBAR et s'acquitte des taxes et intérêts correspondants tout en espérant que l'administration ne prenne pas conscience que le formulaire n'avait jamais été produit auparavant. Le but de ces « *quiet disclosures* » est d'éviter les pénalités prévues par l'OVDP 2009. Dans un premier temps, l'IRS est resté relativement indulgent vis-à-vis de cette méthode. Par la suite, il a commencé à lutter contre cette pratique en insistant sur le fait que seule la participation au programme permet d'avoir la garantie de ne pas être poursuivi civilement et pénalement. Néanmoins, les divulgations silencieuses demeurent une option pour beaucoup de personnes qui souhaitent échapper à toutes les pénalités[208].

59. – L'« *Offshore Voluntary Disclosure Initiative* » (2011 OVDI): Étape 3 – Fort de l'expérience de l'OVDP 2009, l'IRS a introduit l'« *Offshore Voluntary Disclosure Initiative* » (2011 OVDI) le 8 février 2011[209]. Ce programme se différencie de l'OVDP 2009 sur trois points essentiels. Tout d'abord, il est possible de remonter jusqu'à huit

---

[207] Sur la procédure de « *quiet disclosure* », v., entre autres, http://regantaxlaw.com/?p=2217, http://www.natlawreview.com/article/what-are-risks-associated-quiet-disclosures-fbar-report-foreign-bank-and-financial-a, http://www.ayarlawgroup.com/ovdi-ovdp-opt-out-quiet-disclosure/ (consulté en juillet 2015).

[208] Sur cette question, v., R. FARAG, « HSBC Client Prosecuted After Quiet Disclosure », *Journal of international taxation*, Août 2011, at 8, 9.

[209] V., IRS News Release IR-2011684, http://www.irs.gov/uac/2011-Offshore-Voluntary-Disclosure-Initiative; http://www.irs.gov/uac/IRS-Reminds-Taxpayers-that-the-Aug.-31-Deadline-Is-Fast-Approaching-for-the-Second-Special-Voluntary-Disclosure-Initiative-of-Offshore-Accounts (consulté en juillet 2015).

ans en arrière. De plus, les pénalités passent de 20% à 25% du montant le plus élevé au crédit des comptes au cours des huit dernières années. Enfin, pour combattre les divulgations silencieuses, le 2011 OVDI prévoit pour les participants la possibilité de sortir du programme sans pénalités[210]. Toutefois, les personnes qui choisissent cette option s'exposent à un contrôle approfondi de leur situation fiscale. L'agent chargé de cet examen devra déterminer si le contribuable avait volontairement manqué à ses obligations déclaratives ou s'il peut se prévaloir d'une cause raisonnable justifiant le manquement. Ces personnes pourront être poursuivies au plan civil et au plan pénal. Le 2011 OVDI s'est achevé le 9 septembre 2011.

L'IRS a déclaré le 9 janvier 2012 avoir reçu 33 000 déclarations volontaires grâce aux programmes de 2009 et de 2011, soit un total de 4.4 milliards de dollars[211].

60. – L'« *Offshore Voluntary Disclosure Program* » (2012 OVDP) : Étape 4 – En janvier 2012, l'IRS a réitéré l'expérience et a mis en place l'*« Offshore Voluntary Disclosure Program »* (2012 OVDP)[212]. Si le droit de reprise est toujours de huit ans, en revanche, les pénalités augmentent et passent à 27,5% du montant le plus élevé au crédit des comptes au cours des huit dernières années. L'originalité de ce dernier programme est qu'il durera jusqu'à ce que l'IRS décide d'y mettre un terme. Ainsi, l'opportunité donnée aux contribuables de se mettre en conformité peut s'arrêter à tout moment. Les conditions et les pénalités peuvent également être modifiées à tout instant. Les personnes choisissant d'attendre trop longtemps prennent donc le risque de se voir offrir des conditions de mise en conformité nettement moins avantageuses.

Le 18 juin 2014, le 2012 OVDP a été amendé pour prendre en compte le caractère de l'intention du contribuable dans son absence de mise en conformité[213]. Désormais, les personnes qui n'auraient pas agi sciemment pourront voir leurs pénalités réduites à 5% et le droit de reprise ne pourra alors s'étendre que sur les trois années précédentes. Cette modification consiste en la mise en œuvre des

---

[210] V., L. LEDERMAN, « The use of Voluntary Disclosure Initiatives in the Battle Against Offshore Tax Evasion », 57 *Villanova Law Review* 499, 526 (2012).

[211] V., IRS News Release IR-2012-5 du 9 janvier 2012, http://www.irs.gov/uac/IRS-Offshore-Programs-Produce-$4.4-Billion-To-Date-for-Nation%E2%80%99s-Taxpayers;-Offshore-Voluntary-Disclosure-Program-Reopens (consulté en juillet 2015).

[212]Sur ce programme, v., le site de l'IRS, http://www.irs.gov/uac/2012-Offshore-Voluntary-Disclosure-Program (consulté en juillet 2015).

[213] V., http://www.ayarlawgroup.com/2014-ovdp-ovdi/.

décisions *Williams* et *McBride*, dans lesquelles la Cour a rappelé l'obligation de l'administration fiscale d'apporter la preuve du caractère intentionnel du comportement du contribuable de ne pas remplir le FBAR[214].

61. – Un succès mitigé – Malgré ces solutions de régularisation offertes aux contribuables américains, les différents dispositifs que nous venons de voir n'ont connu qu'un succès très relatif. La majorité des contribuables ayant des comptes bancaires à l'étranger n'a toujours pas adhéré au programme OVD. Un auteur aboutit à la conclusion que les contribuables ont réalisé qu'ils n'avaient rien à craindre, à moins de commettre un manquement flagrant : c'est donc sans surprise que très peu d'entre eux ont décidé de rejoindre le programme de régularisation[215]. D'après les chiffres publiés dans le rapport annuel de l'avocat des contribuables au Congrès[216], seul 1% des contribuables concernés aurait régularisé sa situation dans le cadre de ce programme[217].

Tous ces programmes de divulgation volontaire partagent une même particularité : ils ont été mis en place grâce à l'obtention d'informations par des moyens plus ou moins légaux. Dans la majorité des cas, ces possibilités ont été offertes aux contribuables dont l'administration avait eu le nom suite à des indiscrétions causées par certains employés de banques suisses ou du Liechtenstein. La question s'est posée de savoir comment utiliser ces données volées sans pour autant aboutir à un délit de recel d'informations.

---

[214] Cf. *supra* n°50.

[215] S. M. BROWN, *Op. Cit.*

[216] Le National Taxpayer Advocate (l'avocat des contribuables au Congrès) est

[217] National Taxpayer Advocate, 2012 Annual Report to Congress 134 (2012), v., http://www.taxpayeradvocate.irs.gov/2012-Annual-Report/downloads/Most-Serious-Problems-IRS-Offshore-Voluntary-Disclosure-Programs.pdf (consulté en juillet 2015): « *While an estimated five to seven million U.S. citizens reside abroad, and many more U.S. residents have FBAR filing requirements, the IRS received only 741,249 FBAR filings in 2011, and as of September 29, 2012, it had received fewer than 28,000 OVD submissions from FBAR violators. Thus, significant FBAR filing compliance problems likely remain unaddressed* ».

2- La régularisation à partir d'une liste

62. – Aux États-Unis, la liste d'UBS des contribuables américains ayant des avoirs à l'étranger a été obtenue conformément à ce que prévoit la loi américaine, c'est-à-dire par la voie du « *John Doe summons* »[218]. Ainsi, l'obtention des noms de clients américains d'UBS n'a pas suscité de difficulté en ce qui concerne le recel. En revanche, en France, la « liste des 3 000 noms » a bel et bien été obtenue par l'intermédiaire d'un employé mécontent d'HSBC et ayant volé ces données, mais également par l'autorité judiciaire à la suite d'une perquisition. La question s'est donc posée de savoir si en utilisant ces informations, l'administration fiscale française ne se livrait pas à une activité de recel (a). Cette problématique a amplement nourri le débat, non seulement dans les médias, mais également parmi les professionnels du droit et a suscité une évolution du droit positif (b).

a) L'utilisation des listes au regard du recel d'informations

63. – Confrontation avec la notion de recel[219] : l'affaire HSBC – L'article 321-1 du Code pénal définit le recel comme étant « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. »[220] Il est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.

Dans l'affaire HSBC, Hervé Falciani a obtenu les données de manière illicite et l'administration ne l'ignorait pas[221]. Si on s'en tient strictement à la définition du code

---

[218] Cf. *infra* n°77.

[219] Sur le recel, v., entre autres, Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4ème Éd. 2013, p.415-427; P. GATTEGNO, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Cours », 7ème Éd., 2007, p.308 et s. ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 15ème Éd. 2015, p.353 et s.

[220] Article 321-1 du Code pénal.

[221] Dès l'origine, Hervé Falciani a contacté les services de la police judiciaire française (la DNIF), qui l'a mis en relation avec la Direction nationale des enquêtes fiscales (la DNEF), une direction de la DGFiP. La DNEF, avec l'aide de M. Falciani, a réussi à lire les données et à commencer à les exploiter dès janvier 2009.

pénal et considérant que le vol est un délit, l'administration s'est rendue coupable de recel d'informations au moment même où elle a reçu et utilisé cette fameuse liste. Le vol d'informations a été évoqué pour la première fois dans l'arrêt *Bourquin* de la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1989. En l'espèce, la Cour avait qualifié de « *vol du contenu informationnel* » le vol d'une disquette[222]. Mais en décider ainsi ne satisferait pas aux exigences de la justice fiscale. Il aurait été, en effet, politiquement, délicat pour l'administration d'ignorer cette liste de noms. Ne pas l'utiliser serait revenu à exonérer les contribuables y figurant de leurs obligations fiscales et aurait privé l'administration de potentielles recettes.

64. – L'évolution de la jurisprudence en matière de recel d'informations – Concernant la notion de l'existence d'un recel d'informations[223], les réponses de la jurisprudence ont été au fil des années très diverses. En 1995 elle a adopté la position suivante : le recel d'une information n'est concevable que si l'on en détient le support[224]. Ainsi, le recel ne s'applique pas à l'information en tant que telle, mais au document qui la contient (disquette, photocopie, DVD-Rom…) Si en 2006, la chambre criminelle a semblé faire marche arrière en admettant qu'il pouvait y avoir recel d'informations sans considération de son support[225], elle s'est ravisée un an après presque jour pour jour en 2007 en affirmant qu'« *une information échappe aux prévisions de l'article 321-1 du Code pénal* »[226].

---

[222] Cass. crim., 12 janvier 1989, n°87-82265: Bull. crim. 1989, n°14 ; *Rev. sc. Crim. 1990*, p. 347, obs. P. Bouzat.

[223] V., C. de JACOB de NOMBEL, « Le recel d'information », *Droit pénal n°9*, Septembre 2008, étude 21 ou M.-P. LUCAS de LEYSSAC, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? »: *Dr. fisc.* 1985, chron. p. 43.

[224] Cass. crim., 3 avril 1995, n° 93-81569 : Bull. crim. 1995, n 142 ; Rapp. C. cass. 1995, p.390 ; JCP G 1995, II, 22429, obs. E. Derieux ; *Dr. pén. 1995*, comm. 175, note M. Véron ; *Gaz. Pal. 1995*, 1, p.264, note D. Perrier-Daville ; D. 1995, somm. p.320, note J. Pradel ; *D. 1995*, inf. rap. p.106 ; *Rev. sc. crim. 1995*, p. 599, obs. J. Francillon, p.821, obs. R. Ottenhof ; *Rev. sc. crim. 1996*, p. 645, obs. B. Bouloc ; F. Deboissy et J.-C. Saint-Pau, La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet) : *D. 2000*, p.c267 s.

[225] Cass. crim., 20 juin 2006, n°05-86.491 : *JurisData*, n°2006-034786.

[226] Cass. crim., 12 juin 2007, n°06-87.361 : *JurisData*, n°2007-039752 ; JCP G 2007, II, 10159, note F. Fourment, C. Michalski et Ph. Piot ; Dr. pén. 2007, comm. 143, obs. M. Véron ; *Rev. pénit. 2008*, chron. p. 113, obs. J.-C. Saint-Pau ; JCP G 2007, IV, 2520.

65. – L'administration est-elle coupable de recel d'informations ?[227] – D'après la jurisprudence que nous venons de voir, il faut donc différencier le contenant du contenu. En l'espèce, les renseignements figurant sur les fichiers informatiques volés par Hervé Falciani, c'est-à-dire le contenu, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 321-1 du Code pénal. En revanche, il en va différemment du fichier lui-même, le contenant, qui lui a bien fait l'objet d'un vol. Toute la difficulté résidait dans la faculté pour l'administration de pouvoir utiliser les informations sans que cela soit considéré comme du recel.

Comme le rappelle, Christian Eckert, rapporteur général, dans son rapport à l'Assemblée nationale en 2013, *« du fait des conditions d'obtention de la liste « HSBC », l'administration n'a pas pu directement opposer les informations dont elle disposait aux contribuables »*[228]. Cette liste était parvenue dans un premier temps, en 2008, à l'administration par le biais de M. Falciani, qui les avait volées. Selon ce premier scénario, l'administration ne pouvait pas utiliser les informations reçues.

Dans un second temps, le scénario est le suivant : les informations ont été transmises par l'autorité judiciaire selon la procédure de l'article L. 101 du LPF[229], suite à une perquisition réalisée chez M. Falciani par la police. Le rapport précise qu'en 2012, la direction des affaires juridiques du ministère des Finances a considéré que *« l'incrimination de recel n'était pas constituée lorsque la personne qui détenait les éléments volés bénéficiait d'une autorisation légale »*[230]. Effectivement, l'autorité judiciaire

---

[227] Th. LAMBERT, L'informaticien, la banque et la recevabilité de la preuve illicite dans les procédures fiscales, *in* « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 85.

[228] C. ECKERT, rapporteur général, Rapport d'information déposé auprès de l'Assemblée nationale par la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire relatif au traitement par l'administration fiscale des informations contenues dans la liste reçue d'un ancien salarié d'une banque étrangère, 10 juillet 2013, p. 7.

[229] L'article L. 101 du LPF dispose que « L'autorité judiciaire doit communiquer à l'administration des finances toute indication qu'elle peut recueillir, de nature à faire présumer une fraude commise en matière fiscale ou une manœuvre quelconque ayant eu pour objet ou ayant eu pour résultat de frauder ou de compromettre un impôt, qu'il s'agisse d'une instance civile ou commerciale ou d'une information criminelle ou correctionnelle même terminée par un non-lieu. L'administration des finances porte à la connaissance du juge d'instruction ou du procureur de la République, spontanément dans un délai de six mois après leur transmission ou à sa demande, l'état d'avancement des recherches de nature fiscale auxquelles elle a procédé à la suite de la communication des indications effectuée en application du premier alinéa. Le résultat du traitement définitif de ces dossiers par l'administration des finances fait l'objet d'une communication au ministère public. »

[230] *Ibid.*, p. 24.

a obtenu ces renseignements à l'occasion d'une perquisition et les a ensuite transmis à l'administration fiscale dans le cadre de son droit de communication. À suivre cette voie, l'administration ne peut donc pas être accusée de recel, car elle a obtenu légalement les informations de la part de l'autorité judiciaire.

Notons toutefois que cette décision est intervenue trois ans après que la liste soit tombée entre les mains de la DNEF, qui elle-même en avait eu connaissance un an avant le parquet. Mais si l'on suppose que les renseignements utilisés ne sont que ceux fournis par l'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale, c'est-à-dire l'autorité judiciaire, alors l'incrimination de recel n'était pas envisageable.

66. – « *Les données volées de HSBC sont-elles exploitables ?* »[231] – Reste néanmoins que M. Falciani a dérobé ces fichiers. L'origine illicite de la liste constituait toujours un problème au regard de son opposabilité à l'égard des contribuables. La jurisprudence administrative s'est révélée très conciliante, acceptant que dans l'hypothèse de documents ayant été volés préalablement au droit de communication régulièrement exercé par l'administration, cette dernière demeure fondée à les utiliser[232].

La Cour de cassation[233] avait un point de vue plus nuancé. Elle a confirmé que « *l'administration était tenue, dans ses investigations, au devoir de loyauté* »[234] et que le droit de visite et de saisie de l'article L. 16 B du LPF ne pouvait pas être autorisé s'il était fondé sur des documents dérobés[235].

Le rapport de M. Eckert de 2013, quant à lui, conclut, d'une part, que les agents de l'administration ne peuvent pas se voir accuser de recel d'informations du fait de la transmission par l'autorité judiciaire et, d'autre part, que ces données ne sont pas susceptibles de fonder juridiquement un contrôle fiscal.[236] Mais si aucun contrôle n'a pu être engagé sur la base de la liste HSBC, elle a permis d'orienter la

---

[231] Article du journal *Le Monde*, « Évadés fiscaux : les données volées de HSBC sont-elles exploitables ? », 12 décembre 2009.

[232] CE, 6 décembre 1995, *Navon*, n°90914 et CE, 6 décembre 1995, *SA Sam*ep, n°126826, *Dr. fisc.*1996, n°7, comm. 203, concl. G. Bachelier *; RJF* 1/96, n°61, 62 chron. G. Goulard.

[233] Si c'est le juge administratif qui est compétent pour le contentieux des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires, le juge judiciaire a à connaître du contentieux des droits d'enregistrement et des taxes assimilées, dont l'impôt de solidarité sur la fortune.

[234] Cass. com., 18 juin 1996, n°94-17.312, *Peysselier : JurisData* n°1996-002499 ; *RJF* 11/96, n°1363.

[235] Cass. com., 31 janvier 2012, n°11-13.097 et 11-13-098 *: JurisData* nº 2012-001415.

[236] C. ECKERT, *Op. Cit.*, p. 25

programmation vers certains dossiers à fort enjeux. Or le contribuable avait la possibilité de nier l'existence d'un compte en Suisse non déclaré, l'administration ne pouvant pas faire mention de la liste. Certaines personnes ont, certes, décidé spontanément de régulariser leur situation, mais il reste encore des dossiers financièrement importants qui n'ont pu faire l'objet d'une rectification.

La liste de HSBC restait inexploitable, car elle n'était pas opposable aux contribuables.

b) La solution de l'article L. 10-0 AA du CGI

67. – L'article L. 10-0 AA du CGI – Fort de cette expérience particulièrement frustrante, l'article 37 de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, codifié à l'article L. 10-0 AA du CGI, permet à l'administration *« d'exploiter les informations qu'elle reçoit, quelle qu'en soit l'origine, lorsqu'elles sont régulièrement portées à sa connaissance, soit par l'autorité judiciaire, soit par l'assistance administrative internationale »*[237].

Le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation dès la publication de la loi de 2013 en énonçant que l'administration fiscale ne peut « se prévaloir de pièces ou documents obtenus par une autorité administrative ou judiciaire dans des conditions déclarées ultérieurement illégales par le juge »[238]. Cette position a ensuite été suivie par le Conseil d'État[239]. Il conviendra néanmoins d'en étudier les effets quant aux droits des contribuables[240], car si la lutte contre les paradis fiscaux doit être une priorité pour les États, elle ne peut pas justifier des atteintes inconsidérées aux droits des citoyens. C'est sûrement la leçon principale qu'il faut tirer de cette affaire dite de « la liste HSBC ».

---

[237] Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, publiée au JORF n°0284 du 7 décembre 2013, page 19941.

[238] Cons. Const., 4 décembre 2013, n°2013-679 DC, JORF n°0284 du 7 décembre 2013, page 19958, texte n° 8.

[239] CE, 9e et 10e ss-sect., 15 avril 2015, n°373269, *Sté Car Diffusion 78*, concl. F. Aladjidi, note R. Torlet et A. Tailfer.

[240] Cf. *infra* n°259 et s.

68. – L'insuffisance des obligations déclaratives – Si l'administration entend lutter efficacement contre les paradis fiscaux, il est clair que les simples obligations déclaratives des contribuables sont plus qu'insuffisantes. Une meilleure efficacité de son action suppose qu'elle trouve les renseignements par elle-même.

§2. L'échange obligatoire de renseignements : l'accès aux renseignements

69. – La coopération plus ou moins spontanée du contribuable dans la rédaction et la transmission de certains documents de taxation est indispensable dans un premier temps pour lutter contre les paradis fiscaux. Choderlos de Laclos faisait justement observer que *« le scélérat a ses vertus comme l'honnête homme ses faiblesses »*[241] ; *a*ussi semble-t-il nécessaire de pallier ses faiblesses dans sa quête d'honnêteté vis-à-vis de l'administration fiscale. Un mécanisme d'une efficacité redoutable a été mis en place, à la fois aux États-Unis et en France, et permet à la DGFiP et à l'IRS d'avoir accès aux documents dont elle a besoin. Le droit de communication français[242] et le *« summons »* américain[243] sont, en effet, les moyens offerts à l'administration pour obtenir des renseignements en matière fiscale **(A)**. Ces législations ont rencontré certaines limites dont le secret professionnel et surtout le secret bancaire **(B)**.

---

[241] P. CHODERLOS DE LACLOS, *Les liaisons dangereuses*, 1782.

[242] Sur le droit de communication de la DGFiP, v., parmi d'autres, M. COLLET, *Procédures fiscales, Contrôle, contentieux et recouvrement de l'impôt*, PUF, Paris, 2011, p.21-31 ; J. LAMARQUE, O. NEGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, *Op. Cit.*, p.1213-1214 ; O. FOUQUET et M. SIERACZEK (dir.), *Le contrôle fiscal*, Lamy, 2010, p.91-99 ou I. VESTRIS « Le droit à l'information de l'administration », *Dr. fisc.* n°3, 18 janvier 2007, 51.

[243] Sur la procédure de « *summons* » de l'IRS, v., entre autres, G. JOHNSON et M. FRIEDLANDER, « Summons and Enforcement », http://www.irs.gov/pub/irs-tege/eotopicg93.pdf; T. A. IZZO, « The IRS summons power », *Federal Bar Association Section of Taxation report*, Automne 1998 ou encore A. J. COPPOLINO, « Administrative summons », *American Criminal Law Review*, Hiver 1987.

A) Les mécanismes de contraintes à la coopération en matière fiscale

70. – Qu'il s'agisse du droit de communication **(1)** ou de la procédure du *summons* **(2)**, l'objectif est le même : il s'agit pour l'administration d'avoir accès à des documents pouvant l'aider à identifier les opérations en provenance ou à destination des paradis fiscaux.

1- La communication à la française : le droit de communication

71. – Un droit dont l'exercice est encouragé – Le droit de communication a été mis en place par la loi de finances pour 1920[244] et est codifié aux articles L. 81 à L. 102 AA du LPF[245]. Il permet aux agents des finances publiques chargés de l'assiette et du contrôle de l'impôt, mais également à ceux du recouvrement depuis 2015, d'avoir accès aux renseignements nécessaires pour déterminer l'assiette et contrôler tous les impôts et taxes des personnes physiques ou morales.

L'exercice de ce droit est favorisé par trois facteurs. Tout d'abord, l'existence d'une amende en cas de refus de communiquer les renseignements demandés incite vivement à coopérer, d'autant que cette dernière est passée de 1 500 euros à 5 000 euros au 1er janvier 2015. De plus, ce droit s'exerce sans formalisme[246]. En effet, la doctrine[247] rappelle que « *la loi ne prévoyant aucune procédure spécifique lorsque l'administration exerce son droit de communication, la jurisprudence confirme que celui-ci n'est assorti d'aucune formalité particulière* »[248]. Enfin, la loi de finances rectificative

---

[244] Loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général de l'exercice 1920, publiée au JO 01-08-1920, p. 10941.

[245] L'article L. 81 du LPF « permet aux agents de l'administration, pour l'établissement de l'assiette, le contrôle et le recouvrement des impôts, d'avoir connaissance des documents et des renseignements mentionnés aux articles du présent chapitre dans les conditions qui y sont précisées (…) »

[246] L'administration recommande toutefois la remise d'un avis de passage : V., Doc. Adm. DGI, 13 K-114, 1er juin 2001.

[247] É. GLASER, « Droit de communication : quelles garanties pour le contribuable », chron. *RJF* 08 p.790.

[248] CE, 13 mars 1964, n°57930, *Dupont*, p.413 ; CE, 10 janvier 1966, n°53382, *Dupont*, p.243 ; CE, 18 décembre 1968, n°70330, Lebon p.659.

pour 2014[249] est venue renforcer le droit de communication de l'administration en élargissant son champ d'application *ratione personae* et *ratione materiae*[250].

72. – Le champ d'application *ratione personae* : un large réseau d'informateurs – Le contribuable, personne physique ou morale[251], est la première personne concernée par le droit de communication, essentiellement dans le cadre des vérifications de comptabilité ou des examens de la situation fiscale personnelle[252]. Sont également concernés par le droit de communication les tiers au contribuable pouvant détenir des informations en rapport avec l'activité professionnelle de ce dernier. On compte parmi eux l'Autorité des marchés financiers depuis 2015[253], mais également les organismes de sécurité sociale, qui sont un maillon important de la chaîne du renseignement de par les informations qu'ils peuvent détenir sur le contribuable (adresse, prestations versées…). À cet égard, le rapport du conseil des prélèvements obligatoires de 2007 relatif à la fraude aux prélèvements obligatoires[254] recommandait une coopération renforcée entre les services fiscaux et sociaux en matière de contrôle.

---

[249] Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014 de finance rectificative pour 2014, publiée au JORF n°0301 du 30 décembre 2014, page 22898, texte n° 3.

[250] V., entre autres, Ph. OUDENOT et A. LAUMONIER, « les nouveaux moyens de l'administration fiscale pour lutter contre la fraude fiscale », *Dr. fisc.* n°46, 13 novembre 2014, 618 ;

[251] L'article L. 85 du LPF dispose que « Les contribuables soumis aux obligations comptables du code de commerce doivent communiquer à l'administration, sur sa demande, les livres, les registres et les rapports dont la tenue est rendue obligatoire par le même code ainsi que tous documents relatifs à leur activité. »

[252] Sur la procédure de la vérification de comptabilité ou l'examen de la situation fiscale personnelle, v., entre autre, J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU, *Procédures fiscales*, Dalloz, coll. « Cours », 8ème Éd., 2016, p.210 et s.; Th. LAMBERT, *Procédures fiscales*, L.G.D.J, 2ème Éd., 2015, p.303 et s; J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 3ème Éd., 2014, p.1224-1225 ; O. FOUQUET et M. SIERACZEK, *Le contrôle fiscal*, Lamy, 2010, p.49-90 ou M. COLLET, *Procédures fiscales, Contrôle, contentieux et recouvrement de l'impôt*, PUF, Paris, 2011, p.54-69.

[253] Article L. 84 E du LPF : « Sous réserve du II bis de l'article L. 632-7 du code monétaire et financier, l'Autorité des marchés financiers communique à l'administration fiscale, sur sa demande, sans pouvoir opposer le secret professionnel, tout document ou information qu'elle détient dans le cadre de ses missions.

[254] Rapport du conseil des prélèvements obligatoires de 2007 relatif à la fraude aux prélèvements obligatoires, http://www.ccomptes.fr/fr/CPO/documents/divers/RapportCPOSurLaFraude150207Pdf.pdf (visité en mars 2013)

Par un décret du 18 avril 2008, la Délégation nationale à la lutte contre la fraude[255] (DNLF) a été mise en place afin de piloter les travaux réalisés conjointement par la DGFiP et la Direction de la sécurité sociale. La coopération entre ces administrations est encadrée juridiquement depuis la signature d'une convention nationale-cadre de coopération[256] du 3 avril 2008. Elle fait également l'objet d'un plan national annuel, approuvé par le Comité national de lutte contre la fraude[257]. La collaboration avec la Direction générale des douanes et droits indirects consiste, depuis une ordonnance de 2010[258], en la communication spontanée d'informations[259]. Avec le protocole national du 3 mars 2011 qu'elles ont signé, les douanes et les finances publiques réaffirment et renforcent leur coopération en prévoyant la possibilité pour chacune des directions d'avoir accès aux bases informatiques de l'autre tout en choisissant conjointement les domaines de coopération sur lesquels elles veulent mettre l'accent (fraude en matière de TVA, fraudes carrousels, évasion fiscale, utilisation des paradis fiscaux).

La police et la gendarmerie, au-delà du cadre d'une action de police fiscale, coopèrent étroitement avec la DGFiP. Ainsi, la Brigade nationale d'enquête économique (BNEE)[260] et les agents des finances publiques au sein des Groupes d'interventions régionaux (GIR)[261] aident les forces de sécurité en leur fournissant

---

[255] La délégation nationale à la lutte contre la fraude, créée par le décret n°2008-371 du 18 avril 2008, publié au JORF n°0093 du 19 avril 2008, texte 34. Elle est placée auprès du ministère du Budget. Elle a pour mission de coordonner la lutte contre les fraudes fiscales et sociales et le travail illégal.

[256] La convention nationale-cadre de coopération entre la DGFiP, la direction de la sécurité sociale et les organismes nationaux de protection sociale est appliquée aujourd'hui dans une cinquantaine de départements

[257] Le Comité national de lutte contre la fraude, présidé par la Premier ministre, est institué par le décret créant la DNLF dans l'article 5. Il oriente la politique de lutte du Gouvernement en matière de fraude et approuve annuellement un plan national d'orientations.

[258] Ordonnance n° 2010-420 du 27 avril 2010 portant adaptation de dispositions résultant de la fusion de la direction générale des impôts et de la direction générale de la comptabilité publique, publiée au JORF n°0101 du 30 avril 2010, page 7839, texte n°19.

[259] L'article L. 83 A du LPF prévoit que « Les agents de la direction générale des finances publiques et de la direction générale des douanes et droits indirects peuvent se communiquer spontanément tous les renseignements et documents recueillis dans le cadre de leurs missions respectives. »

[260] La Brigade nationale d'enquête économique fait partie de la Direction centrale de la police judiciaire (DCPJ). Elle compte 47 inspecteurs et 3 cadres supérieurs des finances publiques, qui apportent soutien et expertise pour les enquêtes financières.

[261] Les Groupes d'interventions interrégionaux, créés en 2002, sont au nombre de 34, auxquels 39 agents sont affectés. Ils sont spécialisés dans la lutte contre l'économie souterraine et les trafics.

informations et expertises dans le cadre des procédures judiciaires. En échange, ils fournissent éventuellement les informations recueillies pendant la programmation du contrôle fiscal.

L'autorité judiciaire et le parquet se révèlent être des partenaires importants de la DGFiP en matière d'échange de renseignements, notamment quand, à l'issue d'un contrôle fiscal, cette dernière dépose plainte devant la Commission des infractions fiscales pour actes frauduleux. La coopération de la DGFiP avec tous ces acteurs constitue une source d'informations importante et lui permet chaque année de recouvrer des sommes très substantielles en termes de droits et de pénalités.

73. – Le champ d'application *ratione personae* : le droit de communication non nominatif – Un nouveau type de communication a été mis en place dans la loi de finances rectificative pour 2014. L'administration est en droit de demander des informations à un tiers sans désigner précisément une personne. Par exemple, l'administration exerce son droit de communication auprès d'un organisme de sécurité sociale auquel elle demande la liste des personnes percevant telle ou telle prestation, sans nommer expressément un contribuable. C'est une avancée essentielle dans l'élargissement du droit de communication pour l'administration française. Codifié à l'alinéa 2 de l'article L. 81 du LPF et R. 81-3 du LPF, la mise en œuvre du droit de communication non nominatif a été précisée par un décret du conseil d'État du 28 août 2015[262], après avis favorable de la CNIL. Ce décret est d'application immédiate est venu commenter ce nouveau dispositif, afin que son utilisation soit efficace et rationnelle. Ainsi, si la demande peut concerner toutes les personnes morales ou physiques, publiques ou privées établies en France, elle doit contenir certains éléments objectifs, comme les éléments définissant la relation juridique ou économique entre le tiers et les personnes dont l'administration demande l'identification. De plus, elle doit préciser certaines informations concernant les personnes faisant l'objet de la demande (situation géographique des opérations ou personnes recherchées, mode de paiement, un seuil ou un montant des opérations en cause).

[262] Décret n° 2015-1091 du 28 août 2015 fixant les conditions d'exercice du droit de communication mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 81 du livre des procédures fiscales, publié au JORF n°0200 du 30 août 2015, page 15380, texte n° 17.

74. – Les documents communicables – Outre les documents comptables classiques dont la tenue est rendue obligatoire par les articles L. 123-12 à L. 123-28 du Code de commerce[263] et sans revenir sur l'utilisation des données volées transmises par l'Autorité judiciaire[264], les agents de la DGFiP peuvent demander tous les documents relatifs à l'activité du contribuable. Cette expression que l'on retrouve dans la LFR pour 2014 élargit considérablement le droit de communication et il convient de définir plus précisément ce qu'entend le législateur par *« tous les documents relatifs à l'activité »*. S'agissant des documents communicables, il semble qu'au départ, comme le soulignent MM. Hervé Zapf et Jean-Pierre Laval[265], le législateur en 1920 avait une conception restrictive de ce droit, qui devait permettre à l'administration d'obtenir les documents nécessaires à l'établissement de l'assiette et du contrôle de l'impôt *« sans établir un régime d'inquisition fiscale de nature à inquiéter les commerçants honnêtes (…) »*[266] Il ne faisait à l'époque aucun doute que les documents communicables étaient limités aux écritures comptables et à leurs pièces justificatives. Depuis 1920, et après avoir appréhendé toute la valeur de ce droit, l'administration n'a pu se contenter de cette conception étroite, et en pratique, elle n'a pas résisté longtemps avant de considérer que tous les documents en lien avec l'activité professionnelle du contribuable entrent dans le champ d'application de ce texte. D'ailleurs, le Conseil d'État a, dans un arrêt de 1942, reconnu que les lettres d'un contribuable à ses clients *« ne constituaient pas une correspondance personnelle (…) et qu'elles étaient donc au nombre des documents dont l'article 32 de la loi du 31 juillet 1920 (…) permet à l'administration d'obtenir la communication »*[267]. En 2000, la jurisprudence *SARL Trace* a été considérée par l'administration comme une confirmation de sa pratique et elle en a profité pour préciser dans sa doctrine que les documents visés par le droit de communication sont aussi *« les correspondances reçues et les copies de lettres envoyées »* et *« ceux qui ont une corrélation certaine avec les données de la comptabilité commerciale, sans distinguer s'ils sont ou non d'ordre strictement*

---

[263] On retrouve parmi ces documents les documents comptables comme le livre-journal, grand-livre, livre d'inventaires, mais aussi toutes les pièces de dépenses et de recettes, tous les contrats et leurs avenants, le rapport de gestion…

[264] Cf. *supra* n°63 à 67.

[265] H. ZAPF et J.-P. LAVAL, « Droit de communication : nature des documents communicables », *Études BF 11/14*.

[266] Exposé des motifs de l'article 32 de la loi de finances pour 1920.

[267] CE, 26 octobre 1942, n°66077 : Lebon p. 294.

comptable »[268]. Le Conseil d'État a estimé que « *le droit de communication a seulement pour objet de permettre au service, pour l'établissement et le contrôle de l'assiette d'un contribuable, de demander (…) des renseignements disponibles (…) et, le cas échéant, copie de certains documents existants qui se rapportent à l'activité professionnelle de la personne auprès de laquelle ce droit est exercé.* »[269]. Cependant, l'objet de cette décision était simplement de rappeler la différence entre le droit de communication et le droit de vérification. Il ne s'agissait pas d'accorder un droit étendu à l'administration en matière d'accès aux renseignements. À l'occasion de l'affaire Senaux en 2014, le Conseil d'État a eu à se prononcer à nouveau sur l'étendue des documents communicables[270]. La question lui était posée de savoir si des correspondances commerciales, des croquis et des plans relatifs à des moules industriels pouvaient entrer dans le champ d'application du droit de communication. Le juge suprême a adopté une position très pragmatique en confirmant la jurisprudence de 1942 concernant la correspondance commerciale et en affirmant que les documents graphiques, s'ils sont de nature à justifier des recettes et des dépenses, peuvent également être transmis. Il demeure que même avec la loi de finances rectificative pour 2014, la définition du caractère communicable ou non d'un document non comptable est très floue et il appartient à l'administration d'agir de manière raisonnable. Le risque serait bel et bien celui de voir l'administration aller à une sorte de « pêche aux renseignements » sans prendre en compte le droit à la vie privée des contribuables protégé par la Conv. EDH, sous le prétexte, certes louable, de lutter contre les paradis fiscaux et la fraude en général.

2- La communication à l'américaine : la procédure du summons

75. – La menace du « *summons* » de l'IRS[271] : l'assignation du contribuable – La traduction la plus proche du terme *summons* est celle d'assignation ou de convocation. Comme pour la DGFiP, l'IRS n'a pas besoin de passer par un juge pour exercer ce pouvoir de demander à des personnes de lui fournir les informations dont

[268] BOI-CF-COM-10-20-10 n°40, 12 septembre 2012.

[269] CE, 6 octobre 2000, n°208765, sect., *SARL Trace* : *RJF* 12/00 n°1497, chronique J. Maïa p. 895, concl. G. Bachelier *BDCF* 12/00 ; Lebon p. 406.

[270] CE, 9e et 10e ss-sect., 11 avril 2014, n°354314, *Senaux* : *Dr. fisc. 2014, n°26, comm. 407,* concl. F. Aladjidi, note R. Grau et X. Zhang.

[271] T. A. IZZO, « The IRS summons power »: art. prec.

il a besoin. La procédure du *summons* est codifiée dans le Code américain des impôts aux articles 7601 à 7612 et donne la possibilité à l'IRS d'obtenir et d'examiner toutes les informations nécessaires pour déterminer et recouvrer l'impôt. Ce droit de communication à l'américaine a le même objectif que le droit de communication français, mais les conditions de mises en œuvre diffèrent sur quelques points.

La procédure du *summons* ne peut être engagée que si trois conditions sont respectées. Tout d'abord, l'information demandée doit être essentielle pour l'enquête. Puis, le contribuable ou une partie tierce refuse de manière exagérée de coopérer avec l'administration. Enfin l'information demandée ne doit pouvoir être obtenue facilement par un autre moyen. Ces conditions rendent l'utilisation de l'assignation moins évidente que celle du droit de communication, qui peut être mis en œuvre, en pratique, avant même par exemple, que le contribuable ait effectivement démontré son refus de coopérer, mais simplement parce qu'il y a un risque qu'il ne coopère pas.

Concernant le champ d'application *ratione materiae*, là aussi la législation est très favorable à l'administration fiscale. L'IRS n'est pas limité aux seuls documents comptables du contribuable, mais peut étendre sa demande à toutes les données pertinentes. De plus, elle peut ordonner la remise du document original, et pas seulement de la copie[272] des informations, tant que l'original est toujours existant. Effectivement, une assignation ne peut pas contraindre celui qui la reçoit à créer les documents qui lui sont demandés pour pouvoir répondre à l'administration. Une telle possibilité serait contraire au Cinquième amendement de la Constitution des États-Unis, un texte bien connu qui interdit au Gouvernement de forcer un individu à s'auto-incriminer[273].

S'agissant des personnes pouvant faire l'objet d'une assignation par l'IRS, nous retrouvons en première ligne, comme en droit français, un contribuable. Mais cela peut être également un subordonné de ce contribuable, une personne qui conserve ou a en sa possession les documents professionnels de ce contribuable ou encore toute autre personne que l'administration estime nécessaire d'interroger[274]. Le champ d'application *ratione personae* est donc relativement large, notamment grâce à la

---

[272] *United States v. Campbell*, 524 F 2d 604 (8th Cir. 1975).

[273] Le Cinquième amendement prévoit notamment que « *(…) nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière (…)* »

[274] Article 7602 de l'IRC.

dernière catégorie de personnes. Comme l'a confirmé la Cour suprême en 1964, l'IRS peut émettre une assignation envers toute personne pouvant détenir des informations utiles à l'enquête et lui demander de témoigner et de produire tout renseignement écrit[275].

76. – L'assignation d'une tierce personne – La possibilité d'assigner une personne autre que le contribuable a été reconnue par la jurisprudence en 1985[276]. Par exemple, peuvent faire l'objet d'une assignation le comptable du contribuable, la banque gérant les comptes de celui-ci ou encore son ancien employeur. Il existe également une procédure spéciale à l'article 7609 (a) et (b) de l'IRC, qui offre la faculté à l'IRS de notifier une assignation au service indépendant chargé de la tenue des registres (« *Third-party Recordkeeper* »). Il s'agit des banques, des agences de crédits ou d'épargne, des courtiers, des avocats, des comptables, des agences de trocs et toutes compagnies d'investissements et de leurs agents[277]. Cette dernière catégorie inclut les compagnies de téléphone et les casinos[278]. L'administration doit dans ce cas informer le contribuable de sa demande d'informations auprès de cette personne dans les trois jours de la notification. La demande doit être autorisée par un supérieur hiérarchique, à qui le droit d'assigner ces personnes a été reconnu. La demande est obligatoirement écrite et précise le droit du contribuable d'intervenir dans le cas d'une procédure contre cette assignation. L'IRS peut en effet demander à la justice de contraindre la personne assignée à fournir les informations demandées, mais le contribuable pourra alors intervenir pour protéger son droit à la vie privée. Le Code des impôts reconnaît aussi le droit au contribuable d'exercer un recours contre l'assignation émise par l'IRS. En revanche, il ne pourra pas exercer ce droit si la tierce personne n'est pas une « *Third-party recordkeeper* », à moins qu'il ne possède un intérêt patrimonial dans les registres, qu'il présente une raison constitutionnelle valable ou qu'il se réclame d'un privilège légalement reconnu[279].

Cette procédure a été mise en place par le Congrès afin d'éviter que l'administration n'aille à la pêche aux renseignements auprès des personnes non visées par le contrôle fiscal. En effet, ces personnes n'ayant pas d'intérêt particulier à

---

[275] *United States v. Powell*, 379 U.S. 48 (1964).

[276] *Tiffany Fine Arts, Inc. V. United States*, 469 U.S. 310, 315-16 (1985).

[277] L'article 7609 (a) (3) liste les personnes pouvant être qualifiées de « *Third-party recordkeeper* ».

[278] *United States v. New York Telephone Co.*, 644 F.2d 953 (2d Cir. 1981).

[279] *Donaldson v. United States*, 400 U.S. 517 (1971).

refuser de fournir les données qu'elles possèdent, le Congrès a voulu éviter qu'elles ne donnent toutes les informations en leur possession et non les seules informations demandées, afin d'éviter les frais d'un procès.

77. – *John Doe summons*[280] – C'est en 1975, que la Cour Suprême a autorisé l'IRS à émettre des *John Doe summonses* contre des tiers pour obtenir des informations sur des contribuables dont l'identité n'était pas connue[281]. Prévu aujourd'hui à l'article 7609(f) de l'IRC, le *John Doe summons* permet à l'administration de demander des renseignements sur certaines transactions impliquant des contribuables non identifiés. C'est cette procédure que le département américain de la Justice avait utilisée contre UBS pour obtenir la liste de ses clients américains. Pour être employée, cette assignation devra impérativement être autorisée par le tribunal, qui devra s'assurer que l'administration a bien un objectif légitime et que l'obtention de ces données est pertinente pour réaliser cet objectif. L'administration sera tenue de démontrer que l'assignation est relative à un contrôle sur une personne particulière ou un groupe de personnes particulier, qu'il existe une base raisonnable de penser que cette personne ou ce groupe ont manqué à leurs obligations fiscales et que l'information et l'identité de cette personne ou de ce groupe ne peuvent pas être obtenues par d'autres moyens.

78. – Un double objectif – Dans certaines situations, un seul *summons* pourra avoir un double but[282]. Dans les cas où l'IRS conduit une enquête sur un contribuable identifié et que les résultats de cette enquête conduisent à une autre personne non connue, l'administration peut éviter de recourir de nouveau à l'ensemble de la procédure du *summons*[283]. Il en va de même lorsque l'IRS contrôle le contribuable et une holding. Il ne sera pas nécessaire d'enclencher deux procédures différentes[284]. L'administration appliquera à la fois un *John Doe summons* et *summons* classique.

---

[280] V., parmi d'autres, E. F. LIDGE III, « Internal revenue code section 7609(f) at the John Doe summons enforcement hearing », *University of Illinois Law Review*, 1983.

[281] *United States v. Bisceglia*, 420 U. S. 141 (1975).

[282] C. KEHOE DEMPSEY, «The application of the John Doe summons procedure to the Dual-Purpose Investigatory», *Fordham Law Review*, Vol. 52, Issue 4, 1984.

[283] *United States v. Thompson*, 701 F.2d 1175, 1179 n.8 (6th Cir. 1983) ou *United States v. Barter Sys.*, 694 F.2d 163, 168 (8th Cir. 1982).

[284] *Tiffany Fine Arts, Inc. v. United States*, *Op. Cit.*

79. – Toutes ces précautions viennent renforcer la protection des droits du contribuable et une question, qui résonne comme une contradiction et à laquelle nous tenterons de répondre par après, se pose dès à présent : la législation américaine, malgré les moyens parfois étonnants qu'elle donne à son administration fiscale ne serait-elle pas plus concernée par la protection des droits du contribuable que la législation française ? Au demeurant, l'exercice de ces mécanismes se heurte à des limites nécessaires.

B) Les limites à l'exercice des mécanismes de contraintes

80. – Afin d'éviter tout abus, ces procédures précédemment décrites connaissent des limites dans leur exercice. Aussi, les mécanismes du droit de communication et de la procédure de *summons* sont soumis à des conditions très précises dans leur utilisation **(1)**. De plus, parmi ces limites, celle d'entre elles qui suscite le plus de difficultés est le secret professionnel, et plus particulièrement le secret bancaire[285] **(2)**.

1- Les conditions d'exercice

81. – Des conditions d'utilisation astreignantes – Bien que les tribunaux américains avaient à plusieurs reprises fait preuve de réticence pour restreindre la procédure du « *summons* » de l'IRS[286], les pouvoirs de ce dernier ne sont pas pour autant illimités. En effet, l'application de cette procédure requiert la réunion de différentes conditions. Tout d'abord, une assignation doit répondre à un motif légitime, c'est-à-dire qu'elle doit être émise afin de déterminer si l'assiette de l'impôt est régulière, de vérifier si le remboursement était dû, de préciser les obligations fiscales, de recouvrer l'impôt ou encore de se renseigner sur tous les délits en relation avec l'administration ou l'exécution de la législation fiscale. Tous les autres motifs susceptibles de déclencher un *summons* doivent impérativement avoir été

[285] V., entre autres, J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le secret bancaire en 2007 », *RLDA*, 2008 ; F. DURAND, « Le secret bancaire face à l'Administration fiscale en France », *RLDA*, 2010.

[286] *United States v. Powell*, *Op. Cit.* Dans cet arrêt, la Cour a comparé les pouvoirs de l'IRS à ceux du Grand jury en disant qu'il peut enquêter simplement parce qu'il pense que la loi a été violée ou uniquement parce qu'il veut s'assurer qu'elle ne le sera pas : « *investigate merely on suspicion that the law is being violated, or even just because it wants assurance that it is not* » (Trad. par nos soins).

préalablement autorisés par le Congrès[287]. Ensuite, les informations demandées doivent avoir un caractère pertinent pour la satisfaction du motif légitime[288]. L'utilisation du conditionnel par le Congrès vient du fait que le vérificateur ne peut pas être certain que les documents demandés seront pertinents avant de les avoir étudiés[289]. Troisièmement, l'IRC prévoit que les contribuables ne peuvent pas être contrôlés plus d'une fois par année fiscale[290]. Évidemment, aucune demande de renseignements ne peut être faite pour une année prescrite, sauf en cas de fraude ou de soupçon de fraude[291] ou si les informations provenant des années prescrites sont décisives dans l'affaire en cours[292]. Enfin, le droit de communication ne peut pas être appliqué quand l'IRS a renvoyé l'affaire devant la justice[293]. Deux amendements de la Constitution américaine limitent également le droit de communication américain. Le Quatrième amendement protège la vie privée et le domicile du citoyen américain d'éventuelles interventions injustifiées de la part du Gouvernement[294]. Ainsi, un contribuable peut faire valoir son droit au respect de ses papiers et effets privés s'il veut contester un *summons*[295]. Le Cinquième amendement empêche quant à lui les citoyens de devoir effectuer des dépositions qui les auto-incriminent[296]. Ces deux textes, sur lesquels nous reviendrons, manifestent l'importance pour le droit américain de la protection des droits des contribuables.

---

[287] *United States v. LaSalle National Bank*, 437 U.S. 298, 316 n. 18 (1978).

[288] The "May Be Relevant" Standard.

[289] *United States v. Arthur Young & Co.*, 465 U.S. 805, 816 (1984).

[290] L'article 7605 (b) de l'IRC dispose que « no taxpayer shall be subjected to unnecessary examination or investigations, and only one inspection of a taxpayer's books of account shall be made for each taxable year unless the taxpayer requests otherwise or unless the Secretary, after investigation, notifies the taxpayer in writing that an additional inspection is necessary.» La jurisprudence a toutefois admis plusieurs exceptions à cette limite. Elle considère par exemple qu'il n'y a pas de second contrôle quand il s'agit de vérifier la validité d'un remboursement, *Curtis v. Commissioner*, 84 T.C. 1349 (1985).

[291] *Powell, Op. cit*.

[292] *La Mura v. United States*, 765 F.2d 974, 981 (11th Cir. 1985).

[293] *United States v. Abrahams*, 905 F.2d 1276 (9th Cir. 1990).

[294] Le Quatrième amendement prévoit que *« Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personne, domicile, papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive particulièrement le lieu à fouiller et les personnes ou les choses à saisir. »*

[295] *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886)

[296] *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 409 (1976); *Allen v. Illinois*, 478 U.S. 364, 368 (1986)

82. – Une procédure souple – En France, la loi ne prévoit pas de formalisme particulier pour l'exercice du droit de communication. En revanche, la jurisprudence est venue rappeler certaines règles qui limitent ce droit. Par exemple, dans l'arrêt *Marcantetti,* le Conseil d'État rappelle l'interdiction pour l'administration de menacer de sanctions pour non réponse une personne non soumise au droit de communication[297].

Mais ce qui a suscité le plus débat ces dernières années concerne le champ d'application *ratione materiae* du droit de communication, notamment à la suite de « l'affaire HSBC » et l'origine illicite des documents qu'avait obtenus l'administration par l'autorité judiciaire[298]. Le Conseil d'État considérait de manière constante depuis 1995 que *« dès lors que l'administration fiscale a obtenu régulièrement communication de pièces détenues par l'autorité judiciaire, la circonstance que ces pièces auraient été ultérieurement annulées par le juge pénal n'a pas pour effet de priver l'Administration du droit de s'en prévaloir pour établir les impositions »*[299]. La Cour de cassation avait adopté la position contraire dans diverses décisions[300]. L'article L. 10-0 AA du LPF est venu mettre un terme à cette querelle en donnant à l'administration le droit d'exploiter tous les documents portés à sa connaissance par le droit de communication, peu importe leur origine. Le Conseil constitutionnel a dû se prononcer sur la conformité de cet article à la Constitution et a déclaré dans une décision du 4 décembre 2013 *que « ces dispositions ne sauraient, sans porter atteinte aux exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, permettre aux services fiscaux et douaniers de se prévaloir de pièces ou documents obtenus par une autorité administrative ou judiciaire dans des conditions déclarées ultérieurement illégales par le juge ; que, sous cette réserve, le législateur n'a, en adoptant ces dispositions, ni porté atteinte au droit au respect de la vie privée ni méconnu les*

---

[297] CE, 1er juillet 1987, n°54222, *Marcantetti*, RJF 87 n°1020 concl. O Fouquet p. 505, GAJF 4ème Éd. n°54.

[298] Th. LAMBERT, L'informaticien, la banque et la recevabilité de la preuve illicite dans les procédures fiscales, *in* « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 85.

[299] CE, sect., 6 décembre 1995, n°90914, *Navon* et n°126826, *SA Samep*, *Op. Cit*.

[300] Cass. com., 31 janvier 2012, n°11-13.097, FS-P+B, *DGFiP c/ M. X* : *JurisData* n°2012-001415 ; Bull. civ. 2012, IV, n°22 ; Dr. fisc 2012, n°12, comm. 207, note S. Detraz ; *Procédures* 2012, comm. 137, note L. Ayrault; D. 2012. 496 ; *Rev. sociétés* 2012. 389, note C. Lopez ; RTD com. *2012*. 419, obs. P. Neau-Leduc ; Gaz. Pal. 19-21 février 2012, n°50-52, jurispr. p. 13, note P. Michaud ; V. R. Salomon, Droit pénal fiscal : Dr. fisc. 2012, n° 16, 262 ; V. JCl. Procédures fiscales, Fasc. 218, 294 et 351, G. Noël.

droits de la défense »[301]. Ainsi que le soulignent Régis Torlet et Arnaud Tailfer, cette décision concernant l'article L. 10-0 AA du LPF *« paraissait vider ce dernier de l'intérêt qui en était attendu par le législateur »* et donc excluait la possibilité, certes hors du commun, pour l'administration d'utiliser des documents d'origine illicite, limitant par là même l'étendue du champ d'application du droit de communication. Dans un arrêt du Conseil d'État en 2015[302], la Haute juridiction a opéré un revirement par rapport à sa jurisprudence constante. En se basant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; il a jugé que l'administration ne peut pas se prévaloir, pour établir une imposition, de documents dont l'obtention a été déclarée illégale par le juge. Ce revirement, en limitant le pouvoir de l'administration, met en avant la nécessité de protéger le contribuable et rappelle que tous les moyens ne sauraient être utilisés, même lorsqu'ils peuvent se réclamer de l'objectif de lutte contre les paradis fiscaux[303].

2- Le secret professionnel comme obstacle

83. – La protection du secret professionnel – La limite la plus importante, dans le cadre de la lutte contre les paradis fiscaux, est celle du secret professionnel[304]. Toute personne ayant accès à des données dans le cadre de son activité professionnelle est soumise au secret. Cette règle vise à protéger le respect de la vie privée des individus et comme l'a souligné Émile Garçon, *« le bon fonctionnement de la société veut que le malade voie un médecin, le plaideur un défenseur (…) Mais ni le médecin, ni l'avocat ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées*

---

[301] Cons. const., déc. 4 décembre 2013, n°2013-679 DC, Loi n°2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : *Dr. fisc.* 2013, n°51, comm. 563, note Ch. de la Mardière ; RJF 2014, n°173.

[302] CE, 9e et 10e ss-sect., 15 avril 2015, n°373269, *Sté Car Diffusion 78*, concl. F. Aladjidi, note R. Torlet et A. Tailfer.

[303] Cf. *infra* n°259 et s.

[304] Sur le secret professionnel, v., entre autres, G. LEGRAND, « Accès aux renseignements bancaires et allongement du délai de reprise en cas de fraude fiscale », *Les nouvelles fiscales, Lamy Fiscal*, n°1051, 1er septembre 2010, p.22 ; « Droit de communication : documents obtenus auprès des tiers », *Les nouvelles fiscales, Lamy Fiscal*, n°967, 1er novembre 2006, p.15 ; « Secret professionnel : extension du droit de communication dans le cadre des procédures collectives », *Les nouvelles fiscales, Lamy Fiscal*, n°967, 1er novembre 2006, p.16.

d'un secret inviolable »[305]. L'article 226-13 du Code pénal protège ce secret et punit celui qui le révèle d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende[306]. *« S'il n'existe pas de différence de nature entre les secrets professionnels, la question de leur respect ne se pose pas dans les mêmes termes pour toutes les personnes tenues au secret.* [307]» Aux États-Unis, le secret professionnel est protégé par la *common law*. Ainsi, le secret liant un banquier à son client constitue une limite importante pour l'administration fiscale dans le cadre de son activité, de sorte qu'ont été mises en place des procédures spéciales dans les deux États afin de faire cohabiter secret professionnel et lutte contre les paradis fiscaux.

84. – Le secret bancaire[308] **–** En dépit des réserves et réticences des institutions bancaires et financières, le traditionnel secret des données bancaires n'est désormais plus qu'un lointain souvenir quand il s'agit de lutter contre les paradis fiscaux.

Le Congrès des États-Unis a adopté le *Bank Secrecy Act* en 1970[309]. L'objectif de cette loi était de mettre en place des procédures applicables aux institutions financières afin d'aider le Gouvernement dans la détection et la prévention du blanchiment d'argent. Le titre I de cette loi impose aux institutions financières de vérifier et de conserver les informations concernant les transactions supérieures à 3 000 dollars. Le titre II astreint les mêmes établissements, ainsi que les commerçants et les transporteurs à l'obligation de signaler toutes transactions et mouvements financiers supérieurs à 10 000 dollars et cela quel que soit l'instrument monétaire utilisé. Les banques ont l'obligation de remplir cinq formulaires. Un premier formulaire[310] concerne chaque dépôt, retrait, opération de change ou transfert vers ou

---

[305] É. GARÇON, *Commentaire de l'article 378 du Code pénal*, 1897.

[306] L'article 226-13 du Code pénal dispose que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

[307] G. VIDAL, « Les limites du droit à l'information de l'administration », *Dr. fisc. n*°3, 18 Janvier 2007, 53.

[308] V., sur le secret bancaire, entre autre, L. SZARMACH, « Piercing the veil of bank secrecy ? Assessing the United States'settlement in the UBS Case », *Cornell International Law Journal* 409 (2010) ; F. DURAND, «Le secret bancaire face à l'Administration fiscale en droit français», *RLDA*, n°49, mai 2010, p. 71.

[309] Codifié au titre 31, §§ 5311-5330 du Code fédéral des États-Unis (*U.S Code*) et au titre 31 chapitre X du Code fédéral des régulations (*Code of Federal Regulations* – CFR). Il a été ensuite modifié à de nombreuses reprises et notamment par le *U.S Patriot Act*.

[310] FinCEN Form 112 *Currency Transaction Report* (CTR).

hors de la banque supérieurs à 10 000 dollars. Le CTR contient le numéro du compte bancaire, le nom, l'adresse et le numéro de sécurité sociale du client. Un deuxième[311] doit être rempli par toutes les personnes, y compris les banques, qui transportent ou reçoivent de la monnaie, des travellers chèques ou tout autre instrument financier d'un montant supérieur à 10 000 dollars. Les banques sont également contraintes de signaler toutes les activités douteuses semblant entraîner une violation de la loi ou de la régulation[312]. Si un client n'est pas soumis au formulaire CTR, les banques doivent alors compléter un formulaire désignant ce client[313]. Ce formulaire est également rempli tous les deux ans afin de renouveler les dispenses. Enfin, le dernier formulaire est le FBAR, étudié précédemment. Si les différents formulaires ne sont pas remplis, les banques s'exposent à des sanctions financières et des peines de prison[314]. Les banques américaines sont soumises à un nombre impressionnant d'obligations réduisant le secret bancaire vis-à-vis de l'IRS à son plus simple appareil et les conséquences financières pour manquement sont très lourdes. Avec l'introduction de la FATCA, les États-Unis semblent vouloir imposer cette sévérité aux banques étrangères[315].

En France, l'idée du secret professionnel pour les banquiers s'est répandue surtout après la Seconde Guerre mondiale. La Banque de France, par exemple, avait vu tous ses agents astreints au secret par l'article 39 de la loi 3 janvier 1973. Finalement, c'est avec la loi du 24 janvier 1984 que le législateur a soumis tous les dirigeants et employés des établissements de crédit au secret professionnel[316]. Ainsi, le secret bancaire demeure opposable à l'administration fiscale, mais les exceptions légales se sont au fil du temps tant élargies, avec l'exercice du droit de communication, qu'aujourd'hui, il s'est réduit telle une peau de chagrin[317]. Il peut être levé pour des motifs généraux[318] ou en matière fiscale. En matière fiscale[319], le

---

[311] FinCEN Form 105 *Report of International Transportation of Currency or Monetary Intsruments* (CMIR).

[312] Treasury Department Form 90-22.47 and OCC Form 8010-9, 8010-1 Suspicious Activity Report (SAR).

[313] FinCEN 110 *Form Designation of Exempt Person*.

[314] L'article 6038D de l'IRC prévoit des sanctions de 10 000 dollars par mois de retard sans excéder 50 000 dollars.

[315] Cf. *infra* n°176 et s.

[316] Codifié à l'article L511-33 Code monétaire et financier.

[317] F. DURAND, *Op. Cit*.

[318] S'agissant des motifs généraux, tout d'abord, les motifs d'intérêt général ont pour conséquence que le secret bancaire ne peut jamais être opposé en cas de procédure pénale (L. 511-33 al. 2 du Code monétaire et financier (CMF)). De plus, le secret bancaire ne peut pas être opposé aux juridictions

secret bancaire a vu son champ d'application se réduire progressivement. À titre d'exemple, les banques ont l'obligation de déclarer toutes les valeurs mobilières, ouverture ou clôture des comptes de toute nature à l'administration fiscale[320], les listes de titres, sommes ou valeurs en cas de succession ouverte[321]. Dans le cadre d'une assistance administrative en matière fiscale, le secret est levé quand il existe entre la France et un autre État une convention d'assistance administrative prévoyant l'échange de renseignements en matière fiscale et il est obligatoire pour les banques de communiquer à l'administration, sur demande, l'identité des personnes transférant des sommes à l'étranger, ainsi que le bénéficiaire et les références du compte concerné[322]. L'article L. 83 du LPF prévoit le droit de communication de l'administration fiscale auprès des banques[323]. Cette procédure lui permet de se faire délivrer tous les documents de service, c'est-à-dire *« toute pièce de nature à établir un droit ou à faire la preuve d'un fait se rapportant à l'exécution des tâches dont les administrations, les entreprises, établissements ou organismes visés à l'article L. 83 déjà cité ont la charge »*[324] détenus. L'établissement bancaire qui refuse de communiquer les informations demandées s'expose aux sanctions de l'article 1740 du CGI, c'est-à-dire à 1 500 euros d'amende ou au double à défaut de régularisation dans les 30 jours après réception d'une mise en demeure. Le droit de communication ne peut être exercé que par des fonctionnaires de catégorie A ou B et certaines informations sont intransmissibles, comme l'achat et la vente d'or ou les bons de caisse anonymes. Ces derniers sont émis par les banques soit à échéance fixe, soit en bons d'épargne, remboursables à tout moment et dont les intérêts croissent selon la durée du dépôt. Le droit de communication permet de prendre connaissance des mouvements financiers venant ou à destination de l'étranger réalisés par des résidents français et de découvrir l'existence de comptes détenus à l'étranger. Ce droit complète l'obligation de chaque contribuable de déclarer à la DGFiP l'ouverture et la détention de comptes bancaires à l'étranger.

---

administratives (L. 612-6 du CMF), ni aux contentieux relatifs à l'activité de la Commission bancaire (L. 613-20 II du CMF).

[319] Instr. n° 4 A-8-99, publiée au BOI du 17 septembre 1999, §16.

[320] Article 1649 A du CGI.

[321] Article 806 du CGI.

[322] Article L. 96 A du LPF.

[323] Confirmé par le TGI Paris, 28 novembre 1974, *Gaz. Pal.*, 1975, p. 323.

[324] Documentation de base de l'administration fiscale, 1/2/1994, série 13 RC 13K-171 n°2, p 81.

Comme l'on vient de le constater, il n'y a plus beaucoup de place pour le secret bancaire face à l'administration fiscale. Cette *« levée du voile sur le secret bancaire »*[325] n'apparaît pas toutefois exagérée. Les banques sont un des rouages essentiels dans la lutte contre la fraude fiscale et leur entière coopération, si elle peut leur paraître abusive, est indispensable.

85. – Conclusion de la section 1 – Ainsi que nous l'avons vu, la France et les États-Unis sont marqués, dans la lutte contre les paradis fiscaux, par l'imposition, par une réelle similarité de solutions. Si évidemment, en fonction des législations, reflets d'un système juridique et culturel, des divergences ont parfois pu apparaître, celles-ci ne sauraient masquer l'appréhension unitaire que connaissent ces deux États. L'échange de renseignements est une pierre angulaire de la lutte contre les paradis fiscaux et cet impératif irrigue l'ensemble des dispositifs considérés.

France comme États-Unis, ont mis en place un minutieux système d'obligations déclaratives à travers les formulaires 3916 et FBAR. Il demeure que l'actualité récente a illustré les insuffisances d'un système reposant sur l'unique volonté du contribuable et la possibilité de régularisation leur a été offerte. Dans les deux juridictions examinées, la régularisation s'est imposée comme une donnée majeure du paysage fiscal offrant toujours au contribuable, moyennant contrepartie, la possibilité de se mettre en conformité avec les dispositions législatives et réglementaires. L'affaire HSBC a révélé les difficultés juridiques que pouvait entraîner le phénomène de la régularisation.

Le renseignement ne saurait reposer que sur le seul contribuable, aussi des procédures de communication auprès des tiers ont été mises en place, à travers le droit de communication en France et la procédure du *summons* aux États-Unis. Ces mécanismes, qui trouvent leurs limites, constituent néanmoins une pièce maîtresse du dispositif de lutte contre les paradis fiscaux.

Cet ensemble de procédés reposant sur l'information doit être conforté. Pour cette raison, les États ont choisi d'encadrer les relations avec les paradis fiscaux (Section 2).

---

[325] L. SZARMACH, « Piercing the veil of bank secrecy ? Assessing the United States'settlement in the UBS Case » : art. prec.

Section 2

L'encadrement des relations

86. – Les Codes américain et français des impôts foisonnent d'articles, dont la numérotation laisse parfois perplexe, concernant la lutte contre la fraude. L'évasion fiscale n'y fait pas exception. Tous ces articles ont pour objectif de prévenir dans un premier temps les relations entre les contribuables français ou américains avec un paradis fiscal **(§1)**.

Puis, si cela ne suffit pas, ils mettent en place des procédures de sanctions et d'imposition toujours plus lourdes pour les contribuables qui effectueraient des transactions avec des États considérés comme étant des paradis fiscaux **(§2)**.

§1. Le champ d'application de la réglementation

87. – Il convient de préciser le champ d'application de la réglementation, ce qui suppose de déterminer le pays avec lequel les relations sont encadrées. La France définit un paradis fiscal directement dans son droit positif **(A)**, tandis que les États-Unis, quant à eux, font appel à différentes listes **(B)**.

A) En France : la notion de régime fiscal privilégié

88. – Si l'on part du postulat que ce que l'on pourrait appeler le partenaire infréquentable est le paradis fiscal, il apparaît qu'aucun des deux États n'est en mesure de fournir une définition précise de celui-ci. D'ailleurs, le CGI ne fait pas mention de la notion de paradis fiscal. En revanche, il emploie celle de régime fiscal privilégié définie à l'article 238 A de ce code.

89. – Un double objectif – L'article 238 A du CGI, instauré par l'article 14 de la loi de finances pour 1974[326] et modifié pas moins de quatre fois depuis lors[327], concerne l'hypothèse des charges fictives ou anormales. Son dernier remaniement en 2009 a donné l'occasion d'un 3ème alinéa, que nous étudierons plus en détail lors de l'examen de la LFR pour 2009[328].

Cette disposition est importante à deux points de vue. Tout d'abord, elle prévoit les cas où les charges ne pourront pas être déductibles, mais ensuite, et surtout, elle donne une définition du régime fiscal privilégié. Dès lors les articles du CGI faisant référence à ces régimes fiscaux renvoient toujours à l'article 238 A.

90. – Le régime fiscal privilégié – L'alinéa 2 de l'article 238 A donne une définition très claire de ce qu'il faut entendre par un régime fiscal privilégié. À la lecture de cet article, on ressent les précautions politiques du législateur en évitant soigneusement d'utiliser le terme de paradis fiscal. En effet, *« la périphrase employée pour désigner un paradis fiscal vise à ne pas froisser la susceptibilité d'États qui refuseraient d'être affublés de cette étiquette désobligeante et que le fisc français entend néanmoins considérer comme tels (…) »*[329]

Deux critères alternatifs sont retenus dans l'appréciation du caractère privilégié ou non d'un régime fiscal. Selon le premier, est un régime fiscal privilégié, un régime qui ne prévoit pas l'imposition des personnes morale ou physique. Sans discourir plus longtemps sur ce critère, chacun verra en quoi une entreprise, par exemple, non imposée à l'IS, est dans une situation plus avantageuse et favorable, que celle qui devra s'acquitter en France d'un impôt au taux commun de 33,33%. Cependant, les États ayant besoin de recettes pour assurer leur fonctionnement, l'absence totale d'impôt n'est pas tellement courante, même dans les paradis fiscaux

---

[326] Loi n°73-1150 du 27 décembre 1973 de finances pour 1974, paru au JO du 28 décembre 1973, p.13899.

[327] L'article 238 A a été successivement modifié par l'article 90 de la loi n°81-1160 du 30 décembre 1981, JORF du 31 décembre 1981, p.3539, par l'article 4 du décret n°2002-923 du 6 juin 2002, JORF n°132 du 8 juin 2002, p.10225, texte n°19, par l'article 104 de la loi n°2004-1484 de finances pour 2005 du 30 décembre 2004, JORF n°304 du 31 décembre 2004, p.22459, texte n°1 et par l'article 22 de la loi n°2009-1674 de finances rectificatives pour 2009 du 30 décembre 2009.

[328] Cf. *infra* n°148-149.

[329] J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU, *Droit fiscal général*, Dalloz, coll. « Cours », 10ème Éd., 2015, n°945.

les plus notoires[330]. En outre, le législateur considère comme un régime privilégié, un régime dont le montant des impositions serait inférieur de plus de 50% à ce qu'il aurait été en France selon le droit commun. Ce second critère permet d'élargir le champ d'application de l'article 238 A du CGI, car il est plus fréquent de trouver des États pratiquant une imposition inférieure de 50% à celle en France que des États ayant une fiscalité inexistante. La jurisprudence a eu à se prononcer plusieurs fois sur le caractère privilégié ou non du régime fiscal d'un pays dans lequel est établie ou constituée une entité étrangère et ce, notamment, dans les cas où l'imposition fiscale est inférieure à ce que prévoit la législation fiscale française. Le principe veut que ce soit l'administration qui apporte la preuve de l'existence de ce caractère en cas de contestation. Néanmoins, la cour administrative d'appel de Nancy[331] a dégagé une solution beaucoup plus souple que celle de la Haute assemblée en matière d'appréciation du caractère plus élevé de l'imposition. Alors que la Cour estime que la seule démonstration par l'administration du fait que l'imposition est plus élevée dans le pays où sont dues ou versées les charges suffit à écarter l'application de l'article 238 A, le Conseil d'État décide qu'il appartient également à l'administration de démontrer l'imposition effective des bénéficiaires des paiements à l'étranger[332]. Cette approche semble être suivie par certaines juridictions inférieures, telles que la cour administrative d'appel de Paris[333]. Pour reprendre les termes d'Antoine Colonna d'Istria, *« cette jurisprudence, que l'on peut qualifier de constante, exprime la réserve de principe du juge de l'impôt devant des régimes d'exception instituant des présomptions dérogatoires au droit commun. »*[334] Une dernière question se pose à ce sujet. En effet, qu'en est-il des cas où l'imposition est effectivement moins élevée qu'en France, mais qu'il existe une convention d'élimination des doubles impositions entre les deux juridictions ?[335] *A priori* le texte ne semblerait pas pouvoir être applicable, la convention prévoyant dans la plupart des situations des règles très précises en matière de transferts indirects de bénéfices entre entreprises associées. Ainsi, l'article

---

[330] Il n'y a pas d'impôt sur le revenu ou de droits de succession aux Îles Caïman.

[331] CAA Nancy, 30 janvier 1992, n°649, *Ets Brendle et Cie*, RJF, 7/92, n°951.

[332] V., en ce sens l'arrêt de principe, CE, 21 mars 1986, *Sté Auriège*, n°53-002 : RJF 5/86, n°470, p. 299, concl. Fouquet, p. 267. V., aussi, CE, 8e et 9e ss-sect. Réunies, 30 septembre 1992, n°75-464, *SARL Tool France* ou CE, 27 mai 1988, n°83-020, *Sté Soulé*, RJF 7/88, n°847, p.468.

[333] V., CAA Paris, 31 décembre 1991, n°819, *Adibu*, RJF, 4/92, n°448, p.299 ou CAA Paris, 12 octobre 1991, n°89-1453 : Dr. Fisc., 1992, n°41, concl. Mme Martin, comm. 1840, p.1552.

[334] A. COLONNA D'ISTRIA, « Notion de personnes établies à l'étranger soumises à un régime fiscal privilégié », *Bull. Joly Soc.*, 1 novembre 1992, n°11, p.1237, point 3.

[335] *Ibid.*, point 5.

238 A du CGI pourrait être écarté en présence d'une telle convention, sauf si l'administration parvient à démontrer que les entreprises pratiquent entre elles des conditions spéciales au sens de la convention.

91. – Jusqu'à l'introduction de l'article 238-0 A *bis* du CGI, la France n'avait pas de liste précise des pays à fiscalité privilégiée, mais un simple faisceau d'indices avec l'article 238 A du CGI, permettant à l'administration de tenter de déterminer le caractère privilégié ou non d'un système fiscal étranger. Les États-Unis ont recours à un système différent.

B) Aux États-Unis : le recours à des listes

92. – Les listes de l'OCDE – Tout comme en droit français, le droit américain ne prévoit pas de définition de la notion de paradis fiscal. Les États-Unis ont opté pour la mise en place de listes en se basant sur les critères de l'OCDE. Une des listes ayant inspiré le législateur américain est celle de 2000[336], qui comprend trente-cinq pays, divisé en trois catégories[337]. Les listes blanche, grise et noire répartissent les États selon leur progrès en matière de coopération fiscale[338]. Les listes que dressent les États-Unis sont, bien entendu, légèrement différentes de celles de l'OCDE. Il a fallu y retirer les Îles vierges américaines.

93. – La liste de l'IRS – Dans l'exercice de son droit de communication contre X, l'IRS a eu l'occasion d'établir une liste de trente-quatre juridictions *« bien connues pour être des pays où les lois sur le secret bancaire sont très strictes et pour donner des conseils*

---

[336] Les trente-cinq pays figurant sur la liste de l'OCDE en 2000 sont les suivants : Andorre, Anguilla, Antigua et Barbuda Aruba, Bahamas, Bahreïn, Barbade, Belize, Îles vierges britanniques, Îles Cook, La Dominique, Gibraltar, Grenade, Guernesey/Sark/Aurigny, Île de Man, Jersey, Libéria, Liechtenstein, République des Maldives, République des Îles Marshall, Principauté de Monaco, Montserrat, République de Nauru, Antilles néerlandaises, Niue, Panama, Samoa, République des Seychelles, Ste Lucie, Fédération de St Christophe et Nevis, St Vincent et Grenadines, Tonga, Îles Turques & Caïques, Îles vierges des États-Unis, République de Vanuatu.

[337] V., OCDE, *Vers une coopération fiscale globale, Rapport pour la réunion du Conseil au niveau des ministres de 2000 et recommandations du comité des affaires fiscales, Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables*, Éd. OCDE, 2000, Paris, p. 19.

[338] Cf. *infra* n°394-396.

concernant les sociétés commerciales internationales, les trusts et autres subterfuges aux contribuables pour protéger leur fortune des impôts dans leur pays. Ces juridictions sont toutes reconnues comme étant des paradis fiscaux ou financiers offshore majeurs par les analystes de l'industrie et sont activement remarquées comme telles par les promoteurs des schémas offshore »[339].

L'IRS avait demandé à la cour de lui donner le droit de demander à la société PayPal Inc. et ses filiales la liste des personnes ayant un droit de signature sur certains comptes ou cartes bancaires obtenus par ou au nom de certaines banques ou institutions financières établies dans une de ces trente-quatre juridictions. L'IRS a expliqué que la liste avait été établie selon des informations permettant de supposer que des contribuables américains en lien avec ces pays avaient omis de remplir certaines de leurs obligations fiscales. La cour fédérale a donné droit à la demande de l'IRS en février 2006[340].

94. – Les listes du Congrès américain – Le service de recherches du Congrès publie régulièrement un rapport destiné aux membres et à la commission d'examen du Congrès, dans lequel il revient sur l'identité des paradis fiscaux[341]. Le Sénat lors du 110ème Congrès a adopté une loi dressant le même type de liste que celle établie par l'OCDE en 2000, avec pour seule différence, l'exclusion des Îles vierges américaines[342]. La 111ème législature du Congrès s'est ensuite basée sur la liste de l'IRS établie d'après le dossier soumis au tribunal lors de sa demande de communication contre X à PayPal Inc. et ses filiales. La loi « *Stop Tax Haven Abuse* » adoptée par le Sénat[343] et la Chambre des représentants[344] a amendé l'article 7701(a) de l'IRC de 1986 et rajouté un nouveau paragraphe concernant les juridictions *offshore* ne coopérant pas[345]. Il convient de remarquer dès à présent que le législateur a bien pris soin de parler de juridictions *offshore* afin d'exclure automatiquement certains États de l'État fédéral de cette liste, comme le Delaware, le Nevada ou le Wyoming. Ces trois États

---

[339] Déclaration de B. KALLENBERG, *In The Matter of the Tax Liabilities of John Does*, No. 5:05-cv-04167-PVT (N.D. Cal. 2005), point 48.

[340] *In The Matter of Tax Liabilities of John Does, et al.*, No. 5:05-cv-04167-JW (N.D. Cal. 2006).

[341] J. G. GRAVELLE, « Tax Havens : International Tax Avoidance and Evasion », *Congressionnal Research Service*, 15 janvier 2015.

[342] S. 396 (110th Congress), 25 janvier 2007.

[343] S. 506 (111th Congress), 2 mars 2009, «Stop Tax Haven Abuse».

[344] H.R. 1265 (111th Congress), 3 mars 2009, «Stop Tax Haven Abuse».

[345] « Offshore secrecy jurisdiction ».

fédérés sont considérés par beaucoup d'autres pays comme remplissant les caractéristiques des paradis fiscaux[346].

Ce nouveau paragraphe énumère les différents critères permettant de qualifier un État de juridiction *offshore* non coopérative. Ainsi, un pays apparaîtra sur la liste dès lors que le ministre des Finances estime que la juridiction en cause a des règles en matière de droit des sociétés, de droit des affaires, de droit bancaire et une pratique du secret bancaire qui restreignent de façon déraisonnable la possibilité pour les États-Unis d'obtenir des informations pertinentes pour empêcher l'évasion fiscale[347]. La liste qui en découle est sensiblement la même que celle adoptée par la 110ème législature[348]. Cette liste peut être modifiée selon qu'un pays ne remplit plus les conditions requises. De même, un pays peut être ajouté s'il les remplit.

95. – La liste du GAO – Le *Gouvernement Accountability Office*[349] a également fourni une liste des différentes juridictions pouvant être qualifiées de paradis fiscal[350]. Pour ce faire, le GAO s'est inspiré des sources internationales, comme l'OCDE, le FMI ou encore la Banque mondiale, et nationales, telles que l'IRS, le Service de

---

[346] Sur le sujet, v., M. BRIGAND, « Le petit État du Delaware, le paradis fiscal américain qui irrite », *Le Figaro*, 26 juin 2015 ; « Citizens for Tax Justice Staff, Let's Face It : Delaware and Other U.S. States Are Tax Haven », 5 novembre 2013, http://www.taxjusticeblog.org/archive/2013/11/lets_face_it_delaware_and_othe.php#.VgmCK2-5mSo (visité en septembre 2015), J. A. CASSARA, « Delaware, Den of Thieves? », *The New Times*, 1er novembre 2013.

[347] La loi dispose dans son titre 1 Sec. 1(b) que «*A jurisdiction shall be listed under paragraph (A) if the Secretary determines that such jurisdiction has corporate, business, bank, or tax secrecy rules and practices which, in the judgment of the Secretary, unreasonably restrict the ability of the United States to obtain information relevant to the enforcement of this title, unless the Secretary also determines that such country has effective information exchange practices.*»

[348] Anguilla, Antigua et Barbuda, Aruba, Bahamas, Barbade, Bélize, Bermude, les Îles vierges britanniques, les Îles Caymans, les Îles Cook, Costa Rica, Chypre, Dominique, Gibraltar, Grenade, Guernsey/Sark/Alderney, Hong Kong, l'Île de Man, Jersey, Lettonie, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Nauru, les Antilles néerlandaises, Panama, Samoa, St Kitts et Nevis, Ste Lucie, St Vincent et les Grenadines, Singapour, Suisse, les Îles Turques et Caïques, Vanuatu.

[349] Le *Gouvernement Accountability Office* (GAO) est l'équivalent de la Cour des comptes en France. Créé le 1er juillet 1921, cet organisme d'audit, d'évaluation et d'investigation du Congrès des États-Unis est chargé du contrôle des comptes publics du budget fédéral des États-Unis.

[350] Rapport du GAO au Congrès, *International Taxation: Large U.S. Corporations and Federal Contractors with Subsidiairies in Jurisdictions listed as Tax Haven or Financial Privacy Jurisdictions*, GAO-09-157, Washington, D.C., Décembre 2008. Dans ce rapport, le GAO dénonce les entreprises américaines qui après la crise de 2008 ont reçu des aides du Gouvernement alors qu'elles avaient des filiales dans des paradis fiscaux leur permettant ainsi de diminuer leur impôt aux États-Unis.

recherches du Congrès, le Département du Trésor. Il en conclut qu'après toutes ces recherches, aucune de ces sources ne procure de définition approuvée par tous de la notion de paradis fiscal, mais elles utilisent toutes les mêmes caractéristiques pour les identifier : absence d'impôt, absence de coopération et d'échange d'informations en matière fiscale ou encore manque de transparence. Finalement, le GAO a retenu trois listes, celle de l'OCDE, celle provenant des travaux[351] du Bureau national de recherches économiques[352] et celle admise par la Cour fédérale lors des procédures de « *John Doe* » par l'IRS.

Ces trois listes ne s'articulent pas entre elles, elles se complètent. Elles ont été mises en place pour donner des indications, pour aider l'administration fiscale dans sa lutte contre les paradis fiscaux en lui fournissant une liste non exhaustive et sans valeur juridique des pays pouvant être considérés comme tels.

Les tentatives d'identification des paradis fiscaux ne sont pas suffisantes pour empêcher les relations avec eux. Chacun des États a mis en place des organismes liés aux ministères des Finances et des mécanismes d'*exit tax* afin de prévenir ces relations.

§2. Le contenu de la réglementation

96. – La réglementation s'articule autour de deux pôles. En premier lieu, le renseignement est le gage d'une meilleure efficacité de l'imposition **(A)**. En second lieu, l'encadrement résulte directement de l'imposition **(B)**.

---

[351] D. DHARMAPALA et J. R. Jr HINES, *Which Countries Become Tax Havens?*, NBER, Cambridge, Mass., Décembre 2006; J. R. Jr HINES et E. M. RICE, « Fiscal Paradise : Foreign Tax Havens and American Business », *The Quaterly Journal of Economics*, vol. 109, n°1, 1994, pp. 149-182.

[352] Le *National Bureau of Economic Research* (NBER) a été fondé en 1920 et se situe à Cambridge. Il s'agit d'un organisme privé sans but lucratif consacré aux recherches économiques, dont des études sur l'économie américaine. Le NBER publie des études économiques destinées aux décideurs politiques, au monde des affaires et au monde académique (« *NBER Working Papers* »). C'est le plus grand organisme de recherches économiques aux États-Unis et il a compté de nombreux membres célèbres, comme Joesph Stiglitz, Paul Krugman, Simon Kuznets ou encore Milton Friedman.

A) Le renseignement, gage d'une meilleure efficacité de l'imposition

97. – Pour s'assurer d'une prévention maximale des relations avec les paradis fiscaux, les administrations française et américaine se sont entourées de cellules, véritables services de renseignements financiers. Ces organismes, TRACFIN **(1)** et FinCEN **(2)**, ont été mis en place afin d'aider les administrations fiscales à lutter contre la fraude et le blanchiment d'argent.

1- Le service du renseignement financier international en France

98. – Le Traitement du renseignement et Action contre les Circuits FINanciers clandestins[353] **–** L'article L.561-23 du Code monétaire et financier[354] précise les contours de ce service et ses missions. TRACFIN est un organisme faisant partie du ministère de l'Économie, chargé de lutter contre la fraude fiscale, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. L'organisme rend compte de son activité annuellement par la rédaction d'un rapport mis en ligne sur son site internet. Sa première mission est de recueillir, analyser, enrichir et exploiter les déclarations émises par les personnes assujetties[355] ou par celles qui le font de leur propre

[353] L'article 5 de la loi n°90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants prévoit la création d'une cellule de traitement du renseignement et d'action contre les circuits financiers clandestins : TRACFIN, cellule de coordination au sein de la direction générale des douanes. Avec le décret n°2006-1541du 6 décembre 2006, TRACFIN devient une cellule à compétence nationale et acquiert une direction propre et des locaux. L'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 et décrets d'application n°2009-874 et 2009-1087 : introduit la notion de soupçon de fraude fiscale et élargit ainsi les compétences de TRACFIN. Enfin, le décret n°2011-28 du 7 janvier 2011 réorganise les modalités de fonctionnement du service.

[354] Article L. 561-23 du CMF.

[355] Il s'agit des professions financières (banques et établissements de crédit, assureurs, entreprises d'investissements, changeurs manuels) et non financières (intermédiaires immobiliers, responsables de casinos, responsables des groupements, cercles et sociétés organisant des jeux de hasard, des loteries, des paris, des pronostics sportifs ou hippiques, opérateurs de jeux en ligne, personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant des ventes de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités ou d'œuvres d'art, experts comptables, commissaires aux comptes, notaires, huissiers de justice, administrateurs et mandataires judiciaires, avocats, commissaires-priseurs judiciaires, sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, société de domiciliation, agents sportifs).

initiative[356] aux fins d'établir l'origine, la destination des sommes ou la nature des opérations ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçon. La deuxième mission de TRACFIN consiste en l'échange de renseignements avec ses homologues étrangers[357]. Dans cette optique, TRACFIN signe des accords de coopération avec les administrations étrangères. Trente-sept accords ont été conclus à ce jour. Enfin, TRACFIN est compétent pour diffuser les renseignements qu'il a reçus vers les administrations pouvant être intéressées, comme l'administration fiscale. Ainsi, depuis le 1er février 2009, l'administration fiscale a un droit d'accès aux renseignements détenus par TRACFIN[358]. La cellule lui transmet des informations sur des faits susceptibles de relever de l'infraction de fraude fiscale ou du blanchiment du produit de cette infraction. L'administration fiscale peut alors utiliser ces renseignements pour l'exercice de ses missions, tant pour le contrôle fiscal que pour la répression pénale[359].

99. – Les déclarations soumises à TRACFIN – TRACFIN reçoit trois catégories de déclarations[360], toutes susceptibles de contenir des informations pertinentes dans la lutte contre les paradis fiscaux. Tout d'abord, les déclarations après analyse d'un soupçon de fraude concernent celles faites par les professionnels dès lors que *« les sommes inscrites dans leur livre ou les opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner lorsqu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à 1 an ou qu'elles participent au financement du terrorisme.* » Le soupçon de fraude n'a pas de définition juridique. Il s'agit d'une appréciation établie après analyse des informations reçues, et notamment des faits et des motivations de l'opération. Le soupçon de fraude est une *« manifestation subjective, qui se nourrit de l'expérience acquise et de la vigilance*

---

[356] Les personnes soumettant à TRACFIN des déclarations de leur propre initiative sont l'autorité judiciaire, les juridictions financières, les officiers de police judiciaire, les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et toute autre personne chargée d'une mission de service public.

[357] Article L. 561-31 du CMF.

[358] Article L.561-29 du CMF

[359] Collaboration nécessaire confirmée par le rapport d'information n°1902 de l'Assemblée nationale sur les paradis fiscaux du 11 septembre 2009.

[360] Sur les déclarations faites à TRACFIN, v., Ph. LUPPI, « Le soupçon de fraude en matière fiscale », *BF 6/12*, mai 2012 ; H. ROBERT, « Aspects juridiques de la lutte anti-blanchiment », *Droit et Patrimoine 2009*, n°182, juin 2009 ou D. PÈRE, « La déclaration soupçon, quelles modalités ? », *RLDA*, n°47, mars 2010.

quotidienne, ainsi que de l'appréhension des caractéristiques intrinsèques de l'opération »[361]. La déclaration de soupçon doit être motivée et étayée par l'analyse qui a fondé la suspicion[362]. Les déclarations systématiques s'appuient quant à elles sur des critères objectifs, légaux ou réglementaires, visant certaines opérations considérées par la loi comme sensibles. Lorsque l'un des seize critères énumérés par le décret de 2009 est rempli[363], le professionnel doit procéder de façon automatique à la déclaration auprès de TRACFIN. Enfin, une déclaration peut être remplie après une analyse complémentaire pour différents motifs, comme par exemple le fait que le client ou son représentant légal n'est pas physiquement présent aux fins de l'identification ou que le produit ou l'opération favorise son anonymat.

---

[361] TRACFIN, « Les déclarations de soupçons (évolution, rôle, ambiguïtés, statistiques) », *Banque et droit* 2004, n°88, p. 29.

[362] Commission bancaire, 7 juin 2007, Caisse régionale de crédit agricole Centre-Est : « les déclarations de soupçon comportent tous les éléments recueillis par l'établissement permettant de comprendre les motifs du soupçon qui l'ont conduit à effectuer une déclaration. »

[363] Le décret n°2009-874 du 16 juillet 2009 pris pour application de l'article L. 561-15-II du Code monétaire et financier, publié au JORF n°0164 du 18 juillet 2009, page 11978, texte n°6. Les seize critères sont les suivants : 1) L'utilisation de sociétés écrans quand elles ont une activité non cohérente avec l'objet social ou qu'elles ont leur siège dans ETNC ; 2°) Le recours à l'interposition de personnes physiques n'intervenant qu'en apparence pour le compte de sociétés ou de personnes physiques ; 3°) La réalisation d'opérations financières incohérentes au regard des activités habituelles de l'entreprise ou d'opérations suspectes dans des secteurs sensibles aux fraudes à la TVA type carrousel (informatique, téléphonie, matériel électronique et électroménager, hi-fi, vidéo) ; 4°) La constatation d'anomalies dans les factures ou les bons de commande (absence du numéro d'immatriculation au RCS, SIREN, de TVA, adresse…) ; 5°) La difficulté d'identifier les bénéficiaires effectifs et les liens entre l'origine et la destination des fonds (utilisation de comptes intermédiaires ou de passage) ; 6°) Le recours à des structures sociétaires complexes et à des montages juridiques et financiers rendant peu transparents les mécanismes de gestion et d'administration ; 7°) Les changements fréquents non justifiés par la situation économique de l'entreprise ; 8°) La progression forte et inexpliquée, sur une courte période, des sommes créditées sur les comptes nouvellement ouverts ou avant peu actifs ou inactifs ; 9°) Le recours à des sociétés en sommeil ou peu actives ; 10°) Le recours inexpliqué à des comptes utilisés comme des comptes de passage ;11°) Le retrait fréquent d'espèces d'un compte professionnel ou leur dépôt sur un tel compte non justifié par le niveau ou la nature de l'activité économique ; 12°) L'utilisation régulière par des personnes physiques domiciliées et ayant une activité en France de comptes détenus par des sociétés étrangères ; 13°) Les opérations financières internationales sans cause juridique ou économique apparente ; 14°) Le refus du client de produire des pièces justificatives quant à la provenance des fonds reçus… ; 15°) Le dépôt par un particulier de fonds sans rapport avec son activité ou sa situation patrimoniale connue ; 16°) La réalisation d'une transaction immobilière à un prix manifestement sous-évalué.

Toutes les déclarations doivent être effectuées *« de bonne foi à la suite d'une analyse approfondie conduisant l'organisme à conclure qu'il est en présence d'éléments circonstanciés constituant un soupçon »*[364].

Le dernier rapport d'activité de TRACFIN pour l'année 2015[365] constate une augmentation constante dans son volume d'activité. En dix ans, le nombre d'informations reçues a été multiplié par 3,5 et le nombre de transmissions à l'Autorité judiciaire et aux administrations partenaires par 4, passant de 405 en 2005 à 1 635 en 2015. Par rapport à 2014, le flux d'informations reçues en 2015 a augmenté de 18%. De plus, afin de soutenir l'organisme dans son travail, les effectifs ont également été revus à la hausse (+38% entre 2013 et 2015).

2- Le service du renseignement financier international aux États-Unis

100. – Le Financial Crimes Enforcement Network[366] – En novembre 2013, Jennifer Shasky Calvery, la responsable du FinCEN, a déclaré que les missions de l'organisme étaient de *« protéger le système financier des activités illicites, de combattre le blanchiment d'argent et de promouvoir la sécurité nationale grâce à la collecte, l'analyse et la propagation du renseignement financier et des utilisations stratégiques qu'en font les autorités financières »*[367]. Cet organisme a été mis en place par le Département américain du Trésor le 25 avril 1990[368] et est rattaché à ce ministère.

---

[364] Autorité de Contrôle Prudentiel et TRACFIN, *Lignes directrices conjointes de l'ACP et de TRACFIN sur la déclaration de soupçon*, 21 juin 2010.

[365] TRACFIN, *Rapport annuel d'activités, TRACFIN 2015*, Montreuil, 2016, http://www.economie.gouv.fr/files/ra-2015-tracfin.pdf (visité en mai 2016).

[366] V., entre autres, J. R. BOLES, «Financial Sector Executives as Targets for Money Laundering Liability», *American Business Law Journal*, Automne 2015 ou C. JACKSON, « Combating the New Generation of Money Laundering: Regulations and Agencies in the Battle of Compliance, Avoidance, and Prosecution in a Postseptember 11 World », *Journal of High Technology Law*, 2004.

[367] J. SHASKY CALVERY, Témoignage de Jennifer Shasky Calvery, directrice de FinCEN devant le Comité du Sénat américain sur la sécurité intérieure et les affaires internes, 18 novembre 2013 : *« to safeguard the financial system from illicit use, combat money laundering and promote national security through the collection, analysis, and dissemination of financial intelligence and strategic use of financial authorities. »* (Trad. par nos soins), http://www.hsgac.senate.gov/hearings/beyond-silk-road-potential-risks-threats-and-promises-of-virtual-currencies (visité en août 2015).

[368] Treasury Order Numbered 105-08 du 25 avril 1990.

La loi à l'origine de la création de ce service est le *Bank Secrecy Act* (BSA) qui confère à FinCEN ses principales fonctions. Cette loi a été qualifiée de « *pièce maîtresse de la législation américaine contre le blanchiment d'argent* »[369]. Les banques et autres institutions financières ont l'obligation de conserver des dossiers sur certaines transactions et de produire des rapports au Gouvernement[370]. Le BSA a ensuite délégué cette tâche en donnant l'autorisation au secrétaire du Trésor américain de publier des règlements obligeant les banques et les autres institutions financières à prendre les précautions nécessaires contre le crime financier, dont le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

101. – « *L'antichambre du renseignement financier* » [371] **–** Le FinCEN est considéré comme un passage obligé pour tous les renseignements financiers. Tout comme TRACFIN, FinCEN reçoit et analyse les données sur certaines transactions financières que la loi impose de lui fournir, comme les déclarations d'opérations en espèces (Currency Transaction Report ou CTR) et les déclarations de soupçon (Suspicious Activity Report ou SAR). Il est une sorte de sas entre les institutions financières et les agences de l'État. Il analyse, vérifie, enquête sur les informations qui lui sont transmises et décide de la suite à donner. La délégation conférée par le Congrès lui permet de s'assurer que les mesures prévues par le BSA sont correctement appliquées et respectées, notamment en matière de mise en conformité avec la législation FBAR. Le FinCEN offre un soutien précieux aux États fédéraux et aux agences locales, grâce à toutes les informations qu'il rassemble des autres Gouvernements, des particuliers. Chaque année, le service rédige près de 6 500 rapports de renseignements[372]. Il veille également à construire une solide coopération entre les organismes similaires à l'étranger et avec les organes internationaux.

---

[369] L. CAO, «The Transnational and Sub-National in Global Crimes», *22 BERKELEY J. INT'L L. 59, 67* (2004) : «*the centerpiece of the United States money laundering regulation*» (Trad. par nos soins).

[370] Par exemple, les banques sont tenues de remplir différents formulaires, dont le *Currency Transaction Report* (CTR) ou le *Suspicious Activity report* (SAR), sous peine de se voir infliger des amendes civiles et pénales.

[371] G. A. LYDEN, « The International Money Laundering Abatement and Anti-Terrorist Financing Act of 2001: Congress Wears a Blindfold While Giving Money Laundering Legislation a Facelift », J. FORDHAM CORP. & FIN. L. 201, 206 (2003): «clearinghouse of financial information» (Trad. par nos soins).

[372] Financial Crimes Enforcement Network, *Frequently Asked Questions*, http://www.fincen.gov/af_faqs.html (visité en septembre 2015).

Le dernier plan stratégique de FinCEN date du 14 mars 2012 et s'étend sur les années 2012 à 2016[373]. Il détaille les objectifs que FinCEN doit remplir sur cette période. Le premier objectif est de rendre le système financier plus transparent. FinCEN souhaite également que l'analyse et le partage des informations puissent contribuer à détecter et empêcher les crimes financiers. Enfin, le service espère rendre les rapports de renseignements et les données plus utiles, mais aussi compréhensibles et fiables.

102. – Tous les renseignements récoltés par TRACFIN ou FinCEN sont susceptibles de contribuer à la lutte contre les paradis fiscaux. Si leur objectif premier est la lutte contre le blanchiment d'argent et le crime financier, il n'en reste pas moins que très souvent ces aspects vont de pair avec l'existence d'un paradis fiscal, ou en tout cas d'un État très peu enclin à pratiquer la coopération en matière fiscale. Bien souvent, c'est la relation même avec ce type d'États qui entraîne l'intervention de ces organismes. Un encadrement de ces relations par l'imposition devient alors nécessaire.

A) L'encadrement par l'imposition

103. – Nous verrons tout d'abord le mécanisme de l'*exit tax* **(1)**. Ce dispositif consiste en l'imposition immédiate à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux des plus-values latentes, des droits sociaux, valeurs, titres ou droits détenus par des personnes souhaitant quitter le territoire dont ils sont résidents. L'objectif est de limiter l'exil fiscal en imposant la sortie du territoire. Mis à part ce dispositif, il existe également celui de l'imposition des bénéfices localisés dans les paradis fiscaux **(2)**.

[373] V., http://www.fincen.gov/news_room/rp/files/Strategic_Plan_2012-2016_508.pdf (visité en septembre 2015).

1- L'imposition dissuasive : l'*exit tax*

104. – « *Mark-to-market tax* » – On distingue deux périodes concernant la législation sur l'*exit tax* aux États-Unis : avant et après 2008[374].

Avant 2008, le régime en vigueur était issu de la loi de 1966[375]. Il convient de rappeler que les États-Unis appliquent le principe de mondialité. La seule possibilité pour les contribuables américains d'échapper à l'impôt est de renoncer à leur citoyenneté ou à leur statut de résident permanent. Le *Foreign Investors Tax Act* (FITA) avait pour principal objectif d'attirer les investissements étrangers aux États-Unis et pour cela il a mis en place un système de taxation avantageux pour les non-résidents américains. Toutefois, pour éviter que des citoyens américains ne soient tentés de renoncer à leur nationalité pour bénéficier de ces avantages, le Congrès a également introduit un nouvel article dans l'IRC, l'article 877, destiné à empêcher l'expatriation des américains dans le seul but d'éluder l'impôt. Cet article prévoyait pour les personnes qui désiraient s'expatrier une taxe de sortie ou « *expatriation tax* ». Le principe est le suivant : tous les « expatriés couverts », c'est-à-dire les personnes qui renoncent à leur nationalité ou à leur statut de résident permanent (détenteur de la carte verte), après avoir résidé aux États-Unis pendant au moins huit ans au cours des quinze dernières années fiscales, continuaient à être imposés comme un citoyen américain sur leurs revenus de source américaine pendant une durée de dix ans après leur départ, à charge pour l'administration de démontrer que l'objectif principal de leur expatriation était d'échapper à l'impôt[376]. Ce dispositif n'était pas applicable quand l'expatrié n'avait pas abandonné sa nationalité pour des raisons fiscales[377]. Il importe de noter que le FITA a en outre institué une règle similaire pour les dons et legs des personnes ayant renoncé à leur nationalité[378] afin d'éviter le paiement des droits de succession. Ainsi, le taux d'imposition des dons et legs des

---

[374] Sur l'évolution du régime de l'*exit tax*, v., l'article très intéressant de W. L. DENTINO et Ch. MANOLAKAS, « The Exit Tax: A Move in the Right Direction », *3 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 341* (2012).

[375] Pub. L. 89-809 du 13 novembre 1966, « Foreign Investors Tax Act ».

[376] Pour cela, l'IRS devait démontrer qu'il existait un doute raisonnable basé sur le revenu probable qu'aurait eu l'expatrié en restant aux États-Unis. Il convenait ensuite d'effectuer une comparaison entre le montant de l'imposition de ce revenu probable et la diminution d'impôt engendrée par l'abandon de la nationalité. W. L. DENTINO et Ch. MANOLAKAS, *Op. Cit.*, p. 352.

[377] C'est le cas des personnes détentrice d'une double nationalité à la naissance ou résidant à l'étranger pendant un certaine période.

[378] Article 2107 de l'IRC.

biens immatériels situés aux États-Unis[379] d'une personne décédée moins de dix ans après avoir renoncé à sa nationalité sera le même que pour un citoyen américain. Le contribuable peut néanmoins opter pour le sursis de paiement de son impôt s'il fournit des garanties suffisantes à l'IRS et qu'il paye les intérêts dus pendant la période du report.

Souvent critiqué, car jugé insuffisant[380], et ce malgré deux modifications majeures en 1996[381] et 2004[382], l'article 877 de l'IRC a finalement été abrogé en 2008 et remplacé par l'article 877 A. Introduit par la loi « *Heroes Earnings Assistance and Relief*» (HEART)[383] en 2008, ce nouvel article prévoit un impôt sur la valeur du marché ou « *mark-to-market tax* »[384]. Cette taxe de sortie concerne tous les « *covered expatriates* » ou « expatriés couverts »[385]. Ces individus sont soumis à une seule taxe sur la plus-value nette latente tirée de leurs biens considérés comme vendus au prix du marché le jour suivant leur expatriation. Les profits susceptibles d'en résulter sont alors imposables au titre de l'année en cours, tout comme les pertes qui viendront grever la base imposable, à moins que la personne en cause choisisse de différer le paiement dû. Les plus-values nettes ne sont imposables qu'à partir d'un montant de 600 000 dollars, ajustable annuellement en fonction de l'inflation. À l'instar du

---

[379] «*U.S.-situs intangible property*».

[380] V., entre autres, M. S. KIRSCH, «Taxing Citizens in a Global Economy», *82 N.Y.U. L. REV. 443, 490* (2007).

[381] Health Insurance Portability and Accountability Act, Pub. L. No. 104-191, §§ 511–513, 110 Stat. 1936, 2093–102 (1996).

[382] American Jobs Creation Act of 2004, Pub. L. No. 108-357, § 804, 118 Stat. 1418, 1569–74. Cette loi a mis en place le «*Alternative Tax Regime*», qui continue de s'appliquer aux expatriés après le 17 juin 2008 sur le solde encore dû pendant dix ans après le jour de l'expatriation (par exemple, si l'expatriation a eu lieu en 2005, il s'applique jusqu'en 2015).

[383] Heroes Earnings Assistance and Relief Tax Act of 2008, Pub. L. No. 110-245, 122 Stat. 1624 (codifié à divers endroits dans le titre 26 du Code des États-Unis). L'origine de cette loi était de mettre en place des mesures d'allègement fiscales pour les militaires, les vétérans et leurs familles. C'est pour financer ce cadeau fiscal, que la taxe de sortie a été instaurée.

[384] W. L. DENTINO et Ch. MANOLAKAS, *Op. Cit*., p. 380-398.

[385] Comme sous le régime de l'article 877, il s'agit des américains ayant renoncé à leur nationalité ou des résidents permanents qui ont abandonné ce statut après le 17 juin 2008. De plus, ils doivent avoir été soumis à un impôt sur le revenu annuel moyen de plus de 139 000 dollars sur les cinq années précédant leur départ ou qui possèdent un montant net d'avoirs d'au moins deux millions de dollars le jour de l'expatriation. Ne sont pas soumis aux règles de l'article 877 A, les personnes nées avec une double nationalité ou celles qui ont quitté le territoire avant d'avoir 18 ans et demi.

dispositif précédent, la personne concernée peut demander un sursis de paiement de cette taxe de sortie.

Le HEART a aussi modifié de manière substantielle le régime des dons et legs faits par des expatriés depuis juin 2008, avec l'adoption d'un article 2801 dans l'IRC. Un citoyen américain qui reçoit un don ou un legs dits « couverts »[386] d'un expatrié devra payer un impôt sur les successions égal à la valeur de la propriété reçue multipliée par le taux d'imposition sur les successions le plus élevé ou s'il est plus important par le taux d'imposition sur les donations.

Il est très net que l'article 877 en son temps et aujourd'hui l'article 877 A constituent une entrave pour les américains désirant s'expatrier pour des raisons uniquement fiscales. Ce sont des mécanismes relativement dissuasifs, susceptibles d'engendrer un coût non négligeable.

105. – Le frein européen – Le gouvernement Jospin en 1998 avait institué une taxe de sortie applicable à tous les contribuables souhaitant s'installer fiscalement à l'étranger. Le taux de la taxe était de 26% des plus-values latentes sur les titres possédés au moment du départ. Après saisine du Conseil d'État[387] par un contribuable désireux de s'installer en Belgique, le Conseil a saisi la CJCE d'une question préjudicielle[388]. En mars 2004[389], la CJCE condamne la France pour entrave à la liberté d'établissement. Elle estime que ce dispositif constitue « une différence de traitement dissuasive qui ne peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général en raison de son caractère disproportionné par rapport à l'objectif visé de

---

[386] Outre les exceptions existantes, il s'agit des propriétés acquises par dons ou legs et venant directement ou indirectement d'un « expatrié couvert » à la date de l'acquisition ou de sa mort.

[387] CE, 14 décembre 2001, *M. de Lasteyrie du Saillant*, n°211341, Rec. Lebon, concl. Goulard : « Il est sursis à statuer sur la requête de M. de X... DU SAILLANT jusqu'à ce que la Cour de justice des Communautés européennes se soit prononcée sur la question préjudicielle énoncée dans les motifs de la présente décision. »

[388] Pour un exposé détaillé du mécanisme de la question préjudicielle, v., entre autres, J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, 2011, p.150 et s ; P.-L. FRIER et J. PETIT, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 10ème Éd., 2015, p.413-414 ou encore J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis »,25ème Éd, 2014, p.569 et s.

[389] CJCE, 11 mars 2004, *Hughes Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C9/02, http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48987&pageIndex=0&doclang=fr&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=173195.

prévention d'évasion fiscale »[390]. Elle ajoute également que « le principe de liberté d'établissement posé par l'article 43 du traité instituant la Communauté européenne doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre institue, à des fins de prévention d'un risque d'évasion fiscale, un mécanisme d'imposition des plus-values non encore réalisées, tel que celui prévu à l'article 167 *bis* du CGI français, en cas de transfert du domicile fiscal d'un contribuable hors de cet État[391] ». En conséquence, la France a abrogé l'article litigieux et les contribuables voulant s'installer à l'étranger ou hors Union européenne ne sont plus soumis à une taxe sur les plus-values latentes. Toutefois, le régime de l'*exit tax* n'a pas été totalement abandonné et, après modifications, il est toujours applicable depuis 2011. Il a continué de concerner toutes les plus-values constatées pour les résidents en France depuis six ans au moins au cours des dix dernières années précédant leur départ. L'*exit tax* s'appliquait aux participations dépassant deux seuils alternatifs calculés par foyer fiscal, 1% des bénéfices sociaux d'une société ou 1,3 millions d'euros. L'impôt était alors calculé sur les titres détenus par la personne s'expatriant et soumis à un sursis de paiement automatique si l'expatriation se faisait vers un pays membre de l'UE, la Norvège ou l'Islande ou sur option. Au terme d'une durée de huit ans, si le contribuable détient toujours les titres, l'impôt sur les plus-values sera automatiquement dégrevé.

106. – La réforme de l'*exit tax* en France – La loi de finances rectificative pour 2013[392] est venue réformer le régime de l'*exit tax*[393]. S'agissant des seuils d'application, celui de 1% est relevé à 50% des bénéfices sociaux et celui de 1,3 millions abaissé à 800 000 euros. De plus, entrent désormais dans le champ d'application de l'article 167 *bis*, les titres de SICAV et FCP[394]. La durée de détention des titres pour le

---

[390] CJCE, 11 mars 2004, *Hughes Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, point 22.

[391] CJCE, 11 mars 2004, *Hughes Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, point 69.

[392] Loi n° 2013-1279 du 29 décembre 2013 de finances rectificatives pour 2013, publiée au JORF n°0303 du 30 décembre 2013, page 21910, texte n°2.

[393] D. HADJIVELTCHEV, « *Exit tax* : le régime fait peau neuve en 2014 », *Option Finance*, 7 avril 2014 ; B. DELAUNAY, « L'épilogue de l'*exit tax* de 1998 », *Gestion & Finances Publiques*, n°7, juillet 2013, p. 47 ; Th. LAMBERT, « L'*exit tax* : suite et fin », *LPA*, 1er août 2005, n°151, p.14.

[394] Les Sociétés d'Investissement à Capital Variable (SICAV) et les Fonds Communs de Placement (FCP) font partie de la famille des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM).

dégrèvement de l'impôt est relevée à quinze ans. Si jusqu'à présent, il était possible d'adapter l'*exit tax* à la plus-value effectivement réalisée après le départ, il est dorénavant permit d'imputer aussi les moins-values réalisées lors de la cession des titres sur la plus-value réalisée par la cession d'autres titres, de participations de plus de 25% dans une société française ou sur les plus-values réalisées postérieurement à un retour en France. Afin d'être en conformité avec le droit européen, certains ajustements de l'article ont été nécessaires, comme par exemple concernant la donation de titres. La fin automatique du sursis de paiement pour les donations de titres soumis à l'*exit tax*, sauf si le contribuable pouvait démontrer que la libéralité consentie avait un but non exclusivement fiscal, a été censurée par le conseil d'État[395], car contraire à la liberté d'établissement. Ainsi, toute personne quittant la France pour s'installer dans un pays membre de l'UE ou de l'EEE n'a plus besoin d'apporter la preuve de ce but non exclusivement fiscal. L'obligation est maintenue pour les personnes qui s'installent hors UE ou EEE[396]. Et pourtant, au vu des taux d'imposition pratiqués en Belgique, l'on pourrait parfois légitimement s'interroger sur les raisons, autre que fiscale, qui poussent certaines personnes à s'y expatrier[397]. Le respect du droit européen rend la France plus fragile face à des systèmes fiscaux très disparates, dont certains sont particulièrement avantageux. Même si elle n'est pas le pays imposant la plus forte pression fiscale, elle se trouve à bien des égards dans l'incapacité de rivaliser en matière fiscale face à d'autres États membres. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point, mais d'ores et déjà, on s'aperçoit que le manque d'harmonisation en matière fiscale au sein de l'UE est très pénalisant pour les États comme la France. C'est une problématique à laquelle les États-Unis n'ont pas à faire face. *A priori*, une première raison explique ici la différence d'efficacité des législations anti-paradis fiscaux entre ces deux pays. Notons toutefois les efforts de la France avec la création d'un traitement automatisé de gestion et de suivi des impositions liées aux transferts du domicile fiscal hors de France dénommé « *exit*

Ce sont des organismes de placement collectif de l'épargne en actions, obligations, immobiliers ou billets de trésorerie.

[395] CE, 12 juillet 2013, n°359995.

[396] Le texte ne parle plus de « but non exclusivement fiscal » mais de « motif principal d'éluder l'impôt ».

[397] 3% en ligne directe, entre époux ou concubins ; 5% en région wallonne pour les donations entre frères et sœurs, oncles ou tantes et neveux ou nièces ; 7% pour les donations à des tiers. Rappelons qu'en France, le barème d'imposition en matière de donation s'étend de 5% jusqu'à 60% quand la donation est faite à des tiers.

tax »[398]. Ce fichier, détenu et géré par la Direction des résidents à l'étranger et des services généraux (DRESG), est consultable par les agents de la DGFiP et permet de recenser des données à caractère personnel, comme l'identité des redevables de l'*exit tax* ou son représentant, leurs impositions, leurs plus-values, la date et l'année de départ hors de France ou encore les sursis de paiement.

Lorsque l'imposition dissuasive n'est pas suffisante, les deux pays étudiés peuvent avoir recours, dans certaines conditions, à des dispositifs permettant l'imposition de bénéfices localisés dans des paradis fiscaux.

2- L'imposition des bénéfices localisés dans les paradis fiscaux

107. – L'article 209 B du CGI et la *Subpart F* de l'IRC sont les principales dispostions contre la localisation abusive des bénéfices dans un paradis fiscal. Américaines ou françaises, ces dispositions ont pour principal objet de soumettre à l'impôt les revenus réalisés par une société étrangère contrôlée par une société française ou américaine. La raison est simple : l'administration fiscale, face à ce genre de sociétés, n'a normalement pas le pouvoir de taxer leurs bénéfices tant que la société basée en France ou aux États-Unis ne décide de les rapatrier sur le territoire. Bien entendu, cela conduit certains contribuables à mettre en place ces sociétés étrangères dans des pays à fiscalité moindre, voire nulle, et d'échapper ainsi à l'impôt dans le pays d'origine.

Après avoir présenté ces mécanismes **(a)**, nous étudierons leurs conditions d'application **(b)**.

[398] Arrêté du 8 avril 2015 portant création par la direction générale des finances publiques d'un traitement automatisé de données à caractère personnel de gestion et de suivi des impositions liées aux transferts du domicile fiscal hors de France, publié au JORF n°0105 du 6 mai 2015, page 7755, texte n°5.

a) Présentation des mécanismes

108. – Il était devenu nécessaire de mettre en place des législations permettant de taxer ces revenus **(*ά*)**. Malgré les mêmes difficultés rencontrées **(β)**, les deux juridictions ont, sauf dans certains cas, réussi à taxer ce qui au départ ne l'était pas.

ά. De la nécessité d'un mécanisme d'imposition

109. – Les débuts sont américains[399]… – L'imposition des revenus non distribués, par les États-Unis, date au minimum d'une loi américaine de 1864, qui prévoyait d'inclure les gains et profits de toutes les entreprises dans le revenu annuel de toutes personnes susceptibles de les toucher, que ceux-ci soient distribués ou non[400]. Puis, les États-Unis ont adopté différentes lois visant à limiter les reports d'imposition. En 1921, la loi « *Accumulated Earnings Tax* », qui a probablement été une des plus impopulaires parmi les entreprises[401], prévoyait que les bénéfices accumulés de façon démesurée par une société devait être imposés au taux maximal de l'IR et non de l'IS[402]. Il convient de préciser que dans les années 1920, le taux marginal d'imposition des personnes physiques était de 70% alors que celui des personnes morales de 10%. On comprend l'impopularité de cette disposition, mais aussi son

---

[399] Sur les origines de la législation contre les reports d'imposition, V., entre autres, R. J. PERONI, J. C. (Jr.) FLEMING et S. E. SHAY, « Getting serious about curtailing deferral of U.S. tax on foreign source income », Symposium on 'Time, Tax and Money', *SMU Law Review*, Printemps 1999.

[400] Act of June 30, 1864, ch. 173, § 117, 13 Stat. 282: « gains and profits of all companies, whether incorporated or [not were to] be included in estimating the annual gains, profits, or income of any person entitled to the same, whether divided or otherwise ».

[401] H. L. ELLIOTT, « The Accumulated Earnings Tax and the Reasonable Needs of the Business: A Proposal», *12 Wm. & Mary L. Rev. 34* (1970), http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol12/iss1/3/: « Of all the taxes imposed upon business, this is probably one of the most unpopular, involving an after the fact verdict on management's business judgement. » (Trad. par nos soins).

[402] Pour déterminer si la loi était applicable, le législateur avait prévu la mise en œuvre d'un test subjectif (la création ou l'utilisation de la société a pour seul but de permettre aux actionnaires d'échapper à l'impôt. Ce test se base sur l'intention des actionnaires) et d'un test objectif (les actionnaires sont présumés avoir voulu échapper à l'impôt si les bénéfices accumulés sont excessifs par rapport aux besoins de l'entreprise). V., entre autres, H. L. ELLIOTT, *Op. Cit.* ; N. G. STONE, « The Accumulated Earnings tax : Displacement of the Avoidances Test and a Suggested Business Purpose Test», *10 B.C.L. Rev. 919* (1969), http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol10/iss4/5/.

efficacité. Il s'agissait ici de dissuader les entreprises de conserver leurs bénéfices plutôt que de les distribuer aux actionnaires, et par là même de permettre l'imposition. La charge de la preuve pesant sur l'IRS, qui n'a pas pu facilement démontrer le caractère démesuré de l'accumulation des bénéfices, ce mécanisme a été très peu mis en pratique. Par conséquent, la loi « *Foreign personal holding company rule* »[403], adoptée en 1937, stipulait clairement que les revenus des sociétés de portefeuille étrangères étaient présumées avoir été distribués aux actionnaires américains par le biais des dividendes et imposés comme tels. Toutefois, cette législation n'était pas assez dissuasive pour empêcher le phénomène des reports d'impôts, car elle n'était applicable qu'aux personnes physiques, c'est-à-dire les actionnaires. La loi américaine sur les sociétés étrangères contrôlées a été introduite en 1962. Les États-Unis sont le premier pays à adopter une telle législation, appelée *Subpart F*[404]. Ils ont ensuite été suivis par la majorité des pays, dont la plus récente est celle adoptée par la Chine[405]. Aujourd'hui, la *Subpart F* reste la loi la plus importante en matière de lutte contre le report d'imposition.

La France a finalement adopté une loi identique en 1980[406], soit dix-huit ans après les États-Unis. Celle-ci est codifiée à l'article 209 B du CGI[407]. La première refonte de cette disposition est intervenue par l'article 107 de la loi de finances pour 1993. L'article 104 de la loi de finances pour 2005, qui fait suite au très célèbre arrêt *Schneider Electric*[408] rendu par le Conseil d'État, remanie en profondeur pour la seconde fois la présente disposition et y inclut, notamment, une clause de sauvegarde[409]. Enfin, la dernière modification est intervenue avec la loi de finances

---

[403] H.R. REP. N° 1546, 75th Cong., Ist Sess. (1938).

[404] La règlementation sur les « *Controlled Foreign Corporation* » figure aux articles 951 à 965 du sous-titre A, chapitre 1, sous-chapitre N, partie III, sous-partie F du Code américain des impôts.

[405] R. S. AVI-YONAH et O. HALABI, « US Subpart F Legislative Proposals: A Comparative Perspective», (2012), *Law & Economics Working Papers*, Paper 69, http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/69.

[406] Article 70 de la loi n° 80-30 du 18 janvier 1980 de finances pour 1980, publiée au JORF du 19 janvier 1980 page 147.

[407] P. DIBOUT, « L'article 209 B est-il devenu une arme obsolète dans la lutte contre l'évasion fiscale ? », *DF 1990*, p.1485 ; B. BOUTEMY, É. MEIER et T. PERROT, « Évasion fiscale, article 209 B et conventions fiscales internationales : le paradis retrouvé », *LPA*, 27 août 2002, n°171, p.4.

[408] CE Ass., 28 juin 2002, *min. du Budget c/ société Schneider Électric*, n°232276, *Les nouvelles fiscales* n°874, p.4.

[409] V., parmi d'autres; P.-J. DOUVIER, « L'article 209 B et ses limites d'application », *BF 1991*, p.627 ; P. DIBOUT, « La comptabilité de l'article 209 B avec les conventions fiscales internationales, réflexion à

rectificative pour 2009 et l'introduction de la notion d'ETNC en droit français. Pendant français de la *Subpart F*, l'article 209 B est une disposition majeure dans « *l'arsenal des mesures anti-évasion fiscale internationale de l'administration française* »[410] et ses différentes modifications n'ont en rien altéré sa raison d'être. Au contraire, elles n'ont eu de cesse que de la renforcer. **110. – … Mais l'objectif reste le même –** Ces deux législations ont le même but : lutter contre l'absence d'imposition de certains revenus localisés dans des paradis fiscaux. En effet, elles doivent faire face aux entreprises françaises ou américaines qui décident d'installer une filiale à l'étranger, et le plus souvent dans un État pratiquant une taxation très avantageuse. La société mère revend ses produits à sa filiale au prix coûtant et ne dégage ainsi aucun bénéfice. Elle ne peut donc pas être imposée. La filiale revend ensuite les mêmes produits dans un autre pays au prix du marché et réalise un profit. Or la société étrangère contrôlée (SEC) est installée dans un paradis fiscal où elle n'est pas ou très peu imposée sur ses bénéfices. La société américaine ou française, réelle détentrice de ce bénéfice par interposition, ne pourra être imposée que lorsqu'elle décidera de rapatrier ses bénéfices sur le territoire français ou américain, c'est-à-dire en distribuant les bénéfices aux actionnaires.

Très puissants et très encadrés, ces dispositifs rencontrent des obstacles quant à leur mise en œuvre.

β. Des obstacles à leur mise en œuvre

111. – Une dérogation aux principes d'imposition – Alors que la législation française prévoit l'imposition des revenus selon le principe de territorialité, l'article 209 B du CGI permet à l'administration fiscale de taxer une entreprise française sur les revenus et bénéfices qu'elle tire d'une entreprise étrangère. L'objectif de cet article est l'imposition de bénéfices ou revenus provenant d'entités établies ou constituées dans un pays à régime fiscal privilégié et contrôlées par des personnes morales

---

propos d'une contrariété de jurisprudence », *Dr. fisc. 1997*, p.600 ; P. JUILLIARD, « Pour qui sonne le glas ? Propos inconvenants sur l'article 209 B, *RJF 2001*, p.303.

[410] F. PERROTIN, « Article 209 B et paradis fiscal », *LPA*, 16 avril 2009, n°76, p.3.

établies en France. L'imposition et le recouvrement se feront selon les règles du droit commun[411].

La législation américaine sur les SEC engendre également une dérogation au principe d'imposition des revenus choisi par les États-Unis. Le législateur américain a opté pour le principe de l'imposition mondiale des revenus tant que ceux-ci ont été générés par une personne de citoyenneté américaine. En revanche, il ne pouvait pas taxer les entreprises étrangères. Or, lors de la mise en place de la législation sur les SEC, le législateur a pris soin de préciser que l'IRS ne taxe pas l'entreprise étrangère, mais le citoyen américain détenant des parts ou actions dans cette société. L'IRS impose les dividendes présumés distribués par le citoyen américain et non le bénéfice engendré par la SEC.

Cependant, et afin d'éviter les situations de double imposition, les législateurs français ou américain ont prévu la possibilité pour la personne établie en France ou aux États-Unis d'imputer sur le montant de son impôt dû les impositions dont elle s'est déjà acquittée à l'étranger. Les montants concernés par cette mesure sont ceux de même nature que l'impôt devant être normalement payé en France ou aux États-Unis (impôt sur les sociétés, impôt sur le revenu) et acquitté localement, soit les impôts comparables[412] à ceux prévus en France ou aux États-Unis. Sont également imputables sur l'IS dû en France, les retenues à la source sur des dividendes, intérêts ou redevances, les prélèvements effectués à l'étranger sur les distributions faites à la personne morale française et les distributions reçues de l'entité juridique dont les revenus ont été réputés distribués en vertu de l'article 209 B. L'imputation ne peut se faire que si les revenus ou bénéfices viennent de France ou d'un État ou territoire qui

---

[411] Sur l'imposition et le recouvrement de l'IS, voir, entre autres, M. BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, 11ème Éd., LGDJ, Paris, 2012, p.88-96 ; J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, *Op. Cit.*, p.999-1014 ou J. GROSCLAUDE J. et Ph. MARCHESSOU, *Procédures fiscales*, *Op. Cit.*, p.111 et s.

[412] Sur la notion d'impôt comparable, l'administration fiscale précise qu'il s'agit « des impôts de quotité exprimés en unité monétaire, assis sur un résultat fiscal, non déductibles de ce résultat et qui sont versés à titre définitif et sans contrepartie au profit d'États souverains, d'États membres, d'États fédéraux ou confédérés ou autres subdivisions politiques d'un État (canton) ou de territoires non souverains jouissant de l'autonomie financière par rapport à l'État souverain dont ils dépendent (territoires et collectivités d'outre-mer, îles anglo-normandes… », Instr. du 16 janvier 2007, p.33. D'après cette définition, ne sont pas des impôts de même nature, les impôts assis sur le capital de l'entité établie hors de France, les impôts forfaitaires annuels, les impôts assis sur le chiffre d'affaires, les droits de licence, les taxes d'abonnement, les impôts sur les transferts de capitaux et les impôts fonciers ou les impôts comparables à la contribution économique territoriale.

a conclu avec la France une convention d'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur les revenus et qui contient « *une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, auquel cas l'imputation se fait au taux fixé dans la convention.* » [413]

Ce mécanisme se traduit par un crédit ou une déduction d'impôt[414]. Le premier entraîne un paiement de l'administration fiscale au contribuable et le second une diminution de l'impôt dû[415].

Le système américain a prévu la possibilité pour les actionnaires de bénéficier d'un crédit d'impôt indirect[416]. L'IRC prévoit qu'une société américaine sera considérée comme ayant effectivement payé l'impôt à l'étranger à la place de sa SEC, si la société américaine détient au minimum 10% des droits de vote de la SEC au moment où elle a reçu les dividendes de cette dernière. Ce crédit peut être demandé par toutes les sociétés étrangères qui possèdent 10% d'une société étrangère qui détient elle-même 10% de la SEC (cela peut aller jusqu'à six échelons). Il y aura six sociétés étrangères entre la société américaine et la SEC, chacune des six détenant au moins 10% de la société étrangère inférieure. Cette possibilité est ouverte aux personnes physiques et morales ayant des revenus provenant d'une SEC et soumis à la *Subpart F*. Le crédit d'impôt indirect est ensuite calculé selon trois critères : le dividende distribué ou passif, les bénéfices non distribués et les impôts payés à l'étranger.

112. – Les cas d'exclusion de l'article 209 B – Bien que les conditions d'application de l'article 209 B soient remplies, il est des cas où ce mécanisme sera écarté par l'existence d'une clause de sauvegarde. La première hypothèse figure au II de l'article 209 B. Ce paragraphe prévoit que si l'entreprise ou l'entité juridique est

---

[413] Plus de 200 États et territoires ont conclu une telle convention avec la France à la date du 1er janvier 2015.

[414] Le mécanisme est prévu à l'article 901 de l'IRC et aux articles 197 B du CGI pour les personnes physiques et 220 du CGI pour les personnes morales.

[415] V., pour la France, BOI-IS-BASE-60-10-30-30, IS - Base d'imposition - Dispositifs particuliers - Bénéfices réalisés par l'intermédiaire d'entreprises ou d'entités dans les pays à régime fiscal privilégié - Modalités d'imposition - Élimination des doubles impositions, du 12 septembre 2012. V., pour les États-Unis, IRM 4.61.7.43 (05-01-2006) et 4.61.7.44 (05-01-2006).

[416] Article 902 de l'IRC met en place le « *indirect foreign tax credit* ». Pour une étude plus précise, V., R. A. WORLEY, « The Indirect Foreign Tax Credit: A Policy Analysis of Section 902 », *13 Int'l Tax & Bus. Law. 176* (1996), http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol13/iss2/3.

établie dans un État de l'Union européenne et que l'exploitation de l'entreprise ou la détention des participations ne peuvent pas être considérées comme un montage purement artificiel, le dispositif de l'article 209 B n'est pas applicable. Dans ce premier cas, deux conditions doivent être réunies. La première ne suscite pas de difficulté. Il suffit à l'entreprise d'être établi dans un État membre. En revanche, la seconde a donné lieu à réflexion quant à la notion de montage artificiel[417]. Le législateur entend écarter les activités n'ayant pour seul objectif que de contourner la législation fiscale française et d'échapper à l'impôt. La Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion de préciser cette notion et a indiqué, dans l'affaire *Cadbury Schweppes Plc*[418], que l'existence d'un montage artificiel devait s'apprécier au regard d'éléments objectifs, comme l'existence de locaux, de personnels, d'équipements. L'impossibilité pour la société d'apporter ce type d'éléments entraînera l'application de l'article 209 B et donc l'imposition des revenus et bénéfices tirés de l'activité de l'entreprise étrangère. Il est intéressant de noter que, contrairement à ce que prévoit l'article 238-0 A, la seule qualité d'État membre de la Communauté européenne ne semble pas suffisante pour permettre l'exonération automatique des revenus.

Introduite par la loi de finances pour 2005, la seconde hypothèse figure au III de l'article 209 B. Elle concerne le cas où l'entreprise contrôlée est située hors de l'Union européenne. La clause de sauvegarde ainsi instaurée est générale ou automatique[419]. Il est prévu qu'il y a exonération automatique si les bénéfices ou revenus de l'entreprise étrangère « proviennent d'une activité industrielle ou commerciale[420] effective exercée sur le territoire de l'État de son établissement ou de son siège ». Une limite est néanmoins posée à cette possibilité. Les revenus ou bénéfices ne doivent pas découler pour plus de 20% d'opérations sur actifs financiers

---

[417] Notion issue de l'arrêt de la CJCE, 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries Plc*, C-264/96.

[418] Dans l'arrêt CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes Plc*, C-196/04, pt 70, la Cour énonce *que « la société résidente, qui est la mieux placée à cet effet, doit être mise en mesure de produire des éléments concernant la réalité de l'implantation de la société étrangère contrôlée et le caractère effectif des activités de celle-ci »*.

[419] V., entre autres, É. BOKDAM-TOGNETTI, « Article 209 B : causeries autour de la clause de sauvegarde », RJF 2/2013, p. 107 et s. ; B. GOUTHIÈRE, « Article 209 B : les nouveaux contours de la clause de sauvegarde », *FR Lefebvre* 38/2012, inf. 23, p. 26 et s.

[420] L'administration fiscale a précisé qu'il s'agissait pour les activités industrielles, des activités de production ou de transformation de biens et pour les activités commerciales, d'achats en vue de la vente ou de la location de matières ou de marchandises et de la fourniture de services. Sont exclues les activités civiles par nature et les activités libérales par nature, Instr. 4 H-1-07 du 16 janvier 2007, publiée au BOI n°6 du 16 janvier 2007, p.39, §§190-192.

ou incorporels ou pour plus de 50% de ces opérations et de la fourniture de prestations de services internes lorsqu'ils appartiennent à un groupe dans lequel l'entreprise établie en France a une relation de dépendance ou de contrôle. La clause de sauvegarde est dite « générale » si la personne morale prouve que l'établissement ou la constitution de l'entité hors de France n'avait pas pour but d'échapper à l'impôt en France et de profiter d'un régime fiscal privilégié[421]. Cette preuve, qui peut être rapportée par tout moyen, pèse sur la société.

113. – Les cas d'exclusion de la *Subpart F* – Les revenus effectivement liés à une source américaine ne sont pas susceptibles d'être imposés au titre de la *Subpart F*.

Le droit fiscal américain fait appel à la règle *de minimis*[422] pour régler les affaires ayant un enjeu financier faible. Dans le cas de la *Subpart F*, lorsque le total des revenus de la société étrangère contrôlée augmenté du revenu brut tiré des opérations d'assurance est inférieur à 5% du revenu brut total ou à un million de dollars pour l'exercice imposable, l'application de la *Subpart F* est écartée[423]. Le deuxième cas d'exclusion concerne les revenus tirés de la vente, consommation, fabrication de produits ou services provenant du pays d'établissement de la SEC. Si un produit est fabriqué dans le même pays que celui où réside la SEC, le revenu qui en découle ne peut pas être soumis aux règles de la *Subpart F*.

Une exception, prévue à l'article 954(h) de l'IRC, concerne les « *Qualified banking or Finance Income* » ou revenus issus principalement d'une activité bancaire, financière ou similaire. Ils ne sont pas des revenus imposables au titre de la *Subpart F*, s'ils proviennent d'une SEC engagée principalement dans le secteur financier,

---

[421] V. en ce sens les décisions du CE : CE, 9e et 10e ss-sect., 2 févr. 2012, n° 351600, *Sté Sonepar* : Dr. fisc. 2012, n° 10, comm. 180 ; RJF 5/2012, n° 505 ; BDCF 5/2012, n° 63, concl. P. Collin ; CE, 9e et 10e ss-sect., 28 nov. 2012, n° 338682, *Sté BNP Paribas et n° 341128, min. c/ Sté BNP Paribas* : JurisData n° 2012-027795 ; Dr. fisc. 2013, n° 7-8, comm. 158, concl. F. Aladjidi, note S. Austry ; RJF 2/2013, n° 138 ; CE, 9e et 10e ss-sect., 28 nov. 2012, n° 341127, *min. c/ Sté BNP Paribas* : RJF 2/2013, n° 138 ; CE, 9e et 10e ss-sect., 28 nov. 2012, n° 341928, *Sté BNP Paribas et n° 342065, min. c/ Sté BNP Paribas* : RJF 2/2013, n° 138 ; BDCF 2/13, n° 17, concl. F. Aladjidi ; CE, 26 déc. 2012, n° 349070, *min. c/ Sté BNP Paribas* : RJF 3/2013, n° 271. Note 31 CE, 26 déc. 2012, n° 349070, min. c/ Sté BNP Paribas, préc. ; CE, 26 déc. 2012, n° 349071 et n° 350366, *min. c/ Sté HSBC France* : RJF 3/2013, n° 271.

[422] « *De minimis non curat praetor* » est un adage latin qui signifie que le magistrat n'a pas à s'occuper des affaires insignifiantes. En terme financier, la règle *de minimis* implique qu'après une évaluation des risques, on ne se préoccupe pas des risques faibles.

[423] V., IRM 4.61.7.13 (05-01-2006), De Minimis Rule and Full Inclusion Test et 4.61.7.14 (05-01-2006), De Minimis Rule and Full Inclusion Test Guidelines.

bancaire ou le courtage et qu'elle réalise son activité essentiellement dans l'un de ces secteurs[424].

Seuls les gains et profits actuels peuvent être soumis à la *Subpart F*. Ainsi, ce revenu inclus dans le revenu brut de l'actionnaire américain ne peut pas excéder le montant des gains et profits de la SEC pour l'exercice en cours[425].

Lorsque l'un des éléments du revenu en cause est taxé à plus de 90% du taux d'imposition le plus élevé aux États-Unis, la *Subpart F* n'est alors pas applicable[426].

Mis à part les obstacles que peut rencontrer l'application de ces mécanismes, certaines conditions doivent également être remplies.

b) Les conditions d'application des mécanismes

114. – Les conditions d'application de l'article 209 B et de la *Subpart F* sont de l'ordre de deux : l'entreprise en cause détient une société étrangère contrôlée **(*ά*)** et la taxation ne peut se faire que sur un certain type de revenus **(β)**.

ά. La condition de détention d'une société étrangère contrôlée

115. – Une entité étrangère – L'application de l'article 209 B est conditionnée par l'existence d'une structure étrangère soumise à un régime fiscal privilégié. En effet, l'entreprise établie en France doit tirer ses bénéfices et revenus d'une entreprise ou d'une entité juridique soumise à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A du CGI. En l'espèce, les entités visées sont les entreprises et les personnes morales, c'est-à-dire principalement les sociétés de capitaux, de personnes, civiles, les fondations ou tout organisme détenant la personnalité morale dans l'État dans lequel il est enregistré. Cette interprétation extensive de la notion de personne morale permet d'inclure même les entités qui n'auraient pas en France la personnalité morale, tant qu'elles sont reconnues comme telles à l'étranger. Les organismes sont

[424] V., J. S. BAZAR, «Active Finance Exceptions Under Subpart F», *Mayer Brown LLP*, 12 décembre 2007, https://www.mayerbrown.com/public_docs/misc_section954_121207.pdf.

[425] V., IRM, 4.61.7.8 (05-01-2006), Limitation as to Earnings and Profits.

[426] Le taux d'imposition actuellement le plus élevé aux États-Unis est de 35%, donc si le revenu est taxé à plus de 31,5%, il n'est pas considéré comme un revenu imposable au titre de la *Subpart F*.

également concernés. Il s'agit des « *Anstalten*[427] » ou « *Stiftungen*[428] » prévus par la législation du Liechtenstein, mais aussi les groupements[429]. Enfin, sont compris les fiducies et institutions comparables. Cette rédaction assez floue permet au législateur d'inclure toutes les autres structures, même celles qui sont inconnues du droit français, comme les trusts ou les fondations de famille. Outre cette condition, ces entités doivent être constituées ou établies dans un État ayant un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A du CGI[430]. Cette approche a été qualifiée d'approche juridictionnelle[431], parce que l'article 209 B n'est applicable qu'aux sociétés étrangères établies dans des États pratiquant une fiscalité plus avantageuse que celle de la France.

En revanche, les États-Unis retiennent une approche globale[432]. Les règles de la *Subpart F* sont susceptibles de s'appliquer à toutes les entreprises étrangères, quel que soit l'endroit où elles se trouvent, paradis fiscal ou non, peu importent les taux d'imposition pratiqués.

La différence avec la France est notable, car cette dernière ne peut pas appliquer l'article 209 B aux entreprises localisées dans un État de l'Union européenne si elle ne démontre pas l'existence d'un montage artificiel ayant pour

---

[427] D'après le Projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Principauté d'Andorre relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale, Rapport n°620 d'André Gouteyron, fait au nom de la commission des finances, 7 juillet 2010, « les Anstalten sont des structures juridiques de droit privé possédant la personnalité juridique et dotées d'un patrimoine propre dans un but généralement économique. L'Anstalt peut être créé par une personne physique ou par une personne morale dont l'anonymat est protégé (l'identité et les droits du fondateur figurent dans un acte notarié). L'Anstalt est inscrit au registre du commerce. Son capital peut ne pas être divisé en actions ».

[428] Les « Stiftungen » sont des fondations, personne morale de droit privé à but non lucratif créée par un ou plusieurs donateurs, eux-mêmes pouvant être des personnes physiques ou morales, pour accomplir une œuvre d'intérêt général.

[429] On entend par groupement « la réunion de personnes, d'institutions ou d'organismes en vue d'une action commune ou d'actions coordonnées », G. CORNU, *Vocabulaire juridique.*, *Association Capitant*, PUF, coll. « *Quadrige* », 2016, p.497. En droit, il s'agit d'une structure juridique, dans laquelle plusieurs personnes s'associent en vue de poursuivre un objectif économique commun. L'on peut citer par exemple, les Groupement d'Intérêt Économique, les Groupement européens d'intérêt économique ou les associations.

[430] Cf. *supra* n°88-89.

[431] Cette approche est également appliquée par l'Italie, la Grande Bretagne, l'Allemagne, la Turquie ou la Chine.

[432] On retrouve cette approche dans les législations fiscales japonaise, canadienne, israélienne…

seul but d'éluder l'impôt. L'Union européenne rend donc l'application de la législation française plus difficile, au seul motif qu'un État, s'il est membre de l'UE, n'est *a priori* pas un État à fiscalité privilégiée ou un paradis fiscal. Si les différences entre les taux d'imposition donnent une indication des divergences des taux d'imposition auxquelles la France doit faire face[433], nous verrons plus loin que l'appartenance à l'UE n'a pas toujours pour effet un arrêt de la concurrence en matière fiscale.

116. – Les taux de détention de la SEC – La *Subpart F* n'est applicable que si un citoyen américain détient, directement ou indirectement[434], 10% ou plus des droits de vote dans une société étrangère, qui elle-même est contrôlée par des actionnaires de nationalité américaine. Il convient d'être en présence d'une SEC. Selon la législation américaine, une société est contrôlée quand au moins 50% des parts, actions ou droits de vote sont détenus par une entreprise américaine[435]. De plus, chaque actionnaire doit posséder au moins 10% de cette société. Cette règle vise à éviter qu'une société détenue par différents actionnaires ne soit affectée par la *Subpart F*. L'on ne pourra pas appliquer les règles de la *Subpart F* à une société détenue par vingt actionnaires.

Comme le précise l'administration fiscale française dans sa documentation administrative, l'article 209 B du CGI *« a pour objet de dissuader les personnes morales (…) de localiser une partie de leurs bénéfices dans une entité établie ou constituée hors de France dans un État ou territoire où elle est soumise à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A. »* [436] L'article 209 B du CGI a vocation à s'appliquer aux personnes morales susceptibles d'être imposées à l'impôt sur les sociétés (IS). Ces personnes sont celles qui sont passibles de l'IS ou qui détiennent 50% des parts, actions, droits financiers ou droits de vote d'une entité juridique. S'agissant de l'imposition à l'IS, celle-ci n'a pas à être effective, il suffit juste que l'entreprise puisse être passible de l'IS au taux normal de 33,33%[437]. Concernant la participation détenue par la personne

---

[433] Les taux d'imposition sur les sociétés maximum sont de 10% en Bulgarie, 12,5% à Chypre ou en Irlande, 16% en Roumanie contre 33,33% en France ou 30,2% en Allemagne.

[434] Le contrôle indirect peut se faire au travers d'une autre entité étrangère, comme une société, un *trust* ou d'un *partnership* (société en nom collectif).

[435] V., IRM 4.61.7.3 (05-01-2006), Identification and Qualifications of CFCs.

[436] Instruction 14 A-5-12 du 27 avril 2012, préc., p.7.

[437] Le taux est prévu par l'article 219 I al. 2 du CGI qui dispose que « Le taux normal de l'impôt est fixé à 33,1/3 %. »

morale, les règles ont été modifiées en 2006[438]. Le pourcentage de détention est en principe de 50%[439] des actions, parts, droits de vote ou droits financiers dans une entité juridique établie ou constituée dans un État ayant un régime fiscal privilégié. Ce taux est ramené à 5% lorsque, dans la relation entre une société mère et sa filiale, plus de 50% des titres sont détenus par des entreprises établies hors de France ou par des entreprises placées directement ou non dans une situation de contrôle ou de dépendance[440], au sens de l'article 57 du CGI, à l'égard de la personne morale établie en France. Cette clause « anti-abus » permet ainsi d'éviter qu'une entreprise fractionne les participations afin d'échapper à l'application de l'article 209 B. Alors que la *Subpart F* exclut les actionnaires minoritaires (moins de 10%) pour déterminer le pourcentage global de détention, l'article 209 B, plus strict, prend en compte ces actionnaires, même cet article reste applicable seulement aux actionnaires détenant au moins 5% de la société étrangère contrôlée[441].

117. – L'équivalent de l'article 209 B pour les personnes physiques : l'article 123 *bis* du CGI – Instauré par la loi de finances pour 1999[442], l'article 123 *bis* du CGI est le pendant de l'article 209 B pour les personnes physiques. Mis à part quelques aménagements textuels, les principes et les conditions d'application de cet article restent les mêmes. L'objet de l'article 123 *bis* du CGI est l'imposition des bénéfices réalisés par une entité dans un État à fiscalité privilégiée, si plus de 10% de son capital ou de ses droits sont détenus par une personne physique domiciliée en

---

[438] Jusqu'en 2006, une personne morale française était considérée comme détentrice d'une SEC si elle possédait au moins 10% des actions de l'entité étrangère. Ce taux a été modifié par la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005, publiée au JORF n°304 du 31 décembre 2004 page 22459, texte n° 1.

[439] Pour le calcul du pourcentage de détention, voir Instruction 4 H-1-07, publié au BOI n°6 du 16 janvier 2007, p.12 à 20. V., également, B. GOUTHIÈRE, « Overview of the French CFC Legislation », *European Taxation*, 2008, vol. 48, n°2, p. 50.

[440] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Op. Cit.*, p.326 définit la dépendance comme la situation dans laquelle il y a « *absence d'autonomie de comportement d'une personne par rapport à une autre, résultant de sujétions financières ou autres* ». Concernant la situation de contrôle, il s'agit pour une entreprise d'avoir la possibilité « *de déterminer directement ou indirectement, en raison de droits ou de contrats, la politique générale d'une autre société.* », G. CORNU, *Ibid*, p.264.

[441] R. S. AVI-YONAH et O. HALABI, « US Subpart F Legislative Proposals: A Comparative Perspective»: art. préc.

[442] Article 101 de la loi de finances pour 1999 n°98-1266 du 30 décembre 1998, publiée au JORF n°303 du 31 décembre 1998, p.20050.

France. Il s'agit, en l'espèce, du même objectif que celui de l'article 209 B et les moyens utilisés applicables aux personnes physiques sont identiques.

S'agissant des personnes physiques concernées par cet article, entrent dans le champ d'application de cette disposition celles qui sont domiciliées en France selon les dispositions de l'article 4 du CGI[443]. Si une personne fiscale transfère son domicile fiscal dans ou hors de France en cours d'année, ne pourront être pris en considération que les revenus ou bénéfices positifs acquis au moment de la domiciliation en France. Ces personnes doivent également détenir directement ou indirectement au moins 10% des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une entité juridique étrangère. Les participations visées sont les actions ou parts dans des sociétés de capitaux, les actions, parts ou autres droits dans les OPCVM[444], les parts d'intérêts possédées dans des sociétés de personnes et organismes assimilés (société en participation, société en nom collectif, « *joint-ventures*[445] » et « *partnerships*[446] »), les droits nés d'une fiducie, trusts ou institutions de même type et les titres ou droits de toute nature détenus dans des organismes comparables. La vision extensive de l'administration lui permet d'appréhender tout type de participations. Elles peuvent être détenues directement ou indirectement, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une chaîne de participations ou par l'intermédiaire d'une communauté d'intérêts à caractère familial. Cette dernière possibilité intéresse la situation dans laquelle un ou

---

[443] L'article 4 B du CGI dispose que « 1. Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4 A : a. Les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ; b. Celles qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ; c. Celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques. 2. Sont également considérés comme ayant leur domicile fiscal en France les agents de l'État qui exercent leurs fonctions ou sont chargés de mission dans un pays étranger et qui ne sont pas soumis dans ce pays à un impôt personnel sur l'ensemble de leurs revenus. »

[444] Créés par la loi n°88-1201 du 23 décembre 1988, publiée au JORF du 31 décembre 1988, p.16736. Cette loi est issue de la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 septembre 1985. Th. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, 3ème Éd., Économica, Paris, 2010, p.182 : « L'article 214-1 du CMF liste les OCVM : 1- les organismes de placement collectif en valeurs mobilières, 2- les organismes de titrisation, 3- les sociétés civiles de placement immobilier, 4- les sociétés d'épargne forestière, 5- les organismes de placement collectif immobilier, 6- les sociétés d'investissement à capital fixe (…) Les Organismes de Placement Collectif en Valeurs Mobilières (OPCVM) ont pour objet d'investir en instruments financiers l'épargne qu'il leur appartient de collecter par l'émission de parts ou actions. »

[445] Les « *joint-venture* » sont des entreprises communes, créées par deux entreprises ou plus et qui sont détenues à part égale par chacune d'entre elles.

[446] Il y a « *partnership* » lorsqu'une société est détenue par au moins deux entreprises.

plusieurs membres de la famille proche[447] de la personne domiciliée en France, détient les participations.

Comme dans le cadre de l'article 209 B, la personne domiciliée en France détient ses participations dans une entité établie ou constituée hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A. Cette entité peut être une personne morale, un organisme, une fiducie ou une institution comparable ou une institution semblable à celles précitées.

La conséquence de l'application de l'article 123 *bis* est l'imposition au titre de l'IR des revenus tirés de l'entité étrangère. Il existe, cependant, une imposition minimale forfaitaire, si les revenus proviennent d'un État qui n'a pas signé avec la France de convention d'assistance administrative. Dans ce cas, le revenu imposable ne pourra pas être inférieur au produit de la fraction de l'actif net ou de la valeur nette des biens de l'entité étrangère, fraction qui est calculée selon la proportion des participations détenues et selon un taux égal à celui prévu par l'article 39 1 3° du CGI[448]. Cette imposition forfaitaire permet d'assurer à la France des recettes, en dépit de ce que la juridiction en cause n'a pas signé de convention d'assistance administrative avec elle. De plus, la nécessité d'empêcher les doubles impositions engendre la possibilité pour la personne imposable en France d'imputer sur l'impôt dû les sommes (impôt, prélèvements) qu'elle a déjà versées ou distribuées dans l'État où est établie ou constituée l'entité étrangère.

Il importe désormais de remarquer que toutes les catégories de revenus ne peuvent pas faire l'objet d'une imposition en vertu de l'article 209 B ou de la *Subpart F*.

---

[447] L'administration fiscale entend par membres de la famille proche le « conjoint, ascendants ou descendants, partenaire auquel il est lié par un PACS et avec lequel il fait l'objet d'une imposition commune », Instr. 5 I-1-00 du 18 février 2000, publiée au BOI n°43 du 1 mars 2000.

[448] L'article 39 1 3° dispose que « Les intérêts servis aux associés à raison des sommes qu'ils laissent ou mettent à la disposition de la société, en sus de leur part du capital, quelle que soit la forme de la société, dans la limite de ceux calculés à un taux égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à deux ans. »

β. La condition relative aux revenus concernés

118. – La règle des « *Base Company Income* » – Ne sont susceptibles d'être imposés selon la *Subpart F* que certains types de revenus et la seule réunion des conditions énumérées ci-dessus ne suffit pas. Les revenus de la SEC imposables entre les mains des actionnaires américains sont repris à l'article 952 de l'IRC. On en dénombre quatre catégories pouvant être qualifiées de *Subpart F income* : les produits d'assurance[449], « *foreign base company income* » (FBCI)[450], « *foreign personnal holding company income* » (FPHC)[451], « *foreign base company sales income* » (FBC sales income)[452].

Les revenus des sociétés étrangères ou « *foreign base company income* » (FBCI) sont la catégorie de revenus la plus large[453], car elle comprend également les *FPHC*, les *FBC sales income*, *FBC services income*, les *FBC shipping income* et les *FBC oil-related income*. Ces trois derniers de types de revenus fonctionnent comme les *FBC sales income*, mais dans le domaine des services, des transports et du marché du pétrole.

Les revenus des sociétés étrangères contrôlées sont définis par l'exclusion d'autres revenus de la base brute du FBCI[454]. Un auteur a recensé trois types de revenus qui ne rentrent pas dans la catégorie des FBCI et qui, par conséquent, ne peuvent pas être imposés au titre de la *Subpart F*. Cela signifie aussi que tous les autres revenus peuvent être qualifiés de FBCI. Ne peuvent pas être considérés comme des FBCI les revenus qui sont effectivement connectés à une source américaine[455]. Il s'agit ici des revenus d'une SEC tirés d'un commerce ou d'une industrie aux États-Unis, car en

---

[449] Conformément à l'article 953 de l'IRC, il s'agit des revenus tirés des assurances sur le risque en dehors du pays d'établissement de la SEC.

[450] Prévu à l'article 954 de l'IRC. V., E. T. LAITY, «Defining Foreign Base Company Income: The Exclusions, Deductions, and Limitations», *19 Berkeley J. Int'l Law. 90* (2001), http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol19/iss1/3.

[451] Ce sont tous les revenus définis à l'article 954(c) de l'IRC, c'est-à-dire les revenus passifs ou tirés des investissements de la SEC. On retrouve les dividendes, les intérêts, les royalties, les loyers, les gains de change, les plus-values….

[452] Ce sont les revenus provenant des ventes dans lesquelles l'intervention de la SEC n'a engendré aucune plus-value dans la valeur du produit vendu. V., E. T. LAITY, *Op. Cit*.

[453] E.T. LAITY, *Op. Cit*.: «Of the various types of tax haven income derived by controlled foreign corporations, foreign base company income is the most significant.» (Trad. par nos soins).

[454] E. T. LAITY, *Ibid.*, partie I.

[455] Cette exception des « *U.S.- Source Effectively-Connected Income* » est prévue à l'article 952(b) de l'IRC.

règle générale, l'IRS taxe ces revenus directement entre les mains de la SEC[456]. Les revenus tirés de l'activité étrangère d'une SEC qui est une société commerciale étrangère ne font pas non plus partie des FBCI. Ce dispositif permet à ces sociétés de préserver leur traitement fiscal privilégié. En effet, sans celui-ci, il pourrait y avoir refus du report d'impôt, ce qui contreviendrait aux avantages prévus par la législation fiscale américaine pour les sociétés commerciales étrangères[457]. Enfin, les revenus de la SEC imposables ne prennent pas en compte tout ou partie des dividendes d'un actionnaire reçus d'une autre SEC. Ceci permet d'éviter que les actionnaires soient soumis à une multitude de taxes, notamment lorsqu'ils sont impliqués dans une chaîne de participation. Ainsi, une filiale de la SEC pourra distribuer ses bénéfices sous forme de dividende directement à l'actionnaire sans passer par la SEC et évitant ainsi que ces distributions ne soient inclues deux fois dans le revenu de l'actionnaire.

119. – Les revenus passifs – L'application de l'article 209 B du Code général des impôts est conditionnée à l'existence de bénéfices ne provenant pas d'une activité industrielle ou commerciale réelle et effective. Si l'activité est effective, l'article 209 B peut être appliqué si l'administration démontre que dans les bénéfices ou les revenus positifs[458] de la SEC il y a une prépondérance de revenus passifs. Les revenus sont dits passifs quand plus de 20% des bénéfices proviennent d'opérations sur des actifs financiers[459] ou incorporels[460] ou quand plus de 50% sont tirés des opérations sur des actifs financiers ou incorporels et de la fourniture de prestations de services internes à un groupe d'entreprises sur lequel la société française a le contrôle ou dont elle dépend.

---

[456] Notons que cette règle permet d'éviter une double imposition pour les actionnaires de la société américaine.

[457] Ce dispositif découle de la nécessité de contrebalancer les désavantages subis par le commerce américain à cause des règles du commerce international. En effet, les pays membres du GATT ont la possibilité d'ôter de l'assiette imposable des ventes à l'export la taxe nationale, mais en revanche, ils ne peuvent pas exclure le revenu engendré par ces exportations de la taxe nationale.

[458] Le revenu positif est le bénéfice net réalisé.

[459] Il s'agit de la gestion, du maintien ou de l'accroissement de titres, participations, créances ou actifs analogues pour le propre compte de la société française ou pour celui d'entreprises appartenant à un groupe avec lequel elle entretient des relations de contrôle ou de dépendances.

[460] Les actifs incorporels sont la cession ou concession de droits incorporels relatifs à la propriété industrielle (les brevets et les marques), littéraire, artistique et scientifique (y compris les films cinématographiques et les logiciels informatiques).

120. – Conclusion de la Section 2 – La lutte contre les paradis fiscaux par l'imposition ne passe pas que par le seul échange de renseignements dont nous avons vu les limites dans nos développements précédents. Il convient naturellement d'encadrer directement ces relations lorsqu'elles n'ont pu être prévenues et si l'on veut donner un contenu véritablement concret à la lutte contre les paradis fiscaux.

Encadrer suppose nécessairement d'identifier la relation, ce qui implique d'en déterminer les principaux acteurs. France et États-Unis se sont astreints à cette exigence d'une façon qui diffère légèrement, même si l'objectif reste similaire. L'État français a fait reposer sa législation sur la notion de régime fiscal privilégié, dont nous avons tenté d'esquisser les contours. Les États-Unis ont eu, quant à eux, recours à une vision plus fonctionnelle, en utilisant les listes de divers organismes parfois internationaux. S'agissant du contenu de la règlementation, les deux États envisagés ont adopté une démarche similaire. La mise en place de mécanismes destinés à favoriser le renseignement financier afin d'assurer une meilleure efficacité de l'imposition s'est trouvée augmentée de dispositifs propres à accroître ladite imposition. Chacun de ces pays a prévu des taxations dissuasives afin d'éviter l'expatriation fiscale tout en favorisant l'imposition des bénéfices localisés dans les paradis fiscaux.

121. – Conclusion du Chapitre 1 – La lutte par l'imposition se trouve marquée par une importante similarité des mécanismes français et américain. Cette identité n'est du reste pas surprenante dans la mesure où la lutte contre les paradis fiscaux repose nécessairement sur la collecte d'informations et sur un encadrement accru des relations avec ces pays à fiscalité privilégiée. Des divergences ont pu parfois apparaître au cours de nos développements, et si les États-Unis semblent marquer un certain temps d'avance sur le cas français, il n'en demeure pas moins que ces deux États ont, au moins initialement, suivis les mêmes voies.

122. – Celles-ci se sont révélées insuffisantes : la perte continuelle de recettes fiscales en atteste. Dès lors, la lutte contre les paradis fiscaux est en perpétuelle évolution, dans une quête constante de l'innovation. France et États-Unis doivent sans cesse adapter leur appareil législatif pour tenter de lutter le plus efficacement possible contre l'évasion fiscale et les conséquences qu'elle implique.

C'est là précisément que la comparaison fait ressortir la spécificité propre à chacun des systèmes considérés. L'évolution française et américaine ne revêt pas la même teneur. Cette diversité d'évolution doit être maintenant envisagée **(Chapitre 2)**.

CHAPITRE 2

LA DIVERSITÉ DE L'ÉVOLUTION

123. – Dans leur ouvrage, Jean-Michel Rocchi et Jacques Terray se sont attachés à mettre en exergue *« les vraies raisons de la charge récente contre les paradis fiscaux »*[461]. C'est dans la déclaration de François Fillon, ancien Premier ministre de Nicolas Sarkozy, en septembre 2007, que se trouve la réponse : *« Je suis à la tête d'un État qui est en situation de faillite sur le plan financier, je suis à la tête d'un État qui est depuis 15 ans en déficit chronique, je suis à la tête d'un État qui n'a jamais voté un budget en équilibre depuis 25 ans. »* L'urgence de l'augmentation des recettes n'a jamais été aussi pressante.

Aux États-Unis, le problème est le même. Dès son arrivée à la tête du pays, Barack Obama a mis en place un vaste plan de relance de 787 milliards de dollars avec le *American Recovery and Reinvestment Act* de 2009[462]. Ce n'était censé être que le début d'un plan plus vaste, le président ayant déclaré à propos de cette initiative : *« je ne vais pas prétendre que ce jour marque la fin de nos problèmes économiques. Il ne représente pas non plus la totalité de ce que nous allons faire pour renverser la situation économique »*[463]

---

[461] J.-M. ROCCHI et J. TERRAY, *Les paradis fiscaux, Analyses et controverses*, Éd. Arnaud Franel, 2011, p. 139.

[462] Pub. L. 111-5, 123 Stat. 115.

[463] AFP, « Obama signe un plan de relance de 787 milliards de dollars », *Le Monde*, 18 février 2009.

124. – C'est dans des circonstances d'intensification de la « la chasse aux recettes fiscales » [464] qu'a été relancée la chasse aux juridictions non coopératives, facilitant l'évasion et la fraude fiscales. Au vu de l'analyse des législations déjà existantes, le constat est sans appel : elles sont insuffisantes, voire obsolètes face à l'accroissement de l'utilisation des paradis fiscaux et de ce fait de la perte colossale de recettes. S'il est complexe de chiffrer les pertes dues à l'évasion et à la fraude fiscales, la commission d'enquête au Sénat en France a conclu que leur ampleur faisait de l'évasion « *un axe politique majeur* »[465].

125. – La France et les États-Unis ont cependant emprunté deux voies très différentes pour ancrer leur évolution dans la lutte contre les paradis fiscaux. Au vrai, et ainsi qu'il nous sera donné l'occasion de le démontrer, ces deux moyens procèdent de la culture fiscale intrinsèquement liée à chacun d'entre eux. En adoptant, avec la loi de finances rectificative pour 2009, une disposition qui s'appuie sur la notion d'État et territoire non coopératif, dont les services du ministère ont ensuite dressé une liste, la France a très clairement opté pour une approche tenant compte du territoire. Les États-Unis, en optant pour un dispositif aux effets extraterritoriaux particulièrement puissants, reposant sur le citoyen américain où qu'il se trouve, ont adopté une démarche très globale. Ces deux systèmes, avec leurs avantages et leurs imperfections doivent être envisagés.

Le territoire **(Section 1)**, puis le citoyen **(Section 2)**, tels sont les deux piliers sur lesquels la France et les États-Unis ont choisi de faire reposer leur législation, reflétant en cela, au moins en partie, l'opposition bien connue entre territorialité et nationalité.

---

[464] J.-M. ROCCHI et J. TERRAY, *Op. Cit*.

[465] É. BOCQUET (rapporteur), Rapport de la commission d'enquête au Sénat sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales, 27 juillet 2012.

Section 1

De la législation française ou la considération du territoire

126. – Depuis 2008 et le début de la crise financière en Europe et dans le monde, la France s'est donné pour devoir de mettre un terme à l'existence de juridictions non coopératives en matière fiscale. Or dans cette période de disette budgétaire, la taxation des revenus « évadés » représente des ressources non négligeables pour l'Hexagone. Dans ce contexte, le Parlement a adopté l'article 22 de la loi de finances rectificative pour 2009.

127. – La loi de finances rectificative (LFR) pour 2009 a fait l'objet d'une présentation le 16 novembre 2009 par le ministre du Budget de l'époque, M. Éric Woerth. Sa publication au journal officiel est intervenue le 30 décembre 2009. Outre les ajustements budgétaires traditionnels de fin d'année, la loi s'articule autour de quatre thèmes principaux[466]. La partie de la LFR qui intéresse plus particulièrement notre étude est celle visant la lutte contre les paradis fiscaux.

Le but initial de ces mesures est bien de pallier l'absence en droit fiscal français de traitement pénalisant les transactions réalisées avec des juridictions non coopératives. En agissant ainsi, la France s'inscrit dans le prolongement de l'action internationale en matière de promotion de la transparence et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. L'Hexagone se place dans la droite ligne des listes de l'OCDE[467] et réaffirme de cette manière, comme l'a fait avant lui le G20 lors du sommet de

[466] Les quatre thèmes sont les suivants : le premier concerne la lutte contre les paradis fiscaux, le deuxième vise la lutte contre l'économie souterraine, le troisième thème, qui concerne la modernisation des administrations fiscales et douanières et leurs relations avec les usagers, prévoit, entre autres, le renforcement des garanties offertes aux usagers, l'extension du champ d'application de la télé-déclaration et du télépaiement. Enfin, le dernier thème a trait à l'adaptation du droit français aux exigences communautaires et sa modernisation, avec, notamment, l'adoption du projet de loi pour transposer les directives européennes « accises ».

[467] Cf. *infra*, n°394-396.

Londres du 2 avril 2009[468], que sa priorité est la lutte contre les États qui ne se conforment pas aux exigences de transparence en matière fiscale.

La loi de finances rectificative pour 2009 a modifié le paysage juridique français en introduisant une nouvelle notion **(§1)** et a eu un impact substantiel sur la législation fiscale française **(§2)**.

§1. La notion d'États et territoires non coopératifs : l'article 238-0 A du Code général des impôts

128. – Introduit par la loi de finances rectificative pour 2009, l'article 238-0 A du CGI ajoute une notion jusqu'alors inconnue du droit fiscal français, celle d'États et territoires non coopératifs (ETNC). Le droit fiscal est passé progressivement des régimes privilégiés aux ETNC **(A)**. Cet article détermine une série de critères permettant d'identifier un ETNC **(B)**.

A) La définition des États et territoires non coopératifs

129. – S'il existe pléthore de mentions et de descriptions du paradis fiscal dans la presse, une définition juridique est introuvable, notamment dans le Code général des impôts **(1)**. La notion d'États et territoires non coopératifs bénéficie quant à elle d'une définition par élimination **(2)**.

[468] Dans le communiqué final du 3 avril 2009 faisant suite au G20 de Londres du 2 avril 2009, les États ont pris six engagements, dont celui de renforcer la réglementation financière et le contrôle. Ils ont affirmé que « des actions contre les juridictions non coopératives, dont les paradis fiscaux, allaient être prises. Nous sommes prêts à déployer les sanctions pour protéger nos finances publiques et nos systèmes financiers. L'ère du secret bancaire est terminée ».

1- L'absence de définition juridique de la notion de paradis fiscal dans le Code général des impôts

130. – Le régime fiscal dérogatoire – Il convient de rappeler que le Code général des impôts ne fait aucun renvoi à la notion de paradis fiscal. Il a fallu attendre une note d'instruction du ministère des Finances du 18 mai 1973[469] pour que le droit français emploie une expression proche de celle de paradis fiscal. Cette note définit ces États comme « *un pays appliquant un régime fiscal dérogatoire tel qu'il conduit à un niveau d'imposition anormalement bas* ». En 1973, sans le nommer, le paradis fiscal pouvait être considéré comme un État où les taux d'imposition étaient très faibles et cela semblait être la seule et unique condition. Le critère de la coopération fiscale n'entrait pas encore en ligne de compte.

131. – Les pays à régime fiscal privilégié : l'article 238 A – L'objectif premier de l'article 238 A se trouve exposé dans son alinéa 1, qui prévoit les règles d'encadrement de la déductibilité des charges. Il dispose que les sommes payées ou dues par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à une autre domiciliée ou établie dans un État ayant un régime fiscal privilégié ne pourront pas faire l'objet d'une déduction pour l'établissement de l'impôt en France. Cet instrument vise les personnes physique ou morale, qui sont établies ou domiciliées en France et qui effectuent des paiements au profit d'autres personnes physique ou morale établies ou domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié[470].

---

[469] Note d'instruction du ministère des Finances du 18 mai 1973.

[470] Le champ d'application *ratione personae* de cet article est très large, car il concerne aussi bien les particuliers que les entreprises. Concernant les charges citées par ce dispositif, là encore le législateur a tenu à adopter une rédaction la moins restrictive que possible. Il liste ainsi plusieurs types de charges qui n'ont pas le caractère déductible. Il s'agit en premier lieu des charges financières (intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements). Il inclut en deuxième lieu les redevances de cessions et de concessions de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, de procédés ou formules et autres droits analogues. Sont également concernées les rémunérations de services de toute nature. En l'espèce, cela recouvre, entre autres, des frais d'étude ou de la rémunération de tiers. Enfin, les charges peuvent aussi être des versements effectués sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un État à régime fiscal privilégié. Il convient de noter que le fait de remplir les conditions précédemment énumérées, n'entraîne pas automatiquement la non-déductibilité des charges pour la personne résidant en France. En effet, l'article met en place une double présomption au profit de l'administration qui peut être renversée par

La seconde intention du législateur est d'apporter une définition à l'approche très vague et peu satisfaisante de la notion de régime fiscal privilégié. Dès la loi de finances pour 1974 dans son article 14[471], le législateur a introduit la notion de « pays à régime fiscal privilégié ». Le droit français commençait à appréhender le terme de paradis fiscal, en le précisant par l'utilisation de la notion de « fiscalité privilégiée », pour déterminer si l'on était en présence ou non d'un tel État. Dans son rapport sur les paradis fiscaux, la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire a, d'ailleurs, affirmé que « *la notion de paradis fiscal n'est pas définie, ni reconnue dans le droit français, qui renvoie à ces territoires par le biais de la définition du "régime fiscal privilégié" figurant à l'article 238 A*[472] *du Code général des impôts* »[473]. Dans sa version initiale datant d'une loi de 1979 qui introduit dans le CGI l'article 238 A, ce dernier disposait que les charges ne pouvaient être déductibles quand elles étaient payées ou dues à des personnes domiciliées hors de France dans un État ou territoire pratiquant une fiscalité privilégiée par rapport à celle pratiquée

---

le contribuable, la fictivité et l'anormalité des dépenses. Tout d'abord, il présume que les charges ne sont pas déductibles, car elles ne correspondent pas à des opérations réelles. Le contribuable devra rapporter la preuve à l'administration fiscale que les dépenses qu'il a engagées et qu'il compte déduire de la base de son impôt correspondent effectivement à des opérations réelles. Les factures, relevés de compte bancaire ou l'attestation d'un huissier de la véracité des travaux sont autant d'exemples pouvant prouver la réalité des opérations. Ensuite, le contribuable va devoir démontrer que les sommes en cause ne sont ni anormales, ni exagérées. Si les conditions de réalité et de normalité de l'opération sont réunies, alors le contribuable pourra déduire ces charges de la base du calcul de son impôt. Dans le cas contraire, l'administration fiscale est en droit de réintégrer les charges indûment déduites dans l'assiette imposable du redevable. On relève une distinction entre les deux caractères. Quand le critère de la réalité n'est pas rempli, toutes les dépenses sont réintégrées, en revanche, si l'opération n'est pas fictive, mais qu'elle apparaît anormale ou exagérée, alors seule la partie considérée comme telle sera réintégrée.

[471] Article 14 de la loi de finances pour 1974, JORF du 28 décembre 1973, p.13899.

[472] L'article 238 A du CGI dispose que « les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies ».

[473] D. MIGAUX (sous la présidence de), Rapport sur les paradis fiscaux de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale n°1902, 10 septembre 2009, p.12.

dans l'Hexagone. Les multiples modifications[474] de cet article n'ont en rien altéré sa raison d'être, sans pour autant inclure une définition précise d'un État ou territoire à fiscalité privilégiée ou même la notion de paradis fiscal.

132. – La signature d'une convention d'assistance administrative – La législation fiscale a ensuite introduit, par l'article 52 de la loi de finances rectificative pour 2008, une nouvelle notion : celle d'« *État ou territoire n'ayant pas conclu avec la France de convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires* [475]». Le législateur modifie plusieurs articles du CGI et du livre des procédures fiscales (LPF) et prévoit alors un délai de reprise plus long et des amendes plus élevées lorsque les obligations déclaratives n'ont pas été respectées et que le contribuable réside dans un État ou un territoire n'ayant pas conclu de convention d'assistance administrative avec la France. Passe ainsi de trois à dix ans le délai de reprise de l'administration des impositions directes[476] et le montant des amendes est réévalué de 750 € à 10 000 €[477].

C'est finalement à partir du 1er janvier 2010 que le législateur français a introduit la notion d'États et territoires non coopératifs.

2- Les États et territoires non coopératifs

133. – L'innovation de la LFR pour 2009 – L'article 22 de la loi de finances rectificative pour 2009[478] introduit, entre autres, la notion d'État et territoire non coopératif et crée l'article 238-0 A dans le Code général des impôts. Ainsi, si fin 2009, le droit fiscal ne reconnaît toujours pas expressément les paradis fiscaux comme une

---

[474] Modifié successivement par la loi n°81-1160 du 30 décembre 1981, le décret n°2002-923 du 6 juin 2002, la loi de finances pour 2005 n°2004-1484 du 31 décembre 2005 (article 104) et la loi de finances rectificative pour 2010 n°2009-1674 du 30 décembre 2009.

[475] Article 52 de la loi de finances rectificative pour 2008 n°2008-1443 du 30 décembre 2008, JORF n°0304 du 31 décembre 2008, p.20518, texte 1.

[476] Articles L 169, L 174 et L 176 du LPF, le délai de reprise est allongé et l'article L186 prévoit que quand il n'y a pas de délai de prescription plus court ou plus long, il est de six ans.

[477] Articles 1736 et 1766 du CGI.

[478] Article 22 de la loi n°2009-1674 de finances rectificative pour 2009, JORF n°0303 du 31 décembre 2009, p.22940.

notion juridique et ne les définit pas, la France dote son arsenal juridique de la notion d'ETNC avec pour conséquence l'établissement d'une liste, car comme le sommet du G20 de Londres l'avait martelé, « *la lutte contre les paradis fiscaux et les juridictions non coopératives constitue l'un des engagements principaux pris à l'issue de ce sommet.*[479] »

L'article 238-0 A du Code général des impôts dans son alinéa 1er dispose que « *sont considérés comme non coopératifs, à la date du 1er 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'Organisation de coopération et de développement économiques 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.* »

134. – Le critère de la coopération – Une fois n'est pas coutume en la matière, le législateur a tenté d'esquisser une définition. D'après l'article 238-0 A du CGI, les ETNC ne sont pas des États membres de la Communauté européenne. Ensuite, l'OCDE a examiné leur situation en matière de transparence et d'échange de renseignements. Enfin, ils n'ont pas conclu avec la France ou au moins douze États, une convention d'assistance administrative. Ces trois critères d'identification sont cumulatifs.

De façon très générale et selon le sens commun, un État coopératif est un État qui participe volontiers à un effort commun, la coopération étant l'action de coopérer, de participer à une œuvre commune ou une politique d'entente et d'échange entre deux États. La notion d'État et territoire coopératif recouvrirait alors l'ensemble des États ou des territoires opaques, pratiquant le secret et refusant de collaborer avec les autres États ou territoires dans quelque matière que ce soit.

Les ETNC apparaissent comme pouvant être des paradis fiscaux, mais non nécessairement. En effet, un ETNC peut tout à fait prôner l'absence de coopération et l'absence d'échange de renseignements pour diverses raisons, comme la protection de son secret bancaire, la protection de sa souveraineté, la protection de la vie privée de ses citoyens. Un État est souverain chez lui et n'a aucunement l'obligation de donner des quelconques informations sur ce qui se passe à l'intérieur de ses

[479] O. ROUMÉLIAN, « États et territoires non coopératifs : notion et régime fiscal », *Gaz. Pal.*, 5 août 2010, n°217, p.11-14.

frontières et sur ses ressortissants. En revanche, il est possible que cet État, pratiquant une telle politique de coopération, n'ait pas de système fiscal privilégié, c'est-à-dire des impôts très faibles voire inexistants. Dans ce cas, au sens strict du terme, il n'est pas un paradis fiscal, mais seulement un État non coopératif. Cela a pu être le cas, par exemple, lors de la période de la guerre froide. En effet, l'ex-URSS et les pays de l'Ouest, comme la France ou le Royaume-Uni, étaient peu enclins à s'échanger des renseignements en matière fiscale. Pourtant, aucun d'entre eux n'avait de régime fiscal avantageux.

Contrairement aux lois antérieures, l'article 238-0 A du CGI ne se contente pas de nommer les ETNC, il définit également les critères qui permettent d'identifier un État comme étant coopératif ou non.

B) Les critères d'identification des États et territoires non coopératifs en droit français

135. – Chacun des critères énumérés dans le code appelle des observations. Il en va ainsi de la non-appartenance à la Communauté européenne **(1)**, de l'examen par l'OCDE **(2)** et de l'absence de convention d'assistance administrative conclue avec la France **(3)**.

1- La non-appartenance à l'Union européenne (UE)

136. – L'immunité de l'appartenance à l'Union européenne – S'agissant de l'affirmation qu'un État membre de la Communauté européenne n'est pas un ETNC, la phrase formulée au présent ne semble admettre aucune remarque ou exception. L'appartenance à la Communauté européenne serait une sorte de garantie contre l'absence de coopération. Pourtant, il est admis que l'UE n'a pas de politique fiscale commune, celle-ci relevant de la compétence traditionnelle des États et de leur

souveraineté[480]. De plus, dans le contexte actuel de crise, beaucoup comme l'Allemagne ou la Grande-Bretagne, n'ont nullement l'envie de définir une politique fiscale commune avec la Grèce ou l'Espagne, craignant une perte de compétitivité sur les marchés internationaux. De façon très générale, il existe autant de législations fiscales en Europe que de membres. Néanmoins, si aucun n'a l'obligation d'appliquer la transparence ou l'échange de renseignements de la même manière que ses partenaires, il aurait été politiquement très délicat et diplomatiquement déplorable, dans une union économique et politique où chaque membre possède les mêmes droits, d'accepter que certains d'entre eux s'arrogent le droit de juger les autres et d'estimer que leur point de vue ait une quelconque supériorité.

Outre ces considérations politiques et diplomatiques évidentes, des raisons juridiques tirées des principes généraux du droit communautaire[481] permettent de trouver une justification à cette exclusion automatique des États membres de l'UE de la liste française des ETNC.

137. – L'interdiction de la discrimination – l'article 18 (ex-article 12 traité sur la Communauté européenne - TCE) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)[482] pose le principe général de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité. Il s'agit d'une des règles « cardinales du droit communautaire »[483] découlant du principe d'égalité de traitement. Elle implique que tous les ressortissants de l'Union européenne doivent être traités selon les mêmes règles sans qu'il soit tenu compte de leur nationalité. Un national ne peut pas

---

[480] Article 5§3 du traité sur l'Union européenne : « *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union.* »

[481] Pour des détails sur les principes fondamentaux de l'UE et le droit dérivé, v., entre autres, G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10ème Éd., 2012 ; C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 5ème Éd., 2013 ou encore J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, coll. « Cours », série Droit public, 7ème Éd., 2012 ; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, L.G.D.J, 6ème Éd., 2010.

[482] L'article 18 du TFUE dispose que « *Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations.* »

[483] L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 7ème Éd., 2015, p.128.

bénéficier d'avantages, et ce dans aucun domaine, par rapport à un non-national et cela vaut aussi pour la matière fiscale. Or pour que la discrimination soit avérée, plusieurs conditions doivent être réunies. Tout d'abord, les deux personnes ou éléments doivent être dans une situation fiscale comparable, la discrimination doit ensuite être effective et enfin il ne doit pas exister de justifications fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général, sachant que la prévention de l'évasion fiscale n'est pas considérée comme telle[484].

Ainsi, l'inscription d'un État membre de l'UE sur la liste des ETNC de la France entraînerait pour lui un traitement différent avec des taxations plus fortes que les autres États. Ceci contreviendrait au principe de non-discrimination. Par exemple, le contribuable soumis à la retenue à la source sur ses revenus et plus-values de nature mobilière et immobilière selon l'article 244 *bis* A[485] ou 244 *bis* B[486] du CGI se verrait appliqué un taux de 50% si le contribuable est établi dans un ETNC au lieu de 33.33% ou 25% pour tous les contribuables domiciliés hors de France dans un État considéré comme coopératif.

---

[484] Pour une application concrète, v., A. CHARLET, « Le principe de non-discrimination appliqué aux OPCVM : le droit européen au secours des dividendes de source française », *Option Finance*, n°1108, 17 janvier 2011, p.34-36. L'auteur montre qu'avec l'article 238-0 A du CGI, il y a une discrimination qui s'est installée entre les OPCVM résidents et non-résidents. Il conclut en précisant que, concernant les OPCVM, la Commission européenne a jugé ces règles discriminatoires : voir le communiqué de la Commission européenne IP/10/300 du 18 mars 2010. D'après l'auteur, d'autres réclamations concernant d'autres retenues à la source pourraient être envisageables.

[485] L'article 244 *bis* A du CGI dispose que « Sous réserve des conventions internationales, les plus-values, telles que définies aux e bis et e ter du I de l'article 164 B, réalisées par les personnes et organismes mentionnés au 2 du I lors de la cession des biens ou droits mentionnés au 3 sont soumises à un prélèvement selon le taux fixé au deuxième alinéa du I de l'article 219. »

[486] L'article 244 *bis* B du CGI dispose que « Sous réserve des dispositions de l'article 244 *bis* A, les gains mentionnés à l'article 150-0-A résultant de la cession ou du rachat de droits sociaux mentionnés au f du I de l'article 164 B, réalisés par des personnes physiques qui ne sont pas domiciliées en France au sens de l'article 4 B ou par des personnes morales ou organismes quelle qu'en soit la forme, ayant leur siège social hors de France, sont déterminés et imposés selon les modalités prévues aux articles 150-0 A à 150-0 E lorsque les droits dans les bénéfices de la société détenus par le cédant ou l'actionnaire ou l'associé, avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants, ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années. Les gains mentionnés au premier alinéa sont imposés au taux forfaitaire de 50 %, par dérogation au taux prévu au 2 de l'article 200 A et, quel que soit le pourcentage de droits détenus dans les bénéfices de la société concernée, lorsqu'ils sont réalisés par des personnes ou organismes domiciliés, établis ou constitués hors de France dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A. »

138. – La liberté d'établissement – De plus, la présence ou non sur la liste des ETNC peut aboutir à restreindre la liberté d'établissement des personnes physiques ou des sociétés sur le territoire européen. L'article 49 du TFUE (ex-article 43 TCE) dispose que « *dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux.* » Effectivement, l'application de l'article 238-0 A du CGI aux États membres de l'UE aurait indéniablement un effet dissuasif sur les contribuables souhaitant s'établir dans un État européen s'il est considéré comme un ETNC. La liberté d'établissement s'en trouverait alors fortement limitée. Il est arrivé à la CJUE, à plusieurs reprises, de condamner des législations emportant restriction à la liberté d'établissement, bien que leur objectif ait été la lutte contre l'évasion fiscale[487].

À la lumière de ces deux principes d'effet direct, l'on comprend que même si la France avait voulu inclure les États membres de la CE, elle n'aurait pas pu le faire, sous peine de se heurter à la sanction de la CJUE.

2- L'examen par l'OCDE

139. – L'examen par les pairs sur la transparence et l'échange d'informations à des fins fiscales – Le deuxième critère d'identification d'un ETNC est que sa

[487] Pour d'autres exemples où la France a été condamnée par la CJCE, car elle a estimé que les moyens utilisés par le législateur pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, but légitime, étaient disproportionnés : CJCE, 21 septembre 1999, *Saint Gobain*, aff. C307/97 ; CJCE, 13 mars 2000, *Baars*, aff. 251/98, *RJF* 7/00, n°1036, point 28 ; CJCE, 27 novembre 2008, *SA Papillon*, aff. C418/07 : ici la CJCE a estimé que le régime français d'intégration fiscale dissuadait une société mère française d'acquérir une filiale dans un autre État membre, ce qui va à l'encontre de la liberté d'établissement ; C. DELERIS, « L'arrêt Papillon, une mise en conformité en demi-teinte de la loi française au principe de liberté d'établissement », *Option Finance*, supplément du n°1068, 15 mars 2010, p.1-2.

situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations a fait l'objet d'un examen par l'OCDE. Au plan des sources du droit, il s'agit ici d'« une petite révolution puisque figure désormais à l'article 238-0 A du CGI une référence directe à ce que certains désignent comme le "droit mou" de l'OCDE. »[488]

Sans entrer dans le détail de la procédure pour l'instant[489], l'examen par les pairs consiste en un examen effectué par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales.

L'objectif du Forum est de déterminer si le pays qui est examiné respecte les normes en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales telles qu'elles sont décrites dans l'article 26 du Modèle de convention fiscale OCDE de 2005 et dans le Modèle OCDE d'accord d'échange de renseignements en matière fiscale de 2002[490]. L'évaluation concerne tous les pays membres et non membres de l'OCDE, qui selon le Forum sont concernés par son travail ou lorsque le Forum a des craintes concernant l'application de la norme internationale[491].

140. – La valeur du rapport du Forum mondial – Le rapport n'a pas de valeur contraignante proprement dite. Le Forum mondial n'a ni les moyens ni la compétence pour contraindre les États par des sanctions à se conformer aux recommandations faites par les pairs.

Toutefois, le rapport est publié et rendu public sur Internet sur le site de l'OCDE à la vue de tous. L'OCDE prendra alors contre l'État récalcitrant les mesures qui s'imposent en faisant figurer le nom du pays sur sa liste noire ou grise des paradis fiscaux non coopératifs. Figurer sur ces listes a une valeur symbolique et nuit à la réputation du pays, mais cela n'empêche nullement les autres pays, les personnes physique ou morale de continuer à recourir au système fiscal et bancaire très avantageux de cet État. Accessible à tous, le rapport peut, cependant s'il rend compte d'un non-respect des normes internationales sur la transparence et l'échange de

---

[488] Cf. *infra* n°480-484 sur la *soft law* ; J. SAÏAC, « La nouvelle politique fiscale de la France à l'égard des paradis fiscaux », *Option finance*, n°1066, 1er mars 2010, p.24-25.

[489] Cf. *infra* n°400-403.

[490] Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Termes de références en vue de suivre et d'examiner les progrès vers la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales*, 2010, http://www.oecd.org/dataoecd/29/23/44839470.pdf.

[491] Sept pays sont concernés par les craintes du Forum : le Botswana, le Ghana, l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, la Jamaïque, le Liban, Qatar et Trinité et Tobago.

renseignements en matière fiscale, amener les autres États à rompre toutes relations avec lui ou à rendre plus difficile pour ses citoyens l'utilisation des institutions financières de cette juridiction en matière fiscale (contrôle plus approfondi et systématique des personnes ouvrant un compte dans cette juridiction ou des sommes en provenance ou en partance de cet État).

En l'élevant au rang de condition de la définition d'un ETNC, la France entend bien donner une valeur à l'examen du Forum et au rapport qui en découle. Les États ou territoires qui auront fait l'objet d'un tel rapport, dont les conclusions aboutiraient à reconnaître qu'ils ne respectent pas les standards en matière de transparence et d'échange de renseignements en matière fiscale, devraient alors figurer sur la liste française des États non coopératifs et être soumis à des règles fiscales plus contraignantes.

3- L'absence de conclusion de convention d'assistance administrative

141. – Les conventions d'assistance administrative – Le dernier élément constitutif d'un ETNC est l'absence de convention d'assistance administrative conclue avec la France ou avec au moins douze États.

Une convention d'assistance est un accord entre sujets de droit international par lequel deux États ou plus se mettent d'accord pour se porter aide et soutien. L'assistance mutuelle est le « mécanisme reposant sur la réciprocité d'engagements de soutien et de concours, contractés soit pour le cas d'agression, soit en cas de difficultés économiques[492] ». En l'espèce, la convention d'assistance porte sur des mesures administratives, la coopération et l'échange de renseignements en matière fiscale. Elle a pour objectif l'entraide entre États signataires pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

Depuis 1958, la France a conclu pas moins de cent vingt conventions fiscales bilatérales[493] en vue d'éviter les doubles impositions. Certaines d'entre elles

[492] Définition de l'assistance mutuelle : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *Op. Cit*.

[493] V., BOI-ANNX-000306-20151007, publié le 7 octobre 2015, Liste des conventions fiscales conclues par la France (en vigueur au 1er janvier 2015). La France a, à ce jour, signé plus de 120 conventions fiscales bilatérales, la plus ancienne est celle signée entre la France et le Luxembourg le 1 avril 1958,

comportent également une clause d'assistance au recouvrement, prévoyant que l'État requis doit recouvrer la créance fiscale dans les mêmes conditions et avec les mêmes moyens que s'il s'agissait d'une de ses propres créances. L'objectif de ces conventions est de favoriser la coopération entre les États. Avec ce nombre considérable de conventions et des partenaires tout aussi divers que variés (partenaires européens, américains, africains, arabes,…), la France s'est constituée un réseau très dense en matière de coopération fiscale.

De plus, en tant que membre fondateur de l'UE, elle est partie à plusieurs directives ou règlements européens en matière d'assistance mutuelle[494] à des fins fiscales, ce qui lui a ouvert encore d'autres possibilités et a permis de renforcer son réseau.

142. – Signer une convention avec un ETNC – Une question à ce stade de notre examen se pose : qu'en est-il de la conclusion d'accords avec des États qui ne rempliraient pas les conditions de transparence et d'échange de renseignements voulues par la France ? Par exemple, que dire des accords signés par les pays réputés comme non coopératifs entre eux. En pratique, cela revient à ce qu'un État, qui ne veut pas figurer sur la liste française des ETNC, mais qui n'entend pas réellement appliquer une politique de transparence en matière fiscale, signe les douze conventions d'assistance avec d'autres États qui lui seraient similaires, avec pour accord tacite de faire « bonne figure » sur la scène internationale. Ici apparaît une limite considérable à la liste française des ETNC et la signature de douze conventions est une porte de sortie bienheureuse pour les ETNC. Les îles Féroé, par exemple, ne figurent pas sur la liste française. En effet, elles ont pris soin de signer les douze conventions requises, sauf que la plupart de leurs partenaires sont des paradis fiscaux notoires[495]. Il s'agit là d'un exemple flagrant du manque de pertinence de la classification française, elles ont conclu pas moins de huit conventions avec des États figurant sur la liste des ETNC établie par la France et pourtant, elles n'y figurent pas.

---

puis celle avec l'Allemagne le 21 juillet 1959. La dernière a été conclue entre la France et la Chine le 26 novembre 2013.

[494] V., les directives CEE 77/799 du 19 décembre 1977 et CEE 79/1070 du 6 décembre 1979 et le règlement CEE 218/92 du 27 janvier 1992.

[495] Les Îles Féroé ont, entre autres, signé une convention d'assistance administrative avec le Costa Rica, le Lichtenstein, Monaco, Sainte Lucie, Saint Kitts-et-Nevis, les Bahamas, San Marin, les Îles vierges britanniques, les Îles Turques et Caïques, Belize ou encore Montserrat.

Les pays qui sont recensés par la France comme étant des ETNC[496] sont des États qui n'accordent aucune importance à cette liste de portée nationale et dont les relations commerciales et économiques avec des français sont très limitées, d'où l'inutilité pour eux de se plier à l'exercice de la signature des douze conventions. Un autre exemple très récent : le Panama. Ce pays ne figurait plus sur la liste des ETNC depuis le 1er janvier 2012[497] et pourtant le scandale des Panama papers est la preuve criante de son absence totale de coopération. La France a ensuite modifié sa liste des ETNC en dehors de la procédure habituelle par arrêté du 8 avril 2016[498] pour y inclure le Panama.

La notion d'ETNC a engendré des conséquences quant à la définition même du régime fiscal privilégié. Par ailleurs, le fait que l'absence de coopération soit devenue le critère principal du paradis fiscal a pour corollaire l'établissement d'un classement des États, ce qui représente la principale portée de l'article 238-0 A du CGI, et un accroissement des sanctions.

§2 La portée de l'introduction de la notion d'ETNC en droit français

143. – L'article 238-0 A du CGI a eu diverses conséquences **(A)**. Des critiques et contestations se sont élevées **(B)**.

---

[496] Arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du code général des impôts, JORF n°0040 du 17 février 2010, page 2923, texte n° 11. La liste de 2010 comprend Anguilla, le Guatemala, Niue, Belize, les Îles Cook, le Panama, Brunei, les Îles Marshall, Philippines, Costa Rica, Liberia, Dominique, Montserrat, Sainte-Lucie, Grenade, Nauru, Saint-Vincent et les Grenadines.

[497] Arrêté du 4 avril 2012 pris en application du 2 de l'article 238-0 A du Code général des impôts, JORF n°0087 du 12 avril 2012, page 6731, texte n°21. La liste de 2012 se compose du Botswana, du Guatemala, de Montserrat, Niue, Brunei, des Îles Marshall, Nauru et des Philippines.

[498] Arrêté du 8 avril 2016 modifiant l'arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du Code général des impôts, publié au JORF n°0085 du 10 avril 2016, texte n°4.

A) Les conséquences de l'article 238-0 A du Code général des impôts

144. – La première conséquence concrète de l'article 238-0 A du CGI[499] est l'établissement d'une liste française des États et territoires non coopératifs **(1)**. L'objectif de cette action est de maintenir une pression sur les juridictions non coopératives en les nommant expressément mais plus encore, en mettant en place des mesures dissuadant de traiter avec elles **(2)**.

1- L'établissement d'une liste modifiable des ETNC

145. – Une liste attendue – Les députés, auteurs du rapport d'information sur les paradis fiscaux du 10 septembre 2009, affirmaient qu' *« en tout état de cause, aucune amélioration ne sera possible tant que la France ne disposera pas de sa propre liste de*

[499] L'alinéa 2 de l'article 238-0 A du CGI prévoit que « 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 1er janvier 2011, la liste mentionnée au 1 est mise à jour, au 1er 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 1er janvier de l'année précédente, la conclusion d'une telle convention ; 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 1er 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'Organisation de coopération et de développement économiques 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 pas à ceux qui sont ajoutés à cette liste au 1er janvier d'une année, en application du 2, qu'au 1er janvier de l'année suivante. Elles cessent immédiatement de s'appliquer à ceux qui sont retirés de la liste.»

territoires non coopératifs [500]». En décidant de mettre en place cette liste, la France continue d'être très active et *« à la pointe de ce combat contre les "territoires non coopératifs"* [501]».

À l'image des listes de l'OCDE[502], avec son nouvel article 238-0 A du CGI, le droit français se dote, à son tour, d'une liste récapitulant les noms des juridictions que la France, d'après les critères évoqués ci-dessus, considère comme des États et territoires non coopératifs. La première liste a été publiée le 1er janvier 2010 et contenait dix-huit États[503] : Anguilla, Belize, Brunei, Costa Rica, Dominique, Grenade, Guatemala, Iles Cook, Iles Marshall, Libéria, Montserrat, Nauru, Niue, Panama, Philippines, Saint Kitts-et-Nevis, Sainte Lucie, Saint Vincent et les Grenadines. L'énumération française est beaucoup plus étoffée que son pendant de l'OCDE qui n'en comprend que neuf sur liste grise[504] et aucun sur liste noire.

146. – La procédure d'établissement de la liste – La liste française des ETNC est fixée par arrêté du ministre de l'Économie et du Budget après avis du ministre des Affaires étrangères. Le ministère de l'Économie procède en deux temps. Il établit tout d'abord une liste des États et territoires remplissant les critères énumérés à l'article 238-0 A, §1, al.1 du CGI, puis demande son avis au ministère des Affaires étrangères. D'après le libellé de l'article 238-0 A, si l'avis du ministre des Affaires étrangères doit être demandé, il ne semble pas lier le ministère de l'Économie. Il ne s'agirait donc pas *a priori* d'un avis conforme. Le ministère de l'Économie a la possibilité de ne pas le suivre. Néanmoins, cette saisine est logique étant donné que, même si la matière fiscale est en cause, l'article touche également aux relations diplomatiques entre différents États. Il ne s'agit pas seulement d'une question de droit interne, mais

---

[500] D. MIGAUD (président) et G. CARREZ (rapporteur général), Rapport d'information sur les paradis fiscaux présenté à l'Assemblée nationale le 10 septembre 2009 par la Commission des Finances, de l'Économie générale et du Contrôle budgétaire, p.99.

[501] H. FONTANA, « Une exigence de transparence fiscale de plus en plus affirmée », *Rev. Fiscalité européenne et Droit international des affaires*, n°159, 40ème année, octobre 2009, p.3-11.

[502] L'OCDE a mis en place un système des trois listes : la liste blanche comprend les juridictions qui se conforment de façon substantielle aux règles de transparence et d'échange de renseignements en matière fiscale, la liste grise recense celles qui ont pris l'engagement de s'y conformer, mais qui ne les appliquent pas encore et la liste noire, vide aujourd'hui, contient les États non coopératifs.

[503] Arrêté du 12 février 2010, *Op. Cit.*

[504] Les juridictions figurant sur la liste grise de l'OCDE sont le Costa Rica, Niue, le Panama, le Guatemala, le Libéria, Montserrat, Nauru, l'Uruguay et le Vanuatu.

également de relations internationales, compétence du ministère des Affaires étrangères.

Chaque année, selon l'article 238-0 A §2 du CGI, la liste est mise à jour et révisée par arrêté du ministre de l'Économie et du Budget après avis du ministre des Affaires étrangères. La possibilité de modifier cette liste est un « *gage de pertinence* [505]», car cela lui permet d'évoluer selon les efforts faits ou non par les États et donc d'être au plus proche de la réalité. C'est ici l'attitude des États à l'égard de la France qui sera le principal moteur du remaniement de la liste nationale. Ainsi, les États peuvent être retirés de la liste ou, au contraire, ajoutés. La dernière mise à jour date d'un arrêté du 8 avril 2016, juste après le scandale des *Panama papers*. La dernière liste française des ETNC comprend le Botswana, Nauru, Brunei, Niue, le Guatemala, les Îles Marshall et la Panama. Les Bermudes et Jersey ont été retirés, malgré les réserves que peut susciter leur volonté de coopérer efficacement en matière fiscale. D'ailleurs, ce retrait a été dénoncé par une partie de la classe politique française[506], car les travaux de l'OCDE n'ont pas permis à ces deux pays d'obtenir une notation suffisante justifiant ce retrait[507]. Jersey s'est engagé à débuter les échanges en 2017. Or la France le retire de la liste dès 2014[508]. Cela signifie que dix pays sont sortis de la liste française des ETNC en à peine quatre ans d'existence. Des États ayant conclu une convention d'assistance administrative avec la France ou n'en ayant pas conclue, mais étant considérés par le Forum mondial sur la transparence et l'échange d'informations en matière fiscale comme procédant à tous les échanges nécessaires, sont retirés de la liste des ETNC. La suppression intervient immédiatement et les dispositions de l'article 238-0 A du CGI cessent sans délai d'avoir effet à l'égard de l'État. Sainte Lucie et Saint Kitts-et-Nevis ne sont plus considérés comme des ETNC depuis le 1er janvier 2011 grâce à l'effet rétroactif du retrait.

---

[505] M.-P. PRAT et C. JANVIER, *Petit dictionnaire de la fraude fiscale*, Dalloz, 2011, p.55.

[506] Le 19 janvier 2014, É. GUIGOU, présidente de la commission des affaires étrangères, et Ch. ECKERT, rapporteur général de la commission des finances de l'Assemblée nationale ont dénoncé ce retrait dans un communiqué commun.

[507] Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Transparence fiscale 2014 - Rapport de progrès*, OCDE 2014, http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurlatransparenceetlechangederenseignementsadesfinsfiscales/rapportannuel-FM-2014.pdf (visité en novembre 2015).

[508] *Ibid.*, p. 38.

Arrêté du 17 janvier 2014 modifiant l'arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du Code général des impôts, JORF n°0016 du 19 janvier 2014, page 1023, texte n°4.

Concernant les États qui sont ajoutés à la liste des ETNC, il peut s'agir soit d'États qui ont effectivement signé une convention avec la France, mais dont la mise en œuvre n'a pas permis un échange de renseignements conforme à la législation française, soit d'États qui n'ont pas signé de conventions, ou lequel Forum mondial estime qu'ils ne respectent pas la transparence et l'échange d'informations. L'ajout sur la liste des ETNC ne se fait que le 1er janvier de chaque année, décalage qui ne sert pas la pertinence de cette liste interne. La justification à ce retard vient de la volonté de laisser l'opportunité à « *l'État potentiellement concerné de s'organiser pour permettre un échange de renseignements sans restriction avec la France* »[509] ou pour tout simplement donner le temps « *aux acteurs économiques de se retirer de ces États*[510] ».

La France fait évoluer sa liste selon deux critères : l'existence d'une convention d'assistance administrative entre elle et un autre État ou l'appréciation du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements en matière fiscale. Elle s'aligne, de ce fait, à la fois sur un point de vue strictement français et un point de vue internationaliste sur les considérations du Forum mondial.

Cette liste ne serait qu'une coquille vide si des sanctions n'y avaient pas été attachées. Figurer sur la liste française des ETNC a pour conséquence l'application d'un traitement fiscal particulier.

2- Des conséquences fiscales drastiques

147. – Par l'introduction de la notion d'ETNC, « *le législateur a réservé un traitement fiscal spécifique aux transactions financières effectuées par des personnes physiques ou morales situées dans des ETNC* »[511]. Désormais, chaque article du CGI qui impose les activités dans les États hors de France réserve un traitement différent et plus rigoureux si ces activités concernent un ETNC[512]. Nous pouvons distinguer plusieurs mesures de rétorsions : l'encadrement des charges déductibles prévu à l'article 238 A

---

[509] Instr. n°14 A-5-12 du 27 avril 2012 relative aux mesures de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales – États et territoires non coopératifs, publié au BOI n°53 du 10 mai 2012, point 15.

[510] *Ibid*.

[511] O. ROUMÉLIAN, « États et territoires non coopératifs : notion et régime fiscal » : art. prec., p.11.

[512] S. GELIN et F. BONNET, « La France promet l'enfer aux paradis fiscaux récalcitrants », *Option finance*, n°1053, 23 novembre 2009, p.24-25.

du CGI[513] **(a)**, le renforcement des articles 209 B et 123 bis du CGI **(b)**, la hausse de la retenue à la source **(c)**, une nouvelle obligation formelle **(d)**, l'imposition des plus-values de cessions de titres de sociétés implantées dans un ETNC **(e)**, l'exclusion du régime des sociétés-mères **(f)**.

a) Un encadrement plus strict de la déductibilité des charges

148. – Les paiements dans un ETNC – Il s'agit de la première modification de l'article 238 A suite à l'introduction de la notion d'ETNC. Le nouvel alinéa 3 reprend la même rédaction, mais vise de surcroît les paiements dans un ETNC au sens de l'article 238-0 A. Les mêmes conditions concernant les personnes établies ou établies en France et les charges déductibles sont reprises. Le législateur prévoit une issue de secours pour le contribuable, mais celle-ci se révèle moins facilement praticable. Outre, la preuve du caractère réel et normal des opérations, le débiteur devra également démontrer que l'établissement ou la constitution de l'entité étrangère qu'il contrôle n'a pas eu pour but principal de localiser ces dépenses dans un ETNC et d'échapper à l'impôt en France. La preuve de l'objet et de l'effet non exclusivement fiscal peut se faire par tout moyen et est examinée au cas par cas. Le contribuable pourra produire tous les éléments matériels et quantitatifs nécessaires, comme la localisation du personnel, l'existence de bureaux de vente locale ou l'exploitation d'une activité économique réelle. La preuve de l'absence de tout élément intentionnel de la localisation dans un tel État est également importante. L'administration, au vu de ces éléments, estime ou non que l'implantation des locaux dans un ETNC relève d'autres avantages que ceux principalement fiscaux (savoir-faire, présence d'un marché…)

[513] Ce dispositif de déductibilité est prévu à l'article 238 A du CGI qui pose le principe suivant : « Les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services, payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un État étranger ou un territoire situé hors de France et y sont soumises à un régime fiscal privilégié, ne sont admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré. »

149. – Une nouvelle hypothèse – Le quatrième alinéa de l'article 238 A a fait l'objet d'une modification à la marge, afin de le mettre en cohérence avec l'insertion de l'alinéa 3. L'hypothèse des charges constituées de versements effectués sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un ETNC est désormais prévue.

b) Le renforcement des articles 209 B et 123 bis du CGI

150. – L'article 209 B du CGI – Comme nous l'avons envisagé précédemment[514], afin d'éviter les doubles impositions, la personne morale établie en France a la faculté d'imputer sur son impôt dû dans l'Hexagone toutes les sommes qu'elle a déjà payées à l'étranger pour ces mêmes revenus. Or une condition supplémentaire à l'imputation sur l'IS a été introduite au 5 du I de l'article 209 B, suite à l'admission de la notion d'ETNC en droit français.

Le législateur confirme la première condition, qui prévoit que l'imputation n'est possible que si l'on est en présence de revenus venant de France ou d'un État lié à la France par une convention d'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur les revenus, et modifie la nécessité pour la convention de contenir une clause d'assistance administrative par l'exigence que les sommes ne doivent pas provenir d'un État considéré comme un ETNC au sens de l'article 238-0 A du CGI. L'obligation pour la convention de contenir « *une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales* » a été supprimée, car elle se trouve désormais comprise dans la nouvelle formulation. En effet, une juridiction est ou devient coopérative dès qu'elle signe avec la France une convention d'assistance administrative. Conformément à ce que prévoit l'article 238-0 A, les États et territoires considérés comme non coopératifs par la France figurent dans une liste établie par décret et remise à jour chaque année.

L'autorisation d'imputation sur l'impôt devient alors plus difficile à obtenir pour deux raisons. Tout d'abord, ce n'est plus une mais deux conditions que les entreprises doivent désormais remplir. Ensuite cette imputation sera subordonnée à une liste remise à jour chaque année et donc fluctuante. Cela risque d'entraîner pour les entreprises une situation d'incertitude, un pays pourra une année N remplir les conditions, mais plus en année N+1, à la suite de la décision du ministre de

[514] Cf. *supra* n°109-112 et 115-116.

l'Économie. L'autre difficulté est que les deux conditions, par la présence de la conjonction « et » sont cumulatives et il conviendra que les revenus proviennent à la fois d'un État ayant signé une convention d'élimination des doubles impositions et d'un État coopératif. Le système apparaît beaucoup plus contraignant. Néanmoins, il convient de relativiser cette nouvelle condition, car en pratique il n'existe qu'un seul État, les Philippines, qui bien qu'elles aient signé une convention d'élimination de doubles impositions avec la France, sont considérées comme non coopératives[515].

La loi de finances rectificative pour 2009 prévoit également la mise en place d'une dérogation à la clause de sauvegarde prévue au III. Dans le III bis, le législateur exclut la possibilité de se prévaloir de la clause de sauvegarde quand l'entité est établie ou constituée dans un ETNC au sens de l'article 238-0 A. Cependant, il prévoit deux situations dans lesquelles elle continuera à s'appliquer. En premier lieu, le dispositif de l'article 209 B reste d'actualité si les revenus ou bénéfices de l'entité étrangère sont issus d'une « activité industrielle et commerciale effective exercée sur le territoire de l'État de son établissement ou de son siège » et justifie que ces bénéfices ne sont pas supérieurs à 20% des opérations sur actifs financiers et incorporels et 50% de ces opérations et de la fourniture de prestations de services. En second lieu, il est écarté si la personne morale en France remplit les conditions ci-dessus et rapporte la preuve qu'elle n'a pas entendu localiser ses bénéfices dans un ETNC dans l'optique de profiter d'un régime fiscal avantageux. Les limites posées à cette dérogation sont strictes. La volonté du législateur d'éviter l'exonération automatique des revenus provenant d'un ETNC est très claire.

151. – L'article 123 *bis* du CGI – Au préalable, il importe de préciser que les modifications apportées à l'article 123 *bis* l'ont surtout été afin d'assurer sa conformité avec le droit communautaire. Effectivement, de vifs débats ont eu lieu à propos de l'incompatibilité de cette disposition avec les libertés fondamentales de circulation et d'établissement au sein de l'Union européenne. Beaucoup de débats ont été suscités par cet article et certains arguaient, de la même manière que pour l'article 209 B, qu'il était en contradiction avec la liberté de circulation et

[515] Les Philippines ont signé une convention d'assistance administrative avec la France le 9 janvier 1976 et un avenant à cette convention a été conclu le 26 juin 1995, or cette convention ne s'applique pas aux entités ne possédant pas la personnalité morale, elles ne peuvent donc pas bénéficier d'une exonération sur le fondement de l'existence de la clause d'assistance administrative.

d'établissement prévue par le Traité instituant la Communauté européenne[516]. Concernant les apports de la loi de 2009, ils sont au nombre de trois.

Le premier apport concerne la modification du 3° al. 2 de l'article. Le législateur a étendu l'imposition forfaitaire aux ETNC. Désormais, l'imposition forfaitaire sera applicable automatiquement aux revenus provenant d'États n'ayant pas conclu avec la France de convention d'assistance administrative ou d'ETNC. Il ne s'agit pas d'une condition cumulative, ce qui rendrait la mise en œuvre de cette imposition plus difficile, mais bien d'une alternative. Si un État a signé une telle convention avec la France, mais qu'il figure sur la liste des ETNC, à rebours de l'ancienne rédaction de l'article 123 *bis*, les revenus seront soumis à une imposition forfaitaire. On est donc bien dans le cadre d'une extension de la base minimale d'imposition forfaitaire à d'autres États. Si cette nouveauté semble tout à fait légitime, son application n'en restera pas moins marginale. Effectivement, si généralement les ETNC n'ont pas conclu avec la France de convention d'assistance administrative, ils sont de toute façon entrés dans le champ d'application du 3° al. 2. La seule exception est les Philippines comme cela a été souligné lors de l'étude de l'article 209 B.

Le deuxième apport qui lui permet de s'aligner totalement sur le II de l'article 209 B est l'introduction d'une clause de sauvegarde au 4° *bis*. Elle prévoit la non-imposition des revenus qui viendraient d'une entité étrangère établie dans l'Union européenne et dont l'exploitation ou la détention des participations ne relèveraient pas de montages artificiels[517] dont l'objectif principal serait de contourner la législation fiscale française.

Le dernier apport de la loi est l'insertion d'un 4° *ter* qui met en place une présomption de détention minimale de 10% quand les biens ou droits de la personne physique sont transférés à une entité juridique située dans un ETNC. Cela résout les éventuelles difficultés de preuve du lien de détention qu'il peut y avoir avec les ETNC, qui par essence ne coopèrent pas et ne donnent pas d'informations relatives à

---

[516] V., en l'espèce, M.-Ch. BERGERES, « L'article 123 bis du CGI à la lumière des principes posés par l'arrêt Schneider », *Lamy* ; M. JAZANI, « Lutte contre l'évasion fiscale, le nouvel article 123 bis du CGI est-il compatible avec le droit communautaire ? », *BF 1999*, p.511 ; « l'article 123 bis du CGI à la lumière des principes posés par l'arrêt Schneider », *Droit et Patrimoine 2003*, n°115, mai 2003.

[517] La notion de montage artificiel s'apprécie de la même manière que dans le cadre de l'article 209 B, au regard de critères objectifs comme la réalité de l'implantation ou l'exercice d'une activité économique.

des entités situées sur leur territoire. Ainsi, l'administration fiscale sera en droit de redresser une personne sur la totalité des bénéfices ou revenus positifs de l'entité étrangère dès lors que celle-ci est située dans un ETNC. S'agissant d'une présomption, la preuve de l'existence d'une détention minimale de 10% n'a pas à être rapportée, mais le contribuable pourra établir, dans le cadre d'un débat oral et contradictoire, le pourcentage réel qu'il détient. Il sera alors imposé à hauteur de ce pourcentage.

La nouvelle loi permet, par le biais de l'article 209 B du CGI, d'imposer en France les bénéfices ou revenus qui ont été réalisés dans un ETNC par des entreprises ou entités exploitées ou contrôlées par des personnes établies en France et cette imposition peut être déduite de l'impôt sur les sociétés payé en France. Cette imputation n'est réalisable que s'il existe une convention fiscale d'élimination des doubles impositions entre la France et, depuis l'introduction de l'article 238-0 A, si le pays en cause et si l'État d'où viennent les revenus n'est pas un ETNC. L'article 123 bis admet également cette imposition lorsque plus de 10% du capital ou des droits de l'entreprise sont détenus par une personne physique domiciliée en France. La condition de détention de 10% est présumée remplie si l'entité est située dans un ETNC.

c) La hausse de la retenue à la source

152. – Les profits immobiliers réalisés par des marchands de biens, des intermédiaires pour le négoce et des lotisseurs résidant dans un ETNC – L'article 244 *bis* du CGI[518] prévoit que les profits relevant de l'article 35 du CGI font l'objet

[518] Article 244 *bis* du CGI : « Les profits mentionnés à l'article 35 donnent lieu à la perception d'un prélèvement de 33, 1 / 3 % lorsqu'ils sont réalisés par des contribuables ou par des sociétés, quelle qu'en soit la forme, qui n'ont pas d'établissement en France. Par dérogation, le taux est porté à 50 % lorsque les profits sont réalisés par ces mêmes contribuables ou sociétés lorsqu'ils sont domiciliés, établis ou constitués hors de France dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A. Ce prélèvement est opéré au service des impôts dans les conditions et délais prévus à l'article 244 quater A. Il est à la charge exclusive du cédant ; il est établi et recouvré suivant les mêmes règles, sous les mêmes garanties et sous les mêmes sanctions que les droits d'enregistrement (1). Il libère les contribuables fiscalement domiciliés hors de France au sens de l'article 4 B de l'impôt sur le revenu dû en raison des sommes qui ont supporté ce prélèvement. Il s'impute sur le montant de l'impôt sur les

d'un prélèvement de 33,33% quand le contribuable ou la société qui les réalise n'a pas d'établissement en France. Ce prélèvement est à la charge exclusive du cédant. Le recouvrement est effectué par le service des impôts compétent selon les mêmes règles que les droits d'enregistrement[519]. Il est prévu un mécanisme de restitution dans les cas où la fraction payée est plus importante que l'impôt sur les sociétés dû par le cédant. Néanmoins, ce mécanisme n'est applicable que si le cédant est domicilié ou établi dans l'UE ou dans un État ayant conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative.

Cette disposition, modifiée par la loi de finances rectificative pour 2009 sur deux aspects, est applicable depuis le 1er janvier 2010. Tout d'abord, le taux du prélèvement est relevé à 50% au lieu de 33,33% dans les cas où le contribuable ou la société qui réalise les bénéfices est situé dans un ETNC. Puis, le droit à restitution est exclu. Pour que ce droit soit applicable, le cédant doit résider dans un État membre de l'UE ou dans un État ayant conclu une convention fiscale avec la France. Or l'article précise désormais que cela ne concerne que les États « n'étant pas (…) non coopératifs au sens de l'article 238-0 A ».

153. – Les plus-values immobilières réalisées par un résident d'un ETNC – D'après l'article 244 *bis* A du CGI[520], les plus-values immobilières de source française,

---

sociétés dû par le cédant au titre de l'année de réalisation des profits. Pour les personnes morales et organismes résidents d'un État de l'Union européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en matière d'échange de renseignements et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et n'étant pas non coopératif au sens de l'article 238-0 A, l'excédent du prélèvement sur l'impôt dû est restitué. Pour l'application de ces dispositions les donations entre vifs ne sont pas opposables à l'administration. »

[519] Sur le recouvrement des droits d'enregistrement, V., J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, *Op. Cit*., p.1101-1103 ; J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU, *Droit fiscal général*, *Op. Cit*., p.493 et s.

[520] Article 244 *bis* A du CGI : « I.-1. Sous réserve des conventions internationales, les plus-values, telles que définies aux e bis et e ter du I de l'article 164 B, réalisées par les personnes et organismes mentionnés au 2 du I lors de la cession des biens ou droits mentionnés au 3 sont soumises à un prélèvement selon le taux fixé au deuxième alinéa du I de l'article 219. Cette disposition n'est pas applicable aux cessions d'immeubles réalisées par des personnes physiques ou morales ou des organismes mentionnés au premier alinéa, qui exploitent en France une entreprise industrielle, commerciale ou agricole ou y exercent une profession non commerciale à laquelle ces immeubles sont affectés. Les immeubles doivent être inscrits, selon le cas, au bilan ou au tableau des immobilisations établis pour la détermination du résultat imposable de cette entreprise ou de cette profession. Les organisations internationales, les États étrangers, les banques centrales et les institutions financières

mais réalisées par une personne ou une société ne résidant pas en France sont soumises à un prélèvement de 33,33%. En revanche, les personnes physiques ou morales domiciliées dans un État membre de l'UE ou dans un État ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative sont imposées à un taux de 16%.

La présente disposition prévoit deux aménagements pour la détermination du prélèvement. Le premier concerne les règles d'assiette. En principe, les modalités d'imposition sont déterminées par les articles 150 U, 150 UB et 150 V à 150 VD du CGI, qui prévoient que l'assiette du prélèvement dû par les personnes morales imposées à l'IS est constituée de la différence entre le prix de cession du bien et le prix d'acquisition, diminuée de 2% par année entière de détention pour les immeubles bâtis. Cependant, et par dérogation, les personnes qui résident dans un État membre de l'UE ou dans un pays ayant signé avec la France une convention

---

publiques de ces États sont exonérés de ce prélèvement dans les conditions prévues à l'article 131 *sexies*. Par dérogation au premier alinéa, les personnes physiques, les associés personnes physiques de sociétés ou groupements dont les bénéfices sont imposés au nom des associés et les porteurs de parts, personnes physiques, de fonds de placement immobilier mentionnés à l'article 239 *nonies*, résidents d'un État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, sont soumis au prélèvement selon le taux fixé au premier alinéa de l'article 200 B. Par dérogation aux premier et présent alinéas, le taux est porté à 50 % lorsque les plus-values sont réalisées par ces mêmes personnes ou organismes lorsqu'ils sont domiciliés, établis ou constitués hors de France dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A. (…) Par dérogation au premier alinéa du I et au premier alinéa du présent III, le prélèvement dû par des personnes morales résidentes d'un État membre de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et n'étant pas non coopératif au sens de l'article 238-0 A est déterminé selon les règles d'assiette et de taux prévues en matière d'impôt sur les sociétés dans les mêmes conditions que celles applicables à la date de la cession aux personnes morales résidentes de France. IV.- L'impôt dû en application du présent article est acquitté lors de l'enregistrement de l'acte ou, à défaut d'enregistrement, dans le mois suivant la cession, sous la responsabilité d'un représentant désigné comme en matière de taxes sur le chiffre d'affaires. (…) V.- Le prélèvement mentionné au I est libératoire de l'impôt sur le revenu dû en raison des sommes qui ont supporté celui-ci. Il s'impute, le cas échéant, sur le montant de l'impôt sur les sociétés dû par le contribuable à raison de cette plus-value au titre de l'année de sa réalisation. S'il excède l'impôt dû, l'excédent est restitué aux personnes morales résidentes d'un État de l'Union européenne ou d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en matière d'échange de renseignements et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et n'étant pas non coopératif au sens de l'article 238-0 A. »

fiscale sont soumises aux règles d'assiette et au taux prévus en matière d'IS dans les mêmes conditions que celles applicables aux personnes morales résidant en France à la date de cession. Le second aménagement est la possibilité d'obtenir la restitution de la fraction qui excède l'IS dû par le cédant. La restitution n'est ouverte qu'aux personnes morales établies dans un État membre de l'UE ou d'un État ayant conclu avec la France une convention fiscale.

Avec l'introduction de la notion d'ETNC, l'article 244 *bis* A du CGI a été modifié sur trois points. Tout d'abord, le taux du prélèvement de 33,33% ou 16% est majoré à 50% dès lors que la personne réside dans un ETNC. Puis, concernant, les règles de détermination de l'assiette du prélèvement, l'application des modalités pour les personnes morales résidant en France ne peut se faire qu'en présence d'un État membre de l'UE ou d'un État ayant signé avec la France une convention fiscale et n'étant pas considéré comme non coopératif au sens de l'article 238-0 A du CGI. Enfin, cette même condition est ajoutée à la restitution. L'excédent ne pourra être restitué que si l'on n'est pas en présence d'un ETNC, quand bien même celui-ci aurait conclu une convention avec la France.

154. – Les plus-values mobilières réalisées par un résident d'un ETNC – L'article 244 *bis* B du CGI[521] met en place le même principe du prélèvement, mais sur les plus-values mobilières. Il s'agit, en l'espèce, des gains réalisés lors de la cession ou du rachat de droits sociaux d'une société soumise à l'IS et ayant son siège en France. Ces plus-values sont, en principe, imposées au taux de 16%, plus 10% de

[521] Article 244 *bis* B du CGI : « Sous réserve des dispositions de l'article 244 *bis* A, les gains mentionnés à l'article 150-0 A résultant de la cession ou du rachat de droits sociaux mentionnés au f du I de l'article 164 B, réalisés par des personnes physiques qui ne sont pas domiciliées en France au sens de l'article 4 B ou par des personnes morales ou organismes quelle qu'en soit la forme, ayant leur siège social hors de France, sont déterminés et imposés selon les modalités prévues aux articles 150-0 A à 150-0 E lorsque les droits dans les bénéfices de la société détenus par le cédant ou l'actionnaire ou l'associé, avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants, ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années. Les gains mentionnés au premier alinéa sont imposés au taux forfaitaire de 50 %, par dérogation au taux prévu au 2 de l'article 200 A et, quel que soit le pourcentage de droits détenus dans les bénéfices de la société concernée, lorsqu'ils sont réalisés par des personnes ou organismes domiciliés, établis ou constitués hors de France dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A. L'impôt est acquitté dans les conditions fixées au IV de l'article 244 *bis* A. Les organisations internationales, les États étrangers, les banques centrales et les institutions financières publiques de ces États sont exonérés lorsque les cessions se rapportent à des titres remplissant les conditions prévues à l'article 131 *sexies*. »

prélèvements sociaux, soit un total de 26%. Les personnes physiques ou morales, quel que soit leur forme, qui ne sont pas résidentes en France, sont concernées par le prélèvement. Elles seront imposées selon les modalités à l'impôt sur le revenu conformément à ce qui est prévu par les articles 155-0 A à 155-0 E du CGI. Il convient, également, que les droits dans les bénéfices en question détenus par le cédant, l'actionnaire, l'associé, avec son conjoint, leurs ascendants et descendants aient été, à un moment au cours des cinq dernières années, supérieurs à 25% de ces bénéfices.

À compter du 1er mars 2010, les plus-values mobilières réalisées par des résidents d'un ETNC sont taxées au taux majoré de 50%.

155. – La retenue à la source sur les produits de placements à revenu fixe payés hors de France – Le principe de l'article 125 A du CGI[522] est la possibilité pour le débiteur, c'est-à-dire l'émetteur du titre de créance, d'opter pour le prélèvement libératoire en lieu et place de l'imposition de droit commun. Le prélèvement s'effectue sur les produits de placements à revenu fixe à la condition que le débiteur soit établi en France alors que le créancier est résident étranger, soit dans un État membre, soit dans un État ayant conclu une convention fiscale avec la France. L'option a été mise en place par l'article 30 de la loi de finances rectificative pour

[522] L'article 125 A du CGI prévoit que « I. Sous réserve des dispositions du 1 de l'article 119 *bis* et de l'article 125 B, les personnes physiques qui bénéficient d'intérêts, arrérages et produits de toute nature de fonds d'État, obligations, titres participatifs, bons et autres titres de créances, dépôts, cautionnements et comptes courants, peuvent opter pour leur assujettissement à un prélèvement qui libère les revenus auxquels il s'applique de l'impôt sur le revenu, lorsque la personne qui assure le paiement de ces revenus est établie en France, qu'il s'agisse ou non du débiteur, ce dernier étant établi dans un État membre de l'Union européenne, ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. (…) II. Pour les catégories de placements définies par arrêté du ministre de l'Économie et des Finances, le débiteur peut offrir au public des placements dont les produits sont, dans tous les cas, soumis au prélèvement libératoire sauf, si le créancier est une personne physique, option expresse de sa part pour l'imposition de droit commun. (…) III. Le prélèvement est obligatoirement applicable aux revenus et produits mentionnés aux I et II, dont le débiteur est établi ou domicilié en France et qui sont payés hors de France, dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A, sauf si le débiteur démontre que les opérations auxquelles correspondent ces revenus et produits ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces revenus et produits dans un État ou territoire non coopératif. (…) »

2005[523] et est entrée en vigueur le 1er janvier 2006. Le taux du prélèvement varie selon les produits et la période en cause. Il est, à titre d'exemple, de 24% pour les produits d'obligations négociables et de titres participatifs ou de 38% pour les produits de placements, autres que les bons et titres, courus du 1er janvier 1980 au 31 décembre 1982 inclus.

Afin d'éclairer notre propos, il convient de revenir sur certaines notions. Tout d'abord, l'administration fiscale a, dans un rescrit de 2010, précisé le terme de « *paiement hors de France dans un ETNC* ». Elle explique que ce dernier « s'entend du paiement des revenus et produits par un établissement payeur français au sens de l'article 75 de l'annexe II au CGI (le dernier établissement payeur français en cas de chaîne de paiement en France) sur un compte ouvert dans les livres d'un établissement situé dans un ETNC ou, en l'absence d'une inscription en compte, à une personne domiciliée ou établie dans un tel État ou territoire »[524]. Il peut s'agir d'une inscription en compte ou d'un paiement par chèques, espèces ou par tout autre moyen.

Deux exceptions sont prévues. La première concerne les catégories de placements définies par arrêté du ministre de l'Économie et des Finances. Dans ce cas, le prélèvement est obligatoire, sauf option expresse du créancier, personne physique, pour une imposition à l'IR. La seconde exception a été introduite par la loi de finances rectificative pour 2009. En effet, non seulement le prélèvement devient obligatoire, mais le taux est majoré à 50%, dès lors que les revenus et produits des placements à revenu fixe sont payés par un débiteur établi en France, mais que le paiement s'effectue dans un ETNC. Concrètement, le débiteur X est domicilié en France et doit verser au créancier Y les produits correspondant à ses placements, or Y est domicilié dans un ETNC ou désire que la somme lui soit versée dans une banque établie dans un ETNC. Dans ce cas, X n'a pas d'autre choix que d'opter pour le prélèvement forfaitaire de 50%, quel que soit le type de produit. Cependant, une clause de sauvegarde fait, également, son apparition dans l'article 125 A du CGI. Le

---

[523] Loi de finances rectificative pour 2005, n°2005-1720 du 30 décembre 2005, publiée au JORF n°304 le 31 décembre 2005, p. 20654, texte n°2.

[524] Res n° 2010/11 (FP et FE) du 22 février 2010. Il était demandé à l'administration de se prononcer sur les conditions d'application des dispositions du III de l'article 125 A et de l'article 131 quater du CGI depuis les modifications apportées par la loi de finances rectificative pour 2009 concernant les emprunts contractés par une entité domiciliée ou établie en France, notamment sous forme de titres de créances.

taux majoré peut être écarté si le débiteur démontre que même si les opérations sont localisées dans un ETNC, elles ont un objet principalement autre que fiscal et qu'il n'était pas dans l'intention du contribuable de pas se soustraire à une imposition en France. Il existe trois types de titres qui bénéficient automatiquement de la clause de sauvegarde : les titres offerts dans le cadre d'une offre au public de titres financiers au sens de l'article L. 411-11 du CMF ou d'une offre équivalente réalisée dans un État qui n'est pas non coopératif, les titres admis aux négociations sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation d'instruments financiers français ou étranger, tant que ceux-ci ne sont pas situés dans un ETNC et les titres admis, lors de leur émission, aux opérations d'un dépositaire central ou à celle d'un gestionnaire de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers au sens de l'article L. 561-2 du CMF, français ou étranger, mais non-résident d'un ETNC.

Par ailleurs, et sans avoir à fournir de justifications, les revenus et produits des emprunts contractés hors de France par une personne morale établie en France, ainsi que les fonds communs de créances ou fonds communs de titrisation restent exonérés, même quand le paiement est effectué dans un ETNC. Si la condition de la domiciliation hors de France du prêteur initial n'est plus d'actualité, cette exclusion n'est, toutefois, valable que pour les emprunts contractés avant le 1er mars 2010 et dont la date d'échéance n'est pas prorogée à compter de cette date, de même ceux contractés après le 1er mars 2010, mais assimilables à un emprunt conclu avant cette date[525]. Cette disposition continue de s'appliquer bien que l'emprunt ait fait l'objet d'une novation[526], qui n'a pas eu pour effet de modifier ses caractéristiques fondamentales, comme la prorogation de son terme.

---

[525] L'article 131 *quater* du CGI dispose que « Les produits des emprunts contractés hors de France avant le 1er mars 2010 et dont la date d'échéance n'est pas prorogée à compter de cette date, ainsi que les emprunts conclus à compter du 1er mars 2010, mais assimilables à un emprunt conclu avant cette date, par des personnes morales françaises ou par des fonds communs de créances régis par les articles L. 214-43 à L. 214-49 du Code monétaire et financier sont exonérés du prélèvement prévu au III de l'article 125 A. »

[526] La novation est une « convention par laquelle une obligation est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle. La nouveauté peut résider dans un changement de débiteur, ou de créancier ou de la dette », S. GUINCHARD S. et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques* , 23ème Éd., Dalloz, 2015-2016, p. 585.

156. – La retenue à la source sur les produits des bons ou contrats de capitalisation ou d'assurance-vie payés hors de France – En l'espèce, l'article 125-0 A I du CGI[527] prévoit l'imposition à l'impôt sur le revenu des produits attachés aux bons ou contrats de capitalisation ou d'assurance-vie. Les produits correspondent à la différence entre les sommes remboursées au bénéficiaire et le montant des primes versées. Pour les personnes non résidentes de France, un prélèvement à la source est effectué. Il est prévu que ces produits ne seront pas soumis à l'IR, s'il y a eu versement d'une rente viagère, licenciement du bénéficiaire, sa mise à la retraite anticipée ou son invalidité ou celle de son conjoint. Ensuite, l'article énumère les exonérations du I bis au I *quinquies*. Le taux de prélèvement est défini au II de l'article et varie selon la durée du contrat. Il va de 7,5% à 60% dans les cas où le bénéficiaire ne désire pas révéler son identité et son domicile fiscal selon les règles prévues à l'article 125 A III 4°. La réduction du taux n'est possible que si le bénéficiaire est domicilié ou établi dans un État membre de l'UE ou de l'EEE ayant signé une convention fiscale de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale avec la France et qu'elle prévoit des taux plus avantageux. Enfin, et c'est là que réside la nouveauté

[527] L'article 125-0 A du CGI dispose que « I. Les produits attachés aux bons ou contrats de capitalisation ainsi qu'aux placements de même nature souscrits auprès d'entreprises d'assurance établies en France sont, lors du dénouement du contrat, soumis à l'impôt sur le revenu. Les produits en cause sont exonérés, quelle que soit la durée du contrat, lorsque celui-ci se dénoue par le versement d'une rente viagère ou que ce dénouement résulte du licenciement du bénéficiaire des produits ou de sa mise à la retraite anticipée ou de son invalidité ou de celle de son conjoint correspondant au classement dans la deuxième ou troisième catégorie prévue à l'article L. 341-4 du code de la sécurité sociale ; Les produits en cause sont constitués par la différence entre les sommes remboursées au bénéficiaire et le montant des primes versées. (…) II. Les dispositions de l'article 125 A, à l'exception des III à IV de cet article, sont applicables aux produits prévus au I. Le taux du prélèvement est fixé : 1° Lorsque le bénéficiaire des produits révèle son identité et son domicile fiscal dans les conditions prévues au 4° du III bis de l'article 125 A : a. A 45 % lorsque la durée du contrat a été inférieure à deux ans ; ce taux est de 35 p. 100 pour les contrats souscrits à compter du 1er janvier 1990 ; b. A 25 % lorsque cette durée a été égale ou supérieure à deux ans et inférieure à quatre ans ; ce taux est de 35 p. 100 pour les contrats souscrits à compter du 1er janvier 1990. c. A 15 % lorsque cette durée a été égale ou supérieure à quatre ans. d. A 7,5 % lorsque cette durée a été égale ou supérieure à six ans pour les bons ou contrats souscrits entre le 1er janvier 1983 et le 31 décembre 1989 et à huit ans pour les contrats souscrits à compter du 1er janvier 1990. (…)II bis.- Le prélèvement mentionné au II est obligatoirement applicable aux produits prévus au I lorsque ceux-ci bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou qui ne sont pas établies en France. Le taux du prélèvement est fixé à 50 %, quelle que soit la durée du contrat, lorsque les produits bénéficient à des personnes qui ont leur domicile fiscal ou qui sont établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A (…) »

apportée par la notion d'ETNC, depuis le 1er mars 2010, le taux du prélèvement, qui devient alors obligatoire, est de 50% dans tous les cas, dès que la personne bénéficiaire du produit est établie dans un ETNC.

157. – La retenue à la source sur les dividendes payés hors de France – Le principe de l'article 119 *bis* du CGI[528] est l'imposition par prélèvement des revenus distribués par les sociétés établies en France à des personnes n'ayant pas leur domicile fiscal ou leur siège social hors de France. Néanmoins, des exonérations sont prévues. Depuis la décision *Denkavit* de la CJCE[529], les personnes bénéficiant des dividendes sont exonérées de la retenue à la source, si elles sont établies ou

---

[528] L'article 119 *bis* du CGI prévoit que « 1. Sous réserve des dispositions de l'article 125 A, les revenus de capitaux mobiliers entrant dans les prévisions des articles 118,119 et 238 *septies* B et 1678 bis donnent lieu à l'application d'une retenue à la source dont le taux est fixé par le 1 de l'article 187. Toutefois, les produits des titres de créances mentionnés au 1° *bis* du III *bis* de l'article 125 A sont placés en dehors du champ d'application de la retenue à la source. Il en est de même pour la prime de remboursement visée à l'article 238 *septies* A. Les revenus des titres émis à compter du 1er janvier 1987, tels qu'ils sont définis aux articles 118,119 et 238 *septies* B, sont placés hors du champ d'application de la retenue à la source. 2. Les produits visés aux articles 108 à 117 bis donnent lieu à l'application d'une retenue à la source dont le taux est fixé par l'article 187 lorsqu'ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France , autres que des organismes de placement collectif constitués sur le fondement d'un droit étranger situés dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et qui satisfont aux deux conditions suivantes : 1° Lever des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, conformément à une politique d'investissement définie, dans l'intérêt de ces investisseurs ; 2° Présenter des caractéristiques similaires à celles d'organismes de placement collectif de droit français relevant des 1,5 ou 6 du I de l'article L. 214-1 du Code monétaire et financier. La retenue à la source s'applique également lorsque ces produits sont payés hors de France dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du présent code. Toutefois, la retenue à la source ne s'applique pas aux sommes visées au premier alinéa du a de l'article 111. La retenue à la source ne s'applique pas aux distributions des sociétés de capital-risque qui fonctionnent dans les conditions prévues à l'article 1er-1 de la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 modifiée lorsque : a) la distribution entre dans les prévisions du 5 de l'article 39 *terdecies* ; b) le bénéficiaire effectif est une personne morale qui a son siège de direction effective dans un État ayant conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative pour l'application du droit interne ; c) la distribution est comprise dans des bénéfices déclarés dans cet État mais bénéficie d'une exonération d'impôt.(…). La retenue à la source mentionnée à l'avant-dernier alinéa du présent 2 n'est pas libératoire de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés et ne donne lieu ni à restitution ni à imputation. »

[529] CJCE, 14 déc. 2006, aff. C-170/05, *Denkavit International et Denkavit France*.

domiciliées dans un État membre de l'UE[530] ou dans un État qui a conclu avec la France une convention d'assistance administrative. Les taux d'imposition sont fixés par l'article 187 du CGI[531]. Ils vont de 17% à 30% selon le produit en cause. Depuis le 1er mars 2010, un quatrième taux est appliqué aux revenus payés dans un ETNC. Il est de 50%, peu importe le lieu de résidence fiscale du bénéficiaire. En effet, bien que la personne soit domiciliée en France, si les revenus sont payés dans un ETNC, le taux majoré s'applique. Toutefois, les résidents de pays ayant conclu avec la France une convention fiscale, qui justifie de cette qualité de résidents, peuvent demander l'application des dispositions de cette convention. Le rescrit du 4 mai 2010, précédemment cité, précise, également, ce qu'il faut entendre par la notion de paiement hors de France dans un ETNC : « Pour l'application des nouvelles dispositions, le paiement hors de France dans un ETNC s'entend du premier flux sortant de France »[532].

158. – Les redevances et revenus non salariaux – Selon l'article 182 B du CGI, sont soumis à prélèvement les sommes versées en rémunération d'une activité non commerciale en France, les produits perçus par les inventeurs ou au titre de droits

---

[530] F. PERROTIN, « Relations mère-filiales : l'administration tire toutes les conséquences de l'arrêt Denkavit », *LPA*, n°136, 9 juillet 2007, p.3.

[531] L'article 187 du CGI énumère les taux applicables pour la retenue à la source des dividendes payés hors de France : « 1. Sous réserve des dispositions du 2, le taux de la retenue à la source prévue à l'article 119 bis est fixé à : -17 % pour les intérêts des obligations négociables ; toutefois ce taux est fixé à 15 % pour les revenus visés au 1° de l'article 118 et afférents à des valeurs émises à compter du 1er janvier 1965 ainsi que pour les lots et primes de remboursement visés au 2° de l'article 118 et afférents à des valeurs émises à compter du 1er janvier 1986 ; Celui prévu au 2° de l'article 219 bis, pour les dividendes qui bénéficient à des organismes qui ont leur siège dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et qui seraient imposés dans les conditions prévues au 5 de l'article 206 s'ils avaient leur siège en France ; -21 % pour les revenus de la nature de ceux éligibles à l'abattement prévu au 2° du 3 de l'article 158 lorsqu'ils bénéficient à des personnes physiques qui ont leur domicile fiscal hors de France dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ; -30 % pour tous les autres revenus. 2. Le taux de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* est fixé à 55 % pour les produits mentionnés aux articles 108 à 117 *bis* et payés hors de France, dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A. »

[532] Res n°2010/30 (FE) du 4 mai 2010. La question posée concernait les conséquences des nouvelles dispositions introduites aux articles 119 bis et 187 du CGI par la loi de finances rectificative pour 2009.

d'auteurs, les produits perçus par les obtenteurs de nouvelles variétés végétales et tous produits tirés de la propriété industrielle et commerciale ou de droits assimilés, les prestations sportives fournies ou utilisées en France, les prestations de toute nature fournies ou utilisées en France.

Le prélèvement ne concerne que les sommes visées ci-dessus si elles ont été payées par un débiteur exerçant son activité en France à des personnes physique ou morale imposées à l'IR ou l'IS, mais n'ayant pas d'installation professionnelle permanente en France. Il convient de préciser que le fait pour le débiteur d'exercer son activité en France, n'implique pas pour lui l'obligation d'avoir son domicile fiscal, son siège ou un établissement stable en France. L'administration fiscale encourage ces personnes à désigner un représentant en France[533].

Le II de l'article 182 B fixe le taux de la retenue à 33,33%, mais il n'est que de 15% pour les prestations sportives. Enfin, le taux s'applique sur le montant brut des sommes payées et selon les règles prévues à l'article 197 A du CGI[534]. Dans l'instruction du 27 avril 2012[535], l'administration précise que la retenue n'est pas libératoire de l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés, car il est exigible selon ses propres conditions. Néanmoins, le montant de la retenue s'impute sur le montant de l'impôt sur le revenu pour l'ensemble des revenus de source française et sur celui de l'impôt sur les sociétés. Même si la retenue est supérieure à l'impôt dû, aucune restitution n'est envisageable dans ce cas.

---

[533] Sur la notion d'exercice d'une activité en France, voir l'instruction 5 B-12-10 du 8 février 2010 relative à l'impôt sur le revenu, dispositions générales, règles particulières applicables aux personnes non domiciliées en France, retenue à la source applicable aux sommes versées en rémunération de prestations artistiques, commentaire de l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 2008, publiée au BOI n°21 du 15 février 2010, points 25 et 26.

[534] Les personnes soumises à l'IR, mais n'ayant pas leur domicile fiscal en France, sont imposées selon les règles de l'article 197 A du CGI : « Les règles du 1 du I de l'article 197 sont applicables pour le calcul de l'impôt sur le revenu dû par les personnes qui, n'ayant pas leur domicile fiscal en France : a. Perçoivent des revenus de source française ; l'impôt ne peut, en ce cas, être inférieur à 20 % du revenu net imposable ou à 14,4 % pour les revenus ayant leur source dans les départements d'outre-mer ; ces taux minima d'imposition ne sont toutefois pas applicables aux personnes qui peuvent justifier que l'impôt français sur leur revenu global serait inférieur à celui résultant de l'application de ces taux minima ; toutefois, lorsque le contribuable justifie que le taux de l'impôt français sur l'ensemble de ses revenus de source française ou étrangère serait inférieur à ces minima, ce taux est applicable à ses revenus de source française. b. Disposent en France d'une ou plusieurs habitations et sont imposables à ce titre, en vertu de l'article 164 C. »

[535] Instr. du 27 avril 2012, *Op. Cit*.

Depuis le 1er mars 2010, l'article 182 B a connu des modifications et notamment l'introduction d'un III. Ce nouveau paragraphe prend en compte les cas où les sommes des prestations de services de toute nature et de prestations sportives fournies ou utilisées en France seraient versées à des personnes domiciliées ou établies dans un ETNC. Ainsi, ces produits et salaires seront imposés au taux majoré de 50%. Cependant, pour les sommes, autres que les salaires, une clause de sauvegarde a été prévue. Le débiteur, pour échapper à l'imposition majorée, peut apporter la preuve que ces sommes correspondent à des opérations réelles et que leur localisation dans un ETNC a un objectif autre que fiscal.

159. – Les revenus des artistes – L'article 182 A *bis* du CGI a été introduit par l'article 25 de la loi de finances rectificative pour 2008[536] pour les sommes payées, y compris les salaires, en contrepartie de prestations artistiques fournies ou utilisées en France. À l'instar de l'article 182 B, une retenue à la source est prévue dans les cas où le débiteur exerce son activité en France et verse ces sommes à des personnes imposées à l'IR ou à l'IS, mais qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur installation stable en France. L'apport principal de la loi de 2008 concerne le calcul de la base de la retenue. Celle-ci est constituée du montant brut des sommes versées diminué d'un abattement de 10% au titre des frais professionnels. En effet, avec l'article 182 B, aucun abattement n'était effectué. De plus, le taux retenu est de 15%.

La loi de finances rectificative pour 2009 est venue modifier une fois de plus cette disposition en rajoutant un VI. Il prévoit l'application d'un taux majoré à 50% pour les sommes, hormis les salaires, qui sont payées à des personnes domiciliées ou établies dans un ETNC. De la même façon que pour l'article 182 B, une clause de sauvegarde permet au débiteur d'échapper à ce taux, s'il apporte la preuve que les sommes correspondent à des opérations réelles et que leur localisation a été faite dans un but autre que fiscal.

[536] Loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008, publiée au JORF n°0304 le 31 décembre 2008, p.20518, texte n°1.

d) Une nouvelle obligation formelle

160. – Une obligation documentaire – Concernant les dispositions applicables aux résidents de France effectuant des transactions avec un ETNC, la loi de finances rectificative pour 2009, à compter du 1er janvier 2010, apporte une autre nouveauté avec l'instauration d'une obligation documentaire spécifique en matière de prix de transfert[537]. L'article L.13 AA du livre des procédures fiscales[538] met en place une

---

[537] Les prix de transfert sont un « mécanisme d'évasion fiscale des groupes de sociétés, destiné à faire apparaître la plus grande partie des bénéfices du groupe dans un État à fiscalité modérée. Dans ce but, les prix des prestations de service et des ventes facturées aux établissements situés dans des États à forte pression fiscale sont artificiellement majorés, diminuant leurs bénéfices au profit de ceux de la firme ayant procédé à la facturation et se trouvant dans un État à faible pression fiscale », S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, *Op. Cit.*, p. 682. Pour une étude détaillée des prix de transfert, voir, entre autres, M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, 37ème Éd., LexisNexis, 2013/2014, Paris, p.398-403.

[538] L'article L. 13 AA du LPF dispose que « I. — Les personnes morales établies en France : a) Dont le chiffre d'affaires annuel hors taxes ou l'actif brut figurant au bilan est supérieur ou égal à 400 000 000 d'euros, ou b) Détenant à la clôture de l'exercice, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une entité juridique — personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable établie ou constituée en France ou hors de France — satisfaisant à l'une des conditions mentionnées au a, ou c) Dont plus de la moitié du capital ou des droits de vote est détenue, à la clôture de l'exercice, directement ou indirectement, par une entité juridique satisfaisant à l'une des conditions mentionnées au a, ou d) Bénéficiant de l'agrément prévu à l'article 209 *quinquies* du code général des impôts, et, dans ce cas, toutes les entreprises imposables en France faisant partie du périmètre de consolidation, ou e) Appartenant à un groupe relevant du régime fiscal prévu à l'article 223 A du même code lorsque ce groupe comprend au moins une personne morale satisfaisant l'une des conditions mentionnées aux a, b, c ou d, doivent tenir à disposition de l'administration une documentation permettant de justifier la politique de prix de transfert pratiquée dans le cadre de transactions de toute nature réalisées avec des entités juridiques liées au sens du 12 de l'article 39 du même code établies ou constituées hors de France, ci-après désignées par les termes : " entreprises associées ". II. — La documentation mentionnée au I comprend les éléments suivants : 1° Des informations générales sur le groupe d'entreprises associées : — une description générale de l'activité déployée, incluant les changements intervenus au cours de l'exercice vérifié ; — une description générale des structures juridiques et opérationnelles du groupe d'entreprises associées, comportant une identification des entreprises associées du groupe engagées dans des transactions contrôlées ;
— une description générale des fonctions exercées et des risques assumés par les entreprises associées dès lors qu'ils affectent l'entreprise vérifiée ; — une liste des principaux actifs incorporels détenus, notamment brevets, marques, noms commerciaux et savoir-faire, en relation avec l'entreprise vérifiée ;
— une description générale de la politique de prix de transfert du groupe ; 2° Des informations spécifiques concernant l'entreprise vérifiée : — une description de l'activité déployée, incluant les

obligation de tenir à disposition de l'administration, à la date d'engagement de la vérification de comptabilité[539], des informations générales sur le groupe d'entreprises associées et des informations spécifiques sur l'entreprise vérifiée. L'administration peut demander la traduction en français desdits documents. Les documents généraux vont permettre à l'administration d'avoir une vision globale de l'environnement économique, juridique, financier et fiscal du groupe d'entreprises associées, en revanche, les informations plus spécifiques ont pour objet de vérifier que la politique de prix de transfert mise en œuvre par l'entreprise respecte le principe de pleine concurrence conformément aux standards de l'OCDE. Y sont contraintes les personnes morales établies en France. L'instruction de la DGFIP du 23 décembre 2010[540] précise que sont incluses les personnes morales étrangères disposant d'un établissement stable en France. Ces personnes doivent avoir soit un chiffre d'affaires annuel hors taxes ou un actif brut au bilan supérieur ou égal à 400 000 €, soit détenir, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une entité juridique[541] avec un chiffre d'affaires hors taxes ou un

---

changements intervenus au cours de l'exercice vérifié; — une description des opérations réalisées avec d'autres entreprises associées, incluant la nature et le montant des flux, y compris les redevances ;
— une liste des accords de répartition de coûts ainsi qu'une copie des accords préalables en matière de prix de transfert et des rescrits relatifs à la détermination des prix de transfert, affectant les résultats de l'entreprise vérifiée ; — une présentation de la ou des méthodes de détermination des prix de transfert dans le respect du principe de pleine concurrence, comportant une analyse des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés ainsi qu'une explication concernant la sélection et l'application de la ou des méthodes retenues ; — lorsque la méthode choisie le requiert, une analyse des éléments de comparaison considérés comme pertinents par l'entreprise. III. — Cette documentation, qui ne se substitue pas aux justificatifs afférents à chaque transaction, est tenue à la disposition de l'administration à la date d'engagement de la vérification de comptabilité. Si la documentation requise n'est pas mise à sa disposition à cette date, ou ne l'est que partiellement, l'administration adresse à la personne morale mentionnée au I une mise en demeure de la produire ou de la compléter dans un délai de trente jours, en précisant la nature des documents ou compléments attendus. Cette mise en demeure doit indiquer les sanctions applicables en l'absence de réponse ou en cas de réponse partielle. »

[539] La vérification de comptabilité est le contrôle fiscal des professionnels indépendants, qui sont obligés de tenir une comptabilité. Sur la procédure de la vérification de comptabilité, v., entre autres, J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU, *Op. Cit.*, p.210 et s ; Th. LAMBERT, *Op. Cit*, p. 304 et s. ; J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Op. Cit.*, p. 940 et s.

[540] Instr. 4 A-10-10 du 23 décembre 2010 relative à l'obligation documentaire en matière de prix de transfert, publiée au BOI n°1 du 4 janvier 2011, p. 3, §2.

[541] Il s'agit de toute personne morale, tout organisme, toute fiducie ou toute institution comparable, établis ou constitués en France ou à l'étranger.

actif brut au bilan supérieur ou égal à 400 000€, soit bénéficier de l'agrément prévu à l'article 209 *quinquies* du CGI[542] ou, enfin, appartenir à un groupe relevant du régime fiscal prévu à l'article 223 A du CGI[543].

161. – Les documents supplémentaires – L'article L. 13 AB du LPF[544] vient ajouter une obligation supplémentaire lorsque des transactions sont effectuées avec des entreprises établies dans un ETNC. Il conviendra aux entreprises bénéficiaires des transferts en provenance d'un ETNC de conserver tous les documents qui sont exigés des sociétés soumises à l'IS, dont le bilan et le compte de résultat.

---

[542]D'après l'article 209 *quinquies* du CGI, « Les sociétés françaises agréées à cet effet par le ministre de l'Économie et des Finances peuvent retenir l'ensemble des résultats de leurs exploitations directes ou indirectes, qu'elles soient situées en France ou à l'étranger, pour l'assiette des impôts établis sur la réalisation et la distribution de leurs bénéfices réalisés au titre des exercices clos avant le 6 septembre 2011. »

[543] L'article 223 A du CGI prévoit qu'« Une société peut se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe formé par elle-même et les sociétés dont elle détient 95 % au moins du capital, de manière continue au cours de l'exercice, directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés ou d'établissements stables membres du groupe, ci-après désignés par les termes : sociétés du groupe, ou de sociétés ou d'établissements stables, ci-après désignés par les termes : sociétés intermédiaires, détenues à 95 % au moins par la société mère, de manière continue au cours de l'exercice, directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés du groupe ou de sociétés intermédiaires. Dans ce cas, elle est également redevable de l'imposition forfaitaire annuelle due par les sociétés du groupe. Le capital de la société mère ne doit pas être détenu à 95 % au moins, directement ou indirectement, par une autre personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun ou selon les modalités prévues à l'article 214. Toutefois, le capital de la société mère peut être détenu indirectement à 95 % ou plus par une autre personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun ou selon les modalités prévues à l'article 214, par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes morales non soumises à cet impôt dans ces mêmes conditions ou par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes morales qui y sont soumises dans ces mêmes conditions mais dont le capital n'est pas détenu, directement ou indirectement, par cette autre personne morale à 95 % au moins. »

[544] L'article L. 13 AB du LPF dispose que « lorsque des transactions de toute nature sont réalisées avec une ou plusieurs entreprises associées établies ou constituées dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du Code général des impôts, la documentation mentionnée à l'article L. 13 AA comprend également, pour chaque entreprise bénéficiaire des transferts, une documentation complémentaire comprenant l'ensemble des documents qui sont exigés des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, y compris le bilan et le compte de résultat établis dans les conditions prévues par le IV de l'article 209 B du Code général des impôts. Le III de l'article L. 13 AA s'applique à cette documentation complémentaire. »

Ces documents complètent les justificatifs des transactions et ne s'y substituent aucunement. Il appartient à l'entreprise de mettre à jour, à la fin de chaque exercice, sa documentation. L'impossibilité de remettre entièrement cette documentation, lors du contrôle, entraîne l'envoi d'une mise en demeure de la produire dans les trente jours. Outre les documents attendus, la mise en demeure précise, également, les sanctions encourues en cas d'absence de réponse ou de réponse incomplète. L'article 1735 *ter* du CGI prévoit une amende de 10 000€ ou 5% des bénéfices transférés si ce montant est supérieur à 10 000€. L'entreprise ne peut en aucun cas opposer à l'administration le caractère confidentiel de l'information pour ne pas lui fournir les informations requises.

e) L'imposition des plus-values de cession de titres de sociétés implantées dans un ETNC

162. – Les cessions d'éléments de l'actif immobilisé – L'article 38 du CGI[545] définit le bénéfice imposable à l'IS. Par dérogation, l'article 39 *duodecies* du CGI[546] met en place des régimes spécifiques pour les plus-values réalisées à court ou à long

[545] L'article 38 du CGI dispose que « 1. Sous réserve des dispositions des articles 33 ter, 40 à 43 bis et 151 *sexies*, le bénéfice imposable est le bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises, y compris notamment les cessions d'éléments quelconques de l'actif, soit en cours, soit en fin d'exploitation. 2. Le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiés (…) »

[546] L'article 39 *duodecies* du CGI : « 1. Par dérogation aux dispositions de l'article 38, les plus-values provenant de la cession d'éléments de l'actif immobilisé sont soumises à des régimes distincts suivant qu'elles sont réalisées à court ou à long terme. 2. Le régime des plus-values à court terme est applicable : a. Aux plus-values provenant de la cession d'éléments acquis ou créés depuis moins de deux ans. Le cas échéant, ces plus-values sont majorées du montant des amortissements expressément exclus des charges déductibles ainsi que de ceux qui ont été différés en méconnaissance des dispositions de l'article 39 B ; b. Aux plus-values réalisées à l'occasion de la cession d'éléments détenus depuis deux ans au moins, dans la mesure où elles correspondent à des amortissements déduits pour l'assiette de l'impôt. Le cas échéant, ces plus-values sont majorées du montant des amortissements expressément exclus des charges déductibles ainsi que de ceux qui ont été différés en contravention aux dispositions de l'article 39 B ; c. Aux plus-values réalisées à l'occasion de la cession de titres de sociétés établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A.

terme provenant de la cession d'éléments de l'actif immobilisé. Il prévoit que sont soumises au régime des plus-values à court terme, les plus-values provenant de la cession d'éléments acquis ou créés depuis moins de deux ans, les plus-values réalisées dans le cadre d'une cession d'éléments détenus depuis deux ans au moins et si elles correspondent à des amortissements déduits de l'assiette de l'impôt et, depuis 2011, « les plus-values réalisées à l'occasion de la cession de titres de sociétés établies dans un ETNC au sens de l'article 238-0 A ». Une autre conséquence de l'article 238-0 A du CGI est relative à l'article 39 *duodecies*[547] du CGI et au durcissement du régime d'imposition des plus-values de cession de titres de sociétés. Un alinéa a été ajouté au 2° du paragraphe 5[548]. Avant cet ajout, le paragraphe 5 prévoyait la non-imposition au titre des plus-values à long terme des distributions des sociétés de capital-risque, si la distribution provient d'une plus-value obtenue dans le cadre d'une cession de titres détenus depuis moins de deux ans, ou si elle a pour origine des répartitions d'une fraction des actifs d'un fonds commun de placement à risque ou des distributions d'une entité autre, mais ayant conclu avec la France une convention fiscale. En revanche, et depuis le 1er janvier 2011, si les titres cédés sont ceux d'une société établie dans un ETNC, alors il devient impossible d'exclure l'application du régime des plus-values.

---

[547] L'article 39 *duodecies* du CGI prévoit deux régimes d'imposition suivant que la plus-value est à court ou long terme : «1. Par dérogation aux dispositions de l'article 38, les plus-values provenant de la cession d'éléments de l'actif immobilisé sont soumises à des régimes distincts suivant qu'elles sont réalisées à court ou à long terme. »

[548] L'article 39 *terdecies* §5 dispose que « 5. Les distributions par les sociétés de capital-risque qui fonctionnent dans les conditions de l'article 1er-1 de la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 sont soumises, lorsque l'actionnaire est une entreprise, au régime fiscal des plus-values à long terme si la distribution est prélevée sur : 1° Des plus-values nettes réalisées au cours des exercices clos à compter du 31 décembre 2001 provenant de la cession de titres détenus depuis au moins deux ans ; 2° Des sommes reçues par la société de capital-risque au cours de l'exercice précédent au titre : a) Des répartitions d'une fraction des actifs d'un fonds commun de placement à risques, prévues au IX de l'article L. 214-28 du Code monétaire et financier, provenant de la cession de titres détenus depuis au moins deux ans ; b) Des distributions d'une entité mentionnée au 2° du II de l'article L. 214-28 du même code, autre qu'un fonds commun de placement à risques, constituée dans un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale, prélevées sur des plus-values réalisées par l'entité lors de la cession de titres détenus depuis au moins deux ans. Lorsque les titres cédés sont des titres de sociétés établies dans un État ou territoire non coopératif, le présent 5 ne s'applique pas. »

163. – Les cessions de brevets ou d'inventions brevetables et concession de licences d'exploitation – L'article 39 *terdecies* prévoit que « le régime des plus-values à long terme est applicable aux plus-values de cessions de brevets, d'inventions brevetables ou de perfectionnements qui y ont été apportés, ainsi qu'au résultat net de la concession de licences d'exploitation des mêmes éléments. »

La conséquence de ces dispositions est la soumission de ces plus-values au régime d'imposition de droit commun ou au barème progressif de l'impôt sur le revenu pour les plus-values sur titres détenus depuis moins de deux ans et de l'impôt sur les sociétés pour les plus-values à long terme. L'article 219 du CGI[549] prévoit que cette imposition est applicable aux exercices ouverts à compter du 1er janvier 2011.

En effet, s'il s'agit de sociétés implantées dans un ETNC, elles seront soumises à l'impôt sur les sociétés suivant le droit commun ou suivant le barème progressif de l'impôt sur le revenu.

f) L'exclusion du régime des sociétés-mères

164. – Le régime des sociétés-mères – Les articles 145[550] et 216[551] du CGI organisent le régime des sociétés mères[552] et les autorisent, lorsqu'elles sont soumises

[549] Selon l'article 219 a *sexies*-0 ter) du CGI, « a *sexies*-0 ter)-Pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2011, le régime des plus et moins-values à long terme cesse de s'appliquer à la plus ou moins-value provenant de la cession de titres de sociétés établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A. »

[550] L'article 145 du CGI dispose que « 1. Le régime fiscal des sociétés mères, tel qu'il est défini à l'article 216, est applicable aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal qui détiennent des participations satisfaisant aux conditions ci-après : a. Les titres de participations doivent revêtir la forme nominative ou être déposés dans un établissement désigné par l'administration ; b. les titres de participation doivent représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice ; ce pourcentage s'apprécie à la date de mise en paiement des produits de la participation. Si, à la date mentionnée au premier alinéa, la participation dans le capital de la société émettrice est réduite à moins de 5 % du fait de l'exercice d'options de souscription d'actions dans les conditions prévues à l'article L. 225-183 du Code de commerce, le régime des sociétés mères lui reste applicable si ce pourcentage est à nouveau atteint à la suite de la première augmentation de capital suivant cette date et au plus tard dans un délai de trois ans ; c. Les titres de participation doivent avoir été conservés pendant un délai de deux ans. En cas de non-respect du délai de conservation, la société

à l'IS et qu'elles détiennent une participation supérieure à 5% dans le capital de leur filiale, à déduire de leur bénéfice imposable les dividendes en provenance de cette filiale. En contrepartie, une quote-part de frais et charges égales à 5% du produit total des participations doit être réintégrée et donner lieu alors à une taxation en France[553].

L'article 216 du CGI définit le régime fiscal appliqué aux sociétés bénéficiant du régime des sociétés mères et l'article 145 délimite le champ d'application *ratione materiae* du régime des sociétés mères.

L'objectif de l'article 145 du CGI est la définition du champ d'application *ratione materiae* du régime des sociétés mère. En premier lieu, il détermine les conditions dans lesquelles le régime fiscal des sociétés mères est applicable. Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour que le régime fiscal des sociétés mères s'applique. Tout d'abord, il convient de préciser que ce régime ne s'adresse qu'aux sociétés ou autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal. Les conditions suivantes concernent les participations détenues par la société. Les titres de participations doivent être nominatifs ou déposés dans un établissement désigné par l'administration. De plus, les titres doivent correspondre à un minimum de 5% du capital de la société qui les a émis, sachant que ce taux est

---

participante est tenue de verser au Trésor une somme égale au montant de l'impôt dont elle a été exonérée indûment, majoré de l'intérêt de retard. Ce versement est exigible dans les trois mois suivant la cession (…) »

[551] L'article 216 du CGI dispose que « I. Les produits nets des participations, ouvrant droit à l'application du régime des sociétés mères et visées à l'article 145, touchés au cours d'un exercice par une société mère, peuvent être retranchés du bénéfice net total de celle-ci, défalcation faite d'une quote-part de frais et charges. La quote-part de frais et charges visée au premier alinéa est fixée uniformément à 5 % du produit total des participations, crédit d'impôt compris. II. (Abrogé à compter de la détermination des résultats des exercices ouverts à compter du 1er janvier 1993). III. (Périmé). »

[552] Sur le régime des sociétés mères, v., entre autres, M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Op. Cit*., p.325-329, J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU, *Op. Cit*., p.367 et s. ; D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, L.G.D.J, 6ème Éd., 2015-2016, p.512 et s.

[553] La notion de quote-part de frais et charges de 5% prévue en contrepartie de l'application du régime des sociétés mères a donné lieu à de nombreux contentieux. V., entre autres, la décision du CE, 26 juillet 2011, n° 347113, *Sté Renault Trucks*. La CJCE s'est prononcée sur le sujet dans un arrêt du 3 avril 2008, n° C-27/07, *Banque fédérative du Crédit mutuel*, dans lequel elle estime le fait pour un État membre d'inclure dans les bénéfices, les crédits d'impôt octroyés en vue de compenser une retenue à la source opérée par l'État membre de la filiale dans le chef de la société mère n'est pas contraire à la notion de bénéfices distribués par la filiale, au sens de l'article 4 §2 de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990. V., égal., CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit et a*., C-283/94, c6291/94 et C-292/94, p. I-5063, points 24 et 26 et CJCE, 8 juin 2000, *Epson Europe*, C-375/98, I-4243, points 22 et 24.

apprécié à la date de mise en paiement des produits de la participation. Enfin, ils doivent avoir été conservés pendant au moins deux ans. Dans le cas contraire, la société sera dans l'obligation de verser à la DGFIP une somme correspondant au montant des exonérations d'impôts dont elle a bénéficié, augmentées des majorations.

En deuxième lieu, l'article 145 alinéa 6 précise les cas d'exclusion dudit régime. Il n'est pas applicable aux produits des actions d'investissements ou des sociétés de développement régional. De plus, il est écarté, également, pour les produits des titres sans droits de vote, sauf si la société a des titres représentant au moins 5% du capital et des droits de vote de la société émettrice. Les dividendes distribués aux actionnaires des sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie[554] et les dividendes distribués aux actionnaires des sociétés agréées pour le financement des télécommunications[555] et des sociétés qui redistribuent les dividendes d'une société immobilière pour le commerce et l'industrie[556] ne peuvent pas bénéficier du régime des sociétés mères. Sont également exclus les produits et plus-values nets distribués par les sociétés de capital-risque exonéré[557], ainsi que les bénéfices distribués aux actionnaires des sociétés d'investissements immobiliers cotées et de leurs filiales et des sociétés étrangères ayant une activité prévue à l'article 208 C du CGI et qui sont exonérées de l'IS, dans l'État où elles ont leur siège de direction effective. Les revenus et profits distribués aux actionnaires de sociétés de

---

[554] Dividendes visés à l'article 208 3° *quater* al. 10 du CGI : « Les sommes qui sont investies, soit directement, soit par l'intermédiaire de filiales, dans des immobilisations à l'étranger sont soumises à l'impôt sur les sociétés en proportion des bénéfices et réserves exonérés par rapport au montant total des bénéfices, des réserves et du capital. Toutefois, elles sont exonérées lorsqu'elles proviennent de fonds d'emprunt (…) »

[555] V., l'article 1 de la loi de finances rectificative pour 1969 n° 69-1160 du 24 décembre 1969, publiée au JO du 27 décembre 1969, p. 12, 603.

[556] L'article 208 3° *quinquies* al. 8 dispose que « L'exonération totale ou partielle est subordonnée à la condition que les dividendes non soumis à l'impôt sur les sociétés provenant de la société immobilière pour le commerce et l'industrie soient redistribués par la société apporteuse avant la fin de l'exercice qui suit celui de leur encaissement (…) »

[557] L'article 208 3° *septies* prévoit que « Les sociétés de capital-risque qui fonctionnent dans les conditions prévues à l'article 1er-1 de la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 précitée, sur les produits et plus-values nets provenant de leur portefeuille autres que ceux afférents aux titres rémunérant l'apport de leurs activités qui ne relèvent pas de leur objet social ainsi que, pour les sociétés de capital-risque mentionnées à la deuxième phrase du 1° de l'article 1er-1 précité, sur les prestations de services accessoires qu'elles réalisent. »

placement à prépondérance immobilière à capital variable et ceux de leurs filiales sont aussi exclus du champ d'application du régime des sociétés mères.

Le paragraphe 7 de l'article 145 prévoit une limite à l'application du régime des sociétés mères. En effet, celui-ci n'est applicable aux produits des actions des sociétés immobilières d'investissement régies par l'article 33 de la loi du 15 mars 1963[558] et des sociétés immobilières de gestion régies par l'article 1 du décret du 13 juillet 1963[559] que pendant 25 ans après leur émission pour les actions souscrites en espèces et libérées avant le 1 janvier 1966 ou jusqu'au 31 décembre 1985 pour les autres.

165. – Les nouvelles exclusions – Depuis le 1er janvier 2011, sont, aussi, exclus du régime les dividendes provenant de filiales établies dans un ETNC au sens de l'article 238-0-A. Cela engendre que lorsqu'une société française, par contrat d'apport, décide de transférer une partie de son activité à une société Y située dans un ETNC, en échange d'une rémunération par des titres de Y ayant un montant supérieur à 5% du capital de Y, cette société française ne pourra pas bénéficier du régime des sociétés mères et ainsi déduire les dividendes en provenance de la société Y de son IS en France.

Sont également écartées de l'application du régime des sociétés mères, les quotes-parts des revenus provenant de l'activité d'un établissement stable situé dans un ETNC, même si les dividendes sont distribués dans un État coopératif. Les distributions seront ventilées au prorata de l'origine effective des flux financiers. En pratique, la ventilation des dividendes se fait par rapport au montant des capitaux propres ou des capitaux quasi propres[560] affectés à l'établissement stable par la filiale selon l'ensemble des capitaux propres. Ainsi, si une filiale F dispose de capitaux propres à hauteur de 100 et qu'elle en verse 10 à son établissement stable, 10% des capitaux propres seront réputés provenir de l'établissement stable établi dans un ETNC et ces 10% ne bénéficieront pas du régime des sociétés mères. Il appartient,

---

[558] Loi n° 63-254 du 15 mars 1963 portant réforme de l'enregistrement, du timbre et de la fiscalité immobilière, publiée au JORF du 17 mars 1963, p. 2579.

[559] Décret n° 63-683 du 13 juillet 1963 sur les sociétés immobilières de gestion, publié au JORF du 14 juillet 1963, p. 6423.

[560] La notion de capitaux propres affectés à un établissement stable est précisée dans l'instruction fiscale 4 H-8-07 du 31 décembre 2007 relative à la lutte contre la sous-capitalisation, p. 30, §§. 83 et 84.

ensuite, à la société bénéficiaire d'apporter les justifications d'une autre répartition des capitaux.

166. – L'introduction de l'article 238-0 A du CGI et de la notion d'ETNC a des conséquences substantielles, car elle engendre une réelle fiscalité à deux vitesses : celle appliquée aux États coopératifs et celle appliquée aux ETNC. Par là, la France sépare le paysage fiscal en deux catégories d'États, ce qui occasionne de nombreuses critiques et interrogations.

B) Les critiques entourant la liste des ETNC

167. – Selon le sénateur Ph. Marini, *« l'établissement d'une liste purement française des ETNC présente à la fois un caractère réaliste et paradoxal*[561] *»*.

La liste française des ETNC est en effet réaliste, car elle suit la droite ligne des décisions prises en vue de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales par les instances internationales. Dans les faits, il existe des États jouant le jeu de la coopération, tandis que d'autres ne le font pas. Pourtant, elle est aussi paradoxale, car chacun sait que seule une coopération internationale et des actions coordonnées entre les États permettront d'aboutir à des résultats concrets. Dès lors, elle appelle diverses interrogations autour de sa valeur juridique **(1)** et suscite des critiques par les exclusions qu'elle prévoit **(2)**.

1- Les interrogations autour de la valeur juridique de la liste

168. – La valeur de la liste française au regard des traités internationaux – La pratique des listes divisant les États selon leur niveau de coopération n'est en soi pas nouvelle. On la retrouve au sein de nombreuses organisations internationales, comme l'OCDE ou les Nations-Unies. Elle est admise en tant que norme de droit international par les États qui les composent. Cependant, que sera la valeur d'une

[561] Ph. MARINI (rapporteur général), Rapport de la Commission des finances du Sénat sur la loi de finances rectificative pour 2009, n°158 (2009-2010), 14 décembre 2009, p.146.

liste établie de façon discrétionnaire par un État seul ? La France, en tant qu'État souverain, a décidé d'élaborer sa propre liste interne des États et territoires qu'elle considère comme non coopératifs. La difficulté ne vient pas de cette initiative, mais plutôt du fait que la liste française est prise par un arrêté alors que les listes internationales sont des traités avec une force obligatoire supérieure à celle des législations nationales, comme cela est reconnu dans la Constitution française de 1958[562]. Partant, la question de la compatibilité de l'article 22 de la loi de finances rectificative pour 2009 avec l'article 55 de la Constitution se pose. De plus, il est possible d'imaginer qu'un État, qui se trouverait sur la liste française, mais pas sur une liste de valeur internationale, se prévale de cette discordance pour remettre en cause le régime fiscal défavorable que lui impose la France, comme étant contraire aux traités internationaux. Il serait alors envisageable que la France se voit condamnée par les instances internationales pour non-respect d'un traité international.

169. – Le cas spécifique du droit communautaire – Ensuite, au niveau communautaire, cette nouvelle législation se heurte à une objection concernant la notion même d'ETNC. La liste française des ETNC ne poserait *a priori* pas de problèmes particuliers si la définition même des ETNC était acquise et reconnue par tous, ce qui n'est pas encore le cas, loin s'en faut. Ce type de système différenciant les États entre eux peut entraîner une discrimination, sanctionnée par le droit communautaire.

170. – L'intervention éventuelle du Conseil d'État : une instabilité potentielle – La liste est prise par arrêté du ministre de l'Économie et du Budget. Or, il convient de souligner que cette liste relève certes du domaine de la fiscalité, mais aussi et surtout de la politique étrangère et des relations diplomatiques de la France avec ses partenaires. Cette prérogative devrait aussi relever du domaine de compétence du ministre des Affaires étrangères, voire même de celle du président de la République, chef de la diplomatie et représentant traditionnel de la France à l'extérieur des

[562] L'article 55 de la Constitution de 1958 dispose que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » Dans la hiérarchie des normes, les arrêtés ayant une valeur inférieure à celle des lois, ils sont de ce fait inférieurs aux traités internationaux.

frontières sous la Vème République[563]. Le texte dispose, également, qu'il appartient au ministre chargé de l'Économie et du Budget de justifier les raisons qui l'ont motivé à retirer ou ajouter un État sur la liste des ETNC lors de sa mise à jour annuelle. Aussi, il semblerait que tout ajout ou retrait pourrait être contesté, comme tout acte administratif, devant le Conseil d'État dans le cas où la justification ne serait pas satisfaisante pour le requérant. En effet, toute personne qui y aurait un intérêt, par exemple une société en affaire avec un État qui se retrouverait sur la liste française des ETNC, pourrait alors saisir le juge administratif de cet arrêté et en demander l'annulation. Il va de soi que cela conduit à une instabilité juridique concernant ce nouveau texte.

Des critiques concernant les exclusions prévues par l'article 238-0 A du CGI sont, également, apparues.

2- Les critiques suscitées par les exclusions

171. – Les exclusions volontaires : la signature de douze conventions – La première critique a déjà été évoquée plus haut concernant la possibilité de sortir de la liste des ETNC par la seule signature de douze conventions avec douze pays, sans que l'attitude coopérative ou non de ces partenaires ne soit vérifiée[564].

172. – L'exclusion systématique des pays membres de l'UE et l'EEE – Il importe de se demander si l'analyse, qui conduit à exclure automatiquement les États membres de l'Union européenne de la liste des ETNC, peut s'appliquer aussi aux membres de l'Espace Économique Européen[565]. Si a priori la réponse semble être

---

563 D'après l'article 14 de la Constitution de 1958 « Le Président de la République accrédite les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires auprès des puissances étrangères ; les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires étrangers sont accrédités auprès de lui. »

564 V., le retrait des Bermudes et Jersey, p.102.

565 L'accord créant l'Espace économique européen fut signé le 2 mai 1992 et est entré en vigueur le 1er janvier 1994. Il lie la Communauté européenne et les trois États membres de l'AELE (Liechtenstein, Islande et Norvège), puisque la Suisse n'a pas ratifié l'accord. L'objectif de l'Espace économique européen (EEE) est d'étendre le marché intérieur de la Communauté européenne à des pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE) qui ne veulent pas ou ne sont pas prêts pour entrer dans l'Union européenne. L'EEE vise ainsi à lever les obstacles pour créer un espace de liberté de

négative, le texte de l'article 238-0 A du CGI ne parlant que des États membres de l'UE, la question est légitime et présente un intérêt tout particulier sur les relations de la France avec ses partenaires de l'EEE[566]. Effectivement, les rapports économiques entre les États membres de la CE et ceux de l'EEE sont très étroits, l'EEE appliquant les mêmes libertés de circulation et politique de concurrence que l'UE. De plus, cet espace, qui vise à agrandir encore le marché européen, est parfois une sorte d'antichambre pour les pays qui désirent intégrer l'UE sans être encore totalement prêt[567]. Enfin, certaines dispositions du CGI mettent sur le même niveau les États membres de l'UE et ceux de l'EEE, comme par exemple, l'article 167 bis[568], 125-0 A[569]

---

circulation analogue à un marché national. À ce titre, il inclut les quatre grandes libertés de circulation du marché intérieur (des personnes, des marchandises, des services et des capitaux) ; des politiques communautaires dites politiques « horizontales », principalement la politique de concurrence. En revanche, cet accord présente certaines limites. Le libre-échange est limité, il ne couvre pas certains secteurs comme l'agriculture et la pêche. L'extension du marché intérieur n'est pas complète, la libre circulation des personnes ne vaut que pour les travailleurs salariés (alors qu'elle est totale pour tous dans l'Union européenne). Les contrôles aux frontières entre l'UE et les trois pays AELE subsistent et il n'y a pas de rapprochement des fiscalités. L'EEE n'est pas une union douanière (pas de tarif extérieur commun) ; il n'a pas non plus de politique commerciale commune vis-à-vis du reste du monde. L'EEE exclut les autres éléments de l'intégration européenne qui sont : l'union économique et monétaire, la politique extérieure et de sécurité commune, la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures.

[566] La question est posée par P. MICHAUD, « Les États et Territoires Non Coopératifs (ETNC) », Article 238-0 A CGI, *Études fiscales Internationales*, octobre 2010, p.9, http://www.etudes-fiscales-internationales.com/media/02/00/1140050969.pdf.

[567] Par exemple, l'Autriche, la Finlande ou la Suède ont fait d'abord partie de l'EEE avant d'intégrer l'UE.

[568] L'article 167 *bis* IV dispose que « IV.- Lorsque le contribuable transfère son domicile fiscal hors de France dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ainsi qu'une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ayant une portée similaire à celle prévue par la directive 2010/24/ UE du Conseil, du 16 mars 2010, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, il est sursis au paiement de l'impôt afférent aux plus-values constatées dans les conditions prévues au I du présent article ou aux plus-values imposables en application du II. »

[569] Les États de l'EEE sont évoqués au I quater f) de l'article 125-0 A : « Les titres mentionnés aux a, b, e et f doivent être émis par des sociétés qui ont leur siège dans un État de l'Union européenne, ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, et sont soumises à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun au taux normal ou le seraient dans les mêmes conditions si l'activité était exercée en France. »

ou 244 *bis* A[570]. Il aurait pu donc être envisageable que les législations nationales en matière fiscale, quand elles font référence aux membres de la CE, incluent également les membres de l'EEE. Il importe, toutefois, de distinguer entre les trois États membres de l'EEE, l'Islande et la Norvège d'une part et le Liechtenstein d'autre part. Les deux premiers n'ont pas de régime fiscal avantageux et ne pratiquent pas le secret fiscal, au contraire du troisième. L'absence d'inscription sur la liste des ETNC de l'Islande et de la Norvège ne pose pas de question. En revanche, si l'assimilation des États membres de l'UE avec ceux de l'EEE peut se concevoir, il conviendra de réfléchir à la situation du Liechtenstein, véritable paradis du secret fiscal. Il serait sans doute étonnant qu'il soit automatiquement exclu de la liste des ETNC du simple fait de son appartenance à l'EEE.

173. – Une législation aux conséquences extraterritoriales ? – De plus, la souveraineté des États leur permet d'adopter les lois qu'ils entendent à l'intérieur de leur territoire, si elles ne vont pas à l'encontre des droits fondamentaux. Tenter d'obliger des États à modifier leur législation fiscale peut être ressenti comme une ingérence dans les affaires intérieures d'un pays et ce sans justification aucune. L'intérêt d'un autre État ne peut pas être soulevé comme justifiant une telle intervention. L'article 238-0 A CGI s'ingère indirectement dans les affaires des autres juridictions, les encourageant à modifier leurs lois fiscales en ratifiant des conventions interdisant l'opposition du secret bancaire en cas de demande d'échange de renseignements par exemple, faute de quoi les Français traitant avec eux seront taxés plus lourdement et iront finalement ailleurs. En pratique, pour la plupart des États, cela n'aura aucune incidence. Théoriquement pour des États qui auraient presque toute leur économie basée sur les avoirs venant de France, la situation pourrait revêtir un tour catastrophique, les incitant à modifier leurs lois. Notons dès à présent que l'idée que la législation française, peut théoriquement avoir des

[570] L'article 244 *bis* A cite les États de l'EEE au I-1 : « Par dérogation au premier alinéa, les personnes physiques, les associés personnes physiques de sociétés ou groupements dont les bénéfices sont imposés au nom des associés et les porteurs de parts, personnes physiques, de fonds de placement immobilier mentionnés à l'article 239 *nonies*, résidents d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, sont soumis au prélèvement selon le taux fixé au premier alinéa de l'article 200 B. Par dérogation aux premier et présent alinéas, le taux est porté à 50 % lorsque les plus-values sont réalisées par ces mêmes personnes ou organismes lorsqu'ils sont domiciliés, établis ou constitués hors de France dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A. »

conséquences extraterritoriales, elle n'en aura certainement aucune en pratique à l'inverse de la loi américaine FATCA. Comme nous le verrons dans la section suivante, le poids économique de la France ne lui permet pas, comme les États-Unis, d'exiger quelques changements que ce soit dans les législations des autres États.

Si l'initiative française poursuit un objectif tout à fait louable, la lutte contre la fraude, il sera nécessaire de rappeler que seule une collaboration de tous les États à un niveau international pourra être réellement efficace et comme le rappelle M. Kiliç, *« le caractère dominant de la coopération fiscale administrative est qu'elle doit résulter d'un accord entre les États, en dehors duquel chacun est compétent pour la mise en œuvre de la loi fiscale. »*[571]

174. – Conclusion de la Section 1 – La France a choisi de faire évoluer sa législation relative aux paradis fiscaux en privilégiant une approche tenant compte du territoire. C'est le pays qui est visé en premier et non directement le contribuable, lequel n'intervient que dans un second temps. En effet, l'article 238-0 A du Code général des impôts repose sur la notion d'État et territoire non coopératif à laquelle une définition est assignée, et ensuite, de laquelle une liste a été dressée par le ministère de l'Économie. Toute une série de conséquences a été attachée à cette qualification.

Cette approche emporte diverses critiques et le dispositif a pu aboutir à ce que depuis 2012 le Panama ne figurait plus sur cette liste. Au demeurant, la situation française, dans le contexte de l'Union européenne, suscite des difficultés et soulèvent des interrogations. La compatibilité de la liste française avec les exigences communautaires n'est pas toujours heureusement articulée. Toutefois, la volonté française de lutter contre les ETNC ne fait pas de doute. D'ailleurs, la législation est modifiée dans le sens d'une prévention et d'une sanction de la fraude et de l'évasion fiscales toujours plus accrues.

Il convient à présent d'envisager l'exemple américain au travers de l'introduction de la FATCA **(Section 2).**

---

[571] R. KILIÇ, « L'instrument privilégié de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales : la coopération administrative internationale en matière fiscale », *Gestion et Finances Publiques*, n°12, décembre 2011, p.928-935.

Section 2

De la législation américaine ou de la considération du citoyen

175. – Après des années de discussions à la chambre des représentants, la FATCA a finalement été introduite grâce à l'initiative des députés Charles Rangel de New-York et Richard E. Neal du Massachussets. Le 18 mars 2010, le président Obama a signé le « *Hiring Incentives to Restore Employment Act* » (HIRE)[572] et dans cette loi figurait des dispositions concernant notamment l'accès aux renseignements en matière fiscale. La loi est pleinement applicable depuis le 1er juillet 2014.

Comme nous l'avons étudié dans notre chapitre 1, l'IRS doit constamment trouver de nouvelles parades pour contraindre les contribuables américains à déclarer leurs comptes bancaires ou leurs avoirs détenus à l'étranger. La loi FATCA est l'aboutissement, au moins pour l'instant, des différents processus de mise en conformité, comme le FBAR, les programmes de mise en conformité volontaire. Avant d'en étudier les effets **(§2)**, nous verrons les particularités de la loi FATCA **(§1)**.

§1. Les particularités de la loi FATCA

176. – La première contrainte qu'entraîne l'application de la FATCA est de coopérer avec ses partenaires étrangers **(A)**. Par ailleurs, les institutions soumises à cette législation ont une obligation d'identification et de transmission des informations auxquelles elles auront eu accès **(B)**.

[572] Pub. L. 111–147, 124 Stat. 71 signé le 18 mars 2010 (111ème Congrès), H.R. 2847.

A) La coopération au-delà des frontières

177. – L'idée du dispositif prévu par la loi FATCA n'est pas apparue *ex nihilo*. Elle est le fruit d'une longue période d'essais, de tentatives. S'ils ne peuvent pas être considérés tous comme des échecs, ils n'ont pas pour autant été de couverts de réussites. Le programme *Qualified Intermediaries* (QI) est l'un de ces dispositifs que vient renforcer la FATCA **(1)**. Plus que renforcer l'existant, la FATCA entend s'appliquer aussi hors du territoire américain et c'est spécialement en cela que cette législation est novatrice **(2)**.

1- Le renforcement de l'existant : le QI program

178. – « *Qualified Intermediaries Program* »[573] **–** Si la FATCA est bien une législation destinée à renforcer la lutte contre l'évasion fiscale par l'obligation de déclaration des comptes détenus à l'étranger, ce qui lui a parfois valu le surnom de « fils du FBAR » (« *son of FBAR*[574] »), elle marque aussi le renforcement du programme « *Qualified Intermediairies* ».

Ce programme, mis en place en 2001[575], instaurait une intensification de la coopération fiscale entre l'IRS et les entités étrangères. L'idée de ce mécanisme est d'inciter les intermédiaires financiers, les « intermédiaires qualifiés », à coopérer, sur la base du volontariat avec l'IRS. En échange de cette collaboration, les intermédiaires se sont vu accorder un statut privilégié pour acheter et vendre des titres américains à des investisseurs non américains. Les banques ayant le statut de QI sont délestées de certaines formalités et avaient la possibilité de verser l'impôt dû sans révéler le nom de leurs clients. Cette disposition permettait à toutes les banques

---

[573] V., parmi d'autres, M. A. BERGER, « Not so safe haven: Reducing tax evasion by regulating correspondent banks operating in the United States », *Journal of International Business and Law*, Hiver 2013; J. HEIBERG, « FATCA: Toward a multilateral automatic information reporting regime », *Washington and Lee Law Review*, Été 2012; T. A. KAYE, «Innovations in the war on tax evasion », *Brigham Young University Law Review*, 2014; S. N. ZANE, « Carrot or stick?: The balance of values in qualified intermediary reform », *Boston College International and Comparative Law Review*, Été 2010.

[574] La FATCA a été parfois surnommée « *Son of FBAR* » ou « *super FBAR* ». V., entre autres, P. MARCOTTE, « IRS winning game of offshore hide and seek », *Maryland Bar Journal*, May/June 2013.

[575] Treas. Reg. § 1.1441-1(e)(5) (2001). V., pour plus de détails, Rev. Proc 2000-12, https://www.irs.gov/pub/irs-drop/rp-00-12.pdf (visité en octobre 2015).

relevant d'une législation sur le secret bancaire stricte, comme la Suisse, de ne pas se mettre en porte à faux avec leur législation nationale et pourtant de contribuer à la bonne marche du programme. Pour cela les banques réalisaient elles-mêmes un prélèvement à la source, transmis ensuite aux autorités américaines.

Une personne qualifiée est une personne pouvant entrer dans le programme QI par la signature d'un accord avec l'IRS[576]. Il s'agit principalement d'établissements financiers étrangers, comme des banques, des organismes de paiements. Cette personne, en vertu de l'acte qu'elle a conclu avec l'IRS, devra assumer certaines obligations d'informations et se charger, le cas échéant, de la retenue à la source sur certains revenus. Les revenus concernés par ce programme sont de source américaine, comme les dividendes payés sur des actions américaines, les gains de capitaux obtenus pour la vente d'actions ou de placements immobiliers, les revenus de produits financiers américains, les loyers perçus pour la location de propriétés américaines, les intérêts produits par des comptes américains. La plupart de ces revenus ne sont pas taxables lorsqu'ils sont versés à un non-américain et ce, afin d'attirer les investisseurs étrangers. Cependant, certains de ces revenus, notamment ceux procurés par des actions américaines sont toujours taxables.

Le programme entend s'assurer que les investisseurs non-résidents américains payent le montant des impôts américains dus sur les revenus de leurs investissements de source américaine. Les intermédiaires qualifiés sont en charge de l'identification des bénéficiaires réels des versements afin de déterminer si ce sont des citoyens américains ou des non-résidents. Ces entités s'engagent à obtenir de leurs clients qu'ils remplissent des formulaires de type W-9 ou W-8BEN, ce qui permet d'identifier les clients américains. Elles transmettent ensuite les informations à l'IRS. La banque en question se retrouve dans l'obligation de lever son secret bancaire quand elle communique les noms de ses clients américains, sauf si elle effectue elle-même le prélèvement à la source. Dans le cas où un client ne remplit pas ce formulaire, il ne peut plus investir dans des actifs financiers américains.

« Le programme QI fut une avancée majeure quand on le compare au monde d'avant 2001, surtout eu égard à la détermination du montant correct de la retenue à la source à appliquer

[576] V., la Foire aux questions sur le site de l'IRS:« *A "Qualified Intermediary" (QI) is an eligible person that enters into a QI Agreement with the IRS pursuant to Rev. Proc. 2000-12, 2000-4 I.R.B. 387, and that acts as a QI under such Agreement.*», https://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/Qualified-Intermediary-Frequently-Asked-Questions (visité en octobre 2015).

aux paiements versés aux étrangers »[577]. Toutefois, il a assez rapidement montré ses faiblesses, notamment lors du scandale UBS.

179. – Les faiblesses du programme QI – Dans un article de 2009, Michael J. McIntyre, professeur de droit à l'université de Détroit, s'est référé au programme QI en ces termes : « *Les États-Unis continueront de perdre le leadership moral sur le problème de l'évasion fiscale tant qu'ils auront en place un programme encourageant les fraudeurs étrangers à investir aux États-Unis* »[578]. C'est le scandale UBS qui a mis à jour les faiblesses de ce programme de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Bradley Birkenfeld, ayant travaillé au sein de la Banque UBS est arrêté par les États-Unis et dévoile les agissements d'UBS pour détourner les obligations du programme QI[579]. UBS avait mis en place tout un système afin que ses clients américains ne soient pas découverts par l'IRS malgré la signature d'un accord QI. UBS ouvrait des comptes couverts par le secret bancaire et aussi appelés « comptes non déclarés », ce qui assurait aux clients américains qu'UBS ne dévoilerait pas ses informations grâce au bouclier des lois suisses sur le secret bancaire. Pour renforcer cette méthode, UBS conseillait à ses clients américains de ne pas remplir le formulaire prévu par le programme QI[580], car ainsi elle n'aurait pas non plus en tant qu'intermédiaire qualifié à envoyer quelconque information à l'IRS. Avec ce système, environ 19 000 clients américains d'UBS ont dissimulé leur identité et leur détention de comptes bancaires à

---

[577] J. R. (Jr.) HARVEY, « Offshore Accounts: Insider's Summary of FATCA and Its Potential Future », *57 Vill. L. Rev. 471* (2012), http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol57/iss3/4: « *It is important to note that the QI system was a major advancement when compared to the pre-2001 world, especially with respect to determining the correct amount of withholding tax to be applied on payments to foreigners.* » (Trad. par nos soins).

[578] M. L. McINTYRE, « How to end the charade of information exchange », *Tax Notes*, 9 novembre 2009, pp. 695-699 : « *The United States loses moral leadership on the tax evasion issue as long as it has an active program encouraging foreign tax cheats to invest in the United States* » (Trad. par nos soins).

[579] X. HAREL, *La Grande évasion : le vrai scandale des paradis fiscaux*, Éd. Les liens qui libèrent, 2010, chapitre 2, p. 51-73 ; M. ZAKI, *Le secret bancaire est mort, Vive l'évasion fiscale*, Éd. Favre, Lausanne, 2010, pp. 46-49 ; M. FARINE, « Le scandale financier qui arrive par UBS », *Le Temps*, 26 mars 2012 ; S. PIEL, « Bradley Birkenfeld, l'homme par qui le scandale UBS est arrivé », *Le Monde*, 2 mars 2015 ; S. A. SCHUMACHER, « Magnifying deterrence by prosecuting professionals », *Indiana Law Journal*, Printemps 2014 ; S. TROIANO, « The U.S. assault on swiss bank secrecy and the impact on tax havens », *New England Journal of International and Comparative Law*, 2011.

[580] Ce système a valu à UBS la qualification de « *unqualified Intermediairy* », notamment dans l'article de M. D. SHEPSMAN, « Buying FATCA compliance : Overcoming holdout incentives to prevent international tax arbitrage », *Fordham International Law Journal*, Octobre 2013.

l'étranger aux services fiscaux américains. UBS a gagné près de 200 millions de dollars par an d'honoraires sur ces comptes[581].

180. – Un mécanisme agressif et innovateur – Comme l'ont justement souligné deux auteurs, *« il est naïf de penser qu'UBS a été la seule à abuser du programme QI (…). Les succès limités des programmes QI et de divulgation volontaire ont conduit à la mise en place du remarquable mécanisme plus agressif et innovateur qu'est la FATCA »*[582].

2- Une législation extraterritoriale

181. – Un dispositif puissant – La législation FATCA dans un article de 2015 a été qualifiée d'*« exemple le plus remarquable de législation extraterritoriale du Congrès de toute l'histoire des États-Unis »*[583].

En adoptant la loi FATCA, le Congrès américain a clairement pris le parti d'exiger des institutions financières n'ayant aucun lien juridictionnel avec les États-Unis de dénoncer les personnes concernées par les obligations de FATCA à l'IRS. Le gouvernement américain impose ainsi sa volonté à des milliers d'institutions étrangères dans le monde[584]. L'objectif affiché est de renforcer le contrôle fiscal des citoyens américains résidant hors du territoire, mais qui sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison des règles d'imposition basées sur la nationalité. Bien entendu, la question susceptible de se poser serait celle de savoir pourquoi ces entités non

---

[581] C. KOLKER et D. VOREACOS, « Ex-UBS Banker Birkenfeld Pleads Guilty in Tax Case (Update 3)», *Bloomberg*, 19 juin 2008, http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&sid=aLI2YNVAxDLM (visité en novembre 2015.)

[582] B. W. BEAN et A. L. WRIGHT, « The U.S. foreign account tax compliance act: American legal imperialism? », *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Printemps 2015 : *« it is naïve to think that UBS was the sole abuser of the QI program, (…). The limited success of the QI and OVDP programs has led to the remarkably more aggressive and innovative mechanisms of FATCA. »* (Trad. par nos soins).

[583] B. W. BEAN et A. L. WRIGHT, *Ibid.* : *«FATCA is by far the most extraordinary example of Congressional extraterritorial legislation in U.S. history. »* (Trad. par nos soins).

[584] BEAN B. W. et WRIGHT A. L., *Ibid.;* C. P. TELLO et J. MALHERBE, « Le Foreign Account Tax compliance Act (FATCA) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales », *Dr. fisc.* n° 3, 16 Janvier 2014, 72 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, La « FATCA », *in* « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 61 ; B. GOUTHIÈRE, « Échanges de renseignements et assistance administrative internationale : où en est-on ? », *BF* 3/14, Éd. Francis Lefebvre, 2014.

soumises aux règles du droit américain se soumettraient aux demandes exorbitantes de l'IRS. Les obligations édictées par ce mécanisme sont particulièrement importantes comme nous le verrons ci-dessous. La réponse est relativement évidente : éviter l'application des très lourdes pénalités prévues par la loi. Comme l'ont justement dit deux auteurs, *« le courroux de la FATCA laisse peu entrevoir de chance pour les institutions financières étrangères de dire non à l'IRS »*[585]. Refuser de respecter la FATCA, c'est risquer pour les institutions financières étrangères (FFI) une sanction financière constitutive d'un prélèvement à la source à hauteur de 30% de la valeur des instruments que ces institutions réalisent aux États-Unis. La FATCA a également introduit la notion de *« passthru payment »*, c'est-à-dire de paiements entre FFI soumis à la retenue à la source de 30%. Cela permet d'éviter qu'une FFI soumise à la FATCA soit utilisée par des FFI dites « récalcitrantes » pour investir quand même aux États-Unis

La sanction la plus extrême reste le retrait de la licence bancaire aux États-Unis et l'impossibilité d'exercer sur le sol américain. Seule l'hégémonie financière et économique des États-Unis pouvait permettre la mise en place d'un pareil système[586]. En effet, sa puissance économique en fait un partenaire incontournable pour toutes les banques du monde.

182. – La signature d'accords intergouvernementaux (IGA) – Malgré la puissance incontestable des États-Unis, il leur a fallu trouver une solution pour imposer la FATCA qui a des implications dans les relations internationales du pays avec le reste du monde. Cette législation nationale, aux conséquences extraterritoriales, ne peut pas empiéter sur la souveraineté des États. Trois possibilités ont été offertes aux partenaires des États-Unis. La première est de signer un accord intergouvernemental mettant en place la FATCA. La deuxième est de ne pas signer d'accord, mais de voir, malgré tout, les États-Unis appliquer leur loi aux institutions financières du pays récalcitrant, celle-ci étant déjà adoptée et entrée en vigueur. Enfin, la troisième est de stopper toutes relations financières avec les États-Unis en demandant aux institutions financières de ne pas travailler avec les américains ou toute autre entité qui placerait

---

[585] B. W. BEAN et A. L. WRIGHT, *Ibid.* : *« The wrath of FATCA leaves FFIs with little or no room to "just sayno" to the IRS. »* (Trad. par nos soins).

[586] V., S. SUR, « L'hégémonie américaine en question », *Annuaire français de relations internationales*, vol. III, Bruylant, 2002 ; A. LHERM, *L'hégémonie américaine*, Éd. PUF, coll. Licence, février 2010; CIA World factbook: The United States, Central Intelligence Agency, Skyhorse Publishing, New York, 2015.

l'institution sous les exigences de la FATCA, notamment à cause du système des « *passthru payment* »[587].

L'arrêt des relations économiques avec les États-Unis n'étant pas une option pour une majorité de pays, le département du Trésor américain a signé des accords intergouvernementaux avec ses principaux partenaires. Ces accords sont la seule façon pour le gouvernement américain de ne pas être accusé de porter atteinte aux droits des pays dans lesquels se trouvent les FFI. Chacun a fait l'objet d'une négociation particulière afin d'adapter la FATCA, ou plutôt les règles de l'État signataire, avec les lois nationales sur le secret bancaire et la confidentialité. Ainsi, il existe un accord différent pour chaque pays. L'accord avec la France a été signé le 14 novembre 2013 par Pierre Moscovici, ministre de l'Économie et des Finances, et Charles Rivkin, ambassadeur des États-Unis d'Amérique en France[588]. Il est applicable depuis le 1er juillet 2014. Il s'agit d'un accord composé de dix articles précisant les définitions des acteurs en cause, les procédures et délais applicables. La collecte des informations par les institutions financières françaises a été introduite dans le droit positif par un nouvel article 1649 AC dans le CGI[589], suite à l'adoption

---

[587] V., l'analyse sur les conséquences dans les relations internationales de la FATCA dans l'article de S. DENEAULT, « Foreign account tax compliance act : a step in the wrong direction », *Indiana International and Comparative Law Review*, 2014.

[588] V., M. ANDRÉ, Rapport du Sénat n°751 au nom de la commission des finances sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), (procédure accélérée), 17 juillet 2014 ; BOI-INT-AEA-10-20150805, Accords d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers - Accord "FATCA" entre la France et les États-Unis, 5 août 2015.

[589] L'article 1649 AC CGI dispose que « les teneurs de compte, les organismes d'assurance et assimilés et toute autre institution financière mentionnent, sur une déclaration déposée dans des conditions et délais fixés par décret, les informations requises pour l'application des conventions conclues par la France permettant un échange automatique d'informations à des fins fiscales. Ces informations peuvent notamment concerner tout revenu de capitaux mobiliers ainsi que les soldes des comptes et la valeur de rachat des bons ou contrats de capitalisation et placements de même nature. Afin de satisfaire aux obligations mentionnées au premier alinéa, ils mettent en œuvre, y compris au moyen de traitements de données à caractère personnel, les diligences nécessaires en matière d'identification et de déclaration des comptes, des paiements et des personnes. Ces traitements éventuels sont soumis à la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. »

de la loi de finances rectificative pour 2014[590]. Il convient également de préciser que la FATCA ne se substitue pas au programme QI. Il s'agit d'un système avec un champ d'application beaucoup plus large, qui constitue un mécanisme parallèle et additionnel.

B) Les étapes de la coopération

183. – Le mécanisme de la FATCA prévoit deux temps: l'identification **(1)** puis la transmission **(2)**.

1- Identifier

184. – Le champ d'application *ratione personae* – Hormis l'IRS, on compte deux acteurs principaux pour permettre la bonne marche de la FATCA : les institutions financières étrangères (FFI), et les personnes américaines ou « *U.S. persons* ».

La définition des FFI est donnée par le titre 26 article 1471 du Code fédéral américain[591] et reprise dans l'accord signé avec la France. On relève quatre catégories d'institutions financières[592]. La première est tout établissement gérant des dépôts de titres et dont l'activité consiste principalement en la détention pour des actifs financiers pour autrui. La deuxième institution concernée est les établissements de dépôts qui acceptent des dépôts dans le cadre habituel de leur activité de banque ou assimilée. Les entités d'investissement font aussi partie des FFI, car elles opèrent

---

590 Article 22 de la loi n° 2014-891 du 8 août 2014 de finances rectificative pour 2014, publiée au JORF n°0183 du 9 août 2014, page 13328, texte n°1.

591 26 U.S.C. §1471(d)(4): « The term ''foreign financial institution'' means any financial institution which is a foreign entity. Except as otherwise provided by the Secretary, such term shall not include a financial institution which is organized under the laws of any possession of the United States. »

592 26 U.S.C. §1471(d)(5): «Except as otherwise provided by the Secretary, the term ''financial institution'' means any entity that— (A) accepts deposits in the ordinary course of a banking or similar business, (B) as a substantial portion of its business, holds financial assets for the account of others, or (C) is engaged (or holding itself out as being engaged) primarily in the business of investing, reinvesting, or trading in securities (as defined in section 475(c)(2) without regard to the last sentence thereof), partnership interests, commodities (as defined in section 475(e)(2)), or any interest (including a futures or forward contract or option) in such securities, partnership interests, or commodities. »

pour le compte d'autrui des transactions sur les instruments du marché monétaire, des changes, les instruments sur devises, les produits de taux d'intérêts, les indices, les valeurs mobilières ou les marchés à terme de marchandises. Elles s'occupent également de la gestion individuelle ou collective de portefeuille et de toutes autres opérations d'investissement, d'administration de fonds ou d'argent. Enfin, les organismes d'assurance particuliers comprennent ceux qui émettent des contrats à forte valeur de rachat, des contrats de rente ou des contrats pour lesquels il faut effectuer des versements. Notons que les entités non financières étrangères (NFFE) sont également visées par la loi.

Une fois identifiée, chaque FFI doit se conformer à la procédure de « *due diligence* »[593] imposée par l'IRS. Celle-ci implique la responsabilité de déterminer qui parmi ses clients est une « personne américaine ». Il s'agit bien entendu des personnes physiques, citoyennes ou résidentes américaines, des sociétés de personnes et des sociétés créées aux États-Unis ou selon la loi américaine fédérale ou des États fédérés, qui doivent payer des impôts aux États-Unis.

La règle « *Know your customer* » *(KYC)*[594], aussi utile soit-elle, n'est pas suffisante. L'absence de possession d'une carte d'identité, d'un passeport américain ou d'une carte verte n'est pas suffisante à s'exonérer de l'application du dispositif de la FATCA. Les FFI doivent rechercher les indices qui justifieront la qualification d'une personne de « *U.S. person* ». Tout document inclinant à pencher vers cette conclusion peut être retenu, comme une attestation du client reconnaissant sa qualité de citoyen ou de résident américain, un numéro de téléphone ou une adresse mail aux États-

---

[593] Procédure de vérification préalable.

[594] En France : Ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, codifiée à l'article L. 561-2-2 du Code monétaire et financier. Ce principe prévoit que le professionnel doit s'assurer, avant d'entrer en relation d'affaires avec un client même occasionnel, de l'identité de celui-ci et, le cas échéant, de celle du bénéficiaire effectif de la relation d'affaires. V., P. MICHAUD, « Tracfin, blanchiment et fraude fiscale : les déclarations de soupçon - De nouvelles obligations pour les juristes et fiscalistes », *Dr. fisc.* n° 40, 1er Octobre 2009, 485.
Aux États-Unis, le *Bank Secrecy Act* de 1970, amendé par le *U.S. Patriot Act* de 2001, est la législation la plus importante en matière de lutte contre la fraude et le blanchiment d'argent. Une disposition de la loi de 2001 a mis en place le programme « *Customer Identification* » ou KYC. Il est entré en application en 2003. V., entre autres, M. A. BERGER, « Not so safe haven : Reducing tax evasion by regulating correspondent banks operating in the United States », *Journal of International Business and Law*, Hiver 2013.

Unis. Nous reviendrons plus bas sur cette notion de « *U.S. person* » qui pose des difficultés substantielles en pratique.

185. – Le champ d'application *ratione materiae* – La plupart des comptes entre dans le champ d'application de la FATCA. Les actifs doivent excéder 200 000 dollars pour les célibataires non-résidents et 50 000 dollars pour les résidents. Les contribuables américains détenant des comptes financiers, des comptes de dépôt, des comptes titres et des contrats d'assurance, dont des contrats d'assurance-vie, si ces derniers peuvent être qualifiés de « contrats d'assurance à forte valeur de rachat », c'est-à-dire quand leur valeur de rachat est supérieure à 50 000 dollars, doivent faire l'objet d'une identification et d'une déclaration auprès des autorités fiscales nationales ou américaines selon le modèle de convention intergouvernementale (IGA) choisi. Certains comptes ne sont pas considérés comme des « comptes américains déclarables ». Il s'agit de certains comptes de produits ou de retraite[595], de certains autres comptes ou produits bénéficiant d'avantages fiscaux[596] et de l'épargne salariale[597].

La FFI doit fournir diverses informations concernant les « comptes déclarables » comme le nom, l'adresse, le numéro d'identification fiscale du contribuable (le SIRET en France), le numéro de compte, le solde ou la valeur portée sur le compte à la fin de l'année civile, le montant brut des intérêts ou dividendes de source américaine versés sur le compte de dépôt.

---

[595] Les contrats dits « Article 82 » (article 82 du CGI, placement d'épargne entreprise), les contrats dits « Article 83 » (article 83 du CGI, placement d'épargne entreprise), les contrats « Madelin » (retraite complémentaire ou des garanties de prévoyance complémentaire pour les travailleurs non-salariés), les contrats « Madelin agricole » (retraite complémentaire pour les agriculteurs), les Plans d'épargne retraite populaire (PERP), les Plans d'épargne retraite entreprise (PERE) et Prefon (retraite complémentaire pour les fonctionnaires) et contrats dits « Article 39 ».

[596] Livret A et Livret bleu, Livret de développement durable, Livret d'épargne populaire, Livret jeune, Plan d'épargne logement et Compte d'épargne logement, et Plan d'épargne populaire.

[597] Accords de participation, plan d'épargne d'entreprise (PEE) et plan d'épargne interentreprises (PEI), plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO) et plan d'épargne pour la retraite collectif interentreprises (PERCOI), et compte courant bloqué.

2- Transmettre

186. – « FATCA 1 » – Le modèle 1, la transmission indirecte, est le modèle d'accord le plus courant. Il consiste en une transmission indirecte des informations. Les informations sont centralisées et transmises par voie gouvernementale. En pratique, les services de l'État doivent collecter auprès des institutions financières les données qui ensuite seront transmises à l'IRS de manière automatique. Ce modèle de transmission est plus apprécié, car plus sécurisant pour les banques et moins lourd. Elles ne se trouvent pas dans l'obligation de garantir la transmission aux services américains. Ce premier modèle prévoit la réciprocité des transferts d'informations entre les États-Unis et le pays tiers, sauf en ce qui concerne le solde du compte bancaire. La majorité des pays ont opté pour ce modèle[598].

187. – « FATCA 2 » – Le modèle 2, la transmission directe, est beaucoup moins commun[599] et prévoit la transmission directement des FFI vers l'IRS, sans passer par les autorités nationales des FFI. Le gouvernement, qui est le co-contractant reste néanmoins responsable de la bonne transmission des informations. Il existe deux particularités à ce modèle. La première est que la transmission n'est pas automatique. Elle ne se fait que si la FFI a obtenu le consentement exprès de son client. Si le consentement n'est pas obtenu, alors les données seront tout de même transmises, mais sous forme non nominative. Dans le cadre d'une demande groupée, l'administration fiscale américaine pourra alors demander communication des données nominatives. La seconde caractéristique de ce modèle est l'absence de réciprocité de la part des États-Unis.

---

[598] Soixante-neuf États ont signé le modèle 1 et l'ont mis en, application (la France, l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, le Royaume Uni, le Danemark, la Belgique, l'Île de Man, Jersey, le Lichtenstein, le Luxembourg, la Finlande, le Honduras….) Les derniers ont été conclus en octobre 2015 avec l'Algérie, la Corée du Sud et la Géorgie ; http ://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx (visité en novembre 2015).

[599] D'après le site de l'IRS, seuls sept pays ont pour l'instant signé le modèle 2 et l'ont mis en application : la Suisse, le Japon, les Bermudes, le Chili, l'Autriche, la Moldavie et Hong-Kong ; http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx (visité en novembre 2015).

Il apparaît clair que ce modèle FATCA 2 est réservé à ceux qui souhaitent conserver leur secret bancaire, mais qui se sentent obliger, dans un contexte économique international, de coopérer un minimum avec les États-Unis[600]. Avoir prévu ce modèle consiste en une forme d'aveu de faiblesse de la part des États-Unis face aux pays refusant de lever leur secret bancaire. Ils ont préféré, faute de mieux, leur laisser une marge de manœuvre plutôt que de les exclure totalement de leurs relations. Bien que les États-Unis soient un pays puissant, il est clair qu'ils ne peuvent pas se passer de partenaires étrangers tels l'Autriche, la Suisse, Hong-Kong ou le Japon. Les concessions qui ont dû être faites font déjà entrevoir les imperfections de cette législation[601].

§2. Une législation fortement critiquée

188. – Aussitôt mise en œuvre, la législation FATCA montre déjà des signes de faiblesse et de nombreuses critiques s'élèvent contre elle. Le problème de la FATCA est sa légitimité envers les banques étrangères et les américains qui ignorent être dans son champ d'application **(A)**. Face à cela des solutions ont été trouvées **(B)**.

A) Les dommages collatéraux de la FATCA[602]

189. – Très vite des voix se sont élevées contre le dispositif FATCA en raison des répercussions qu'il a sur les FFI **(1)** et les expatriés américains **(2)**.

1- Sur les institutions financières étrangères

190. – Les coûts de la FATCA – La législation américaine FATCA représente un véritable fardeau financier pour les banques concernées[603]. En effet, la collecte

[600] M. ANDRÉ, Rapport du Sénat n°751, *Op. Cit.*, pp. 12-13.

[601] F. BEHRENS, « Using a sledgehammer to crack a nut: Why FATCA will not stand », *Wisconsin Law Review*, 2013; S. DENEAULT, *Op. Cit*.

[602] R. MASON, « Citizenship Taxation », *Southern California Law Review*, vol. 89, Mai 2015, p. 39: *« it inflicts collateral damage (…) »* (Trad. par nos soins).

d'informations requise par le dispositif représente un coût financier et opérationnel conséquent pour les FFI, coût répercuté ensuite sur les contribuables.

Dans un premier temps, et comme pour toute nouvelle législation, les banques doivent mettre à jour leurs processus et systèmes informatiques afin que les données non encore présentes, mais demandées par la FATCA y figurent. Le dispositif KYC doit être également développé pour compléter les bases de données existantes. De plus, des actions de formation des employés doivent être mises en œuvre rapidement pour familiariser tout le personnel des banques à ses nouvelles obligations, c'est-à-dire l'identification des « *U.S. person* ». Dans un second temps, la charge financière a été évaluée par les banques et sera supportée par les titulaires de comptes déclarables[604]. D'après une étude de la Société générale, le surcoût peut aller de 10 à 50 dollars par comptes pour couvrir les frais engendrés par la FATCA[605].

Un rapport de 2011 d'un Comité consultatif de l'IRS sur le programme d'échange d'information (IRPAC)[606] a souligné les difficultés rencontrées par les FFI et notamment a pointé du doigt le peu de temps qui leur a été accordé pour se mettre en conformité avec les exigences de la FATCA[607].

191. – Des comptes fermés pour américanité – Les coûts engendrés par la mise en place de la FATCA ont eu une répercussion importante sur le marché américain.

---

[603] F. BEHRENS, *Op. Cit.* : « *FATCA creates a serious financial burden for financial institutions* ». (Trad. par nos soins).

[604] V., différentes études, KPMG : https://www.kpmg.com/FR/fr/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/FATCA-secteur-bancaire-confronte-au-defi-FATCA-072013.pdf (visité en novembre 2015) ou encore Initio : http://www.initio.eu/site/wp-content/uploads/2011/12/Initio_FATCA_NOV20111.pdf (visité en novembre 2015).

[605] Étude de la Société générale publiée dans la rubrique Questions/Réponses sur FATCA : http://www.sgbt.lu/fr/metier-titres/veille-reglementaire/fatca/questionsreponses-fatca/ (visité en novembre 2015).

[606] L'IRS Information Reporting Program Advisory Committee ou IRPAC a été établi en 1991 à la suite du rapport de la conférence finale sur le Omnibus Budget Reconciliation Act de 1989. Ce comité est administré par le National Public Liaison Office sous la direction du chef de la communication et des liaisons. L'objectif est d'instaurer un forum public pour l'IRS et les membres du secteur privé concernés par l'échange d'informations pour discuter des difficultés rencontrées.

[607] E. DOLD et al., Information Reporting Program Advisory Committee : General Report 75-77 (2011), https://www.irs.gov/Tax-Professionals/2011-IRPAC-Report:-International-Reporting-&-Withholding-Subgroup (consulté en novembre 2015).

Comme le souligne divers auteurs, les frais supportés par les clients tendent à les dissuader d'investir aux États-Unis[608]. Marc D. Shepsman, avocat, estime même que « *la FATCA pourrait en réalité faire plus de mal que de bien aux États-Unis* »[609]. Une enquête menée par KPMG a révélé que seulement 36% des institutions financières interrogées envisageaient de continuer à respecter les obligations de la FATCA, mais 45% estiment possible d'arrêter d'investir sur le marché américain en raison de cette législation[610]. On observe une vague de fermeture de comptes ou de refus d'ouverture pour la seule raison que le titulaire du compte est qualifié de « *US person* » et placerait la banque dans le champ d'application de la FATCA.

2- Sur les expatriés

192. – Les difficultés rencontrées – Bien qu'aucune statistique ne soit tenue, le département d'État des États-Unis estime à 7,6 millions le nombre de citoyens américains ou de porteurs de la carte verte vivant à l'étranger[611]. Ainsi, toutes ces personnes devraient normalement déclarer leurs revenus et comptes bancaires tenus à l'étranger à l'IRS conformément au principe d'imposition selon la nationalité. Cela se rajoute naturellement aux obligations fiscales qu'ils se doivent de remplir dans leur pays de résidence. L'imposition pour les expatriés américains est réellement complexe et laborieuse tant les documents à remplir sont nombreux. Or les services d'assistance de l'IRS à l'étranger sont passés de vingt-huit bureaux en 1986 à

---

[608] L. PORRITT, « European Investors Deterred from US Investments by FATCA », *Investment Europe*, 7 juin 2011, http://www.investmenteurope.net/regions/benelux/european-investors-deterred-from-us-investments-by-fatca/(consulté en novembre 2015); BEHRENS Frederic, *Op. Cit.* : « *Thus, global investors will end up carrying the cost of FATCA compliance unwillingly in their portfolios even though they purposefully avoid financial investements connected to the United States.* » (Trad. par nos soins).

[609] M. D. SHEPSMAN, *Op. Cit.*: « *FATCA may actually do more harm than good to the United States* » (Trad. par nos soins).

[610] KPMG, FATCA and the fund industry: Defining the path, Juin 2011, p.6, https://www.kpmg.com/BB/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/fatca-and-the-funds-industry-defining-the-path.pdf (consulté en novembre 2015).

[611] U.S. Dept. of State Bureau of Consular Affairs, Who We Are and What We Do: Consular Affairs by the Numbers, http://travel.state.gov/pdf/ca_fact_sheet.pdf, mis à jour en mai 2013 (consulté en novembre 2015); L. SAUNDERS, « Overseas Americans : Time to say 'bye' to Uncle Sam? », *The Wall Street Journal*, 17 août 2013, http://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323455104579014772169287210 (consulté en novembre 2015).

seulement un seul bureau à Paris[612]. Le courrier électronique ou le téléphone restent les seules solutions pour ces expatriés afin d'obtenir un peu plus de clarté dans leurs obligations fiscales envers un pays dans lequel ils ne vivent pas et ne travaillent pas. Et la FATCA n'a fait que renforcer cet imbroglio administratif. Aujourd'hui, ces personnes doivent également déclarer tous les comptes qu'ils détiennent en dehors des États-Unis, ce qui est obligatoirement le cas puisque ces personnes ne vivent pas ou plus aux États-Unis. Le *National Taxpayer Advocate* a d'ailleurs constaté que les services d'assistance de l'IRS à l'étranger s'étaient « détériorés »[613].

Beaucoup d'expatriés américains se sont ainsi retrouvés dans une situation kafkaïenne. L'accès aux services bancaires dans leur pays de résidence leur est refusé, car ils ont un passeport américain, mais ceci est bien souvent leur seul lien avec les États-Unis. En effet, certains d'entre eux n'ont aucune activité économique avec leur pays d'origine, n'y retournent même plus, n'y ont pas de famille. Certains ne savaient parfois même pas qu'ils étaient susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la FATCA.

193. – Les « *accidental americans* »[614] – Il s'agit des personnes qui n'ont pas de passeport, de carte d'identité américaine ou de carte verte, mais qui pour une raison ou une autre peuvent être considérées par la loi américaine comme des américains sans qu'ils aient conscience de ce statut. Cela peut concerner les personnes nées aux États-Unis de parents non américains et présentes temporairement sur le sol américain pour le travail et qui sont rentrées dans leur pays ensuite ou encore les personnes nées à l'étranger, mais un de leur parent avait émigré aux États-Unis. Ainsi, avec les exigences pesant sur les banques d'identifier les « *U.S. persons* », certaines se sont vu reconnaître cette qualité alors qu'elles ignoraient totalement avoir un lien quelconque avec cet État. Ces personnes se sont retrouvées dans une situation délicate et totalement inattendue, car soumis à la FATCA.

---

612 https://www.irs.gov/Individuals/International-Taxpayers/U.S.-Citizens-and-Resident-Aliens-Abroad (consulté en novembre 2015).

613 National Taxpayer Advocate, Rapport annuel au Congrès 2013, vol. 1, p. 208 : « but the service they receive there is worsening ».

614 R. SEN et F. MAMDOU, *The Accidental American: Immigration and Citizenship in the Age of Globalization*, *Berrett-Koehler Publishers*, Inc, San Francisco, Califormia, 2008; C. GRAFFY, « A Special Tax Misery for Americans Living Abroad », *The Wall Street Journal*, 17 juillet 2013, http://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323993804578611711520269422 (consulté en novembre 2015).

Même si la législation fiscale prévoit un système de déduction ou d'exclusion pour éviter les situations de double taxation pour les américains à l'étranger, il n'en reste pas moins que la lourdeur et la complexité du système n'incitent pas ces personnes à se mettre en conformité avec la FATCA, mais plutôt à chercher les moyens de la détourner.

B) L'avenir de la FATCA

194. – Beaucoup d'auteurs estiment que la FATCA ne pourra pas durer dans le temps à cause des difficultés qu'elle engendre. D'ailleurs, certains américains ont adopté une solution radicale pour ne plus se voir imposer ces obligations : abandonner leur citoyenneté **(1)**. Cette attitude extrême engendre aujourd'hui toute une remise en question du principe d'imposition qu'a entraîné l'adoption de la FATCA **(2)**.

1- Abandonner sa nationalité pour échapper à la FATCA

195. – L'augmentation des abandons de nationalité – En 2014, 3 145 Américains ont renoncé à leur nationalité. En 2008, ils n'avaient été que 235. À la fin du premier trimestre 2015, ils étaient déjà 1 335[615]. Sur les sept millions d'Américains vivant à l'étranger, cela peut paraître très peu[616]. Mais en réalité cette forte augmentation montre surtout la détresse dans laquelle se trouvent ces personnes, car renoncer à la nationalité américaine n'a rien d'anodin. En effet, cela engendre ensuite des difficultés pour entrer aux États-Unis pour diverses personnes, comme par exemple les personnes contagieuses ou ayant commis un crime ou un délit. Certains pourraient même se retrouver dans l'impossibilité d'entrer dans le pays, ces

---

[615] R. W. WOOD, « New Un-American Record: Renouncing U.S. Citizenship », *Forbes*, 8 mai 2015, http://www.forbes.com/sites/robertwood/2015/05/08/new-un-american-record-renouncing-u-s-citizenship/ (visité en novembre 2015); L. ROBEQUAIN, « Le nombre d'Américains qui renoncent à leur nationalité s'envole », *Les Échos*, 20 février 2015.

[616] T. DENSON, « Goodbye Uncle Sam ? How the foreign account tax compliance act is causing a drastic increase in the number of Americans renouncing their citizenship », *Houston Law Review*, Hiver 2015: « *It is true that those numbers are just a "drop in the bucket" compared to the 6 or 7 million Americans living abroad (…)* » (Trad. par nos soins).

personnes ayant abandonné leur nationalité pour des raisons exclusivement fiscales. Le renoncement est définitif et la seule possibilité pour récupérer sa nationalité serait de passer par le long et incertain processus de la naturalisation[617]. Pourtant malgré ces inconvénients, abandonner la nationalité américaine peut parfois être le seul véritable choix judicieux à faire.

196. – Un choix judicieux ? – Un auteur explique dans son article que le traitement fiscal entre un citoyen américain et un étranger non-résident incite à la renonciation[618]. Parmi ces incitations et sans être exhaustives, on trouve des taux d'imposition moins élevés sur les revenus de source américaine des étrangers non-résidents. Ces derniers n'ont pas l'obligation de déclarer les revenus non américains ou de payer les droits sur les donations et les successions à l'IRS. Mais surtout, ils ne rentrent pas dans le champ d'application de la FATCA. Cette législation a causé du tort aux Américains vivant à l'étranger du fait des banques qui ne souhaitaient plus offrir leurs services, pour ne pas avoir à remplir les lourdes exigences du dispositif FATCA.

Toutefois, tout le monde ne souhaite pas aboutir à cette solution qui est de renoncer à sa nationalité. Et évidemment, il faut pour cela en avoir une autre et prendre en considération le coût de cette expatriation en terme fiscal. « *Beaucoup de gens pensent à tort que l'expatriation va leur permettre d'échapper complètement aux impôts américains. Il y a toujours un prix à payer sous la forme d'une taxe de sortie, même si l'abandon de la citoyenneté réduit ou efface certaines des obligations fiscales.* »[619]

La renonciation à la citoyenneté américaine ne peut naturellement pas être une solution à long terme. C'est pourquoi beaucoup d'études et d'articles envisagent une réforme du système de taxation américain et notamment la remise en cause du principe de nationalité.

---

[617] K&L Gates LLP, « The Price of Leaving: Renouncing U.S. Citizenship Comes with Costly Consequences », *JDSUPRA Business Advisor*, 28 août 2013, http://www.jdsupra.com/legalnews/the-price-of-leaving-renouncing-us-ci-04223/ (visité en novembre 2015).

[618] T. DENSON, *Op. Cit.*

[619] T. DENSON, *Ibid.* : « *Many people improperly assume that expatriation will allow them to completely avoid U.S. taxes. There still may be a price to pay in the form of an exit tax, even though renouncing one's citizenship will reduce or eliminate a number of income tax responsibilities* » (Trad. par nos soins). ; S. A. BOWMAN, « Should I Stay or Should I Go? Tax Considerations in U.S. Expatriation », *The Florida Bar Journal*, Septembre/Octobre 2012, vol. 86, n°8.

2- Une remise en cause nécessaire du principe de nationalité ?

197. – Une conséquence inattendue – Le Professeur J. Richard Harvey Jr. pose clairement la question de savoir si *« la FATCA justifie un changement vers l'imposition basée sur la résidence »*[620]. Conscient des difficultés que cette disposition engendre pour les Américains vivant à l'étranger, il répond que le changement de principe de taxation n'est pas nécessaire, car selon son analyse, les complications causées par la FATCA sont surmontées grâce à la mise en place d'accords intergouvernementaux et aux règles entourant la mise en œuvre de cette législation. De plus, il met en exergue le mouvement en faveur du système FATCA à un niveau mondial. Par exemple, l'UE a rédigé une directive allant dans le sens d'une FATCA européenne[621]. Néanmoins, il estime que la FATCA *« peut être l'initiatrice encourageant une discussion sur la façon dont il faudrait imposer les citoyens américains vivant à l'étranger »*[622].

La mise en œuvre de la législation FATCA a engendré un débat sur la nécessité ou non de remettre en cause le principe de nationalité, principe d'imposition appliqué aux États-Unis. En effet, c'est ce principe et non le dispositif FATCA lui-même qui pose problème. Si les États-Unis appliquaient comme la majorité des pays le principe de territorialité, les Américains vivant à l'étranger et n'ayant aucune relation économique avec leur pays d'origine ne seraient pas confrontés au dilemme de choisir de demeurer citoyen américain et de se perdre dans les méandres de législations comme la FATCA, ou de renoncer purement et simplement à être américain, une solution très radicale.

Plusieurs auteurs présentent des propositions dont celle d'appliquer un principe de taxation basé sur la résidence spécialement pour les expatriés[623]. Ce débat va bien

---

[620] J. R. (Dick) Jr HARVEY, « Worldwide taxation of United States citizens living abroad – Impact of FATCA and two proposals », *George Mason Journal of International Commercial Law*, Été 2013: *« Does FATCA Justify Changing to Residence-Based Taxation? »*.

[621] COM(2013) 348 final du 12 juin 2013, proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

[622] J. R. (Dick) Jr HARVEY, *Op. Cit.*: *« it can be a catalyst for encouraging discussion of how U.S. citzens abroad should be taxed »* (Trad. par nos soins).

[623] J. R. (Dick) Jr HARVEY., *Ibid.;* B. SCHEIDER, «The end of taxation without end: A new tax regime for U.S. expatriates », *Virginia Tax Review*, Été 2012; R. MANSON R., *Op. Cit.*, p.57: le Professeur Ruth Manson souligne en conclusion que le principe de nationalité appliqué par les États-Unis augmente les difficultés pour les contribuables non-résidents et ne sert en rien le but de lutte contre la fraude et

au-delà de notre propos, mais il met en lumière combien la législation FATCA a été et représente toujours un véritable bouleversement à la fois pour les citoyens, pour les partenaires des États-Unis, mais aussi pour les États-Unis eux-mêmes. De plus, elle est un motif pour une partie de la doctrine, qui considère que la FATCA ne survivra pas, d'aller vers la fin du principe d'imposition sur la nationalité.

198. – « *La fin inéluctable de la FATCA* »[624] – Alors que l'UE s'attèle encore à mettre en place une FATCA européenne, la doctrine américaine en prédit déjà la fin. La théorie de Sean Deneault, avocat à l'IRS, est que la FATCA ne peut pas tenir sur le long terme, car elle constitue une législation essentiellement punitive sans aucun avantage pour celui qui la respecte ou qui finit par s'y conformer. Il a ainsi écrit que la *« FATCA est seulement un bâton et jamais une carotte »*[625]. En effet, il argue du fait que la législation en cause a pour objectif de régner sur les institutions financières dans le monde en les obligeant à se mettre en conformité par la menace de les empêcher d'accéder au marché américain dans le cas contraire. Cette description de la situation est juste, car en effet les États-Unis utilisent leur puissance économique pour contraindre leurs partenaires à se plier à leur législation nationale. Or c'est oublier que pour qu'une législation soit réellement efficace, elle se doit d'être universelle, ce qui n'est pas le cas de la FATCA.

Un autre auteur parle de la FATCA comme d'*« une route ne menant nulle part »*[626]. Il admet que tous les coûts et complexités qu'entraînent la mise en œuvre de la FATCA ne peuvent pas être indéfiniment acceptables par le reste du monde.

Il demeure que certains auteurs croient en la FATCA. Par exemple, la législation FATCA est considérée comme destinée à se révéler un succès, car c'est un outil de coopération internationale, qui grâce à la signature des IGA va permettre d'instaurer une unité entre les pays et engendrer un taux de transparence très élevé[627].

---

l'évasion fiscale. Elle estime même que ce principe désavantage le pays, car il décourage les migrants qualifiés qui comprennent qu'obtenir la carte verte signifie devenir imposables sur leurs revenus mondiaux pour le reste de leur vie, même s'ils quittent les États-Unis.

[624] S. DENEAULT, *Op. Cit.* : *« FATCA's logical end »* (Trad. par nos soins).

[625] S. DENEAULT, *Ibid.* : *«FATCA is all stick and no carrot »* (Trad. par nos soins).

[626] F. BEHRENS, *Op. Cit.* : *« FATCA, the Road to Nowhere »* (Trad. par nos soins).

[627] A. C. KOSSACHEV, « Worldwide taxation and FATCA : A constitutional conundrum or the final piece of the tax evasion puzzle ? », *George Mason University Civil Rights Law Journal*, Printemps 2015: *« There are also several policy reasons why FATCA is destined to be successful. »* (Trad. par nos soins).

Toutefois, l'attitude des États-Unis en adoptant la FATCA, peu importe le but qu'elle recherche, nous semble particulièrement critiquable quand on regarde la réalité du comportement des États-Unis dans la lutte contre l'évasion fiscale et notamment contre l'opacité. L'association Tax Justice Network (TJN) réalise tous les deux ans un classement des pays les plus opaques[628]. En 2015, les États-Unis sont placés troisième selon l'indice d'opacité financière[629]. Bien que le pays soit pionner dans la lutte contre les paradis fiscaux et l'opacité financière, il refuse toujours d'adhérer à l'échange automatique de renseignements de l'OCDE sous prétexte qu'il a mis en place la FATCA. Or TJN souligne que cette loi est très dure envers les Américains qui échappent à l'impôt, mais qu'en revanche elle est particulièrement compréhensive concernant les capitaux illicites apportés par les étrangers sur le territoire américain[630].

199. – Conclusion de la Section 2 – Le système américain, dans son évolution, a emprunté la voie de la prise en considération de la personne, articulant son dispositif de la FATCA autour de la notion d'« *U.S. person* ». Ce mécanisme, qui impose une collaboration très étroite des institutions financières étrangères, a développé des effets extraterritoriaux particulièrement remarquables. Dès lors, le dispositif né de la FATCA peut apparaître au premier abord d'une redoutable efficacité, notamment en raison de son caractère global et c'est sans doute pour cette raison que l'Union européenne s'apprête à adopter un mécanisme de ce type. Il n'en demeure pas moins que la FATCA a ses imperfections et défauts, lesquels ont abouti à la solution extrême, chez certains citoyens, à renoncer à leur nationalité. De plus, les établissements bancaires se plaignent des contraintes que font naître les conséquences du dispositif.

---

[628] Tax Justice Network, Indice d'opacité financière, Résultats 2015, publié le 2 novembre 2015 : http://www.financialsecrecyindex.com/index.php/introduction/fsi-2015-results (visité en novembre 2015): le premier pays est la Suisse et le deuxième Hong-Kong.

[629] L'indice d'opacité financière classe les pays selon deux critères, un qualitatif et un quantitatif. Le critère qualitatif étudie d'après les lois et règlements du pays, les traités internationaux signés, la place du secret dans le pays. Le second critère mesure l'envergure de ses activités financières offshore.

[630] Tax Justice Network, Financial secrecy index, Narrative report on USA, http://www.financialsecrecyindex.com/PDF/USA.pdf (visité en novembre 2015).

200. – Conclusion du Chapitre 2 – L'approche par territoire, telle que la France la pratique, et l'approche tenant compte des citoyens, comme aux États-Unis, sont deux voies particulièrement distinctes et reposant sur des fondements culturels propres à chacun de ces pays. Il demeure que, quoi qu'il en soit, la France n'aurait pu adopter un système à l'américaine, tant compte tenu des exigences communautaires que de son poids économique plus faible que les États-Unis.

Il faut bien convenir que les effets extrêmes de ces deux systèmes peuvent parfois confiner à l'absurde : ainsi le Panama n'a pas été pendant un temps considéré comme un État et territoire non coopératif et il suffit de s'entendre avec douze pays en signant des conventions d'assistance administrative pour ne pas ou ne plus être considéré comme un ETNC. De même aux États-Unis, la FATCA a conduit à un accroissement des abandons de nationalité. Quoi qu'il en soit, il paraît bien que le système américain produit des effets plus efficaces et plus rapides, certainement parce qu'une approche uniquement nationale est insuffisante. Sans doute la solution d'une FATCA à l'européenne, couplée à une liste rigoureusement établie, est-elle la solution assurant une meilleure efficacité.

201. – Conclusion du Titre 1 – Dans la lutte contre les paradis fiscaux, l'imposition est l'arme cardinale, celle qui s'impose le plus naturellement à l'esprit. De ce point de vue, la comparaison entre les démarches américaines et françaises font ressortir deux tendances très nettes. Les moyens de lutte classiques sont relativement similaires et reposent sur l'échange de renseignements et un encadrement des relations, le premier étant le préalable indispensable au second. Par exemple, l'analyse des mécanismes d'obtention des renseignements français et américains tend à montrer cette similarité entre les deux ordres juridiques étudiés, surtout depuis la mise en place en France du dispositif de demande de renseignement non nominatif à la manière du *John Doe summons*. On note dès à présent à quel point les États-Unis ont développé plus tôt que la France des outils très efficaces, sachant que le *John Doe summons* a été autorisé dès 1975 par la Cour suprême et que son pendant français ne date que de la loi du 6 décembre 2013.

202. – Puis, face aux difficultés du droit positif et à la multiplication des scandales relayés par la presse, les législations des deux pays considérés ont été amenées à évoluer. Sous la pression des travaux de l'Organisation de Coopération et

de Développements Économiques, la lutte contre les paradis fiscaux est devenue une priorité aux yeux des gouvernements. C'est là que de la comparaison naît une distinction dans les voies empruntées, se basant sur une prise en considération tenant compte soit du territoire, soit de la personne. De nouveaux outils ont été mis en place : la FATCA et l'article 230-0 A du Code général des impôts.

203. – Si l'imposition est un pilier essentiel de la législation anti-paradis fiscaux, il ne saurait être suffisant. La perspective pénale est indispensable en raison de son caractère dissuasif. Ainsi, c'est en se plaçant également à un niveau répressif que la lutte contre les paradis fiscaux peut se révéler pleinement efficace **(Titre 2)**.

TITRE 2

LA LUTTE PAR LA RÉPRESSION

204. – Dans la lutte par l'imposition, les États-Unis font montre d'une audace certaine, sans nul doute plus que l'État français. Les mécanismes ont jusqu'alors été similaires, mais l'évolution récente a démontré une distinction entre les deux pays. L'action, extraterritoriale des États-Unis et leur supériorité économique et financière par rapport à la France. Ils innovent en matière fiscale depuis plus d'un siècle et ne redoutent pas d'imposer leur vision aux autres pays. Ainsi, quand certains dispositifs américains datent du début du XXème siècle, ils font timidement leur apparition en France dans les années 2010 et sont à peine repris par l'Union européenne.

205. – Cette différence entre les deux pays risque de se retrouver dans l'autre facette de la lutte contre les paradis fiscaux par la répression. Si la recherche de renseignements et autres dispositifs sont incontournables dans la lutte contre les paradis fiscaux, ils ne sont pas suffisants et l'arrivée des sanctions pénales dans le processus ne peut que renforcer la crainte de certains contribuables de faire appel à ces juridictions opaques. Il demeure que le dispositif pénal ne doit pas être prôné à l'excès. La protection du contribuable ne doit pas pâtir de la lutte contre les paradis fiscaux. D'ailleurs, la pénalisation accrue de la lutte contre les paradis fiscaux doit être mesurée à l'aune d'une meilleure et nécessaire protection des contribuables. Il appartient au législateur de veiller avec soin à ce que l'administration ne fasse pas un usage excessif de ses pouvoirs exorbitants, même si le but poursuivi relève de l'intérêt commun. La pénalisation **(Chapitre 1)** ne saurait être envisagée sans une meilleure protection du contribuable **(Chapitre 2)** : c'est toute la contradiction que les législateurs français et américain doivent prendre en compte.

CHAPITRE 1

LA PÉNALISATION ACCRUE DE L'UTILISATION DES PARADIS FISCAUX

206. – L'outil pénal au service de la lutte contre les paradis fiscaux représente l'étape ultime dans l'échelle des mesures et des sanctions susceptibles d'être prises. Il s'agit de criminaliser les utilisateurs de ces juridictions et de « porter le coup de grâce » à ceux qui, en dépit des moyens déployés que nous avons étudiés dans le titre précédent, pensent encore pouvoir échapper à l'administration fiscale.

Divers outils directement empruntés au droit pénal ont fait leur apparition en droit fiscal. Certains auteurs voient même dans ce mouvement les « prémices d'un droit pénal fiscal à part entière »[631]. Parmi ces moyens, on retrouve les visites domiciliaires, les saisies, les sanctions privatives de liberté ou encore les sanctions financières.

Cette incursion du droit pénal dans le droit fiscal se retrouve principalement avec la création, déjà ancienne aux États-Unis, de police fiscale et d'agents de l'administration spécialement formés aux techniques des officiers de police. On remarquera dans notre étude qu'à ce niveau également la France a pris beaucoup de retard en la matière par rapport à son allié anglo-saxon. La répression s'est intensifiée et les évolutions ont emprunté deux directions. Les sanctions ont augmenté ces dernières années et la France a inauguré un nouvel acteur, le procureur financier. Il

[631] E. DAOUD et M. SAUBEL, « La pénalisation du droit fiscal : rappels et inventaires », *RLDA*, n°114, avril 2016.

demeure, qu'en dépit des efforts que déploie le législateurs français, la création de ce procureur n'est guère révolutionnaire au regard de l'exemple des États-Unis : les conflits en matière fiscale y ont déjà leurs propres tribunaux.

Aussi envisagerons-nous dans un premier temps la première facette de cette pénalisation du droit fiscal, c'est-à-dire l'enquête menée par la police **(Section 1)**, puis les évolutions actuelles au niveau de la sanction **(Section 2)**.

Section 1

Enquête et police : un préalable à la sanction

207. – Aux États-Unis, avec l'IRS *Criminal Investigation Division* (IRS-CID) **(§1)**, ou en France, avec la police fiscale **(§2)**, ces deux acteurs sont les conséquences d'une pénalisation accrue de la lutte contre les paradis fiscaux. Avec ces services se dessinent une judiciarisation de la lutte contre les paradis fiscaux.

§1. L'IRS - Criminal Investigation Division aux États-Unis

208. – Presque centenaire, l'IRS-CID est un acteur incontournable du paysage américain de lutte contre les paradis fiscaux **(A)**. Il a fait preuve, au fil des années, d'une efficacité exceptionnelle **(B)**.

A) Un acteur incontournable du dispositif américain de lutte contre les paradis fiscaux

209. – ***L'Intelligence Unit*** **–** Il s'agit de la première forme sous laquelle est apparu l'IRS-CID. Le chef de l'IRS de l'époque, Daniel C. Roper, a mis en place l'*Intelligence Unit* le 1er juillet 1919, afin de fournir des moyens d'enquête plus amples à l'IRS pour lutter contre la fraude[632].

À cette fin, six inspecteurs du service postal américain ont alors été transférés vers l'administration fiscale pour devenir les premiers agents spéciaux en charge

[632] V., sur le site de l'IRS, https://www.irs.gov/uac/The-History-of-IRS-Criminal-Investigation-(CI) (consulté en mars 2016).

d'organiser le futur IRS-CID. Ces six agents ont construit l'*Intelligence Unit* et l'ont transformée en un groupe d'agents d'élite spécialement entraînés et reconnus comme étant les meilleurs enquêteurs en matière fiscale dans le monde. Cette unité a connu son heure de gloire, dans la presse généraliste, dans les années 1930, grâce à l'arrestation pour fraude fiscale de l'ennemi public n°1 de l'époque, Al Capone[633]. D'ailleurs, les répercussions de l'arrestation, puis de la condamnation d'Al Capone pour fraude fiscale, ont eu des retombées très bénéfiques pour l'IRS. Guy T. HELVERING, nommé chef de l'IRS en 1933, a souligné que « *les résultats indirects des poursuites contre Alphonse (Al) Capone ont été plus que bénéfiques. Beaucoup de contribuables qui n'étaient pas en règle avec l'administration fiscale, que ce soit ceux qui exerçaient un travail tout à fait légal ou les personnes impliquées dans des activités illégales, ont immédiatement rempli les déclarations et les ont envoyées au service de recouvrement de l'IRS.* »[634]

210. – Le *Criminal Investigation* – En juillet 1978, *l'Intelligence Unit* devient la *Criminal Investigation Division*. Il ne s'agit que d'un changement de dénomination et le cœur de métier de cette division reste le même que celui de *l'Intelligence Unit*, c'est-à-dire enquêter sur les violations pénales potentielles du code des impôts américain et sur les crimes financiers afin de favoriser la confiance des citoyens dans le système fiscal.

D'après le rapport de l'année fiscale 2015[635], l'IRS-CID comprenait, au 30 septembre 2015, 2 316 agents spécialisés. Bien que l'IRS soit la seule agence fédérale pouvant enquêter sur des violations pénales potentielles du code des impôts américains, le nombre d'agents spéciaux n'a cessé de diminuer. Ils étaient 3 363 en 1995, soit une baisse de 1 047 agents en vingt-et-un ans et dans un contexte où la fraude et l'évasion n'ont pas connu de déclin. Les missions de l'IRS-CID ont beaucoup augmenté au cours des années et la priorité principale de l'agence reste de

---

[633] V., G. T. HELVERING, « A Narrative Briefly Descriptive Of the Period 1919 to 1936 », Intelligence Unit, Bureau of Internal Revenue, Treasury Department, pp.24-28, http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/capone/helvering.pdf (consulté en mars 2016).

[634] G. T. HELVERING, *Ibid.*, « *The indirect results of the Capone prosecution were most beneficial. Many delinquent taxpayers, including those engaged in legitimate business, as well as individuals in illegal activities, immediately filed delinquent returns at the office of the Collector of Internal Revenue as the result of the Chicago drive.*» (Trad. par nos soins).

[635] Internal revenue Service, Criminal Investigation, « 2015 Annual Report », 3 décembre 2015, https://www.irs.gov/pub/foia/ig/ci/FY2015_IRS-CI_Annual_Report.pdf (consulté en mars 2016).

veiller à l'application des lois américaines et d'assister l'administration fiscale dans le recouvrement des impôts. Les autres priorités de l'année 2015 ont été très variées : identifier les escroqueries, la fraude fiscale internationale, le programme de divulgation volontaire, la confiscation des avoirs, la corruption dans le domaine public et politique.

Tous ces domaines d'investigations supposent des compétences très pointues. Les agents de l'IRS-CID ont une formation particulièrement complexe en matière d'analyse financière afin de pouvoir examiner au mieux des documents très élaborés et des dossiers contenus dans des systèmes informatisés. Ils suivent une formation très exigeante en matière fiscale, mais aussi informatique afin de pouvoir parvenir, par exemple, à détourner des mots de passe.

L'efficacité de cette agence centenaire a déjà fait ses preuves et continue a montré au monde entier son efficacité.

B) L'efficacité de l'IRS-CID

211. – L'efficacité de l'IRS-CID provient, comme nous l'avons déjà indiqué, de la formation très élevée de ses agents, mais également de l'organisation de son activité en trois plans **(1)**, qui engendre des résultats impressionnants en pratique **(2)**.

1- Une organisation en trois plans

212. – Les délits fiscaux dont l'argent est d'origine légale – Le premier plan concerne les fraudes fiscales provenant d'argent ayant une source légale. Ces infractions sont commises par des personnes qui occupent des emplois légaux. Cependant, leur action est contraire à la loi fiscale ou menace le système fiscal. Les poursuites engagées dans ce cadre ont pour objectif d'assister l'IRS dans ses objectifs et d'améliorer la mise en conformité des contribuables avec les lois fiscales.

L'IRS-CID a mis en place un programme de référence sur la fraude, la lutte contre la fraude fiscale étant la « *colonne vertébrale* »[636] du programme d'exécution de la CID. Celui-ci a une influence directe sur la mise en conformité des contribuables avec l'IRC. Les agents de l'IRS-CID utilisent alors leurs compétences, par exemple, pour mettre à jour les absences de déclarations volontaires, l'existence d'une double comptabilité, les fausses recettes ou charges. À titre d'illustration, l'agence a mis en exergue la fraude organisée par une chaîne de restaurants à Philadelphie pour échapper au paiement des impôts sur le personnel[637]. Dans un autre cas, à Las Vegas, l'évasion fiscale du directeur d'une entreprise de construction a été découverte par l'IRS-CID[638].

Les autres programmes concernent les fausses déclarations de revenus, les remboursements d'impôts, l'utilisation abusive de la loi fiscale, qui en droit français correspondrait à l'abus de droit fiscal, la défaillance en matière de déclarations de revenus et de paiement de l'impôt, les fraudes sur la taxe sur les salaires.

213. – Les délits fiscaux dont l'argent est d'origine illicite – Ce programme concerne les investigations relatives à tous les impôts ou assimilés, au blanchiment d'argent et aux violations du Code monétaire. Les enquêtes dans ce domaine portent sur les individus ayant des ressources de provenance illicite, comme le détournement de fonds, la corruption ou les jeux illégaux. Il est précisé que le contribuable peut être le propriétaire d'une affaire légale, mais le revenu qu'il en tire provient de moyens illégaux.

Il existe différents délits de ce type, comme les fraudes aux institutions financières, la corruption, la fraude commise par des entreprises, le jeu, la fraude à l'assurance ou à la sécurité sociale.

---

[636] *Ibid.*, p.6 : « General tax fraud investigations are the backbone of the CI's enforcement program (…) ». (Trad. par nos soins).

[637] V., entre autres, E. BABAY, «Accountant for Nifty Fifty's indicted in tax scheme », *Philly.com*, 16 mai 2014,
http://www.philly.com/philly/business/Accountant_for_Nifty_Fiftys_indicted_for_tax_scheme.html
(consulté en mars 2016) ou J. BLUMENTHAL, «Nifty Fifty's Accountant Indicted in $15M Tax Evasion Scheme », *The Philadelphia Business Journal*, 16 mai 2014.

[638] Sur cette affaire, V., parmi d'autres, J. GERMAN, « Vegas HOA crime kingpin Leon Benzer sentenced to 15 1/2 years in prison », *Las Vegas Review-Journal*, 6 août 2015 ; S. GREENE, « HOA scandal involving millions of dollars and thousands of homes cuts wide swath across Las Vegas Valley », *VegasINC*, 3 juin 2012.

214. – Les opérations internationales – L'utilisation grandissante des marchés financiers internationaux a donné lieu à de nouveaux défis à l'IRS-CID depuis sa création. Afin de répondre aux complexités des stratégies internationales en matière de délits dans la finance mondiale et d'apporter son appui dans la lutte contre l'évasion fiscale vers les paradis fiscaux, des agents ont été spécialement détachés dans dix pays différents. Ils ont pour mission de construire des alliances fortes avec les gouvernements de ces États. Les domaines dans lesquels ces agents interviennent le plus sont la lutte contre les narcotrafiquants et le terrorisme.

215. – Le blanchiment d'argent et le secret bancaire – Si cette matière ne fait pas partie du plan de l'IRS-CID, il y joue tout de même un rôle. Il est le partenaire de nombreuses autres agences fédérales et du département de la Justice. Ainsi est-il chargé, par exemple, d'enquêter sur les monnaies virtuelles[639].

L'IRS-CID, grâce, entre autres, à cette organisation et aux moyens qu'il possède, parvient à obtenir depuis des décennies des résultats impressionnants.

2- Une efficacité pérenne

216. – Des moyens impressionnants – Comme nous l'avons déjà souligné, les agents en charge des enquêtes dans l'IRS-CID sont des agents spécialement entraînés et ayant des connaissances en matières fiscale et informatique très élevées. Toutefois, il ne s'agit pas là de leurs uniques moyens.

Ceux-ci disposent d'attributions qui, assurément, sortent de l'ordinaire. Par exemple, ce sont les seuls agents de l'IRS qui sont autorisés à porter une arme, de sorte qu'ils suivent un entraînement régulier au maniement des armes à feu.

Ils sont également formés à la recherche de preuves pouvant aider à conduire à une condamnation. Leur objectif est de susciter le doute sur l'innocence de l'accusé.

---

[639] L'exemple le plus connu est Bitcoin, une monnaie numérique qui a été développée en 2009. Pour plus de détails, v., entre autres, T. A. ANDERSON, « Bitcoin - is it just a fad? History, current status and future of the cyber-currency revolution », *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2014, 29(7), 428-435; N. GUTHRIE, « The End of Cash? Bitcoin, the Regulators and the Courts », *Banking & Finance Law Review*, avril 2014; T. GUILLEBON, « Quel régime fiscal pour les bitcoins ? », *Dr. fisc.* n° 38, 17 Septembre 2015, act. 514.

Pour cela, ils utilisent trois méthodes. La première, « *Specific Item Method* »[640], consiste en une preuve directe. Il suffit juste ici de rapporter la preuve que tous les éléments non pas été déclarés ou de façon exacte, mais de manière à obtenir une imposition minorée. La deuxième méthode, « *Net Worth Method* »[641], est indirecte et repose sur les avoirs nets. C'est une méthode particulièrement appréciée pour prouver le montant du revenu imposable dans les cas d'enquête pénale et permet de calculer le revenu taxable réel. Enfin, la troisième méthode, « *Expenditures Method* »[642], a pour objet d'évaluer, d'apprécier la situation des avoirs nets du contribuable en début de période. Si ces dépenses dépassent le montant déclaré et que ces avoirs sont identiques en fin de période, cela peut révéler que le montant des revenus déclarés est sous-évalué par rapport à ce qui a été réellement reçu.

Un autre moyen intéressant pour les agents de la CID consiste en la possibilité pour eux de saisir et de confisquer les actifs du contribuable et ses propriétés.

217. – Des résultats impressionnants – Tous ces moyens à la disposition de la CID conduisent à des résultats efficaces, avec une remarquable constance depuis des décennies. En effet, le taux de condamnation de la CID est très élevé. Il est de 93,2% en 2015, 93,4% en 2014. En 2015, 3 853 enquêtes ont été ouvertes, 3 289 poursuites ont été recommandées, 3 092 personnes ont été condamnées à une peine de prison ou à des peines alternatives (bracelet électronique…) Entre 2014 et 2015, le pourcentage de personnes condamnées est passé de 79,6% à 80,8%[643].

Ces résultats démontrent la performance de cette agence qui a déjà un siècle d'expérience et doivent être comparé à la toute jeune police fiscale française.

§2. La police fiscale en France

218. – Par rapport à l'IRS-CID des États-Unis qui fêtera ses cent ans en 2019, la police fiscale française est une très jeune institution d'à peine sept ans. La procédure judiciaire d'enquête fiscale **(A)** est une avancée considérable en droit fiscal français et

[640] V., IRM 9.5.9.4 (11-05-2004).

[641] V., IRM 9.5.9.5 (11-05-2004).

[642] V., IRM 9.5.9.6 (11-05-2004).

[643] V., le rapport annuel de 2015, *Op. Cit*., p.2.

la Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (BNRDF) en est le bras armé **(B)**.

A) La procédure judiciaire d'enquête fiscale (PJEF)

219. – Mise en place par la loi de finances rectificative pour 2009[644] et renforcée par la loi de finances rectificative pour 2013[645], la procédure judiciaire d'enquête fiscale[646] a pour objectif de combattre les fraudes fiscales complexes, grâce à une judiciarisation de la lutte contre ce fléau. Le champ d'application de cette procédure reste restreint **(1)** et des conditions précises doivent être remplies **(2)**.

1- Le champ d'application d'une procédure judiciaire d'enquête fiscale

220. – Les infractions pouvant faire l'objet d'une PJEF – Les infractions entrant dans le périmètre de la nouvelle procédure sont celles visées aux articles 1741[647] et

[644] Article 23 de la loi de finances rectificative pour 2009 n°2009-1674 du 30 décembre 2009, publiée au JORF n°0303 du 31 décembre 2009, p.22940.

[645] Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JORF n°0284 du 7 décembre 2013, page 19941, texte n° 4.

[646] Sur la procédure judiciaire d'enquête fiscale, « Fraude fiscale : création d'une procédure judiciaire d'enquête fiscale », *Les nouvelles fiscales*, n°1039, 1er février 2010, p.71 ; F. PERROTIN, « Les débuts de la police judiciaire fiscale », *LPA*, n°236, 28 novembre 2011, p.4 ; R. FOISSAC, « La police fiscale française est désormais une réalité », *Option finance*, n°1106, 3 janvier 2011, p.24 ou J.-L. MENU, « Ou les nouveaux moyens de lutte contre la fraude fiscale complexe », *JCP G*, n°4, 24 janvier 2011, p.189.

[647] L'article 1741 du CGI prévoit le délit général de fraude fiscale : « Sans préjudice des dispositions particulières relatées dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 500 000 € et d'un emprisonnement de cinq ans. Lorsque les faits ont été réalisés ou facilités au moyen soit d'achats ou de ventes sans facture, soit de factures ne se rapportant pas à des opérations réelles, ou qu'ils ont eu pour objet d'obtenir de l'État des remboursements injustifiés, leur auteur est passible d'une amende de 750 000 € et d'un emprisonnement de cinq ans. Lorsque les faits mentionnés à la première phrase ont été réalisés ou facilités au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis dans

1743[648] du CGI. Il s'agit du délit général de fraude fiscale[649], des délits comptables[650], du délit d'entremise[651] pour le dépôt de valeurs ou l'encaissement de coupons à l'étranger et du délit de fourniture de renseignements inexacts en vue de l'obtention de certains agréments ou autorisations préalables.

221. – L'exemple du délit de fraude fiscale – La loi de 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique a fait évoluer le délit de fraude fiscale. Sa caractérisation implique la réunion d'un élément matériel et moral. S'agissant de l'élément matériel, l'auteur de l'infraction est envisagé de manière très

---

un État ou un territoire qui n'a pas conclu avec la France, depuis au moins cinq ans au moment des faits, une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale française, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis dans l'un de ces États ou territoires, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 1 000 000 € d'amende. Toutefois, cette disposition n'est applicable, en cas de dissimulation, que si celle-ci excède le dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 euros. »

[648] L'article 1743 du CGI sanctionne également « des peines prévues à l'article 1741 : 1° Quiconque a sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures ou a passé ou fait passer des écritures inexactes ou fictives au livre-journal prévu par les articles L123-12 à L123-14 du Code de commerce, ou dans les documents qui en tiennent lieu. La présente disposition ne met pas obstacle à l'application des peines de droit commun. 2° Quiconque, en vue de faire échapper à l'impôt tout ou partie de la fortune d'autrui, s'entremet, soit en favorisant les dépôts de titres à l'étranger, soit en transférant ou faisant transférer des coupons à l'étranger pour y être encaissés ou négociés, soit en émettant ou en encaissant des chèques ou tout autre instrument créés pour le paiement des dividendes, intérêts, arrérages ou produits quelconques de valeurs mobilières. Quiconque, dans le même but, a tenté d'effectuer l'une quelconque des opérations visées au premier alinéa est puni des mêmes peines. 3° Quiconque a fourni sciemment des renseignements inexacts en vue de l'obtention des agréments prévus aux articles 199 *undecies* A, 199 undecies B, 217 *undecies* et 217 *duodecies* ou de l'autorisation préalable prévue à l'article 199 *undecies* A. »

[649] Sur le délit de fraude fiscale, v., parmi d'autres, J. LASSERRE CAPDEVILLE, Le délit de fraude fiscale, *in* « « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 171-192 ; S. DETRAZ, « Contentieux pénal. Délit général de fraude fiscale et autres délits communs à tous les impôts », *Juris-Classeur Procédure fiscale*, 2013 ; Th. LAMBERT (dir.), *Les sanctions pénales fiscales*, Éd. L'Harmattan, 2007.

[650] Les délits comptables constituent des omissions d'écritures, des passations d'écritures inexactes ou fictives.

[651] Le délit d'entremise ou entremise frauduleuse est le fait pour une personne d'avoir voulu faciliter la fraude fiscale d'autrui en utilisant différents moyens, comme par exemple en favorisant le dépôt de titres à l'étranger, en transférant ou faisant transférer des coupons à l'étranger pour y être encaissés ou négociés ou en émettant ou encaissant des chèques ou tout autre instrument créés pour le paiement de dividendes, intérêts, arrérages ou produits quelconques de valeur mobilière.

large, un contribuable personne physique ou morale le plus souvent[652], tant l'article 1741 du CGI reste imprécis sur ce point. Les faits pouvant être qualifiés de fraude fiscale au titre de l'article 1741 du CGI sont l'omission de déclaration dans les délais imposés par la loi, la dissimulation de sommes imposables, l'organisation d'une insolvabilité, le prononcé de la liquidation judiciaire compromettant fortement le recouvrement de l'impôt et enfin « toute autre manière frauduleuse ». Cette dernière formulation laisse une grande marge de manœuvre au juge pour sanctionner les fraudeurs. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un délit de fraude fiscale dans les cas où une société s'était placée sous un régime fiscal indu[653] ou quand sont survenues des manipulations comptables suite à la tenue d'une comptabilité falsifiée[654].

Concernant l'élément moral, le contribuable doit avoir intentionnellement omis de déclarer ses revenus ou dissimulé certains d'entre eux. C'est au ministère public qu'il incombe de rapporter la preuve de l'intentionnalité.

222. – La mise en œuvre de la PJEF – L'article 228 du LPF prévoit que la plainte de l'administration doit en premier lieu être déposée auprès de la commission des infractions fiscales (CIF)[655], qui est la seule compétente pour transmettre la plainte au parquet et enclencher ainsi l'enquête fiscale. C'est la CIF, après examen, qui décidera de transmettre au parquet ou non. C'est ce qui est appelé le « verrou de Bercy ».

La DGFiP doit déposer sa plainte avant l'expiration du délai de reprise. En revanche, si tel est le cas, l'administration dispose d'un délai de reprise prorogé dans le cadre de l'enquête judiciaire fiscale et de modalités de contrôles aménagées (allongement du délai de contrôle sur place des entreprises, possibilité de procéder à de nouvelles rectifications en matière d'IR après examen contradictoire de la situation fiscale personnelle ou à une nouvelle vérification de comptabilité). Ces aménagements ont été prévus pour tenir compte de la conduite de l'enquête judiciaire.

---

[652] Le contribuable apparaît comme étant l'auteur le plus logique, mais cela pourrait être également un époux ou une autre personne agissant au nom du contribuable.

[653] Cass. crim., 28 octobre 1991, n°90-84.643, *Bull. crim*. 1991, n°382.

[654] Cass. crim., 18 novembre 1976, n°76-92.805, *Bull. crim*. 1976, n°332.

[655] La CIF a été instituée par l'article 1 de la loi n°77-1453 du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière, publiée au JORF du 30 décembre 1977, p.6279.

Il est important de préciser que, durant toute cette procédure, le contribuable ne sera à aucun moment informé de la saisie de la commission ou de son avis, afin d'éviter le dépérissement des preuves. Cette prise de position est néanmoins très critiquable au regard des droits de la défense et contrevient de façon flagrante aux garanties prévues par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme[656], convention à laquelle la France est partie. Cet article énonce une série de conditions devant être nécessairement respectées afin que l'instance puisse être qualifiée de procès équitable. Il prévoit dans l'alinéa 3 a), que « *tout accusé a droit notamment à être informé dans le plus court délai possible, dans une langue qu'il comprend et de manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* ».

Sur réquisition du procureur de la République ou sur commission rogatoire d'un juge d'instruction saisi de la plainte de l'administration fiscale par la CIF, l'enquête est ensuite confiée au service créé et organisé pour cette nouvelle procédure.

[656] L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. 2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. 3. Tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

2- Les conditions d'application de la procédure judiciaire d'enquête fiscale

223. – Trois conditions – Les fraudes concernées doivent remplir cumulativement trois conditions pour être soumises à la police fiscale : l'infraction fait intervenir un ETNC ou le recours à une falsification, la fraude est avérée et il existe un risque de dépérissement des preuves.

224. – La participation d'un ETNC – Il ne peut s'agir que d'infractions commises selon un procédé faisant intervenir, directement ou indirectement, c'est-à-dire dans l'éventualité d'une interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable, un ETNC, ou encore impliquant une falsification. S'agissant du recours à un ETNC, si la définition diffère quelque peu de celle retenue par l'article 238-0 A du CGI, elle reste néanmoins basée sur l'élément essentiel qui est l'échange effectif des renseignements en matière fiscale. D'après l'article L. 228 du LPF, un ETNC est un État qui n'a pas conclu avec la France de convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscales. Ladite convention doit avoir pour but l'accès effectif à tout renseignement, y compris bancaire, nécessaire à l'application de la législation fiscale française. Cette définition semble moins restrictive que celle de l'article 238-0 A étant donné qu'elle ne paraît pas exclure d'emblée les États membres de la Communauté européenne et n'exige pas un examen par l'OCDE, bien que celui-ci puisse être une indication pour savoir si l'État en question a un système permettant l'échange des renseignements. Le caractère non coopératif d'un État est apprécié au moment de la réalisation de la fraude visée dans la plainte et non au moment où l'administration a eu connaissance des faits qu'elle transmet à la CIF. Concernant la falsification, entrera dans le champ d'application de la police fiscale, tout type de falsification, que ce soit la fausse identité ou l'usage de faux documents ayant eu pour effet de permettre au contribuable d'échapper en tout ou partie à l'impôt.

225. – Une fraude avérée – La fraude doit être suffisamment avérée. Ainsi, bien que de simples présomptions suffisent à saisir la CIF, elles doivent être néanmoins caractérisées. En effet, dans le cas contraire, l'on pourrait facilement dériver vers une utilisation abusive de la procédure. La CIF a pour mission d'examiner si les dossiers qui lui sont transmis permettent d'étayer suffisamment l'existence d'une présomption de fraude. Elle ne se prononce pas quant à l'existence de la fraude, mais

quant à sa probabilité. Par exemple, il y aura présomption de fraude dans le cas où un redevable français utilise une carte bancaire en France adossée à un compte en Suisse, mais qu'il n'a fait mention d'aucun compte étranger à l'administration dans sa déclaration de revenus. La présomption est alors caractérisée par l'envoi de l'administration à la CIF des déclarations de revenus de la personne visée et des résultats obtenus après utilisation du droit de communication auprès des banques.

226. – Un risque de dépérissement des preuves – Il faut entendre par dépérissement des preuves, le risque d'altération ou même de disparition des éléments matériels ayant pu conduire l'administration à envisager une saisine de la CIF. Dans les cas d'une fraude fiscale, notamment lorsqu'elle est complexe et surtout qu'elle fait intervenir des ETNC, ce risque est d'autant plus important. Il est en effet plus aisé pour les fraudeurs de faire disparaître les preuves, quand ils savent que leur État d'accueil ne coopérera pas avec la France ou tout du moins très difficilement. Cette réticence leur laisse tout loisir pour organiser leurs affaires avant une quelconque enquête à leur sujet.

227. – Une application large – Une fois, les conditions remplies, le champ d'application de cette disposition apparaît très large, puisqu'il concerne toutes les personnes physiques ou morales et tous les impôts minorés ou omis[657]. En revanche, en pratique, il a été demandé d'écarter les dossiers pour lesquels les moyens administratifs dont dispose déjà la DGFiP sont suffisants (droit de communication, droit d'enquête, droit de visite et de saisie, vérification de comptabilité ou examen de la situation fiscale personnelle). Il en est de même pour les faits constatés qui ne laissent pas présumer l'existence d'une fraude suffisamment grave pour justifier l'application de sanctions pénales en plus des sanctions administratives.

B) La brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (BNRDF)

228. – Le bras armé de la police fiscale – La BNRDF a été créée par un décret du 4 novembre 2010[658] et constitue le bras armé de la police fiscale. Ce nouveau service est

[657] Impôt sur le revenu, impôt sur les sociétés, impôt sur la fortune, taxe sur la valeur ajoutée, droits d'enregistrement.

[658] Décret n°2010-1318 du 4 novembre 2010, JORF n°0257 du 5 novembre 2010, p.19784.

repris par l'article 28-2 du Code de procédure pénale[659]. Il ne peut jamais être saisi directement par la DGFiP, mais uniquement par le procureur ou un juge d'instruction.

Cette nouvelle brigade[660] est un service d'enquêtes qui est rattaché à la direction centrale de la police judiciaire du ministère de l'Intérieur. Basée à Asnières-sur-Seine dans les Hauts-de-Seine, elle est l'organe de police de la procédure judiciaire d'enquête fiscale et à ce titre est composée à la fois d'officiers de police judiciaire (OPJ) et d'officiers fiscaux judiciaires (OFJ), lesquels sont des agents des finances publiques. Il s'agit d'un service utilisant pleinement les possibilités de coopération entre ministères en vue de mutualiser les connaissances et les moyens pour être plus efficaces. La brigade est dirigée par un commissaire de police, assisté d'un administrateur des finances publiques. Les agents qui la constituent sont au nombre de vingt-trois, huit officiers de police judiciaire et treize officiers fiscaux judiciaires.

Chaque agent reçoit une formation croisée. Les OPJ suivent une formation initiale d'un mois et demi au sein de l'École nationale des finances publiques (ENFiP) et les OFJ, un cursus de trois mois à l'École nationale supérieure de la police nationale. La nomination des OFJ est très encadrée. Il ne peut s'agir que d'agents de catégories A ou B, désignés par arrêté du ministre chargé de la justice et du ministre chargé du budget, après avis conforme d'une commission administrative, dont la composition et le fonctionnement sont déterminés par décret en Conseil d'État.

229. – Les incompatibilités – La qualité d'OFJ engendre pour celui qui l'endosse quelques incompatibilités. Ces agents ne peuvent pas participer à une procédure de contrôle fiscal pendant la durée de leur habilitation judiciaire. De plus, ils ne peuvent pas non plus effectuer des enquêtes judiciaires sur des faits dont ils ont eu à connaître antérieurement lors de leur participation à un contrôle fiscal. Après leur habilitation, ils ne pourront pas participer à un contrôle fiscal portant sur des faits dont ils avaient été saisis par le procureur de la République ou le juge d'instruction.

---

[659] L'article 28-2 du Code de procédure pénale dispose que « *Des agents des services fiscaux de catégories A et B, spécialement désignés par arrêté des ministres chargés de la justice et du budget, pris après avis conforme d'une commission (…), peuvent être habilités à effectuer des enquêtes judiciaires sur réquisition du procureur de la République ou sur commission rogatoire du juge d'instruction. (…)* »

[660] Sur la BNRDF, v., entre autres, É. MEIER et A. CALLOUD, « Création de la brigade nationale de répression de la délinquance fiscale », *Option finance*, n°1102, 29 novembre 2010, p.38 ou É. GINTER, « La BNRDF entre en scène », *Option finance*, n°1108, 17 janvier 2011, p.37.

230. – Les pouvoirs de la BNRDF – Les pouvoirs des OFJ seront les mêmes que ceux des OPJ. Ils pourront ainsi pratiquer des saisies, des auditions, faire des perquisitions, placer des personnes en garde à vue ou mettre sur écoutes téléphoniques des suspects. Les OFJ appliquent le droit pénal ce qui constitue la grande différence avec les agents des groupes d'intervention régionaux (GIR) ou des brigades nationales d'enquête économique (BNEE) qui se contentent d'appliquer le droit fiscal et d'assister la police judiciaire grâce à leurs capacités d'expertise financière et fiscale.

Les moyens mis à la disposition de la BNDRF doivent lui permettre de traiter au mieux les infractions dont elle peut être saisie (soustraction et tentative de soustraction frauduleuse à l'impôt, omission volontaire de déclaration dans les délais, dissimulation volontaire d'une part des sommes sujettes à l'impôt, organisation de son insolvabilité).

231. – Les missions de la BNRDF – La brigade est en charge de diverses missions. Elle anime et coordonne, au niveau national et au plan opérationnel, les investigations de police judiciaire et les recherches entrant dans son domaine de compétence. Elle effectue ou poursuit à l'étranger les recherches liées aux infractions dont elle est saisie, elle centralise les informations relatives à cette forme de délinquance en favorisant leur meilleure circulation, et elle fournit une assistance documentaire et analytique, à leur demande, aux services de la police nationale et de la gendarmerie nationale.

Lors d'une conférence de presse à Paris le 24 novembre 2011, la ministre chargée du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État à l'époque, madame Valérie Pécresse, a dressé un premier bilan de l'action menée par la BNRDF pour l'année 2010. La CIF a été saisie en un an de cinquante-neuf affaires et a rendu cinquante-cinq avis favorables à l'engagement de poursuites correctionnelles. La DGFIP, par l'intermédiaire de Jean-Louis Gautier, sous-directeur du contrôle fiscal, établit également un état positif de ce nouveau dispositif et a salué « *une procédure prometteuse* [661]».

[661] J.-L. GAUTIER, sous-directeur du contrôle fiscal à la DGFIP, lors du colloque organisé par l'Institut des avocats conseils fiscaux (IACF) sur « Les nouvelles orientations de la répression fiscale », 21 novembre 2011.

232. – Conclusion de la Section 1 – L'étude de l'IRS-CID et de la police fiscale démontre bien à quel point la France accuse un retard important en matière de lutte contre la fraude fiscale et les paradis fiscaux. La France commence seulement à expérimenter la police fiscale tandis que l'institution est centenaire aux États-Unis. Les dernières réformes françaises tentent de combler ces décalages et l'on observe, dans les deux pays, une répression renforcée dans la lutte contre les paradis fiscaux **(Section 2)**.

Section 2

La sanction : de la poursuite à son prononcé

233. – La pénalisation du recours aux paradis fiscaux s'est trouvée nécessairement renforcée par l'arrivée, sur le plan de la poursuite d'un nouvel acteur en France, qui accuse tout de même un retard en matière de lutte contre la fraude fiscale par rapport aux États-Unis, a mis en place le procureur financier, dont l'objectif est d'intensifier la répression **(§1)**. De plus, cette pénalisation a entraîné un durcissement des sanctions prononcées **(§2)**.

§1. Un nouvel acteur en France : le procureur financier

234. – La pénalisation du droit fiscal dans la lutte contre la fraude via les paradis fiscaux nécessite un renouvellement des moyens. L'instauration d'un procureur spécialisé en fait partie **(A)**, bien que celui-ci ne soit, après étude, qu'un « *membre du Parquet comme un autre* »[662] **(B)**.

[662] J.-L. GAUTIER, « Les nouvelles orientations de la répression fiscale » : art. prec.

A) Un procureur spécialisé et autonome

235. – « *Des soldats tout aussi compétents* »[663] – Mis en place par la loi du 6 décembre 2013 et la loi organique du même jour[664]. Un décret de 2014[665] précise les règles d'organisation et de fonctionnement de cette nouvelle figure au sein du TGI de Paris auquel il est rattaché[666]. Le procureur dirige le Parquet financier. Saisi de la question de savoir s'il n'y avait pas violation des objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, de bonne administration de la justice et du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a estimé que « *la circonstance que des faits identiques puissent donner lieu à plusieurs enquêtes placées sous la direction de différents procureurs de la République ne méconnaît pas, en elle-même, le principe d'égalité devant la justice* »[667]. Éliane Houlette a donc été nommée procureur de la République financier le 3 mars 2014.

Cette nouveauté est présentée comme une mesure phare de la loi de 2013, car le procureur financier est censé incarner la moralisation des domaines de la fiscalité et de la finance, après notamment le scandale Cahuzac. L'étude d'impact accompagnant la lettre rectificative au projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière affirme que « l'objectif poursuivi est d'améliorer le traitement des infractions présentant un haut degré de complexité, en particulier en matière de lutte contre la corruption et la fraude fiscale, qui nécessitent de conduire des investigations très techniques, souvent dans un contexte international. »[668] De plus, dans le contexte actuel d'affaires financières impliquant parfois des hommes politiques, le même document souligne l'importance d'un

---

[663] M. BENEJAT, « La détection des fraudes fiscales : les nouveaux acteurs », *Dr. fisc.* n°46, 13 novembre 2014, 617.

[664] Loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 relative au procureur de la République financier, JORF n°0284 du 7 décembre 2013, page 19939, texte n° 2.

[665] Décret n° 2014-64 du 29 janvier 2014 relatif au parquet financier, JORF n°0026 du 31 janvier 2014, page 1826, texte n° 2.

[666] Sur les règles d'organisation et de fonctionnement du parquet financier au sein du TGI de Paris, V., P. FUMENIER et J. CHOSSIS, « Procureur de la République financier : dispositions réglementaires », *Dr. fisc. n° 7-8*, 13 Février 2014, act. 100.

[667] Cons. const., décision n°2013-679 DC du 4 décembre 2013, JORF n°0284 du 7 décembre 2013, page 19958, texte n° 8.

[668] Étude d'impact accompagnant la lettre rectificative au projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière n°1021, mai 2013, p. 13.

« interlocuteur privilégié vis-à-vis tant des services d'enquête nationaux, dont le futur office central spécialisé, que des autorités judiciaires étrangères. La mise en place d'un parquet financier autonome et bien identifié confèrera un cadre d'échanges stable et pérenne à l'entraide pénale internationale, gage d'efficacité et de célérité dans les échanges d'informations nécessaires à la lutte contre la corruption et la fraude fiscale. »[669]

236. – Les compétences du procureur de la République financier – Les compétences de ce nouveau personnage dans le paysage juridique français sont nationales et peuvent se regrouper en deux catégories. La première concerne les compétences concurrentes que le procureur partage avec le juge d'instruction et le tribunal correctionnel de Paris. Ces compétences sont au nombre de quatre : les atteintes à la probité (la corruption, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, le pantouflage, le favoritisme, le détournement de fonds publics et les délits d'obtention illicite de suffrage en matière électorale, lorsque les procédures apparaissent d'une grande complexité) ; les infractions de corruption d'agent public étranger ; les délits de fraude fiscale complexe et de fraude fiscale commise en bande organisée ; et le blanchiment de l'ensemble des infractions susvisées ainsi que l'ensemble des infractions connexes.

La seconde catégorie est une compétence exclusive en matière de délits boursiers.

S'agissant de la fraude fiscale, le procureur de la République financier est compétent pour poursuivre l'infraction prévue à l'article 1741 du CGI, si celle-ci est commise avec des circonstances aggravantes, comme la fraude en bande organisée[670].

La question de la singularité de ce nouveau procureur fait débat depuis sa création.

---

[669] *Ibid.*, p. 14.

[670] C. CUTAJAR, Le procureur financier, nouvel acteur de la lutte contre la fraude fiscale, *in* « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 193 ; C. CUTAJAR, « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *JCP G 2013*, 1366.

B) Analyse critique de l'institution nouvelle

237. – Un « *objet judiciaire non identifié* »[671] – Le sénateur Jean-Jacques Hyest a qualifié le procureur financier d'« objet judiciaire non identifié », l'accusant également de complexifier le dispositif institutionnel de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Au surplus, il serait inefficace. Dès lors, on peut se demander, comme Benejat, si cette institution n'est pas *« un vrai coup de force ou un simple « coup de pub » »*[672].

D'ailleurs, avant même sa création, le procureur financier était déjà fortement critiqué.

238. – L'absence de suppression du « verrou de Bercy » – En effet, une grande partie de la doctrine avait souhaité, lors de l'instauration du procureur financier la suppression du fameux « verrou de Bercy » qui exige une plainte préalable de l'administration fiscale et l'avis conforme de la commission des infractions fiscales[673]. Or cette suppression n'a pas eu lieu. Sur le sujet du « verrou de Bercy », le conseil constitutionnel a été saisi le 24 mai 2016 par la chambre criminelle de la Cour de cassation[674] d'une question prioritaire de constitutionnalité[675]. Le Conseil a validé le monopole de Bercy sur les poursuites pour fraude fiscale. Ainsi, la nécessité du dépôt d'une plainte de l'administration fiscale pour déclencher les poursuites pénales pour fraude fiscale ont été jugées constitutionnelles.

239. – Une « *source de désordre* » – Le président de la Conférence des procureurs généraux, Jacques Beaume, estime d'une part que la présence de deux procureurs au sein du TGI de Paris ne pourra qu'engendrer une « source de désordre important », à cause des problèmes de compétences qui surgiront inévitablement. Il

---

[671] P. FUMENIER et J. CHOSSIS, « Institution d'un procureur de la République financier », *Dr. fisc.* n° 51, 19 Décembre 2013, comm. 585.

[672] M. BENEJAT, *Op. Cit.*

[673] V., parmi d'autres, C. CUTAJAR, « Plaidoyer pour la suppression du « verrou de Bercy » », *JCP G 2013*, 728 ; S.-M. CABON, « Le particularisme du déclenchement des poursuites pénales : le maintien du « verrou de Bercy », *Dr. fisc. n° 46*, 13 novembre 2014, 620 ; G. EL KAROUI, M. GUICHARD et È. OBADIA, « Le déclenchement des poursuites pénales : table ronde sur le maintien du « verrou de Bercy », *Dr. fisc. n° 46*, 13 novembre 2014, 621.

[674] Cass., crim., 19 mai 2016, n°3066.

[675] Décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, JORF n°0171 du 24 juillet 2016, texte n° 29.

considère d'autre part que la création de ce nouvel organe va à l'encontre de la « *cohérence dans la lutte contre ces criminalités qui se rencontrent, or avec le procureur financier, cela sera traité de manière séparée* »[676].

240. – Un organe inévitable – Malgré ces nombreuses critiques, le procureur financier reste une innovation très intéressante dans le contexte de l'internationalisation de la fraude et de l'évasion fiscales. De plus, il est conforme au projet d'instauration d'un parquet européen[677]. En effet, les procureurs financiers, dont certains États membres se sont déjà dotés, deviendraient les interlocuteurs uniques des autorités étrangères, assurant ainsi une cohérence des informations et l'entraide pénale pour les affaires complexes.

§2. L'existence d'un panel étendu de sanctions

241. – Le contribuable fraudeur s'expose à des sanctions civiles ou administratives **(A)** et pénales **(B)**.

A) Les sanctions civiles ou administratives

242. – Le droit fiscal français relève de la branche du droit administratif, les sanctions qui sont prévues par le CGI sont des sanctions administratives[678] **(1)**. En revanche, aux États-Unis, il n'existe pas de telle distinction. Ainsi, une affaire fiscale pourra engendrer des sanctions civiles **(2)**. Quoiqu'il en soit, en pratique, cet état du droit n'engendre pas de différence fondamentale. Les sanctions civiles ou administratives correspondent à des amendes et des intérêts de retard prononcées par l'administration fiscale et prévus par la loi.

---

[676] J. BEAUME, Conférence des procureurs généraux en 2013.

[677] Sur la création d'un parquet européen, v., entre autres, W. ROUMIER, « Quelles perspectives pour un ministère public européen ? », *Droit pénal n° 3*, Mars 2010, alerte 15 ou C. MAURO, « Vers un parquet européen ? », *JCP G*, n°26, 1er Juin 2011, 743.

[678] Sur la notion de sanction administrative, v., Th. LAMBERT (dir.), *Les sanctions administratives fiscales : aspects de droit comparé*, L'Harmattan, 2006; M. GUYOMAR, « La sanction administrative », *LPA*, 12/01/2006, n°9, page 7 ; J.-J. BIENVENU et Th. LAMBERT, *Droit fiscal*, PUF, 4ème Éd., 2010, p. 216 et s.

1- Les sanctions administratives françaises

243. – Une possibilité pour l'administration – Le conseil constitutionnel dans une décision de 1989 a admis *« qu'aucun principe ou valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction »*. Il a toutefois précisé *« d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée [doit être] exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction [doit être] assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »*[679].

Les sanctions fiscales sont très nombreuses et avant l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005[680], il en existait près de cent cinquante[681]. L'ordonnance de 2005 a modifié et simplifié le mécanisme des sanctions auparavant applicable[682], en procédant à une rationalisation bienvenue.

Aujourd'hui, le système répressif fiscal français repose sur trois catégories de sanctions : les intérêts de retard, les majorations et les amendes.

244. – Les intérêts de retard[683] **–** S'il ne s'agit pas d'une sanction d'après le CGI, ils méritent leur place ici en raison de ce qu'ils accompagnent une sanction. Les intérêts de retard, qui sont de 0,40% par mois, ont pour objectif de réparer le préjudice subi par l'État du fait du comportement du contribuable. Ils sont calculés à compter du premier jour du mois suivant celui au cours duquel les droits auraient dû être acquittés si le contribuable n'avait pas bénéficié du régime de faveur et s'arrêtent au dernier jour du mois du paiement.

245. – Les majorations – La majoration applicable est prévue à l'article 1728 du CGI dans trois cas : le retard, l'insuffisance ou l'absence de déclaration. Cet article dispose que *« les inexactitudes ou les omissions relevées dans une déclaration ou un acte*

---

[679] Cons. const., Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, JORF du 1 août 1989, page 9676.

[680] Ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et à l'harmonisation et l'aménagement du régime des pénalités, JORF n°285 du 8 décembre 2005, page 18912, texte n°10.

[681] Conseil d'État, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, *La documentation française*, 1995.

[682] V., Th. LAMBERT (dir.), *Les sanctions administratives fiscales : aspects de droit comparé , Op. Cit.*

[683] Article 1727 du CGI.

comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'État entraînent l'application d'une majoration ». Le taux de la majoration varie ensuite selon le comportement du contribuable et selon l'envoi par le service gestionnaire d'une mise en demeure au contribuable concerné[684].

Ainsi, si la personne n'a pas reçu de mise en demeure ou qu'elle a régularisé sa situation dans les trente jours suivant la réception de ce document, les taux de majoration vont dépendre des agissements préalables du contribuable, sachant que ce dernier est par principe considéré de bonne foi[685]. Le taux de majoration est de 10% sur les droits rappelés pour les cas de bonne foi ou de dépôt tardif de la déclaration. Le taux passe à 40% quand le contribuable a déclaré après le délai de trente jours de la mise en demeure ou que l'administration apporte la preuve d'un manquement délibéré, c'est-à-dire que le contribuable au vu des circonstances de l'espèce ne pouvait pas ignorer qu'il se plaçait dans une situation contraire à la loi. Enfin, si l'administration est en mesure de prouver que le contribuable a commis un abus de droit ou qu'il a agi frauduleusement, le taux de la majoration est de 80%, sauf s'il a déposé dans les trente jours de la mise en demeure (10%) ou après les trente jours (40%). Il existe également un cas particulier, celui de l'opposition à contrôle fiscal. Le contribuable met l'administration dans l'impossibilité de réaliser le contrôle. C'est l'hypothèse, fréquente en pratique, du contribuable ne répondant pas aux courriers de l'administration, ou qui ne se présente pas aux rendez-vous fixés, ou enfin lorsqu'il ne fournit aucun document permettant de débuter les opérations de contrôle. Cette situation est prévue à l'article 1746 du CGI et est pénalement répréhensible. Le contribuable s'expose alors à une majoration de 100% sur les droits rappelés.

246. – Les amendes – En plus des majorations et intérêts de retard, la DGFIP peut également prononcer des amendes. Il existe une liste importante d'amendes que nous ne détaillerons pas. À titre d'exemple, sont passible d'une amende les contribuables qui n'ont pas respecté l'obligation de déclarer les éléments afférents à des entreprises ou à des participations dans des entités soumises à un régime fiscal

[684] V., BOI-CF-INF-10-20-30-10, publié le 15 avril 2013.

[685] Cf. *infra*, n°284-286.

privilégié (1 500 euros par manquement)[686], les contrats d'assurance-vie à l'étranger[687] (amende allant de 1 500 euros à 10 000 euros).

2- Les sanctions civiles américaines

247. – Une variété impressionnante de sanctions – Tout comme en France, le code des impôts américain prévoit une très large diversité en matière de sanctions civiles[688]. La loi *Improved Penalty Administrative Compliance Tax* (IMPACT) de 1989[689] n'a pas fondamentalement modifié le système de sanctions concernant les absences de déclaration ou de paiement. En revanche, elle a révisé la notion de négligence et de fausses déclarations. Elle a également mis en place une sanction pour les cas de défaillance frauduleuse. On dénombre cinq cas dans lesquels le contribuable peut se voir infliger une sanction civile par l'IRS.

248. – L'absence de déclaration de revenu ou de paiement de l'impôt[690] – Le système américain est basé sur la déclaration spontanée, tout comme l'évaluation de l'impôt à payer. Il appartient donc à chaque contribuable, pour l'année fiscale en cours, de déclarer ses revenus à l'IRS et de s'en acquitter. Si le contribuable ne remplit pas ses deux obligations dans les temps impartis, il est alors passible d'une

---

[686] Article 1763 A du CGI : « Entraîne l'application d'une amende de 1 500 €, pour chaque manquement constaté par entité au titre d'un exercice, ou de la majoration prévue au b du 1 de l'article 1728 ou à l'article 1729, si l'application de cette majoration aboutit à un montant supérieur, le défaut de réponse ou la réponse partielle à une mise en demeure de produire la déclaration prévue au IV de l'article 209 B ».

[687] Article 1766 du CGI : « Les infractions aux dispositions du premier alinéa de l'article 1649 AA sont passibles d'une amende de 1 500 € par contrat non déclaré. Ce montant est porté à 10 000 € par contrat non déclaré lorsque l'obligation déclarative concerne un État ou territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires. Si le total de la valeur du ou des contrats non déclarés est égal ou supérieur à 50 000 € au 31 décembre de l'année au titre de laquelle la déclaration devait être faite, l'amende est portée pour chaque contrat non déclaré à 5 % de la valeur de ce contrat, sans pouvoir être inférieure aux montants prévus au premier alinéa. »

[688] Cet article donne un aperçu très complet des différentes sanctions civiles en matière fiscale : C. D. BELL et C. S. RIZEK, « Overview of Civil Tax Penalties » (2014), *William & Mary Annual Tax Conference*, Paper 710. http://scholarship.law.wm.edu/tax/710 (consulté en mars 2016).

[689] H.R. (101st) Improved Penalty Administration and Compliance Tax Act, 1er juin 1989.

[690] Article 6651(a)(1) et (2) de l'IRC. ; IRM 8.17.7.3 (09-24-2013) et IRM 8.17.7.4 (03-31-2013).

sanction égale à 5% par mois de retard du montant net de l'impôt dû, sans pouvoir dépasser 25%. Si le contribuable n'a ni rempli sa déclaration, ni payé son impôt, les sanctions additionnées ne pourront pas dépasser 47,5% de la somme due.

Le contribuable a toujours la possibilité d'invoquer l'existence d'une cause raisonnable pour justifier son absence de mise en conformité avec les règles fiscales[691]. Il doit démontrer que cet état de fait n'est pas dû à une négligence volontaire de sa part[692]. En revanche, et bien que l'ignorance de la loi n'est pas une excuse[693], la jurisprudence a déjà accepté comme cause raisonnable le fait que le contribuable avait donné sa confiance à un professionnel pour remplir sa déclaration[694].

249. – Les déclarations inexactes importantes[695] – Cette pénalité été mise en place par la loi IMPACT, afin de remplacer plusieurs sanctions, comme la négligence ou la sous-évaluation. Ces comportements sont punis d'une amende de 20% du montant de la part non payée à l'IRS ou sous-évaluée[696]. Ici aussi le contribuable peut invoquer une cause raisonnable pour justifier ses manquements.

250. – La fraude fiscale civile – Depuis l'exercice fiscal 1986, toutes les fraudes civiles sont sanctionnées d'une amende égale à 75% du montant non payé grâce à la fraude. La cour d'appel du troisième circuit a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de fraude fiscale civile dans un arrêt *Stoltzfus v. United States*, dans lequel elle

---

691 V., C. D. BELL et C. S. RIZEK, *Op. Cit.*, §5.1

692 *United States v. Boyle*, 469 U.S. 241, n.3 (1985). Dans cette affaire, la cour suprême définit la négligence volontaire comme étant une omission consciente et intentionnelle ou une indifférence volontaire à remplir ses obligations.

693 *Logan Lumber Co. v. United States*, 365 F.2d 846 (5th Cir. 1966).

694 *United States v. Boyle, Op. Cit.*

695 Extrait de la loi IMPACT : « Title II - Revision of Accuracy-Related Penalties**:** Replaces current law governing additions to tax and other additional amounts with respect to tax administration violations with provisions that impose a 20 percent penalty in the form of additional tax in connection with underpayments attributable to at least one of the following: (1) negligence or disregard of relevant rules; (2) any substantial understatement of income tax; (3) any substantial valuation overstatement in connection with income tax; (4) any substantial overstatement of pension liabilities; or (5) any substantial estate or gift tax valuation understatement. Increases the penalty to 40 percent in cases of gross valuation misstatements. Imposes: (1) a 75 percent penalty in the form of additional tax with respect to any underpayment attributable to fraud; and (2) a 50 percent penalty in connection with underpayments of or failure to pay any stamp tax. »

696 Article 6662 de l'IRC, IRM 8.17.7.9 (03-21-2014).

définit cette notion comme « *une faute intentionnelle commise par le contribuable dans le but spécifique d'échapper à l'impôt qu'il sait ou qu'il croit devoir* »[697]. L'IRS doit établir la fraude à partir de preuves claires et probantes.

La loi IMPACT a créé trois nouveautés relatives aux sanctions en matière de fraude fiscale civile. Tout d'abord, elle présuppose que la totalité de la somme non payée à l'IRS grâce à la fraude est attribuable entièrement au contribuable, à moins que ce dernier ne puisse rapporter une preuve contraire irréfutable[698]. De plus, l'IRS ne peut infliger de sanctions pour fraude fiscale civile que si la déclaration de revenus a été remplie[699]. Enfin, la sanction sera applicable s'il s'agit d'une défaillance déclarative frauduleuse[700].

B) Les sanctions pénales

251. – La gravité de certaines sanctions pénales et le prononcé de peines privatives de liberté **(2)** entraînent la nécessaire intervention d'un juge **(1)**.

1- Des sanctions prononcées par le juge

252. – Les *Tax Court* aux États-Unis – Aux États-Unis, la matière fiscale dispose de son propre circuit judiciaire ainsi que de juges spéciaux. Les *United States Tax Court* (cours fiscales américaines) ont été mises en place par le Congrès sur le fondement de l'article 1 de la constitution des États-Unis et le principe de la séparation des pouvoirs. Ces cours sont spécialisées dans les conflits opposants les contribuables et le directeur de l'IRS, c'est-à-dire le gouvernement des États-Unis. Il n'existe pas de cours d'appel du même ordre, bien que le Congrès et le *Tax Bar* tentent de les mettre en place afin de maintenir l'uniformité dans l'application de la

---

[697] *Stoltzfus v. United States*, 398 F.2d 1002, 1004 (3rd Circ. 1968): « intentional wrongdoing on the part of the taxpayer motivated by a specific intent to evade a tax known or believed to be owing » (Trad. par nos soins).

[698] Article 6663(b) de l'IRC, IRM 8.17.7.10 (09-24-2013).

[699] Article 6664(b) de l'IRC.

[700] Article 6651(f) de l'IRC.

loi fiscale nationale. Les appels sont donc dirigés vers les cours d'appel traditionnelles, puis vers la Cour suprême.

253. – La répression pénale en France – Il n'existe pas de cours spécialisées dans le domaine de la fiscalité en France. Le contentieux pénal en matière fiscale est de la compétence du tribunal correctionnel. C'est donc l'autorité judiciaire qui connaît le procès et l'administration fiscale peut se constituer partie civile. Comme l'a rappelé la Cour de cassation, la procédure fiscale éventuellement encore en cours et le procès pénal sont indépendants. Il y a une véritable autonomie entre les deux. Dans une décision de 1968, elle a ainsi précisé que « *les poursuites pénales [pour fraude fiscale] et la procédure administrative tendant à la fixation de l'assiette et de l'étendue des impositions sont par leur nature et leur objet différentes et indépendantes l'une de l'autre* »[701]. C'est l'indépendance des procédures qui permet le cumul des sanctions administratives et pénales[702].

La question du cumul des sanctions a été débattue devant la Cour EDH. Cet état du droit est contraire à l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention EDH qui affirme que « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État* ». Depuis l'affaire *Gradinger c. Autriche* du 23 octobre 1995[703], la Cour reconnaît qu'un État viole le principe *non bis in idem* lorsque, indépendamment de la qualification juridique donnée à certains faits, il inflige deux sanctions pour des comportements identiques. En 2009, dans l'affaire *Ruotsalainen c. Finlande*[704], la Cour EDH a considéré qu'il n'est pas conforme à la Convention d'infliger une amende et une majoration fiscale de 300 % à un contribuable pour des faits identiques, sachant que la caractérisation de l'infraction pénale supposait la preuve d'une intention, mais pas la sanction fiscale.

Néanmoins, le Conseil d'État[705] et la Cour de cassation[706] estiment qu'il n'y a pas violation de la règle *non bis in idem* et continuent d'admettre le cumul des sanctions.

---

[701] Cass. crim., 16 mai 1968, n°68-90871 : *Bull. crim*. 1968, n°161.

[702] Par exemple, Cass. crim., 1er mars 2000, n°99-86.299, *Bull. crim. 2000*, n°98 ; *Bull. Joly Bourse 2000*, p. 443, §92, obs. N. RONTCHEVSKY ou encore Cass. crim., 2 avril 2008, n°07-85.179, *Dr. sociétés 2008*, comm. 136, obs. R. SALOMON ; *Bull. Joly Bourse 2008*, p. 301, §35, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

[703] CEDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, Req. n°15963/90.

[704] CEDH, 16 juin 2009, *Ruotsalainen c. Finlande,* Req. n°13079/03.

[705] CE, avis, 4 avril 1997, n°183658, *Jammet*, Dr. fisc. 1997, 24, comm. 60, concl. LOLOUM F.

Le Conseil constitutionnel avait été saisi par la chambre criminelle de la Cour de cassation[707] d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) concernant le cumul des sanctions prévues aux article 1729 et 1741 du CGI. Dans sa décision du 24 juin 2016[708], il a affirmé que ces deux dispositions ne sont pas contraires à la Constitution. Dans une décision du 22 juillet 2016[709], le Conseil constitutionnel a, à nouveau, validé l'application cumulée des sanctions prévue aux articles 1729 et 1741 du CGI, en renvoyant aux motifs et réserves formulés dans sa décisions du 24 juin 2016.

2- Des sanctions pénales sévères

254. – Les sanctions financières – Les sanctions financières prononcées dans le cadre d'une procédure contentieuse devant les *Tax court* ou les tribunaux correctionnels sont d'un montant beaucoup plus élevées que celles pouvant être décidées par l'administration fiscale.

L'article 1741 du CGI qui réprime le délit de fraude fiscale[710] prévoit une amende de 500 000 euros pour l'auteur, personne physique, de la fraude fiscale. Selon l'article 1743 du CGI, les complices d'une fraude fiscale sont passibles des mêmes peines que celles encourues par les auteurs de la fraude. La loi du 6 décembre 2013 a aggravé les amendes[711] lorsque les faits ont été commis en bande organisée[712]. L'amende est portée à 2 000 000 d'euros et est aussi encourue si la fraude a été facilitée par différents moyens, comme des comptes ouverts ou des contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, l'usage d'une fausse identité ou de faux documents, l'utilisation d'une domiciliation fiscale fictive ou artificielle à l'étranger. Les

---

[706] Cass. crim., 20 juin 1996, n°94-85.796, *Bull. crim.* n° 268; D. 1997, p. 249, note TIXIER G. et LAMULLE Th.; RSC 1997, p. 372, obs. BOULOC B.

[707] Cass crim, 30 mars 2016, n°1736.

[708] Décision n° 2016-545 QPC du 24 juin 2016, JORF n°0151 du 30 juin 2016, texte n° 111.

[709] Décision n° 2016-556 QPC du 22 juillet 2016, JORF n°0171 du 24 juillet 2016, texte n° 30.

[710] Cf. *supra* n°221.

[711] S. DETRAZ, « Modification des circonstances aggravantes du délit général de fraude fiscale et des peines correspondantes », *Dr. fisc. n° 51-52*, 19 Décembre 2013, comm. 582

[712] L'article 132-71 du Code pénal dispose que « constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions. »

personnes morales peuvent également se voir condamner pour délit de fraude fiscale, mais la peine est beaucoup plus lourde et correspond au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques, soit 2 500 000 euros.

Les sanctions financières en droit fiscal américain sont également élevées et divergent s'il s'agit d'une personne physique ou morale. À titre d'exemple, la tentative d'échapper à l'impôt est punie de 250 000 dollars pour les personnes physiques et 500 000 dollars pour les personnes morales. Le montant de la sanction est équivalent pour la fraude ou les fausses déclarations.

255. – Les peines privatives de libertés – Les sanctions financières sont généralement assorties de peines privatives de liberté. L'article 1741 du CGI prévoit une peine d'emprisonnement de cinq ans et de sept ans, lorsque la fraude est commise en bande organisée. Aux États-Unis, les peines d'emprisonnement varient entre un et cinq ans. Le contribuable qui ne déclare pas volontairement ses revenus ou ne s'acquitte pas de son impôt est passible d'une peine d'un an de prison. La fraude et les fausses déclarations peuvent entraîner trois ans d'emprisonnement et la tentative d'évasion fiscale cinq ans.

256. – Un renforcement dans la répression pénale française – La loi du 6 décembre 2013 a mis en place un nouvel acteur dans le paysage français de lutte contre les paradis fiscaux et de répression de la fraude fiscale.

257. – Conclusion de la Section 2 – Quant à la sanction, les législations française et américaine connaissent le même mouvement. Elles sont animées par une tendance vers un durcissement du dispositif de sanction. En 2005, la France a d'ailleurs rationnalisé son système le dotant d'une plus grande efficacité. C'est au niveau de la poursuite que la France s'est récemment singularisée avec la création du procureur financier. Il faut y voir la volonté de se doter d'un arsenal similaire, autant que faire se peut, à l'exemple américain, en rattrapant le retard que connaissait notre pays. Du reste, l'institution nouvelle s'inscrit pleinement dans l'évolution que connaît le droit européen. Il est encore aujourd'hui difficile d'établir un constat objectif sur le procureur financier, tant sa création est récente. Sans doute la France n'est-elle pas encore habituée à la culture d'un procureur omnipotent, transcendant

les distinctions habituelles. Il reste que cette institution va certainement dans le bon sens. Elle traduit, à l'échelon judiciaire, l'extrême imbrication des affaires fiscales et financières qui caractérise la fraude contemporaine. De surcroît, il semble nécessaire de laisser à cette institution nouvelle le temps d'évoluer afin que la doctrine puisse émettre un jugement sur pièce.

258. – Conclusion du Chapitre 1 – Que ce soit les acteurs, avec la police fiscale ou l'IRS CID, ou les sanctions qui peuvent être prononcées, le droit pénal est devenu en quelques années un instrument juridique inévitable dans la lutte contre les paradis fiscaux. Il est apparu clair aux yeux du législateur américain et français que, sans une réponse pénale à ces agissements, les contribuables ne prenaient pas suffisamment au sérieux l'objectif de l'administration fiscale.

De ce point de vue, le retard de la France en matière de lutte contre les paradis fiscaux, la pénalisation consécutive est importante. Il a fallu attendre 2009 pour qu'une police fiscale française apparaisse, alors que son pendant américain avait déjà 90 ans. De plus, l'organisation des deux polices est extrêmement différente et accentue cette impression d'audace qui illustre les efforts du législateur américain. Il y a eu certes des initiatives du côté français – la dernière loi de 2013 en est l'exemple – mais celles-ci restent encore un peu faibles. Au niveau de la poursuite, le nouveau procureur financier pourra éventuellement tenter de remédier en partie à cet état.

Aussi louable soit-il le but qui est de mettre fin aux paradis fiscaux ne doit pour autant conduire à une restriction des droits des contribuables. Les mécanismes de lutte contre les paradis fiscaux et surtout l'échange automatique d'informations ne doivent pas méconnaître les droits des contribuables et leur droit à la protection de leurs données individuelles **(Chapitre 2)**. L'administration fiscale se doit de rester très vigilante à cet égard.

CHAPITRE 2

LA NÉCESSAIRE PROTECTION DU CONTRIBUABLE

259. – « *Le rapport entre l'administration fiscale et le contribuable reste déterminé par des normes unilatérales, certes parfois négociées, mais qui ne résultent pas de la rencontre d'une volonté.* »[713] Ce constat résume parfaitement la relation déséquilibrée qui lie le contribuable et l'administration fiscale.

Ainsi que nous l'avons étudié[714], les prérogatives de l'administration s'accroissent, afin qu'elle soit en mesure de remplir le but qui lui ait assigné : celui de lutter contre les paradis fiscaux. Néanmoins, il ne faudrait pas que le contribuable se retrouve devant « *(…) un monstre dont nous ne pourrions modérer les prétentions ni limiter l'omnipotence* »[715]. C'est pourquoi, et de façon concomitante, les droits des contribuables augmentent à mesure que l'administration peut faire irruption dans sa vie.

Le droit fiscal distingue deux catégories de contribuables, chacune nécessitant une protection. La première comprend tous les citoyens. Par définition, un contribuable est un citoyen[716] et il possède des devoirs, mais aussi des droits qui

---

[713] S. BUFFA, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, Thèse, IRJS Éd., 2014, Paris, p. 373.

[714] Cf. *supra* n°70 et s., n°207 et s., n°233 et s.

[715] H. BERTHÉLÉMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP*, 1904, p.213-214.

[716] L'expression du « citoyen-contribuable » a été employée par Thierry Lambert dans un article où il décrit les relations du contribuable face à l'administration fiscale. Nous avons volontairement utilisé l'expression du « contribuable-citoyen » pour mettre en avant la qualité de contribuable.
Th. LAMBERT, « Le contribuable face à l'administration fiscale », *Psychologie et science administrative*, PUF, collection CURAPP, 2, 1985.

doivent être préservés par l'État. Les contribuables-lanceurs d'alerte constituent une deuxième catégorie à protéger. Les lanceurs d'alerte représentent un groupe particulier de personnes qui peuvent être des contribuables, sans en être nécessairement. Leur statut de dénonciateur les rend vulnérables et il est donc nécessaire de leur apporter une protection.

Aussi nous distinguerons entre deux catégories de contribuable, lorsqu'il est pris en tant que citoyen **(Section 1)** et lorsqu'il est considéré comme un lanceur d'alerte **(Section 2)**.

Section 1

Une caractéristique commune : le contribuable en tant que citoyen

260. – La qualité de contribuable lui confère des droits et des obligations reconnus dans les ordres juridiques étudiés, comme le droit à un débat oral et contradictoire, la sécurité juridique, la présomption de bonne foi ou encore le secret fiscal. En échange de ses droits, l'administration lui impose certaines obligations, telle celle de reconnaître la légitimité du principe de l'impôt, la déclaration sincère et complète dans les délais de ses revenus, le paiement de ses impôts, ou encore la coopération en cas de contrôle fiscal.

Si en tant que contribuable, l'administration est en droit d'exiger de lui certaines contraintes, elle ne doit pas pour autant éclipser ses droits. Le constat est d'autant plus vrai que les pouvoirs exorbitants de l'administration en matière de lutte contre les paradis fiscaux pourraient venir affaiblir les droits les plus fondamentaux du contribuable. Ainsi, chaque contribuable a le droit au respect de sa vie privée **(§1)** et le droit à un procès équitable **(§2)**.

§1. La protection de la vie privée du contribuable

261. – La recherche de l'information engendre la mise en place de techniques de plus en plus invasives dans la vie du contribuable. Toutefois, la lutte contre les paradis fiscaux ne peut pas justifier la violation de la vie privée du contribuable, un droit consacré en France comme aux États-Unis **(A)**. Il est donc primordial de trouver une articulation entre ces deux impératifs **(B)**.

A) La protection de la vie privée

262. – En France **(1)** et aux États-Unis **(2)**, la protection du respect de la vie privée est largement consacrée.

1- La protection de la vie privée en France

263. – L'article 9-1 du Code civil – L'article 9 alinéa 1 du Code civil dispose clairement que « *chacun a droit au respect de sa vie privée.* »[717] Bien que modifié, le fond de l'article n'a jamais changé. S'il n'existe pas de définition légale de la « vie privée », les juges ont eu, à maintes occasions, l'opportunité d'en délimiter les contours. Ainsi, sont considérées comme des atteintes à la vie privée toutes les informations faisant intrusion dans l'intimité de la personne. Cela peut concerner les relations sexuelles[718], la vie sentimentale, la vie familiale[719], les souvenirs personnels, l'état de santé[720], les convictions politiques ou religieuses et également la situation financière[721].

Cette dernière interprétation intéresse particulièrement notre propos. La situation financière d'un individu est considérée comme faisant partie de sa vie et doit être protégée en tant que tel. C'est ainsi que le secret fiscal, codifié à l'article L. 103 du LPF[722], joue un rôle essentiel, car il interdit la diffusion de toutes les informations

---

[717] J.-R. BINET, « Le secret des origines », *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 47 - n° hors-série, 19 novembre 2012.

[718] CE, 1ère et 4e sous-sect. réunies, 9 octobre 1996, req. n°168342 ; *Dpt de Paris*.

[719] Cass. 1ère civ., 20 mars 2014, n°13-16.829, FS P+B : JurisData n°2014-005207.

[720] CA Douai, 12 avril 2007, n° 06/01965: JurisData n°2007-348269 ; Cass. 1ère civ., 15 juin 2004: JurisData n°2004-024132, Bull. civ. 2004, I, n°171; Cass. 1ère civ., 18 mars 1997: JurisData n°1997-001219, Bull. civ. 1997, I, n°99; Cass. 1ère civ., 14 mars 2000: JurisData n°2000-000950, Bull. civ. 2000, I, n°87.

[721] Cass. 2ème civ., 20 oct. 1976 : Bull. civ. 1976, II, n°279 ; Cass. 1ère civ., 29 mai 1984 : Bull. civ. 1984, I, n°176 ; Cass. 1ère civ., 31 mai 1988 : D.1988, inf. rap. p. 184; CA Paris, 12 janvier 1987 : D.1987, somm. p.386, obs. R. Lindon et D. Amson ; Cass. 1ère civ., 15 mai 2007, n 06-18.448, F P+B, *Laurence B. c. Gérard P.*: JurisData n°2007-038865.

[722] L'article 103 du LPF dispose que « L'obligation du secret professionnel, telle qu'elle est définie aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, s'applique à toutes les personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou attributions à intervenir dans l'assiette, le contrôle, le recouvrement ou le contentieux des impôts, droits, taxes et redevances prévus au Code général des impôts. Le secret s'étend à toutes les informations recueillies à l'occasion de ces opérations. Pour les informations recueillies à l'occasion d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle, l'obligation du secret professionnel

concernant l'assiette, le contrôle, le recouvrement ou le contentieux des impôts, droits, taxes et redevances ou celles recueillies au cours d'un contrôle fiscal. Le LPF précise par ailleurs que le secret professionnel en l'espèce est celui du « *respect de la vie privée* ». Le non-respect de cette obligation est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros[723].

264. – L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme – Il s'agit du second moyen de protection du respect de la vie privée du contribuable. L'article 8 de la Conv. EDH[724] proclame que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

La jurisprudence européenne a elle aussi été amenée à se prononcer sur l'étendue de la notion de vie privée et il apparaît qu'au fil des décisions, cette notion se soit élargie. Par exemple, la Cour a jugé que l'éloignement d'un étranger peut constituer une violation de l'article 8[725], tout comme le refus de modifier sur sa carte d'identité le sexe d'une personne ayant été opérée[726]. La Russie a été condamnée en 2005 pour avoir refusé de rendre à un enfant mort-né sa véritable filiation paternelle[727]. Est également constitutif d'une violation de l'article 8, le fait pour une agence de renseignements britanniques d'avoir intercepté les communications émises depuis et vers la République d'Irlande[728].

---

nécessaire au respect de la vie privée s'impose au vérificateur à l'égard de toutes personnes autres que celles ayant, par leurs fonctions, à connaître du dossier. »

[723] Article 226-13 du code pénal.

[724] Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Rome, 04 novembre 1950.

[725] Cour EDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, Req. n°12313/86.

[726] Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, Req. n°13343/87.

[727] Cour EDH, 2 juin 2005, *Znamenskaya c. Russie*, Req. n°77785/01.

[728] Cour EDH, 1er juillet 2008, *Liberty & autres c. Royaume-Uni*, Req. n°58243/00.

2- La protection de la vie privée aux États-Unis[729]

265. – Le IVe amendement – Cet amendement fait partie des dix amendements ratifiés en 1791 qui forment le *Bill of Rights* (la Déclaration des droits). Il dispose que *« le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personne, domicile, papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive particulièrement le lieu à fouiller et les personnes ou les choses à saisir. »*[730]

Or le droit à la vie privée trouve sa véritable origine dans un article de 1890 écrit par Samuel D. Warren et Louis D. Brandeis, tous deux avocats[731]. Dans cet article, ils proposent d'admettre un nouveau droit dans le droit commun de la responsabilité, le « *right of privacy* », le droit à être laissé tranquille (« *the right to be let alone* »). Le but des deux avocats était de trouver un moyen pour réparer les dommages causés aux personnes du fait de l'exploitation industrielle des découvertes et inventions de cette période, comme par exemple la photographie, la publicité.

L'objectif ultime de cet amendement est de protéger le droit au respect de la vie privée des individus et d'empêcher les intrusions arbitraires du gouvernement. Pour se faire, la Cour suprême reconnaît dès 1923 le droit de chaque individu de conduire sa vie comme il l'entend, sans pour autant mentionner clairement le droit à la vie privée. Dans un arrêt *Meyer v. Nebraska*[732], la Cour déclare que le droit au respect de sa vie privée recouvre *« le droit des individus de contracter, de s'engager dans quelle qu'activité que ce soit, d'acquérir de nouvelles connaissances, de se marier, d'élire domicile à un endroit et d'y élever ses enfants, de croire en Dieu selon sa conscience, et plus*

---

[729] Sur le droit à la vie privée, V., entre autre, Ch. FRIED, « Privacy », *77 Yale Law Journal 475* (1968).

[730] Dans sa version originale, le IVe amendement est rédigé comme suit *« the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.»*

[731] S. D. WARREN et L. D. BRANDEIS, « The Right To Privacy », *Harv. L. Rev.*, vol. 4 (1890), p. 193.

[732] *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923): Dans cette affaire, la Cour a invalidé une loi du Nebraska qui interdisait l'enseignement dans toutes les écoles de toute autre langue moderne que l'anglais à tous les enfants n'ayant pas atteint la 4ème au collège.

généralement d'apprécier les privilèges reconnus depuis longtemps par la common law comme étant essentiels pour un homme libre pour être heureux »[733].

En 1967 avec l'arrêt *Katz v. United States*[734], la Cour suprême rend une décision importante en reconnaissant la valeur essentielle de la vie privée dans le IVe amendement et l'érige en un droit constitutionnel.

266. – Un champ d'application très large – Tout comme en France, les juridictions américaines ont étendu le champ d'application du droit au respect de la vie privée au fur et à mesure des cas se présentant devant elles.

Ainsi, sont désormais protégés au nom du droit au respect de la vie privée, la réputation[735], la liberté de se reproduire ou pas[736], le respect de la vie intime et sexuelle[737] ou le droit de la femme à l'égalité avec les hommes[738].

Au départ applicable uniquement entre personnes privées, le droit à la vie privée est devenu un droit constitutionnel opposable à l'État avec une décision *Griswold v. Connecticut* de 1965[739]. Depuis, 1965, les contribuables peuvent donc opposer, théoriquement et dans certaines limites, le respect de leur vie privée aux services de l'IRS.

Ainsi, comme le souligne le Professeur Ronald Hamowy, *« de toutes les agences fédérales, l'IRS est celle à qui est reconnue la plus grande latitude dans ses relations avec les citoyens, au point que son autorité peut entrer en conflit direct avec les libertés civiles élémentaires qui sont habituellement accordées et constitutionnellement protégées pour*

---

[733] *Meyer v. Nebraska*, *Ibid.* : « the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, to establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men» (Trad. par nos soins). Dans la même lignée, v., *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 535 (1925). Dans cette décision, la Cour suprême a annulé une loi de l'Oregon qui exigeait que tous les enfants âgés entre huit et seize ans aillent dans une école publique.

[734] *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

[735] *Wisconsin v. Constantineau*, 400 U.S 433, 437 (1971).

[736] *Roe v. Wade*, 410 U.S 113 (1973).

[737] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S 558 (2003).

[738] *United States v. Virginia*, 518 U.S 515 (1996).

[739] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

chaque individu. »[740] En effet, l'IRS possède des moyens d'investigations également très puissants afin de remplir sa mission de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale.

267. – Interdépendance – Les pouvoirs de l'administration sont très larges quand il s'agit de lutter contre les paradis fiscaux. L'importance de l'objectif implique une réelle invasion dans la vie privée du contribuable. Il est donc impératif de trouver le juste équilibre entre le droit fondamental de chaque individu au respect de sa vie privée et le droit de l'administration d'obtenir certaines informations.

B) La conciliation de la protection de la vie privée avec le droit à l'information de l'administration

268. – Si le droit à l'information de l'administration est essentiel **(A)**, il est nécessaire de protéger les contribuables contre les possibles dérives de l'administration concernant le respect de leur vie privée **(B)**.

1- La nécessité de l'information pour l'administration

269. – Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'étudier[741], la recherche d'informations est une part importante du travail de l'administration fiscale française ou américaine. Ainsi, le droit de communication est apparu comme une arme redoutable pour l'administration dans l'obtention des renseignements indispensables à la lutte contre les paradis fiscaux. Il permet à l'administration de demander à consulter ou d'obtenir des copies de tous documents relatifs à l'activité examinée.

Les administrations française **(a)** et américaine **(b)** disposent d'autres pouvoirs exorbitants afin de se procurer les informations nécessaires à leurs missions.

---

[740] R. HAMOWY R., « The IRS and Civil Liberties », *Cato Journal*, Vol. 1, n°1 (printemps 1981), p.225: *«Of all federal government agencies, the Internal Revenue Service (IRS) is permitted the greatest latitude in its relations with citizens, to the point where the authority of government directly conflicts with the elementary civil liberties customarily afforded and constitutionally guaranteed to each individual.* »(Trad. par nos soins).

[741] Cf *supra* n°70 et s.

a) En France

270. – Les demandes d'éclaircissements et de justifications avec obligation de réponse – L'article L. 10 du LPF prévoit la possibilité pour l'administration de demander au contribuable tous renseignements, justifications ou éclaircissements relatifs aux déclarations souscrites, sans que celui-ci n'ait l'obligation de répondre, contrairement au droit de communication[742].

Il existe, en revanche, une procédure similaire, mais qui emporte d'autres conséquences pour le contribuable qui ne fournit pas les informations demandées. Il s'agit de l'article L. 16 du LPF[743]. Concernant des demandes d'éclaircissements, le

---

[742] Sur ce point, v. parmi d'autres, I. VESTRIS, « Le droit à l'information de l'administration », *Droit fiscal* n°3, 18 janvier 2007, 51 ; P. ABBOU P., « ESFP et demande de justifications », *Droit fiscal* n°51-52, 18 décembre 2014, 699 ; J.-J. BIENVENU et Th. LAMBERT, *Droit fiscal*, *Op. Cit.*, p.111 ; J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU., *Procédures fiscales*, *Op. Cit.*, p. 180 et s.

[743] L'article L. 16 du LPF dispose que « En vue de l'établissement de l'impôt sur le revenu, l'administration peut demander au contribuable des éclaircissements. Elle peut, en outre, lui demander des justifications au sujet de sa situation et de ses charges de famille, des charges retranchées du revenu net global ou ouvrant droit à une réduction d'impôt sur le revenu en application des articles 156 et 199 *septies* du code général des impôts, ainsi que des avoirs ou revenus d'avoirs à l'étranger. L'administration peut demander au contribuable des justifications sur tous les éléments servant de base à la détermination du revenu foncier tels qu'ils sont définis aux articles 28 à 33 *quinquies* du code général des impôts ainsi que des gains de cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux tels qu'ils sont définis aux articles 150-0 A à 150-0 E du même code et des plus-values telles qu'elles sont définies aux articles 150 U à 150 VH du même code. Elle peut également lui demander des justifications lorsqu'elle a réuni des éléments permettant d'établir que le contribuable peut avoir des revenus plus importants que ceux qu'il a déclarés, notamment lorsque le total des montants crédités sur ses relevés de compte représente au moins le double de ses revenus déclarés ou excède ces derniers d'au moins 150 000 €. En particulier, si le contribuable allègue la possession de bons ou de titres dont les intérêts ou arrérages sont exclus du décompte des revenus imposables en vertu de l'article 157 du même code, l'administration peut exiger la preuve de la possession de ces bons ou titres et celle de la date à laquelle ils sont entrés dans le patrimoine de l'intéressé. Le contribuable ne peut pas alléguer la vente ou le remboursement de bons mentionnés au 2° du III bis de l'article 125 A du code général des impôts, ou de titres de même nature, quelle que soit leur date d'émission, lorsqu'il n'avait pas communiqué son identité et son domicile fiscal à l'établissement payeur dans les conditions prévues au 4° du III bis du même article. Il en va de même pour les ventes d'or monnayé ou d'or en barres ou en lingots de poids et de titres admis par la Banque de France, lorsque l'identité et le domicile du vendeur n'ont pas été enregistrés par l'intermédiaire ou lorsqu'elles ne sont pas attestées par la comptabilité de l'intermédiaire. Les demandes visées aux alinéas

Conseil d'État a plusieurs fois jugé que les demandes d'éclaircissements fondées sur cette disposition pouvaient, en l'absence de précision de la part du législateur, porter sur tous les points qui nourrissent une interrogation au sein de l'administration[744]. Aucune condition préalable n'est exigée pour faire ce type de demandes. Ainsi, l'administration peut interroger le contribuable sur sa situation et ses charges de famille, sur les charges ayant donné lieu à une réduction d'impôt ou encore sur ses avoirs ou revenus à l'étranger.

Les demandes de justifications ne concernent que des flux et non pas le patrimoine du contribuable (mobilier ou immobilier). Ces demandes ne peuvent être adressées qu'aux contribuables ayant souscrit une déclaration[745].

Dans les deux cas, la sanction est la même. En l'absence de réponse ou de réponse insuffisante dans un délai de deux mois, lequel peut être éventuellement être augmenté de trente jours supplémentaires, le contribuable sera soumis à la procédure de taxation d'office avec d'importantes conséquences, notamment en matière de charge de la preuve.

271. – Le droit de visite et de saisie en France – Prévu à l'article L. 16 B du LPF, ce pouvoir exorbitant du droit commun reconnu à l'administration fiscale lui permet de procéder à des visites et des saisies lorsqu'il existe des présomptions qu'un contribuable ne se soumet pas à l'établissement ou au paiement de l'IR, l'IS ou de la TVA[746]. Cette *« prérogative de puissance publique »*[747] est un moyen très efficace pour l'obtention d'informations. L'administration peut saisir l'autorité judiciaire pour obtenir l'autorisation d'effectuer des visites au domicile de personnes susceptibles de détenir des informations ou des documents utiles à une enquête fiscale en cours. Les documents peuvent être saisis. Le seul recours possible contre

---

précédents doivent indiquer explicitement les points sur lesquels elles portent et mentionner à l'intéressé le délai de réponse dont il dispose en fonction des textes en vigueur. »

[744] CE, 16 mai 1997, n°145097 et n°145121, *Niollon*, : *Dr. fisc.* 1997, n°30, comm. 880 ; *RJF* 1997, n°647.

[745] CAA Lyon, 5 octobre 1995, n°93-212 : *RJF* 1996, n°168 ou CE, 26 janvier 2000, n°184529, *Perlstein* : *Dr. fisc.* 2000, n°47, comm. 917, concl. G. Goulard ; *RJF* 2000, n°382.

[746] Pour plus de détails sur cette procédure, V., entre autre, J.-J. BIENVENU et Th. LAMBERT, p.154 à 156 ; Th. LAMBERT, *Op. Cit.*, p.89 et s. ; J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Op. Cit.*, p.938 et s. ; J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU, p.187 et s. ; O. FOUQUET, « Perquisitions fiscales », *Rev. adm.* n°290, p.165 à 166 ; P. PHILIP, « Les limites aux garanties du contribuable dans la mise en œuvre du droit de visite et de saisie », *Dr. fisc.* 2000, n°22-23, p. 833 à 837.

[747] I. VESTRIS, *Op. Cit.*

l'ordonnance du juge du TGI était le pourvoi en cassation. Dans l'arrêt *Ravon c. France*[748], la Cour EDH a condamné la France, car elle n'offrait pas un droit de recours effectif aux justiciables faisant l'objet d'une visite domiciliaire fiscale. Dès lors, la France a organisé une nouvelle voie de recours. Désormais l'ordonnance du juge autorisant la perquisition peut être portée devant le premier président de la cour d'appel.

Cette procédure, au regard des atteintes au respect de la vie privée qu'elle peut engendrer, reste très largement encadrée et subordonnée à l'existence de présomptions de fraudes.

b) Aux États-Unis

272. – Le mandat de perquisition et saisie (« *search and seizure warrant* ») – L'IRS a le pouvoir de perquisitionner et de saisir certains documents dans le cadre d'une enquête fiscale. Il s'agit là du pouvoir d'investigation le plus important de l'IRS. L'*Internal Revenue Manual* décrit la procédure d'obtention du mandat et les documents pouvant être saisis[749].

Le mandat de perquisition en matière fiscale ou dans les matières liées à la fiscalité est utilisé de façon restreinte et seulement dans les cas les plus importants. L'IRS ne peut pas mettre en œuvre cette procédure sans avoir auparavant épuisé tous les autres moyens d'investigations à sa disposition, comme la surveillance ou les informateurs. Comme le rappelle l'IRM, un mandat de perquisition ne peut être délivré que s'il s'avère être le moyen le moins intrusif pour obtenir les informations nécessaires[750].

---

[748] CEDH, 3e sect., 21 févier 2008, n°18497/03, *Ravon et a. c/ France* : Dr. fisc. 2008, n°12, comm. 227, note D. Ravon et Ch. Louit ; RJF 5/2008, n°571, chron. B. Hatoux, Visites domiciliaires et droits de l'Homme : l'arrêt Ravon, p. 454 et s. et p. 552 et s. ; C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P.-F. Racine, GAJF : 5e éd., 2009, p. 96 et s. et p. 890. ; L. Ayrault, Droit fiscal européen des droits de l'homme : l'année 2008 : L'année fiscale 2008, *Dr. fisc*. 2009, n°9, comm. 222.

[749] V., IRM 9.4.9.2.

[750] IRM 9.4.9.2 : « 5. Search warrants for tax and tax-related offenses will be utilized with restraint and only in significant tax investigations. All other investigative tools (i.e., mail covers, surveillance,

L'obtention d'un tel mandat requiert la réunion de diverses conditions, dont la première est celle de déterminer la pertinence de cette procédure dans le cas d'espèce. Pour ce faire, il convient d'évaluer l'importance du montant de l'impôt dû, la nature de la fraude, la nécessité de saisir certaines preuves et l'impact d'une potentielle enquête pénale suite à une fraude fiscale sur une mise en conformité volontaire du contribuable.

Le mandat doit être autorisé par le juge, qui le signera si les arguments de l'administration l'ont convaincu. La Cour suprême a eu à se prononcer à plusieurs reprises sur la validité d'un mandat de perquisition par l'IRS. Dans un arrêt de 2004, *Groh v. Ramirez*, elle a estimé qu'un mandat avait été délivré à tort, car les personnes en cause ou les objets à saisir n'avaient pas été suffisamment décrits. De plus, elle a considéré que l'agent fédéral qui avait préparé le mandat et supervisé son exécution n'avait pas l'immunité de juridiction adéquate[751]. Cette décision, qui vient confirmer celle de la juridiction inférieure rendue en 2003, *United States v. Bridges*[752], illustre l'impératif pour un mandat de contenir des informations suffisantes pour ne pas être par la suite rejeté par l'autorité judiciaire.

273. – L'assignation à comparaître (« *subponea* ») – Il s'agit ici pour l'administration d'obtenir un ordre de la Cour pour faire témoigner un contribuable ou pour l'obliger à remettre certains documents. L'IRS utilise généralement la procédure du *summons*. Mais s'il ne parvient pas à avoir les renseignements demandés par cette voie, il peut alors contraindre la personne à divulguer les informations demandées devant une cour.

Certains des pouvoirs des administrations fiscales des deux ordres juridiques étudiés peuvent être qualifiés d'hors du commun. Leur utilité est bien réelle. Ils doivent, cependant, être encadrés afin d'éviter les dérives éventuelles de l'administration.

---

informants, trash pulls) should be considered before deciding that a search warrant is the least intrusive means to acquire the evidence. »

[751] *Groh v. Ramirez*, 540 U.S. 551 (2004).

Sur cette jurisprudence, V., l'article de M. S. TRIPOLITSIOTIS, « Groh v. Ramirez, The Warrant Requirement, and Qualified Immunity », *Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, 2004, pp. 1179-1191, https://www.law.upenn.edu/journals/conlaw/articles/volume6/issue5/Tripolitsiotis6U.Pa.J.Const.L.1179(2004).pdf (consulté le 11 mars 2016).

[752] *United States v. Bridges*, 344 F.3d 1010 (9th Cir. 2003).

2- La nécessité de la protection pour le contribuable

274. – Le *Privacy Act* – Le *Privacy Act* a été adopté en 1974[753] et a pour objectif de mettre en place des garde-fous contre les possibles dérives de l'administration dans l'utilisation de ses pouvoirs. Il garantit trois libertés fondamentales : le droit de consulter les données sur soi-même, le droit de demander la modification des données qui ne sont pas exactes, pertinentes, opportunes ou complètes et le droit de chaque individu d'être protégé contre des intrusions injustifiées dans sa vie privée suite à la détention, l'utilisation, la divulgation d'informations personnelles.

Cet acte établit un guide des bonnes pratiques afin de protéger la vie privée des citoyens et s'applique à toutes les agences fédérales, dont l'IRS, qui détiennent, utilisent, divulguent et conservent des informations personnellement identifiables sur des particuliers. Cette loi prévoit que les agences doivent publier au Registre fédéral leur système de conservation des données. Il est interdit de divulguer des informations sans le consentement écrit du particulier, à moins que la diffusion ne fasse partie d'une des douze exceptions prévues par le texte[754]. Par exemple, l'exception prévue à l'article 5 §552a(b)(1) du Code fédéral américain prévoit le besoin de savoir pour une agence (« *need to know* »), c'est-à-dire la nécessité de connaître certaines informations afin que l'IRS puisse accomplir ses missions. Elle revendique souvent cette exception pour faire échec à l'application du *Privacy Act*[755].

275. – La Cour EDH : garante du respect de la vie privée – La procédure très intrusive de l'article L. 16 B du LPF a fait l'objet d'une censure par la Cour EDH. L'année 2008 a été l'occasion d'un arrêt important de la Cour, l'arrêt *André et a. c. France*[756]. Dans cette décision, la Cour condamne la France pour ces visites domiciliaires sur le fondement de la violation de l'article 8 de la Convention EDH.

---

[753] Pub. L. 93-579, 88 Stat. 1896, entré en vigueur le 31 décembre 1974 et codifié à l'article 5 § 552a du Code fédéral américain.

[754] V., les articles 5 §552a(b)(1) à (12) du Code fédéral américain.

[755] *Grogan v. IRS*, 3 Gov't Disclosure Serv. (P-H) 82,385, at 82,977-78 (4th Cir. Mar. 22, 1982); *Fitzpatrick v. IRS*, 1 Gov't Disclosure Serv. (P-H) ¶ 80,232, at 80,580 (N.D. Ga. Aug. 22, 1980); *Lukos v. IRS*, No. 86-1100, 1987 WL 36354, at 1-2 (6th Cir. Feb. 12, 1987).

[756] Cour EDH, 5e sect., 24 juillet 2008, Req. n°18603/03, *André et a. c. France* : Dr. fisc. 2008, n°43, comm. 552, note CH. Louit ; *Dr. fisc*. 2008, n°38, act. 270 ; RJF 12/2008, n°1341. En l'espèce, l'administration fiscale avait effectué une visite domiciliaire conformément aux dispositions de l'article L. 16 B du LPF au cabinet d'avocats des requérants.

Elle estime que si la visite avait été dûment autorisée par un juge, il y aurait eu violation de l'article 8 de la Convention EDH « du fait [que] l'autorisation de la visite domiciliaire était rédigée en termes larges, la décision se contentant d'ordonner de procéder aux visites et aux saisies nécessitées par la recherche de la preuve des agissements dans certains lieux où des documents et supports d'information relatifs à la fraude présumée étaient susceptibles de se trouver, et ce en particulier au domicile professionnel des requérants. Dès lors, les fonctionnaires et officiers de police judiciaire se voyaient reconnaître des pouvoirs étendus. (…) la Cour constate que la visite domiciliaire litigieuse avait pour but la découverte chez les requérants, en leur seule qualité d'avocats de la société soupçonnée de fraude, de documents susceptibles d'établir la fraude présumée de celle-ci et de les utiliser à charge contre elle. À aucun moment les requérants n'ont été accusés ou soupçonnés d'avoir commis une infraction ou participé à une fraude commise par leur cliente. »[757] Ainsi, selon une technique bien éprouvée, la Cour EDH reconnaît la régularité de ces perquisitions, mais y apporte une réserve en appréciant la proportionnalité de la procédure au but recherché[758].

276. – Le contribuable devant la justice – L'administration poursuit certes un objectif d'intérêt général, impliquant certains aménagements dans les libertés fondamentales des contribuables, comme le respect à la vie privée. Toutefois, lorsque l'affaire revêt un tour contentieux, il est indispensable que le contribuable se voit assurer de son droit à un procès équitable face à cette puissante administration.

§2. Le droit à un procès équitable

277. – Cette garantie apparaît essentielle pour les contribuables qui se retrouvent face à l'administration fiscale. Il ne s'agit pas ici d'énumérer et d'étudier toutes les garanties que recouvre le droit à un procès équitable, notamment contre l'administration. Nous axerons notre propos autour de deux points suscitant le plus de différends quand il s'agit d'un procès intenté par ou contre l'administration fiscale

[757] *Ibid.*, §§ 45-46.

[758] *Ibid.*, § 48.

au regard de ses pouvoirs : la présomption d'innocence **(A)** et le droit de ne pas s'incriminer soi-même **(B)**.

A) La présomption d'innocence

278. – Il s'agit d'un des principes fondamentaux de la procédure **(1)**. Sa conséquence importante se pose en termes de charge de la preuve de cette innocence **(2)**.

1- Un droit fondamental

279. – Innocent jusqu'à preuve du contraire – La présomption d'innocence est un principe fondamental du système judiciaire français. Il a été reconnu par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789, qui prévoit clairement que « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable (…)* ». La Convention européenne des droits de l'homme protège également ce principe dans l'article 6§2, qui dispose que « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». Depuis la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence[759], ce principe est placé dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, qui dispose que « *toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.* ».

280. – L'article 6§2 de la Convention EDH est-il applicable en matière fiscale ? – Cette problématique a fait l'objet de nombreuses interrogations par les juridictions nationales, et le conseil d'État s'en est saisi[760]. Il a répondu dans un avis du 31 mars

---

[759] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n° 0138 du 16 juin 2000, page 9038, texte n°1.

[760] CAA Lyon, 20 décembre 1994, n°92LY00847 et 92LY00848. Dans ces deux arrêts, la CAA de Lyon avait interrogé le Conseil sur le fait de savoir si les pénalités pour manœuvres frauduleuses sont assimilables à des condamnations pénales au sens de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et si oui, quelle est la portée des dispositions de

1995[761] que si l'article 6§2 de la Convention EDH n'était applicable qu'aux procédures civiles ou pénales, il resterait applicable à la contestation des « *majorations d'impositions prévues au 1 de l'article 1729 du Code général des impôts en cas de manœuvres frauduleuses qui, dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent* ».

En 2001, la Cour EDH, dans la décision *Ferrazzini*[762], a réexaminé la problématique de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention aux litiges opposant les contribuables et le fisc et a conclu à l'inapplicabilité de l'article 6 sous son angle civil à ces litiges.

Dans un arrêt de 2006, *Jussila c. Finlande*[763], la Cour a été amenée à statuer sur l'applicabilité de l'article 6 à la matière fiscale sous son angle fiscal. Dans cette affaire, le requérant avait subi un contrôle fiscal en matière de TVA qui avait conduit à un redressement et à l'application d'une majoration de 10% des droits dus. Il estimait que ses droits reconnus par l'article 6 de la Convention EDH avaient été méconnus par l'administration fiscale finlandaise, car les autorités fiscales avaient refusé de tenir audience dans cette espèce. La Cour EDH a rappelé les critères d'application de l'article 6 sous son volet pénal. Ces critères, appelés aussi « *critères Engel* »[764] ont été réaffirmés dans différentes affaires dont la Cour a eu à connaître[765]. Ces trois critères sont les suivants : le texte qui définit l'infraction doit appartenir au droit pénal et/ou disciplinaire, il convient également d'apprécier la nature de l'infraction et enfin il importe de prendre en considération la sévérité de la sanction. La Cour prend soin de rappeler qu'elle « *n'adhère pas à la thèse selon laquelle les procédures de redressement fiscal doivent ou devraient, en raison de leur nature même, échapper à la protection de l'article 6* »[766], bien que son analyse au cas d'espèce ait abouti à une absence de violation de l'article 6.

---

l'article 6§2, de ladite convention sur les conditions d'élaboration, de prononcé et de contestation des dites sanctions.

[761] CE, Avis Section, 31 mars 1995, 164008, *SARL Auto-Industrie Méri*, RJF 5/95, n°623, cl. J. ARRIGHI DE CASANOVA, p. 326.

[762] *Ferrazzini c. Italie [GC],* 12 juillet 2001, Req. n°44759/98.

[763] *Jussila c. Finlande*, 23 novembre 2006, Req. n°73053/01.

[764] *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, série A, n°22.

[765] Ces trois critères ont été réaffirmés dans différents arrêts, dont *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], 9 octobre 2003, Req. n°39665/98 et 40086/98 ; *Öztürk c. Allemagne*, 21 février 1984, série A n°73 ; *Lutz c. Allemagne*, 25 août 1987, série A n°123 ; *Janosevic c. Suède*, 21 mai 2003, Req. n°34619/97.

[766] *Jussila c. Finlande, Op. Cit.*, §36.

281. – Un concept reconnu par la *common law* – La Cour suprême a reconnu pour la première fois le concept de la présomption d'innocence dans un arrêt de *Coffin v. United States* en 1895[767]. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé *« le principe [selon lequel] il existe une présomption d'innocence en faveur de l'accusé est incontestable juridiquement, irréfutable et élémentaire, et son application repose dans les fondations de l'administration de notre droit pénal (…). »*

En 1982, la présomption d'innocence a été élevée au rang de droit constitutionnel[768] dans une jurisprudence *Taylor v. Kentucky*[769]. La Cour suprême a affirmé qu'un procès pénal ne pouvait être considéré comme remplissant les conditions du procès équitable si la présomption d'innocence n'avait pas été respectée.

En matière fiscale, la fraude fiscale est jugée devant les juridictions civiles ou pénales L'IRS a défini la fraude comme étant un acte répréhensible, intentionnel de la part du contribuable, de tenter d'échapper à l'impôt qu'il doit ou croit devoir payer. Le service fait la différence entre l'acte d'échapper à l'impôt, qui n'est pas un acte criminel et celui de l'évasion fiscale qui demande une action positive de la part du contribuable[770]. Parmi les exemples d'actes positifs donnés par l'IRM, on trouve la dissimulation de comptes bancaire ou d'avoirs à l'étranger ou de recettes.

Les différences d'une action devant les tribunaux civils ou pénaux sont de l'ordre de la sanction. La fraude au plan civil est punie par des mesures correctives prises par l'administration, comme le prononcé de pénalités. Au plan pénal, les sanctions consistent en des amendes avec ou sans peine d'emprisonnement. Une accusation de fraude pourra à la fois engendrer des pénalités civiles et pénales.

282. – La charge de la preuve – Elle est la conséquence du principe de la présomption d'innocence. Le contribuable étant considéré comme innocent, il

---

[767] *Coffin v. United States*, 156 U.S. 432 (1895): *« The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law. »* (Trad. par nos soins).

[768] V., entre autre, W.F. FOX Jr., « The "Presumption of Innocence" as Constitutional Doctrine», 28 *Cath. U. L. Rev*. 253 (1979), http://scholarship.law.edu/lawreview/vol28/iss2/3.

[769] *Taylor v. Kentucky*, 436 U.S., 478 (1978).

[770] V., IRM 25.1.1.2.4 du 23 janvier 2014.

convient de déterminer sur qui va peser la charge de rassembler les preuves de son innocence ou de sa culpabilité.

2- Les incidences quant à la charge de la preuve

283. – La présomption d'innocence implique que la bonne foi du contribuable soit présumée. Ainsi, pour se faire, la charge de la preuve incombe à l'accusation que ce soit en France **(a)** ou aux États-Unis. Toutefois, il existe des cas d'inversement de la charge de la preuve **(b)**.

a) En France

284. – Une question complexe en France – André Bonnet, ancien président du tribunal administratif et avocat, a écrit « s'il est bien une question quelque peu irritante en droit fiscal, c'est sans doute celle relative à la charge de la preuve »[771]. En effet, l'attribution de la charge de la preuve dans le contentieux fiscal a donné lieu à de nombreux débats. Dans sa décision *Renfort Services*[772], le Conseil d'État avait d'ailleurs souligné que *« si la détermination du fardeau de la preuve est, pour l'ensemble des contribuables soumis à l'impôt, tributaire de la procédure d'imposition suivie à leur égard, elle n'en découle, pas moins, à titre principal, dans le cas des personnes assujetties à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux ou des entreprises assujetties à l'impôt sur les sociétés, de la nature des opérations comptables auxquelles ont donné lieu les actes de gestion dont l'Administration conteste le caractère »*. Un auteur a commenté cette décision en relevant *« que s'il faut reconnaître à cet arrêt de grands mérites, il faut bien admettre cependant que les critères d'attribution de la preuve qu'il emploie ne sont pas très éclairants »*[773]. Les nombreux écrits doctrinaux démontrent à quel point la question de la charge de la preuve dans le contentieux fiscal est

---

[771] A. BONNET, « La charge de la preuve en contentieux fiscal », *Dr. fisc.*, n°49, 5 décembre 2013, 535.

[772] CE, plén., 27 juillet 1984, n°34588, *SA Renfort Service* : *JurisData* n°1984-601181 ; Rec. CE 1984, p.292 ;Dr. fisc. 1985, n°11, comm. 596, concl. P.-F. Racine ; *RJF* 10/1984, n° 1233, concl. P.-F. Racine, p.562 ; GAJF, 5ème éd., n°52, p.854, complétée par CE, 27 juillet 1988, n°50020, *Sté Boutique 2M* : JurisData n°1988-600685 ; *Dr. fisc.* 1998, n°49, comm. 2202 ; RJF 1988, n°1139, concl. O. Fouquet.

[773] Ch. de la MARDIÈRE, *La preuve en droit fiscal*, Litec, 2009, n°336, p. 123.

décisive, car elle est « *au cœur de la problématique plus générale des garanties du contribuable et de sa protection à l'égard de l'impôt.* »[774]

285. – Le principe – la charge de la preuve appartient à l'administration. Le contribuable est présumé de bonne foi dès l'origine, c'est-à-dire dès le dépôt de sa déclaration. Il n'a donc pas l'obligation de justifier d'emblée les chiffres qu'il déclare. Dans la jurisprudence *Sylvain Joyeux*[775], le conseil d'État a réaffirmé ce principe en soulignant qu'« *(…) il incombe ensuite au service, s'il s'y croit fondé, d'apporter la preuve de ce que la charge en cause n'est pas déductible par nature, qu'elle est dépourvue de contrepartie, qu'elle a une contrepartie dépourvue d'intérêt pour le contribuable ou que la rémunération de cette contrepartie est excessive (…)* »[776].

Il convient également de préciser que s'il découle d'une jurisprudence constante que l'administration fiscale n'est pas tenue de suivre une procédure contradictoire, en revanche, elle se doit de toujours motiver ses décisions[777]. L'administration a l'obligation de faire comprendre au contribuable les raisons pour lesquelles il doit s'acquitter de certaines sommes.

286. – Le reversement de la charge de la preuve – Dans certains cas, la charge de la preuve revient exceptionnellement au contribuable. Il s'agit essentiellement des cas dans lesquels l'administration a mis en œuvre des procédures de taxation ou d'évaluation d'office[778] prévues par le LPF. Il s'agit des cas de retard ou d'absence de déclaration[779], d'opposition à contrôle fiscal[780] ou d'exercice d'une activité occulte[781].

---

[774] A. BONNET, *Op. Cit.*

[775] CE, 3e et 8e ss-sect., 21 mai 2007, n°284719, *Sté Sylvain Joyeux* , *JurisData* n°2007-081126 ; Rec. CE 2007, p.212 ; *Dr. fisc.* 2007, n°46, comm. 970, concl. E. Glaser, note Ch. de la Mardière ; *RJF* 8-9/2007, n°953, chron. O. Fouquet, p.631 ; *BDCF* 8-9/2007, n° 102, concl. E. Glaser ; BGFE 2007, n°4, obs. N. Chahid-Nouraï, p.3.

[776] *Ibid*.

[777] CE, 27 avril 1979, n°7309 ; CE, 16 février 1987, n°50421 ; CAA Nantes, 8 juin 1990, n°89NT00441 ; CAA Nantes, 3 juillet 1991, n°89NT00879 et 89NT00880 ; CAA Paris, 16 octobre 1990, n°1983 ; CAA Paris, 12 mars 1991, n°89PA02129 ; CAA Lyon, 12 juin 1991, n°89LY01509 ; CAA Nancy, 25 juin 1991, n°89NC01027.

[778] Sur la procédure d'évaluation/taxation d'office, v., parmi d'autres, Th. LAMBERT, *Procédures fiscales*, *Op. Cit*., p.219 et s. ; J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU, *Procédures fiscales*, *Op. Cit*., p.275 et s. ; D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, *Op. Cit.*, p.191 et s.

[779] Article L. 66 du LPF.

[780] Article L. 74 du LPF

De même, lorsqu'un contribuable ne présente pas sa comptabilité ou que cette dernière est rejetée par l'administration, l'article L. 192 du LPF renverse la charge de la preuve aux dépens du contribuable.

b) Aux États-Unis

287. – Le changement de 1998 aux États-Unis[782] **–** Depuis la loi sur la restructuration et la réorganisation de l'IRS en 1998[783], le principe est le même que dans l'Hexagone : la charge de la preuve pèse sur l'administration. Avant 1998, les cours fiscales appliquaient les règles de droit commun en matière de charge de la preuve. Cette dernière incombait au contribuable qui avait fait l'objet d'un contrôle par l'IRS. Le contribuable devait donc démontrer qu'il avait correctement rempli ses déclarations, que les déductions, crédits ou remboursements lui étaient bien dus.

La loi de 1998 est venue renforcer les droits des contribuables et désormais, dans certaines circonstances, le fardeau de la preuve pèse sur l'administration. L'IRS définit la charge de la preuve comme « *étant la responsabilité de prouver les écritures, les déductions et les affirmations faites sur les déclarations fiscales.* »[784] Le poids de la preuve diffère selon que l'on soit dans un cas civil ou pénal. Dans les cas de fraude au plan civil, la preuve à rapporter par l'IRS doit être claire et convaincante. Au plan pénal, la preuve doit être suffisante pour reconnaître la culpabilité du contribuable au-delà de tout doute raisonnable.

288. – Le transfert conditionné de la charge – La charge de la preuve incombe à l'IRS seulement si le contribuable a conservé les documents requis par le code et les règlements pris en matière fiscale, s'il s'est conformé à ces règles, qu'il a apporté des preuves pertinentes rendant ses allégations crédibles et qu'il a coopéré et répondu aux demandes de l'IRS. Ces conditions sont codifiées à l'article 7491 de l'IRC.

---

[781] Article L. 68 du LPF.

[782] V., Dr. P. J. LEE, « Don't Let Burden of Proof Shift to the Taxpayer », *International Journal of Business and Social Science*, Vol. 3 n°23; Décembre 2012; S. G. SALLEY et A. J. SCALETTA, « The Incredible Taxpayer: The U.S. Tax Court and I.R.C. §7491 », *The Florida Bar Journal*, Juin 2003, Vol. LXXVII, n°6

[783] Pub. L. 105-206, 22 juillet 1998.

[784] « Burden of Proof »: IRS. Web. 10 mars 2012.

On s'aperçoit à la lecture de ces conditions que si la loi de 1998 a effectivement permis de placer le contribuable dans la situation d'une personne présumée innocente jusqu'à preuve du contraire, son application pourrait s'avérer complexe. En effet, il est des cas où le contribuable ne parvient pas à invoquer la loi de 1998. La conséquence est alors que la charge de la preuve n'incombe plus à l'IRS mais au contribuable. C'est ce qui est par exemple survenu dans les affaires *Higbee v. Commisioner*[785], *Baker v. Commissioner*[786] ou encore *Swanson v. Commissioner*[787]. Dans d'autres affaires, en revanche, la charge de la preuve est bien transférée du contribuable vers l'IRS. L'affaire *Forste v. Commissioner of Internal Revenue*[788] constitue un parfait exemple dans lequel toutes les conditions ont été remplies pour qu'il incombe à l'IRS de rapporter la preuve.

289. – Le droit de garder le silence – Chaque contribuable a, comme tout citoyen, le droit de garder le silence et donc de s'abstenir de prononcer des éléments qui pourraient l'incriminer.

B) Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination

290. – La Constitution américaine prévoit expressément dans le Ve amendement que nul n'est tenu de témoigner contre soi-même **(1)**. En revanche, ce droit n'apparaît pas dans l'article 6 de la Convention EDH de façon aussi claire **(2)**.

1- Aux États-Unis : un principe ancien

291. – Le Ve amendement de la Constitution américaine : héritage britannique – Le Ve amendement de la Constitution des États-Unis prévoit notamment que « *nul ne*

---

[785] *Earl G. Hibee and Lesley A. Higbee v. Commissioner of Internal Revenue*: 116 T.C. 438: dans ce cas, le contribuable n'a pas réussi à rendre ses allégations crédibles.

[786] *Delbert L. and Margaret J. Baker v. Commissioner of Internal Revenue*: 122 T.C. 143: le contribuable ne s'était pas conformé aux lois et règlements pris en matière fiscale.

[787] *David W. and Connie L. Swanson v. Commissioner of Internal Revenue*: T.C. Memo 2008-265: les contribuables avaient fait preuve d'un manque de coopération avec l'agent de l'IRS.

[788] *Norman L and Catherine J. Forste v. Commissioner of Internal Revenue*. TC. Memo 2003-103.

pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même ». Héritier du système juridique britannique, le Ve amendement a une très longue histoire en droit américain[789] et il est décrit par les juristes comme étant une « *énigme insoluble avec d'importantes conséquences, un nœud Gordien au milieu de notre déclaration des droits* »[790]. Les tribunaux ecclésiastiques demandaient à chaque individu de prêter serment sans qu'il ait connaissance a priori de la nature des questions ou du crime pour lequel il était accusé. Ce procédé avait beaucoup marqué les colons américains, qui ont décidé de mettre en place le droit de ne pas témoigner contre soi-même afin de protéger les individus.

291. – Un droit non-absolu – L'objectif de ce droit est de protéger les personnes à la fois dans[791] et en dehors[792] du tribunal. En revanche, il convient de préciser que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'est pas absolu. Il ne protège pas les entreprises[793] et il s'applique uniquement aux témoignages oraux[794]. Il ne peut pas être invoqué concernant les écrits ou les échantillons de sang par exemple. Il s'agit également d'un privilège personnel, qui protège la personne qui l'invoque et non l'information qui est révélée et qui pourrait l'incriminer[795].

Le droit de ne pas s'auto-incriminer apparaît à toutes les étapes de la procédure fiscale américaine[796].

293. – La déclaration de revenus – À l'étape de la déclaration des revenus, il est déjà possible d'invoquer le bénéfice du Ve amendement, car une déclaration fiscale constitue une « reconnaissance » pouvant être utilisée par la suite dans un

---

[789] L. W. LEVY, *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*, Oxford University Press, 1968, 561 pages.

[790] A. A. REED et L. R. LETTOW, « Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause » (1995), *Faculty Scholarship Series*, Paper 993.

[791] *Spevack v. Klein*, 385 U.S. 511 (1967).

[792] *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 444 (1966).

[793] *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99, 105 (1988): « *a corporation has no Fifth Amendment privilege* » (Trad. par nos soins).

[794] *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 408 (1976): « *applies only when the accused is compelled to make a testimonial communication that is incriminating* » (Trad. par nos soins).

[795] *Couch v. United States*, 409 U.S. 322, 328 (1973).

[796] T. M. TODD, « The Fifth Amendment and the Conjurer's circle: Exploring the Privilege against Self-incrimination in Federal Tax Practice », *Charleston Law Review*, Automne 2014.

procès contre le contribuable[797]. Par exemple, il est des cas où il ne semble pas dans l'intérêt d'un contribuable de dévoiler l'origine de ses revenus quand celle-ci est illicite. La jurisprudence *United States v. Sullivan*, en 1927, a affirmé que le Ve amendement pouvait être invoqué, mais qu'il ne constituait jamais une excuse pour ne pas remplir sa déclaration de revenus[798]. Le contribuable est toujours méfiant dans l'utilisation du Ve amendement envers l'IRS, car il craint souvent que cela ne déclenche un contrôle fiscal. Cette peur est tout à fait légitime par ailleurs, mais en n'invoquant pas le Ve amendement dès la déclaration et en dévoilant des informations, le contribuable renonce à son privilège[799].

294. – Les contrôles fiscaux – Le privilège conféré par le Ve amendement peut également être soulevé lors des contrôles fiscaux et la question s'est notamment posée dans le cadre de l'exercice de la procédure du *summons* par l'IRS. La jurisprudence a, à plusieurs reprises, rappelé que le contribuable ne peut pas invoquer le Ve amendement pour ne pas se conformer à une demande de témoignage[800]. Il a ainsi l'obligation de se présenter en personne pour être interroger.

S'agissant des demandes de documents, un contribuable peut invoquer le droit au silence et refuser de les produire, mais uniquement à la condition qu'il soit effectivement en possession des documents demandés et que ces derniers soient de nature à l'incriminer. En revanche, si le contribuable n'a pas les documents, il ne peut jamais utiliser le Ve amendement pour faire obstacle à la demande de l'IRS[801].

295. – Le contentieux fiscal sur le plan civil ou pénal – Le Ve amendement peut également être utilisé par le contribuable qui porterait son affaire devant les juridictions civiles ou pénales. Dans les deux procédures, le droit au silence du défendeur est protégé. Dans un arrêt de 1976, la Cour suprême a noté qu'*« il serait fondamentalement injuste et que cela consisterait en une violation du droit à un procès*

---

[797] *United States v. Hornstein*, 176 F. 2d 217, 220 (7th Cir. 1949): La cour a affirmé qu'une déclaration d'impôt constituait *« une reconnaissance par le défendeur que le gouvernement peut utiliser de prime abord dans une affaire »* (Trad. par nos soins).

[798] *United States v. Sullivan*, 274 U.S. 259, 263-64 (1927).

[799] *Garner v. United States*, 424 U.S. 648,665 (1976).

[800] *United States v. Awerkamp*, 497 F.2d 832, 836 (7th Cir. 1974) ou encore *Daly v. United States*, 393 F.2d 873 (8th Cir. 1968).

[801] *Couch v. United States*, *Op. Cit.*

équitable de permettre d'utiliser le silence de la personne arrêtée pour justifier son accusation devant la cour »[802].

2- En France : une reconnaissance récente

296. – Un droit reconnu tardivement en France – Il n'y a aucune mention légale de ce droit dans la législation française avant la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence[803]. Mais il est reconnu au niveau européen depuis plus longtemps.

L'article 6 de la Convention EDH ne mentionne pas expressément le droit de tout accusé de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination[804]. Toutefois, il s'agit d'un droit internationalement reconnu qui se trouve au cœur de la notion de procès équitable[805]. Dans l'arrêt *Funke c. France* en 1993[806], la Cour EDH condamne la France pour violation de l'article 6§1 de la Convention.

S'agissant des cas où une amende est prononcée pour refus de fournir des documents à l'administration fiscale, la Cour EDH, dans un arrêt *JB c. Suisse* en 2001[807], a estimé qu'il y avait violation de l'article 6§1, car l'amende peut être alors assimilée à une contrainte envers le contribuable pour qu'il fournisse les pièces demandées.

297. – Pas d'immunité générale – La jurisprudence *John Murray c. Royaume-Uni*[808] a précisé que le droit de garder le silence ne saurait être absolu et pour cela la Cour doit examiner trois éléments. Tout d'abord, elle doit regarder la nature et le

---

[802] *Doyle v. Ohio*, 426 U.S. 610 (1976).

[803] Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 : préc.

[804] V. BERGER, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit fiscal », *Dr. Fisc.*, n°24, 17 juin 2010, 367.

[805] CEDH, 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, Req. n° 18731/91.

[806] V., CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, Req. n° 10588/83, §44 : « *Les particularités du droit douanier (paragraphes 30-31 ci-dessus) ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout "accusé" au sens autonome que l'article 6 (art. 6) attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination* » ; CEDH, 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, Req. n° 15809/02 et 25624/02, § 45 ou encore CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, Req. n°19187/91, §60.

[807] CEDH, 2e sect., 3 mai 2001, *JB c. Suisse*, Req. n°31827/96 : RJF 12/2001, n°1618.

[808] CEDH, *John Murray c. Royaume-Uni*, §47, *Ibid.*

degré de la coercition, ensuite elle doit vérifier l'existence de garanties appropriées dans la procédure et enfin, elle doit contrôler l'utilisation qui est faite des éléments obtenus.

Dans la jurisprudence *Allen c. Royaume-Uni*[809] en 2002, la Cour EDH a conclu que l'obligation pour un contribuable de fournir les déclarations de ses avoirs au fisc ne soulevait aucun problème vis-à-vis de l'article 6§1 de la Convention, bien qu'une sanction ait été prononcée pour défaillance déclarative. Il n'y a pas non plus violation du droit de se taire dans les cas où un contribuable a été condamné pour avoir communiqué une fausse déclaration de revenus à l'administration fiscale. En effet, dans la jurisprudence *Allen*, l'infraction a été commise *a priori*. Le fait de forcer à fournir les bons documents, et de condamner le contribuable en cas de défaut, ne peut pas constituer une « *auto-incrimination forcée* ».

298. – Conclusion de la Section 1 – Dans la lutte contre les paradis fiscaux, les administrations française et américaine disposent, ainsi que nous l'avons vu de pouvoirs considérables, largement exorbitant du droit commun. Une telle situation, que l'on peut comprendre au regard de l'objectif assigné suppose, afin d'être mieux perçue par le contribuable et pour que la légitimité de ses moyens ne soit pas remise en cause, d'être accompagnée d'une importante protection du contribuable. Ce dernier est avant tout considéré comme un citoyen. Dès lors, ce « *contribuable-citoyen* », pour reprendre l'expression du Professeur Lambert, bénéficiera des protections nées de la seule qualité de citoyen. De ce point de vue, le respect au droit à la vie privée et le droit à un procès équitable, dont l'on sait que la jurisprudence de la Cour européenne de l'homme a fait un usage considérable, nous ont apparu comme les principales de ces garanties.

Il ressort de l'étude que les législations américaine et française ont emprunté une voie similaire. Il demeure que les spécificités culturelles de chacun ont parfois démontré un cheminement différent dans la construction de la protection. En

[809] CEDH, 4e sect., 10 septembre 2002, *Allen c. Royaume-Uni*, Req. n°76574/02, §1 : « *La Cour estime donc que dans la présente cause l'obligation faite au requérant de fournir une déclaration de ses avoirs à l'administration fiscale ne soulève aucun problème sous l'angle de l'article 6 § 1, même si une sanction était attachée au défaut de cette déclaration. L'obligation de révéler ses revenus et son capital aux fins de la détermination de l'assiette de l'impôt et du calcul de celui-ci est en effet une caractéristique commune aux systèmes fiscaux des États contractants, dont il serait difficile d'envisager le fonctionnement efficace en l'absence de cette obligation.* »

témoigne, aux États-Unis, l'édification jurisprudentielle, à partir du cinquième amendement, de la notion de prohibition de l'auto-incrimination. Celle-ci a été reconnue beaucoup par la Cour européenne des droits de l'Homme, dans des affaires qui ne concernent pas la France. Peut-être faut-il y voir là le signe d'une évolution prochaine du droit français.

Le droit commun des garanties accordées au citoyen offre une protection déjà significative au contribuable. Celui-ci, lorsqu'il revêt la qualité de lanceur d'alerte, doit faire l'objet d'une attention toute particulière **(Section 2)**.

Section 2

Une caractéristique spéciale : le contribuable en tant que lanceur d'alerte

299. – Edward Snowden[810], un informaticien américain, ancien employé de la NSA, a révélé au grand public les pratiques d'écoutes utilisées par le gouvernement américain. Début juin 2013, il contacte les médias, dont *The Guardian* et *The Washington Post*[811] et rend public les détails du programme de surveillance de masse de la NSA. Edward Snowden sera ensuite inculpé et accusé d'espionnage, de vol et utilisations illégales de biens gouvernementaux. Depuis il a trouvé asile en Russie.

Edward Snowden n'est pas le premier, et ne sera certainement pas le dernier *whistleblower*[812]. Pourtant cette affaire a une résonance particulière en ce qu'elle a remis sur le devant de la scène la notion de lanceur d'alerte.

300. – Que ce soit en France ou aux États-Unis, le trop plein de travaux sur la notion n'a fait qu'apporter plus de confusion à la notion de lanceur d'alerte et à son

---

[810] La littérature sur cette affaires est très dense et en voici quelques exemples : A. LEFEBURE A., *L'affaire Snowden : Comment les États-Unis espionnent le monde*, La Découverte, Coll. Cahiers libres, 2014 ; P. BOUFFARTIGUE, *Le dossier Snowden*, Éd. Belin, Coll. Litt. et Politique, 2015; Q. MICHAUD et O. KEMPF, *L'affaire Snowden: une rupture stratégique*, Économica, 2014.

[811] G. GREENWALD, E. MACASKILL et L. POITRAS, « Edward Snowden: The whistleblower behind the NSA surveillance revelations », *The Guardian*, 10 juin 2013, http://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance (consulté le 20 janvier 2016) et B. GELLMAN, A. BLAKE et G. MILLER, «Edward Snowden comes forward as source of NSA leaks », *The Washington Post*, 9 juin 2013, https://www.washingtonpost.com/politics/intelligence-leaders-push-back-on-leakers-media/2013/06/09/fff80160-d122-11e2-a73e-826d299ff459_story.html (consulté le 20 janvier 2016).

[812] On peut citer à titre non exhaustif : Daniel ELLSBERG dans l'affaire des « *Pentagon papers* » au cours de la guerre du Vietnam ou encore Bradley MANNING, soldat américain qui a transmis à WikiLeaks des documents militaires classés secret défense sur la guerre d'Afghanistan.

statut[813]. Bien que l'objet de notre étude ne soit pas de retracer l'histoire des lanceurs d'alerte, il apparait opportun de s'y attarder un instant afin de comprendre comment fonctionne ce statut et comment il est arrivé dans le domaine fiscal **(§1)**. Les conséquences de sa reconnaissance suscitent encore des questionnements **(§2)**.

§1. Le statut du lanceur d'alerte

301. – La notion juridique de *whistleblower* a connu une évolution très différente dans les deux juridictions qui nous intéressent **(A)**. De plus, bénéficier de ce statut n'est pas aisé et il convient de remplir un certain nombre de conditions **(B)**.

A) Le développement en droit de la notion de lanceur d'alerte

302. – La guerre de sécession aux États-Unis, la santé publique en France : tels sont les deux modes d'introduction du statut de lanceur d'alerte **(1)**. Son articulation avec la liberté d'expression pose un problème plus fondamental, qu'il nous faudra envisager **(2)**.

1- L'introduction du statut de lanceur d'alerte

303. – Alors que l'introduction du statut de lanceur d'alerte date déjà de quelques siècles aux États-Unis **(a)**, il est beaucoup plus récent en France **(b)**.

a) Aux États-Unis : une introduction précoce

304. – La loi de 1777 : une admission implicite – Le premier statut protecteur des lanceurs d'alerte remonterait à 1777. Un amiral de la flotte américaine avait engagé des poursuites contre deux de ses subordonnés, Richard Marven et Samuel Shaw, car

[813] Pour une étude détaillée de la notion de lanceurs d'alerte, V., J.-Ph. FOEGLE, « Les lanceurs d' alerte », *RTDH*, 2014, https://revdh.revues.org/1009, (consulté le 23 janvier 2016).

ces derniers l'avaient accusé de les avoir torturés[814]. Afin de protéger le dénonciateur, le Congrès avait adopté une loi affirmant qu'*« il est du devoir de toute personne travaillant au service des États-Unis d'Amérique, ainsi que de tout autre citoyen de fournir sans délai au congrès ou à toute autre autorité légitime toute information qui serait portée à leur connaissance concernant tout comportement immoral, toute fraude ou tout abus d'autorité commis par des personnes au service des États-Unis »*[815].

305. – Le *False Claim Act* (FCA)[816] : une admission expresse – Appelée également, la loi Lincoln, cette loi a été promulguée dans le contexte de la guerre de Sécession le 2 mars 1863 et est toujours en vigueur aujourd'hui. Cette loi introduit un mécanisme classique de la *common law*, le *« Qui tam »*[817], qui permet à chaque citoyen, lié ou non au gouvernement, d'engager une action contre une société au nom de l'État. Cette personne se voyait ensuite récompensée en percevant une partie du montant de l'amende ensuite prononcée. C'est le début de la rémunération des *whistleblowers*. Le FCA a été codifié en 1986 et modifié en 2009 par le *Fraud Enforcement and Recovery Act*[818], puis en 2010 par le *Patient Protection and Affordable Care Act*[819]. Ces modifications avaient pour objectif de contribuer à la réduction de la criminalité financière en encourageant l'action des lanceurs d'alerte dans le domaine de la fraude.

---

[814] E. FIEL, *Esek Hopkins, commander-in-chief of the continental navy during the American Revolution, 1775 to 1778 : master mariner, politician, brigadier general, naval officer and philanthropist*, Preston & Rounds Co., 1898, Providence.

[815] Library of Congress, Journal of the continental congress 1774-1789, Vol. 9, 1778, 2 mai – 1er septembre, p. 732, *« That it is the duty of all persons in the service of the United States, as well as other the inhabitants thereof, to give the earliest information to Congress or other proper authority of any misconduct, frauds or misdemeanors committed by any officers or persons in the service of the states, which may come to their knowledge »* (Trad. par nos soins), https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage (consulté le 20 janvier 2016).

[816] 31 U.S.C. §§ 3729-3733.

[817] Cette expression latine est l'abréviation de la phrase *« qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur »*, qui signifie « celui qui poursuit en justice pour le roi aussi bien que pour lui-même ».

[818] Pub. L. 111-21, S. 386, 123 Stat. 1617 (2009), https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ21/html/PLAW-111publ21.htm (consulté le 22 janvier 2016).

[819] Pub. L. 111-148, 124 Stat. 119 (2010), https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ148/pdf/PLAW-111publ148.pdf (consulté le 22 janvier 2016).

306. – Le *Whistleblower Protection Act* (WPA)[820] et le *Sarbanes-Oxley Act* (SOX)[821] : le temps de la protection – L'expérience récente d'Edward Snowden a démontré à nouveau l'importance de protéger les lanceurs d'alerte. Ainsi, après avoir reconnu l'existence d'un statut particulier pour ces personnes, il était devenu nécessaire de leur garantir une protection au niveau législatif et cela s'est trouvé concrétisé dès 1989 avec le WPA. La principale différence entre le WPA et le SOX tient aux personnes qu'ils protègent. Le WPA ne concerne que les agents publics employés dans les services fédéraux, c'est-à-dire les employés, les anciens employés et les candidats à un poste au sein d'un service fédéral. Le SOX prévoit la protection de l'ensemble des salariés des sociétés cotées en bourse.

307. – « *The Whistleblower Program* » – La législation en matière de protection des *whistleblowers* est très dense aux États-Unis, et les études et articles nombreux. Quel que soit le domaine dans lequel l'alerte est lancée, les mêmes lois s'appliqueront. Néanmoins, l'IRS a créé le *Whistleblower Office* et mis en place un programme spécifique pour les lanceurs d'alerte dans le *Tax Relief and Health Care Act* de 2006[822], le « *Whistleblower Program* », codifié à l'article 7623 du Code des impôts américains. Le but premier de cette loi était d'encourager les personnes ayant des renseignements concernant des actes non conformes à la loi fiscale à en informer l'IRS. Le *Whistleblower Office* reçoit les allégations venant de lanceurs d'alerte, dont beaucoup affirment avoir eu connaissance des transactions qu'ils dénoncent depuis l'intérieur, comme par exemple des comptables ou des anciens employés. Le lanceur d'alerte fournit généralement différents documents venant à l'appui de son alerte. Le *Whistleblower Office* examine attentivement la dénonciation en gardant toujours à l'esprit la nécessité de protéger les droits du contribuable.

---

[820] Pub. L. 101-12, 103 Stat. 16 (1989), https://www.govtrack.us/congress/bills/101/s20/text, (consulté le 22 janvier 2016).

[821] Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745 (2002), https://www.govtrack.us/congress/bills/107/hr3763/text, (consulté le 22 janvier 2016).

[822] Pub. L. 109-432, 120 Stat. 292 (2006), https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-109publ432/pdf/PLAW-109publ432.pdf (consulté le 30 janvier 2016).

Dans le dernier rapport de l'IRS sur le *Whistleblower Program* en 2015, l' IRS a reçu et analysé au cours de l'année fiscale 2015, 12 078 alertes, 35 670 alertes sont en cours d'examen et 10 615 dossiers ont été clôturés[823].

b) En France : une acceptation tardive

308. – Le risque sanitaire, environnemental ou technique – Le débat sur la protection des lanceurs d'alerte en France est né tardivement. À partir des années 1990, les sociologues ont rapproché les notions de lanceur d'alerte et de prévention d'un risque[824]. Dans leur ouvrage, Francis Chateauraynaud et Didier Torny, sociologues, expliquent que « *lancer une alerte, c'est avant tout manifester une perte de prise, l'impossibilité de réduire un danger ou de contrôler une source de risques.* »[825] Ainsi, les lois du 29 décembre 2011[826] et du 16 avril 2013[827] protègent les salariés de tous secteurs qui lanceraient une alerte dans le domaine de la sécurité sanitaire, de la santé publique ou de l'environnement.

309. – La protection du salarié – Si les lanceurs d'alerte scientifiques ont constitué une part importante des premiers lanceurs d'alerte en France au travers de la notion du risque, la notion de lanceur d'alerte a trouvé un premier terrain historique en droit du travail. La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption est la première loi française reconnaissant le statut de lanceur d'alerte et prévoyant une

---

[823] Department of the Treasury, Internal Revenue Service, IRS Whistleblower Program, Fiscal Year 2015, Annual Report to the Congress, 8 février 2016, p. 13, https://www.irs.gov/pub/whistleblower/WB_Annual_Report_FY_15_Final%20Ready%20for%20Commissioner%20Feb%208.pdf (consulté le 10 février 2016).

[824] Sur cette question, V., également F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNY, *Les sombres précurseurs : Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Paris, Éd. EHESS, 1999, 278 pages ou encore Ch. NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques : le droit et la question du « risque acceptable »*, Paris, PUF, 2003, 235 pages.

[825] F. CHATEAURAYNAUD (EHESS) et D. TORNY (INRA), « Mobiliser autour d'un risque : Des lanceurs aux porteurs d'alerte », https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00411847/document, (consulté le 11 janvier 2016).

[826] Loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JORF n°0302 du 30 décembre 2011, page 22667, texte n°1.

[827] Loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, JORF n°0090 du 17 avril 2013, page 6465, texte n°1.

protection pour ce dernier dans le cadre de son travail[828]. Il s'agissait effectivement de protéger le salarié alertant sur des crimes ou des faits illégaux contre les éventuelles représailles de la part de son employeur[829]. Cette loi ne protège que les salariés du secteur privé.

310. – La transparence de la vie publique – La loi du 11 octobre 2013[830] est intervenue dans le contexte de l'affaire Cahuzac, qui a engendré toute une série de mesures visant à lutter contre les conflits d'intérêts et à améliorer la transparence démocratique. Cette loi prévoit la protection des personnes, du secteur public ou privé, qui témoigneraient ou alerteraient d'un conflit d'intérêts.

311. – La loi du 6 décembre 2013[831] – il s'agit de la dernière loi adoptée en matière de protection des lanceurs d'alerte et elle touche tout particulièrement à la fraude fiscale et à la délinquance économique et financière. Comme le précise la circulaire du 23 janvier 2014[832], l'objectif est de « *renforcer le rôle de la société civile dans la révélation des infractions* » en généralisant la protection accordée aux lanceurs d'alerte[833]. Par cette loi, désormais, tout salarié qui rapporte ou témoigne, de bonne foi, de tous faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions se voit accorder une protection juridique. La loi a été

---

[828] Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, JORF n°264 du 14 novembre 2007, page 18648, texte n°1.

[829] L'article 1161-1 du Code du travail dispose qu'« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. »

[830] Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238 du 12 octobre 2013, page 16829, texte n°2.

[831] Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JORF n°0284 du 7 décembre 2013, page 19941, texte n°4.

[832] Circulaire du 23 janvier 2014 relative à la présentation de la loi n° 2013-1117 en date du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, BOMJ n°2014-01 du 31 janvier 2014 – JUSD1402112C.

[833] S. LATASTE, « Le lanceur d'alerte en entreprise après les lois des 16 avril et 6 décembre 2013 : mouchard ou vigie ? », *Gaz. Pal.*, 26 juillet 2014, n°207, p.5.

codifiée aux articles L. 1132-3-3 du Code du travail[834] pour le secteur privé et 6 ter A de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires[835] pour le secteur public. De plus, est inséré un nouvel article 40-6 du Code de procédure pénale qui dispose que *« la personne qui a signalé un délit ou un crime commis dans son entreprise ou dans son administration est mise en relation, à sa demande, avec le service central de prévention de la corruption lorsque l'infraction signalée entre dans le champ de compétence de ce service ».*

312. – *Whistleblowing* et liberté d'expression – Si le concept du *whistleblowing* est désormais bien ancré aux États-Unis et est en passe de l'être en France, il demeure une difficulté à résoudre qui est celle de l'articulation entre la volonté de dénoncer des faits dangereux et illégaux et la liberté d'expression. La question qui se pose est la suivante : le *whistleblower* peut-il se réclamer de sa liberté d'expression pour lancer des alertes ?

2- L'articulation avec la liberté d'expression

313. – Les fondements de la liberté d'expression – La liberté d'expression est consacrée par le Premier amendement[836] de la Constitution des États-Unis et par les

---

[834] Cet article prévoit qu'« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. »

[835] L'article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 dispose qu'« (…) aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire : (…) 3° Ou bien parce qu'il a témoigné de tels faits ou qu'il les a relatés. »

[836] Premier amendement de la Constitution des États-Unis : *« Le Congrès ne fera aucune loi relative à l'établissement d'une religion, ou à l'interdiction de son libre exercice ; ou pour limiter la liberté d'expression, de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement ou d'adresser au Gouvernement des pétitions pour obtenir réparations des torts subis. »*

articles 10 et 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789[837]. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme protège également la liberté d'expression en affirmant que « *toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (…)* » Il s'agit d'un droit fondamental très protégé par les juridictions américaines et françaises.

314. – *Whistleblowing* : l'exercice d'un droit fondamental ? – La liberté d'expression liberté étant reconnue à chaque citoyen, le droit d'alerter devrait alors être reconnu à tous et les protections qui s'y rattachent accordées à tous. Découlerait de ce rapprochement un nouveau droit, le « *droit du public à l'information* ». En effet, la fonction première des lanceurs d'alerte est bien de révéler des informations au public, parce que ce dernier n'y a pas accès[838].

315. – Le droit du public à l'information aux États-Unis – Les États-Unis ont toujours eu une conception très extensive de la liberté d'expression. Cela se remarque aisément dans les décisions de la Cour suprême qui n'accepte que très exceptionnellement de limiter cette liberté. Dans une jurisprudence *Whitney v. California* de 1927[839], cette conception a conduit la Cour suprême à affirmer que le droit d'alerter faisait partie intégrante de la liberté d'expression. Dans une opinion concordante, le juge Brandeis rappelait que la liberté d'expression, telle que voulue

---

[837] La DDHC prévoit dans les articles suivants que « *Art. 10. Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.*
Art. 11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi. »

[838] Sur ce point, V., entre autres, D. M. O'BRIEN, « The First Amendment and the Public's Right to Know », *Hastings Const. LQ, 1979*, vol. 7 p. 579; D. S.COHEN, « Public's Right of Access to Government Information under the First Amendment », 51 *Chi.-Kent. L. Rev.* 164 (1974), http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol51/iss1/7 (consulté le 25 janvier 2016) ou encore D. M. IVESTER, « The constitutional right to know », *Hastings Const. LQ, 1977*, vol. 4, p. 109, http://hastingsconlawquarterly.org/archives/V4/I1/Ivester.pdf (consulté le 25 janvier 2016).

[839] *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

par les pères fondateurs, consistait en l'interdiction d'une « *pratique, trop courante, consistant pour les gouvernants à masquer au public les informations embarrassantes.* »[840]

Il est revenu à la Cour suprême de définir les contours de ce droit au fil de sa jurisprudence. En l'espèce, depuis la décision *Schenck v. United States*, la Cour utilise le test du « *danger clair et immédiat* »[841]. Il appartient donc à la juridiction suprême de déterminer si le droit du public à l'information est susceptible d'engendrer un danger immédiat, et si oui, si celui-ci justifie une atteinte à la liberté d'expression. Ce test a été appliqué à plusieurs reprises par la Cour[842]. La Cour apprécie au cas par cas le danger éventuel d'une diffusion d'informations auxquelles le public n'aurait pas eu accès sans l'intervention du lanceur d'alerte.

316. – Le droit du public à l'information en France – La Cour EDH a reconnu dès 1976 le droit du public à l'information dans un arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*[843]. Elle rappelle que « *si les medias ne doivent pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. À leur fonction consistant à en communiquer s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir* »[844]. De plus, dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, la Cour avait déjà admis que « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. (…) La liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent (…)* »[845] Bien que pouvant être limités dans certains cas, la liberté d'expression et son corollaire, le droit à l'information du

---

[840] L'opinion concordante du Juge Louis Brandeis dans l'affaire *Whitney v. California* a fait l'objet de nombreux commentaires, dont celui de V. BLASI, « The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California », 29 *Wm & Mary L Rev* 653, 668 (1988) ou encore de D. SKOVER et R. COLLINS, « A Curious Concurrence: Justice Brandeis' Vote in Whitney v. California », 2005 SUP. CT. REV.333 (2005).

[841] *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 52 (1919): « *clear and present danger* » (Trad. par nos soins).

[842] *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951) ou *United States v. Progressive Inc., Erwin Knoll, Samuel Day, Jr., and Howard Morland*, 467 F. Supp. 990 (1979).

[843] Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, Req. 6538/74, Série A, n° 30.

[844] *Ibid*. §65.

[845] Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72, §49.

public, sont largement protégés par la Cour EDH, qui examine dans ses décisions si l'intérêt public n'est pas violé par l'exercice du droit à l'information du public[846].

Les juridictions françaises ont cherché à protéger le lanceur d'alerte en adoptant les normes édictées par la Cour EDH. Toutefois, dans leurs analyses, elles font primer le critère de l'intérêt général de l'alerte sur tous les autres critères pour justifier s'il y a une atteinte à la liberté d'expression d'un lanceur d'alerte[847].

B) Le champ d'application du statut de lanceur d'alerte

317. – Le statut de lanceur d'alerte n'est pas facile à obtenir et peu de personnes peuvent réellement s'en réclamer. Il convient de remplir certaines conditions relativement strictes concernant le lanceur d'alerte lui-même **(1)** et l'alerte et son contenu **(2)**.

1- Les conditions relatives au lanceur d'alerte

318. – Définition générale – Comme nous l'avons vu, le lanceur d'alerte est avant tout un citoyen. Par syllogisme, l'on peut démontrer que si les lanceurs d'alerte sont des citoyens et que tous les citoyens sont généralement des contribuables, cela signifie que généralement les contribuables sont potentiellement des lanceurs d'alerte.

La notion de lanceur d'alerte a été définie par le droit français comme étant « *toute personne physique ou morale [qui] a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque*

---

[846] En ce sens, v., par exemple les décisions suivantes : Cour EDH, 3e sect., 19 juin 2012, *Tanasoaica c. Roumanie*, Req. 3490/03 ; Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, Req. 25181/94 ; Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, Req. 12697/03 ; Cour EDH, G.C., 12 février 2008.

[847] En ce sens, v., TGI Paris, 13 mars 2009, *Ministère public* ou TGI Paris, 2 mars 2006 ; TGI de Boulogne-sur-Mer, 12 août 1998, *Soc. Eurotunnel*.

grave sur la santé publique ou sur l'environnement »[848]. Cette définition a été complétée par les dispositions de la loi du 11 octobre 2013[849] qui prévoit que le lanceur d'alerte est également « *celui qui révèle l'existence d'un conflit d'intérêt (…)* »[850]

Le Conseil de l'Europe s'est aussi prêté à l'exercice de définition du lanceur d'alerte. Ainsi explique-t-il, dans une recommandation du Conseil des ministres du 30 avril 2014, qu'il s'agit de « *toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé* »[851].

Aux États-Unis, il existe une définition du *whistleblower* donnée par l'université de droit de Cornell dans son lexique des termes juridiques. Celle-ci est la suivante : « *il s'agit d'un employé qui a connaissance d'actes répréhensibles commis par son employeur. Ces actes sont susceptibles de porter atteinte à la loi ou de causer des dommages à un nombre considérable de personnes. L'employeur peut appartenir au secteur public ou privé. Les lanceurs d'alerte doivent relayer ces informations aux autorités judiciaires compétentes ou à toutes agences gouvernementales.*»[852]

319. – Deux critères : un lien de subordination ou de dépendance et la bonne foi – Parmi ces définitions deux critères se dégagent. Tout d'abord, le lanceur d'alerte est un employé, un fonctionnaire qui a eu accès, pendant l'exercice de son travail, à des données à caractère répréhensible ou illégale. Néanmoins, le critère du lien de

---

[848] S. GUINCHARD (dir.) et Th. DEBARD (dir.), *Op. Cit.*, p. 618 ; Transparency International France, *Guide pratique à l'usage du lanceur d'alerte français*, Juillet 2014, http://www.agircontrelacorruption.fr/wp-content/uploads/2014/12/GP-a%CC%80-lusage-du-lanceur-dalerte-franc%CC%A7ais-v.5_pages.pdf (consulté le 23 janvier 2016).

[849] Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013, *Op. Cit*.

[850] Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013, *Op. Cit*.

[851] Conseil de l'Europe/ Recommandation du Comité des Ministres aux États membres, 30 avril 2014, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2188939&Site=CM (consulté le 23 janvier 2016). V., également, Conseil de l'Europe, *Protection des lanceurs d'alerte*, Recommandation CM/Rec(2014) et exposé des motifs, https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2014)7F.pdf (consulté le 23 janvier 2016).

[852] Cornell University Law School, Wex Legal Dictionary, *Encyclopedia*, https://www.law.cornell.edu/wex/whistleblower (consulté le 30 janvier 2016): « *An employee who alleges wrongdoing by his or her employer of the sort that violates public law or tends to injure a considerable number of people. The employer can be public or private. Whistleblowers often relay information to law enforcement and other government agencies.* » (Trad. par nos soins).

subordination ou de dépendance tend à s'amenuiser au fil des législations. Par exemple, la loi du 16 avril 2013 a étendu le champ d'application *ratione personae* du lanceur d'alerte à tous les citoyens. Le *Dodd-Franck Act*[853] a élargi le champ d'application *ratione personae* du SOX en prévoyant également la protection des contractants et sous-contractants des sociétés cotées. En 2012, dans le *Whistleblower Protection Enhancement* Act[854], ce sont 50 000 salariés chargés de la sécurité des aéroports au sein de l'Agence nationale américaine de sécurité dans les transports qui sont désormais protégés par le WPA. Dans cette loi, le législateur a par ailleurs affirmé le rôle politique que jouent les *whistleblowers* : *« les lanceurs d'alerte jouent un rôle critique pour conserver un gouvernement honnête et efficace »*[855].

Le second critère essentiel à l'attribution du statut de lanceur d'alerte est sa bonne foi. Aux États-Unis comme en France, il s'agit de s'assurer que le *whistleblower* a agi en conformité avec le droit et l'éthique, et qu'en lançant l'alarme il n'en retire pas un avantage personnel. En premier lieu, le lanceur d'alerte doit estimer raisonnablement qu'il agit dans l'intérêt de tous[856] et dans le respect de la loi. Aux États-Unis, la jurisprudence applique le principe de l'« homme raisonnable » (« *reasonable man* »)[857]. En second lieu, celui qui lance l'alerte ne doit pas l'avoir fait dans le seul but d'obtenir un quelconque intérêt personnel. La divulgation des informations serait suspecte et nettement moins crédible. La bonne foi du lanceur d'alerte apparaît comme une condition essentielle à sa crédibilité. Naît alors un débat important qui est celui de la rémunération des lanceurs d'alerte par l'administration fiscale[858].

On peut citer à titre d'exemple Rémy Garnier, ancien inspecteur des finances publiques jusqu'en 2010, qui avait porté plainte auprès du TGI de Paris suite à l'annulation de son redressement contre Jérôme Cahuzac, après la vérification de

---

[853] Pub. L. 111-203, 124 Stat. 1376, https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf, (consulté le 22 janvier 2016).

[854] Pub. L. 112-199, 126 Stat. 1465, https://www.congress.gov/112/bills/s743/BILLS-112s743enr.pdf (consulté le 23 janvier 2016).

[855] *Ibid.* : *« Whistleblowers play a critical role in keeping our government honest and efficient »*.

[856] Ch. NOIVILLE et M.-A. HERMITTE, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *Nature sciences sociétés*, 2006, vol. 14, n°3, pp. 269-277, https://www.cairn.info/revue-natures-sciences-societes-2006-3-page-269.htm (consulté le 22 janvier 2016).

[857] *Healey v. Catalyst Recovery of Pennsylvania, Inc.*, 463 F. Supp. 740 (W.D. Pa. 1979).

[858] Cf. *infra* n°336-337.

comptabilité de la coopérative France-Prune[859]. En portant l'affaire devant les tribunaux, Rémy Garnier a alerté le public sur les pratiques peu déontologiques réalisées par sa hiérarchie au cours de cette vérification. En ce sens, il peut être considéré comme un lanceur d'alerte. Il a agi alors qu'il était dans une relation de subordination et il l'a fait sans en retirer aucun bénéfice. Il a d'ailleurs fait l'objet de diverses sanctions administratives suite à cette affaire.

Ces deux conditions, bien que la première tende à disparaître, montrent bien que le statut de lanceur d'alerte n'est pas reconnu aussi facilement qu'une première impression pourrait laisser le penser. De surcroît, il existe une seconde notion à considérer, l'alerte, et qui réduit le champ d'application.

2- Les conditions relatives à l'alerte

320. – Toute information n'est pas susceptible de constituer une alerte – Pour qu'une information puisse faire l'objet d'une alerte, elle doit répondre à deux conditions.

La première est que l'alerte doit consister en la dénonciation d'une illégalité ou d'un risque. Si l'on s'attarde sur les dernières évolutions françaises avec la loi du 6 décembre 2013 et sur les articles qui en ont découlé, les articles L. 1132-3-3 du Code du travail et 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 font expressément référence à des « *faits constitutifs d'un délit ou d'un crime* ». Les lois américaines sur la protection des lanceurs d'alerte se réfèrent également à l'alerte comme à une dénonciation d'une « *violation d'une loi, d'une règle ou d'un règlement* ». De plus, l'alerte est aussi un moyen de dénoncer des risques et des comportements contraires à l'éthique. Bien que ces

[859] Pour plus de détails sur cette affaire, V., les différents articles de presse parus : M. SIMON, « Affaire Cahuzac : Rémy Garnier, le « colombo » du Lot-et-Garonne est-il crédible ? », 6 décembre 2012, *L'Express*, http://www.lexpress.fr/actualite/politique/affaire-cahuzac-remy-garnier-le-columbo-du-lot-et-garonne-est-il-credible_1195956.html (consulté le 24 janvier 2016) ; C. MATHIOT, « L'étonnante histoire de « Colombo » et Cahuzac », 6 décembre 2012, *Libération*, http://www.liberation.fr/france/2012/12/06/l-etonnante-histoire-de-columbo-et-cahuzac_865489 (consulté le 24 janvier 2016) ou encore T. AGGIOURI, « L'ex-agent du fisc Rémy Garnier ne voulait pas faire chanter Cahuzac », 13 juin 2013, *Le Monde*, http://www.lemonde.fr/politique/article/2013/06/13/l-ex-agent-du-fisc-remy-garnier-ne-voulait-pas-faire-chanter-m-cahuzac_3429454_823448.html (consulté le 24 janvier 2016).

actes ne soient pas pénalement répréhensibles ou constitutifs d'atteinte à la loi, ils représentent une mauvaise gestion et un abus d'autorité allant à l'encontre de l'éthique. C'est par exemple le cas dans la loi du 11 octobre 2013 qui prévoit la dénonciation des conflits d'intérêts. Le principal objectif du WPA est de permettre aux employés fédéraux de dévoiler les « *illégalités du gouvernement, les gaspillages et la corruption* »[860].

La seconde condition qui permet à une alerte d'être considérée comme telle vient des effets qui en découleraient si justement l'alerte n'avait pas été lancée. Il importe que l'alerte ait pour objectif de mettre fin à une situation ayant un caractère dangereux ou illégal et direct.

Ainsi, la jurisprudence américaine a jugé à différentes reprises et sans ambiguïté que cette condition est indispensable pour pouvoir exercer son droit d'alerte. Elle a estimé que la violation dénoncée ne doit pas être insignifiante. Elle doit revêtir un caractère important[861]. En France, le caractère substantiel des faits ne pose pas réellement de problèmes étant donné que les différentes lois font références à la dénonciation de crimes et de délits. En revanche, le caractère direct et imminent du danger n'apparaît pas comme une condition indispensable en droit français, car aucune législation n'y fait référence. De plus, la Cour EDH a déjà reconnu comme une alerte le fait d'alerter sur un risque potentiel[862]. Toutefois, la Cour de cassation a rappelé que le danger devait être identifié et actuel[863].

Ainsi, une information est susceptible de faire l'objet d'une alerte si elle a pour objectif de dénoncer une illégalité ou un risque ayant un caractère substantiel et imminent ou tout au moins actuel.

---

[860] WPA 1989, *Op. Cit.*, Sec. 2(a)(2) : « (2) protecting employees who disclose Government illegality, waste, and corruption is a major step toward a more effective civil service ».

[861] *Langer v. Department of the Treasury*, 265 F.3d 1259, 1266, Fed. Cir. (2001); *Drake v. Agency of International Development*, 543 F.3d 1377, 1381, Fed. Cir. (2008); *Lopez v. Department of Housing and Urban Development*, 98 F.3d 1358, Fed. Cir. (1996); *White v. Department of the Air Force*, 301 F.3d 1377, 1382, Fed. Cir. (2004).

[862] Cour EDH, *Hertel*, *Op. Cit*, §35 : *« (…) il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue. La certitude, bien que souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. »*

[863] Cass. soc., 18 décembre 2013, n°12-21719 : *« (…) que le risque grave propre à justifier le recours à une expertise s'entend d'un risque identifié et actuel (…) ».*

Il convient de préciser que certaines informations, comme celles relatives à la sécurité et à la défense de l'État, restent très sensibles et ce malgré l'importance donnée à la liberté d'expression. Leur divulgation reste un problème épineux et dépend bien souvent des orientations politiques des gouvernements en place. À titre d'exemple, Bill Clinton, quand il était président, a déclassifié un nombre important de documents classés auparavant secret défense. En revanche, les attentats du 11 septembre 2001 et l'adoption du *Homeland Security Act*[864] de 2002 ont eu pour effet de mettre un frein à cette politique de transparence. En France, l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 interdit la divulgation de tous les documents qui porteraient atteinte au secret et à la défense nationale[865].

321. – « *Des canaux de signalements appropriés* »[866] – Une alerte peut se faire par différents canaux. La première voie de signalement est celle qui consiste, pour le lanceur, à reporter l'information auprès de ses supérieurs hiérarchiques ou des organes réglementaires habilités à la recevoir. Cette alerte est dite interne, car elle reste au sein de l'entité en cause. Le second canal de divulgation est « la révélation publique d'informations »[867], c'est-à-dire l'alerte externe qui généralement, implique les médias. Depuis la jurisprudence *Guja c. Moldavie*[868] en 2008, la Cour EDH considère de manière constante que le lanceur d'alerte doit en premier lieu s'adresser à son supérieur hiérarchique ou à une autorité habilitée avant d'envisager en dernier recours de prévenir les médias. Néanmoins, aucune disposition dans la législation

---

[864] Pub. L. 107-296, Stat. 2135 (2002).

[865] Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, JORF du 18 juillet 1978, page 2851.

[866] J.-Ph. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'« Europe des droits de l'homme » », *RTDH*, Actualités Droits-Libertés, Mars 2015, https://revdh.revues.org/1073 (consulté le 24 janvier 2016).

[867] Conseil de l'Europe/ Recommandation du Comité des Ministres aux États membres, *Op. Cit.*

[868] *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, Req. 14277/04, §73 : *« 73. Eu égard à l'obligation de discrétion susmentionnée, il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement. »*

française ou européenne ne prévoit cette obligation. Il ne s'agit, selon la cour que d'un devoir de loyauté envers son employeur[869].

Les canaux de divulgation utilisés représentent la grande différence entre le *whistleblowing* en France et aux États-Unis. Beaucoup d'affaires ont été révélées aux États-Unis par voie de presse et la raison principale semble être celle de vouloir informer le public le plus largement possible pour mettre fin à des agissements allant à l'encontre de l'intérêt général. Pour mémoire, on peut rappeler, l'affaire des « *Pentagon Papers* »[870], les divulgations faites par le soldat Bradley Manning, ou encore par Edward Snowden. Néanmoins, la justice américaine a toujours refusé d'accorder le statut de lanceur d'alerte à ceux qui ont alerté de façon externe. En effet, elles ne se sont pas adressées à des personnes ayant les capacités de mettre fin aux comportements générateurs de problèmes. C'est ce qu'a rappelé la Cour fédérale dans un arrêt *Huffman v. Office of Personnel Management* en 2001[871].

322. – Conséquences – La reconnaissance du statut de lanceur d'alerte aux États-Unis ou en France emporte des conséquences non négligeables pour celui à qui il est accordé.

§2. Les interrogations autour du statut de lanceur d'alerte

323. – Une fois le statut de lanceur d'alerte reconnu, il convient d'apporter une protection à cette personne qui n'a pas souvent bonne réputation. Considérés comme des délateurs, voire des « *indics* », leur protection est indispensable **(A)**. La question de savoir s'il convient de récompenser ces personnes ou de simplement considérer qu'elles ont fait leur devoir de citoyen doit être posée **(B)**.

---

[869] V., *Guja c. Moldavie, Op. Cit.* § 71 : « *(…) l'obligation de loyauté et de réserve revêt une importance particulière les concernant (…)* » ou encore *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, 2 septembre 1998, Req. 22954/93, §55.

[870] En 1971, Daniel Ellsberg, ancien analyste militaire, avait communiqué au New York Times environ 7 000 pages classées secret défense concernant l'implication des États-Unis dans la guerre du Vietnam. Sur cette affaire, v., entre autres sur le site des archives nationales américaines https://www.archives.gov/research/pentagon-papers/ (consulté le 17 février 2016) ou M. COOPER et S. ROBERTS, « After 40 Years, the Complete Pentagon Papers », 7 juin 2011, *The New York Times*, http://www.nytimes.com/2011/06/08/us/08pentagon.html?_r=0 (consulté le 17 février 2016).

[871] *Huffman v. Office of Personnel Management*, 263 F.3d 1341, 1350, Fed. Cir. (2001).

A) La protection conférée au lanceur d'alerte

324. – Les lanceurs d'alerte, « *"un vulnérable" à protéger* »[872], ont pour objectif de dénoncer un fait, une attitude. En échange, la loi leur accorde des garanties **(1)** qui trop souvent se révèlent insuffisantes **(2)**.

1- Les garanties offertes au lanceur d'alerte

325. – L'absence de mesures de rétorsions – Il s'agit de la principale garantie accordée au lanceur d'alerte. La personne qui décide de lancer une alerte se place *de facto* dans une position très délicate, car elle dénonce un comportement, un fait condamnable. Les informations qu'elle détient ont été obtenues dans le cadre de ses fonctions professionnelles et elle prend le risque de subir des représailles de la part de sa hiérarchie. Il est donc indispensable de mettre en place des mesures de protections si l'on veut que des alertes continuent d'être lancées.

Toutefois une difficulté subsiste. Une fois la rétorsion éventuelle identifiée, il convient à la personne qui en fait l'objet de pouvoir rapporter la preuve du lien de causalité entre les représailles et le fait qu'elle ait lancé une alerte. Or ceci n'est pas forcément simple. En effet, les mesures de rétorsions directement engagées contre le lanceur d'alerte sont relativement facilement identifiables et reconnaissables. Mais il est des cas où ces mesures sont exercées de manière indirecte, vers un membre de la famille par exemple. Le lien de causalité entre les mesures et l'acte d'alerte devient plus délicat à démontrer. Dans les législations avancées en matière de *whistleblowing* comme aux États-Unis, l'employé doit démontrer qu'il a engagé une alerte protégée par l'article 2302(b)(8) du Code fédéral américain et que cette action a été un facteur déterminant dans la mesure prise à son encontre[873]. Toutefois un système de partage de la charge de la preuve a été instauré. L'employeur est amené à démontrer que dans une situation identique face à un employé n'ayant pas lancé l'alerte, il aurait agi exactement de la même façon[874]. L'employeur doit rapporter une preuve claire et

---

[872] J.-Ph. FOEGLE, *Op. Cit.*

[873] V., *Briley v. National & Records Administration*, 236 F. 3d 1373, 1378 (Fed. Cir. 2001) ou encore *Yunnus v. Department of Veterans Affairs*, 242 F. 3d 1367, 1371 (Fed. Cir. 2001).

[874] *Carr v. Social Security Administration*, 185 F. 3d 1318, 1323 (Fed. Cir. 1999) ou *Phillips v. Department of Transportation*, 113 MSPR 73, 2-6, 19 (2010).

convaincante que la décision prise à l'encontre de son employeur l'a été sans tenir compte de l'alerte lancée[875]. Cette obligation est codifiée à l'article 1209.4 (d) de la partie 5 du Code fédéral américain.

326. – La protection en France et en Europe – Les principales garanties concernent directement les conditions de travail de l'employé. L'article L. 1132-3-3 du Code du travail prévoit l'interdiction de se voir refuser un stage, une formation ou une titularisation. De plus, les sanctions, licenciements ou discriminations, basées sur une alerte lancée par un employé sont également strictement interdits. Il n'est pas possible de refuser de recruter une personne, car dans son passé elle a eu l'occasion de lancer une alerte[876]. Les juridictions françaises se sont prononcées à diverses reprises en faveur du lanceur d'alerte. À titre d'exemple, on peut citer la décision de la cour d'appel Basse-Terre de 2014 dans laquelle le licenciement d'un employé a été reconnu comme illégal, car il n'était justifié que par le fait que l'employé avait lancé une alerte auprès du procureur de la République après avoir constaté des faits délictueux[877].

La jurisprudence de la Cour EDH confirme cette positions dans plusieurs décisions et sous l'angle de la protection de la liberté d'expression. Par exemple, dans un arrêt *Heinisch c. Allemagne* en 2011[878], la Cour a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention EDH après qu'une infirmière ait été licenciée pour avoir signalé une mise en danger des patients. Dans la décision *Sosinowska c. Pologne* en 2011[879], la Pologne a été condamnée pour violation de l'article 10 après qu'un médecin ait été

---

875 *Horton v. Department of the Navy*, 66 F. 3d 279, 284 (Fed. Cir. 1995)

876 V., les articles L. 1132-3-3 du CT et 6 ter A de la loi du 16 juillet 1983, *Op. Cit.*

877 Cour d'Appel Basse-Terre, 13 octobre 2014, n°13/01046 : « *Manifestement, le licenciement de M. X... est essentiellement motivé par le fait qu'il ait dénoncé auprès du Procureur de la République des faits pouvant être qualifiés de délictueux au sein de l'association AGREXAM. La bonne foi de M. X... ne peut être mise en doute, puisque ses critiques sont corroborées par la C. G. S. S., à la suite de l'évaluation médicale qui a été faite en juin 2010.* »

878 CEDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, Req. n° 28274/08, §71 : « *71. La Cour estime que les informations divulguées en l'espèce par la requérante présentaient indéniablement un intérêt public. Dans des sociétés dont une part toujours plus importante de la population âgée fait l'objet d'une prise en charge institutionnelle, la divulgation d'informations sur la qualité et les insuffisances de cette prise en charge revêt une importance capitale pour la prévention des abus en raison de la vulnérabilité particulière des patients concernés, qui ne sont pas toujours en mesure de signaler eux-mêmes les dysfonctionnements pouvant affecter les soins qui leur sont prodigués.* »

879 CEDH, 18 octobre 2011, *Sosinowska c. Pologne*, Req. n° 10247/09.

victime de sanctions disciplinaires pour avoir envoyé un avis médical critique contre un collègue.

Le projet de loi Sapin II[880], adopté par le Sénat le 8 juillet 2016, a donné un nouveau rôle au Défenseur des droits[881]. Cette institution de l'État, indépendante, qui a pour mission de défendre les personnes dont les droits ne sont pas respectés et de permettre un accès aux droits égal pour tous, pourra accorder une aide financière aux lanceurs d'alerte pour faire face aux frais de procédure et les dédommager des préjudices subis.

327. – La protection aux États-Unis – La législation américaine liste onze comportements susceptibles d'être considérés comme discriminatoires envers le lanceur d'alerte[882]. Parmi ces comportements, on trouve l'interdiction de refuser une promotion, les sanctions disciplinaires[883], le transfert de l'employé, l'évaluation de ses performances, des changements significatifs dans ses missions, responsabilités ou conditions de travail, le fait de lui faire passer un test psychologique, les décisions concernant les salaires ou les primes[884]. Les juridictions américaines ont une interprétation assez libérale de ces comportements et considèrent que le simple fait d'enquêter en interne peut constituer un *« changement significatif dans les responsabilités ou dans les conditions de travail »*[885].

328. – Des garanties lacunaires – À de nombreux égards, la protection du lanceur d'alerte fait apparaître des carences, qu'il s'agisse de la législation française ou Nord-américaine.

---

[880] Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, n°3623, adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 14 juin 2016.

[881] Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n°0075 du 30 mars 2011, page 5497, texte n°1.

[882] V., l'article 2302(a)(2)(A) du Whistleblower Protection Act.

[883] *Johnson v. Department of Health and Human Services*, 93 MSPR 38, 15-16 (2002).

[884] *McCorcle v. Department of Agriculture*, 98 MSPR 363, 16 (2005) ou encore *DiGiogio v. Depatment of the Navy*, 84 MSPR 6, 18 (1999).

[885] *Russell v. Department of Justice*, 76 MSPR. 317, 324-25 (1997).

2- Les lacunes dans la protection offerte au lanceur d'alerte

329. – L'insuffisance de la protection des lanceurs d'alerte interne – Cette insuffisance se retrouve principalement aux États-Unis concernant les employés du secteur public, car comme cela a déjà été souligné plus haut, ni le Premier Amendement, ni le WPA ne protègent les lanceurs d'alerte du public. Dans un arrêt *Pickering v. Board of Education*[886], la Cour suprême a refusé d'appliquer la protection attachée à la liberté d'expression aux agents du public, car l'alerte n'avait pas pour objectif de dénoncer « *des manquements à des obligations de service, des faits de corruption ou des menaces pour la santé et la sécurité publique* », faisant ainsi de l'intérêt général le critère prédominant. Un récent arrêt de la Cour suprême[887] a totalement mis à l'écart des protections attachées au statut de lanceur d'alerte, les personnes s'exprimant en interne. La cour a clairement affirmé que les agents publics s'exprimant dans le cadre de leurs fonctions ne peuvent en aucun cas bénéficier des garanties du Premier Amendement. L'arrêt *Garcetti v. Ceballos* a été considéré comme la « *pire décision rendue en matière de protection des lanceurs d'alerte* »[888]. D'après cette décision, l'agent public peut bénéficier des garanties de la liberté d'expression s'il s'exprime en tant que citoyen. Il semblerait plus intéressant pour ces personnes de prendre la parole en dehors de leur lieu de travail, par voie de presse notamment.

Le problème ne se pose pas en ces termes en France dans le secteur public. Les différentes lois ont institué des canaux de traitement des alertes internes. L'article L. 4133-3 du CT prévoit que les signalements passent par la voie hiérarchique et sont ensuite transmis aux autorités compétentes[889]. En France, aucune des lois faisant référence aux lanceurs d'alerte ne prévoit la presse comme un canal légitime d'alerter. Toutefois, comme les personnes auprès desquelles l'alerte peut être donnée ne sont pas non plus limitativement énumérées, on peut en déduire que la presse en fait partie.

---

[886] *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968).

[887] *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006).

[888] N. MODESITT, «The Garcetti Virus », *University of Cincinnati Law Review*, 2011, Vol. 80, no 1, p. 161-208.

[889] L'article L. 4133-3 du CT dispose qu'« En cas de divergence avec l'employeur sur le bien-fondé d'une alerte transmise en application des articles L. 4133-1 et L. 4133-2 ou en l'absence de suite dans un délai d'un mois, le travailleur ou le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut saisir le représentant de l'État dans le département. »

330. – Les obligations de se taire – Que ce soit dans le secteur privé, avec les clauses de confidentialité ou dans le secteur public avec les secrets de l'administration, il existe de nombreuses situations dans lesquelles la parole est interdite.

Aux États-Unis comme en France, les clauses de confidentialité se retrouvent dans de nombreux contrats de travail afin de préserver les intérêts économiques de l'entreprise. Elles sont susceptibles de limiter la parole de l'employé dans le cadre de l'exercice de son droit d'alerte. Il en va de même du secret professionnel, qui en plus protège une relation particulière de confiance, entre un médecin et son patient ou un avocat et son client par exemple. Néanmoins, l'interdiction de parler semble s'effacer face à certaines obligations, comme celle de dénoncer des faits délictueux ou criminels[890].

S'agissant du secteur public, les agents sont soumis à une obligation de discrétion par rapport aux informations qu'ils pourraient connaître de par leur métier. C'est ainsi que l'on parle de secret fiscal ou aussi de secret de l'instruction. On retrouve cette obligation de se taire également dans les services du renseignement. Les fonctionnaires, ayant pour mission de faire respecter l'intérêt public, cela justifie l'état du droit actuel.

B) La rémunération assurée au lanceur d'alerte

331. – Si aux États-Unis, la rémunération des lanceurs d'alerte fait désormais partie de la tradition **(1)**, elle fait encore l'objet d'un vif débat en France **(2)**.

1- Les « bounty laws » de droit américain[891]

332. – Les « *bounty laws* » : la loi de 1867 – L'IRS s'est vu conférer le droit de rémunérer les lanceurs d'alerte dans une loi du Congrès de 1867. Cette législation

[890] Par exemple, un médecin a l'obligation de rapporter à la police les maltraitances sur mineurs qu'il aurait remarquées lors d'un examen.

[891] La traduction de *bounty* en français qui se rapproche le plus de notre contexte est celle de prime.

avait pour objectif de donner au Trésor américain la possibilité de payer certaines sommes, dans la mesure où il l'estimait nécessaire, pour détecter et faire condamner par la justice les personnes coupables ou complices de violation de la législation fiscale. Les paiements étaient assurés par des fonds spéciaux.

333. – Les « *bounty laws* » : la loi de 1996 – Le 30 juillet 1996, l'article 1209 du *Tax payer Bill of Rights 2*[892] a étendu les cas dans lesquels l'IRS serait en mesure de payer des récompenses. Depuis 1996, le fisc américain peut rémunérer les personnes lui faisant part de paiements insuffisants de taxes. De plus, les récompenses sont désormais assurées par le montant des recettes recouvrées. Le paiement des lanceurs d'alerte était à la discrétion de l'IRS et c'est lui-même qui en déterminait le montant. La loi prévoyait un cadre dans lequel l'IRS pouvait évaluer la contribution de l'information dans le recouvrement des recettes du contribuable en cause et pouvait autoriser 1%, 10% ou 15% du montant des sommes récupérées comme récompense. Cette dernière ne pouvait toutefois pas dépasser 10 000 000 de dollars, sauf dans les cas où l'IRS avait conclu des accords spéciaux avec le lanceur d'alerte.

L'IRS avait également toute latitude pour refuser le paiement d'une récompense en se basant sur différents arguments décrits dans l'Internal Revenue Manual, comme la participation du lanceur d'alerte à l'évasion fiscale, l'absence de pertinence de l'information, le fait que l'IRS avait déjà l'information en sa possession ou l'absence de recouvrement.

334. – Les « *bounty laws* »: la loi de 2006 – L'article 406 du *Tax Relief and Health Care Act*[893], codifié à l'article 7623(b) de l'IRC, a modifié la procédure de dépôt d'une alerte auprès de l'IRS et a créé le « *Whistleblower office* »[894], organe interne à l'IRS et chargé de gérer les demandes. Il reçoit, analyse et détermine les récompenses à donner. Pour pouvoir bénéficier d'une rémunération sur le fondement de l'article 7623(b) de l'IRC, le lanceur d'alerte doit réunir plusieurs conditions[895]. Tout d'abord, l'information doit avoir trait à une violation de la législation fiscale dans laquelle la

---

[892] Pub. L. 104–168, 110 Stat. 1452 (1996).

[893] Pub. L. 109-432, 120 Stat. 292 (2006).

[894] Ce bureau a pour mission de recevoir les informations concernant des problèmes fiscaux détectés par des personnes sur leur lieu de travail. V., https://www.irs.gov/uac/Whistleblower-Office-At-a-Glance (consulté le 13 février 2016).

[895] V., https://www.irs.gov/uac/Internal-Revenue-Code-(IRC)-7623(b) (consulté le 13 février 2016) et V., IRM 25.2.2.2 et 3.

taxe, les pénalités, les intérêts, les taxes et montants additionnels en cause dépassent 2 000 000 de dollars. Ensuite le contribuable en cause, quand il s'agit d'une personne physique, doit disposer d'un revenu moyen de 200 000 dollars au cours des années fiscales en cause. Le lanceur d'alerte devra compléter le formulaire 211 et le faire parvenir au *whistleblower office*, qui examinera la recevabilité de sa demande. Si les conditions ci-dessus sont remplies, l'IRS paiera une récompense d'au moins 15% et d'un maximum de 30% du montant des sommes recouvrées suite à l'action administrative ou judiciaire. Si le lanceur d'alerte n'est pas satisfait de sa rémunération, il peut porter plainte devant la Cour américaine de droit fiscal, qui examinera sa réclamation[896].

Une alternative existe si les conditions pour le paiement d'une récompense sur le fondement de l'article 7623(b) ne sont pas remplies. Le lanceur d'alerte pourra tenter de se faire rémunérer sur le fondement de l'article 7623(a). Toutefois, les récompenses dans ce cas restent à la discrétion de l'IRS et il n'y a aucune garantie qu'elles soient payées. Le montant de la récompense n'est pas soumis à un pourcentage minimum et aucun appel de cette décision n'est possible[897].

335. – Résultats – En 2015, le total des récompenses versées par l'IRS s'élève à 103 486 677 dollars contre 501 317 481 dollars de recettes recouvrées. Les récompenses ont représenté 20,6% du total des recettes encaissées grâce aux lanceurs d'alerte. Comparativement, en 2014, le montant des récompenses payées était de 52 281 628 dollars contre 309 990 568 dollars de recettes recouvrées[898]. Ces chiffres semblent démontrer l'efficacité de la rémunération des lanceurs d'alerte. Pourtant la question n'est pas encore résolue en France.

2- Un débat toujours vif en France

336. – Une incitation à alerter ? – 104 millions de dollars : il s'agit de la somme qu'a payé l'IRS à Bradley Birkenfeld en septembre 2012 pour avoir fourni des informations sur les agissements de la banque suisse UBS, dont la liste des clients

[896] IRM 25.2.2.11.

[897] V., https://www.irs.gov/uac/Internal-Revenue-Code-IRC-7623(a) (consulté le 13 février 2016) et V., IRM 25.2.2.2.

[898] IRS, *Whistleblower Program, Fiscal Year 2015*, *Op. Cit.*, p. 11.

américains qui n'avaient pas déclaré leurs comptes à l'étranger. L'IRS a qualifié l'intervention de M. Birkenfeld *« d'exceptionnelle à la fois dans son ampleur et son efficacité »*[899] et a permis d'engager *« des poursuites sans précédent contre UBS AG, avec des effets collatéraux sur les mesures de surveillance »*[900].

Cette somme pourrait évidemment donner des idées à certains. C'est là que se pose le problème de la rémunération des lanceurs d'alerte, notamment en France.

337. – Une rétribution en discussion – Bien que la loi française ne prévoit actuellement aucun mécanisme de rétribution des lanceurs d'alerte, il est faux de dire qu'elle n'en a jamais prévu. En effet, durant des décennies, le fisc français, tout comme les douanes ou la gendarmerie, récompensait ses « indics » ou les aviseurs fiscaux comme Bercy se plaît à les nommer. Une étude menée par Christophe Cornevin, le rédacteur en chef adjoint du Figaro, montre que cette pratique bien qu'institutionnalisée n'a jamais été avouée clairement[901] et a longtemps servi au déclenchement des contrôles fiscaux. Bercy a abandonné cette pratique depuis une dizaine d'années pour des raisons budgétaires.

Toutefois, il est tout à fait possible pour la DGFiP de récompenser ses lanceurs d'alerte de manière indirecte grâce à deux textes. L'article 15-1 de la loi du 21 janvier 1995[902] dans sa version de 2004 dispose que *« les services de police et de gendarmerie peuvent rétribuer toute personne étrangère aux administrations publiques qui leur a fourni des renseignements ayant amené directement soit la découverte de crimes ou de délits, soit l'identification des auteurs de crimes ou de délits. Les modalités de la rétribution de ces personnes sont déterminées par arrêté conjoint du ministre de la Justice, du ministre de l'Intérieur et du ministre des Finances. ».* L'arrêté du 20 janvier 2006[903] précise que *« Le montant de la rétribution susceptible d'être versée au titre de l'article 15-1 de la loi du 21 janvier 1995 susvisée est fixé par le directeur général de la police ou de la gendarmerie*

---

[899] J. CODER, « IRS pays Birkenfeld $ 104 Million Whistleblower Award », *136 Tax Notes 1359* (2012).

[900] IRS, « IRS Summary Award Report Recommends $ 104 Million Payment to Whistleblower, *2012 Tax Notes Today* 177-20 (2012).

[901] C. CORNEVIN, *Les Indics. Plongée au cœur de cette France de l'ombre qui informe l'État*, Flammarion, «Enquête», 475 p.

[902] Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, JORF n°0020 du 24 janvier 1995, page 1249.

[903] Arrêté du 20 janvier 2006 pris pour l'application de l'article 15-1 de la loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation, modifiée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°28 du 2 février 2006, page 1736, texte n°1.

nationale, sur proposition du chef de service ou de l'unité de l'officier de police judiciaire chargé de l'enquête. Le service ou l'unité ayant eu recours à l'informateur est tenu de conserver, de façon confidentielle et protégée, toute pièce permettant d'établir l'identité de l'informateur. La rétribution de l'informateur est fixée de façon discrétionnaire et ne peut faire l'objet d'aucun recours. Son versement fait l'objet de l'établissement d'un reçu, signé par le bénéficiaire, conservé de façon confidentielle et protégé par le service ou l'unité d'enquête. »

Ainsi, à l'heure actuelle, si aucun mécanisme ne permet de récompenser directement les aviseurs fiscaux, il reste possible de les rémunérer en passant par le ministère de l'Intérieur lorsqu'ils ont permis de mettre à jour un délit en matière fiscale.

Le projet de loi Sapin II est pour le moment à l'étude pour savoir s'il serait opportun d'introduire le mécanisme des « *bounty* » à l'américaine en droit français. Pour l'instant, rien ne semble indiquer que le législateur ira dans le sens d'un procédé à l'américaine.

338. – Conclusion de la Section 2 – Le contribuable bénéficie, en sa qualité de citoyen, de garanties importantes, tels le droit au respect de la vie privée ou encore le droit à un procès équitable. Il faut néanmoins tenir compte d'un mouvement, aux racines historiques anciennes, mais dont l'essor est contemporain et dont les manifestations se sont trouvées révélées à la faveur de l'éclosion des scandales médiatiques que furent celui de WikiLeaks ou encore celui impliquant Edward Snowden. Il s'agit de l'importante question des lanceurs d'alerte ou, selon la terminologie anglo-saxonne, des *whistleblowers*, c'est-à-dire de ceux qui décident de porter à la connaissance du public ou d'une autorité les informations qu'ils détiennent sur la commission d'une infraction. Appliquée à la matière fiscale, on saisit tout l'intérêt que peut revêtir une telle pratique, et l'affaire HSBC, ou encore celle des *Panama Papers*, démontrent toutes les potentialités du *whistleblowing*.

Le revers de ce mécanisme, aujourd'hui de plus en plus courant, est double. Tout d'abord, son introduction, notamment en France en raison de la coloration morale que revêt le débat, n'a pas été simple. Il a fallu, par exemple, confronter cette technique à des impératifs aussi divers que le droit à l'information ou la liberté d'expression. Ensuite, les lanceurs d'alerte apparaissent comme des personnes vulnérables, notamment en raison des représailles éventuelles dont ils peuvent faire l'objet.

Dès lors, le législateur a dû se pencher sur les différentes protections qu'il convient de leur accorder. En France, le débat s'est également concentré sur la question de leur rémunération. En effet, aux États-Unis, celle-ci n'a guère suscité de difficultés. Cette interrogation reste encore d'actualité, même si notre système paraît rétif à l'admission d'une quelconque gratification, une fois encore en raison de la teneur morale précédemment citée.

339. – Conclusion du Chapitre 2 – « *David contre Goliath* »[904] : l'expression utilisée par le Professeur Lambert serait certainement celle que retiendrait la plupart, si ce n'est l'ensemble des contribuables pour définir leur relation avec l'administration fiscale. Il est vrai que, comme nous l'avons vu, la DGFiP et l'IRS disposent de pouvoirs exorbitants du droit commun, de sorte que ces prérogatives exceptionnelles doivent être contrebalancées par une protection notable des contribuables qui, sans elle, n'auraient aucune chance de faire valoir leur bonne foi.

À première vue, il ressort de notre étude que cette protection est particulièrement bien étoffée. Il faut dire que dans un État de droit digne de ce nom, où tout un chacun, y compris la puissance publique, a des droits et des devoirs, il aurait été inconcevable de ne pas protéger le contribuable. La mission de lutte contre les paradis fiscaux n'implique pas une puissance illimitée au profit de l'administration et il est indispensable de contrôler et de pouvoir contester ses intrusions potentielles dans la vie privée du contribuable ou de lui préserver, autant que faire se peut, le droit fondamental à un procès équitable. De surcroît, les évolutions contemporaines ont conduit les législateurs, américain puis français, à s'intéresser au statut du lanceur d'alerte, tentant de lui offrir la protection à laquelle il est en droit de prétendre.

Il n'en demeure pas moins que se dessine, au fil de l'étude, l'impression d'une certaine avancée au profit du modèle américain. En effet, soit la protection est plus ancienne – et l'on pense ici au droit à ne pas s'auto-incriminer – soit elle se révèle beaucoup plus renforcée : c'est l'hypothèse du statut conféré au *whistleblower*. Aux États-Unis, les lois et autres dispositions juridiques qui garantissent les lanceurs d'alerte en matière fiscale sont beaucoup plus développées et évoluées que celles qui existent en France de par leur préexistence.

---

[904] Th. LAMBERT, « Le contribuable face à l'administration fiscale » : art. prec.

Un tel constat ne saurait surprendre. Aux États-Unis, les pouvoirs de l'IRS sont très importants, parfois bien plus que ceux de l'administration française. Dès lors, l'équilibre qui permet la légitimité de son action, implique que la protection soit à son niveau.

340. – Conclusion du Titre 2 – La lutte par la répression repose sur un équilibre subtil entre deux piliers fondamentaux. D'une part, notre étude a révélé le mouvement de pénalisation accrue de l'utilisation des paradis fiscaux. Sur ce plan, la France a récemment manifesté de nombreux effort pour tenter de rattraper le retard face à l'exemple américain. La loi du 6 décembre 2013 a permis l'adoption de nouveaux outils, déjà anciens aux États-Unis, qui devraient permettre à l'administration fiscale française d'accomplir avec plus d'audace son travail.

Il demeure, d'autre part, que la légitimité de cette pénalisation ne peut se résumer à son seul objectif. La lutte contre les paradis fiscaux ne permet pas tout. Ainsi, l'équilibre est trouvé grâce à un renforcement de la protection des contribuables, que celui-ci soit pris comme un citoyen, ou qu'il soit, plus spécifiquement un lanceur d'alerte. Les États-Unis conservent une avance importante, grâce à une pratique déjà bien rodée de ces instruments qui n'ont pour eux rien de nouveau. De plus, l'organisation du système juridique américain même permet d'innover plus rapidement en ce que cette organisation prévoit des juridictions spécialisées dans la matière fiscale.

341. – Conclusion de la Partie 1 – En dépit de la différence culturelle importance entre la France et les États-Unis, une grande partie des moyens adoptés par ces deux systèmes dans la lutte contre les paradis fiscaux est de même nature. Il n'est guère étonnant qu'imposition et répression soit mobilisées par l'arsenal de disposition destiné à lutter contre les paradis fiscaux. Par exemple, la recherche de renseignements étant la base de cette lutte, il apparaît logique que les dispositifs en la matière soient incontournables. Il en va de même concernant la pénalisation de l'utilisation des paradis fiscaux, laquelle entraîne, dans les deux pays, un nécessaire renforcement de la protection des contribuables. En somme, les États-Unis et la France obéissent à des logiques très similaires dans la lutte contre les paradis fiscaux.

Nos développements, au fil de notre étude, ont permis de démontrer, puis d'expliquer, dans quelle mesure le système américain fait d'une certaine avancée qui, parfois, peut être regardée, au moins du point de vue français, comme de l'audace. À cet égard, la loi FATCA est un véritable hymne à l'extra-territorialité américaine, ce qui diffère radicalement du modèle français. Comme nous l'avons vu, avec la FATCA, les États-Unis n'hésitent pas à imposer leur vision, encourant ainsi le risque de froisser certains de leurs partenaires. Il est vrai que seul un État avec une puissance économique équivalente à la leur peut envisager de réaliser ce qui s'apparente bien à une sorte de « *coup de force* » juridique. Pourtant, ainsi que nous l'avons vu, cette législation n'est pas sans poser de difficultés et son avenir est sans cesse débattu.

La crise financière de 2008 et tous les scandales financiers impliquant des personnalités utilisant des paradis fiscaux ont quelque peu réveillé l'Hexagone, qui a pris de nouvelles mesures afin de lutter contre ce fléau[905]. Parmi ces mesures, certains d'entre elles sont clairement inspirées des mécanismes américains, comme le droit de communication non nominatif, la création d'une police fiscale ou encore la reconnaissance d'un statut de lanceur d'alerte en matière fiscale. Il existe d'autres dispositifs, notamment l'introduction de l'article 238-0 A du CGI, qui sont inspirés de l'ordre international et transposés dans notre ordre national. L'instauration d'une liste des ETNC provient de l'exemple des listes de l'OCDE, comme nous le verrons par après. Toutefois, si l'idée n'est pas injustifiée, elle montre, en pratique, très vite ses limites. Cette action relève plus de la politique que de la lutte concrète contre les paradis fiscaux. Aucun État européen ne peut y être inscrit et le Panama n'y figurait pas lorsque l'affaire des Panama papers a éclaté. Ce dispositif appelle beaucoup d'interrogations quant à son efficacité.

342. – Il demeure que la législation américaine, aussi audacieuse soit-elle, ou encore les dispositions nouvelles du droit français, ne sont pas suffisantes pour lutter contre un phénomène mondial d'une telle ampleur.

Malgré des systèmes sophistiqués et une effectivité importante que l'on a démontrée, la lutte contre les paradis fiscaux ne peut pas s'entendre seulement au niveau national. La mondialisation implique de ne pas se cantonner à une simple vision unilatérale Une coopération internationale apparaît indispensable. En effet, si

[905] La loi de finances rectificative pour 2009, loi du 6 décembre 2013.

l'unilatéralisme est capital pour démarrer la lutte contre les paradis fiscaux, il s'avère insuffisant. C'est pourquoi la France et les États-Unis s'investissent sur la scène internationale et dans les organisations, telle que l'OCDE, pour trouver une solution commune à tous et harmoniser au mieux les législations en matière de lutte contre les paradis fiscaux. C'est alors poser la question des moyens multilatéraux dans la lutte contre les paradis fiscaux.

PARTIE 2

LES MOYENS MULTILATÉRAUX DE LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX

343. – L'unilatéralisme, s'il est un élément indispensable de la lutte contre les paradis fiscaux, montre parfois certaines insuffisances. De surcroît, la mondialisation du phénomène de la fraude et de l'évasion fiscales implique obligatoirement une démarche multilatérale.

La communauté internationale a réfléchi de longue date à une approche de ce type et les conventions destinées à prévenir les doubles impositions ont été le catalyseur d'une évolution aujourd'hui incontestée vers le multilatéralisme. Néanmoins, le développement de conventions multipartites s'est trouvé freiné par les problématiques liées à la souveraineté des États.

Nul ne conteste aujourd'hui la nécessité d'une action concertée entre les États pour lutter contre le fléau des paradis fiscaux. Elle est principalement le fait d'entités telles que l'OCDE, l'ONU ou encore l'Union européenne évoluant à des échelons divers. Celle-ci doit néanmoins s'adapter au monde contemporain et tenir compte de la transformation et de l'évolution desdites entités. Aussi envisagerons-nous, en premier lieu, l'état actuel de la coopération multilatérale, avant de déterminer, en second lieu, quelle pourrait être les perspectives de son évolution afin de renforcer son efficacité au plan de la lutte contre les paradis fiscaux. Aujourd'hui **(Titre 1)** et demain **(Titre 2)**, tels sont les deux axes autour desquels doit s'articuler la présentation de la coopération multilatérale.

TITRE 1

L'ÉTAT ACTUEL DE LA COOPÉRATION MULTILATÉRALE

344. – Très actifs au sein des institutions internationales et régionales, la France et les États-Unis constituent le moteur de la lutte contre les paradis fiscaux au sein du G20 et de l'OCDE.

Les actions unilatérales seules se sont révélées rapidement insuffisantes pour lutter contre ce fléau. En effet, le problème des paradis fiscaux étant un problème mondial, les opérations financières et la fraude comme l'évasion fiscales évoluant dans un monde globalisé, il apparaît logique que la réponse contre ces difficultés soit également mondiale. Dès lors, la volonté de la France et des États-Unis de porter le problème devant les instances supranationales afin de tenter de mettre en place une politique de lutte internationale se comprend aisément.

345. – Au niveau international, c'est donc l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) qui joue le rôle le plus important. La France et les États-Unis en sont des membres permanents et influents. Ils ont réussi au fil des années à mettre en place des dispositifs de lutte multilatéraux appliqués dans le monde.

346. – La France est un des membres fondateurs de l'Union européenne. Celle-ci s'est, au fil du temps, investit de plus en plus, malgré une absence de compétence en matière fiscale prévue par les Traités. Les différents dispositifs pris par le Conseil européen et la Commission européenne, sous l'impulsion de ses membres, ont des répercussions conséquentes sur les législations fiscales nationales.

Les États-Unis, ils sont membres de l'Accord de Libre-Échange Nord-Américain (ALENA)[906]. Ce traité, entré en vigueur le 1er janvier 1994, crée une zone de libre-échange entre les États-Unis, le Canada et le Mexique. Il a pour objectif principal la suppression de la plupart des obstacles, tarifaires et non tarifaires, au libre-échange et à l'investissement entre les trois pays de l'ALENA. En revanche, cet accord ne prévoit pas de compétence en matière fiscale et ne se préoccupe pas de la lutte contre les paradis fiscaux, de sorte que les États-Unis doivent se limiter à l'OCDE.

---

[906] V., parmi d'autres, M. SIMARD, *Le libre-échange nord-américain et les services financiers*, Éd. Leroux, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1996 ; G. C. WORD, « NAFTA Standards regulation: the U.S. perspective », *United States-Mexico Law Journal*, Printemps, 2001; L. A. GLICK, « Understanding the North American Free Trade Agreement », *International Trade Law & Regulation* 1996, 2(1), 23-24.

347. – On comprend donc qu'existent deux niveaux de multilatéralisme au plan international : à l'échelon mondial et régional. Ce dernier ne concerne que la France, tenant compte de son intégration à l'UE. Envisageons dans un premier temps, les instances internationales **(Chapitre 1)** avant d'étudier plus spécifiquement l'action de l'Union européenne **(Chapitre 2)**.

CHAPITRE 1

LES INSTANCES INTERNATIONALES DANS LA LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX

348. – La méthode multilatérale, qui repose principalement sur l'OCDE, est un vecteur très utile dans la lutte contre les paradis fiscaux. En effet, elle permet d'assurer une réelle transparence quant aux méthodes employées, et partant s'efforce d'assurer une harmonisation entre les différents États. Et en la matière, l'OCDE a réalisé un travail très important depuis sa création.

L'analyse des différentes actions menées par les instances internationales révèle deux démarches dans la menée à bien de l'objectif de lutte contre les juridictions à fiscalité privilégiée. Il existe tout d'abord une perspective traditionnelle et purement horizontale dans l'approche des instances internationales. Il s'agit de favoriser la négociation de conventions entre les différents États intéressés à leur conclusion, notamment par le biais de modèles qui mettent en place des mécanismes destinés à faciliter l'échange de renseignements ou encore l'assistance au recouvrement. Ici, l'OCDE, puisqu'il s'agit principalement d'elle, joue pleinement son office de « facilitateur » œuvrant à l'harmonisation des conventions.

Il demeure que les différentes institutions internationales se sont très vite émancipées de leur rôle traditionnel, jouant cette fois-ci pleinement leur fonction d'organisme empruntant une démarche de contrôle, selon une perspective que l'on pourrait qualifier de verticale. Ainsi l'OCDE, et d'autres organismes, proposent, par exemple des listes indiquant quels sont les états dont la fiscalité est sujette à la critique. De même, cette institution a mis en une place une série de procédures afin de passer au crible les pratiques des différents États membres. « *peer review* » et « *self review* » en sont les principaux vecteurs.

Ce sont donc ces deux perspectives qu'il nous faut à présent développer pour bien comprendre le rôle des organismes internationaux en général et de l'OCDE en particulier. Nous envisagerons dans un premier temps l'approche conventionnelle **(Section 1)**, puis dans un second temps la dimension de contrôle et de supervision qu'endossent les organismes internationaux **(Section 2)**.

Section 1

L'approche horizontale ou la méthode conventionnelle

349. – La lutte contre le blanchiment d'argent a constitué le début d'une pratique conventionnelle intense en matière fiscale[907]. Diverses conventions ont été élaborées par différentes organisations internationales, afin de donner aux États un cadre dans lequel la transparence et l'échange de renseignements seraient respectés.

350. – Plusieurs États ou groupes d'États se sont essayés à la rédaction d'un modèle de convention fiscale concernant les doubles impositions. On peut, ainsi, citer la version de Mexico, qui a mis en place un modèle de convention bilatérale concernant la double imposition des revenus. Une autre version, celle de Londres, a installé le modèle de convention bilatérale concernant la double imposition des

---

[907] La première convention visant à lutter contre la criminalité transnationale organisée est une Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, dite Convention de Palerme signée en décembre 2000 à Palerme. Le blanchiment des produits du crime fait partie des infractions définies dans la convention. L'ONU a adopté par la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 58/4 du 31 octobre2003 la Convention des Nations Unies contre la corruption. Avec 140 pays l'ayant signée au 1er décembre 2015, elle constitue le premier instrument mondial de lutte contre la corruption et les crimes économiques y compris le blanchiment d'argent. Parmi les autres textes de lutte contre le blanchiment, il existe également une directive n°04/2007/CM/UEMOA de l'Union économique et monétaire Ouest Africaine signée à Dakar le 4 juillet 2007. L'Union européenne a adopté la première directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux en 1991. Il s'agissait de la directive 91/308/CEE du Conseil du du 10 juin 1991. La directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) no 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, dite « 4ème directive », a été publiée au JOUE du 5 juin 2015, L 141/73 et est la dernière directive au niveau européen à avoir été adoptée dans ce domaine.

revenus et des biens. Le Groupe andin[908] a rédigé un modèle de convention visant à interdire les doubles impositions entre les États membres de ce groupe et les États hors de la région andéenne. Le modèle andéen est le plus abouti en termes d'échange de renseignements. Il prévoit dans son article 19 « Consultations and Informations »[909], que les États contractants peuvent se consulter et échanger toutes les informations nécessaires à la bonne application des objectifs de la convention.

En 1988, les membres du Conseil de l'Europe et l'OCDE ont négocié une convention sur l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale. Elle forme la première base légale à l'échange de renseignements et à l'assistance au recouvrement **(Sous – Section 1)**. Cependant, ce sont les deux modèles de l'OCDE et des Nations Unies qui demeurent les plus importants et les plus utilisés aujourd'hui. L'ONU, par le biais de la lutte contre les doubles impositions, a conçu un modèle de convention, protégeant les principes essentiels à la lutte contre les ETNC. Bien que construites sur le même modèle que celui de l'OCDE, ces deux conventions divergent sur certains principes. L'OCDE a rédigé un modèle de convention fiscale très précis dans ce domaine. Il est, d'ailleurs, devenu une référence et nombre de pays l'utilisent comme base de leurs conventions fiscales **(Sous – Section 2)**.

---

[908] La Communauté andine des nations (CAN) est un processus d'intégration régionale réunissant quatre pays d'Amérique latine : la Bolivie, l'Equateur, la Colombie et le Pérou. Cinq autres pays y sont associés : le Brésil, l'Argentine, le Paraguay, l'Uruguay et le Chili. Leur objectif commun est de parvenir à un développement intégral plus équilibré et autonome. Le groupe andin a été créé avec la signature de l'Accord de Carthagène le 26 mai 1969.

[909] L'article 19 du chapitre IV du modèle de convention andéen dispose que « The competent authorities of the Contracting States shall hold consultations between themselves and exchange the information necessary for deciding by mutual agreement any difficulty or doubt which may arise out of the application of this Convention, and for establishing the administrative controls required for the avoidance of fraud and tax evasion. The information exchanged pursuant to the provisions of the preceding paragraph shall be considered as confidential, and shall not be transmitted to any person other than the authorities responsible for the administration of the taxes which are subject to this Convention. For the purpose of this Article, the competent authorities of the Contracting States may communicate directly between themselves. »

Sous-Section 1

La Convention OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale

351. – Un projet ambitieux – Dans les années 1986, l'OCDE et le Conseil de l'Europe ont initié ensemble un vaste chantier de travaux afin de développer une convention multilatérale pour faciliter la coopération administrative entre nos pays et leur permettre de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Le 25 janvier 1988, la convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale[910] (la Convention) a été ouverte à la signature et est entrée en vigueur le 1er avril 1995. La Convention a été amendée par protocole en 2010. Lors du dernier recensement le 29 juillet 2016, quatre-vingt-dix-huit juridictions participaient à la Convention.

L'objectif de cette Convention est d'être l'instrument le plus global et le plus complet en matière de coopération fiscale dans le monde. Ainsi, elle traite de l'échange de renseignements[911] et de l'assistance au recouvrement[912]. Elle inclut également la notification de documents[913] et peut permettre de faciliter les vérifications conjointes. S'agissant des contrôles simultanés, la Convention prévoit, en cas de suspicion de fraude ou d'évasion fiscales internationales, la possibilité de mettre en place des contrôles fiscaux simultanés[914]. Elle prévoit également des moyens répressifs afin de lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent.

L'ambition et le champ d'application très large de cette Convention sont marqués par son ouverture à la signature à tous les pays en 2009 après l'appel du G20 lors du Sommet de Londres. Le Professeur Lambert a, d'ailleurs, souligné que « *la convention*

---

[910] OCDE et Conseil de l'Europe (2011), *La Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Amendée par le protocole de 2010*, Éd. OCDE, http://dx.doi.org/10.1787/9789264115682-fr.

[911] V., Section 1 – Échange de renseignements, Chapitre III de la Convention, p. 6-8.

[912] V., Section 2 – Assistance au recouvrement, Chapitre III de la Convention, p. 8-10.

[913] V., Section 3 – Notification des documents, Chapitre III de la Convention, p.20-22.

[914] V., l'article 8 – Contrôles fiscaux simultanés de la section 2, Chapitre III de la Convention, p.56-58.

est très certainement l'instrument multilatéral le plus complet en matière de coopération fiscale »[915].

352. – Un enthousiasme limité – L'approche multilatérale n'est pas une méthode couramment employée en droit fiscal, les États restant très attachés à leur souveraineté fiscale. C'est une des raisons pour laquelle le Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, que nous étudierons ci-après[916], a connu un plus grand engouement auprès des pays. En effet, ce dernier permet à chaque État d'adapter le modèle de convention à sa convenance et d'éviter ainsi de restreindre trop largement sa souveraineté, contrairement à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale.

Comme l'a précisé le Professeur Castagnède, *« jusqu'ici rarement empruntée en matière fiscale, l'approche multilatérale pourrait, dans l'avenir, jouer un rôle significatif, en des domaines tels que l'élimination de la double imposition juridique dans les échanges transfrontaliers au sein d'un ensemble régional, ou la lutte contre la fraude ou l'évasion fiscales internationales »*[917].

Il semble que le projet du G20 et de l'OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices ou le « Plan BEPS[918] » permette de redonner une impulsion au multilatéralisme en matière fiscale.

353. – Le plan « BEPS »[919] – Lors du G20 des 18 et 19 juin 2012 à Los Cabos au Mexique, les dirigeants du G20 ont clairement rappelé *« la nécessité de prévenir l'érosion de l'assiette fiscale et le transfert de bénéfice »* dans leur déclaration finale[920]. Ils ont confié à l'OCDE le soin d'étudier cette question. Le 19 juillet 2013, l'OCDE a

---

[915] V., Th. LAMBERT, « Vers un renouveau de l'assistance administrative en matière fiscale », *GFP*, n°7, Juillet 2012, p.45.

[916] Cf. *infra* n°355 et s.

[917] B. CASTAGNÈDE, *Précis de fiscalité internationale*, 5ème Éd., PUF, 2015, Paris, n°6.

[918] « *Base erosion and profit shifting* ».

[919] Pour une étude plus détaillée, v., parmi d'autres, B. CASTAGNÈDE, *Op. Cit*., p.218-223, n°130 ; É. MARCUS, « Le projet de l'OCDE de lutte contre l'optimisation fiscale des multinationales – BEPS », *RFFP*, 01 novembre 2015, n°132, page 233 ; F. PERROTIN, « Une nouvelle avancée pour la transparence fiscale », *LPA*, 2 mai 2016, n°095, page 3 ; O. DEBAT et J.-P. LIEB, « Le projet Beps : bilan et perspectives », *FR fiscal* 38/16, 18 août 2016.

[920] Déclaration finale des chefs d'État et de gouvernement du Sommet du G20 à Los Cabos au Mexique, p. 14 § 48, http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/12-1268-declaration_G20_Los_Cabos_cle82ebc5.pdf (visité en juillet 2016).

présenté un plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices[921]. Le rapport précise l'objectif du plan d'action BEPS et rappelle que si « *la mondialisation est bénéfique à nos économies nationales* »[922], elle a « *un impact sur les régimes nationaux de l'impôt sur les bénéfices des sociétés* »[923], car les nombreuses failles du système actuel ont permis aux entreprises d'alléger, parfois considérablement, leurs impôts, défavorisant les autorités publiques, qui perdent des recettes fiscales, les contribuables, qui supportent une charge fiscale de plus en plus importante et certaines entreprises, qui se retrouvent dans une situation de concurrence déloyale n'ayant pas la possibilité de transférer leurs bénéfices. En octobre 2015, l'OCDE a rendu public ses résultats concernant le BEPS sous la forme de treize rapports[924], dont celui concernant l'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales ou encore celui organisant les règles de communication obligatoire d'informations. Lors du Sommet d'Antalya du G20 les 15 et 16 novembre 2015, les chefs d'États et de gouvernement ont adopté ce « paquet de mesures BEPS » de l'OCDE. Grégory Abate définit cet ensemble de mesures comme « *un ensemble de propositions et de préconisations protéiformes, tant par la diversité et l'ampleur des sujets abordés que par la forme et la portée des mesures envisagées.* »[925]

Le plan d'action BEPS prévoit quinze actions[926]. Celles-ci ont pour objectif de conférer des instruments nationaux et internationaux aux pays afin de lutter contre

---

[921] OCDE (2013), *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éd. OCDE, http://dx.doi.org/10.1787/9789264203242-fr. (visité en juillet 2016).

[922] *Ibid.*, p.7.

[923] *Ibid.*, p.7.

[924] Rapports finaux concernant les 15 actions du projet OCDE/G20 sur BEPS, publiés en octobre 2015, http://dx.doi.org/10.1787/23132612 (visité en juillet 2016).

[925] G. ABATE, « Mise en œuvre du projet BEPS : le moment de vérité approche », *Dr. fisc.* n°5, 4 février 2016, 138, n°1.

[926] OCDE (2015), *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Résumés Rapports finaux 2015*, OCDE : Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique (action 1), neutraliser les effets des montages hybrides (action 2), renforcer les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (action 3), limiter l'érosion de la base d'imposition via les déductions d'intérêts et autres frais financiers (action 4), lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance (action 5), empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales (action 6), empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable (action 7), faire en sorte que les prix de transfert calculés soient conformes à la création de valeur (action 8, 9 et 10), mettre au point des méthodes permettant de collecter et d'analyser des données sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices ainsi que les mesures prises pour y remédier (action 11), obliger les contribuables à faire connaître leurs dispositifs

l'érosion fiscale de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Comme le précise Pascal Saint-Amans, directeur du centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE, et Éric Robert, conseiller sur le projet BEPS, *« ce paquet comporte un ensemble de mesures qui apportent aux pouvoirs publics un panel d'outils pratiques pour combattre la planification fiscale qui a pour effet de disjoindre les bénéfices des entreprises des activités économiques sous-jacentes »*[927]. Sept actions ont fait l'objet d'un rapport intermédiaire en 2014[928] : les actions 1, 2, 5, 6, 8, 13 et 15. Il s'agit de mesures prioritaires selon l'OCDE. On retrouve parmi celles-ci des éléments, aussi divers que les défis posés par l'économie numérique[929], les prix de transfert[930] ou encore l'élaboration d'un instrument multilatéral[931]. Cette dernière action a pour objectif de redonner une impulsion au multilatéralisme en instaurant un instrument juridique unique regroupant l'ensemble des mesures BEPS proposées. Les États auront ainsi à leur disposition un document abordant les questions de fiscalité internationale et tenant compte des transformations rapides de l'économie mondiale et de la nécessité de s'adapter très rapidement.

---

de planification fiscale agressive (action 12), réexaminer la documentation des prix de transfert (action 13), accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends (action 14) et élaborer un instrument multilatéral (action 15).

[927] P. SAINT-AMANS et É. ROBERT, « Le projet BEPS et la longue marche en direction d'une fiscalité globale pour l'économie du XXIe siècle », *Dr. fisc*. n°49, 3 décembre 2015, 709.

[928] OCDE (2014), *Exposé des actions 2014, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, OCDE.

[929] OCDE (2016), *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 - Rapport final 2015*, Éditions OCDE, Paris.

Sur l'économie numérique, v., M. P. MARINI, « Rapport d'information sur la fiscalité numérique », 26 juin 2012 ; P. COLLIN et N. COLIN, Rapport « Mission d'expertise sur la fiscalité numérique », janvier 2013 ; AN Rapport d'information n°2023 du 11 juin 2014 ; Note d'analyse de France stratégie, « La fiscalité numérique, quels enseignements tirer des modèles théoriques ? », mars 2015 ; N. YONAN-MERCADIER, « L'impôt sur les sociétés et l'économie numérique », *RFFP*, 01 mai 2016, n°134, page 25 ; É. DIARRA, « La fiscalité numérique : quel avenir ? », *RFFP*, 01 mai 2016, n°134, page 3.

[930] OCDE (2016), *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 - Rapports finaux 2015*, Éditions OCDE, Paris.

[931] OCDE (2015), *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales, Action 15 - Rapport final 2015*, Éditions OCDE, Paris.

354. – Conclusion de la sous-section 1 – La Convention concernant l'assistance administrative en matière fiscale est un dispositif juridique multilatéral très complet. Néanmoins la matière fiscale a toujours soulevé des difficultés en termes de souveraineté, les États demeurant réticents à confier l'avenir de leur recette à un organisme international ou régional. L'adoption du plan d'action BEPS et notamment de l'action n°15 prévoyant la négociation et la signature d'un instrument multilatéral, sans attendre les éventuelles modifications des conventions fiscales bilatérales, va permettre de mettre en œuvre le plan BEPS plus rapidement. Le Modèle OCDE de Convention concernant le revenu et la fortune règle uniformément les problèmes de double imposition qui se posent le plus couramment.

Sous-Section 2

Le Modèle OCDE de Convention concernant le revenu et la fortune

355. – La genèse de ce projet fut longue et les travaux d'élaboration de ce modèle ont débuté dès 1956. C'est en 1963 que le Comité fiscal de l'OCDE a présenté son rapport final sur le projet de convention. La dernière version a été publiée en 2015[932]. S'agissant de l'aide à la lutte contre les paradis fiscaux, le Modèle OCDE contient deux dispositions essentielles[933] : l'article 26 sur l'échange de renseignements **(§1)** et l'article 27 sur l'assistance au recouvrement **(§2)**.

§1 L'échange de renseignements

356. – L'échange de renseignements consiste pour deux États contractants ou plus à communiquer des informations relevant du domaine fiscal sur un contribuable ayant des intérêts financiers dans l'État requis, qui n'est pas l'État de résidence de la personne. Ainsi, et afin de déterminer le plus justement possible l'assiette et le montant de l'impôt, l'administration fiscale d'un État est fondée à demander à une administration étrangère toutes les informations pouvant lui être utiles. Cette pratique, toutefois limitée, traduit de manière concrète la coopération entre les administrations fiscales **(A)**. Elle est renforcée par ce qu'il convient désormais d'appeler l'échange automatique de renseignements **(B)**.

---

[932] OCDE (2015), *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2014*, Éditions OCDE, Paris.

[933] Le modèle de convention fiscale concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement de l'ONU contient également le même genre de disposition, mais il est très peu utilisé par les États, l'OCDE étant devenu l'acteur international principal en matière de coopération fiscale. C'est pourquoi seul le modèle OCDE est étudié.

A) Une traduction concrète de la coopération entre les administrations fiscales

357. – Entre les administrations fiscales de pays membres de l'OCDE, le mode de coopération privilégié est l'échange de renseignements prévu à l'article 26 de la convention fiscale **(1)**, malgré les limites qu'apporte également cet article **(2)**.

1- La coopération classique d'échange de renseignements

358. – L'article 26 : la norme OCDE – Dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE[934] ou, le principe de l'échange de renseignements entre pays figure à l'article 26.

---

[934] L'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE dispose que : « 1. Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des États contractants, de leurs subdivisions politiques ou de leurs collectivités locales dans la mesure où l'imposition qu'elles prévoient n'est pas contraire à la Convention. L'échange de renseignements n'est pas restreint par les articles 1 et 2.
2. Les renseignements reçus en vertu du paragraphe 1 par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts mentionnés au paragraphe 1, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts, par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts, ou par le contrôle de ce qui précède. Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins. Elles peuvent révéler ces renseignements au cours d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements. Nonobstant ce qui précède, les renseignements reçus par un État contractant peuvent être utilisés à d'autres fins lorsque cette possibilité résulte des lois des deux États et lorsque l'autorité compétente de l'État qui fournit les renseignements autorise cette utilisation. 3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne peuvent en aucun cas être interprétées comme imposant à un État contractant l'obligation : a) de prendre des mesures administratives dérogeant à sa législation et à sa pratique administrative ou à celle de l'autre État contractant ; b) de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale ou de celles de l'autre État contractant; c) de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel, professionnel ou un procédé commercial ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public. 4. Si des renseignements sont demandés par un État

La seule différence, qui subsiste encore aujourd'hui entre ces deux articles, réside dans le fait que le modèle onusien comporte un sixième paragraphe[935] prévoyant que les autorités compétentes doivent mettre en œuvre les techniques et méthodes appropriées afin de permettre à l'échange de renseignements de produire un plein effet tel qu'il est prévu au paraphe 1 du présent article.

Hormis cette différence, les deux articles sont strictement les mêmes dans leur rédaction, leur organisation et leurs commentaires[936]. Ainsi, lorsque nous nous référerons à l'article 26, et sauf précisions particulières, il s'agira de l'article 26 du modèle de l'OCDE.

359. – Le champ d'application de l'article 26 - Le paragraphe 1 de l'article 26 énonce la règle générale et prévoit quels sont les renseignements couverts par l'échange. Tout d'abord, il précise que les articles 1 et 2 de la Convention OCDE ne limitent pas le champ d'application de l'échange de renseignements, sachant que l'article 1 du modèle de Convention[937] est relatif au champ d'application *ratione*

---

contractant conformément à cet article, l'autre État contractant utilise les pouvoirs dont il dispose pour obtenir les renseignements demandés, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales. L'obligation qui figure dans la phrase précédente est soumise aux limitations prévues au paragraphe 3 sauf si ces limitations sont susceptibles d'empêcher un État contractant de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci ne présentent pas d'intérêt pour lui dans le cadre national. 5. En aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne. »

[935] Le modèle onusien reprend les mêmes termes, dans le même ordre, avec néanmoins un paragraphe 6 non présent dans l'article 26 du modèle de l'OCDE. L'article 26 §6 du modèle onusien prévoit que « The competent authorities shall, through consultation, develop appropriate methods and techniques concerning the matters in respect of which exchanges of information under paragraph 1 shall be made ».

[936] V., pour le modèle onusien, United Nations – Department of Economic and Social Affairs, *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing countries*, New York, 2011, part Two, p. 435-471 et pour le modèle OCDE, v., OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Version abrégée, 22 juillet 2010, p.427-440 et Conseil de l'OCDE, Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant, 17 juillet 2012.

[937] L'article 1 du modèle de convention fiscale de l'OCDE dispose que « La présente Convention s'applique aux personnes qui sont des résidents d'un État contractant ou des deux États contractants »

personae et l'article 2[938] au champ d'application *ratione materiae* du modèle de Convention. Concernant l'application *ratione personae*, s'est posée la question des demandes de renseignements sur un groupe de contribuables, car la non-identification des personnes pourrait donner l'impression à l'État requis que l'État requérant part à la « pêche aux renseignements »[939]. Néanmoins, si l'État requérant fournit une description du groupe, les faits et les circonstances qui l'ont conduit à cette demande, celle-ci ne pourra pas être refusée pour manque de pertinence vraisemblable[940].

Ceci nous conduit aux types de renseignements pouvant être échangés, c'est-à-dire des renseignements « vraisemblablement pertinents ». La notion de vraisemblance pertinente n'est apparue qu'après plusieurs remaniements de l'article 26. Auparavant, l'article 26 employait le terme de renseignements *« nécessaires »*. Cependant, les problèmes d'interprétations qu'a pu soulever le terme de nécessité ont incité l'Organisation à affiner sa pensée. L'objectif principal de cette précision est double. Il est d'assurer un échange de renseignements le plus vaste possible tout en évitant que les États pratiquent « la pêche aux renseignements ». Ainsi, la norme de *« pertinence vraisemblable »* doit empêcher que des États fassent des demandes de renseignements infondées et qui se révéleront sans aucune utilité. Il importe d'éviter que les États fassent des demandes à tort et à travers sans avoir au préalable fait utilisation de tous les moyens dont ils ont la disposition. L'échange de renseignements n'a pas été conçu comme une échappatoire pour les États de mettre en œuvre tous les procédés internes en matière fiscale. Ce n'est que lorsque toutes les voies internes ont été épuisées ou que l'enquête dirige les recherches vers un autre

---

[938] L'article 2§1 prévoit que « La présente Convention s'applique aux impôts sur le revenu et sur la fortune perçus pour le compte d'un État contractant, de ses subdivisions politiques ou de ses collectivités locales, quel que soit le système de perception. »

[939] Expression consacrée par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE. a été insérée dans la version de 2005 du modèle de convention de l'OCDE, en remplacement du terme « nécessaire ». En effet, avant la mise à jour de 2005, l'article 26 disposait que « 1. Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements nécessaires pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des États contractants, de leurs subdivisions politiques ou de leurs collectivités locales dans la mesure où l'imposition qu'elles prévoient n'est pas contraire à la Convention. »

[940] Conseil de l'OCDE, *Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant*, adopté le 17 juillet 2012, §5.2.

État que la demande de renseignements est justifiée. Ceci est motivé par le fait que les renseignements qui seront partagés sont strictement confidentiels.

360. – Des informations confidentielles[941]- Le paragraphe 2 de l'article 26 prévoit que « *les renseignements reçus en vertu du paragraphe 1 par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État* ». La confidentialité des informations constitue la garantie de l'efficacité de l'échange de renseignements, car l'État requis ne consentira à échanger ces renseignements qu'en ayant l'assurance que l'État requérant n'en fera pas un usage contraire à ce qui est prévu par la Convention. En effet, les informations en matière fiscale revêtent un caractère très sensible. Ainsi, un État peut décider de suspendre son assistance s'il estime que l'État requérant ne se conforme pas à ses obligations. Si la confidentialité est garantie selon divers procédés dans les pays contractants[942], cette différence dans le traitement de la confidentialité des informations ne peut pas être utilisée pour refuser un échange de renseignements. Il existe, cependant, des restrictions à ce principe. Tout d'abord, les informations sont communicables aux personnes, dont les tribunaux et organes administratifs, en charge de l'impôt. Ces personnes ne peuvent utiliser les données reçues qu'à des fins

---

[941] OCDE (2012), *Garantir la confidentialité : le guide de l'OCDE sur la protection des échanges de renseignements à des fins fiscales*, Éd. OCDE, 2012.

[942] La législation française prévoit la confidentialité de certaines informations à l'article L. 103 du LPF, qui dispose que « L'obligation du secret professionnel, telle qu'elle est définie aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, s'applique à toutes les personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou attributions à intervenir dans l'assiette, le contrôle, le recouvrement ou le contentieux des impôts, droits, taxes et redevances prévus au code général des impôts. Le secret s'étend à toutes les informations recueillies à l'occasion de ces opérations. Pour les informations recueillies à l'occasion d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle, l'obligation du secret professionnel nécessaire au respect de la vie privée s'impose au vérificateur à l'égard de toutes personnes autres que celles ayant, par leurs fonctions, à connaître du dossier. » L'article 226-13 du Code pénal français prévoit que la violation de la confidentialité « est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. ». En Allemagne, la confidentialité est garantie par la Section 30 du Code fiscal et la Section 355 du Code pénal. En Italie, ce sont les articles 31 bis (5) et 68 du décret présidentiel n°600 de 1973, l'article 66 du décret présidentiel n°633 de 1972, l'article 329 du Code de procédure pénale, quant aux sanctions, elles sont prévues à l'article 326 du Code pénal et à l'article 615 ter du Code pénal. Les Etats-Unis prévoient la confidentialité aux sections 6103 et 6105 du Code des impôts (IRC-Internal Revenue Code) et sa violation est sanctionnée aux sections 7213, 7213A et 7431 de l'IRC et aux sections 1030 et 1905 du titre 18 du Code pénal (U.S. criminal code). Le Royaume-Uni prévoit la confidentialité à la section 18 de la loi de 2005 sur les impôts et droits de douane (Commissioners for Revenue and Customs Act) et sanctionnée à la section 19 du même code.

de détermination de l'assiette et de recouvrement de l'impôt. Ensuite, les informations sont susceptibles d'être utilisées à d'autres fins, si cet objectif résulte de la législation de l'État requis et s'il a expressément autorisé cette application. Par exemple, les informations pourraient être employées dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent ou la lutte contre le terrorisme.

361. – L'absence de clause d'intérêt fiscal national – Les clauses d'intérêt national ont pour objectif de permettre aux parties à une Convention de soulever un intérêt national pour ne pas satisfaire une de ses obligations prévues dans la Convention. Depuis la révision de 2005, l'article 26 du modèle OCDE décrète qu'un État ne peut pas se prévaloir d'une clause d'intérêt fiscal national pour refuser d'échanger des renseignements demandés par un autre État contractant. Effectivement, si un État demande des renseignements dans le cadre de l'article 26, l'État requis doit mettre en œuvre tous les procédés dont il dispose au niveau national « *même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales.* »

362. – Les trois formes d'échange de renseignements – Il existe trois formes d'échange de renseignements possibles : sur demande, automatique ou spontané. Tout d'abord, l'échange de renseignements peut se faire sur demande, c'est le cas le plus fréquent. L'État requérant adresse une demande d'assistance claire et précise à l'État requis. L'État requis doit mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour répondre à cette demande. Ensuite, il peut y avoir échange d'office ou automatique de certains renseignements. Le plus souvent, les situations dans lesquelles les informations peuvent être transmises automatiquement sont énumérées dans un accord ou un protocole annexé à la convention. Il s'agit de l'échange, à intervalles réguliers d'informations relatives à certaines catégories de revenus, tel que les dividendes ou les intérêts. Enfin, la troisième façon d'échanger des renseignements est de le faire spontanément, quand, par exemple, lors de contrôles, un service fiscal estime que les informations qu'il a recueillies pourraient intéresser un autre État et il les lui envoie, sans aucune demande de la part de l'autre État.

363. – Condition *ratione temporis* – Concernant le champ d'application *ratione temporis*, il convient de préciser que les renseignements demandés peuvent dater d'avant l'entrée en vigueur de la convention tant que la demande est postérieure à celle-ci. Les États contractants ont également la possibilité de rajouter une clause

relative aux délais pour la communication des informations[943]. Le paragraphe 6 de l'article 26 fixe des délais standards par défaut. Les États contractants peuvent librement choisir d'allonger les délais dans les cas qu'ils jugeraient opportuns, comme une demande de nature complexe.

2- Les limites à l'échange de renseignements

364. – Des mesures contraires à la législation nationale- La première restriction à l'échange de renseignements prévue par le paragraphe 3 de l'article 26 concerne la garantie pour l'État requis de ne pas se retrouver dans l'obligation de devoir déroger à sa législation nationale ou à sa pratique administrative, afin de pouvoir obtenir des informations demandées par un autre État. En effet, si l'échange de renseignements engendre pour un État la violation de sa législation, cela apparaît en totale contradiction avec le but premier de ce mécanisme, qui est le respect de la loi fiscale. Toujours est-il que les législations mettant en œuvre le secret fiscal ne sont pas comprises dans cette limitation et ne peuvent jamais être invoquées contre une demande d'assistance[944].

---

[943] Il est possible d'inclure à l'article 26 un sixième paragraphe rédigé ainsi : « Les autorités compétentes des États contractants peuvent convenir de délais pour la communication de renseignements en vertu du présent article. En l'absence d'un tel accord, les renseignements devront être communiqués le plus rapidement possible et, sauf lorsque le retard est dû à des obstacles d'ordre juridique, dans les délais suivants : (a) Lorsque les autorités fiscales de l'État contractant requis sont déjà en possession des renseignements demandés, ceux-ci devront être communiqués à l'autorité compétente de l'autre État contractant dans les deux mois suivant réception de la demande de renseignements ; (b) Lorsque les autorités fiscales de l'État contractant requis ne sont pas déjà en possession des renseignements demandés, ceux-ci devront être communiqués à l'autorité compétente de l'autre État contractant dans les six mois suivant réception de la demande de renseignements ; (c) Sous réserve que les autres conditions du présent article soient remplies, des renseignements seront considérés comme ayant été échangés conformément aux dispositions du présent article, même s'ils sont communiqués après ce délai. »

[944] V., les différentes manœuvres de la Suisse pour ne pas répondre à une demande de renseignements sont assez diverses, mais elle n'a jamais invoqué sa législation sur le secret bancaire, préférant toujours mettre en avant des demandes trop vagues, pouvant être assimilées à une « pêche aux renseignements ».

365. – Respect du principe de réciprocité- La deuxième restriction au principe posé au paragraphe 1 de l'article 26 a trait au respect du principe de réciprocité. Ce principe[945] est très connu du droit international public et des relations conventionnelles internationales, mais aussi en droit interne. L'article 55 de la Constitution française de 1958 dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». En droit international, l'article 60 de la convention de Vienne[946] sur le droit des traités autorise le co-contractant à suspendre l'exécution de ses obligations lorsque l'autre partie l'a violée. Dans le cas d'espèce, lorsqu'un État se trouve dans l'incapacité de fournir les renseignements qui lui sont requis, il ne pourra pas, dans une situation analogue, demander le même type de renseignements aux autres États, sachant que lui-même, dans une situation identique, a été incapable de fournir des renseignements similaires. Il s'agit, ici, de ne pas faire peser sur des États une obligation plus lourde du seul fait que son système de renseignements se trouve plus étendu que celui des autres États. L'existence d'un tel système ne doit pas devenir une difficulté pour l'État qui le met en œuvre. Cependant, et afin de permettre une pleine efficacité à l'échange de renseignements, l'interprétation de ce principe en pratique doit être « *large et pragmatique* »[947]. Assurément, chaque pays possède des procédures différentes en matière d'obtention de renseignements et cela ne doit pas devenir un prétexte pour bloquer les échanges. Le principe de réciprocité doit être considéré comme une facette de la collaboration internationale, en ce sens qu'elle la favorise, mais ne l'annihile pas.

366. – Respect du secret commercial, industriel, professionnel, du procédé commercial ou de l'ordre public- La dernière limitation prévue par l'article 26 est

---

[945] Sur le principe de réciprocité, v., entre autres, E. DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 134 et s ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, LGDJ, coll. Domat droit public, 11ème Éd., 2011, p. 195-197 ; P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT ; *Droit international public*, Dalloz, 12ème Éd., n°409 ; M. PERRIN de BRICHAMBAUT, J.-F. DOBELLE et F. COULÉE, *Leçons de droit international public*, Presses Sciences Po et Dalloz, 2ème Éd., 2011, n°633-635.

[946] Convention signée à Vienne sous l'égide des Nations Unies le 23 mai 1969 et régissant le droit des traités. L'article 60 §1 dispose qu' « une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application en totalité ou en partie. »

[947]Conseil de l'OCDE, *Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant*, *Op. Cit.*, §15.

l'impossibilité de dévoiler des secrets commerciaux, industriels, professionnels, des procédés commerciaux ou tout autre renseignement dont la divulgation serait contraire à l'ordre public. Le secret de ces informations doit être interprété de manière restrictive et l'État requis devra toujours mettre en balance les intérêts du contribuable et ceux de l'État requérant. Il convient d'en faire une appréciation objective et de déterminer l'absolue nécessité de la demande. Pour permettre cette appréciation, le conseil de l'OCDE définit de quelle façon la notion de secret commercial ou industriel doit s'interpréter. Elle consiste en « *des faits ou circonstances qui sont d'une importance économique considérable, qui peuvent être exploités dans la pratique et dont l'utilisation non autorisée peut conduire à un grave préjudice.* »[948] Ainsi, tous les renseignements de nature comptable ou financière[949] ne sont pas, par principe, de nature à compromettre un secret de ce type. Les États contractants ont la possibilité de prévoir des autres cas de renseignements secrets, non déjà prévu dans le modèle de convention, en insérant un dernier alinéa au paragraphe 3 de l'article 26[950]. À titre d'exemple, cela peut concerner les communications entre avocats ou autres représentants légaux agréés dans l'exercice de leurs fonctions et leurs clients. Enfin, il faut citer une dernière limitation concernant les renseignements touchant à l'ordre public de l'État. Bien que particulièrement rare, le modèle de convention prévoit la possibilité de refuser l'échange de renseignements, car leur communication serait contraire à l'ordre public. Il s'agit de toutes les données qui touchent aux intérêts vitaux de l'État[951].

---

[948] *Ibid.*, §19.2.

[949] Par exemple, les livres de comptes, les relevés bancaires, les documents financiers sur une société, documents relatifs aux achats ou à une demande de prêt. Si ces documents contiennent des informations de nature à révéler un secret commercial, alors le conseil de l'OCDE prévoit que les détails de ce secret sont écartés et seules les données financières restent communicables.

[950] Article 26 § 3 d) : « à obtenir ou fournir des renseignements qui divulgueraient des communications confidentielles entre un client et un avocat, ou autre représentant légal agréé lorsque ces communications sont : (i) Produites dans le but de demander ou de fournir un avis juridique ou (ii) Produites afin d'être utilisées dans une action en justice en cours ou envisagée. »

[951] Par exemple, cela peut concerner des informations détenues par les services secrets sur des personnes fichées ou exposées (personnages politiques).

B) L'échange automatique de renseignements : une nouvelle avancée pour la transparence fiscale

367. – Avec le soutien du G20, l'OCDE travaille activement pour améliorer et faciliter l'échange automatique de renseignements. À cette fin, elle a mis en place une norme internationale d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers **(1)**. Cette norme connaît un succès important au vu des adhésions qu'elle a déjà suscitées et des nouveaux outils sur lesquels œuvre l'OCDE **(2)**.

1- Le contexte de la mise en place de la nouvelle norme commune

368. – Le soutien politique – Le G20 a donné un soutien constant et a appuyé les travaux de l'OCDE pour la mise en place de cette nouvelle norme. L'OCDE a en effet présenté son rapport *« L'échange automatique d'informations : Qu'est-ce que c'est, comment cela fonctionne-t-il, les avantages et que reste-t-il à faire »*[952]. Ce rapport qui offrait une synthèse des principales caractéristiques d'un modèle efficace d'échange automatique de renseignements, a été salué par les membres du G20. Ainsi, lors de la réunion des ministres des Finances et des gouverneurs de banque centrale des pays du G20 le 5 novembre 2012[953], le communiqué publié le jour même déclarait que *« Nous nous félicitons du rapport de l'OCDE sur les pratiques d'échange automatique d'informations et nous continuerons de montrer l'exemple en appliquant cette pratique »*[954].

Ce soutien a été renouvelé lors du sommet du G20 de Saint-Pétersbourg les 15 et 16 février 2013. Les membres du G20 ont, à nouveau, exprimé leur *« engagement à renforcer la pratique de l'échange automatique de renseignements selon les besoins, et [se sont félicités] des progrès accomplis récemment à cet égard »*[955].

369. – L'exemple de la FATCA[956] – Comme l'a souligné l'OCDE, dans une note d'information du 18 juin 2013, *« la loi FATCA a été un catalyseur essentiel de l'échange*

---

[952] Rapport de l'OCDE, *Échange automatique de renseignements: ce que recouvre l'échange automatique, son mode de fonctionnement, ses avantages et les progrès restant à accomplir*, publié le 23 juillet 2012, 22 pages,

[953] Sommet des chefs d'État et de gouvernement des pays du G20, Los Cabos au Mexique, en juin 2012.

[954] V., le communiqué final, p.13, §48, http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/12-1268-declaration_G20_Los_Cabos_cle82ebc5.pdf.

[955] Sommet de Saint-Pétersbourg en Russie des 15 et 16 février, v., communiqué final p.5, §19.

[956] Cf. *supra* n°180-198.

automatique de renseignements et des travaux que mène l'OCDE dans ce domaine »[957]. Comme il a déjà été souligné, la FATCA impose aux institutions financières étrangères de communiquer à l'IRS des informations précises sur les comptes détenus par leurs clients américains. Elle engendre également des difficultés tant sur le plan juridique que financier, d'où la mise en place d'un modèle d'accord relatif à la mise en œuvre inter-administrations, c'est-à-dire le modèle 1 d'accord inter-gouvernemental. Ce modèle est déjà très privilégié concernant la mise en œuvre des dispositions de la FATCA et semble devoir devenir le modèle de référence dans le cadre de l'échange automatique d'informations prévu par la norme OCDE. Le secrétaire général de l'OCDE, M. Angel Gurría, a déclaré dans un communiqué de presse du 26 juillet 2012 qu'il se félicitait « *vivement de l'approche coopérative et multilatérale sur laquelle le modèle d'accord est fondé.* » Plusieurs États membres de l'OCDE ont fait savoir rapidement qu'ils adhéraient à cette approche[958].

En 1988, l'OCDE et le Conseil de l'Europe ont conjointement élaboré une convention multilatérale en matière de coopération administrative fiscale, permettant la mise en place d'un cadre juridique facilitant la coopération internationale grâce à l'échange de renseignements et à l'assistance entre plusieurs pays. Les travaux ont été menés par un comité d'experts placé sous l'autorité du Comité européen de coopération juridique sur la base d'un projet établi par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE. L'OCDE rappelle sur son site que « *la Convention est l'instrument multilatéral le plus complet et offre toutes les formes possibles de coopération fiscale pour combattre l'évasion et la fraude fiscales, une priorité pour tous les pays*[959] ». La Convention d'assistance administrative mutuelle en matière fiscale a été mise à la signature le 25 janvier 1988 et est ouverte aux membres de l'OCDE et du Conseil de l'Europe, soit 54 pays à l'époque. Elle est entrée en vigueur en 1995. Le 11 décembre 1989, la Finlande est le premier pays à l'avoir signée, elle est suivie par la Belgique le 7 février 1992, le Danemark le 16 juillet 1992 et l'Islande le 22 juillet 1996. Ce n'est que le 17 septembre 2003 que la France l'a paraphée et elle est entrée en vigueur dans l'Hexagone le 1er mars 2005. La France, aujourd'hui chef de file des pays luttant contre la fraude et

---

[957] OCDE, *Échange automatique de renseignements : la prochaine étape*, Note d'information, 18 juin 2013, p.5,

[958] Le 9 avril 2013 : Allemagne, France, Espagne, Italie, Royaume-Uni. Le 13 avril 2013 : Belgique, Pays-Bas, Pologne, République tchèque et Roumanie.

[959] http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/conventionconcernantlassistanceadministrativemutuelleenmatierefiscale.htm (visité en novembre 2015).

l'évasion fiscales, a tout de même mis dix-sept ans avant de ratifier un instrument international permettant de faciliter cette lutte. Au 25 août 2016, la Convention est entrée en vigueur dans trente-trois pays. L'Allemagne est pour l'instant le dernier État à l'avoir mise en place, le 1er décembre 2015[960].

370. – La lenteur française – Dans son rapport au Sénat du 11 octobre 2011[961], Mme Bricq, sénatrice de Seine-et-Marne, rappelle le caractère très complet de l'instrument en question et son efficacité. L'OCDE souligne d'ailleurs que les rapports du Sénat français estimaient tous que la Convention revêtait une importance pour le pays, notamment en raison de son caractère multilatéral qui permet un élargissement considérable des possibilités de coopération entre les États[962]. D'où cette interrogation légitime : pourquoi la France a-t-elle ratifié cette convention si longtemps après son ouverture à la signature ?

En 2004, le rapport de Mme Danielle Bousquet[963] a avancé plusieurs raisons à la tardive entrée en vigueur de la Convention en France. Dans un premier temps, la France s'était montrée très réceptive à cette nouvelle convention et s'était engagée très rapidement à la signer, en émettant toutefois deux réserves, l'une concernant l'inclusion des cotisations de sécurité sociale dans le champ d'application de la Convention et l'autre tenant à la possibilité pour des vérificateurs étrangers de se livrer à des contrôles fiscaux pour le compte de leur administration sur le territoire français. Puis, la France, estimant qu'elle avait déjà signé un nombre important de

---

960 V., la liste des pays : http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf (consulté en septembre 2016).

961 N. BRICQ, Rapport au Sénat sur le projet de loi, adopté par l'Assemblé nationale après engagement de la procédure accélérée, autorisant l'approbation du protocole d'amendement à la convention du Conseil de l'Europe concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, enregistré à la Présidence du Sénat le 11 octobre 2011.

962 « *Dans les rapports du Sénat français il est dit que cette convention est utile pour la France pour trois raisons majeures : son caractère multilatéral élargit en effet les possibilités et l'efficacité de la coopération entre les états ; elle réglemente et renforce les garanties des contribuables et elle permet l'assistance au recouvrement qui n'est que rarement visé par les conventions fiscales bilatérales. Enfin, la convention, en proposant un ensemble de règles en vue de la notification de documents à l'étranger, vient mettre de l'ordre dans une pratique administrative internationale aux frontières mal définies.* », http://www.oecd.org/document/43/0,3746,fr_2649_33767_34532203_1_1_1_1,00.html, (consulté le 2 mars 2012).

963 D. BOUSQUET, Rapport à l'Assemblée nationale sur le projet de loi n°1334, autorisant l'approbation de la convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 mars 2004.

conventions fiscales bilatérales sur l'échange de renseignements, a décidé de reporter sa signature le temps pour elle d'examiner les premières mises en œuvre de la Convention dans d'autres États. En effet, les directives communautaires et les conventions fiscales bilatérales, bien qu'ayant un champ d'application plus réduit que celui de la Convention, prévoyaient déjà des clauses d'assistance, et de ce fait la France n'a pas considéré que l'entrée en vigueur de la Convention revêtait un caractère urgent.

De plus, la ratification de la France se heurtait à divers obstacles juridiques. Premièrement, l'article L. 80 C du LPF[964] empêchait la venue de fonctionnaires étrangers en France en vue d'effectuer des contrôles fiscaux. Il a été abrogé par l'article 107 de la loi n°99-1172 du 30 décembre 1999. La première des réserves de la France s'est donc retrouvée ainsi sans objet. S'agissant des cotisations sociales, la France estimait que les cotisations sociales gérées par des organismes privés n'avaient pas pour vocation d'entrer dans le champ d'application de la Convention, qui ne vise que les cotisations versées aux organismes publics. Le ministère de l'Économie et des Finances et le ministère des Affaires sociales ont, d'un commun accord, décidé que ne rentreraient dans le champ d'application *ratione materiae* de la Convention que la contribution sociale généralisée (CSG) et la contribution pour le recouvrement de la dette sociale (CRDS), ces deux cotisations relevant de l'impôt sur le revenu en raison de leur caractère fiscal. Ces difficultés levées, la Convention a pu être signée et est entrée en vigueur en France le 1er septembre 2005.

La Convention, dans une perspective perpétuelle d'évolution, a été amendée en 2010 par protocole et cette nouvelle version est entrée en vigueur le 1er juin 2011. La Convention mises à jour a été ouverte à la signature lors de la réunion ministérielle annuelle de l'OCDE des 27-28 mai 2010, à la suite d'une demande des chefs d'État et de gouvernement du G20 lors du Sommet de Londres d'avril 2009. Ce protocole étend l'ouverture de la Convention à tous les pays et prévoit également l'échange de renseignements bancaires sur demande. Cette convention amendée est entrée en vigueur en France le 1er avril 2012. Le Danemark et la Finlande sont les premiers à l'avoir fait entrer en vigueur, le 1er juin 2011. Au 25 août 2016, la version amendée de la Convention est entrée ou va prochainement entrer en vigueur dans cinquante-neuf

[964] L'article L. 80 C du LPF disposait que « l'intervention, auprès d'un contribuable, sur le territoire national, d'un agent d'une administration fiscale d'un pays étranger, rend nuls et de nul effet le redressement ainsi que toute poursuite fondée sur celui-ci. »

pays. À l'heure actuelle, c'est en Andorre qu'elle entrera en vigueur en dernier, soit le 1er décembre 2016[965].

371. – Les avantages de la Convention – Le principal atout de la Convention est son champ d'application *ratione materiae* très large, étant donné qu'elle concerne toutes les formes d'échanges de renseignements (sur demande, automatique et spontanée) et qu'elle recouvre une large partie des impôts listés de manière exhaustive, tels les prélèvements obligatoires, impôts sur le revenu, sur les bénéfices, sur les gains en capital, sur l'actif net, sur les successions, sur les donations, sur la propriété immobilière et mobilière, sur les biens et services, les cotisations de sécurité sociale obligatoires. L'article 6 de la Convention dispose que « pour des catégories de cas et selon les procédures qu'elles déterminent d'un commun accord, deux ou plusieurs Parties échangent automatiquement les renseignements (…) »[966]. La notion de « *commun accord* » à laquelle se réfère l'article 6 est celle d'un accord qu'il convient de conclure entre les autorités compétentes des États acceptant l'échange automatique d'informatiques. La Convention ne prévoit aucune obligation d'y recourir, mais juste la possibilité de le faire. Pour cette raison, ces accords bilatéraux sont indispensables. De plus, les États conservent, néanmoins, la possibilité d'émettre des réserves sur le champ d'application de la Convention. Par exemple, l'Italie a émis une réserve à l'article 2§1 b.ii., iii. et iv. conformément à l'article 30§1 a[967]. Elle s'applique également à tous les contribuables sans qu'il soit tenu compte de leur lieu de résidence ou de leur nationalité.

---

[965] http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf (visité en septembre 2016).

[966] Article 6 de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale de 1988 et amendée par protocole en 2010. Elle est entrée en vigueur le 1er juin 2011, http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/Convention_modifi%C3%A9e.pdf.

[967] Cette réserve porte sur les cotisations de sécurité sociale obligatoires dues aux administrations publiques et aux organismes de sécurité sociale de droit public (article 2§1 b.ii), sur d'autres impôts, comme l'impôt sur les successions ou donations, impôts sur la propriété immobilière, les impôts généraux sur les biens et services (TVA, impôts sur les ventes), l'impôt sur des biens et services déterminés (droits d'accises), les impôts sur l'utilisation ou la propriété des véhicules à moteur, les impôts sur l'utilisation ou la propriété de biens mobiliers autres que les véhicules à moteur (article 2§1 b.iii) et sur les impôts visés à l'alinéa iii qui sont perçus pour le compte des subdivisions politiques ou des collectivités locales d'une Partie (article 2§1 b.iv).

Les objectifs de la Convention concernent l'assistance en vue de l'échange de renseignements et du recouvrement, tout comme les conventions fiscales bilatérales ou les directives européennes. Ainsi, un État ayant signé ce type de convention avec la France ou au moins douze autres États est supposé respecter les standards internationaux d'assistance administrative en matière d'échange de renseignements. De ce fait, la signature de ce type de convention avec la France paraît justifier une exclusion de la catégorie des ETNC.

Dans le récapitulatif des conclusions du 8ème Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, à Bridgetown, les 29 et 30 octobre 2015, le Forum a réaffirmé sa détermination de mettre en œuvre l'échange automatique de renseignements dans les délais prévus, c'est-à-dire en 2017 ou 2018[968].

Grâce au soutien politique et au travail de l'OCDE, une nouvelle avancée importante a été faite dans le domaine plus particulier de l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers.

2- L'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers

372. – Le contexte – C'est dans le prolongement de la mise en place de l'échange automatique des renseignements qu'a été décidé d'instaurer un échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers. Là encore, la FATCA a largement inspiré le processus. De plus, les demandes insistantes du G20 de renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale ont conduit l'OCDE à élaborer cette nouvelle norme mondiale unique.

Cette nouvelle norme a été présentée par l'OCDE pour adoption par les ministres des Finances du G20 lors du sommet de Sydney les 22 et 23 février 2014[969]. En octobre 2015, lors du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à

[968] Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales des 29 et 30 octobre 2015 à Bridgetown, Barbade. V., le récapitulatif des conclusions, https://www.oecd.org/tax/transparency/conclusions-reunion-2015.pdf.

[969] Secrétariat de l'OCDE, rapport général de la réunion des ministres des Finances et des gouverneurs des banques centrales du G20, Sydney, Février 2014, p.8.

des fins fiscales, on comptait déjà quatre-vingt-seize juridictions engagées à pratiquer cet échange d'ici 2017 ou 2018. Comme le souligne le Forum, dans ses conclusions, « *la nouvelle norme internationale d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers prend réellement une dimension mondiale.* »[970]

Dans un communiqué de presse du 11 mai 2016, l'OCDE et le Forum ont annoncé que Bahreïn, le Liban, le Panama[971] et Vanuatu avaient pris l'engagement de procéder à ces échanges de renseignements dès septembre 2018. Aujourd'hui, 101 pays et territoires sont déterminé à mettre en œuvre la norme commune de déclaration.

373. – La Norme commune de déclaration et de diligence (NCD)[972] – Cette NCD sous-tend l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers. Elle a pour objet d'élaborer, à la manière de la FATCA[973], un échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers entre les institutions financières et d'autres juridictions sur une base annuelle.

L'OCDE précise clairement qu'« *un modèle efficace d'échange automatique de renseignements nécessite une norme commune* »[974]. Ainsi, la NCD définit les informations financières communicables et détermine les titulaires de compte pouvant faire l'objet

---

[970] Récapitulatif des conclusions, *Op. Cit.*, p. 3, §4.

[971] Cet engagement vient juste après le scandale des *Panama Papers*, dont les premiers articles ont été publiés le 3 avril 2016. J. TILOUINE, S. PIEL, M. VAUDANO, J. BARUCH et A. MICHEL, « Chefs d'État, sportifs, milliardaires : premières révélations des « Panama papers » sur le système offshore mondial », *Le Monde*, 3 avril 2016 ; J. GARSIDE, H. WATT et D. PEGG, « The Panama Papers : how the world's rich and famous hide their money offshore », *The Guardian*, 3 avril 2016; International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ), « Giant Leak of Offshore Financial Records Exposes Global Array of Crime and Corruption », *Organized Crime and Corruption Reporting Project*, 3 avril 2016 ou B. OBERMAYER et F. OBERMAIER, *Le secret le mieux gardé du monde. Le vrai roman des Panama Papers*, Seuil, 2016.

[972] Pour une présentation détaillée de la NCD, v., OCDE (2014), *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, OECD Publishing, Paris ; A. AOUDJHANE, « La nouvelle norme d'échange automatique de renseignements : quelques difficultés à prévoir », *Dr. fisc. n°47*, 20 novembre 2014, 633 ; T. G. ALBERT, « Further impact on Swiss financial centre as new consultations on the international exchange of information are initiated », *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2015, 30(5), 303-307.

[973] V., C. P. TELLO et J. MALHERBE, « Le Foreign Account Tax compliance Act (FATCA) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales », *Dr. fisc. n°3*, 16 janvier 2014, 72.

[974] OCDE, OCDE (2014), *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, Op. Cit.*, p. 8, §11.

d'une déclaration ainsi que les institutions financières soumises à l'obligation déclarative. La NCD couvre toutes les catégories de revenus d'investissement, y compris les intérêts et dividendes. Les comptes déclarables, au contraire de la FATCA, n'ont pas l'obligation de remplir la règle *de minimis* pour les comptes préexistants de personnes physiques[975]. Les titulaires des comptes concernés sont les personnes physiques, mais également les sociétés-écrans, les fiducies et structures analogues. Enfin, les institutions financières soumises à cette obligation sont les banques, mais aussi les courtiers, certains organismes de placement collectif et certaines sociétés d'assurance[976].

Outre ces éléments, la NCD ne peut être efficace que si les États parties s'accordent sur un ensemble de procédures de diligence raisonnables destinées à déterminer les comptes déclarables, afin de garantir la qualité des informations échangées. La NCD impose de vérifier le ou les pays de résidence. Toutes ces procédures sont définies dans le modèle d'accord entre les autorités compétentes de la [juridiction A] et la [juridiction B] concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales internationales et son annexe[977]. Le terme de diligences raisonnables signifie que les institutions financières doivent donner toutes les informations sur l'identité du ou des titulaires des comptes, elles doivent être précises et peuvent consister en l'adresse de résidence ou la date de naissance. Si l'institution financière n'utilise pas l'adresse postale exacte ou actuelle du titulaire du compte, elle doit fournir tous les éléments qui permettraient de localiser la personne, comme des ordres de virements permanents ou encore des procurations ou délégations de signatures en cours de validité.

374. – Les outils mis en place – L'OCDE et le Forum ont élaboré un ensemble très complet d'outils et une assistance directement offerte aux États membres afin d'aider

---

[975] La FATCA exclut de son champ d'application les comptes dont le solde agrégé est inférieur à 50 000 dollars au 30 juin 2014.

[976] Selon l'administration fiscale, une société commerciale non financière versant des intérêts sur un compte courant d'associés, voire les personnes physiques, peuvent être considérées comme des agents payeurs au sens de la directive européenne sur les revenus de l'épargne. V., Instr. 12 août 2005, publiée au BOI 5 I-3-05, §10 ; *Dr. fisc.* 2005, n°37, instr. 13398.

[977] OCDE, *Op. Cit.*, pp. 13-19 et annexe.

à la mise en place de la NDC. Des séminaires de formation régionaux se sont tenus et ont accueilli plus de quatre cents fonctionnaires de cent vingt pays différents[978].

La confidentialité est un aspect important de l'échange de renseignements. C'est la raison pour laquelle aucun accord d'échange automatique d'informations ne pourra être conclu tant que les deux juridictions en cause ne disposent pas d'un cadre juridique et des capacités et procédures administratives nécessaires pour garantir la confidentialité des données. Le Forum a donc lancé un processus d'évaluation préalable de confidentialité, afin que chaque juridiction connaisse le niveau de protection des données des autres et qu'elles choisissent en toute connaissance de cause leur partenaire. Des services de conseil sur des questions techniques et juridiques sont dispensés par des agents *ad hoc* au sein du Secrétariat du Forum.

375. – Les premiers résultats – En 2016, déjà cent un pays se sont engagés à mettre en œuvre la NDC. Une enquête auprès de vingt-six juridictions a montré, que même si l'échange automatique ne débutera concrètement qu'en 2017, en 2014, 1.8 millions de comptes à l'étranger ont été déclarés contre 1.2 millions en 2011, soit 600 000 comptes financiers à l'étranger supplémentaires déclarés spontanément. Il semble qu'avant même d'avoir commencé, son effet dissuasif soit déjà bien réel[979].

En sus de l'échange de renseignements, l'OCDE a fait un travail majeur en matière d'assistance au recouvrement.

§2 L'assistance au recouvrement

376. – Un principe plus tardif – Le principe d'une assistance au recouvrement des impôts a fait son apparition plus tardivement dans le contenu des conventions. Dans le modèle OCDE, il n'en était pas question dans la version de 2000. On dresse le même constat dans la première version du modèle onusien. L'assistance au

[978] Les formations se sont tenues, tout au long de l'année 2015, au Mexique, en Allemagne, en Turquie, à Saint – Marin, aux Philippines, dans les Îles Vierges Britanniques, aux Seychelles, en Colombie et en Malaisie.

[979] V., OCDE (2016), *Transparence fiscale 2015, Rapport de progrès*, OECD Publishing, Paris, p.21.

recouvrement des impôts est prévue par l'article 27 du modèle de convention fiscale de l'OCDE[980] et par l'article 27 du modèle de convention des Nations-Unies

[980] L'article 27 du modèle de convention fiscale de l'OCDE dispose que « 1. Les États contractants se prêtent mutuellement assistance pour le recouvrement de leurs créances fiscales. Cette assistance n'est pas limitée par les articles 1 et 2. Les autorités compétentes des États peuvent régler d'un commun accord les modalités d'application du présent Article. 2. Le terme « créance fiscale » tel qu'il est utilisé dans cet article désigne une somme due au titre d'impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des États contractants, de leurs subdivisions politiques ou collectivités locales, dans la mesure où l'imposition correspondante n'est pas contraire à cette Convention ou à tout autre instrument auquel ces États contractants sont parties, ainsi que les intérêts, pénalités administratives et coûts de recouvrement ou de conservation afférents à ces impôts. 3. Lorsqu'une créance fiscale d'un État contractant est recouvrable en vertu des lois de cet État et est due par une personne qui, à cette date, ne peut, en vertu de ces lois, empêcher son recouvrement, cette créance fiscale est, à la demande des autorités compétentes de cet État, acceptée en vue de son recouvrement par les autorités compétentes de l'autre État contractant. Cette créance fiscale est recouvrée par cet autre État conformément aux dispositions de sa législation applicable en matière de recouvrement de ses propres impôts comme si la créance en question était une créance fiscale de cet autre État. 4. Lorsqu'une créance fiscale d'un État contractant est une créance à l'égard de laquelle cet État peut, en vertu de sa législation, prendre des mesures conservatoires pour assurer son recouvrement, cette créance doit, à la demande des autorités compétentes de cet État, être acceptée aux fins de l'adoption de mesures conservatoires par les autorités compétentes de l'autre État contractant. Cet autre État doit prendre des mesures conservatoires à l'égard de cette créance fiscale conformément aux dispositions de sa législation comme s'il s'agissait d'une créance fiscale de cet autre État même si, au moment où ces mesures sont appliquées, la créance fiscale n'est pas recouvrable dans le premier État ou est due par une personne qui a le droit d'empêcher son recouvrement. 5. Nonobstant les dispositions des paragraphes 3 et 4, les délais de prescription et la priorité applicables, en vertu de la législation d'un État contractant, à une créance fiscale en raison de sa nature en tant que telle ne s'appliquent pas à une créance fiscale acceptée par cet État aux fins du paragraphe 3 ou 4. En outre, une créance fiscale acceptée par un État contractant aux fins du paragraphe 3 ou 4 ne peut se voir appliquer aucune priorité dans cet État en vertu de la législation de l'autre État contractant. 7. Lorsqu'à tout moment après qu'une demande a été formulée par un État contractant en vertu du paragraphe 3 ou 4 et avant que l'autre État ait recouvré et transmis le montant de la créance fiscale en question au premier État, cette créance fiscale cesse d'être : a) dans le cas d'une demande présentée en vertu du paragraphe 3, une créance fiscale du premier État qui est recouvrable en vertu des lois de cet État et est due par une personne qui, à ce moment, ne peut, en vertu des lois de cet État, empêcher son recouvrement, ou b) dans le cas d'une demande présentée en vertu du paragraphe 4, une créance fiscale du premier État à l'égard de laquelle cet État peut, en vertu de sa législation, prendre des mesures conservatoires pour assurer son recouvrement les autorités compétentes du premier État notifient promptement ce fait aux autorités compétentes de l'autre État et le premier État, au choix de l'autre État, suspend ou retire sa demande. 8. Les dispositions du présent article ne peuvent en aucun cas être interprétées comme imposant à un État contractant l'obligation : a) de prendre des mesures administratives dérogeant à sa législation et à sa pratique administrative ou à celles de l'autre État contractant ; b) de prendre des

concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement[981]. La lecture de ces deux conventions permet tout d'abord de

---

mesures qui seraient contraires à l'ordre public ; c) de prêter assistance si l'autre État contractant n'a pas pris toutes les mesures raisonnables de recouvrement ou de conservation, selon le cas, qui sont disponibles en vertu de sa législation ou de sa pratique administrative; d) de prêter assistance dans les cas où la charge administrative qui en résulte pour cet État est nettement disproportionnée par rapport aux avantages qui peuvent en être tirés par l'autre État contractant. »

[981] L'article 27 du modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement est rédigé ainsi : « 1. The Contracting States shall lend assistance to each other in the collection of revenue claims. This assistance is not restricted by Articles 1 and 2. The competent authorities of the Contracting States may by mutual agreement settle the mode of application of this Article. 2. The term "revenue claim" as used in this Article means an amount owed in respect of taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to this Convention or any other instrument to which the Contracting States are parties, as well as interest, administrative penalties and costs of collection or conservancy related to such amount. 3. When a revenue claim of a Contracting State is enforceable under the laws of that State and is owed by a person who, at that time, cannot, under the laws of that State, prevent its collection, that revenue claim shall, at the request of the competent authority of that State, be accepted for purposes of collection by the competent authority of the other Contracting State. That revenue claim shall be collected by that other State in accordance with the provisions of its laws applicable to the enforcement and collection of its own taxes as if the revenue claim were a revenue claim of that other State. 4. When a revenue claim of a Contracting State is a claim in respect of which that State may, under its law, take measures of conservancy with a view to ensure its collection, that revenue claim shall, at the request of the competent authority of that State, be accepted for purposes of taking measures of conservancy by the competent authority of the other Contracting State. That other State shall take measures of conservancy in respect of that revenue claim in accordance with the provisions of its laws as if the revenue claim were a revenue claim of that other State even if, at the time when such measures are applied, the revenue claim is not enforceable in the first-mentioned State or is owed by a person who has a right to prevent its collection. 5. Notwithstanding the provisions of paragraphs 3 and 4, a revenue claim accepted by a Contracting State for purposes of paragraph 3 or 4 shall not, in that State, be subject to the time limits or accorded any priority applicable to a revenue claim under the laws of that State by reason of its nature as such. In addition, a revenue claim accepted by a Contracting State for the purposes of paragraph 3 or 4 shall not, in that State, have any priority applicable to that revenue claim under the laws of the other Contracting State. 6. Proceedings with respect to the existence, validity or the amount of a revenue claim of a Contracting State shall not be brought before the courts or administrative bodies of the other Contracting State. 7. Where, at any time after a request has been made by a Contracting State under paragraph 3 or 4 and before the other Contracting State has collected and remitted the relevant revenue claim to the first-mentioned State,
the relevant revenue claim ceases to be: (*a*) in the case of a request under paragraph 3, a revenue claim of the first mentioned State that is enforceable under the laws of that State and is owed by a person who, at that time, cannot, under the laws of that State, prevent its collection, or (*b*) in the case of a

remarquer, à l'instar de l'article 26, une rédaction quasi identique. De plus, son application reste totalement facultative pour les États contractants **(A)**. De surcroît, elle est limitée **(B)**.

A) Une assistance facultative

377. – Un principe facultatif – À titre liminaire, il importe de préciser que l'OCDE comme les Nations Unies reconnaissent un caractère facultatif à cette assistance. Le principe d'assistance mutuelle comprend pour les États la possibilité d'aider un État qui le demande à recouvrer un impôt ou une taxe sur le territoire de l'État requis. L'assistance au recouvrement de l'impôt ne peut pas être intégrée de manière automatique à la convention fiscale, car il appartient à chaque État contractant de déterminer s'il peut accepter de fournir une telle aide en se basant sur une série de facteurs non exhaustifs. Par exemple, les États devront regarder la position de la législation nationale à l'égard de la fourniture d'une assistance en matière de recouvrement d'impôts d'autres États. Ils devront également étudier si l'assistance comporte des avantages équivalents et réciproques pour les deux États, si l'administration fiscale des deux États est en mesure de fournir efficacement cette assistance, si les coûts afférents à la mise en œuvre de cette assistance ne sont pas excessifs pour l'administration requise par rapport aux enjeux. Si l'assistance est acceptée, le paragraphe 1 de l'article 27 énonce alors le principe général ; « *les États contractants se prêtent mutuellement assistance pour le recouvrement de leurs créances fiscales* » de toutes les personnes qui sont redevables d'une telle créance sur un État contractant, que cette personne soit résidente ou non d'un tel État.

---

request under paragraph 4, a revenue claim of the first mentioned State in respect of which that State may, under its laws, take measures of conservancy with a view to ensure its collection, the competent authority of the first-mentioned State shall promptly notify the competent authority of the other State of that fact and, at the option of the other State, the first-mentioned State shall either suspend or withdraw its request. 8. In no case shall the provisions of this Article be construed so as to impose on a Contracting State the obligation: (*a*) to carry out administrative measures at variance with the laws and administrative practice of that or of the other Contracting State; (*b*) to carry out measures which would be contrary to public policy (*ordre public*); (*c*) to provide assistance if the other Contracting State has not pursued all reasonable measures of collection or conservancy, as the case may be, available under its laws or administrative practice; (*d*) to provide assistance in those cases where the administrative burden for that State is clearly disproportionate to the benefit to be derived by the other Contracting State. »

378. – La notion de créance fiscale dans les deux modèles de conventions – La définition de la notion de créance fiscale est au cœur de cet article. Pour le modèle OCDE, une créance fiscale est « *une somme due au titre d'impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des États contractants, de leurs subdivisions politiques ou collectivités locales, dans la mesure où l'imposition correspondante n'est pas contraire à cette Convention ou à tout autre instrument auquel ces États contractants sont parties, ainsi que les intérêts, pénalités administratives et coûts de recouvrement ou de conservation afférents à ces impôts.* » L'OCDE prévoit que l'assistance peut se faire pour tout type d'impôts, tant que ceux-ci ne sont pas contraires à la Convention. Même les créances fiscales nées avant l'entrée en vigueur de la Convention peuvent faire l'objet d'une assistance au recouvrement, tant que cette demande est effectuée après l'entrée en vigueur de la Convention. À titre de comparaison, on note que le modèle onusien diverge du modèle OCDE sur ce seul point. En effet, le modèle onusien adopte une définition moins large de la créance fiscale et considère qu'il s'agit d'*« une somme due au titre des impôts couverts par la Convention ainsi que les intérêts, pénalités administratives et coûts de recouvrement ou de conservation afférents à ces impôts. ».* De plus, il prévoit une assistance au recouvrement des seuls impôts prévus par la Convention.

379. – Les modalités d'application- Le paragraphe 1 de l'article 27 souligne que les États contractants *« peuvent régler d'un commun accord les modalités d'application du présent Article »*. Il s'agit, en outre, de déterminer les documents à joindre à la demande d'assistance et la répartition des coûts d'une telle assistance. La pratique montre que les demandes d'assistance doivent, dans la langue du pays requis, comporter toutes les pièces nécessaires pour cet État entreprenne le recouvrement. Ainsi, il peut s'agir de tout document déclarant que la créance est recouvrable et due par telle personne. En France, cela reviendrait à fournir l'avis d'imposition et toutes les pièces ayant permis la liquidation. S'agissant de la répartition des coûts liés à l'assistance, si les frais sont en grande partie récupérés auprès du redevable, il demeure possible qu'un reliquat reste à la charge des États. Dans ce cas, la pratique différencie entre les dépenses ordinaires[982], qui ne feront l'objet d'aucun

[982] V., la définition donnée par le groupe d'experts de la coopération en matière fiscale du Conseil économique et social des Nations Unies, Article 27 (Assistance en matière de recouvrement des impôts) et commentaires, 2ème session, 30 octobre-30 novembre 2006, Genève, p.5, §7. La Convention entend par « dépenses ordinaires », toutes les dépenses qui sont liées directement et normalement au recouvrement, *« c'est-à-dire celles auxquelles on peut s'attendre dans le cadre d'une procédure normale de recouvrement dans le cadre national. »*

remboursement pour l'État requis et les dépenses extraordinaires[983], qui seront supportées par le requérant. Pour diminuer les frais, il est désormais possible d'effectuer des demandes groupées. Ces demandes concernent un groupe de contribuables non identifiés individuellement dès lors qu'il y a des éléments factuels conduisant à penser que les contribuables du groupe ont enfreint la loi fiscale de l'État requérant. C'est par exemple le cas lorsqu'il est établi qu'un tiers a contribué à la fraude fiscale[984].

380. – Les formes d'assistance au recouvrement- Les paragraphes 3 et 4 de l'article 27 prévoient les deux formes que pourra prendre la demande d'assistance. Dans le cas du paragraphe 3, la demande peut se faire si la créance est recouvrable selon les lois de l'État et si elle est due par une personne qui ne peut pas empêcher le recouvrement selon les lois du même État. En effet, si la législation interne de l'État requérant ne lui permet pas de recouvrer la créance, il ne peut pas demander le recouvrement à un autre État. En revanche, si les conditions sont remplies, l'État requis devra recouvrer la créance comme s'il en était le titulaire et user de tous les moyens dont il dispose au niveau interne. Le paragraphe 4 prévoit les cas où, bien qu'une demande d'assistance ne soit pas encore possible[985], l'État requérant peut demander à l'État requis de prendre des mesures conservatoires[986] afin de ne pas compromettre le recouvrement de la créance. Il convient également de préciser que les créances acceptées au sens des paragraphes susmentionnés ne peuvent donner lieu à aucun délai de prescription de la part de l'État requis et à aucune priorité.

---

[983] *Ibid*. Les dépenses extraordinaires sont « *par exemple, celles qui sont encourues lorsqu'un type de procédure particulier a été utilisé à la demande de l'autre État, ou les dépenses supplémentaires d'experts, d'interprètes ou de traducteurs. La plupart des États considèrent également comme des dépenses extraordinaires les frais de procédure judiciaire et de mise en liquidation.* »

[984] Mise à jour de l'article 26, *Op. Cit*.

[985] Une créance peut ne pas être recouvrable, car le débiteur a encore le droit d'empêcher son recouvrement sur un plan administratif ou judiciaire.

[986] Les mesures conservatoires sont des dispositions par lesquelles, dans l'attente d'une décision définitive, un juge saisi par le créancier, décide de placer un bien du débiteur sous main de justice afin d'assurer l'efficacité des mesures d'exécution qui seront prises une fois les délais de recours passés ou les recours épuisés.

381. – Délai de prescription- Dans chaque État, le recouvrement des créances fiscales ne peut se faire que dans un certain délai. Celui-ci passé, la créance s'éteint[987]. L'article 27§5 supprime la possibilité pour l'État requis de faire valoir ces délais de prescriptions quand une créance a fait l'objet d'une demande d'assistance dans les conditions dudit article. Seuls les délais de l'État requérant sont valables, afin d'éviter qu'un État requis ne fasse une utilisation abusive de sa législation pour ne pas prêter assistance à un autre État contractant. Cependant, il reste loisible aux États d'insérer une clause supplémentaire dans l'article 27, prévoyant un certain délai au-delà duquel l'obligation d'assistance ne subsisterait plus.

B) Une assistance limitée

382. – Des limites similaires à l'article 26 – Les limites à l'obligation d'assistance, très proches de celles déjà étudiées pour l'article 26, sont prévues par le paragraphe 8. Elles sont de quatre sortes. C'est seulement dans ces situations que l'État requis pourra refuser son assistance. La première limite concerne le droit de l'État de ne pas prendre de mesures allant à l'encontre de sa législation interne et de sa pratique administrative. Tout comme pour l'article 26, un État, sous prétexte de porter assistance ne doit pas violer sa législation nationale ou sa pratique administrative, car ici encore cela reviendrait à nier l'objectif de l'article, qui est une juste application de la loi fiscale. De plus, les États ne peuvent jamais avoir l'obligation d'apporter une assistance qui consisterait à prendre des mesures allant contre l'ordre public. Les intérêts vitaux d'un État prime sur l'assistance. Une demande d'assistance ne peut être faite que si l'État requérant a effectivement épuisé tous les moyens dont il dispose au plan interne pour recouvrer sa créance. Selon le principe de proportionnalité[988], les États sont libres de refuser une assistance, si celle-ci engendre une charge administrative disproportionnée par rapport aux gains pour l'autre État.

---

[987] En France, le délai de prescription ou de reprise est de trois ans pour l'impôt sur le revenu, six ans pour l'impôt sur la fortune.

[988] V., J. COMBACAU et S. SUR, *Op. Cit.*, p.223.

383. – Conclusion de la Section 1 – La méthode conventionnelle, principalement par modèle OCDE étudié de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, repose sur deux piliers importants. Assez classiquement, et ce qui n'est pas sans rappeler les moyens unilatéraux, l'échange de renseignement est au cœur de ce modèle. C'est d'ailleurs celui qui fait encore aujourd'hui l'objet d'évolutions, ainsi qu'en témoignent la mise en place de la nouvelle norme commune. Mais l'on trouve également tout un pan consacré à l'assistance au recouvrement, ce dernier étant très important dans un contexte d'extranéité.

Ce modèle est aujourd'hui particulièrement répandu, la France l'ayant adopté à de nombreuses occasions, de sorte qu'il apparaît comme une forme de droit commun des conventions destinées à lutter contre les paradis fiscaux. Il faut alors remarquer qu'au plan horizontal, l'OCDE a pleinement joué son rôle. Elle le fait également au plan vertical, assurant ainsi la supervision des pratiques développées par ses États membres ou par des États tiers.

Section 2

L'approche verticale ou la méthode de supervision

384. – Dès 1981, le fisc américain avait compris le danger des paradis fiscaux et de l'absence de coopération en matière fiscale. Le « rapport Gordon »[989] a eu pour but de décrire objectivement le système de fonctionnement de ces juridictions et les contribuables amenés à y avoir recours. Cependant, ce rapport est arrivé juste avant l'accès au pouvoir de Ronald Reagan[990]. Il a été enterré aussitôt. Une nouvelle tentative d'avertissement est venue de sept magistrats anti-corruption[991] de sept pays européens en octobre 1996. Ce que l'on qualifie d'« appel de Genève » est la déclaration de ces sept personnes dans laquelle elles accusent l'Europe de complaisance face à ces juridictions opaques[992]. Le peu d'intérêt que portent à l'époque la classe politique et les médias au problème des paradis fiscaux et le manque d'une critique détaillée ont fait que cet appel est resté sans suite.

---

[989] R. A. GORDON, « Tax Havens and their use by United States taxpayers – An overview: a report to the Commissioner of Internal Revenue, the Assistant Attorney General (Tax Division) and the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy) », rapport remis le 12 janvier 1981.

[990] Ronald Reagan, 40ème président des États-Unis de 1981 à 1989, fut membre du parti républicain et mis en place durant son mandat une politique reposant sur l'idée que la croissance pourrait redémarrer si les taux d'imposition étaient suffisamment faibles pour permettre l'investissement, Il institua, également, un contrôle de la monnaie pour réduire l'inflation, une dérégulation de l'économie et une réduction des dépenses fédérales.

[991] Les sept magistrats en question sont : Bernard Bertossa, procureur général du Canton de Genève, Edmondo Bruti Liberati, substitut général à la Cour d'appel de Milan, Gherardo Colombo, substitut du procureur à Milan, Benoît Dejemeppe, procureur du Roi à Bruxelles, Baltasar Garzon Real, juge d'instruction à Madrid, Carlos Jimenez Villarejo, chef du parquey anti-corruption de Madrid et Renaud Van Ruymbeke, conseiller à la Cour d'appel de Rennes.

[992] Extrait de l'« appel de Genève » du 1er octobre 1996 : *« C'est l'Europe des paradis fiscaux qui prospère sans vergogne grâce aux capitaux auxquels elle prête un refuge complaisant. C'est aussi l'Europe des places financières et des établissements bancaires où le secret bancaire est trop souvent un alibi et un paravent. »*

385. – À partir de 1998, selon le terme de Nicholas Shaxson, la « *résistance* »[993] s'organise. L'OCDE ne se contente plus de proposer des modèles de convention et s'est affirmée comme un véritable organe de supervision dont le champ d'application dépasse parfois même ses membres.

Cette forme de supervision se traduit principalement par deux moyens d'actions. Ainsi, l'OCDE a eu recours à la pratique des listes ouvertement affichées et désignant nommément des États dont la fiscalité est sujette à caution. En 1998, elle publie le premier rapport accusant ouvertement un groupe de pays d'être des paradis fiscaux et déclare que ces juridictions sont « *dommageables* »[994]. Ce texte marque le début de la politique du « *name and shame* », qui consiste à désigner les États non coopératifs, afin de les mettre au ban de la société des nations.

Par la suite, la supervision a pris la forme de contrôles au sens strict. Pour permettre une bonne application des standards internationaux en la matière, le contrôle des États et de leurs pratiques en termes de transparence et d'échange de renseignements est indispensable. Les supervisions exercées par les pairs, le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements, permettent de garantir la confiance dans le système.

La supervision s'organise autour de deux principaux axes d'actions : tantôt l'OCDE délivre une liste publique d'états considérés comme des paradis fiscaux **(§1)**, tantôt l'OCDE opère un contrôle de ses membres **(§2)**.

---

[993] N. SHAXSON, *Les paradis fiscaux : Enquête sur les ravages de la finance néolibérale*, Éd. André Versaille, 2012, Chapitre 10, p. 243-271.

[994] OCDE, *Concurrence fiscale dommageable : Un problème mondial*, Éd. OCDE, 1998.

§1 La politique du « *name and shame* »

386. – La politique des listes a connu un engouement important de la part de nombreuses institutions internationales. Débutée à la fin des années 1990, elle a pour objectif affiché de dénoncer les États non coopératifs. Elle ne s'y limite pas. Les listes sont chargées, également, de dénoncer les États qui ont des relations plus ou moins étroites avec des juridictions non coopératives. Il est clair que le « *name and shame* » a exercé une forte pression politique sur les États. Non seulement, il s'agissait pour eux de ne figurer sur aucune des listes existantes, mais aussi de ne pas être associés avec un pays jugé non coopératif. Cet engouement pour les listes **(A)** a rencontré un écho favorable à l'OCDE, dont les trois listes sont les plus connues **(B)**.

A) L'engouement pour les listes

387. – L'utilisation de listes pour classer les États entre les « bons » et les « mauvais » aurait pu s'achever à la manière d'un western, les bons sortants victorieux. Nous n'en sommes pas encore là, si tant est que l'on puisse réussir ce genre de différenciation en droit international aussi facilement qu'à Hollywood. Pourtant, le réalisme implique en effet des nuances. Les organisations internationales se sont vite rendues compte que pour lutter contre l'évasion fiscale et l'opacité de ces juridictions, il fallait pour cela pouvoir les identifier clairement et donc les différencier. La définition et les critères de détermination d'un État coopératif ou non sont apparus comme essentiels, mais pour éviter les controverses d'appréciation de tel ou tel qualificatif, le plus simple fut d'établir des listes d'États expressément nommés.

Cet enthousiasme se retrouve dans diverses organismes intergouvernementaux, comme le Groupe d'action financière **(1)** et le forum de stabilité financière **(2).**

1- La liste du GAFI

388. – Le Groupe d'action financière (GAFI) – Le GAFI est un organisme intergouvernemental créé en 1989 par ses trente-six membres. Ce groupe a pour objectif l'élaboration de normes et la promotion de l'efficace application de mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces liées à l'intégrité du système financier international. C'est dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme qu'ont été écrites en 1990 les 40 recommandations. Neuf Recommandations spéciales sur le financement du terrorisme sont venues compléter les quarante. Elles sont révisées régulièrement (en 1996, 2001, 2003, 2012) et ont vocation à être appliquées par tous les États.

389. – Les juridictions à haut risque et non coopératives du GAFI - En 1990, le GAFI établit les premières quarante Recommandations pour lutter contre l'usage abusif des systèmes financiers à des fins de blanchiment de l'argent de la drogue. Le groupe a adopté par la suite les neuf Recommandations spéciale sur le financement du terrorisme. Avec ces recommandations, le GAFI entend poser un cadre général renforcé composé de normes minimales, et cela dans le respect des différences des systèmes financiers des États. Les Recommandations préconisent les mesures à prendre vis-à-vis des États qui n'appliquent pas ou insuffisamment les Recommandations du GAFI. Elles prévoient également la coopération internationale comme moyen de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT). La recommandation 40[995] prévoit qu'il faudrait que « *soient mis*

[995] La Recommandation 40 dispose que « Les pays devraient faire en sorte que leurs autorités compétentes accordent à leurs homologues étrangers la coopération internationale la plus large possible. Il conviendrait que soient mis en place des dispositifs clairs et efficaces pour faciliter un échange rapide et constructif directement entre les homologues de chaque pays, spontanément ou sur demande, des informations ayant trait aussi bien au blanchiment de capitaux qu'aux infractions sous-jacentes. Ces échanges devraient être autorisés sans condition indûment restrictive. En particulier : a) Les autorités compétentes ne devraient pas refuser une demande d'entraide au seul motif que la demande est également considérée comme portant sur des questions fiscales. b) Les pays ne devraient pas, pour refuser la coopération, invoquer les lois qui imposent aux institutions financières de préserver le secret ou la confidentialité. c) Les autorités compétentes devraient pouvoir exécuter des demandes d'informations et, si possible, procéder à des enquêtes, pour le compte d'homologues étrangers.

en place des dispositifs clairs et efficaces pour faciliter un échange rapide et constructif directement entre les homologues de chaque pays, spontanément ou sur demande, des informations ayant trait aussi bien au blanchiment de capitaux qu'aux infractions sous-jacentes. »

390. – Méthodologie d'évaluation – Le GAFI a mis en place une méthodologie d'évaluation des quarante Recommandations. Être reconnu par le GAFI comme ne respectant pas ces quarante Recommandations et les neuf spécialement édictées, conduit à être considéré comme une juridiction de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme. Le groupe d'examen de la coopération internationale est chargée d'analyser les résultats de l'évaluation et les juridictions à haut risque et non coopératives sont clairement identifiées soit dans la déclaration publique du GAFI[996], soit dans un document « *Améliorer la conformité aux normes de LBC/FT dans le monde : un processus permanent* »[997]. Le GAFI s'engage à suivre les progrès que l'État entreprend dans sa mise en conformité avec les Recommandations. Si en février 2013, la liste du GAFI comprenait quinze États considérés comme à haut risque et non coopératifs[998], mais seulement deux États (Iran et République populaire et

---

Lorsque la possibilité d'obtenir des informations recherchées par une autorité compétente étrangère ne fait pas partie des prérogatives de l'autorité homologue, les pays sont également encouragés à permettre un échange rapide et constructif d'informations avec les autorités non homologues. La coopération avec les autorités étrangères autres que les autorités homologues pourrait avoir lieu directement ou indirectement. Lorsqu'elles ont un doute quant à la démarche à suivre, les autorités compétentes devraient d'abord contacter leurs homologues étrangers pour qu'ils leur prêtent assistance.

Les pays devraient mettre en place des contrôles et des garanties pour faire en sorte que les informations échangées par les autorités compétentes ne soient utilisées que de la manière autorisée et en conformité avec leurs obligations de protection de la vie privée et de protection des données. »

[996] Dans cette déclaration, le GAFI cite les juridictions présentant des défaillances stratégiques en matière de LBC/FT et qui font l'objet d'un appel du GAFI à ses membres et aux autres juridictions à appliquer des contre-mesures et les juridictions présentant des défaillances stratégiques en matière de LBC/FT qui n'ont pas fait de progrès suffisants ou qui ne se sont pas engagées à suivre un plan d'action élaboré avec le GAFI, afin de remédier à leurs défaillances.

[997] Dans ce document, le GAFI identifie les juridictions présentant des défaillances stratégiques en matière de LBC/FT mais qui s'engagent à corriger leurs défaillances par la mise en œuvre d'un plan d'action élaboré en coopération avec le GAFI.

[998] Les quinze juridictions à haut risque et non coopératives identifiées par le GAFI lors de sa déclaration publique du 22 février 2013 à Paris sont : l'Iran, la République populaire démocratique de

démocratique de Corée) sont jugées comme présentant de réels risques permanents et significatifs de LBC/FT, les autres étant considérés comme ayant pris des mesures destinées à améliorer leur situation. Le 24 juin 2016, lors d'une déclaration publique, le GAFI a mis à jour sa liste des juridictions à haut risque et non coopératives. Aujourd'hui, seulement neuf pays figurent sur cette liste : l'Afghanistan, la Bosnie-Herzégovine, la Guyane, l'Irak, la République démocratique du Laos, la Syrie, l'Ouganda, le Vanuatu et le Yémen[999]. Le Panama a été retiré de cette liste lors de la déclaration publique du GAFI du 19 février 2016, l'organisation ayant estimé que le pays avait fait des progrès significatifs dans sa législation contre le LBC/FT[1000]. Un problème d'évaluation des efforts des États apparaît clairement, comme dans la liste française des ETNC[1001] ou des listes que nous allons voir plus bas[1002].

2- La liste du Conseil de stabilité financière

391. – Le Forum de Stabilité Financière (FSF)[1003] **–** Créé en février 1999 à l'initiative des ministres des Finances et des gouverneurs des banques centrales des pays du G7, le Forum de stabilité financière entend coordonner et mutualiser les efforts de ses membres pour promouvoir la stabilité financière internationale, améliorer le fonctionnement des marchés et réduire les risques systémiques. Dans ce cadre, il a formulé des recommandations au travers, entre autres, de la rédaction d'une liste des centres « offshore » présentant des risques financiers. En 2009, le FSF est devenu le Conseil de stabilité financière (CSF).

Corée, l'Equateur, l'Ethiopie, l'Indonésie, le Kenya, le Myanmar, le Nigéria, le Pakistan, Sao Tomé-et-Principe, la Syrie, la Tanzanie, la Turquie, le Vietnam t le Yémen.

[999] GAFI, Déclaration publique, *Améliorer la conformité aux normes de LBC/FT dans le monde : un processus permanent*, 24 juin 2016, http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/juridictionsahautrisqueetnoncooperatives/documents/conformite-juin-2016.html?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate) (consulté en septembre 2016).

[1000] GAFI, Déclaration publique, *Améliorer la conformité aux normes de LBC/FT dans le monde : un processus permanent*, 19 févier 2016, http://www.fatf-gafi.org/fr/pays/a-c/afghanistan/documents/conformite-fevrier-2016.html (consulté en septembre 2016).

[1001] Cf. *supra* n°133-142.

[1002] Cf. *infra* n°391-396.

[1003] Pour plus d'information sur cet organe, v., E. HÜEPKES et F. LÖW, « Conseil de stabilité financière : les récentes réformes de sa gouvernance et de son statut juridique », *La Vie économique, RPE*, Mars 2013, pp.43-46.

392. – Les juridictions présentant des risques financiers internationaux – En 1999, le FSF dénonce quarante-deux pays dont il a estimé que les pratiques favorisaient les risques financiers internationaux. Ces juridictions ont été réparties en trois groupes en fonction de leur conformité aux standards internationaux de surveillance et de leur degré de coopération[1004].

Le premier groupe réunit les États qui possèdent des institutions juridiques et des pratiques de contrôles. Leur degré de coopération est de bonne qualité. On retrouve dans ce groupe : Hong Kong, le Luxembourg, Singapour, et la Suisse. L'Irlande, Guernesey, l'Île de Man et Jersey sont également considérés comme relevant de cette catégorie, bien qu'ils doivent améliorer leurs pratiques de contrôle et leur coopération. Le deuxième groupe possède les mêmes caractéristiques que le groupe 1, c'est-à-dire des institutions juridiques assurant un contrôle des activités, une coopération de qualité. Toutefois, les juridictions de ce groupe présentent un risque financier un peu plus important que le groupe 1. Les États figurant dans cette catégorie sont : Andorre, le Bahreïn, la Barbade, les Bermudes, Gibraltar, la Malaisie, Macao, Malte et Monaco. Le dernier groupe rassemble les pays qui ont une pratique de la coopération de qualité inférieure au groupe 2. Il s'agit d'Anguilla, Antigua-et-Barbuda, Aruba, Belize, les Îles vierges britanniques, les Îles Cayman, les Îles Cook, le Costa Rica, Chypre, le Liban, le Liechtenstein, les Îles Marshall, l'Île Maurice, Nauru, les Antilles néerlandaises, Niue, le Panama, St. Kitts-et-Nevis, St. Lucie, St. Vincent-et-les-Grenades, Samoa, les Seychelles, Les Bahamas, les Îles Turques-et-Caïques et le Vanuatu.

Le Forum a abandonné ensuite cette stratégie des listes pour mettre en place le contrôle des pairs. Ainsi, le Comité, qui lui a succédé en 2009, parle désormais de territoires non coopératifs. Il identifie les faiblesses des systèmes financiers et propose des mesures de correction. À la manière de l'OCDE, il publie des rapports sur les systèmes financiers des États, comme par exemple sur le système bancaire ou le contrôle des sociétés financières. À partir du 5 avril 2011, le Vénézuela est le seul pays à être considéré comme un territoire non coopératif par le Comité.

En 2000, les travaux du FSF ont été repris par le Fonds Monétaire International (FMI)[1005]. Le FMI a rédigé un rapport le 23 juin 2000 sur les centres financiers

---

[1004] V., http://www.fsb.org/wp-content/uploads/pr_000526.pdf (consulté en septembre 2016).

[1005] Le FMI a vu le jour en juillet 1944, lors d'une conférence des Nations-Unies tenue à Bretton Woods dans le New Hampshire (États-Unis). Il est aujourd'hui composé de 188 pays membres et a son siège à Washington. L'article premier des Statuts du FMI énonce ses objectifs, à savoir, la promotion de la

offshore[1006] et identifie, à l'instar du FSF, quarante-deux juridictions ayant des activités offshore significatives[1007].

393. – Les résultats de l'évaluation – En 2005, après avoir procédé à l'évaluation générale de ces États et territoires, l'organisation déclare que des réformes significatives ont été menées, bien que l'absence de coopération et d'échange de renseignements demeurent les principales lacunes de ces pays. En effet, la Suisse ou les Îles Caïmans n'ont toujours pas aujourd'hui la réputation d'être transparents et coopératifs en matière fiscale. Ainsi, Christian Chavagneux et Ronen Palan soulignent avec ironie ces évolutions en écrivant que « *des réformes significatives ont été entreprises, même s'il reste quelques points noirs. Lesquels ? Une absence de coopération internationale et d'échange d'informations et une politique réglementaire inadaptée ! Sinon tout va tellement mieux que le FSF (…) déclare que "la liste de 2000 a atteint son but et n'a plus de raison d'être."* »[1008]

B) Les listes de l'Organisation de coopération et de développement économiques

394. – Les facteurs d'identification des paradis fiscaux – Il a déjà été noté que le concept de paradis fiscal ne renvoie pas à une définition juridique précise et acceptée par tous les États et juridictions. L'OCDE a opté pour quatre critères d'identification. Le premier concerne l'absence d'imposition ou une imposition dérisoire des revenus, le deuxième critère est l'absence d'un système effectif d'échange de renseignements avec les autres pays, l'absence de transparence comme un secret bancaire très protégé

---

coopération monétaire internationale; la facilitation de l'expansion et de la croissance équilibrées du commerce mondial; la promotion de la stabilité des changes; l'aide à l'établissement d'un système multilatéral de paiements; la mise à disposition des pays confrontés à des difficultés de balance des paiements de ses ressources (moyennant des garanties adéquates).

[1006] Département des affaires monétaires et des échanges, Offshore Financial Centers, IMF Background Paper, 23 juin 2000.

[1007] Parmi les quarante-deux juridictions considérées comme des centres financiers offshore par le FSF puis par le FMI, on retrouve, entre autres, l'Irlande, Guernesey, l'Île de Man, Jersey, le Luxembourg, la Suisse, Andorre, Malte, Monaco, Chypre, le Liechtenstein, Hong Kong, Singapour, les Bahamas, les Îles Caïmans.

[1008] C. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Les paradis fiscaux*, Éd. La Découverte, Paris, 2007, p.92.

et l'absence d'obligation d'exercer une activité substantielle dans le territoire en cause. Ce dernier critère signifie qu'une personne peut choisir d'être imposée dans ce genre de territoire uniquement en y détenant une boîte postale par exemple. C'est sur la base de ces critères que l'OCDE a établi sa première liste des paradis fiscaux.

395. – Les trois listes OCDE – À l'occasion de son rapport de suivi en 2000, l'OCDE publie sa première liste en 2000 et identifie trente-cinq juridictions comme étant des paradis fiscaux. Pour répondre à la pression internationale lors du G20 de 2009, elle met en place une liste noire des juridictions non coopératives. Sur cette liste noire figurent les États qui ne respectent pas les standards de l'OCDE en matière fiscale. En 2002, figuraient sept juridictions sur cette liste : Andorre, le Liechtenstein, le Liberia, Monaco, les Îles Marshall, Nauru et le Vanuatu. Deux autres listes complètent cette démarche de classification. La liste blanche comprend les États qui remplissent les standards OCDE en matière de transparence et d'échange de renseignements et sur la liste grise se trouvent ceux qui se sont engagés à respecter ces principes.

Il convient de souligner ce que l'OCDE entend par « *juridictions qui appliquent la norme fiscale internationale* ». Il s'agit de tous les pays ayant conclu des accords ou mis en place des mécanismes unilatéraux sur l'échange de renseignements conformément aux normes de l'OCDE avec au moins douze membres de l'Organisation.

En 2009, l'OCDE publie ses trois listes mises à jour. Sur la liste blanche figurent trente-neuf États[1009]. Sur la liste grise, on retrouve de nombreux pays qui, en 2000, se trouvaient sur la liste noire, comme Andorre ou le Liechtenstein[1010]. Enfin, sur la liste noire ne demeure plus que quatre juridictions, soit la Costa Rica, la Malaisie, les Philippines et l'Uruguay. Aujourd'hui, il n'y a plus aucun État sur la liste noire.

[1009] Argentine, Australie, Barbade, Canada, Chine, Chypre, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Guernesey, Hongrie, Islande, Irlande, Île de Mans, Italie, Japon, Jersey, Corée, Malte, Île Maurice, Mexique, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Norvège, Pologne, Portugal, Russie, les Seychelles, la Slovaquie, Afrique du sud, l'Espagne, la Suède, la Turquie, les Émirats arabes unis, Royaume uni, États-Unis, les Îles vierge américaines.

[1010] Les territoires sur la liste grise de 2009 sont : Andorre, Anguilla Antigua, Barbade, Aruba, Bahamas, Bahreïn, Belize, les Bermudes, les Îles vierges britanniques, les iles Cayman, les iles Cook, la Dominique, Gibraltar, Grenade, Liberia, le Liechtenstein, les Îles Marshall, Monaco, Montserrat, Nauru, les Antilles néerlandaises, Niue, Panama, St Kitts-et-Nevis, Sainte Lucie, Saint Vincent et Grenadine, Samoa, San Marin, les Îles Turques et Caïques, Vanuatu, Autriche, Belgique, Brunei, Chili, Guatemala, Luxembourg, Singapour, Suisse.

396. – Principes fondamentaux de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales - Ces normes, élaborées en 2006 par le Groupe *ad hoc* conjoint sur la comptabilité du Forum mondial, sont au nombre de six. Seul leur respect ou l'engagement de les respecter peut empêcher une juridiction de figurer sur la liste noire. La première norme prévoit que l'État doit posséder des mécanismes permettant, de façon effective, l'échange de renseignements sur demande. De plus, cet échange doit pouvoir s'effectuer dans le cadre de la législation nationale fiscale, dans les affaires pénales ou civiles. En troisième lieu, il ne doit pas exister de restrictions à l'échange, que ce soit en raison du principe de double criminalité ou de la règle de l'intérêt fiscal national. Concernant la double criminalité, cela consiste en le fait qu'une infraction revêt à la fois un caractère fiscal et pénal et pourrait donc faire l'objet d'une peine fiscale et pénale. Ainsi, l'État requis ne peut pas invoquer le principe de double criminalité pour ne pas répondre à une demande d'informations[1011]. Les échanges doivent, également, se faire dans le respect de la protection des droits des contribuables[1012]. Corrélativement, les règles de confidentialité concernant les informations échangées doivent être strictement respectées. Enfin, les informations disponibles doivent être fiables et pouvoir être obtenues et fournies en réponse à une demande spécifique.

§2 Le contrôle des pratiques

397. – La politique de l'échange de renseignements, bien que très importante, ne suffit pas à garantir une transparence et une coopération satisfaisante. Il importe, en effet, de contrôler la pratique des États dans leurs relations. Ce contrôle s'effectue de deux façons. La première consiste en une analyse par les États eux-mêmes de leur application des normes de l'OCDE **(A)**. Le second contrôle se fait par le biais d'une instance, chargée de superviser les législations nationales en matière de transparence

---

[1011] L'OCDE donne une liste des pays appliquant le principe de double criminalité à des infractions fiscales pénales pour ne pas répondre à une demande de renseignements : Andorre, les Îles Cook et Samoa. V., OCDE, *Coopération fiscale 2009 : Vers l'établissement de règles du jeu équitables – Évaluation par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements*, 14 octobre 2009, Éd. OCDE, p.170-172. Le premier rapport de ce genre est celui intitulé *Coopération fiscale : vers des règles du jeu équitables – Évaluation 2006 par le Forum mondial sur la fiscalité*, 26 mai 2006.

[1012] Cf. *supra* n°259-337.

et d'échange de renseignements. Il s'agit de ce que l'on appelle le « *peer-review* », l'examen par les pairs **(B)**.

A) Le « *self-review* »

398. – Un questionnaire standard – Un autocontrôle, le « *self-review* », a été instauré dès la publication du rapport de 1998 sur la concurrence dommageable. Ce type de contrôle, au moyen de questionnaires, permet à chaque juridiction d'évaluer sa propre situation en matière de transparence et d'échange de renseignements au regard des standards de l'OCDE. Le dernier rapport de l'OCDE concernant la coopération fiscale[1013] rend compte des résultats aux questions envoyées par le Forum aux États membres. En l'espèce, quatre-vingt-deux juridictions ont rempli un questionnaire standard contenant des questions sur les cadres juridiques et administratifs des pays en matière d'échange et d'obtention de renseignements. Chaque État a eu la possibilité de formuler des commentaires sur les réponses des autres pays et de leur poser des questions. Ce rapport compile l'ensemble des réponses et commentaires afin d'avoir une vision globale des évolutions et des améliorations à envisager. Parmi les commentaires, il y a, par exemple, en juin 2007, celui des ministres des Finances représentant le Danemark, la Finlande, le Groenland, les Îles Féroé, l'Islande, la Norvège et la Suède. Ce commentaire a exprimé leur intention de conclure plusieurs conventions d'échange des renseignements dans les années à venir.

399. – Quels résultats ? – D'après ce rapport, les évolutions en matière de transparence et d'échange de renseignements sont relativement positives pour l'ensemble des membres de l'organisation.

De façon très générale, l'OCDE rapporte des « *évolutions positives importantes dans les centres financiers.* »[1014] Elle relève tout d'abord que tous les pays membres ont adopté l'article 26 du Modèle de convention fiscale relatif à l'échange de renseignements. En outre, plus de cent trente-quatre conventions d'échange de renseignements fiscaux ont été conclues à la fin de 2015. Enfin, tous les États membres se sont engagés à appliquer les normes de transparence et d'échange de

[1013] OCDE, Rapport sur la coopération fiscale 2009, *Op. Cit*

[1014] OCDE, Coopération fiscale 2009, *Op. Cit.*, p.8.

renseignements de l'OCDE, entraînant le passage sur la liste grise, voire la liste blanche, de tous les États figurant sur la liste noire. Par exemple, Andorre, le Liechtenstein et Monaco, présents sur la liste noire depuis 2002, sont devenus « fréquentables » après avoir adopté les normes OCDE et indiquer vouloir modifier leur législation en ce sens. Ainsi, alors qu'en 2000, seulement trente-deux États membres s'étaient engagés à respecter les normes OCDE, ils sont quatre-vingt-huit en 2009. Plus particulièrement, l'Organisation reprend chaque pays qui a reçu un questionnaire et détaille sa situation et ses progrès par rapport à la mise en œuvre des normes de l'OCDE. À titre d'exemple, elle estime que Guernesey et Jersey appliquent *« la quasi-totalité des normes de l'OCDE en matière d'échange de renseignements »*, les îles ayant signé au moins douze accords avec des membres de l'OCDE. La même conclusion est faite pour la France, l'Allemagne, l'Italie, les États-Unis ou le Royaume-Uni.

Il convient toutefois de relativiser les conclusions concernant certaines juridictions. Si elles ont en effet signé les douze accords requis pour que l'OCDE estime qu'elles ont fait des progrès pour mettre en œuvre les normes de l'Organisation, il faut regarder plus attentivement avec qui elles ont signé ces conventions. Par exemple, Monaco, comme nous venons de le souligner, a été retirée de la liste noire, et cela après avoir signé au moins douze conventions fiscales relatives à l'échange de renseignements. Or parmi ces conventions, on retrouve des co-contractants, tels que les Îles Féroé[1015], les Bahamas, Saint Marin, le Liechtenstein[1016] et Andorre[1017]. Ces deux derniers États sont également sortis de la liste noire la même année. Si toutes les conventions signées par Monaco n'impliquent pas un co-contractant à la réputation sulfureuse en matière fiscale, il est quand même très significatif de voir comme il est aisé de sortir de la liste noire en signant des conventions, peu importe le niveau de coopération de son partenaire. Les Bahamas constituent un autre exemple. Ils ont signé des conventions avec Monaco, Saint Marin, Andorre ou encore l'Argentine[1018]. L'Argentine, quant à elle, a choisi de se lier avec les Bahamas, Saint Marin, le Costa Rica ou encore Andorre[1019].

[1015] Convention signée le 23 juin 2010.

[1016] Les Conventions avec les Bahamas, Saint Marin et le Liechtenstein ont été signées le 28 août 2009.

[1017] Convention signée le 19 mai 2009.

[1018] Toutes ces conventions ont été signées le 28 août 2009.

[1019] Toutes ces conventions ont également été signées le 28 août 2009.

Aucun de ces trois États ne figure sur une liste de juridictions non coopératives grâce à la signature de ces conventions. Au vu de ce qu'on vient de voir, mais en précisant cependant que ces pays ont aussi signé des conventions avec des États sans « mauvaise réputation », on peut douter de l'efficacité de ce critères des douze conventions. En effet, il est peu probable que la coopération en matière fiscale se renforce si les États présentant le plus de risques d'opacité signent des conventions entre eux.

B) Le « *peer-review* » : le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements

400. – Création et organisation du Forum mondial – Pour l'OCDE, le Forum est un « *élément moteur du développement et de l'acceptation de ces normes internationales* »[1020]. Il a été établi en 2000 par les États membres de l'OCDE et certains participants. En octobre 2015, lors de sa réunion à la Barbade, le Forum comptait cent vingt-neuf membres, soit tous les membres du G20[1021], tous les pays de l'OCDE et toutes les places financières majeures. Il représente le plus grand groupe en matière fiscale au niveau mondial.

Le Forum a un mandat de trois ans, qui a été prolongé jusqu'en 2020 lors du Forum de Berlin en 2014[1022]. Il a pour mission « *de veiller à ce que toutes les juridictions appliquent intégralement les normes internationales de transparence et d'échange de renseignements.* »[1023]

Dans le cadre de sa mission, il est chargé de l'examen des systèmes d'échange d'informations à des fins fiscales. Dans cette optique, a été mis en place un Groupe

---

[1020] OCDE, *Coopération fiscale 2009, Op. Cit.*, p.7.

[1021] Soit une augmentation d'une vingtaine de pays depuis 2011. Pays membres du G20 : Allemagne, France, États-Unis, Japon, Canada, Italie, Royaume-Uni et Russie (membres du G8) ainsi que l'Argentine, le Brésil, le Mexique, la Chine, l'Inde, l'Australie, l'Indonésie, l'Arabie saoudite, l'Afrique du Sud, la Corée du Sud.

[1022] Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, Berlin, Allemagne des 28-29 octobre 2014. V., le récapitulatif des conclusions : http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurlatransparenceetlechangederenseignementsadesfinsfiscales/berlin-statement-of-outcomes-fr.pdf.

[1023] Forum mondial, *Promouvoir la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales*, 9 mars 2011, p.2, §8.

d'examen par les pairs[1024] (GEP), composé de trente membres, dont la France est la présidente, assistée de quatre vice-présidents, l'Inde, le Japon, Singapour et Jersey. Ce groupe est la clé de voûte de la surveillance de l'application des standards OCDE par les États.

401. – Respect des normes en matière de transparence et d'échange de renseignements – L'objectif du Forum est de déterminer si le pays examiné respecte les normes en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales telles qu'elles sont décrites dans l'article 26 du Modèle de convention fiscale OCDE de 2005 et dans le Modèle OCDE d'accord d'échange de renseignements en matière fiscale de 2002[1025]. Les normes sont au nombre de dix et sont divisées en trois groupes.

Le premier groupe réunit tout ce qui concerne la disponibilité des renseignements. On s'assure que *« les autorités compétentes ont à leur disposition des renseignements relatifs à la propriété et à l'identité pour l'ensemble des entités et arrangements pertinents »*, *« que des registres comptables fiables sont tenus pour l'ensemble des entités et arrangements pertinents »* et que *« les renseignements bancaires [sont] disponibles pour tous les titulaires de comptes ».* Le deuxième groupe de normes vise à contrôler le bon accès aux renseignements. Ainsi, *« les autorités compétentes doivent avoir le pouvoir d'obtenir les informations faisant l'objet d'une demande au titre d'un accord d'échange de renseignements de toute personne relevant de leur compétence territoriale qui détient ou contrôle ces renseignements, ou de communiquer ces mêmes renseignements »* et *« les droits et protections s'appliquant aux personnes relevant de la compétence territoriale doivent être compatibles avec un échange efficace de renseignements. »* Enfin, le dernier groupe concerne l'échange même de renseignements et prévoit que le mécanisme mis en place par le pays en cause pour l'échange d'informations doit *« permettre un échange efficace »*, il *« doit couvrir tous les partenaires concernés »*, *« comporter des dispositions garantissant la confidentialité des renseignements reçus »*, *« respecter les droits*

[1024] France (présidence), Inde, Japon, Singapour et Jersey (vice-présidences), Argentine, Chine, Île Maurice, Suisse, Australie, Allemagne, Corée, Mexique, Les Bahamas, Brésil, Irlande, Luxembourg, St Kitts et Nevis, Pays-Bas, Îles Vierges Britanniques, Île de Man, Malaisie, Samoa, Royaume-Uni, Îles Cayman, Italie, Malte, Afrique du Sud, États-Unis.

[1025] Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Termes de références en vue de suivre et d'examiner les progrès vers la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales*, 2010, http://www.oecd.org/dataoecd/29/23/44839470.pdf.

et protections des contribuables et des tiers » et « *la juridiction doit fournir en temps opportun les renseignements demandés en vertu de son réseau de conventions.* »

Ainsi, la transparence va être appréciée par rapport à la disponibilité et à l'accès aux renseignements. L'échange de renseignements sera examiné au regard de cinq conditions cumulatives : efficacité, champ d'application, confidentialité, respect des droits et protections des contribuables et des tiers, et le temps nécessaire pour obtenir les renseignements demandés. Cette évaluation est effectuée par des équipes d'évaluateurs composées de deux experts indépendants. Un membre du Secrétariat du Forum mondial coordonne chaque examen. L'évaluation implique tous les pays membres et non membres de l'OCDE qui, selon le Forum, sont concernés par son travail ou lorsque le Forum a des craintes concernant l'application de la norme internationale[1026]. Un calendrier a été établi et prévoit l'examen de quatre-vingts juridictions d'ici à la fin 2020[1027]. Le calendrier s'étend jusqu'à la première moitié de 2014. Aujourd'hui, 215 rapports[1028] ont déjà été publiés entre 2010 et 2015, dont celui sur la France, l'Allemagne, l'Italie, le Royaume-Uni et les États-Unis. Trente-cinq autres rapports ont été publiés entre la fin 2015 et le début 2016.

402. – La procédure d'examen par les pairs – La procédure d'examen par les pairs[1029] est composée de deux phases.

La première d'entre elles consiste en une évaluation du cadre juridique et réglementaire de la juridiction en cause. Lors de cette première phase, par laquelle passe la plupart des États, les évaluateurs vont déterminer si le cadre juridique et

---

[1026] Sept pays sont concernés par les craintes du Forum : le Botswana, le Ghana, l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, la Jamaïque, le Liban, Qatar et Trinité et Tobago.

[1027] V., Annexe II du rapport du 9 mars 2011 du Forum mondial : tous les pays membres de l'OCDE auront fait l'objet ou seront en cours d'évaluation, ainsi que le Liban, Andorre ou encore Guernesey.

[1028] Il s'agit des rapports concernant les pays suivants : Andorre, Anguilla, Antigua et Barbuda, Aruba, Australie, Autriche, Les Bahamas, Bahreïn, Barbade, Belgique, les Bermudes, Botswana, les Îles vierges britanniques, Brunei, Canada, Îles Caïmans, Curaçao, Danemark, Estonie, République de Macédoine, France, Allemagne, Ghana, Gibraltar, Guernesey, Hong Kong, Hongrie, Inde, Indonésie, Irlande, Italie, Île de Man, Jamaïque, Japon, Jersey, Liechtenstein, Luxembourg, Macao, Malaisie, Île Maurice, Monaco, Pays-Bas, Nouvelle Zélande, Norvège, Panama, Philippines, Qatar, San Marin, Saint Kitts et Nevis, Seychelles, Singapour, Espagne, Suisse, Trinidad et Tobago, Îles Turques et Caïques, Royaume-Uni, États-Unis, Uruguay, Vanuatu.

[1029] Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Méthodologie des examens par les pairs et des examens des non-membres*, 2010, http://www.oecd.org/dataoecd/29/26/44839688.pdf.

réglementaire national relatif à la transparence et à l'échange de renseignements est conforme aux normes internationales. Ils analysent les lois nationales et les accords conclus par l'État concernant l'échange de renseignements. Les conclusions du rapport des experts, soumis aux membres du groupe d'échange par les pairs, vérifieront si toutes les mesures nécessaires sont soit « en place », soit « en place, mais sous réserve que certains aspects de la mise en œuvre juridique de l'élément soient améliorés » ou enfin « pas en place »[1030]. Cette première étape dure environ vingt semaines. Puis, 18 à 24 mois plus tard, vient la seconde phase qui consiste en une évaluation concrète des normes par rapport aux dix éléments listés ci-dessus. Pendant cette phase, les évaluateurs vont vérifier que, bien qu'il existe des normes juridiques et réglementaires en matière d'échange d'informations, le cadre national est effectivement efficace. Une visite sur place est effectuée par les évaluateurs et l'examen dure environ vingt-six semaines.

À la fin de la phase 2, le diagnostic fera état de la pratique de la juridiction et dira si elle se conforme « parfaitement », « généralement », « partiellement » ou « pas du tout » aux éléments examinés. Au 30 octobre 2015, parmi les quarante-et-un rapports publiés cette année et après la phase 2 de l'examen des pairs, vingt-deux juridictions sont qualifiées de conformes[1031]. Cinquante-trois pays sont « conformes pour l'essentiel »[1032] et douze sont « partiellement conformes »[1033]. Enfin, tout de même huit juridictions ne peuvent pas passer en phase 2, soit le Guatemala, le Kazakhstan, le Liban, le Liberia, les États Fédérés de Micronésie, Nauru, Trinidad et Tobago, Vanuatu.

À côté de l'évaluation par phases successives, il est également possible de faire un examen combiné des deux phases[1034], qui dure environ trente semaines. Les

---

[1030] Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Tax Transparency 2011: Report on progress*, OECD, 2011, annex II, p.44-49.

[1031] La France, le Belgique, le Canada, la Chine ou l'Islande.

[1032] Les États-Unis, l'Allemagne, l'Autriche, le Royaume-Uni ou le Luxembourg.

[1033] Andorre, Anguilla, Antigua-et-Barbuda, Barbade, Costa Rica, Curaçao, Indonésie, Israël, Samoa, Sainte Lucie, Saint Martin et Turquie.

[1034] Pour un exemple d'examen combiné, voir, OCDE (2011), *Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, Rapport d'examen par les pairs: France 2011 : Combiné: Phase 1 + Phase 2*, Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales: Rapport d'examen par les pairs, Éditions OCDE : *http://dx.doi.org/10.1787/9789264114951-fr.*

experts procèdent alors à une évaluation globale[1035], c'est-à-dire que la phase 1 et la phase 2 ne forment qu'un seul examen. Cette évaluation permet, à l'aide d'un échantillon de juridictions représentatives géographiquement et économiquement, de s'assurer que le processus est utilisé de la même façon dans chaque juridiction.

Les États non-membres de l'OCDE sont évalués de la même manière que les membres, mais avant de procéder à leur examen, ils sont invités à adhérer au Forum mondial. S'ils refusent, ils conserveront la possibilité de participer à leur examen. Le Botswana et Trinité-et-Tobago sont les deux seuls États non-membres qui ont fait l'objet, pour l'instant, d'une évaluation par le Forum mondial. Les deux juridictions ont été examinées lors du premier semestre 2010. Ensuite, le Botswana est devenu membre du Forum mondial.

403. – Des impacts ? Un rapport public – Les examinateurs rendent un rapport. Ce rapport du Groupe d'étude par les pairs[1036] est adopté par consensus. D'environ quarante pages, il détaille tout d'abord la situation juridique et économique du pays. Puis, il expose dans trois sections les trois groupes de normes devant être respectés en matière d'échange de renseignements. Enfin, dans la conclusion, les pairs font part de leurs recommandations afin que le pays puisse améliorer sa situation au regard de l'échange de renseignements.

Le rapport est adopté selon la règle du consensus moins un, cela signifie que si le pays qui fait l'objet d'un rapport n'est pas d'accord avec les conclusions dégagées dans celui-ci, il a la possibilité de faire état de ses divergences d'opinion dans une annexe au rapport. Mais il ne peut en aucun cas bloquer l'adoption du rapport ou empêcher sa publication. Dans les hypothèses où l'examen par les pairs démontre que la juridiction étudiée souffre de trop de carences en matière de transparence et d'échange de renseignements, les experts ne passent pas à la phase 2 et demande à la juridiction de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour pallier ces problèmes et elle devra faire part de ses progrès au Forum mondial.

Le rapport n'a pas de valeur contraignante proprement dite. En effet, le Forum mondial n'a ni les moyens ni la compétence pour contraindre les États par des sanctions à se conformer aux recommandations faites par les pairs. Bien que sans

---

[1035] Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Note sur les critères d'évaluation*, 2010, http://www.oecd.org/dataoecd/29/24/44839598.pdf.

[1036] Pour des exemples de rapports des pairs, voir le site Internet de l'OCDE, http://www.oecd.org/document/9/0,3746,fr_21571361_43854757_47102153_1_1_1_1,00.html

valeur contraignante, le rapport est publié et rendu public en figurant sur le site Internet de l'OCDE. L'OCDE prendra alors contre l'État récalcitrant les mesures qui s'imposent en faisant figurer le nom du pays sur sa liste noire ou grise des paradis fiscaux non coopératifs. Figurer sur ces listes a une valeur symbolique et nuit à la réputation du pays. Cela n'empêche toutefois nullement les autres pays, les personnes physiques ou morales de continuer à recourir au système fiscal et bancaire très avantageux de cet État. Accessible à tous, le rapport peut, cependant s'il rend compte d'un non-respect des normes internationales sur la transparence et l'échange de renseignements en matière fiscale, amener les autres États à rompre toutes relations avec lui ou à rendre plus difficile pour ses citoyens l'utilisation des institutions financières de cette juridiction en matière fiscale (contrôle plus approfondi et systématique des personnes ouvrant un compte dans cette juridiction ou des sommes en provenance ou en partance de cet État).

404. – Conclusion de la Section 2 – Parmi les différentes organisations internationales, l'OCDE est l'organisation la plus dynamique en matière de transparence fiscale et de lutte contre les juridictions non coopératives. En témoigne le rôle important de surveillance et de supervision qu'elle s'est imparti ces temps derniers. En effet, la méthode du « *name and shame* », dont diverses institutions s'étaient déjà emparées, a connu récemment une fortune médiatique particulièrement importante et les listes de l'OCDE, qui peuvent parfois concerner des États qui n'en sont pas membres, sont désormais très célèbres. Il n'en demeure pas moins que leur méthode d'élaboration et de révision sont régulièrement soumis à la critique. Par ailleurs, l'approche verticale ne se limite pas à une simple perspective de dénonciation. L'OCDE a mis en place un système de contrôle de ses États membres de leurs pratiques au regard des standards internationaux.

405. – Conclusion du Chapitre 1 – L'action des organisations internationales est essentielle pour le développement de la coopération multilatérale. En effet, la dimension éminemment internationale de la fraude et de l'évasion fiscales impliquent que de tels organismes, à échelon mondiale, soient mobilisés. Ainsi que

nous l'avons vu, l'OCDE est l'acteur principal, au niveau international, dans la lutte contre les paradis fiscaux notamment grâce à l'arsenal d'actions et de mécanismes très sophistiqués qu'elle met en place depuis maintenant plusieurs décennies révélant une véritable pratique de la lutte contre les paradis fiscaux, se positionnant alors comme l'interlocuteur naturel dans la satisfaction de cet objectif.

À première vue, la réussite paraît importante. Elle a en effet créé un système de coopération multilatérale très performant et surtout a réussi à réunir 135 juridictions sur ce sujet. Certes le contexte économique a favorisé son développement, les États ayant compris l'urgence d'une action plus drastique contre l'évasion fiscale avec la crise de 2008. L'OCDE a récemment renforcé la transparence fiscale en instaurant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers et la nouvelle norme de diligence. Approuvée par déjà 101 pays, cette nouvelle ne fait que conforter la volonté des pays de s'armer contre les paradis fiscaux. De plus, elle développe des moyens d'action qui sont intéressants et particulièrement complets, sans cesse en évolution. Ceux-ci reposent sur un subtil alliage d'une approche conventionnelle, plus facilement admise par les États et mieux comprise par les susceptibilités nationales, et d'une approche de surveillance et de supervision qui permet à la fois de dénoncer certains pays et de contrôler les pratiques de ses propres membres.

Il demeure qu'en matière de coopération multilatérale, il existe une action au niveau régional. Sur ce plan, les États-Unis ne sont pas engagés dans une organisation ayant vocation à lutter contre les juridictions non coopératives. L'ALENA est totalement étrangère à cette préoccupation. En revanche, la France, un des six États fondateurs de l'UE, a vu sa législation fiscale nationale changer sous la pression des législations européennes.

CHAPITRE 2

L'IMPACT DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE DANS LA LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX

406. – Environ 2 000 milliards d'euros par an[1037] : voilà ce que coûtent la fraude et l'évasion fiscales aux vingt-huit pays membres de l'Union européenne (UE). Ainsi, dans le contexte ambiant de crise financière, l'on comprend immédiatement les raisons pour lesquelles la lutte contre la délinquance financière est devenue un objectif majeur pour l'UE.

Au niveau européen, plusieurs textes ont vu le jour en matière de coopération administrative, l'UE cherchant perpétuellement à moderniser ses instruments juridiques d'assistance mutuelle et à renforcer à cette fin l'efficacité de la coopération entre les différentes administrations fiscales nationales pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscale.

La directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011[1038] abrogeant la directive 77/799/CEE[1039] relative à la coopération administrative en matière de fiscalité directe s'applique à tous les impôts et taxes perçus par un État membre, directement ou

---

[1037] Chiffrage approximatif dévoilé le 9 oct. 2013 devant la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale par les députés Nicolas Dupont-Aignan et Alain Bocquet, suite à leurs investigations menées dans le cadre de la mission d'informations sur les paradis fiscaux, *Le Monde*, 9 octobre 2013.

[1038] Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 fév. 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, JOUE L 64/1 du 11/03/2011.

[1039] Directive 77/799/CEE du Conseil du 19 décembre 1977, JOCE L 336 du 27/12/1977, p. 15-20.

indirectement. Quant à la coopération en matière de taxe sur la valeur ajoutée, elle est traitée par le règlement (UE) 904/2010 du Conseil[1040] et celle sur les droits d'accises par le Règlement 2073/2004 du Conseil[1041] et directive 2004/106 du Conseil[1042]. Enfin, l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances est prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil[1043] et le règlement 1189/2011 de la Commission[1044]. C'est dire, à travers l'ensemble de ces dispositions, si le champ d'application de la coopération fiscale est vaste.

Tous ces textes sont relatifs à l'assistance administrative. Cette expression vise les opérations traduisant, en matière d'échange de renseignements, une coopération entre les administrations fiscales de deux ou plusieurs États pour permettre une application correcte des dispositions régissant l'assiette, le contrôle et le recouvrement des impôts de chacun des États intéressés. L'assistance administrative a donc pour objectif principal de favoriser la coopération entre les États. Mais elle permet aussi une juste application des conventions et de la législation fiscale interne.

Au vu de l'importance de la lutte contre les paradis fiscaux, l'UE a progressivement mis en place une coopération entre États membres grâce à l'implication très précoce de la Commission européenne **(Section 1)**. L'avenir de cette coopération est consolidé par des procédés divers qui continuent à être mis en place **(Section 2)**.

[1040] Règlement (UE) n°904/2010 du Conseil du 7 oct. 2010 concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, JOUE L 268/1 du 12/10/2010.

[1041] Règlement (CE) n°2073/2004 du Conseil du 16 nov. 2004 relatif à la coopération administrative dans le domaine des droits d'accises, JOUE L 359/1 du 4/12/2004.

[1042] Directive 2004/106/CE du Conseil du 16 nov. 2004 modifiant la directive 77/799/CEE concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs, de certains droits d'accises et des taxes sur les primes d'assurance, et la directive 92/12/CEE relative au régime général, à la détention, à la circulation et aux contrôles des produits soumis à accises JOUE L 359/30 du 4/12/2004.

[1043] Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, JOUE L 84/1 du 31/03/2010.

[1044] Règlement d'exécution (UE) n°1189/2011 de la Commission du 18 nov. 2011 fixant les modalités d'application relatives à certaines dispositions de la directive 2010/24/UE du Conseil concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, JOUE L 302/16 du 19/11/2011.

Section 1

L'action de l'Union européenne

407. – Lorsque les communautés européennes sont mises en place, l'objectif était celui de permettre la liberté d'établissement et de circulation au sein de l'Union européenne. Or cela a multiplié les possibilités de fraude et d'évasion fiscales. Progressivement, les États membres se sont rendus compte que les contribuables établissaient des schémas fiscaux frauduleux et ont compris que seule une coopération accrue entre les administrations fiscales nationales des pays membres de l'UE pouvait tenter d'endiguer le problème, et permettre de légitimer totalement cette libre circulation.

Les conséquences financières impressionnantes que subissent les États membres en raison de l'évasion et de la fraude fiscales ont engendré une préoccupation croissante pour les institutions qui œuvrent toujours à l'amélioration et au renforcement de la coopération fiscale. C'est dans ce contexte que la Commission européenne a mis en place en 2015 son plan d'action, contenant un paquet de mesures sur la transparence fiscale. Il demeure que l'intervention européenne en matière fiscale n'est pas aussi évidente **(§1)**. La question de sa légitimité doit être posée **(§2)**.

§1. Une préoccupation croissante des institutions européennes

408. – Comme il a été souligné, bien que la fiscalité directe ne relève pas du domaine de compétence de l'UE, celle-ci a, dans un souci d'harmonisation et de stimulation de la coopération en matière fiscale, à l'image de ce qui se fait au niveau

de la justice ou de la défense, adopté toute une panoplie d'actes prévoyant notamment l'assistance mutuelle entre États membres de l'UE. Il faut noter la volonté des instances européennes, le Conseil européen comme la Commission européenne, de faire de l'UE un territoire de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales en favorisant la transparence, la coopération et l'échange de renseignements. Il existe dans le paysage juridique communautaire diverses directives et communications[1045] prévoyant l'assistance mutuelle.

Les deux objectifs fondamentaux en matière de fiscalité sont la prévention et la lutte contre l'évasion et la fraude et l'interdiction des doubles impositions. Pour remplir ces buts, la nécessité d'une harmonisation fiscale s'est fait jour très tôt en Europe avec pour chef de file la Commission européenne **(A)**. C'est sous l'impulsion de cette dernière que les fiscalités en Europe se sont progressivement conciliées. Le Conseil européen a ensuite adopté une série de directives[1046], et la Commission a mis en place un plan de lutte élaboré **(B)**.

[1045] Les communications sont, avec les décisions, les accords institutionnels et les résolutions et conclusions, des actes hors nomenclature, c'est-à-dire qu'ils ne figurent pas dans le traité, mais sont une conséquence de la pratique des institutions. Les communications émanent de la Commission et peuvent revêtir différents aspects : livres blancs ou verts, documents dans lesquels elle indique son comportement à venir sur telle ou telle question. Elles n'ont aucun effet juridique, à part celui de renforcer la sécurité juridique en précisant l'attitude de la Commission sur une question particulière. Pour plus de précisions, v., par exemple, J.-P. JACQUE, *Op. Cit.*, p.552-553.

[1046] La directive fait partie des actes visés par l'article 249 du traité CE qui dispose que «Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives (…). La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens (…). » Ainsi, s'il s'agit d'actes qui n'ont pas de portée générale, car ils ne s'appliquent qu'aux États destinataires, en revanche, ils obligent les États même s'ils restent libres des moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif visé. La CJCE a, dans un arrêt du 29 juin 1993, *Gibraltar c/ Conseil*, qualifié la directive de « mode de législation ou de réglementation indirecte » (aff. C298/89, Rec. CJCE, I, p.3605). Pour pouvoir produire leur plein effet en droit interne, les États destinataires ont l'obligation de les transposer, et d'adopter toutes les mesures nécessaires à leur mise en œuvre ou d'abroger celle qui empêcherait cette mise en œuvre.

Pour une étude plus précise sur les directives européennes, v., parmi d'autres, C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Op. Cit.*, p.454-463; J. BOULOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *Op. Cit.*, p.223-226 ou J.- P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *Op. Cit.*, p543-54.

A) Le rôle de la Commission européenne

409. – Le point de départ de cette évolution est le rapport Neumark de 1962 **(1)**, qui rappelle que l'objectif du marché commun ne sera atteint que quand celui-ci réunira toutes les conditions d'un marché intérieur et donc encouragera l'élimination des « *oasis fiscales* ». Le rapport de 1962 a été suivi d'une lutte contre la concurrence fiscale dommageable. Avant d'employer clairement le terme de lutte contre la fraude fiscale et contre les « *paradis fiscaux coopératifs et non coopératifs* », la Commission, a rédigé pléthore de communications sur ce qu'elle appelait à l'époque « *la concurrence fiscale dommageable* ». À l'image de l'OCDE, c'est par cette notion que se sont poursuivis le débat et la réflexion sur l'impératif de développement d'actions de coopération en matière fiscale **(2)**.

1- Le rapport Neumark

410. – Le Comité Fiscal et Financier – En 1960, la Commission a créé le CFF composé d'experts indépendants sous la présidence du Professeur Neumark[1047]. Le mandat qui est confié à ce comité est de démontrer « *si et dans quelle mesure des disparités existant actuellement dans les finances des pays membres empêchent partiellement, ou même totalement, l'instauration d'un marché commun créant et garantissant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur* » et d'étudier « *dans quelle mesure il est possible d'éliminer ces disparités qui entravent considérablement la formation et le fonctionnement du marché commun.* » Ces experts ont ainsi débattu sur les possibilités d'harmonisation fiscale, visant à éliminer toute entrave au marché commun, éventuellement générée par les disparités entre les législations nationales. Ils partent du constat que l'achèvement du marché intérieur passe par « *l'élimination des oasis fiscales, ainsi que celle des discriminations fiscales fondées sur des critères de nationalité et souvent de domicile fiscal.* »[1048]

411. – Les « *oasis fiscales* » – Le rapport Neumark rassemble les éléments fondamentaux de l'harmonisation fiscale et « *le résultat est appréciable, notamment du*

[1047] Décision de la Commission européenne du 5 avril 1960.

[1048] Rapport Neumark, *Op. Cit.*, p.12.

fait de la largeur de l'analyse mais plus encore par la hauteur de vue et l'ambition européenne de ses auteurs. »[1049]

2- La concurrence fiscale dommageable

412. – La concurrence fiscale dommageable – « *La concurrence fiscale, dans un espace qui n'est pas en tous points harmonisé, est un fait* »[1050]. Ainsi, la lutte contre la concurrence fiscale dommageable au sein de l'Union européenne constitue le point de départ de la politique européenne en matière fiscale. La commission européenne fut l'instigatrice de la lutte contre la concurrence fiscale dommageable avec une première communication datée du 1er octobre 1997 : « *Vers une coordination fiscale européenne* ». Le premier constat que fait la Commission dans ce texte est que « *d'une manière générale, la concurrence fiscale doit être vue en soi comme un phénomène bénéfique pour les citoyens et un moyen d'exercer une pression à la baisse sur les dépenses publiques.* » Puis, elle concède qu'une « *concurrence incontrôlée* » peut être dommageable pour les États membres. Ainsi, elle reconnaît la nécessité pour l'UE de prendre les mesures adéquates pour supprimer les cas de concurrence dommageable et décide l'adoption d'un ensemble de mesures.

413. – Le code de conduite – La première mesure concerne l'élaboration d'un code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises afin d'aider « *à prévenir les distorsions économiques et l'érosion des bases d'imposition dans la Communauté.* » Le projet de ce code est annexé à la communication de la Commission du 5 novembre 2011. Le code de conduite n'a pas force juridique contraignante, mais revêt une force politique. Si l'Union européenne ne peut pas condamner un État membre pour manquement à ce texte, en revanche, il possède une force politique importante. Les États membres s'engagent à éliminer les mesures fiscales nationales qui engendreraient une concurrence fiscale dommageable et à ne pas prendre, pour l'avenir, d'acte ayant un tel effet. Le code de conduite a été présenté dans les conclusions du Conseil des ministres et des finances (ECOFIN) du 1er décembre 1997.

[1049] M. AUJEAN, « L'évolution de la fiscalité en Europe sous l'impulsion de la Commission : 50 ans du traité de Rome », *Gaz. Pal.*, 10 juillet 2007, n°191, p.16.

[1050] V., Th. LAMBERT, « Marché intérieur et évasion fiscale », *LPA*, 15 mai 2002, n°97, p.34.

Un groupe « code de conduite » a ensuite été mis en place lors de la réunion du Conseil du 9 mars 1998. Ce groupe a pour mission d'évaluer les mesures fiscales pouvant être considérées comme dommageables. Le premier rapport du groupe de conduite, paru en novembre 1999, faisait état de l'existence de soixante-six mesures fiscales dommageables, dont quarante dans les États membres de l'UE, trois à Gibraltar et vingt-trois dans les territoires dépendants ou associés. Toutes ces mesures ont soit été remplacées soit révisées, le dernier délai pour se faire étant le 31 décembre 2005. Aujourd'hui, le groupe veille à la mise en œuvre de ces révisions et assure leur suivi. Des rapports sont régulièrement rédigés à l'attention du Conseil.

Les trois dernières mesures de lutte contre la concurrence fiscale dommageable sont relatives à la mise en place de mesures supprimant les distorsions au niveau de l'imposition des revenus du capital, les retenues à la source sur les paiements transfrontaliers d'intérêts.

414. – Prévenir et lutter contre les malversations financières – La Commission a adopté une communication, en septembre 2004, ayant pour objet de prévenir et combattre les malversations financières et pratiques irrégulières des sociétés. La Commission rappelle les grands scandales financiers et met en garde contre la dangerosité des montages financiers complexes et opaques. Elle estime que pour résoudre ces affaires il faut non pas modifier la législation européenne déjà existante, mais poursuivre sa mise en œuvre. Il faut également assurer un suivi strict et effectif de son application. Pour cela, elle écrit qu'*« il ne semble aucunement nécessaire de modifier ni d'amplifier lourdement ces plans d'action ; il conviendrait plutôt de poursuivre leur mise en œuvre diligente »* et opter pour une méthode globale afin de diminuer les pratiques financières irrégulières.

Or ces lignes de défense ayant révélé leurs défauts lors des scandales Enron[1051] et Parmalat[1052], la Commission a entrepris dans cette communication de les renforcer.

[1051] Enron, une grande entreprise américaine, a fait faillite en décembre 2001. Enron avait créé plus de 3 000 entreprises *offshore* aux Îles Caïmans, aux Bermudes ou encore aux Bahamas. Ces filiales, non intégrées, lui permettaient d'externaliser certains risques et de rendre ses bilans plus présentables. V., H. VISSIÈRE, « Le scandale Enron », *Le Point*, 1er février 2002 ; « Enron, the real scandal », *The Economist*, 17 janvier 2002 ; B. KELLER, « Enron for Dummies », *The New York Times*, 26 janvier 2002.

[1052] Parmalat S.p.A est une entreprise italienne, qui a fait faillite fin 2003 à la suite d'un scandale financier. La société avait créé des sociétés écrans, notamment au Luxembourg, pour maquiller ses comptes. V., I. RAMONET, « Le scandale Parmalat », *Le Monde diplomatique*, février 2004 ; P. de

Ainsi, elle recommande, entre autres mesures, l'amélioration de la transparence des systèmes fiscaux avec une facilitation de l'accès et de l'échange aux renseignements et un renforcement de la coopération administrative. La Commission rappelle que ces mesures « *n'auront que peu d'effet si elles restent limitées à l'UE. (…) L'Union européenne doit par conséquent promouvoir une transparence et un échange d'informations bien plus développés avec les pays tiers ainsi qu'avec les territoires dépendants ou associés des États membres (…). À cet effet, il est essentiel que la définition des politiques communautaires concernant les paradis fiscaux coopératifs et non coopératifs soit plus cohérente.* » Ce texte est essentiel, car il met en exergue la volonté de l'Union européenne d'intervenir concrètement dans la lutte contre les ETNC et, surtout, elle reconnaît l'impératif d'aller vers une politique fiscale européenne plus unifiée.

415. – Le lancement d'une coopération renforcée – Le lancement du débat européen sur la fraude fiscale proprement dite a débuté par la communication de la Commission de 2006 « *Sur la nécessité de développer une stratégie coordonnée afin d'améliorer la lutte contre la fraude fiscale* ». Cette communication concerne la nécessité de développer une stratégie coordonnée en vue d'améliorer la lutte contre la fraude fiscale. Elle prévoit le renforcement de la coopération entre États membres (amélioration du fonctionnement opérationnel de la coopération, assistance au recouvrement, meilleure gestion des risques, forum permanent de discussion au niveau communautaire) et celui de la coopération avec les pays tiers (approche communautaire en matière de coopération avec les pays tiers, inclusion de clauses de coopération dans les accords de partenariat économique). De plus, la Commission envisage aussi une amélioration de l'échange d'informations avec des méthodes plus rapides et plus performantes (formulaires informatiques standardisés, profils des pays, lignes directrices…) Enfin, elle estime opportun d'analyser le système commun de la TVA et des droits d'accises et de renforcer le principe de responsabilité solidaire pour l'acquittement de la taxe, d'utilisation du mécanisme de l'auto-liquidation aux opérations internes d'un État membre et elle remet en cause le paiement fractionné.

416. – Mettre fin à la concurrence dommageable – La troisième mesure représente la véritable originalité du « paquet » ; elle correspond à la présentation d'un « Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises ».

GASQUET, « Parmalat : un an après, les leçons d'un scandale », *Les Échos*, 15 décembre 2004 ; É. JOZSEF, « Parmalat, scandale sans frontière », *Libération*, 15 janvier 2004.

Comme le souligne la Commission, il ne s'agit nullement d'harmoniser globalement celle-ci, ou d'interdire aux États de réserver aux entreprises des régimes fiscaux favorables, mais de mettre fin à ce que l'on appelle la concurrence fiscale dommageable (contre laquelle l'OCDE a également engagé une action d'envergure), c'est-à-dire les « *détaxations* » excessives de capitaux ou d'entreprises étrangers venant s'installer sur le territoire de l'État qui les a institués. La Commission s'est efforcée de déterminer des critères permettant d'identifier les pratiques fiscales constitutives de concurrence fiscale dommageable ; un groupe composé essentiellement de représentants des États (groupe code de conduite) a été créé le 9 mars 1998 pour établir la liste de ces mesures existantes, les États s'engagent à les éliminer et, *a fortiori*, à ne pas en introduire de nouvelles (« Gel et démantèlement »). Cet engagement est purement politique, et n'a d'autre garant qu'une volonté forte et durable des gouvernements[1053].

B) Le plan d'attaque de la Commission européenne

417. – La Commission européenne est très active en matière de lutte contre les paradis fiscaux. Le président de la Commission, M. Juncker a déclaré que les travaux consacrés à la lutte contre l'évasion fiscale et la planification fiscale agressive étaient une priorité politique absolue. Un plan d'action a été mis en place **(1)**, contenant un ensemble de mesures sur la transparence fiscale **(2)**.

1- Le plan d'action de la Commission

418. – La transparence fiscale – La Commission a présenté le 18 mars 2015, dans un premier temps, un paquet de mesures sur la transparence fiscale. Elle avait ouvert ses travaux en février 2015 suite aux scandales LuxLeaks[1054], Swissleaks[1055] et UBS[1056].

[1053] V., G. GEST, « Réforme fiscale. Les contraintes d'origine communautaire en matière de fiscalité directe », *RFFP*, n° 60, 1997, p. 109

[1054] Il s'agit d'un scandale financier révélant le contenu de centaines d'accords fiscaux très avantageux conclus avec l'administration fiscale luxembourgeoise par des cabinets d'audit pour le compte de nombreux clients internationaux, comme Apple, Amazon, Heinz, Ikea, Pepsi et la deutsche Bank.
C'est l'International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ), grâce à l'aide du lanceur d'alerte français François Deltour, qui a révélé ce scandale en novembre 2014,

Pierre Moscovici, commissaire européen, avait d'ailleurs déclaré que « l'heure d'une nouvelle ère a sonné, celle d'une ouverture entre les administrations fiscales, celle d'une solidarité entre les gouvernements afin de garantir une fiscalité équitable pour tous. La Commission est absolument déterminée à veiller au plus haut niveau de transparence fiscale en Europe. »[1057]

419. – Un plan ambitieux – Le 17 juin 2015, dans un second temps, la Commission européenne a présenté à Bruxelles son plan d'action visant à réformer en profondeur la fiscalité des entreprises au sein de l'Union. Ce plan d'action définit une série d'initiatives pour lutter contre l'évasion fiscale, assurer des recettes durables et renforcer le marché unique pour les entreprises. Prises dans leur ensemble, ces mesures doivent améliorer considérablement l'environnement fiscal des entreprises dans l'Union, en rendant celui-ci plus juste, plus efficace et plus propice à la croissance.

Le vice-président de la Commission européenne pour l'euro et le dialogue social a qualifié ce plan d'« a*mbitieux mais réaliste pour parvenir à une fiscalité plus juste et plus propice à la croissance au sein de l'Union. Ce plan repose sur le principe fondamental selon lequel toutes les entreprises, qu'elles soient grandes ou petites, locales ou mondiales, doivent acquitter une juste part de l'impôt au lieu où elles exercent une activité économique réelle et où elles réalisent effectivement leurs bénéfices.*»[1058]

---

https://www.icij.org/project/luxembourg-leaks. V., C. GUICHARD, « Optimisation fiscale."Luxleaks", le scandale qui met le Luxembourg dans l'embarras », *Courrier international*, 6 novembre 2014 ; R. LECADRE, « LuxLeaks: «J'ai agi par conviction, la cohérence était d'assumer» », *Libération*, 14 décembre 2014.

[1055] C'est le terme donné par plusieurs médias dans le monde aux révélations, en février 2015, d'un système international de fraude fiscale et de blanchiment d'argent qui aurait été mis en place par la banque britannique HSBC à partir de la Suisse. V., F. LHOMME et G. DAVET, « « SwissLeaks » : révélations sur un système international de fraude fiscale », *Le Monde*, 8 février 2015 ; I. WARDE, « SwissLeaks ou la grande évasion », *Le Monde diplomatique*, mars 2015, p.28 ; S. BESSON, « SwissLeaks: voyage au cœur de l'évasion fiscale », *Le Temps*, 8 février 2015.

[1056] Cf. *supra* n°57.

[1057] Communiqué de presse de la Commission européenne du 18 février 2015 à Bruxelles, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4436_fr.htm.

[1058] V., le communiqué de presse du 17 juin 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5188_fr.htm.

2- Les mesures de transparence fiscale

420. – Étape I : l'élément clé – La proposition visant à introduire l'échange automatique d'informations entre les États membres en ce qui concerne leurs décisions fiscales est l'élément clé du « paquet » de mesures sur la transparence fiscale présenté en mars 2015.

La Commission souligne que les États membres échangent très peu d'informations entre eux sur leurs décisions fiscales, il est essentiel d'améliorer cette coopération. Le paquet sur la transparence fiscale vise à garantir que les États membres disposent des informations nécessaires pour protéger leurs assiettes fiscales et cibler efficacement les entreprises qui tentent d'échapper au paiement de leur juste part d'impôts. La Commission propose de mettre en place tous les trois mois un échange automatique de renseignements sur les décisions fiscales. Chaque État membre devra envoyer un rapport succinct sur toutes les décisions fiscales en matière transfrontière qu'ils ont délivrées.

421. – Étape II : la liste des États et territoires non coopératifs – Le plan d'action en juin 2015 se fonde sur les mesures déjà adoptées en mars 2015. La Commission a publié une liste de trente États et territoires non coopératifs[1059]. La liste a été baptisée « *liste Moscovici* ». Elle consiste en « *une compilation de listes* »[1060] établies par l'OCDE, la France et par d'autres membres de l'UE. La Commission a utilisé douze listes[1061] qui recensent quatre-vingt-cinq juridictions non coopératives. Sur les vingt-huit États membres, seize n'ont pas transmis de liste à la Commission[1062]. Pour établir cette liste,

---

[1059] La liste de la Commission comporte comme États et territoires non coopératifs : Andorre, Anguilla, Antigua-et-Barbuda, les Bahamas, la Barbade, le Belize, les Bermudes, les Îles Vierges britanniques, les Îles Caïmans, Brunei, les Îles Cook, Grenade, Guernesey, Hong-Kong, le Liberia, le Liechtenstein, les Maldives, les Îles Marshall, l'Île Maurice, Monaco, Montserrat, Nauru, Niue, le Panama, Saint-Christophe-et-Niévès, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, les Seychelles, les Îles Turks-Caïques, les Îles Vierges américaines, le Vanuatu.

[1060] F. PERROTIN, « La Commission européenne publie sa liste noire des paradis fiscaux », *LPA* du 09/07/2015, n°136, p.3.

[1061] Les États membres de l'UE qui publie une liste des États et territoires non coopératifs sont la France, la Bulgarie, l'Espagne, la Grèce, la Croatie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la Belgique, le Portugal, la Finlande et la Slovénie.

[1062] Les seize pays n'ayant pas transmis de listes sont les suivants : Allemagne, Autriche, Chypre, Danemark, Estonie, Hongrie, Irlande, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie et Suède.

la Commission a inventorié les pays qui n'appliquent pas les standards de bonne gouvernance fiscale, comme les critères de transparence et d'échange d'informations. Elle a également décidé de retenir systématiquement les juridictions qui apparaissent sur au moins dix listes. Il s'agit de la première liste paneuropéenne des juridictions fiscales non coopératives de pays tiers instaurée par l'Union européenne. Elle sera amendée une fois par an.

L'OCDE a accueilli avec réticence l'initiative d'une liste de la part de la Commission, estimant que cette dernière a voulu s'affranchir du Forum mondial de l'OCDE. Pascal Saint-Amans, directeur du centre de politique et d'administration fiscale de l'OCDE a déclaré, dans le journal *Le Monde*, qu'*« il ne peut s'agir d'une véritable liste car cela minerait les efforts et le travail de transparence entrepris par de nombreuses juridictions »*[1063].

Les efforts de la Commission, combinés aux scandales financiers des dernières décennies, expliquent la volonté de l'Union européenne de s'investir de plus en plus dans la lutte contre les paradis fiscaux.

§2. La légitimité de l'action européenne en matière de lutte contre les paradis fiscaux

422. – En matière de fiscalité directe, l'UE se trouve dans une situation très inconfortable. Elle n'a en effet pas de compétence en matière de fiscalité directe, et pourtant, les problèmes découlant de la fiscalité directe, comme la fraude, la concurrence, sont des préoccupations sur lesquelles elle ne peut pas fermer les yeux au seul motif que ce sont les États membres qui décident de leurs règles fiscales. Le marché intérieur a révélé ces difficultés avec la reconnaissance des quatre grandes libertés.

Le rôle de l'UE a dû être dans un premier temps légitimé par la CJUE. En effet, faute d'article dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui donnerait compétence à l'UE d'intervenir en matière de fiscalité directe, la CJUE a été saisie de la question **(A)**. L'harmonisation est un enjeu essentiel au sein de l'UE, elle

[1063] A. MICHEL, « La «liste Moscovici» des paradis fiscaux fait grincer des dents », *Le Monde*, 18 juin 2015.

ne sera réellement achevée que lorsque ses membres possèderont des politiques cohérentes et harmonisées. Sinon comment évoquer l'Union quand les États qui la composent se livrent à une concurrence très vive en refusant d'appliquer, *a minima*, un ensemble de règles communes ? L'action de l'UE reste, dans le domaine fiscal, délicate tant que le Traité n'aura pas été modifié sur ce point **(B)**.

A) L'action de l'Union européenne légitimée par la CJUE

423. – Répartition des compétences – Il convient de rappeler que les États membres doivent appliquer la jurisprudence de la CJUE, organe juridictionnel de l'Union[1064]. La CJCE rappelle que *« si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, il n'en reste pas moins que ces derniers doivent exercer celle-ci dans le respect du droit communautaire et, par conséquent, s'abstenir de toute discrimination ostensible ou déguisée fondée sur la nationalité »*[1065]. La Cour reconnaît aux États la liberté de fixer les taux d'imposition, les bases imposables ou les systèmes de taxation. Ce principe a été ensuite souligné dans de nombreux arrêts de la Cour. Dans l'arrêt *Gilly*, la Cour réaffirme la liberté qu'ont les États membres s'agissant de leur pouvoir de taxation. Elle relève ainsi que les règles d'imposition, *« dont la fixation, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, relève de la compétence des États membres. »*[1066]

Cependant, la liberté qu'accorde la Cour aux États n'est pas totale. Celle-ci ne peut s'exercer que dans le strict respect des traités. En outre, elle précise que les conventions de double imposition ne peuvent pas être regardées comme justifiant

---

[1064] Sur la CJCUE (ex-CJCE) et ses compétences, v., R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 1995 ; L. BROWN et T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet and Maxwell, Londres, 4ème Éd., 1994 ; C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *Op. Cit.*, p.495-576 ; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, L.G.D.J, 6ème Éd., 2010, p.462-510.

[1065] V., parmi d'autres, CJCE, 4 octobre 1991, Commission c/ Royaume-Uni, C-246/89, Rec., p.I-4585, point 12 ; CJCE, 14 février 1995, Schumacker, C-279/93, Rec., p.I, points 21 et 26 ; CJCE, 11 août 1995, Wielockx, C-80/94, Rec. p.I-2493, point 16 ;CJCE, 29 avril 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, Rec., p. I-2651, point 19 ; CJCE, 14 septembre 1999, Gschwind, C-391/97, Rec., p.I, point 20 ; CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-385/00, De Groot, Rec. p.I-11867, point 94; Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, 12 décembre 2006, C-374/04, Rec. p. I-11673, point 36; Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, 13 mars 2007, C-524/04, Rec. p. I-2107, point 25.

[1066] CJCE, 12 mai 1998, *Gilly*, Aff. C-336/96, point 47.

une violation au droit de l'Union[1067]. Ainsi, la législation fiscale des États ne doit pas aller à l'encontre des libertés de circulation et d'établissement reconnues par le Traité et ne peuvent pas non plus engendrer des discriminations entre des contribuables se trouvant dans des situations comparables.

424. – Ni discrimination, ni entrave – Toute discrimination ou entrave est interdite, sauf si elle est justifiée[1068]. Dans un premier temps, la Cour a pris le parti d'admettre presque systématiquement les cas de discriminations ou d'entraves. En effet, la Cour raisonnait de la manière suivante. Elle estimait quasiment toujours que les contribuables résidents ou non-résidents étaient dans des situations comparables et qu'il ne pouvait exister aucune discrimination entre eux ni aucune entrave à leurs libertés. Par exemple, dans l'affaire *Biehl*[1069], l'administration des contributions du Luxembourg refusait le remboursement d'un trop-perçu au titre de l'impôt sur le revenu de M. Biehl, de nationalité allemande, au motif que la législation luxembourgeoise empêchait tout remboursement d'impôt payé par un salarié résident temporaire au Grand-Duché. Un résident, en revanche, a le droit d'être remboursé des trop-versés éventuels. Bien que la loi luxembourgeoise prévoie un recours gracieux pour ces contribuables, la Cour a jugé qu'il existait bien une discrimination entre les résidents et les non-résidents susceptibles d'entraver la liberté d'établissement et de circulation des personnes concernées. Un autre exemple est mis en évidence dans l'arrêt *Asscher* en 1996[1070]. En l'espèce, M. Asscher travaillait aux Pays-Bas sans y être résident et contestait l'application à son encontre d'un taux d'impôt trop élevé par rapport aux travailleurs résidents. La Cour estime qu'une législation qui différencie les contribuables selon leur lieu de résidence est discriminatoire et ne peut être justifiée.

[1067] À titre d'exemple, CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain*, Zweigniederlassung Deutschland c/ Finanzamt Aachen-Innenstadt, Rec., p.I-6161, point 59,la CJCE écrit que *« s'agissant d'une convention de double imposition conclue entre un État membre et un pays tiers, le principe du traitement national impose à l'État membre partie à ladite convention d'accorder aux établissements stables de sociétés non-résidentes les avantages prévus par la convention aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent aux sociétés résidentes. »*

[1068] Sur le principe de discrimination : une discrimination ne peut être admise que si les deux personnes en cause n'étaient pas dans des situations comparables.

[1069] CJCE, 8 mai 1990, *Biehl*, C-175/88, Rec., p.I-1793, points 16-17.

[1070] CJCE, 27 juin 1996, *Asscher*, C-107/94, Rec., p.I-3130, point 62.

Non seulement la Cour admettait très facilement l'existence d'une discrimination ou d'une entrave, mais de plus, celles-ci n'étaient quasiment jamais justifiables[1071]. À titre d'exemple, la CJCE a refusé de reconnaître comme une justification valable la perte pour l'État membre de recettes fiscales[1072]. La cohérence des systèmes fiscaux en Europe, bien qu'admise dans les décisions *Bachmann*[1073] et *Commission c/ Belgique*[1074], ne semble plus être une raison suffisante pour la Cour pour justifier une discrimination fiscale. Depuis les décisions précitées, cet argument a été à chaque fois rejeté, les conditions d'application[1075] déterminées par la Cour n'étant pas remplies.

Un motif de justification que la Cour accepte de prendre en compte est la nécessité de lutter contre l'évasion ou la fraude fiscale. Faute d'harmonisation en matière fiscale, la Cour admet que le risque d'évasion ou de fraude fiscales peut être une justification suffisante pour mettre en place une législation discriminatoire ou portant atteinte aux libertés d'établissement ou de circulation[1076]. La Cour reconnaît qu'« *une mesure nationale restreignant la liberté d'établissement peut être justifiée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné.* »[1077]

425. – La lutte contre l'évasion fiscale : un motif d'intérêt général – La Cour, au fil d'une jurisprudence foisonnante, a fini par reconnaître que la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales, dans et hors de l'UE, était un motif d'intérêt général commun à tous ses membres. Elle continue d'affirmer que la fiscalité relève de la compétence des États membres, sous réserve du respect des traités européens. Ainsi, l'UE se

---

[1071] Une discrimination ou une entrave à une liberté prévue par le traité ne sont justifiables que pour des raisons impérieuses d'intérêt général. De plus, elles doivent permettre la réalisation de l'objectif poursuivi de manière proportionnée.

[1072] V., entre autre, CJCE, 16 juillet 1998, ICI, C-264/96, Rec. p. I-4695, point 28 ; CJCE, 6 juin 2000, *Verkooijen*, C-35/98, Rec. p. I-4071, point 59 ; CJCE, 2002, *Danner* ; CJCE, 2004, *Hughes de Lastyrie du Saillant* ; CJCE, 2004, *Manninen*.

[1073] CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, C-204/90, Rec., p.I-283, point 28.

[1074] CJCE, 28 janvier 1992, *Commission/ Belgique*, C-300/90, Rec. p. I-305.

[1075] La justification de cohérence d'un système fiscal ne peut être invoquée que si trois conditions sont remplies. Tout d'abord, seul un contribuable peut être concerné. Puis, il ne doit s'agir que d'un seul type d'impôt et enfin, il doit exister un lien direct entre l'avantage fiscal et l'imposition. Voir, entre autre, CJCE, 12 décembre 2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH*, C- 324/00, Rec., p. I-11815, point 42.

[1076] V., CJCE, 13 décembre 2005, *Marks and Spencer plc*, C-446/03, Rec., p. I-10882, point 49.

[1077] CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc*, C-196/04, Rec., p. I-8047, point 51 ; CJCE, ICI, précité, point 26 ; CJCE, *Lankhorst-Hohorst GmbH*, préc., point 37 ; CJCE, *Hughes de Lastyrie du Saillant*, précité, point 50 ; CJCE, *Marks and Spencer plc*, préc., point 57.

trouve totalement légitime à intervenir dans ce domaine. Mais elle admet désormais, que les États peuvent déroger aux principes européens pour se protéger des États non coopératifs favorisant l'évasion et la fraude. Cet état des choses à l'heure actuelle ne peut qu'engendrer des situations de confusion entre les membres et retarder encore la possibilité d'une mise en place d'une politique fiscale européenne harmonisée. En effet, reconnaitre que les États peuvent déroger aux traités au motif de se protéger contre l'évasion ou la fraude constitue une barrière supplémentaire aux souhaits communautaires de créer une fiscalité unique.

Alors que la CJCE a fondé l'admission du caractère d'intérêt général conféré à la lutte contre l'évasion et la fraude sur le motif qu'il n'existe pas d'harmonisation des législations en Europe, il est à craindre que cela engendre plus de confusion que de coopération. Comme le souligne Dominique Berlin, « *les avancées jurisprudentielles ont sans doute un prix qui est celui de l'incertitude. En effet, la ligne jurisprudentielle apparaît plus souvent comme une ligne brisée que comme une ligne droite.* »[1078] En effet, chaque État rédigera sa législation dans les termes qui l'arrangent le plus, à charge pour la CJCE de venir remettre un peu d'ordre dans ce capharnaüm, sachant que « *tout est affaire d'espèce et de rapport de force.* »[1079] Il reste à espérer que la Commission européenne, très impliquée dans les problématiques de fiscalité, réussisse à mettre en place des règles communes en matière de coopération fiscale.

B) La légitimité de l'action européenne en matière de fiscalité directe

426. – L'UE compte autant de politiques fiscales que de membres, la fiscalité directe étant un domaine relevant exclusivement du niveau national. Pour clarifier ce qui relève des États membres ou de l'Union, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne détermine dans ses articles 3 à 6 les compétences de chacun. L'article 3 liste les compétences exclusives de l'UE[1080]. L'article 4 énumère les

---

[1078] D. BERLIN, « Fiscalités nationales et libertés de circulation communautaire : propos provocateurs », *LPA*, 11 décembre 2008, n° 248, p. 13.

[1079] *Ibid.*, p.13.

[1080] L'article 3 du TFUE dispose que « 1. L'Union dispose d'une compétence exclusive dans les domaines suivants: a) l'union douanière; b) l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur; c) la politique monétaire pour les États membres dont la

compétences partagées entre les deux acteurs[1081]. L'article 5 concerne les politiques économiques[1082]. Enfin, l'article 6 détermine les compétences réservées aux États membres[1083]. Toutefois, déléguer un grand nombre de leurs compétences à l'Union n'a pas été facile pour les États, qui ont pu se sentir déposséder. La matière fiscale étant très sensible est alors restée aux États et est considérée comme la compétence régalienne « reine » **(1)**. Toutefois, et malgré l'apparition des fondements du futur principe de subsidiarité, l'UE s'est investi de plus en plus dans le domaine de la fiscalité directe **(2)**.

---

monnaie est l'euro; d) la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche; e) la politique commerciale commune. 2. L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. »

[1081] L'article 4 du TFUE prévoit que « 1. L'Union dispose d'une compétence partagée avec les États membres lorsque les traités lui attribuent une compétence qui ne relève pas des domaines visés aux articles 3 et 6. 2. Les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux principaux domaines suivants: a) le marché intérieur; b) la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent traité; c) la cohésion économique, sociale et territoriale; d) l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer; e) l'environnement; f) la protection des consommateurs; g) les transports; h) les réseaux transeuropéens; i) l'énergie; j) l'espace de liberté, de sécurité et de justice; k) les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le présent traité. 3. Dans les domaines de la recherche, du développement technologique et de l'espace, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions, notamment pour définir et mettre en œuvre des programmes, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les États membres d'exercer la leur. 4. Dans les domaines de la coopération au développement et de l'aide humanitaire, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions et une politique commune, sans que l'exercice de cette compétence ne puisse avoir pour effet d'empêcher les États membres d'exercer la leur. »

[1082] L'article 5 du TFUE dispose que « 1. Les États membres coordonnent leurs politiques économiques au sein de l'Union. À cette fin, le Conseil adopte des mesures, notamment les grandes orientations de ces politiques. Des dispositions particulières s'appliquent aux États membres dont la monnaie est l'euro. 2. L'Union prend des mesures pour assurer la coordination des politiques de l'emploi des États membres, notamment en définissant les lignes directrices de ces politiques. 3. L'Union peut prendre des initiatives pour assurer la coordination des politiques sociales des États membres. »

[1083] L'article 6 du TFUE est rédigé ainsi : « L'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres. Les domaines de ces actions sont, dans leur finalité européenne: a) la protection et l'amélioration de la santé humaine; b) l'industrie; c) la culture; d) le tourisme; e) l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport; f) la protection civile; g) la coopération administrative. »

1- La priorité aux États membres ?

427. – Un domaine réservé – La matière fiscale est un domaine relevant exclusivement de la compétence des États membres. Les États membres conservent l'essentiel de leur souveraineté fiscale, considérée comme une compétence régalienne. Comme l'ont affirmé P. Dominati et E. Bocquet dans leur rapport au Sénat, « *de manière inédite dans l'histoire économique, les États membres de la zone euro partagent la même politique monétaire mais conservent chacun leur liberté budgétaire* »[1084]. De plus, ainsi que souligne un auteur, « *on pensait que [l'administration fiscale] n'avait pas besoin d'aide ou l'assistance d'autres services de l'État ni de recourir à des pays tiers ou à des organisations internationales pour identifier les fraudeurs et les poursuivre* »[1085]. Pourtant il s'est vite avéré qu'une coopération était inévitable.

428. – L'intervention de la Commission – Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur et veiller à la protection des intérêts financiers de l'Union, la Commission a la possibilité d'inciter et d'encourager les États membres à coopérer entre eux. Pour cela, elle est chargée de coordonner les différentes politiques nationales entre elles et de veiller à l'absence de violation des règles du droit européen. C'est elle qui va donner l'impulsion à l'action coopérative en Europe depuis la création des communautés européennes. En effet, bien que la fiscalité directe relève du domaine des États, ils restent tout de même dans l'obligation de légiférer en respectant les principes fondamentaux européens. Il ne leur est pas permis de prendre les règles qu'ils désirent quand elles sont contraires au droit européen. « *C'est ainsi que la loi nationale qui réprime la fraude (…) doit être euro-compatible* » [1086].

Par conséquent, la Commission européenne « *coordonne et facilite la coopération administrative fiscale entre les États membres mais n'intervient jamais dans le cadre des*

[1084] P. DOMINATI et E.BOCQUET, *Rapport fait au nom de la commission d'enquêtes sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales*, rapport au Sénat n°673, JO 18 juillet 2012.

[1085] S. JEANNARD, « La coordination de la lutte contre la fraude fiscale opérée par le droit de l'Union européenne », *RFFP*, 01/08/2014, n°127, p.141.

[1086] Ph. MARCHESSOU et B. TRESCHER, *Op. Cit.*, p.100.

échanges eux-mêmes, qui ressortent de la compétence exclusive des États membres et de leur souveraineté en matière fiscale »[1087].

429. – La directive « Épargne » : un exemple de la confusion européenne - Un parfait exemple de la volonté des États de conserver leur pouvoir dans cette matière et de la confusion engendrée est la directive « épargne »[1088].

Cette directive concerne la fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts. Il s'agit d'une application particulière de la directive 77/799/CEE aux produits de l'épargne. Elle a pour objectif de lutter contre la fraude dans la mesure où ces revenus sont imposables pour les résidents des États membres et qu'il convient donc d'éviter que des législations plus avantageuses existent dans certains États membres. La présente directive tend à ce *que « les revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts effectués dans un État membre en faveur de bénéficiaires effectifs, qui sont des personnes physiques ayant leur résidence dans un autre État membre, soient effectivement imposés conformément aux dispositions législatives de ce dernier État membre.* » Dans ce cas, l'échange de renseignements doit être automatique et le secret bancaire désactivé. Pour permettre l'application de cette directive, divers instruments ont été mis en place, comme un format informatique d'échange d'informations. Il est proposé également aux États membres d'utiliser le réseau sécurisé CCN/CSI pour le transport des données relatives à la fiscalité de l'épargne. Enfin, les États membres devront fournir à la Commission une liste de statistiques sur les informations échangées ou sur les cas de retenues à la source.

La Commission a publié son premier rapport sur la mise en œuvre de la directive sur l'épargne en 2008. D'après ce rapport, la directive a été efficace dans son champ d'application et a aussi entraîné les contribuables à déclarer plus systématiquement les intérêts qu'ils perçoivent dans un État autre que celui de leur résidence. Néanmoins, la Commission propose des améliorations (sur le bénéficiaire effectif, définition de l'agent payeur, traitement des instruments financiers équivalents à ceux explicitement couverts, divers aspects procéduraux) afin de rendre la directive encore plus efficace. Le Royaume-Uni est le pays ayant communiqué pour les valeurs

---

[1087] M. PEROLAT, « La coopération administrative dans l'Union européenne : un état des lieux », *in La nouvelle coopération fiscale internationale*, Colloque du 15 juin 2010 à l'Ecole de droit de la Sorbonne, *Dr. fisc.* n°42-43, 21 octobre 2010, p. 28, §46.

[1088] Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, JOUE L. 157 du 26 juin 2003, pp.38-48.

les plus importantes (9.1 milliards d'euros du 1/07/2005 au 5/04/2006). La Suisse (45% des recettes totales) et le Luxembourg (22% des recettes totales) sont ceux pratiquant le plus la retenue à la source (67% des recettes provenant des retenues à la source à eux deux). Les pays bénéficiant le plus des recettes provenant des retenues à la source sont l'Allemagne (192.7 millions d'euros) et l'Italie (112.9 millions d'euros). Enfin, la Belgique perçoit du Luxembourg plus de 74% de ses recettes provenant de retenues à la source.

La directive Épargne a été modifiée par une directive du 24 mars 2014[1089] afin de renforcer, entre autres, les règles existantes en matière d'échange d'informations sur les revenus de l'épargne et de permettre ainsi une lutte plus efficace contre les paradis fiscaux. Transposée dans tous les États membres au 1er janvier 2016, l'Autriche est le seul pays à avoir demandé un délai, jusqu'au 31 décembre 2016. Depuis le 1er janvier 2016, la directive de 2003 était devenue superflue depuis l'introduction de la norme de déclaration « *Common Reporting Standard* »(CRS)[1090] au sein de l'UE. En effet, la directive 2014/107/UE[1091] a un champ d'application plus large, car elle n'impose pas l'échange de renseignements sur l'épargne des non-résidents, mais sur les intérêts, dividendes et revenus analogues, sur le solde des comptes financiers et sur les produits de vente d'actifs financiers de toutes les personnes vivant dans un État membre de l'UE. À partir de 2017, la transmission des informations deviendra obligatoire.

2- Les compétences réservées

430. – Les prémices d'un principe de subsidiarité[1092] – Né essentiellement de la crainte des États de se voir déposséder de toutes leurs compétences au profit de

---

[1089] Directive 2014/48/UE du Conseil du 24 mars 2014 modifiant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, JOUE du 15 avril 2014, L 111/50.

[1090] Cf. *supra* n°367 et s.

[1091] Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, JO L 359 du 16 décembre 2014, 4. Cf. *infra* n°448-449.

[1092] Sur le principe de subsidiarité, v., entre autres, C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Op. Cit.*, p.349-360 ou J. RIDEAU, *Op. Cit.*, p. 602-621 ; F. BERGER, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire », *LPA,* 1992, n°79, p.40 ; H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences

l'Union, le principe de subsidiarité, qui est introduit dans l'ordre juridique communautaire en 1992 avec le Traité de Maastricht, est l'un des trois principes fondamentaux de l'exercice des compétences de l'UE selon l'article 5 du traité sur l'UE. Ainsi, il est prévu, en vertu du principe d'attribution, que l'Union européenne ne possède que les compétences qui lui sont attribuées par les traités. Le principe de proportionnalité lui impose d'exercer ses compétences sans excéder ce qui est nécessaire pour permettre la réalisation des objectifs contenus dans les Traités. Quant au principe de subsidiarité, il prévoit que, s'agissant des compétences partagées, les États membres restent maîtres des décisions, sauf si l'UE estime qu'elle est en mesure d'agir plus efficacement que ceux-ci. Il donne donc clairement la priorité aux États, que s'ils apparaissent moins efficaces que l'Union devront la laisser agir. De cette manière, les États sont rassurés quant à leur souveraineté et les objectifs de l'Union sont protégés.

431. – Le caractère international de la fraude et de l'évasion fiscales – En matière fiscale, l'UE a fait une application régulière de la subsidiarité, pour pouvoir intervenir dans ce domaine. Dans la directive du 19 décembre 1977, elle rappelle le caractère international du problème de la fraude et de l'évasion fiscales et estime que « *les mesures nationales, dont les effets ne s'étendent pas au-delà des frontières d'un État, sont insuffisantes, et que la collaboration entre administrations, surtout la collaboration entre administrations, sur la base d'accords bilatéraux, est également incapable de faire face aux formes nouvelles de fraude et d'évasion fiscales, qui prennent de plus en plus un caractère multinational* ». C'est ce caractère international de la fraude et de l'évasion fiscales, qui est la légitimation de l'action de l'Union dans cette matière. L'UE légiférant à un niveau européen, apparaît pouvoir concourir plus efficacement à la résolution de ces problèmes. En effet, à un problème international, il convient d'appliquer une réponse internationale. Citée dans toutes les directives relatives à l'assistance mutuelle qui suivront, la directive 77/799/CEE reste la base de la justification de l'intervention de l'UE dans la matière fiscale[1093].

---

entre la Communauté et ses membres », *Rev. Marché unique*, 1992, p.165 ; J. L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, 1997 ; P. A. FERAL, « Le principe de subsidiarité dans l'Union européenne », *RDP*, 1996, p. 203 ; A. MAITROT de la MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, Thèse, L.G.D.J, 2005, Paris, n°485 et s.

[1093] Cf. *infra* n°438.

432. – La volonté de la Commission – La Commission européenne a commencé son travail de propositions dès 1962[1094]. Celui-ci s'est intensifié avec la crise financière de 2008. Aujourd'hui, on recense un nombre incalculable *« de cadavres de rapports sur les questions fiscales et de propositions d'harmonisation sans suite »*[1095] qui parsèment la longue marche de la Commission vers la coopération fiscale au sein de l'UE. Le constat de ces deux auteurs semble un peu sévère, car nous le verrons, les efforts de la Commission n'auront pas été vains, même s'ils restent encore perfectibles.

433. – Conclusion de la Section 1 – Des balbutiements de la coopération en matière fiscale à la liste des États et territoires non coopératifs, il aura fallu à l'Union européenne plusieurs décennies avant de s'intéresser aux problèmes des paradis fiscaux et de l'absence de coopération entre les États membres. Le temps écoulé n'est guère étonnant dans la mesure où la lutte contre les paradis fiscaux – et la fiscalité en général – ne figure pas parmi les domaines naturels d'intervention de l'Union européenne. En effet, la fiscalité a toujours été considérée comme une prérogative régalienne empêchant une ingérence extérieure. Néanmoins, afin de lutter contre la concurrence dommageable née des disparités de la fiscalité entre les États membre, la commission a très tôt commencé à s'intéresser à la question des *« oasis fiscales »*. Les autres institutions s'en sont, dans une moindre mesure, préoccupées lorsque l'on a pris conscience de ce que les impératifs liés au marché intérieur et à son entier déploiement pouvaient être freinés par lesdites *« oasis »*. L'action de la Commission s'est ensuite trouvée légitimée par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

Au sein de l'Union européenne, la lutte contre les paradis fiscaux n'en est plus à ses simples balbutiements. Tout au contraire, elle a aujourd'hui développé un arsenal de plus en plus performant en matière de coopération fiscale **(Section 2)**.

[1094] Dès les années 1960, la Commission sort des rapports et des communications sur la nécessité d'une harmonisation ou tout au moins d'une coopération des systèmes nationaux en matière fiscale. Voir, le rapport Neumark de 1962 et les directives des années 1970.

[1095] C. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Op. Cit.*, p.99.

Section 2

La coopération fiscale dans l'Union européenne

434. – Parler de l'avenir de la coopération fiscale dans l'Union européenne, c'est d'abord parler du présent. Analyser le présent pour déterminer si un avenir est nécessaire et surtout c'est tenter de déterminer la tournure que celui-ci pourrait éventuellement prendre.

Le constat est net. La coopération fiscale dans l'UE a connu des avancées significatives et a été régulièrement renforcée, elle est passée récemment du principe de l'échange de renseignements sur demande à l'échange automatique **(§1)**. De nombreuses procédures viennent renforcer la coopération entre les administrations fiscales des États membres **(§2)**.

§1 De l'échange sur demande à l'échange automatique de renseignements

435. – Initialement[1096], l'UE était concentrée sur l'échange classique sur demande **(A)**. Les dernières évolutions ont fait apparaître une volonté de mettre en place une FATCA à l'européenne **(B)**.

[1096] Cf. *infra* n°437-438.

A) L'échange sur demande

436. – L'échange d'informations en matière fiscale s'est peu à peu imposé au sein de l'UE, grâce, comme cela a été souligné précédemment, à l'action de la Commission, mais aussi grâce à la législation du Conseil européen **(1)**. La directive de 2011 du Conseil européen prévoit trois façons d'échanger les informations **(2)**.

1- Les actions principales du Conseil européen en matière d'échange d'informations

437. – La directive du 15 mars 1976 – La première directive mettant en place le principe d'assistance mutuelle est la directive du 15 mars 1976[1097]. Son champ d'application reste néanmoins limité, car elle ne concerne que le recouvrement des créances liées au système de financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, de prélèvements agricoles et de droits de douane.

La directive de 1976 concerne l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances. Lorsque l'autorité requérante (autorité compétente d'un État membre qui formule une demande d'assistance relative à une créance visée par la présente directive) désire obtenir le remboursement d'une créance, elle adresse une demande à l'autorité requise (autorité compétente d'un État membre à laquelle une demande d'assistance est adressée). Sur cette demande, l'autorité requise communique les renseignements utiles pour permettre le remboursement d'une créance (nom et adresse de la personne débitrice, nature et montant de la créance).

Ensuite, l'autorité requise notifie au destinataire tous les actes et toutes les décisions relatifs à la créance ou à son recouvrement émanant de l'État de l'autorité requérante. Sur cette demande de l'autorité requérante, l'autorité requise procède au recouvrement des créances faisant l'objet d'un titre qui en permet l'exécution.

La demande de recouvrement par l'autorité requérante n'est possible que si elle est accompagnée d'un titre qui en permet l'exécution, si elle n'est pas contestée dans l'État de celle-ci et si les mesures prises dans cet État n'ont pas abouti au paiement intégral de la créance.

[1097] Directive du Conseil européen 76/308/CEE du 15 mars 1976, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1976:073:0018:0023:FR:PDF.

Le recouvrement est effectué dans la monnaie de l'État membre de l'autorité requise. Cette dernière peut, avec l'accord de l'autorité requérante, octroyer au redevable un délai de paiement dont les intérêts sont transférés à l'autorité requérante.

Si un intéressé conteste la créance ou le titre émis dans l'État de l'autorité requérante, il peut porter l'action devant l'instance compétente de cet État. En revanche, si la contestation porte sur les mesures d'exécution prises dans l'État de l'autorité requise, l'action est portée devant les tribunaux de cet État. Dès que l'autorité requise a pris connaissance de l'introduction de l'action, elle suspend la procédure d'exécution.

Les questions concernant la prescription sont régies par les règles de l'État de l'autorité requérante.

Les États membres renoncent, de part et d'autre, à toute restitution des frais résultant de l'assistance mutuelle rendue en vertu de la présente directive. L'État de l'autorité requérante est, cependant, responsable des conséquences pécuniaires d'actions reconnues non justifiées quant à la réalité de la créance ou à la validité du titre émis par l'autorité requérante. Les questions relatives à l'application de cette directive sont examinées par un Comité de suivi créé à cet effet.

438. – La directive du 19 décembre 1977 – Relevant le « *caractère international* » du problème de la fraude et de l'évasion fiscales, le Conseil européen a adopté la directive du 19 décembre 1977[1098] qui prévoit le principe d'assistance mutuelle en matière d'impôts directs, ainsi que les cas et les moyens de mise en œuvre de celle-ci par les autorités compétentes entre pays membres. Cette directive a été modifiée plusieurs fois ultérieurement, le fond restant le même. Si la directive n'a en principe pas de portée générale, elle oblige tout de même les États destinataires qu'elle désigne. La pratique des institutions montre qu'elles ont de plus en plus tendance à viser tous les États membres dans un souci d'harmonisation des législations nationales. Ainsi, les États parties au traité CE sont tenus de transposer la directive dans leur ordre juridique interne, sous peine d'être sanctionnés[1099] et doivent mettre

[1098] Directive du Conseil européen 77/799/CEE du 19 décembre 1977, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1977:336:0015:0020:FR:PDF.

[1099] Le recours en manquement est la procédure qui aboutit à un arrêt de la CJCE imposant à l'État de prendre les mesures d'exécution nécessaires pour se conformer à ses obligations. Il est souvent utilisé

en œuvre tous les moyens pour qu'elle puisse être appliquée dans les meilleurs délais[1100]. Dans la matière qui nous intéresse, les directives précitées relatives à l'assistance mutuelle sont toutes aujourd'hui applicables dans l'ensemble de l'UE.

439. – La directive du 15 février 2011[1101] – Cette directive abroge la directive 77/799/CEE. Elle a pour objectif de fixer les règles et procédures destinées à permettre aux États membres de coopérer et d'échanger entre eux des données à caractère fiscal. Elle détaille les trois différentes formes d'échange de renseignements : l'échange sur demande, automatique ou spontané.

440. – La directive du 9 décembre 2014[1102] – Cette directive modifie la directive de 2011 afin d'intensifier la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales en prenant exemple sur les États-Unis et l'OCDE et en faisant de l'échange automatique de renseignements le principe et non plus une simple possibilité[1103].

Trois catégories d'échange de renseignements existent dans l'UE et sont largement inspirées de la pratique internationale.

2- Les trois catégories d'échange de renseignements

442. – L'échange sur demande – L'échange de renseignements, et c'est le cas le plus fréquent, intervient sur demande d'un État. L'État requérant adresse une demande d'assistance claire et précise à l'État requis, afin d'éviter la « *pêche aux renseignements* ». L'administration requise procède ensuite, et si nécessaire, à une enquête administrative de façon à obtenir les informations demandées. La

---

dans les cas de non-transposition, de transposition tardive ou indirecte des directives. Pour plus de détails, v., C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Op. Cit*., p. 558-561.

[1100] Les États ont, généralement, entre six mois et deux ans pour transposer la directive. Avant ce délai, ils n'ont pas l'obligation de l'appliquer, mais selon la CJCE, ils ne doivent pas s'adonner à des pratiques pouvant « compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive », CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c/ Région wallone*, aff. C129/96 : Rec. CJCE, I, p.7411.

[1101] Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE, JOUE L 64/1.

[1102] Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014, *Op. Cit.*

[1103] Cf. *infra* n°447-448.

communication des informations doit se faire le plus rapidement possible et au plus tard dans le délai de six mois à compter de la réception de la demande.

442. – L'échange spontané – Un État membre peut fournir, spontanément, des renseignements à un autre État membre. L'échange spontané d'informations s'applique lorsque qu'un État membre détient des informations qu'il pense être utiles à un autre État membre. L'échange spontané recouvre cinq hypothèses, dans lesquelles un État membre a des raisons de supposer qu'une perte ou une diminution d'impôts dans un autre État membre existe. Elles sont listées dans la directive de 2011[1104]. Les informations sont communiquées dans les plus brefs délais ou au plus tard un mois après leur disponibilité.

443. – L'échange automatique – L'échange de certains renseignements peut se faire d'office ou automatiquement. Depuis le 1er janvier 2014, les revenus professionnels, les jetons de présence, les produits d'assurance-vie non couverts par un autre texte européen, les pensions et la propriété et les revenus de biens immobiliers doivent être communiqués automatiquement et obligatoirement à l'État dans lequel réside la personne en cause. Ces informations sont transmises une fois par an aux États concernés ou *« au plus tard six mois après la fin de l'exercice fiscal de l'État membre au cours duquel les informations sont devenues disponibles. »*[1105]

444. – En matière de TVA – S'agissant de l'échange d'informations en matière de TVA, le règlement n°904/2010 précité a mis en place un dispositif spécial appelé « Eurofisc ». Les États membres participent de façon volontaire et s'échangent instantanément des informations ciblées sur les opérateurs intracommunautaires frauduleux. Eurofisc est compétent essentiellement dans quatre domaines : la fraude carrousel[1106], la fraude aux véhicules et aux moyens de transports, la fraude à la procédure 42[1107]. Il organise un observatoire des nouvelles fraudes à la TVA. Depuis

---

[1104] Article 9 de la directive 2011.

[1105] Article 8 al. 6 de la directive 2011/16/UE.

[1106] La fraude carrousel *« est une fraude à la TVA impliquant plusieurs entreprises d'une même chaîne commerciale généralement établies dans au moins deux États membres de l'Union européenne. Cette fraude consiste à obtenir la déduction ou le remboursement de la TVA afférente à une livraison de biens alors que celle-ci n'as pas été reversée, de façon abusive au Trésor par le fournisseur. »* V., Memento TVA 2014-2015, *Éd. Francis Lefebvre*, 2014, n°20420

[1107] L'article 42 du Code des douanes dispose qu'*« indépendamment des obligations prévues par le présent code, les importateurs et les exportateurs doivent se conformer à la réglementation du contrôle du commerce*

son entrée en vigueur le 1er janvier 2011, plus de 45 000 informations ont été échangées sur 16 000 sociétés pour un montant de 10 milliards d'euros. 1 751 sociétés ont été mises sous surveillance suite à ces échanges[1108].

Ces outils sont relativement efficaces. L'UE a néanmoins renforcé sa législation avec la directive du 9 décembre 2014.

B) **L'échange automatique : la FATCA à l'européenne**

445. – Prévu depuis la directive de 2011, l'échange automatique de renseignements au sein de l'UE s'est vu s'intensifier ces dernières années **(1)**. La directive 2014/107/UE instaure de nouveaux principes **(2)**.

1- La mise en place de l'échange automatique d'informations dans l'UE

446. – L'exemple américain – Le *Foreign Account Tax Compliance Act*[1109] est une législation nord-américaine destinée à renforcer la lutte contre l'évasion fiscale et la législation déjà existante en matière d'obligation de déclaration des comptes détenus à l'étranger. Elle est codifiée aux articles 1471 à 1474 du Code des impôts américain. Elle impose aux institutions financières des États ayant signé un accord avec le Département du Trésor américain de lui transmettre toutes les informations sur les comptes bancaires détenus par des citoyens américains résidents ou non aux États-

---

extérieur ainsi qu'à la législation relative aux relations financières avec l'étranger » et l'article 42 *bis* que « *toutes autorisations dans le domaine du commerce extérieur, et notamment les licences ou autorisations nécessaires pour l'importation ou l'exportation des biens de toute nature, ne peuvent être délivrées qu'après production d'une déclaration des demandeurs affirmant, sous leur responsabilité, la régularité de leur situation tant au regard des organismes chargés de la gestion des services de sécurité sociale qu'au regard des administrations chargées du recouvrement des impôts et taxes.* » La fraude à la procédure 42 consiste dans le non-respect des conditions d'exonération de TVA, prévue à ces articles, d'une importation suivie d'une livraison intracommunautaire.

[1108] Conférence de presse de Valérie PECRESSE, ministre du Budget, des Comptes publics et de la Réforme de l'État du 24 nov. 2011, www.economie.gouv.fr/files/DP%20lutte%20fraude.pdf (consulté en juin 2015).

[1109] Cf. *supra* n°175-199.

Unis. Le non-respect de cette obligation engendre pour l'institution financières des pénalités financières, soit le prélèvement d'un impôt à la source de 30% sur les revenus de source américains, mais également le refus d'octroi ou le retrait de l'agrément accordé aux banques et souhaitant exercer sur le sol américain[1110].

Par exemple, la France a signé, le 14 novembre 2013, un accord avec l'ambassadeur des États-Unis en France visant à mettre en œuvre la loi FATCA. Il s'agit de rendre l'échange d'informations automatique entre les deux États pour les comptes concernés par l'obligation de déclaration[1111].

La FATCA semble s'étendre ailleurs qu'aux USA[1112]. Une demande pour l'adoption d'un système similaire a été adressée à la Commission européenne par les ministres des Finances français, britannique, allemand, espagnol et italien[1113]. Ce d'autant plus que la clause de la nation la plus favorisée prévue par l'article 19 de la directive de 2011 permettra l'adoption d'une telle législation. En effet, si un État membre accorde à un pays tiers une coopération plus étendue que celle prévue par la directive, il doit l'accorder également aux États membres qui le souhaitent. Il faut bien convenir que la mise en place de la FATCA constituerait une avancée capitale dans la coopération fiscale pour l'UE, parce qu'elle ferait de l'échange automatique de renseignements le principe[1114].

447. – L'avancée européenne – Lors du Conseil européen du 22 mai 2013 consacré à la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, il a donc été décidé de doter l'UE *« d'un FATCA européen »*[1115] afin d'intensifier l'échange d'informations[1116].

[1110] Pour une étude approfondie sur la FATCA, v., entre autres, J. RICHARD HARVEY Jr, « Worldwide taxation of United States citizens living abroad – Impact of FATCA and two proposals », *George Mason Journal of International Commercial Law*, Suller, 2013 ; A. J. COCKFIELD, « The limits of the international tax regime as a commitment projector », *Virginia Tax Review*, Summer, 2013 ou P. MARCOTTE, « IRS winning game of offshore hide and seek », *Maryland Bar Journal*, May/June 2013.

[1111] V., entre autres, « Évasion fiscale : Paris signe un accord avec les États-Unis », *Le Monde*, 14 nov. 2013, « Fatca : la France a signé l'accord fiscal avec les États-Unis », *La Tribune*, 14 nov. 2013.

[1112] V., par exemple, F. PERROTIN, « Lutte contre la fraude fiscale : vers un FATCA européen », *LPA* n°102, 22 mai 2013, p.4 ;

[1113] Courrier du 9 avril 2013 adressé à Algirdas SEMETA, commissaire européen en charge de la fiscalité, www.economie.gouv.fr/files/courrier_algirdas_semeta.pdf (consulté en juin 2015).

[1114] COM(2013) 348 final du 12 juin 2013, proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

[1115] F. PERROTIN, *Op. Cit*.

L'Union européenne a adopté la directive 2014/107/UE le 9 décembre 2014[1117]. Cette décision fait suite, comme le rappelle le Conseil européen, à l'adoption de la FATCA et de l'accord de l'OCDE sur l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers. Il rappelle l'importance de l'échange automatique de renseignements dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et les initiatives américaines et de l'OCDE[1118]. Dans la même lignée, le Conseil européen a demandé à ce que l'échange automatique de renseignements soit plus étendu et devienne la norme au niveau européen. Ce type d'échange était déjà prévu par la directive 2011/16/UE, mais n'était qu'une possibilité parmi les autres modes d'échanges. En adoptant en 2014 cette nouvelle directive, le Conseil entend « mettre un coup d'arrêt à la dissimulation d'avoirs à l'étranger »[1119].

2- Les grands principes de la directive 2014/107/UE

448. – La directive 2011/16/UE – Modifiée par la directive 2014/107/UE, elle reste l'instrument législatif européen principal en ce qui concerne l'assistance administrative dans le domaine fiscal. Elle établit toutes les procédures de coopération entre les États membres[1120], c'est-à-dire les échanges d'informations sur demande, spontanés, automatiques, les contrôles simultanés, la participation aux enquêtes administratives ou encore les notifications des décisions fiscales.

[1116] Cons. eur., 22 mai 2013, concl. EUCO 75/13 : *Dr. fisc*. 2013, n°22, act. 298.

[1117] Directive 2014/107/UE, *Op. Cit*.

[1118] Le Conseil note que « l'importance de l'échange automatique d'informations comme moyen de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales transfrontières a été récemment reconnue au niveau international (G20 et G8) également. Après les négociations menées entre les États-Unis d'Amérique et plusieurs autres pays, dont tous les États membres, afin de conclure des accords bilatéraux d'échange automatique visant à mettre en œuvre la législation des États-Unis communément appelée «FATCA» (*Foreign Account Tax Compliance Act*), le G20 a chargé l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) d'élaborer, en s'inspirant de ces accords, une norme mondiale unique pour l'échange automatique de renseignements en matière fiscale. »

[1119] F. PERROTIN, « La lutte contre la fraude fiscale s'intensifie », *LPA* du 25/02/2016, n°40, p.4.

[1120] Cf. *infra* n°442-444 et n°451-464.

La directive de 2014 a modifié celle de 2011 en étendant la coopération entre les administrations fiscales à l'échange automatique d'informations relatives aux comptes financiers et aux décisions fiscales en matière transfrontière.

449. – Les changements apportés par la directive de 2014 – Toutes les procédures de coopération prévues par la directive de 2011 sont restées identiques. La directive de 2014 a étendu le champ d'application de l'échange d'informations aux comptes financiers. Les États membres doivent fournir, à partir du 1er janvier 2017, automatiquement, sans demande préalable, les informations concernant les intérêts, les dividendes et tous revenus similaires, le produit de la vente d'actifs financiers et autres revenus et les soldes des comptes[1121]. La directive a été transposée par la France le 28 décembre 2015[1122].

[1121] L'article 1er de la directive 2014/107/UE modifie la directive de 2011 en insérant dans l'article 8 un paragraphe 3 *bis* rédigé ainsi : « Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que ses Institutions financières déclarantes soient tenues d'appliquer les règles en matière de déclaration et de diligence raisonnable énoncées dans les annexes I et II ainsi que pour garantir la mise en œuvre effective et le respect de ces règles conformément à l'annexe I, section IX. Conformément aux règles applicables en matière de déclaration et de diligence raisonnable énoncées dans les annexes I et II, l'autorité compétente de chaque État membre communique à l'autorité compétente d'un autre État membre, dans le cadre de l'échange automatique et dans le délai fixé au paragraphe 6, point b), les informations suivantes se rapportant aux périodes d'imposition à compter du 1er janvier 2016 en ce qui concerne un Compte déclarable: a) le nom, l'adresse, le ou les NIF et la date et le lieu de naissance (dans le cas d'une personne physique) de chaque Personne devant faire l'objet d'une déclaration qui est un Titulaire de ce compte et, dans le cas d'une Entité qui est Titulaire de ce compte et pour laquelle, après application des règles en matière de diligence raisonnable cohérentes avec les annexes, il apparaît qu'une ou plusieurs Personnes qui en détiennent le contrôle sont des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration, le nom, l'adresse et le ou les NIF de cette Entité ainsi que le nom, l'adresse et le ou les NIF et la date et le lieu de naissance de chacune de ces Personnes devant faire l'objet d'une déclaration; b) le numéro de compte (ou son équivalent fonctionnel en l'absence de numéro de compte); c) le nom et le numéro d'identification (éventuel) de l'Institution financière déclarante; d) le solde ou la valeur portée sur le compte (y compris, dans le cas d'un Contrat d'assurance avec valeur de rachat ou d'un Contrat de rente, la Valeur de rachat) à la fin de l'année civile considérée ou d'une autre période de référence adéquate ou, si le compte a été clos au cours de l'année ou de la période en question, la clôture du compte; e) dans le cas d'un Compte conservateur: i) le montant brut total des intérêts, le montant brut total des dividendes et le montant brut total des autres revenus produits par les actifs détenus sur le compte, versés ou crédités sur le compte (ou au titre du compte) au cours de l'année civile ou d'une autre période de référence adéquate; et ii) le produit brut total de la vente ou du rachat des Actifs financiers versés ou crédités sur le compte au cours de l'année civile ou d'une autre période de référence adéquate au titre de laquelle l'Institution

En application de cette directive, les établissements financiers établis dans les États membres de l'Union devront communiquer un certain nombre d'informations sur les comptes déclarables détenus par des contribuables résidant dans d'autres États membres. Les principales institutions concernées sont les banques et les établissements gérant des dépôts de titres, les sociétés d'assurance, les entités d'investissements s'occupant de la gestion individuelle ou collective de portefeuille ou développant une activité de transactions sur le marché monétaire, des changes ou les valeurs mobilières. Les banques centrales, les caisses de retraite, les fonds de pension publics ou encore certains organismes de placement collectif dispensés restent hors champ de la directive. Les comptes concernés par l'obligation de déclaration correspondent aux comptes et contrats d'assurance détenus par des personnes physiques et des entités, ce qui inclut les trusts, les fiducies, les fondations et les structures similaires, pour lesquelles doivent être identifiées les personnes physiques qui, le cas échéant, disposent de leur contrôle.

Par ailleurs, l'UE prévoit d'autres moyens visant à consolider l'échange de renseignements.

§2. La consolidation de l'échange de renseignements

450. – Au niveau européen, diverses actions ont été mises en place pour favoriser l'échange de renseignements entre les États membres. Les contrôles simultanés mis

---

financière déclarante a agi en tant que dépositaire, courtier, prête-nom ou représentant du Titulaire du compte; f) dans le cas d'un Compte de dépôt, le montant brut total des intérêts versés ou crédités sur le compte au cours de l'année civile ou d'une autre période de référence adéquate; et g) dans le cas d'un compte qui n'est pas visé au point e) ou f), le montant brut total versé au Titulaire du compte ou porté à son crédit au titre de ce compte, au cours de l'année civile ou d'une autre période de référence adéquate, dont l'Institution financière déclarante est la débitrice, y compris le montant total de toutes les sommes remboursées au Titulaire du compte au cours de l'année civile ou d'une autre période de référence adéquate. Aux fins de l'échange d'informations prévu au présent paragraphe, sauf dispositions contraires figurant dans le présent paragraphe ou figurant dans les annexes, le montant et la qualification des versements effectués au titre d'un Compte déclarable sont déterminés conformément à la législation nationale de l'État membre qui communique les informations. »

[1122] Loi n° 2015-1778 du 28 décembre 2015 autorisant l'approbation de l'accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers, JORF n°0301 du 29 décembre 2015, page 24318, texte n°3.

en place en 2007 en sont une première expression concrète **(A)**. La directive de 2011, modifiée par la directive de 2014, prévoit d'autres modes de coopération qui renforcent et améliorent l'efficacité de l'échange de renseignements **(B)**.

A) Les contrôles simultanés ou multilatéraux

451. – Ce type de dispositif date de 1991 avec l'adoption du « Programme Matthaeus »[1123] et permettait déjà aux États d'organiser des séminaires de formations pour les agents des douanes afin d'inciter à une uniformisation de l'application des règles douanières. Le programme Fiscalis a permis de manière effective d'instaurer les contrôles simultanés **(1)**. La procédure de mise en œuvre demande une véritable coordination entre les États membres parties au contrôle **(2)**.

1- La notion de contrôle multilatéral

452. – Les origines – Dans la décision commune du Parlement européen et de la Commission européenne du 3 décembre 2002, il est prévu que le programme communautaire Fiscalis instaure la possibilité pour les États membres de l'UE de mettre en œuvre des contrôles multilatéraux[1124]. Ce programme d'action communautaire adopté le 11 décembre 2007, pour une période allant de 2008 à 2013, par le Parlement européen et la Commission européenne est entré en vigueur le 1er janvier 2008. Il a été reconduit à partir du 1er janvier 2014 jusqu'en 2020. Ce type de

[1123] Décision n°31/341/CEE du Conseil du 20 juin 1991 portant adoption d'un programme d'action communautaire en matière de formation professionnelle des fonctionnaires des douanes (Programme Matthaeus), JO L. 187 du 13 juillet 1991, pp. 41-46. V., S. JEANNARD, « La coordination de la lutte contre la fraude fiscale opérée par le droit de l'Union européenne », *RFFP*, 01/08/2014, n°127, p.141 ou encore, « Les nouvelles coopérations administratives en matière fiscale au sein de l'Union européenne », *Dr. fisc.* n°43-44, 23 octobre 2014, 592.

[1124] Article 1, 7 et 12 de la décision de 2007.

contrôle existe, en matière d'impôts directs, depuis une directive de 1999[1125] et a été étendu aux droits d'accises en 2004[1126], puis à la TVA en 2010[1127].

Le contrôle fiscal multilatéral permet de faire intervenir différents acteurs de différents pays dans une même procédure de contrôle. Il s'agit d'un contrôle fiscal coordonné entre deux ou plusieurs États membres de l'UE[1128]. Le guide du contrôle multilatéral pour les auditeurs définit le CML ainsi : « *Le CML correspond à un arrangement dans lequel les États membres acceptent de mener ensemble un contrôle coordonné d'un ou plusieurs contribuables (personnes morales ou physiques) pour lesquels ils*

[1125] Dans la directive CE n°77/799, l'article 8 al.3 prévoit que « 3. L'autorité compétente d'un État membre peut refuser la transmission d'informations lorsque l'État intéressé n'est pas en mesure de fournir une transmission d'informations équivalentes pour des raisons de fait ou de droit. »

[1126] Règlement n°2073/2004 du Conseil européen du 16 novembre 2004 relatif à la coopération administrative dans le domaine des droits d'accises, publié au JOUE du 4 décembre 2004, L 359, p.1. L'article 12 dispose qu'« En vue d'échanger les informations visées à l'article 1er, deux États membres ou plus peuvent se mettre d'accord pour procéder, chacun sur son territoire, à des contrôles simultanés de la situation, au regard des droits d'accises, d'une ou plusieurs personnes qui présentent un intérêt commun ou complémentaire, à chaque fois que de tels contrôles apparaissent plus efficaces que des contrôles effectués par un seul État membre » et l'article 13 précise qu'« 1. Un État membre identifie de manière indépendante les personnes qu'il a l'intention de proposer pour qu'elles fassent l'objet d'un contrôle simultané. L'autorité compétente de cet État membre informe les autorités compétentes des autres États membres concernés du choix des dossiers proposés pour faire l'objet de contrôles simultanés. Elle motive son choix, dans toute la mesure du possible, en fournissant les renseignements qui ont conduit à cette décision. Elle précise le délai dans lequel il y a lieu d'effectuer les contrôles. 2. Les États membres concernés décident ensuite s'ils souhaitent participer aux contrôles simultanés. Sur réception d'une proposition de contrôle simultané, l'autorité compétente confirme à l'autorité homologue son acceptation ou son refus motivé d'effectuer ledit contrôle. 3. Chaque autorité compétente désigne un représentant chargé de diriger et de coordonner le contrôle. 4. Après un contrôle simultané, les autorités compétentes informent sans tarder les bureaux de liaison accise des autres États membres des mécanismes de fraude mis en évidence lors de ce contrôle simultané, lorsqu'elles estiment que ces informations présentent un intérêt particulier pour d'autres États membres. Les autorités compétentes peuvent aussi en informer la Commission. »

[1127] Le règlement n°904/2010 a été oublié au JOUE du 12 octobre 2010, L 268, p.1. L'article 29 dispose que « les États membres peuvent convenir de procéder à des contrôles simultanés chaque fois qu'ils jugent que de tels contrôles sont plus efficaces qu'un contrôle effectué par un seul État membre ». L'article 30 prévoit qu'il appartient à l'« État membre [d'identifier] de manière indépendante les assujettis qu'il a l'intention de proposer (…) [Il] motive son choix (…). »

[1128] V., J. BUISSON, « Les contrôles simultanés dans les États membres de l'Union européenne », *GFP*, n°12, Décembre 2011, p.940-944.

ont un intérêt commun ou complémentaire »[1129]. Par exemple, les administrations fiscales des pays nordiques, Danemark, Finlande, Norvège et Suède, effectuent des contrôles simultanés depuis quelques années déjà.

453. – Les objectifs du CML – Ils sont multiples. Le contrôle multilatéral permet d'abord de garantir que l'imposition sera correctement établie au regard des législations communautaire et nationale, grâce à une coopération administrative efficace, et ensuite de développer et de mutualiser les meilleures pratiques en matière de contrôles des opérateurs intracommunautaires. Sur ce point, la Newsletter « *Borderless in control* » consacrée à l'audit international publie à chaque édition l'expérience d'un CML, la façon dont il a été conduit et son résultat. Enfin, le CML promeut et facilite les contrôles fiscaux comme étant une part normale de l'activité de contrôle national.

454. – Les acteurs – Les participants à un CML, c'est-à-dire aussi bien les personnes qui conduisent la procédure que les vérificateurs, doivent avoir des connaissances et une expérience pratique solides dans les opérations de vérification dans leur pays d'origine. Il est aussi important qu'il y ait plusieurs vérificateurs ayant des spécialités différentes, par exemple, en matière de prix de transfert ou de fraude carrousel. Si les compétences linguistiques et la pratique d'une ou plusieurs langues étrangères sont un atout, elles ne déterminent pas la sélection des vérificateurs, des interprètes pouvant être fournis. En 2010, un groupe international de formateurs a été mis en place afin de donner des informations et de former les vérificateurs à la législation fiscale sur les impôts et les droits d'accises en vigueur dans les États membres de l'UE. Des groupes de travail de trente personnes maximum peuvent être organisés au niveau national ou régional et ils couvrent tous les sujets utiles à la pratique du CML (TVA, impôts directs, droits d'accises, prix de transfert…). De plus, les personnes formées peuvent participer activement à un CML réel relatif au thème du groupe de travail.

Il convient de préciser en premier lieu que chaque État membre a un coordinateur national en charge du CML. Il est toujours le premier contact pour toutes les activités

---

[1129] European Commission, « Multilateral Control Guide for auditors », Bruxelles, 31 décembre 2008, p.3 : *« MLC means an arrangement where Members States agree to carry out a co-ordinated control of one or more related taxable persons (both legal entities and individuals) where the control has a common or complementary interest* » (Trad. par nos soins).

relatives à ce type de contrôle. En second lieu, un CML peut être d'initiative étrangère. Par exemple, l'Italie demande à la France d'être partie à un CML, ou d'initiative nationale. C'est alors la France qui sollicite un État membre.

Dans le premier cas, c'est le bureau du contrôle fiscal n°3, section des Affaires européennes, de la sous-direction du contrôle fiscal de la DGFiP qui reçoit une proposition de contrôle multilatéral. Le bureau informe alors la direction compétente de l'engagement du CML. La proposition va être discutée avec le coordinateur des CML.

Dans la seconde situation, un service de programmation ou un vérificateur estime qu'un CML est nécessaire, car il apparaît qu'un ou plusieurs autres États membres sont concernés par la fraude relevée et que le contrôle fiscal purement national ne permettra pas d'aboutir à des résultats concluants. Le service ou le vérificateur adresse une lettre au bureau du contrôle fiscal n°3 dans laquelle il justifie le recours à un CML, identifie les personnes étrangères à vérifier et leur adresse. Le bureau informe alors les autorités étrangères visées de la proposition.

La décision d'organiser le CML une fois prise, plusieurs étapes sont à suivre pour respecter la procédure.

2- Les différentes étapes du contrôle

455. – La réunion de présélection – Peu important d'où vient l'initiative du CML, la chronologie du contrôle sera toujours la même, une fois que les États se sont mis d'accord sur le principe d'engager un CML et sur les personnes à vérifier. La première réunion – la réunion de présélection (« *preselection meeting* ») – est facultative. Elle a pour but d'échanger sur les informations de contexte du redevable, sur l'opportunité d'un CML concernant tel ou tel secteur, compagnies ou groupes. À la fin de cette réunion, les parties réaffirment ou non leur volonté de s'engager dans un contrôle multilatéral dans le cas d'espèce.

456. – La réunion initiale – La seconde rencontre est la réunion initiale (« *the start meeting* »). Elle est obligatoire pour commencer le contrôle. C'est le pays qui a initié le CML qui doit la préparer et l'organiser sur son territoire. Il doit rédiger le compte-

rendu de la réunion. La priorité est ici donnée aux informations collectées sur le contribuable dans chaque État partie au contrôle. Les vérificateurs présentent différents éléments concernant le contribuable, comme le contrôle sur pièces effectué ou son passé fiscal. Les problèmes pertinents concernant les impôts, les opérations à risques[1130] ou les « *régions à risques* »[1131] sont également mis en exergue. L'objectif est d'avoir à la fin de la rencontre une image aussi fidèle que possible de la structure commerciale et fiscale du redevable. Les membres du contrôle décident ensuite d'un mode opératoire commun. Les États se mettent d'accord sur le plan du CML, c'est-à-dire sur les périodes et impôts à vérifier ou les personnes à vérifier dans chaque État. Un calendrier fixant la date de début du CML dans chaque État et la date de la réunion finale est défini. Le principe de la communication des informations et de l'échange de renseignements durant le CML est pris, tout comme l'identité de la personne compétente à contacter, désignée par l'administration. Des relations régulières entre les vérificateurs en-dehors des réunions officielles sont cependant à encourager, afin de faire circuler les informations plus rapidement.

457. – Le début du contrôle – Après cette réunion, la procédure de contrôle commence de façon concrète. Chaque vérificateur avait procédé, avant la réunion, aux contrôles dans son pays. Les vérificateurs avaient rassemblé toutes les informations qu'ils peuvent obtenir sur le contribuable visé. Suite à la réunion initiale, un programme individuel de vérification est mis en place. Il est basé sur les informations qui ont été partagées lors de la réunion initiale. Puis, les vérificateurs font leur contrôle[1132] et mettent leurs nouvelles informations en commun, c'est sur la base de ces renseignements que sera décidé le paiement des impôts omis ou minorés. Il est très important de souligner, qu'à ce stade, la communication entre les États membres est un des éléments clés de la réussite du CML. En effet, chaque pays a une

---

[1130] L'expression d'opérations à risques concerne, par exemple, les techniques d'évasion fiscale apparente ou des schémas impliquant des transactions de pure forme déguisées, les systèmes d'évasion et de fraude fiscales mettant en cause des paradis fiscaux ou encore les pratiques commerciales d'entreprises multinationales, des transactions complexes, des problèmes de contrôle fiscal et des tendances à ne pas respecter les obligations fiscales qui sont propres à une branche d'activité ou à un groupe de branches d'activité.

[1131] Les « régions à risques » désignent les pays où l'accès aux données fiscales et comptables n'est pas fiable, en raison surtout d'un manque d'informatisation des informations comptables.

[1132] Sur la procédure de contrôle fiscal, v., parmi d'autres, J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU, *Op. Cit*., p. 209 et s ; Th. LAMBERT, *Op. Cit*., p. 301 et s.; J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Op. Cit*., p.946 et s.

culture du contrôle et une approche qui peuvent varier, et pour éviter une mauvaise compréhension des pratiques d'un État, il faut que les parties échangent le plus utilement. Afin d'améliorer la communication, il est permis au chef du projet de CML de procéder à des informations intermédiaires auprès des parties au contrôle et à des enquêtes administratives. La procédure d'enquête administrative[1133] est prévue par l'article 11 du règlement de coopération TVA 1798/2003/CE du 7 octobre 2003[1134] et n'est possible qu'en matière de TVA et dans le cadre communautaire. Elle permet aux fonctionnaires français de se rendre dans les locaux d'une administration fiscale étrangère en Europe pour échanger et consulter sur place des informations concernant le contribuable visé par la procédure de contrôle fiscal national. Elle autorise également les fonctionnaires à se rendre directement dans les locaux des entreprises établies sur le territoire d'un État membre de l'UE pour participer à une enquête fiscale initiée par l'administration locale ou française et ce, afin d'y collecter des informations pouvant être ensuite utilisées en France. Il s'agit d'un instrument de coopération administrative, elle vient s'ajouter à l'assistance administrative, qui doit toujours être la première procédure envisagée. Le chef du projet présentera ensuite un résumé des progrès accomplis dans le processus de contrôle, selon les informations que lui auront données les vérificateurs.

[1133] Pour une étude plus précise sur l'enquête administrative, v., par exemple, J. GROSCLAUDE et Ph. MARCHESSOU, *Op. Cit*, p. 161-163 ; M. COLLET, *Op. Cit.*, p.128 ; Th. LAMBERT, *Op. Cit.*, p.82 et s.

[1134] L'article 11 du règlement dispose que « 1. Par accord entre l'autorité requérante et l'autorité requise et selon les modalités fixées par cette dernière, des fonctionnaires autorisés par l'autorité requérante peuvent être présents dans les bureaux où les services administratifs de l'État membre dans lequel l'autorité requise est établie exécutent leurs tâches, en vue d'échanger les informations visées à l'article 1er. Lorsque les informations demandées figurent dans des documents auxquels les fonctionnaires de l'autorité requise ont accès, les fonctionnaires de l'autorité requérante reçoivent des copies des documents contenant les informations demandées. 2. Par accord entre l'autorité requérante et l'autorité requise et selon les modalités fixées par cette dernière, des fonctionnaires désignés par l'autorité requérante peuvent être présents durant les enquêtes administratives, en vue d'échanger les informations visées à l'article 1er. Les enquêtes administratives sont exclusivement effectuées par les fonctionnaires de l'autorité requise. Les fonctionnaires de l'autorité requérante n'exercent pas les pouvoirs de contrôle reconnus aux fonctionnaires de l'autorité requise. Ils peuvent cependant accéder aux mêmes locaux et documents que ces derniers, par l'intermédiaire de ceux-ci et pour les seuls besoins de l'enquête administrative en cours. 3. Les fonctionnaires de l'autorité requérante qui sont présents dans un autre État membre en application des paragraphes 1 et 2 doivent toujours être en mesure de présenter un mandat écrit dans lequel sont indiquées leur identité et leur qualité officielle. »

De plus, des réunions intermédiaires peuvent être organisées pour favoriser les relations et les échanges. Il appartient à l'État qui accueille la réunion, lequel n'est pas nécessairement l'initiateur du contrôle, de la préparer et de faire un compte-rendu diffusé ensuite aux parties. Finalement, le vérificateur produit un rapport national de vérification sur la responsabilité du vérifié, basé sur ses recherches conformément à la législation de son État.

458. – Information du contribuable ? – Concernant le point d'informer ou non le contribuable du fait qu'un CML a été diligenté à son encontre et/ou des informations obtenues au cours de ce contrôle, certains États membres ont des règles de confidentialité assez strictes et il est essentiel qu'ils se mettent d'accord sur les modalités aux termes desquelles ils informeront la personne vérifiée. Des interrogations surgissent ici quant au respect des droits du contribuable. En effet, lors d'un CML, les différents États n'ont pas toujours la même politique en matière d'information du contribuable sur l'obtention des informations le concernant. Par exemple, en France, l'administration a l'obligation de communiquer au contribuable la façon et le contenu des renseignements dont elle a eu l'utilité[1135]. La question qui peut se poser est la suivante : quand un État, qui n'a pas cette obligation de communication, demande des pièces à la France sur la base du CML et qu'elle lui communique, contrevient-elle au droit d'information du contribuable prévu par la loi française ? La réponse semble négative pour la simple raison que la France n'est pas responsable de la communication des informations qu'elle donne à un État sur un contribuable de cet État. Son obligation ne s'applique qu'envers les contribuables français.

459. – La clôture du contrôle – Lorsque l'échange d'informations est terminé, il convient de clôturer le CML. La clôture est décidée par le pays initiateur du contrôle après consultation des autres membres. Une réunion finale est tenue de la même manière que la réunion initiale. Chaque participant envoie au préalable sa contribution pour le rapport final et le chef du projet s'occupe de rédiger le rapport

[1135] Cette obligation est prévue à l'article L. 76 B du LPF, qui dispose que « L'administration est tenue d'informer le contribuable de la teneur et de l'origine des renseignements et documents obtenus de tiers sur lesquels elle s'est fondée pour établir l'imposition faisant l'objet de la proposition prévue au premier alinéa de l'article L. 57 ou de la notification prévue à l'article L. 76. Elle communique, avant la mise en recouvrement, une copie des documents susmentionnés au contribuable qui en fait la demande. »

final. La dernière réunion donne une analyse globale du CML et il doit être vérifié que les objectifs initialement assignés, ont bien été remplis. Lors de cette dernière rencontre, les participants vont faire le point sur la stratégie adoptée pendant le contrôle, sur le calendrier et sa tenue, ils vont également évaluer le niveau de la coopération entre les administrations et la coordination entre les services. Ils vont s'accorder surtout sur le rapport final. Ce rapport, rédigé par le chef du projet assisté du coordinateur des CML de l'État initiateur, consiste en un bref résumé des informations collectées et des principaux résultats obtenus. Le document est transmis à la Commission européenne et aux autres États membres. Le rapport peut contenir des recommandations à destination de la Commission sur les améliorations qu'il faudra faire en matière de législation communautaire ou de coopération administrative. Dans ce cas, il sera possible pour le chef du projet d'engager des discussions bilatérales avec l'institution.

460. – Résultats – La procédure du contrôle multilatéral a permis de recouvrer 762 271 350 € en 2011. Trente-sept projets ont été achevés durant cette année et trente-neuf autres ont débuté. 2012 semble être également une année phare pour le CML, les contrôles ont augmenté durant le premier trimestre. Seize contrôles ont commencé et déjà 80 millions d'euros ont été recouvrés[1136].

Malgré les bons résultats de cette procédure, elle reste relativement lourde à mettre en œuvre. Ainsi, d'autres modes de coopération sont également prévus par la directive pour renforcer la coopération entre les administrations des États membres.

B) Les autres modes de coopération

461. – L'envoi de fonctionnaires – L'article 11 de la directive de 2011[1137] prévoit la possibilité pour l'État requérant d'envoyer dans l'État requis, lors de la procédure

[1136] A. LIBENZONS, B. GERELYES, L. JANSEN et L. FONMARTY, *Borderless in control*, Newsletter on international auditing, Éd. 2012/2.

[1137] L'article 11 dispose que « 1. Moyennant accord entre l'autorité requérante et l'autorité requise et conformément aux modalités fixées par cette dernière, des fonctionnaires dûment habilités par l'autorité requérante peuvent, aux fins de l'échange des informations visées à l'article 1er, paragraphe 1: a) être présents dans les bureaux où les autorités administratives de l'État membre requis exécutent

d'enquête administrative, des fonctionnaires qu'il aura habilités. La présence de ces fonctionnaires n'interviendra qu'avec l'accord des deux autorités en cause et notamment de l'autorité requise. Dans le cadre de l'échange de renseignements, ces fonctionnaires pourront être présents dans les bureaux de l'administration de l'État requis et assister aux enquêtes administratives[1138]. De plus, si l'État requis a donné son autorisation, ils pourront interroger des personnes et étudier les documents relatifs à l'enquête en cours. Cela va permettre de faciliter l'échange d'informations. La présence de fonctionnaires étrangers, aussi encadrée soit-elle, est un dispositif tout à fait exceptionnel dans une matière où l'on sait les États particulièrement jaloux de leurs méthodes et très sensibles au secret entourant les informations fiscales.

462. – Les demandes de notification – Selon l'article 13 de la directive de 2011[1139], un État membre peut demander à un autre État de notifier au contribuable faisant

---

leurs tâches; b) assister aux enquêtes administratives réalisées sur le territoire de l'État membre requis. Lorsque les informations demandées figurent dans des documents auxquels les fonctionnaires de l'autorité requise ont accès, les fonctionnaires de l'autorité requérante en reçoivent des copies. 2. Dans la mesure où la législation de l'État membre requis le permet, l'accord visé au paragraphe 1 peut prévoir que, dans les cas où des fonctionnaires de l'autorité requérante assistent aux enquêtes administratives, ceux-ci peuvent interroger des personnes et examiner des documents. Tout refus d'une personne faisant l'objet d'une enquête de se conformer aux mesures d'inspection des fonctionnaires de l'autorité requérante est considéré par l'autorité requise comme un refus opposé à ses propres fonctionnaires. 3. Les fonctionnaires habilités par l'État membre requérant, présents dans un autre État membre conformément au paragraphe 1, sont toujours en mesure de présenter un mandat écrit précisant leur identité et leur qualité officielle. »

[1138] Cette possibilité est prévue par l'article L. 45 du LPF.

[1139] L'article 13 est rédigé ainsi : « 1. À la demande de l'autorité compétente d'un État membre, l'autorité compétente d'un autre État membre notifie au destinataire, conformément aux règles régissant la notification des actes correspondants dans l'État membre requis, l'ensemble des actes et décisions émanant des autorités administratives de l'État membre requérant et concernant l'application sur son territoire de la législation relative aux taxes et impôts relevant du champ d'application de la présente directive. 2. Les demandes de notification mentionnent l'objet de l'acte ou de la décision à notifier et indiquent le nom et l'adresse du destinataire et tout autre renseignement susceptible de faciliter son identification. 3. L'autorité requise informe immédiatement l'autorité requérante de la suite qu'elle a donnée à la demande et en particulier de la date à laquelle l'acte ou la décision a été notifié au destinataire. 4. L'autorité requérante n'adresse une demande de notification en vertu du présent article que lorsqu'elle n'est pas en mesure de notifier conformément aux règles régissant la notification des actes concernés dans l'État membre requérant, ou lorsqu'une telle notification entraînerait des difficultés disproportionnées. L'autorité compétente d'un État membre peut notifier les documents, par envoi recommandé ou par voie électronique, directement à une personne établie sur le territoire d'un autre État membre. »

l'objet d'une demande de renseignements les actes et décisions prises par l'administration requérante. Les demandes de notifications doivent comporter tous les renseignements utiles permettant à l'État requis d'identifier ou de faciliter l'identification du destinataire.

463. – Demande d'avis – Les autorités requises peuvent demander à l'État requérant son avis sur les informations qu'il a reçues, dans le cadre d'un retour d'informations prévu à l'article 14 de la directive de 2011[1140]. Ce retour se fait une fois par an s'agissant de l'échange automatique.

464. – Échange des bonnes pratiques – L'article 15 de la directive de 2011[1141] prévoit la possibilité pour les États membres de procéder à l'échange de bonnes pratiques. Il s'agit concrètement d'examiner et d'évaluer la coopération administrative qui a été mise en œuvre entre deux États et de réaliser des échanges d'expériences dans le but d'améliorer et de corriger les éventuels dysfonctionnements.

[1140] L'article 14 prévoit que « 1. Lorsqu'une autorité compétente communique des informations en application de l'article 5 ou de l'article 9, elle peut demander à l'autorité compétente qui les a reçues de lui donner son avis en retour sur celles-ci. Si un retour d'informations est demandé, l'autorité compétente qui a reçu les informations le fournit, sans préjudice des règles relatives au secret fiscal et à la protection des données applicables dans son État membre, à l'autorité compétente qui a communiqué les informations le plus rapidement possible et au plus tard trois mois après que les résultats de l'exploitation des renseignements reçus sont connus. La Commission détermine les modalités pratiques conformément à la procédure visée à l'article 26, paragraphe 2. 2. Les autorités compétentes des États membres fournissent une fois par an aux autres États membres concernés un retour d'informations sur l'échange automatique, selon les modalités pratiques convenues de manière bilatérale. »

[1141] Selon l'article 15, « 1. Les États membres, conjointement avec la Commission, examinent et évaluent la coopération administrative prévue par la présente directive et échangent leurs expériences dans le but d'améliorer cette coopération et, le cas échéant, d'élaborer des règles dans les domaines concernés. 2. Les États membres peuvent, conjointement avec la Commission, élaborer des lignes directrices concernant toute question jugée nécessaire aux fins de l'échange de bonnes pratiques et d'expériences. »

465. – Conclusion de la Section 2 – Le droit positif de l'Union européenne démontre une volonté réelle de renforcer la coopération en matière fiscale, révélant ainsi un objectif affiché de lutte contre les paradis fiscaux. L'Union renforce et modernise continuellement ses instruments juridiques en matière de coopération fiscale. Ainsi est-on passé d'un simple échange de renseignements sur demande, selon une méthode très classique, à un véritable échange automatique de données, à l'instar de la FATCA américaine, mise en place par la directive de décembre 2014.

Cette volonté de renforcer la coopération se trouve également illustrée par la pratique, encore timide mais néanmoins très caractéristique, des contrôles multilatéraux, qui constitue un véritable contrôle fiscal à l'échelle supra nationale. Un *corpus* de règles et de pratiques a été mis en place et permet de faciliter le déroulement de ces contrôles, tout en démontrant une volonté de concilier et de favoriser les discussions par-delà les différences culturelles et afin de lutter contre la « *désharmonisation* ».

466. – Conclusion du Chapitre 2 – De manière étonnante, l'Union européenne s'est révélée un terrain très fertile pour la coopération en matière fiscale. La souveraineté des États s'y est toujours opposée. Pourtant, malgré les difficultés que représentent d'accorder vingt-huit États aux mentalités et aux pratiques culturelles parfois très différentes, loin de s'avouer vaincue, l'UE a tenté de favoriser la coopération. Grâce à l'effort conjoint de la Commission d'abord, puis de la CJCE ensuite, ce travail a pu être entrepris. En effet, il faut noter que spécialement aux cours des deux dernières décennies, l'UE a fait des progrès plus que substantiels en matière de coopération fiscale. Elle a renforcé les outils déjà à la disposition des pays et en a créé d'autres. Et les premiers débuts en la matière se sont progressivement transformés en une panoplie très variée de mécanismes de plus en plus sophistiqués afin de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

Par exemple, dans un avenir proche, la règle sera celle de l'échange automatique d'informations, à la manière américaine, ce qui modifiera considérablement le paysage de la coopération fiscale. Les États membres n'auront plus le choix dans la transmission des informations ni même d'invoquer le manque de précisions dans la

demande. Ils devront selon un calendrier strict fournir volontairement certains renseignements.

Les efforts ne semblent pas s'arrêter là. La Commission a envisagé de nouvelles mesures de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales[1142] : le renforcement de l'échange d'informations par la conception d'un format électronique pour l'échange automatique, la création d'un numéro d'identification européen (TIN) ou l'extension d'Eurofisc à la fiscalité directe. À long terme, la Commission souhaite élaborer un instrument juridique unique pour la coopération administrative relative à tous les impôts et taxes, ainsi qu'une méthode permettant la réalisation de contrôles conjoints par des équipes spécialisées de contrôleurs qualifiés. Elle envisage également le développement d'un accès mutuel direct aux bases de données nationales. Toutes ces mesures doivent faire l'objet d'une étude de faisabilité et doivent être approuvées par les États membres.

467. – Conclusion du Titre 1 – La coopération multilatérale, dont nous avons montré tout l'intérêt dans la lutte contre les paradis fiscaux, repose sur deux niveaux géographiques. D'une part, le premier est mondial, se situant à un échelon purement international. L'OCDE, et dans une moindre mesure l'ONU, en est l'archétype. D'autre part, le second est régional, déterminé par une aire géographique de moindre ampleur. Dans notre équation de comparaison, seule la France est concernée, dans la mesure où elle est membre de l'Union européenne et que les États-Unis appartiennent à un ensemble régional qui n'est lui-même pas préoccupé par les questions fiscales (l'ALENA).

Pour ces deux niveaux de coopérations multilatérales, il faut noter de louables efforts pour lutter contre les paradis fiscaux, notamment en améliorant la coopération fiscale entre les différents états. Selon un constat que nous avons déjà régulièrement dressé, encore une fois, qu'il s'agisse de l'OCDE ou de l'Union européenne, l'échange de renseignements est au cœur de cet effort de lutte contre les juridictions à fiscalité privilégiée.

[1142] COM(2012) 722 final du 6 déc. 2012, communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales

468. – Il demeure que le succès du multilatéralisme qui s'évince de nos développements est relatif. La succession de scandales encore récents démontre que les paradis fiscaux sont encore une réalité particulièrement marquée du paysage fiscal mondial. Peut-être aujourd'hui plus discrets qu'hier, peut-être désormais moins nombreux qu'auparavant, ils n'en constituent pas moins un fléau qui n'a pas disparu. Se pose alors la question des améliorations à préconiser. En effet, la méthode multilatérale, si elle a déjà révélé de grandes qualités, doit être en partie repensée. C'est maintenant s'intéresser aux perspectives d'évolution de cette approche indispensable à la lutte contre les paradis fiscaux.

TITRE 2

LES PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION POSSIBLES DE LA COOPÉRATION MULTILATÉRALE

469. – À ce stade de notre étude, un constat s'impose : les paradis fiscaux sont une réalité du paysage mondial. La seule solution est sans nul doute de s'accommoder de leur existence et de trouver le meilleur moyen d'en tirer profit au moindre coût.

Les moyens unilatéraux ont de bons résultats tout comme les moyens multilatéraux, mais il est évident que cela ne suffit pas. Il faut analyser et identifier les raisons de cet échec relatif pour en tirer les leçons.

Deux propositions apparaissent comme des perspectives d'évolution possibles pour renforcer la coopération multilatérale et lutter plus utilement contre les paradis fiscaux. La première est la méthode de la convention bilatérale. C'est une approche intéressante, car elle permet à des États comme la France et les États-Unis de conclure des conventions avec des pays qu'ils auront choisis et qui ne sera applicable qu'entre eux. Ainsi, si un paradis fiscal devient trop gênant, l'on conclut une convention bilatérale, comme par exemple la Suisse avec les États-Unis. Cette élimination ne se fait pas au niveau international, mais uniquement dans les relations bilatérales entre deux États. La seconde proposition sera la mise en place d'un organe doté de pouvoirs de sanctions. La lutte contre les paradis fiscaux revient alors à un échelon international.

Une fois identifiées les raisons de l'échec **(Chapitre 1)**, il convient d'envisager les propositions d'évolution possibles **(Chapitre 2)**.

CHAPITRE 1

LES RAISONS DE L'ÉCHEC

470. – La coopération multilatérale rencontre nombre d'obstacles qui entravent sa pleine efficacité. Le premier d'entre eux, et sur lequel il n'est pas nécessaire de revenir dès lors qu'il ne concerne pas seulement le droit fiscal, est sans contredit la question de la souveraineté des États. Au plan général, celle-ci peut être schématiquement résumée ainsi : il découle du concept que les États tiers doivent respecter les limites géographiques de tout État souverain et éviter toute immixtion et ingérence dans les affaires intérieures d'un autre État. On comprend donc que la souveraineté constitue le reflet de leur indépendance et de leur autonomie et c'est finalement ce que décrit la Cour Permanente de Justice Internationale, aujourd'hui la Cour internationale de Justice, dans un arrêt *Lotus* du 7 septembre 1927, en estimant que *« le droit international régit les rapports entre les États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci… Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas »* [1143].

De la même manière qu'il existe une souveraineté judiciaire ou territoriale, une souveraineté fiscale peut être relevée. Ainsi, il faut considérer que les règles générales relatives à la souveraineté s'appliquent à la matière fiscale, dès lors les États tiers

[1143] CPJI, 7 septembre 1927, *Lotus*, série I, n°10.

doivent respecter le droit de tout autre État. Dans ces conditions, le concept même de souveraineté peut représenter un obstacle en matière de coopération fiscale, même lorsqu'elle revêt une approche multilatérale. Aucun État n'est contraint d'entrer dans des liens obligatoires avec d'autres et chacun reste « maître chez soi ». Dès lors, si un État décide de mettre en place une fiscalité très avantageuse et d'attirer de cette façon les capitaux étrangers, il n'est pas possible pour les autres pays de l'en empêcher, sauf à méconnaître les principes liés à la souveraineté. L'Irlande constitue un exemple très significatif de cet attachement particulièrement fort des États à leur souveraineté fiscale, et cela même quand ils font partie d'un ensemble plus vaste tel que l'Union européenne. L'Irlande a mis en place un mécanisme d'optimisation fiscale, appelé le « *double irlandais* ». Ce dispositif permet de réduire ou d'éviter le paiement de l'impôt sur les sociétés. Il s'agit, par l'utilisation de paiements entre entités connexes, de transférer les revenus perçus dans un État à forte imposition vers un État à faible imposition. En effet, la législation fiscale irlandaise est exclusivement territoriale et elle ne permet donc pas la perception d'impôts sur des revenus perçus par des filiales de sociétés irlandaises établies en dehors de l'Irlande. L'impôt sur les sociétés en Irlande est de l'ordre de 12,5%. Ce mécanisme est mis en œuvre par des grands groupes américains, comme Google, Apple ou Facebook[1144]. Suites aux pressions exercées sur l'Irlande par l'OCDE, l'UE et les États-Unis, elle a annoncé qu'elle allait mettre fin à ce système dès 2020[1145]. Cet exemple nous rappelle qu'au sein même de l'UE la souveraineté des États est encore très forte, et qu'il est une des raisons de l'échec du multilatéralisme à l'échelon international et régional.

Cet obstacle exogène quant à la coopération multilatérale n'est pas le seul. Il en est d'autres qui sont endogènes à cette dernière, laquelle portant en germe, dans certaines de ses facettes, des imperfections. Ainsi en va-t-il des actions de l'OCDE **(Section 1)** et de l'Union européenne **(Section 2)** dont certains des défauts constituent des entraves à la pleine effectivité de la coopération en matière fiscale.

[1144] V., entre autres, L.-Ch. WOLFF, « Offshore holdings for global investments of multinational enterprises: just evil? », *Journal of Business Law*, 2015, 6, 445-471; A. TING, « iTax - Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue », *British Tax Review*, 2014, 1, 40-71.

[1145] V., A. MICHEL, « L'Irlande renonce à son régime fiscal le plus controversé », *Le Monde* du 14 octobre 2014 ; A. CHEYIALLE, « L'Irlande supprime l'avantage fiscal pour Google, Apple et les autres », *Le Figaro* du 15 octobre 2014 ; S. SCHECHNER ; « Ireland to Close 'Double Irish' Tax Loophole », *The Wall Street Journal*, 14 octobre 2014 ou S. CASTLE et M. SCOTT, « Ireland to Phase Out 'Double Irish' Tax Break Used by Tech Giants », *The New York Times*, 14 octobre 2014.

Section 1

Les imperfections de l'OCDE

471. – Depuis les années 1960, l'OCDE s'est développée de manière conséquente tant sur le plan des États membres[1146], du personnel[1147] que de ses domaines de compétences[1148]. Son activité dans le domaine de la fiscalité est très médiatisée, car la place et les dégâts des paradis fiscaux se font de plus en plus ressentir.

L'OCDE adopte un nombre d'actes de plus en plus important, qui sont assez variés. Il s'agit de produits des travaux réalisés dans le cadre des Comités de l'OCDE et sont fondés sur des analyses approfondies prises en charge par le Secrétariat. Ces actes couvrent un vaste champ de sujets, comme la fiscalité, l'anti-corruption, l'éducation, l'emploi ou le développement durable. Pourtant, l'OCDE n'a toujours aucun pouvoir décisionnel, mais uniquement un rôle consultatif. Elle ne peut imposer aucune règle. Elle est l'archétype de ce qui est appelé la *« soft law »*[1149] **(§1)**.

La politique des listes est un autre point très fort de l'activité de l'Organisation. Sa mise en place a révolutionné l'approche de la lutte contre les paradis fiscaux en introduisant une notion de *« dénonciation sur la place publique »* des juridictions ne respectant pas les règles de transparence en matière fiscale. Malheureusement, et la

---

[1146] De dix-huit membres à sa création, elle est composée aujourd'hui de trente-quatre États.

[1147] Environ 2500 personnes pour l'OCDE.

[1148] L'OCDE a douze domaines de compétence regroupés en six thèmes : l'économie et société, gouvernance, finances publiques, innovation, durabilité. La fiscalité fait partie du thème finances publiques.

[1149] Droit souple ou droit mou en français.

récente affaire des *Panama papers* en est un exemple flagrant, il semble que les listes de l'Organisation aient perdu de leur pertinence **(§2)**.

§1. L'absence de pouvoir de sanction de l'OCDE

472. – L'OCDE a la possibilité d'adopter divers actes pour mettre en œuvre sa politique (A). Ces actes sont toutefois rendus parfois inefficaces du fait de l'absence de pouvoir de sanction de l'Organisation (B).

A) Les différents actes de l'OCDE

473. – L'article 5 de la Convention relative à l'OCDE liste les différents instruments juridiques que peut adopter l'OCDE dans le cadre de son action. Il dispose qu'*« en vue d'atteindre ses objectifs, l'Organisation peut : a) prendre des décisions qui, sauf disposition différente, lient tous les Membres ; b) faire des recommandations aux Membres ; c) conclure des accords avec ses Membres, des États non membres et des organisations internationales.* » Ainsi, on dénombre deux catégories d'actes : les actes principaux **(1)** et les autres actes juridiques **(2)**.

1- Les actes principaux

474. – Les décisions – Il s'agit de l'un des principaux actes que prend l'OCDE. Comme le précise l'article 5 de la convention de l'OCDE, ces décisions *« lient tous les membres »* et sont donc contraignantes. Elles ne constituent pas des traités internationaux, mais impliquent le même type d'obligations juridiques. Ainsi, les membres ont l'obligation de mettre en œuvre les décisions et de prendre toutes les mesures nécessaires à cette mise en œuvre. Néanmoins, l'article 6 de la convention[1150]

[1150] L'article 6 de la convention relative à l'OCDE dispose que « 1. À moins que l'Organisation n'en décide autrement à l'unanimité pour des cas spéciaux, les décisions sont prises et les recommandations sont faites par accord mutuel de tous les Membres. 2. Chaque Membre dispose d'une voix. Si un Membre s'abstient de voter une décision ou une recommandation, une telle abstention ne fait pas obstacle à cette décision ou recommandation, qui est applicable aux autres

apporte deux atténuations à cette obligation de mise en œuvre des décisions. La première est que si un membre s'est abstenu lors du vote d'une décision, alors cette dernière ne crée pas d'obligation juridique envers lui. La seconde est qu'aucun membre ne peut être lié par une décision qui va à l'encontre de ses règles constitutionnelles.

Ces deux tempéraments atténuent largement la force contraignante des décisions prises par l'OCDE. Ainsi, il est très probable que certains pays adoptent des décisions politiquement très bien considérées pour invoquer l'impossibilité d'application prévue à l'article 6 concernant les règles constitutionnelles. Bien entendu, avant le vote, le gouvernement aura tout intérêt à promettre les changements constitutionnels nécessaires, sans pour autant les exécuter par la suite.

475. – Les recommandations – Ce sont des dispositifs qui n'ont pas de valeur contraignante, mais une force morale en pratique. Les recommandations représentent la volonté politique des États membres et il apparaît logique que ces derniers prennent toutes les mesures adéquates pour les mettre en œuvre du mieux possible. En général, un pays qui n'a pas l'intention d'appliquer la recommandation va s'abstenir lors du vote, car, comme pour les décisions, elle ne s'applique pas au membre lorsqu'il s'abstient. Cette abstention n'a toutefois rien d'obligatoire étant donné que la recommandation n'a pas de force juridique contraignante. En revanche, un pays qui voterait pour une recommandation sans l'appliquer par la suite pourrait en ressentir des conséquences politiques.

Là encore, il s'agit bien souvent d'un jeu politique. Les recommandations très populaires auprès des médias seront votées, mais comme elles n'ont aucune force obligatoire, elles resteront lettre morte.

2- Les autres instruments juridiques

476. – Les déclarations – Ce sont des textes solennels qui contiennent des engagements politiques. Ces engagements sont précis et sont ceux auxquels adhèrent les membres de l'Organisation. Ce sont des actes totalement informels qui n'ont

---

Membres mais pas au Membre qui s'abstient. 3. Aucune décision ne peut lier un Membre aussi longtemps qu'il ne s'est pas conformé aux prescriptions de sa procédure constitutionnelle. Les autres Membres peuvent convenir que cette décision s'appliquera provisoirement entre eux. »

aucune vocation à avoir une force juridique contraignante. Le Conseil de l'OCDE en prend note et leur application est suivie.

477. – Les arrangements – Ces textes sont des actes négociés et adoptés dans le cadre de l'OCDE par certains États membres, mais ce ne sont pas des actes de l'Organisation. Comme pour les déclarations, ils n'ont pas de caractère contraignant, le Conseil en prend note et leur réalisation est suivie.

478. – Les accords internationaux – Ils constituent des actes conclus dans le cadre de l'OCDE, qui lient juridiquement les pays tiers à ces accords.

L'étude des actes de l'OCDE nous apprend une chose importante : ces actes ne sont pas ou presque pas juridiquement contraignants.

B) Des actes juridiquement non contraignants

479. – Hormis les décisions, aucun acte qu'adopte l'OCDE n'a de valeur juridique contraignante. L'OCDE a « *un rôle de créateur de droit mou* »[1151] ou *soft law* **(1)**. La question qui se pose alors est celle de savoir si la *soft law* peut réellement et efficacement influencer les politiques de ses membres étant donné qu'aucune sanction n'est applicable en cas de non-respect **(2)**.

1- La *soft law*

480. – Un concept issu du droit international – Un auteur souligne pertinemment que l'emploi du mot anglo-saxon « *n'a pas seulement une vertu simplificatrice (…) mais témoigne aussi d'une certaine perplexité du juriste face à une notion qu'il lui est parfois difficile de saisir* »[1152].

[1151] P. MICHAUD, « Le rôle de l'OCDE dans l'encadrement des décisions anticipées en matière fiscale », *Dr. fisc.* n°27, 2 juillet 2015, 448.

[1152] La notion de *soft law* a fait, dès son origine, l'objet d'un vif débat sur le nom à lui donner : v., parmi d'autres, P. LOMBART, « La *soft law* ou l'ambiguë souplesse du droit… », *Rev. juridique de l'économie publique*, n°661, février 2009, repère 2 ; K. W. ABBOTT et D. SNIDAL, « Hard and soft law in

Le concept de *soft law*, issu du droit international[1153], « *est essentiellement utilisé pour désigner des règles de conduite qui, tout en n'étant pas reprises dans des instruments juridiquement contraignants, produisent néanmoins des effets juridiques indirects* »[1154]. La *soft law* est apparue dans les années 1970 avec l'apparition de nouveaux instruments juridiques, telles les lignes directrices, les notes impératives ou les communications. Ces nouveaux actes n'avaient pas de portée juridique et politique clairement définie.

481. – Une définition imprécise – Est apparu face au droit « dur », c'est-à-dire la règle créatrice d'obligations, un droit « mou » aux contours bien flous. Un auteur affirme que « *face au droit dur qui restreint le comportement des acteurs, mais aussi leur action souveraine, le soft law propose des instruments dynamiques, adaptables selon les circonstances plus ou moins incertaines. Ces instruments sont en particulier modulables selon les préférences, les intérêts ou les valeurs des acteurs et leur force d'influence.* »[1155] Il semblerait donc que la *soft law* ait beaucoup d'avantages dans un monde aux règles juridiques très évolutives, notamment en droit fiscal. Son adaptabilité en ferait un atout précieux pour le législateur afin d'ajuster la règle de droit toujours au plus près de la situation. Les ordres juridiques nationaux et régionaux ont progressivement commencé à s'approprier cette notion.

Comme le souligne le Professeur Lambert, « *dans une économie que l'on dit mondialisé, le réseau conventionnel, issu des modèles de l'OCDE ou de l'ONU, semble inadapté à saisir la réalité et cède peu à peu la place au droit souple* »[1156]. En effet, la *soft law* apparaît aux yeux des États plus appropriée à leurs besoins, étant donné sa flexibilité.

---

international governance », *International Organization*, vol.54, n°3, Été 2000, p.453 ; M. VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs acteurs et textes qui en sont dépourvus », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol.60-I, II, 1983, p.221-223.

[1153] V., F. CHATZISTAVROU, « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique*, 15/2005, 2007, mis en ligne le 15 décembre 2007, http://leportique.revues.org/591 (visité en juillet 2016).

[1154] V., I. HACHEZ, «Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law"», *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p.42 et s.

[1155] P. CHATZISTAVROU, « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », : art. prec. http://leportique.revues.org/591 (consulté en septembre 2016).

[1156] V., Th. LAMBERT, « L'OCDE : un acteur influent du droit fiscal international », p.95 : art. prec.

482. – La reconnaissance de la *soft law* par le Conseil d'État – *« L'acte de naissance du droit souple (…) est dressé officiellement »*[1157] dans le rapport annuel de 2013 du Conseil d'État[1158]. Le Conseil établit une division entre le non-droit, le droit souple et le droit dur. Il différencie le droit souple du non-droit en ce que ce dernier regroupe des normes au caractère contraignant atténué. Le Conseil d'État entend, en publiant ce rapport, proposer une définition du droit souple, car comme le soulignent des auteurs, *« le droit souple, c'est ce qui ressemble au droit dur, qui a la couleur du droit dur, l'odeur du droit dur, mais qui n'est pas du droit dur ou, tout au moins pas encore »*[1159]. Ainsi, la Haute juridiction estime que trois conditions cumulatives permettent d'identifier la *soft law*. La première est que les actes, comme les codes de conduite ou les recommandations, ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de ceux à qui ils sont destinés. Ces instruments doivent pour cela rencontrer une adhésion la plus large possible. La deuxième condition est qu'ils ne créent pas de droits ou d'obligations pour les destinataires et c'est là leur problème principal. Enfin, la dernière condition est que ce sont des actes apparentés aux règles de droit de par leur contenu et leur mode d'élaboration.

Dans un second temps, le Conseil d'État formule des propositions pour une utilisation mesurée de la *soft law*. Par exemple, il propose, avant de prendre un acte de *soft law*, d'analyser son opportunité et de se demander, en fonction d'un faisceau de critères, s'il ne serait pas plus judicieux d'adopter un texte créateur de droit. L'analyse est organisée en trois tests : le test d'utilité, le test d'effectivité et le test de légitimité.

En somme, au plan international, national ou européen, la grande particularité de la *soft law* est qu'il n'est pas créateur d'obligation et n'engendre donc aucune sanction. Cette constatation amène à se poser la question de l'efficacité de ce droit souple.

[1157] É. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit souple au sérieux ? – À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G* n°43, 21 octobre 2013, doctr. 1116.

[1158] Rapp. Annuel du Conseil d'État, *Le droit souple* : EDCE 2013, 297 pages.

[1159] É. NICOLAS et M. ROBINEAU, « Prendre le droit souple au sérieux ? – À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », §27 : art. prec.

2- L'efficacité du *soft law*

483. – L'efficacité relative du droit souple – Les décisions de l'OCDE constituent du droit mou, car leur non-exécution n'engendre aucune sanction pour les États. En effet, lorsque le Forum mondial rend un rapport avec la conclusion que l'État en cause n'est que « partiellement conforme » ou « non conforme » en matière de transparence fiscale et d'échange de renseignements, cela ne produit aucune sanction, mais seulement des recommandations, à charge pour l'État de s'y conformer ou pas.

Cela pose un véritable problème concernant la crédibilité du forum et de ses recommandations. À part une influence morale, le droit souple ne peut pas avoir une réelle et concrète efficacité, puisqu'il ne sanctionne pas celui qui ne le respecte pas. Il a déjà été souligné dans cette étude que beaucoup d'États membres de l'UE ne respectent pas de façon exhaustive les normes de transparence recommandées par le forum mondial, mais en l'absence de sanction, due à l'essence même de la *soft law*, il ne peut pas en être autrement.

484. – La *soft law* : une perte de crédibilité ? – Le fait que l'OCDE et son forum mondial ne puissent pas infliger des sanctions aux États ne respectant pas les recommandations du forum lors de l'examen des pairs rend, pourrait-on croire, l'acte totalement inutile[1160]. En effet, pourquoi un État s'imposerait des contraintes supplémentaires en matière de transparence fiscale alors qu'il n'y est pas obligé ? La réponse est relativement évidente au premier abord. La perte de recettes fiscales due à la fraude et à l'évasion fiscale vers les paradis fiscaux apparaît comme la seule raison pour un pays de se contraindre à de nouvelles obligations.

Toutefois, les recommandations du Forum ne trouvent étrangement pas à s'appliquer aux États fédérés américains comme le Delaware, connu pour être un État avec une fiscalité très privilégiée. Les pays membres affichent leur volonté de vouloir éradiquer les paradis fiscaux, mais aucune législation ne les y oblige vraiment, de sorte qu'ils agissent en fonction de leurs intérêts propres. À titre d'exemple, l'État du Delaware aux États-Unis, pour qui les recommandations du

[1160] V., Th. LAMBERT, « Vers un renouveau de l'assistance administrative en matière fiscale », p.43 : art. prec.

Forum ne s'appliquent pas, est le deuxième État, derrière le Nevada, dans lequel il est le plus facile de créer une société écran anonyme tant les formalités sont presque inexistantes. Fin 2014, 1,1 millions d'entreprises étaient immatriculées dans cet État qui comptabilise 945 934 habitants au 1er juillet 2015. 65, 5% des 500 entreprises réalisant le chiffre d'affaires le plus important y sont établies[1161]. Cet oasis fiscale au sein même d'un pays qui lutte contre les paradis fiscaux rend compte de la situation paradoxale d'aujourd'hui. Et l'OCDE n'a pas les moyens pour contrer cet état de faits.

En revanche, si un pouvoir de sanction était conféré à l'OCDE, à tout le moins à son Forum mondial, les rapports dudit Forum déterminant un État comme « partiellement conforme » ou « non conforme » en matière de transparence fiscale et d'échange de renseignements auraient alors une véritable portée. L'organe de sanction pourrait surveiller la mise en conformité du système fiscal des États concernés et, à défaut, les sanctionner.

L'absence de pouvoir de sanction n'est malheureusement pas le seul problème auquel doit faire face l'OCDE. Sa politique du « *name and shame* », c'est-à-dire l'établissement des listes, a été mise à mal avec le scandale des *Panama papers*.

§2. Les listes de l'OCDE : des coquilles vides ?

485. – La concurrence fiscale dommageable – En avril 1998, l'OCDE publie un rapport majeur sur la concurrence fiscale dommageable. Dans ce texte, l'organisation met en exergue les difficultés que peuvent entraîner la concurrence fiscale que se livrent les États entre eux. Elle écrit que « *cette concurrence fiscale dommageable pèse sur la prospérité mondiale et sape la confiance des contribuables dans l'intégrité des régimes fiscaux.* »[1162] L'OCDE s'attache à différencier les régimes préférentiels acceptables et ceux qui sont dommageables et prescrit dix-neuf recommandations qui doivent

[1161] Chiffres venant d'une étude du magazine *Capital*, « Delaware : 10 chiffres pour mieux cerner ce havre fiscal en plein cœur des États-Unis », 3 mai 2015.

[1162] OCDE, *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*, Avril 1998, p. 8, point 4.

permettre de traiter le problème de cette concurrence. La recommandation n°16[1163] préconise l'établissement d'une liste de paradis fiscaux par le Forum sur les pratiques fiscales dommageables, qui devra être créée suite à ce rapport. Néanmoins, bien que ce document ne fournisse pas une liste d'États au sens strict du terme, il en constitue la base et la première pierre. En effet, dans ce rapport, l'OCDE liste des critères pour permettre l'identification des paradis fiscaux, comme l'absence d'impôt ou un niveau du taux d'imposition particulièrement bas ou l'absence de transparence et l'impossibilité d'accéder sur les contribuables bénéficiant de ce régime avantageux[1164].

486. – Les trois listes de l'OCDE : où en sommes-nous ? – En 2009, la liste noire de l'OCDE était vide et l'est toujours aujourd'hui. En effet, les trente-deux juridictions qui y figuraient se sont engagées à respecter les standards de l'OCDE, même si elles ne les ont pas encore mis en œuvre. Ainsi, selon les évaluations de l'OCDE, plus aucun pays au monde n'a à figurer sur la liste noire des États non coopératifs. De là à dire que les ETNC ont disparu, il n'y a qu'un pas, que les leaders du G20 se sont empressés, un peu trop rapidement, de franchir.

Seuls trois États se trouvent sur la liste grise : Nauru, Niue et le Guatemala. Tous les autres pays, comme les célèbres Îles Caïmans, les Bahamas, le Vanuatu ou, plus proche de nous, la Suisse ou Monaco, sont désormais sur la liste blanche des juridictions respectant la norme fiscale internationale, dont la transparence et la coopération en matière fiscale. L'accueil par la presse s'est révélé très dur. Éric Vernier, chercheur associé à l'IRIS, titrait dans *les Échos* : *« La liste des paradis fiscaux établie par l'OCDE est une vaste mascarade. »*[1165] Pourtant, force est de constater qu'au regard des critères de l'OCDE, ces pays ont effectivement conclu au moins douze conventions sur l'échange de renseignements et n'ont donc plus de raison d'être sur la liste noire, ni même sur la liste grise.

[1163] *Ibid.*, Recommandation n°16 « Recommandation en vue de l'établissement d'une liste de paradis fiscaux : Le Forum aura pour mandat d'établir, dans l'année suivant sa première réunion, une liste des paradis fiscaux sur la base des éléments recensés à la section II du chapitre 2. », p. 64.

[1164] Cf. *supra* n°11-17.

[1165] É. VERNIER, « La liste des paradis fiscaux établie par l'OCDE est une vaste mascarade », *Les Échos*, Actualités, 5 avril 2013.

Aujourd'hui, d'après les critères de l'OCDE, il n'existe aucune juridiction sur la liste des paradis fiscaux non coopératifs et cela malgré le dernier scandale avec le Panama.[1166]

487. – Conclusion de la Section 1 – L'OCDE, dans la lutte contre les paradis fiscaux, revêt des avantages indéniables que nous avons démontrés au cours de nos développements précédents[1167]. Néanmoins, force est de constater qu'elle apparaît parfois comme un organisme dont les pouvoirs ne sont pas aussi tangibles qu'une première impression pourrait laisser accroire et que la méconnaissance des règles qu'elle édicte n'entraîne pas de conséquences réellement significatives pour les États. La principale difficulté que nous avons rencontrée tient au fait que l'OCDE formule un corpus de dispositions que l'on peut qualifier de *soft law*, c'est qu'aucune sanction ne peut en découler. Cela ne signifie pas que le comportement de l'État est dénué de toute portée, mais il n'en demeure pas moins que le pouvoir de l'organisme se trouve nettement affadi par une telle circonstance. De plus, même certaines des actions que mène l'OCDE, et qui pouvaient apparaître comme efficaces, peuvent se révéler décevantes. Les listes établies par l'organisme sont certes célèbres ; mais elles sont sujettes à caution et leur pertinence fait l'objet de continuelles discussions à telle enseigne que celles-ci peuvent être considérées, à certains égards, comme des « coquilles vides ».

Ce constat peut être dressé également à propos de l'Union européenne.

[1166] V., http://www.oecd.org/fr/pays/monaco/listedesparadisfiscauxnoncooperatifs.htm (consulté en juillet 2016).

[1167] Cf. *supra*, n°349 et s.

Section 2

Les imperfections au niveau européen

488. – Le Professeur Bouvier rappelle que *« si l'espace économique transcende les frontières, l'espace fiscal demeure encore quant à lui largement enfermé au sein des espaces politiques, il est morcelé à l'image de la mosaïque que continuent à dessiner des États soucieux de ne pas voir leur souveraineté remise en cause »*[1168]

Une des difficultés concernant la coopération fiscale dans l'UE est la multiplicité des acteurs compétents en la matière. Dès lors, la lutte contre la fraude et l'évasion requiert une harmonisation des législations fiscales.

La crainte des États membres de se voir déposséder de toutes leurs compétences au profit de l'Union, les a conduits à toujours se réserver certaines compétences. Parmi celles-ci figure la fiscalité[1169]. Ainsi, les traités successifs n'ont jamais accordé de compétence exclusive en matière fiscale à l'UE, mais une compétence subsidiaire. Les États membres ont donc conservé l'essentiel de leur souveraineté fiscale, considérée comme une compétence régalienne.

Bien qu'essentielle à la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales en Europe, le devenir de la coopération fiscale reste incertain en raison de deux facteurs. D'une part, elle est actuellement limitée **(§1)**, d'autre part, les législations nationales anti-paradis fiscaux subissent parfois l'hostilité de la CJUE **(§2).**

[1168] M. BOUVIER, « La lutte contre l'évasion fiscale internationale : répression ou prévention ? », *RFFP* n°110-2010, Éditorial.

[1169] A. MAITROT de la MOTTE, *Op. Cit.*

§1 Une coopération limitée

489. – La coopération reste limitée par les actes adoptés par les États membres qui ne veulent pas s'imposer des contraintes trop fortes, surtout en matière fiscale **(A)**. Un autre aspect à prendre en compte est qu'il s'agit de mettre d'accord vingt-huit États souverains sur un sujet très délicat et leurs intérêts sont souvent très différents **(B)**, malgré la volonté des institutions de parvenir à harmoniser la fiscalité à un niveau européen.

A) Les limites issues du droit communautaire positif

490. – La *soft law* en droit de l'Union – Par plusieurs communications, la Commission a entendu, elle aussi, jouer un rôle dans le renforcement de la coopération en matière fiscale. Non contraignantes, ces communications sont, néanmoins, une source d'informations non négligeable quant à l'attitude des institutions européennes dans un domaine particulier. On retrouve, ainsi, le concept de *soft law* en dans le droit l'Union européenne. Le Professeur Martucci explique que la *soft law* permet *« de tempérer l'imprévisibilité de la règle de droit dur »*[1170]. Elle permet d'adapter le *corpus* juridique sans avoir à modifier les textes de base. M. Martucci souligne, à ce propos, qu'en droit européen de la concurrence, la multiplication des actes de droit souple a permis de ne pas modifier les dispositions originelles du Traité de Rome. Pourtant *« la Commission désigne explicitement [que] la politique de la concurrence a considérablement évolué »*[1171].

Les États membres sont conscients que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, et par là, l'échange de renseignements et la transparence, sont des objectifs primordiaux pour la CE. C'est ainsi, et sans être exhaustive, que la Commission européenne rappelle, dans une communication du 31 mai 2006[1172], l'importance de la mise en place et du développement d'une action coordonnée entre les États membres afin de lutter contre la fraude fiscale.

[1170] F. MARTUCCI, « L'imprévisibilité du droit de l'Union », *RDP*, 1er mai 2016, n°3, p.827.

[1171] *Ibid*.

[1172] Communication de la Commission européenne 2006(254) du 31 mai 2006, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0254:FIN:FR:PDF.

491. – Les limites à la coopération fiscale mises en place par la directive 2011/16/UE modifiée par la directive 2014/107/UE – La coopération, en l'état, connaît des bornes sensibles. L'article 17 de la directive de 2011 prévoit quatre limites à l'échange de renseignements. Fort heureusement, au moins, tout refus d'échange doit être dûment motivé.

Une demande de renseignements ne peut être adressée que si l'État requérant a épuisé toutes ses ressources internes d'informations.

De plus, l'État requis ne peut jamais agir au-delà des limites que lui imposent sa propre législation et sa pratique administrative normale. Les informations demandées ne peuvent en aucun cas être obtenues par des moyens contraires à la législation de l'État requis. En effet, si l'échange de renseignements engendre pour un État la violation de sa législation, une telle situation est en totale contradiction avec le but premier de ce mécanisme, qui est de faire observer la législation en matière fiscale.

L'application du principe de réciprocité conduit à ce qu'un État peut refuser de donner droit à une demande de renseignements si, dans des circonstances identiques, des informations de même nature ne pouvaient pas lui être communiquées par l'État requérant. L'objectif est simple : ne pas faire peser sur un État une obligation plus lourde du seul fait que son système de renseignements se trouve être plus étendu. En d'autres termes, l'existence d'un tel système ne doit pas devenir une difficulté pour l'État qui le possède.

Un État est autorisé à refuser la transmission d'informations si celle-ci implique la communication d'« *un secret commercial, industriel ou professionnel ou un procédé commercial, ou une information dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.* » Cette limite ne comprend naturellement pas le secret bancaire, lequel se révèle être un obstacle traditionnel à la coopération fiscale. Le secret de ces informations doit être interprété de manière restrictive et l'État requis devra toujours mettre en balance les intérêts du contribuable et ceux de l'État requérant. Il convient d'en faire une appréciation objective et d'en déterminer l'absolue nécessité.

Enfin, les échanges doivent, également, se faire dans le respect des protections des droits des contribuables. Ainsi, corrélativement, les règles de confidentialité concernant les informations échangées doivent être strictement respectées.

B) L'éventualité d'États européens « non coopératifs »

492. – Le secret bancaire de certains États membres – Une des limites les plus importantes à la coopération fiscale est le secret bancaire. Certes, l'on pourrait se croire rassuré par l'article 18 alinéa 2 de la directive. Il prévoit en effet que la détention des informations par « *une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire, ou qu'elles se rapportent à une participation au capital d'une personne* » n'est pas un motif légitime au refus de la communication des renseignements.

Néanmoins, certains États membres, et notamment ceux ayant une fiscalité privilégiée, conservent une attitude peu favorable à la transparence et à la levée totale et définitive du secret bancaire.

Lors de la 8ème réunion du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales[1173], les conclusions des rapports des pairs concernant quarante-et-un pays ont été rendues publiques. Parmi ces pays, aucun pays européen (contre trois pays en 2013) ne disposait pas d'un cadre légal et réglementaire en matière de transparence et d'échange de renseignements, ni même d'une pratique conforme aux standards internationaux[1174].

Plusieurs États membres de l'UE n'ont été jugés que « conformes pour l'essentiel ». On y retrouve l'Allemagne, l'Autriche, Chypre, la République Tchèque, l'Estonie, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, Malte, Monaco[1175], les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République Slovaque et le Royaume-Uni[1176]. Il

---

[1173] Sommet du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, sous l'égide de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) des 29-30 octobre 2015 à Bridgetown (la Barbade).

[1174] Il s'agit des standards prévus dans le Modèle d'accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale et ses commentaires publiés en 2002 par l'OCDE et dans l'article 26 du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE.

[1175] Il s'agit d'un État tiers vis-à-vis de l'UE. L'État monégasque a toutefois établi avec l'UE des relations permanentes en accréditant un Ambassadeur à Bruxelles en 1999. En outre, depuis 1968, la Principauté fait partie du territoire douanier communautaire, du système européen de la TVA et de la zone euro. C'est pourquoi on peut le compter parmi les « membres » de l'UE.

[1176] Un référendum du 23 juin 2016 a donné gagnant les partisans britanniques de la sortie de l'UE (52%). Néanmoins, le Royaume –Uni reste membre de l'UE tant que la procédure de sortie de l'union n'est pas terminée.

convient de remarquer que le Luxembourg[1177] et Chypre[1178] qui étaient considérés comme ayant une législation et/ou une pratique non conformes en matière de transparence et de coopération fiscales en 2013 et 2012 ont fait d'indéniables progrès.

L'Autriche[1179], quant à elle, était déjà jugée en 2013 comme étant seulement partiellement conforme à ces engagements. Ces États membres n'ont pas de mécanismes permettant un échange efficace des renseignements et l'accès à l'information n'est pas toujours respecté, notamment dans des cas impliquant des établissements bancaires.

Ainsi, au sein même de l'UE, certains États membres n'ont pas mis en place les moyens nécessaires pour permettre une coopération fiscale efficiente, car leur système est justement basé sur une fiscalité privilégiée incluant le plus souvent une protection des données bancaires et financières de leurs clients. À titre d'exemple, divers partenaires du Luxembourg et de l'Autriche ont regretté que ces États n'aient pas utilisé tous leurs pouvoirs de collecte et de contrainte pour obtenir les informations en possession d'une banque[1180]. Chypre n'a toujours pas conclu de convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, mais uniquement des conventions de double imposition[1181].

L'Union n'ayant pas de compétence en matière de fiscalité directe, il lui est impossible de contraindre ses États membres et de faire de la lutte contre les paradis fiscaux un objectif commun partagé par l'ensemble des membres. Mais pour cela, seule une réelle harmonisation fiscale aurait l'effet escompté, car tant que les États n'acceptent pas de confier la compétence fiscale à l'UE, il en restera toujours pour continuer à exploiter leur avantage en matière fiscale. Par exemple, la société américaine Apple a été condamnée par la Commission européenne à verser à l'Irlande 13 milliards d'euros d'impôts impayés[1182]. Elle est accusée d'avoir bénéficié

[1177] OCDE (2013), *Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales : Rapport d'examen par les pairs : Luxembourg 2013 : Phase 2 : mise en œuvre pratique des normes*, Éd. OCDE.

[1178] OECD (2012), *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Cyprus 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*, OECD Publishing.

[1179] OECD (2013), *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Austria 2013: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice*, OECD Publishing.

[1180] *Ibid*.

[1181] *Ibid*.

[1182] Commission européenne, *Aides d'État: l'Irlande a accordé pour 13 milliards d'EUR d'avantages fiscaux illégaux à Apple*, Communiqué de presse du 30 août 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_fr.htm (consulté en septembre 2016).

d'avantages fiscaux indus pour payer moins d'impôt entre 1991 et 2014, grâce à la pratique du « *double irlandais* »[1183]. Or le gouvernement irlandais a refusé cet argent et a fait appel de la décision aux côtés d'Apple. Le ministre des Finances irlandais a annoncé son « *profond désaccord* » avec cette décision et a affirmé qu'*«il est important que nous envoyions le message fort que l'Irlande reste une destination attractive et stable pour l'investissement»*[1184]. Devant de telles déclarations, on comprend mieux pourquoi les régimes fiscaux privilégiés perdurent encore en Europe.

493. – Les dérogations : la directive sur l'épargne – Dans certains cas, l'Union a parfois concédé des avantages à certains de ses membres. L'exemple le plus parlant reste celui de la directive dite « Épargne »[1185], qui prévoit l'imposition effective, par un échange accru des informations, des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts[1186].

Son application, concernant l'échange automatique d'informations, est venue bouleverser ces évidences en donnant le droit à certains États membres, dont le Luxembourg, l'Autriche et la Belgique[1187], de procéder, pendant une période transitoire, à la retenue à la source des revenus de l'épargne visés par ce texte. Le

---

[1183] Cf. *supra* n°470.

[1184] Déclaration du ministre des Finances irlandais, Michael Noonan suite à la décision de la Commission européenne condamnant la société Apple. V., L. RONFAUT, « Apple contraint de rembourser 13 milliards d'euros pour impôts impayés en Irlande », *Le Figaro*, 2 septembre 2016 ; « Accepter ou non l'argent d'Apple : le gouvernement irlandais divisé », *Le Monde*, 1er septembre 2016 ; « Apple : le gouvernement irlandais s'accorde sur un appel », *Le Monde*, 2 septembre 2016.

[1185] Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts. Elle a pour objectif de permettre que les revenus de l'épargne, sous forme de paiement d'intérêts effectués dans un État membre en faveur de «bénéficiaires effectifs», qui sont des personnes physiques ayant leur résidence dans un autre État membre, soient effectivement imposés conformément aux dispositions législatives de ce dernier État membre. Cependant, l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg ont demandé à ce qu'elle ne leur soit pas applicable tant que la Suisse n'aurait pas adopté une législation semblable.

[1186] Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts, JOUE L. 157/38 du 26 juin 2003. V., J. MALHERBE et O. HERMAND, « La nouvelle directive du 3 juin 2003 sur la fiscalité de l'épargne : éléments d'actualité », *J.T.*, 2004.

[1187] La Belgique a appliqué ce système de retenue à la source jusqu'au 31 décembre 2009. Depuis un arrêté royal du 27 septembre2009, la directive est applicable depuis le 1er janvier 2010. V., B.P. ORBAN, « La loi belge transposant la directive européenne sur la fiscalité de l'épargne », *Droit bancaire et financier*, 2004, p. 130

taux de la retenue est de 15% les trois premières années, puis de 20% pendant trois autres années et ensuite de 35% jusqu'à la fin du régime dérogatoire. Ces États n'accepteront de sortir du régime dérogatoire que lorsque la Suisse, le Liechtenstein, Andorre et Monaco auront signé un accord d'échange d'informations avec l'Union européenne. La Belgique et le Luxembourg ont renoncé à la retenue à la source et l'Autriche est en passe de le faire également.

Implicitement, l'UE reconnaît et admet que des États membres peuvent ne pas coopérer[1188]. La raison invoquée de cette différence de traitement entre États membres est justement d'empêcher la différence de traitement avec les États non membres précités et connus comme étant très favorables en matière de législation fiscale. Le Conseil de l'UE range donc l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg dans la même catégorie, sans le reconnaître expressément, que des juridictions plus ou moins coopératives. L'UE, pour éviter une différence de traitement entre des États membres et des États non membres, admet, ainsi, une différence de traitement entre ses membres. Cela reflète parfaitement la situation encore très tendue entre l'UE et ses membres en matière fiscale.

La nouvelle directive de 2014 sur la fiscalité de l'épargne[1189] a été adoptée par le Conseil européen en mars 2014[1190] et vient abroger la directive de 2003. La directive de 2014 est applicable à partir du 1er janvier 2016 ou du 1er janvier 2017 pour l'Autriche, qui devra définitivement abandonner le système de la retenue à la source[1191]. Elle prévoit l'obligation pour l'agent payeur de communiquer automatiquement à l'autorité compétente de l'État membre où il est établi une série d'informations.

[1188] V. parmi d'autres, G. LE CAMUS et L. VANHOVE, « Vers la suppression des distorsions fiscales dans l'Union européenne », *Option Finance*, n°746, 21 juillet 2003, p.38 ; D. BERLIN, « La fiscalité de l'épargne dans l'Union européenne (Histoire d'une harmonisation en voie de disparition) », *Journal de droit européen*, n°100, 1er juin 2003, p.162-168 ou G. MERLAND, « La coordination de la fiscalité de l'épargne : un exemple de la difficulté de la construction européenne », *RTDE*, n°4, octobre 2003, p.637-656.

[1189] Directive 2014/48/UE du Conseil du 24 mars 2014, Cf. supra n°448-449.

[1190] V., J. MALHERBE, « La nouvelle directive européenne sur la fiscalité de l'épargne du 24 mars 2014 », 29 janvier 2015, http://jacques-malherbe.com/wp-content/uploads/2015/02/La-nouvelle-directive-europ%C3%A9enne-sur-la-fiscalit%C3%A9-de-l%C3%A9pargne-29.01.15.pdf ; O. HERMAND et P. DELACROIX, « La nouvelle "directive épargne" resserre les mailles du filet », *R.G.F.*, 2014, liv. n° 6, pp. 7 et 8.

[1191] V., F. CADET et M. VASCEGA, « Un pas supplémentaire dans la lutte contre la fraude fiscale : la nouvelle directive sur la taxation de l'épargne », *RTDE*., 2014, p. 593.

Ces États clament haut et fort leur volonté d'abandonner le secret bancaire. Mais celui-ci persiste dans les faits et l'unique solution au sein de l'UE semble consister en une harmonisation des législations fiscales des vingt-huit États membres.

Un autre aspect des imperfections dans la lutte contre les juridictions non coopératives se dessine au niveau européen. Il s'agit de l'euro-compatibilité des normes françaises au droit européen.

§2. L'euro-compatibilité des normes françaises au droit européen

494. – La bonne volonté du législateur français est parfois mise à mal par le législateur européen. La supériorité du traité sur le fonctionnement de l'UE sur la loi fiscale nationale engendre parfois la censure de la CJUE du dispositif français de lutte contre les paradis fiscaux **(1)**. Les normes françaises de lutte contre les paradis fiscaux s'en trouvent fragilisées **(2)**.

A) Le principe de sécurité juridique et le droit dérivé

495. – Le respect des principes de droit dérivé – La CJUE analyse la compatibilité des normes françaises au regard de deux justifications liées à l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Il faut que la mesure permettant d'atteindre cet objectif soit justifiable. Ensuite, la Cour doit examiner la proportionnalité de la restriction par rapport au but recherché.

L'objectif de la Cour est de s'assurer qu'une règle de droit interne ne soit pas « *source de restriction aux libertés fondamentales* »[1192], comme la liberté de circulation des travailleurs, la liberté d'établissement, la liberté de prestation de services, la libre circulation des capitaux, la citoyenneté européenne et le principe de non-discrimination.

[1192] É. RAINGEARD de la BLÉTIÈRE, « Droit de l'Union européenne et sécurité fiscale : garant ou "trouble-fête" ? », *Dr. fisc.* n°18-19, 2 mai 2013, 272.

496. – La jurisprudence *SIAT* – L'exemple illustrant le mieux cette attitude, même s'il n'a pas fait l'objet d'un débat important, est celui de l'euro-compatibilité de l'article 238 A du CGI concernant les États à régime privilégié[1193].

Toutefois, l'état du droit pourrait évoluer. En effet, dans l'arrêt Sté d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) de 2012[1194], la CJUE a jugé la législation belge, comparable à l'article 238 A du CGI, comme étant une restriction disproportionnée à la libre prestation de services. Lors de l'affaire, la France, inquiète pour l'avenir de son article 238 A, avait plaidé en faveur de la législation belge, affirmant qu'elle engendrait certes une restriction à la liberté de prestation de service, mais qu'elle était justifiée « par la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales, par la nécessité de préserver la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres, ainsi que, selon les gouvernements français et portugais, par la nécessité de préserver l'efficacité des contrôles fiscaux. »[1195] La législation belge en instaurant une « *présomption de non-déductibilité des frais professionnels* » constitue une entrave à la libre prestation de services. Néanmoins, la Cour poursuit en reprenant sa jurisprudence précédente et en admettant que cette entrave s'explique « *pour des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à l'exercice des libertés de circulation garanties par le traité tant la lutte contre la fraude fiscale*[1196] *que la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux* [1197]» La loi belge échoue ensuite au test de proportionnalité effectué par la Cour, laquelle estime qu'elle ne satisfait pas au principe de sécurité juridique, car « *une telle règle ne permet pas de déterminer au préalable et avec la précision suffisante le champ d'application de celle-ci et laisse subsister des incertitudes quant à son applicabilité.* »[1198] Elle ajoute que l'exigence de la sécurité juridique implique que « *les règles de droit soient claires, précises et prévisibles dans leurs effets, en particulier lorsqu'elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables* »[1199].

[1193] V., Ph. MARCHESSOU et B. TRESCHER, L'euro-compatibilité du dispositif français de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, *in* « « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 99.

[1194] CJUE, 1ère ch., 5 juillet 2012, aff. C-318/10, *Sté d'investissement pour l'agriculture tropicale SA* (SIAT), note É. Meier et A. Calloud, Dr. fisc. 2013, n°3, comm. 71.

[1195] *Ibid.*, §35.

[1196] CJUE, 11 octobre 2007, *Elisa*, C-451/05, Rec. p.I-8251, point 81.

[1197] CJUE, 18 décembre 2007, *A*, C-101/05, Rec. p.I-11531, point 55.

[1198] CJUE, *SIAT*, §57.

[1199] *Ibid.*, §58.

497. – Les conséquences de la jurisprudence *SIAT* sur l'article 238 A du CGI – La décision de la Cour a fait réfléchir la doctrine sur l'euro-compatibilité de l'article 238 A du CGI. Or comme le rappelle MM. Marchessou et Trescher, il faut bien distinguer ces deux législations. L'article 238 A du CGI, contrairement à la loi belge, « *prévoit une définition objective et explicite des personnes bénéficiant d'un régime fiscale privilégié* »[1200]. De plus, l'administration fiscale française n'est en rien exemptée d'apporter la preuve de l'existence d'une fraude ou d'une évasion fiscales. L'article 238 A du CGI semble avoir encore de belles années devant lui.

B) Les autres dispositions de lutte contre les paradis fiscaux

498. – Les jumeaux : les articles 209 B et 123 *bis* du CGI[1201] – Ces deux articles, l'un applicable aux personnes imposables à l'IS et l'autre à celles imposables à l'IR, restent conformes au droit de l'Union.

Pour l'article 209 B du CGI[1202], les raisons sont relativement simples. Il convient de rappeler que le Conseil d'État avait refusé de transmettre une QPC en 2012[1203]. La Haute juridiction a précisé que l'« *application de ce texte repose ainsi sur des critères objectifs et rationnels qui sont proportionnés à l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale poursuivi par le législateur ; que, par suite, cet article ne peut être regardé comme méconnaissant le principe d'égalité devant les charges publiques résultant de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »[1204].

Par ailleurs, l'article 209 B du CGI exclut les États membres de l'UE du champ d'application de la présomption qu'il pose[1205]. De plus, les restrictions qu'il apporte à la liberté d'établissement ou de circulation des capitaux sont justifiées par la lutte contre la fraude fiscale.

[1200] Ph. MARCHESSOU et B. TRESCHER, *Op. Cit.*, p. 104.

[1201] Cf. *supra* n°107 et s., n°117 et s., n°150-151.

[1202] B. BOUTEMY et É. MEIER, «Évasion fiscale, article 209 B et conventions fiscales internationales : le paradis retrouvé ? », *LPA*, 27/08/2002, n° 171, page 4.

[1203] CE, 2 février 2012, n°351600, *Sté Sonepar*.

[1204] *Ibid*.

[1205] *Ibid.*, le Conseil d'État ajoute que « *si l'article 209 B du Code général des impôts institue une présomption, une telle présomption ne saurait être regardée comme une présomption de culpabilité en matière répressive relevant de l'article 9 de la Déclaration des droit de l'homme et du citoyen* ».

S'agissant de l'article 123 *bis* du CGI, la même conclusion s'impose. La restriction de la libre circulation des capitaux est justifiée par l'intérêt de lutte contre la fraude. De plus, le fait d'imposer plus lourdement en France le flux financier n'est pas discriminatoire puisque cela ne dissuade pas le placement de l'argent hors de France.

499. – L'article 155 A du CGI – La question de l'euro-compatibilité de l'article 155 A du CGI s'est avérée plus complexe[1206]. Le fait de déterminer si l'entrave était justifiée par le motif impérieux d'intérêt général n'a pas posé de difficultés. En revanche, la question était plus délicate quant à la problématique de la proportionnalité de cette entrave par rapport au but recherché.

Dans certaines affaires, les juridictions ont conclu à l'incompatibilité de l'article 155 A sans prendre la peine de poser une question préjudicielle à la CJUE. Par exemple, la CAA de Douai dans l'arrêt *Deschilder* en 2010[1207] a estimé que le dispositif de l'article 155 A entraînait une discrimination à la sortie, c'est-à-dire si le prestataire de services décidait de s'établir ou de transférer sa société qui le rémunère hors de France, il serait imposé sur les sommes versées par cette société.

Dans d'autres affaires, l'incompatibilité n'a pas été retenue. On peut citer à cet égard les affaires *Casta*[1208] et *Mahul*[1209] jugées par la CAA de Paris. En l'espèce, la CAA de Paris a par deux fois retenu une interprétation neutralisante de l'article 155 A et à limité son usage uniquement aux hypothèses où l'on est en présence d'un montage purement artificiel. Cette interprétation a été retenue par le Conseil d'État en mars 2013 dans l'arrêt *M. et Mme Piazza*[1210] et confirmée ensuite dans la décision de décembre 2013, *M. Edmilson Gomes De Moares*[1211], un footballeur brésilien de l'Olympique Lyonnais.

[1206] G. LOUSTALET, « Article 155 A du CGI et conformité au droit de l'Union européenne : la guerre de Troie aura-t-elle lieu ? », *Dr. fisc.*, 24 Janvier 2013, n° 4.

[1207] CAA Douai, 2e ch., 14 décembre 2010, n°08DA01103, *M et Mme Deschilder*, concl. P. Minne, Dr. fisc. 2011, n°4, comm. 133.

[1208] CAA Paris, 9e ch., 11 octobre 2012, n°10PA04573, *Mlle Casta*, Dr. fisc. 2013, n°4, comm. 79, concl. A. Bernard, note G. Loustalet.

[1209] CAA Paris, 2e ch., 1er décembre 2011, n°09PA02693, *M. Mahul*, Dr. fisc. 2012, n°7, comm. 148, concl. Y. Egloff, note Ch. de la Mardière.

[1210] CE, 9e et 10e ss-sect., 20 mars 2013, n°346642, *M. et Mme Piazza*, Dr. fisc. n°2, comm. 282, concl. F. Aladjidi, note Ch. de la Mardière.

[1211] CE, 3e et 8e ss-sect., 4 décembre 2013, n°348136, *M. Edmilson Gomes De Moares*, Dr. fisc. n°11, comm. 211, concl. V. Daumas, note Ch. de la Mardière.

Comme le soulignent MM. Marchessou et Trescher, « *deux lignes de force se dégagent à l'issue de l'anlayse de ces différentes dispositions posées par le législateur fiscal français en dérogation du droit commun. D'abord, elles apparaissent comme largement dissuasives (…). L'autre ligne de force est constituée par leur euro-compatibilité (…)* »[1212].

500. – Conclusion de la Section 2 – L'adhésion à l'Union européenne de la France implique que cette dernière respecte le droit communautaire, qu'il s'agisse des actes directement pris par les institutions ou du droit dérivé. Il n'en reste pas moins que cette légitimité communautaire et juridique constitue, pour le droit français, un cadre contraignant, les normes que le législateur adopte devant s'y conformer. En somme, l'euro-compatibilité des règles françaises peut constituer un véritable frein à l'innovation dans la matière de la lutte contre les paradis fiscaux. Cette préséance supranationale n'est pas partagée par les États-Unis qui peuvent faire preuve d'une plus grande inventivité sans encourir le risque d'être censurés. De surcroît, la coopération est parfois directement limitée par le droit communautaire lui-même et l'attitude de certains États récalcitrants.

501. – Conclusion du Chapitre 1 – L'OCDE, telle qu'elle se présente aujourd'hui, et l'Union européenne, avec les défauts que l'on peut parfois déceler dans l'approche qu'elle retient, constituent un cadre certes propice à la coopération multilatérale, mais qui se révèle parfois inefficace. Des améliorations doivent être proposées pour permettre une lutte plus efficace contre les paradis fiscaux. Aussi faut-il songer à présent au sens de l'évolution qu'il convient de préconiser.

[1212] Ph. MARCHESSOU et B. TRESCHER, « L'euro-compatibilité du dispositif français de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales », p.119 : art. prec.

CHAPITRE 2

LE SENS DE L'ÉVOLUTION

502. – La coopération multilatérale, en matière de lutte contre les paradis fiscaux, est une donnée essentielle et sans nul doute l'instrument le plus adéquat pour la satisfaction de cet objectif. Néanmoins, elle doit être repensée compte tenu des défauts que nous avons précédemment envisagés.

De ce point de vue, deux voies nous paraissent pouvoir être empruntées. Celles-ci ne sont d'ailleurs nullement exclusives l'une de l'autres et sont, tout au contraire, particulièrement complémentaires.

En premier lieu, la solution pourrait résider dans une utilisation différente du multilatéralisme, en ce sens que celui-ci pourrait aussi reposer sur une promotion des conventions bilatérales en renforçant leur utilisation. Le multilatéralisme serait alors plus efficace, et peut être mieux accepté des États, dans la mesure où les règles en découlant seraient adaptées à chaque situation, fournissant ainsi l'occasion d'une sorte de « *sur mesure fiscal* ».

En second lieu, l'on peut préconiser d'agir directement au cœur même de l'OCDE. Cette institution nous a semblé la plus à même de porter un tel projet parmi les organismes internationaux. Il conviendrait alors de modifier l'intensité de ses pouvoirs en créant un organe spécifiquement chargé de connaître des manquements aux règles édictées et de prononcer des sanctions contre ses membres. Cette solution, qui constituerait une véritable révolution culturelle au sein de l'OCDE, aurait

l'avantage de transformer la *soft law* émanant de l'institution en une règle doté d'effets nettement plus rigoureux.

Le premier axe d'amélioration se trouve peut-être dans une utilisation accrue des conventions bilatérales **(Section 1)**. Le second axe, qui semble le plus efficace et nécessaire serait de créer un organe doté de pouvoirs de sanction et qui rendrait sa crédibilité à l'OCDE et à son forum **(Section 2)**.

Section 1

Le renforcement de l'utilisation des conventions bilatérales

503. – Les conventions fiscales représentent un aspect très important des règles fiscales internationales. Il s'agit de traités conclus entre deux États souverains sur un point particulier et en l'espèce sur la fiscalité. Il existe un grand nombre de conventions fiscales en matière fiscale afin d'éviter les doubles impositions.

On compte plus de 3 000 conventions fiscales bilatérales et leur nombre ne cesse d'augmenter tant leur mise en œuvre est plus aisée que les conventions multilatérales qui requiert l'accord de plusieurs États souverains.

Ces conventions sont des traités et de ce fait sont régies par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. L'article 26 de la Convention de Vienne dispose que les traités lient les parties et doivent être exécutés par elles de bonne foi. C'est le principe *pacta sunt servanda*[1213]. Si un pays ne respecte pas ses conventions fiscales, les autres pays n'auront aucun intérêt à en conclure d'autres avec lui.

Le modèle de conventions fiscales de l'OCDE[1214] a pour avantage de faire du « *sur-mesure* » à chaque situation qui se présente **(§1)**. En revanche, son utilisation emporte des complications notamment quant à leur contrôle **(§2)**.

[1213] « *pacta sunt servanda* » est une locution latine signifiant que les conventions doivent être respectées. Les parties à une convention doivent s'acquitter de leurs obligations et ne peuvent pas s'en affranchir. V., J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, *Op. Cit*., p. 79-80 ou P.-M. DUPUY et Y. KERBAT, *Droit international public*, *Op. Cit*., n°286-289.

[1214] Cf. *supra* n°355 et s.

§1. Faire du « *sur mesure* » pour une plus grande efficacité

504. – Le « *sur mesure* » est le principal avantage **(B)** des conventions bilatérales et explique pourquoi elles sont tant prisées des États **(A)**.

A) Une utilisation accrue des conventions fiscales bilatérales

505. – Comme il a été souligné plus haut, l'utilisation des conventions fiscales bilatérales s'est accrue et on le remarque dans la pratique de la France et des États-Unis **(1)**. Il existe diverses raisons à ce phénomène allant au-delà d'une mise en œuvre plus facile entre deux États qu'entre des centaines **(2)**.

1- Les pratiques française et américaine des conventions fiscales bilatérales

506. – La pratique française – « *La France a déployé une activité intense pour négocier des accords d'échange de renseignements en matière fiscale avec des États et Territoires considérés jusqu'alors comme « non coopératifs » (…)* »[1215]. D'après une instruction de la DGFiP[1216], au 1er janvier 2012, la France avait signé 108 conventions. Plus généralement, le nombre de conventions fiscales et d'accords d'échange de renseignements est passé de quarante-quatre le 15 novembre 2008 à six-cent cinquante le 9 mars 2011[1217]. Au 1er janvier 2015, la France avait conclu pas moins de 128 conventions bilatérales[1218]. Depuis le début de la crise financière et de la prise de conscience internationale du danger que peuvent poser les ETNC, on observe une intensification de la signature des conventions et la France fait partie des chefs de file en la matière. Or si elle conclut beaucoup de conventions, elle tente de faire évoluer

---

[1215] H. FONTANA, « Les nouveaux accords d'échanges de renseignements en matière fiscale signés par la France », *Rev. de Fiscalité européenne et droit international des affaires*, n°161, 41ème année, octobre 2010, p. 17.

[1216] Instruction n° 14 A-2-12 du 21 février 2012, Liste des conventions fiscales conclue par la France au 1er janvier 2012.

[1217] Source OCDE.

[1218] BOI-ANNX-000306-20151007, ANNEXE - INT - Liste des conventions fiscales conclues par la France (en vigueur au 1er janvier 2015), publié le 7 octobre 2015.

les standards de l'OCDE et instaure, systématiquement avec les juridictions non coopératives, des négociations. Elle a ainsi conclu des conventions fiscales avec les Bermudes[1219], les Îles Caïman[1220] ou encore avec les Bahamas[1221]. En agissant de la sorte, la France envoie le message à la communauté internationale, que c'est en négociant avec ces États que l'on a le plus de chance de réduire leur opacité. Ces juridictions, quant à elles, acceptent de signer, car, ainsi, elles acquièrent une honorabilité sur la scène internationale. Cependant, la signature d'une convention avec le Panama a engendré beaucoup de réactions hostiles. La France et le Panama n'étaient liés, jusqu'à aujourd'hui, que par la possibilité d'échanger des lettres, datées du 6 avril 1995 et du 17 juillet 1995. Ces échanges de lettres ne sont ni des conventions ni des accords, mais ils permettent simplement aux deux parties de communiquer par voie écrite en matière fiscale. Ils n'imposent aucune obligation. Le Panama est inscrit sur la liste grise de l'OCDE et figurait, jusqu'en 2011, sur la liste française des ETNC. La signature de ce traité a permis au Panama de sortir de cette liste depuis le 1er janvier 2012, ce qui a fait couler beaucoup d'encre dans la presse[1222]. Le problème en l'espèce est que le gouvernement panaméen avait menacé la France d'exclure les entreprises françaises des contrats importants[1223]. Néanmoins, face à ce chantage et soucieux de conserver ces contrats, la France a ratifié l'accord et la convention est entrée en vigueur le 1er février 2012[1224]. Pascal Saint-Amans, chef du

---

[1219] Convention du 8 octobre 2009, Loi n° 2010-844 du 23 juillet 2010 autorisant l'approbation de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Bermudes relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale, publiée au JORF n° n°0169 du 24 juillet 2010, p.13647, texte n°8.

[1220] Convention du 5 octobre 2009, Loi n° 2010-845 du 23 juillet 2010 autorisant l'approbation de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Îles Caïmans relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale, publiée au JORF n° n°0169 du 24 juillet 2010, p.13649, texte n°9.

[1221] Convention du 7 décembre 2009, Loi n° 2010-842 du 23 juillet 2010 autorisant l'approbation de l'accord sous forme d'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Commonwealth des Bahamas relatif à l'échange de renseignements en matière fiscale, publiée au JORF n°0169 du 24 juillet 2010, p.13647, texte n°6.

[1222] É. LÉVY, « Paradis fiscaux : Sarkozy protège Panama », *Marianne*, 20 janvier 2012 ; F. P. WEBER, « Paradis fiscaux : la France accorde un passe-droit au Panama », *la Tribune*, 25 novembre 2011

[1223] Par exemple, il menaçait d'écarter Alstom du chantier pour le métro de Panama City ou la Compagnie du Rhône pour l'élargissement du canal.

[1224] Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de Panama en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale et la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu, signée à Panama le 30 juin 2011, publiée au JORF

secrétariat du Forum mondial fiscal de l'OCDE, rappelait toutefois que « *le Panama a des déficiences dans sa législation interne, disposant de mécanismes protégeant l'information sur les propriétaires d'une société*».

507. – La pratique américaine – Les États-Unis ont également une pratique très intensive des conventions bilatérales dans tous les domaines et surtout dans le domaine de la fiscalité. L'IRM donne une vue générale des différents types de traités bilatéraux utilisés par les États-Unis[1225]. Les trois principales conventions bilatérales utilisées par les États-Unis sont, tout d'abord, les « *Double taxation conventions* (DTCs) », c'est-à-dire les conventions fiscales ayant pour objectif d'éliminer les doubles impositions entre deux pays. Puis, les « *Tax Information Exchange Agreements* (TIEAs) » ont pour objet de faciliter l'échange de renseignements entre deux États partenaires. Enfin, la mise en place de la loi FATCA a également engendré la nécessité pour les États-Unis et ses partenaires de conclure des « *Intergovernmental Agreements (IGAs) under the Foreign Account Tax Compliance Act* ». Ces IGAs, une fois signés entre les États-Unis et un autre pays, permettent l'application de la FATCA.

Concernant les TIEAs, les États-Unis ont développé leur propre modèle de convention[1226]. Ce modèle regroupe les problèmes de double imposition et la prévention de l'évasion fiscale. À dater du mois de juin 2016, une quarantaine de conventions est signée, dont une avec la France en date du 31 août 1994[1227]. Environ soixante-dix TIEAs ont été signés.

En 2014, cent treize juridictions avaient ou étaient en train de conclure un IGA pour la mise en œuvre de la FATCA. Celui signé entre la France et les États-Unis est entré en vigueur le 14 octobre 2014. Depuis, la FATCA est entrée en vigueur dans cinquante-huit pays et le dernier est l'accord avec Saint-Vincent-et-les-Grenadines (le 13 mai 2016).

---

n°0030 du 4 février 2012, p.2049, texte n°4 et Instr. du 24 février 2012, publié au BOI 14 A-4-12 du 14 mars 2012.

[1225] IRM, 4.60.1.1 (09-19-2014).

[1226] https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf (visité en juin 2016).

[1227] https://www.irs.gov/pub/irs-trty/france.pdf (visité en juin 2016).

2- Les raisons de l'utilisation accrue des conventions fiscales bilatérales

508. – Une négociation facilitée – Tout traité commence par une négociation entre les États qui veulent en être partie.

La négociation d'une convention fiscale débute généralement par une prise de contact entre les pays, qui ensuite organisent des réunions de négociations. C'est à ce niveau que les choses peuvent devenir très compliquées lorsqu'il y a autour de la table beaucoup d'États. En effet, bien qu'ils aient tous la volonté commune de contracter ensemble, leurs intérêts ne coïncident pas forcément, tout comme leur législation. Les pays vont devoir se mettre d'accord sur un texte que tout le monde acceptera de signer et de ratifier. Ils devront nécessairement faire des compromis et céder sur certains points pour arriver à s'entendre.

On devine immédiatement l'avantage des conventions bilatérales. Il n'y a que deux pays à mettre d'accord et cela simplifie grandement les négociations et la mise en place de la convention.

509. – Une convention « *sur mesure* » – Les parties à la convention étant limitées à deux, il sera naturellement plus aisé d'adapter les demandes de chacun au projet en cours. Ainsi, on obtiendra avec une convention bilatérale un accord plus proche des volontés des parties et dont les compromis seront moindres. Il est plus facile de faire entendre sa voix à deux qu'à trente ou plus.

De surcroît, il sera possible pour les deux États contractants d'insérer des clauses spécifiques à leur situation. Ainsi, peuvent être ajoutées des clauses de secret[1228]. La convention prévoit dans ces cas que dans le cadre de la fraude ou de la lutte contre l'évasion fiscale, tout renseignement échangé d'ordre fiscal conservera un caractère secret et ne sera communicable qu'aux personnes chargées de l'établissement et du recouvrement de l'impôt, des poursuites concernant les impôts en cause ou des décisions de recours[1229]. Les clauses d'arbitrage conventionnelles sont très utilisées

---

[1228] Une telle clause de secret a été insérée dans la convention franco-britannique du 22 mai 1968 et dans la convention franco-danoise du 8 février 1957.

[1229] Les clauses de secret contenues dans ces deux conventions ont fait l'objet de recours devant le conseil d'État, qui a conclu qu'elles ne faisaient pas obstacle au principe du contradictoire. CE, 8e et 3e ss-sect., 26 janvier 2011, n°311808, M. Weissenburger, concl. N. Escaut : JurisData n°2010-000843.

par les États-Unis[1230]. Elles permettent de soumettre la résolution d'un différend entre les parties à une procédure d'arbitrage[1231]. Aujourd'hui, l'arbitrage en droit des conventions fiscales n'est pas encore très répandu et la France comptait au 1er décembre 2013 seulement sept conventions fiscales contenant une telle clause[1232]. Les États-Unis incluent ces clauses depuis 1989, date de la convention fiscale conclue avec l'Allemagne[1233]. Il s'agit de la plus ancienne clause d'arbitrage insérée dans une convention fiscale bilatérale. Les clauses d'arbitrage américaines prévoient aujourd'hui une saisine obligatoire de la commission d'arbitrage en cas de conflit. Un auteur a souligné que « *le nombre de conflits qui a été résolu est prodigieux* »[1234]. Par ailleurs, ce procédé est recommandé par l'OCDE et l'ONU.

Bien que très pratiques, les conventions fiscales bilatérales engendrent des difficultés, dont celle relative à leur contrôle.

§2. Le revers des conventions bilatérales

510. – Si l'utilisation des conventions bilatérales présente bien des avantages, elle a aussi des inconvénients **(A)**. De plus, il importe de déterminer les modalités de contrôle de leur utilisation **(B)**.

1230 V., J. MONSENEGO, « L'expérience américaine en matière de clauses d'arbitrage conventionnelles : un exemple pour la France ? », *Dr. fisc.* n°6, 6 février 2014, 149 ; D. R. TILLINGHAST, « Arbitration of disputes arising under income tax treaties : has the time come ? », *Tax Management International Journal*, 11 juillet 2003, p. 370.

1231 Sur l'arbitrage dans les conventions fiscales, V., B. CASTAGNÈDE, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 5ème Éd. 2015, n°284, n°98 et s. ; H. PERDRIEL-VAISSIÈRRE, *Le règlement amiable des conflits en droit fiscal conventionnel français : L'année fiscale*, PUF, 2003, p. 245 à 284 ; E. FARAH, « Mandatory arbitration of international tax disputes : a solution in search of a problem », *Florida Tax Review*, Issue 8-2009, p. 705 à 753.

1232 Il s'agit des conventions signées avec l'Allemagne, le Canada, les États-Unis, le Kazakhstan, le Québec, le Royaume-Uni et la Suisse.

1233 Convention fiscale germano-américaine du 29 août 1989.

1234 D. R. TILLINGHAST, « Arbitration of disputes arising under income tax treaties : has the time come ? » : « *the number of issues to be solved is prodigious* » (Trad. par nos soins): art. prec.

A) Les inconvénients

511. – La liberté conventionnelle – Les États choisissent généralement le modèle de convention fiscale de l'OCDE ou de l'ONU, mais ils ont toute liberté pour les adapter à leur situation et leurs besoins. Chaque convention peut ainsi être différente, avoir des clauses supplémentaires selon les choix des deux parties. Cela confère une certaine instabilité juridique. Les pays suivent l'un des modèles, mais ils peuvent le modifier à leur guise selon les besoins de la situation et on peut se retrouver avec autant de conventions différentes que de parties contractantes.

La question de l'utilité du modèle OCDE peut alors légitimement se poser. Ce modèle apporte un cadre juridique et pose les bases de la convention, mais les besoins propres de chacun restent la priorité pour les États.

Se pose aussi le problème de la négociation de cette convention, malgré l'existence d'un modèle. S'il est certes plus facile à deux de faire valoir ses positions et ses *desideratas*, la relation peut s'avérer tout à fait déséquilibrée quand les États en présence ont des places sur la scène internationale très différentes. Par exemple, les États-Unis sont la première puissance économique mondiale et quand il s'agit pour un pays en voie de développement de négocier une convention bilatérale avec ce pays, il est facile d'imaginer quelle est la voix qui portera le plus. La loi FATCA est l'exemple type d'une initiative américaine totalement unilatérale qui emporte des effets bilatéraux, étant donné que les partenaires des États-Unis doivent signer une convention sous peine de se voir infliger des sanctions financières ou pire de se voir interdire le marché américain.

Il apparaît clair que la puissance économique d'un des deux pays contractants va exercer un rôle primordial dans la négociation de la convention bilatérale. En revanche, dans le système multilatéral, les petits pays peuvent se regrouper pour établir une sorte de contre-pouvoir envers les grandes puissances.

512. – La dénonciation des conventions – Il s'agit de la fin de la convention. Si généralement les conventions fiscales sont conclues pour une durée indéterminée, il est toujours possible d'inclure une clause prévoyant la fin de la convention. C'est le cas de la convention signée entre la France et l'Arabie Saoudite le 18 février 1982, qui prévoit qu'elle « *demeurera en vigueur jusqu'à la fin de la cinquième année suivant celle de son entrée en vigueur. Elle pourra toutefois être reconduite par périodes de cinq ans après*

accord entre les États ». Il en va de même pour la convention fiscale franco-sénégalaise du 29 mars 1974.

Néanmoins, la dénonciation des conventions fiscales restait un fait exceptionnel jusqu'aux années 2000[1235]. Cette nouveauté touche plus particulièrement les conventions bilatérales, car il suffit qu'un des deux contractants mettent fin à la relation pour que la convention cesse de produire ses effets. Mais cela ne reste pas impossible, en tout cas en théorie, dans le cadre de conventions multilatérales. Les dénonciations se sont intensifiées[1236] pour des raisons techniques (une convention qui n'a plus d'objet), économiques (les deux pays n'ont pas réussi à trouver un accord satisfaisant sur l'imposition d'un type de revenu). La France et le Danemark ont mis fin à la convention fiscale bilatérale qui les unissaient en 2009. À l'époque, la ministre des Impôts danoise avait adressé une lettre à M. Woerth, alors ministre du Budget pour dénoncer la convention franco-danoise. La raison invoquée était qu'*« actuellement, les libertés du traité de l'UE accordent à nos entreprises commerciales la même protection que la Convention en ce qui concerne l'imposition. »*[1237] Cela fait donc sept ans que ces deux pays ne sont plus liés par une convention fiscale bilatérale. Cette situation n'est pas sans créer des difficultés concernant les situations de double imposition, car l'UE ne légifère pas dans ce domaine. Deux auteurs danois ont conclu dans leur rapport que *« (…) la dénonciation des conventions fiscales bilatérales a eu pour conséquence un taux d'imposition effectif plus élevé et de la double imposition réelle dans certaines situations. Il est donc crucial que de nouvelles conventions fiscales bilatérales soient négociées. »*[1238] En effet, depuis cette dénonciation le risque de double imposition est réel. Pour atténuer ce phénomène, la France a mis en place un mécanisme de reversement de la fraction d'impôt déjà payée dans l'un des pays[1239].

[1235] F. LE MENTEC, « La dénonciation de conventions fiscales : une tendance de fond ? », *Dr. fisc*. n°30-35, 26 juillet 2012, 389.

[1236] Fin de la Convention entre l'Indonésie et les Pays-Bas en 2000, entre l'Allemagne et le Brésil et l'Indonésie et l'île Maurice en 2005, entre la Suède et la Pérou en 2006, entre les États-Unis et la Suède en 2007 ou encore entre la France et le Danemark en 2009.

[1237] G. TAR, « Bientôt sept ans sans convention fiscale bilatérale entre la France et le Danemark: bilan et perspectives à la lumière du droit fiscal de l'Union européenne », *Dr. fisc.* n°49, 3 décembre 2015, 710, n°1.

[1238] J. BUNDGAARD et K. J. DYPPEL, *Corporate Tax implications of Danemark's Unilateral Termination of its Tax Treaties with France and Spain* : Bulletin for International Taxation – Tax Treaty Monitor, juillet 2009. V., également, C. SAND et C. GUIONNET-MOALIC, « Les conséquences de la dénonciation de la convention fiscale entre la France et le Danemark », *Dr. fisc*. 2010, n°40, 514.

[1239] Instr. 14-B-2-10 du 29 juillet 2010 publié au BOI n° 71 du 2 août 2010.

Au vu de ces difficultés que peut entraîner l'utilisation des conventions bilatérales, ces dernières semblent promises à une évolution inéluctable.

B) L'évolution nécessaire des conventions bilatérales

513. – Pas de force obligatoire – Que les deux pays choisissent le modèle onusien ou de l'OCDE, il ne faut pas perdre de vue que ce ne sont que des modèles de convention. Ils n'ont aucune force obligatoire et peuvent être adaptés selon les besoins des contractants. Cette absence de force obligatoire est la raison majeure de l'évolution indispensable des conventions fiscales bilatérales.

En effet, en l'état du droit actuel, il n'est pas possible d'imposer à l'une de ces organisations internationales de vérifier la mise en œuvre de leur modèle de convention. Pourtant, les différences de poids économiques sur la scène internationale des parties contractantes occasionnent des déséquilibres entre les États au sein même de la convention.

514. – Un système obsolète – L'obsolescence des modèles actuels est pointée du doigt par plusieurs auteurs américains[1240] qui prônent la résolution des problèmes fiscaux par la mise en place de traités bilatéraux d'investissement (*Bilateral Investment Treaty* – BIT).

515. – Conclusion de la section 1 – La France et les États-Unis font preuve d'une grande maîtrise de la pratique des conventions bilatérales. Ces dernières ont déjà démontré tous les intérêts qu'elles peuvent revêtir notamment parce qu'elles prennent en compte avec souplesse la situation fiscale propre à chacune des relations qu'elles régissent. Il demeure que l'énoncé de cet avantage porte déjà la marque des revers de la méthode. En effet, la multiplication des conventions bilatérales, aussi finement adaptées soient-elles, conduisent immanquablement à une

[1240] R. S AVI-YONAH et O. HALABI, «Double or Nothing: A Tax Treaty for the 21st Century » (2012). *Law & Economics Working Papers*, Paper 66, http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/66; M. DE MELO, « The Regulation of Tax matters in Bilateral Investment Treaties : A Dispute Resolution Perspective », *Dispute Resolution International*, Mai 2014.

« désharmonisation », ce qui est précisément le défaut majeur des règles dans la lutte contre les paradis fiscaux.

Aussi, il paraît indispensable d'aller plus loin que le simple renforcement de l'utilisation des conventions bilatérales. Il convient d'instaurer un organe doté de pouvoirs de sanctions afin de donner une force obligatoire aux recommandations de l'OCDE et de réguler les conventions et leur utilisation **(Section 2)**.

Section 2

La création d'un organe de sanction

516. – Sans sanction, il n'y a pas d'obligation. Cette idée générale exprime que le « *droit mou* », à la manière de l'OCDE, où l'on compte sur la volonté et la coopération des États, ne fonctionne pas. En tout cas, il n'est pas suffisamment efficace. La mise en place d'un organe approuvé par les États et qui aurait un pouvoir de sanction s'impose à nos yeux pour une lutte efficace.

En étudiant les différents organes de sanction, il est apparu que le modèle de l'organe de règlement des différends (ORD) mis en place au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) pourrait correspondre aux attentes et convenir aux contraintes du domaine de la fiscalité et de la lutte contre les paradis fiscaux.

Il existe un mécanisme de règlement des différends au sein de l'OCDE, mais il n'est compétent que pour les litiges concernant les problèmes de double imposition. C'est pour ça que la transposition de ce qui se fait au sein de l'OMC ne paraît pas impossible **(§1)**. De plus, cette action aurait pour grand mérite de rendre l'activité et les recommandations de l'OCDE et de son forum beaucoup plus crédibles **(§2)**.

§1. L'organisation de l'organe de règlement des différends

517. – Il s'agit ici de prendre exemple sur l'organe de règlement des différends de l'OMC qui réussit à mettre en place un système doté de pouvoirs de sanction **(A)** rendant ce mécanisme de règlement des différends très efficace **(B)**, tout à fait adaptable à l'OCDE.

A) L'instauration d'un organe de règlement des différends : l'exemple de l'Organe de règlement des différends de l'OMC

518. – Un processus non contentieux – Le GATT[1241], créé après la Seconde Guerre mondiale, avait pour principal objet d'organiser les négociations commerciales multilatérales, chargées de libéraliser le commerce mondial. Les principes dégagés par le GATT étaient de mettre en place un commerce sans discrimination avec la clause de la nation la plus favorisée et la clause du traitement national, d'abaisser de manière générale et progressive les droits de douane, d'interdire les restrictions quantitatives et enfin de prohiber des subventions à l'exportation. Sous le régime du GATT, il n'existait pas de procédure de règlement des différends proprement dite[1242]. Ainsi, pour que le système commercial multilatéral instauré après la Seconde Guerre mondiale dure dans le temps, une réforme était nécessaire.

519. – La révolution avec l'OMC[1243] – Lors de l'Uruguay Round, il a été décidé d'instituer une « *véritable institution qui chapeauterait le commerce international* »[1244]. Le 15 avril 1994 fut signé l'Accord de Marrakech qui aboutit à la création de l'Organisation mondiale du commerce. L'organisation, qui a pour mission de veiller à la loyauté des échanges commerciaux, dispose à cet effet de véritables pouvoirs concernant le règlement des différends commerciaux entre les États membres. L'Accord de Marrakech inclut le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends et apparaît pour beaucoup comme l'apport principal du cycle de l'Uruguay. Le Professeur Patrick Messerlin y voit même « *la naissance discrète d'une juridiction mondiale des échanges* »[1245].

Comme dans toute réforme, une raison profonde la sous-tend. En l'espèce, l'instauration d'un véritable mécanisme de règlement des différends (MRD) est due à la volonté des rédacteurs de 1994 d'assurer la crédibilité et la sécurité du système

---

[1241] *General Agreement on Tariffs and Trade* n'a jamais eu le statut d'organisation internationale. Créé en 1947, il s'agit d'un accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

[1242] Les articles XXII et XXIII de l'Accord prévoyaient seulement un système interne et non contentieux. V., D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Précis Dalloz, 2ème Éd., 2005.

[1243] Sur le mécanisme de règlement des différends à l'OMC, v., É. CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends*, Bruylant, 2ème Éd., 2004, 195 pages.

[1244] P. A. GOURION et G. PEYRARD, *Droit du commerce international*, L.G.D.J, coll. Système droit, 3ème Éd., 2001.

[1245] P. MESSERLIN, Article paru dans le journal *Le Monde* le 25 mars 1997.

commercial multilatéral international. Cette raison est tout à fait transposable à l'idée d'instaurer un organe doté de pouvoirs de sanctions à l'OCDE dans les relations fiscales entre États. Il s'agit, en effet, d'accorder au système OCDE une véritable crédibilité vis-à-vis de ses membres. L'Organe de règlement des différends chapeaute le mécanisme et exerce un contrôle politique.

Ce nouvel accord est considéré comme « *la clé de voûte du dispositif commercial multilatéral* »[1246]. Il a été défini comme étant « *un système destiné à trancher les contentieux commerciaux entre les parties. C'est un système à plusieurs étages qui comporte une procédure préalable de consultation débouchant éventuellement si aucun accord n'est trouvé entre les parties sur un panel dont les conclusions sont contraignantes* »[1247].

B) Le mécanisme de règlement des différends

520. – Le mécanisme de règlement des différends est composé de deux phases. La première phase consiste en des consultations et examens **(1)** et la seconde en l'exécution de la décision **(2)**.

1- Les consultations et examens

521. – L'accord amiable – Quand un membre estime qu'un avantage découlant d'un des accords de l'OMC a été transgressé, il doit faire une demande écrite de consultation auprès de l'ORD. Cette demande est ensuite examinée par le membre à qui elle est adressée. Cette première phase reste fidèle au principe de l'OMC favorable à la négociation plutôt qu'à la punition. Les parties en litige ont alors soixante jours pour trouver une solution amiable. Il ne s'agit pas d'une procédure contentieuse.

[1246] M.-L. MCHANETZKI, « Le règlement des différends de l'OMC », *Notes bleues de Bercy*, 16 janvier 2000, n°175.

[1247] P. JACQUET, P. MESSERLIN et L. TUBIANA, *Le cycle du millénaire*, la Documentation française, 2000, p. 145.

522. – La constitution du panel – À défaut d'accord mutuellement acceptable, le groupe spécial pourra être constitué, soit par les parties soit par le Directeur général. Le panel est composé de trois membres. La durée de leur mandat est égale à la durée de l'affaire en cause, ils ne peuvent pas avoir la nationalité d'un des États au litige pour éviter toute partialité. Le panel rend sa décision dans un délai de neuf mois maximum et si le rapport est adopté, la procédure s'arrête là. Un examen intérimaire est toujours possible, car la volonté de régler à l'amiable reste une priorité.

Il est possible pour la partie mécontente de faire appel des conclusions du panel devant l'Organe d'appel. Cet organe est composé de sept membres indépendants, impartiaux et permanents, qui reprennent l'affaire sur les questions de droit déjà soulevées devant le groupe spécial.

2- L'exécution

523. – La force obligatoire des décisions – Les recommandations et décisions prises par le groupe spécial ou l'Organe d'appel sont obligatoires en droit. Elles lient les parties au litige, qui sont tenues de les mettre en œuvre. Néanmoins, comme le rappelle le Professeur Canal-Forgues, *« leur objectif premier n'est pas d'établir une responsabilité ou de réparer un dommage causé par une mesure illicite. Il s'agit plus simplement d'obtenir la mise en conformité, si nécessaire par le retrait des mesures incriminées incompatibles avec les dispositions d'un ou plusieurs accords de l'OMC. »*[1248]

Les rapports des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel deviennent obligatoires une fois que l'ORD les a adoptés. Le processus d'adoption est quasiment systématique aujourd'hui grâce à la mise en place de la technique originale du « consensus inversé » ou « consensus négatif ». Cela signifie qu'un rapport n'est pas adopté si tous les membres le décident par consensus[1249].

[1248] É. CANAL-FORGUES, *Op. Cit.*, p. 41.

[1249] Cette technique, qui ne connaît aucun autre exemple en droit international, est prévue aux articles 16.4 et 17.14 du Mémorandum d'accord.

524. – La mise en œuvre – L'article 21 du Mémorandum d'accord[1250] prévoit que l'ORD tient sous surveillance celui qui a été condamné et qui doit exécuter les recommandations et décisions décrites dans le rapport. Cette fonction de surveillance permet à l'ORD d'exercer une pression politique et morale sur l'État condamné.

Plusieurs éléments président à l'exécution des rapports. Tout d'abord, l'article 21.3 du Mémorandum d'accord[1251] prévoit que le rapport doit être exécuté dans un délai raisonnable, déterminé par les parties ou par un arbitre.

Puis, s'il survient un désaccord entre les parties sur l'existence ou sur la teneur et la compatibilité des mesures adoptées par l'État condamné, l'article 21.5[1252] permet une nouvelle saisine du groupe spécial initial, ce qui relance toute la procédure.

Enfin, la dernière possibilité est celle prévue à l'article 22.6 du Mémorandum[1253] qui précise que la partie lésée peut demander à l'ORD de suspendre les concessions ou compensations à l'égard du défendeur. Ce sont des mesures temporaires et le membre concerné pourra en contester le niveau ; dans ce cas la contestation sera soumise à arbitrage.

Le MRD de l'OMC est l'un des mécanismes interétatiques les plus actifs sur le plan international. Le 10 novembre 2015, le cinq centième différend a été porté devant l'OMC. Cela démontre l'importante activité de l'ORD, qui a adopté onze rapports en 2015 contre neuf en 2014. L'année 2015 compte une moyenne de trente procédures de groupe spécial en cours chaque mois. Le Directeur général Roberto

---

[1250] L'article 21 dispose que « pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres détail aux recommandations ou décisions de l'ORD ».

[1251] L'article 21.3 dispose qu'« à une réunion de l'ORD qui se tiendra dans les trente jours suivants la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le membre concerné informera l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de celui-ci. S'il est irréalisable pour un membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions, ce membre aura un délai raisonnable pour le faire (…) ».

[1252] Le point 5 de cet article prévoit que « dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlements des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial (…) ».

[1253] L'article 22.6 dispose que « (…) l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de trente jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande. Toutefois, si le membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, (…), la question sera soumise à arbitrage (…) ».

Azevêdo a déclaré qu'*« il est indéniable que le système de règlement des différends de l'OMC a rendu de grands services aux Membres »*, avant d'ajouter que *« c'est un système reconnu dans le monde entier pour les résultats équitables et de haute qualité qu'il produit et qui répondent aux besoins des Membres développés comme des Membres en développement. »*[1254]

Sa popularité au sein des États membres, son activité intensive et son fonctionnement peuvent laisser penser qu'un tel mécanisme serait bénéfique pour faire respecter les rapports de l'OCDE en matière fiscale.

§2. Rendre l'action en matière fiscale de l'OCDE plus crédible

525. – Il s'agit là du véritable objectif de la création d'un organe doté de pouvoirs de sanctions au sein ou en dehors de l'OCDE. En effet, et cela a déjà été souligné, le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales n'a pas la possibilité d'obliger les États à suivre ses recommandations. Il en résulte la nécessité de mettre en place un organe de sanction à l'image de celui qui existe au sein de l'OMC. Évidemment, il faut répondre tout d'abord à la question primordiale de savoir si la Convention de l'OCDE n'empêche pas ce type d'organe **(A)**. Il apparaît clair que sa mise en place est d'une grande nécessité pour l'OCDE et l'objectif de lutte contre les paradis fiscaux qu'elle s'est impartis **(B)**.

A) L'éventuelle contrariété de la mise en place d'un organe doté de pouvoirs de sanctions avec la Convention de l'OCDE

526. – L'article 5 de la Convention relative à l'OCDE – L'OMC et l'OCDE sont toutes les deux des organisations internationales, disposant de personnels indépendants de leur État d'origine. Les membres de ces deux entités ont signé volontairement et en toute connaissance de cause les statuts ou accords mettant en

[1254] Rapport annuel 2016 de l'Organisation mondiale du commerce, p. 108, https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/anrep16_chap6_f.pdf (consulté en juillet 2016).

place les deux organisations. Si un MRD avec des pouvoirs de sanctions a pu être mis en place au sein de l'OMC, il peut en être de même au sein de l'OCDE.

En effet, l'article 5 a) de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques dispose qu'*« en vue d'atteindre ses objectifs, l'Organisation peut : a) prendre des décisions qui, sauf disposition différente, lient tous les Membres »*. Ainsi, les décisions de l'OCDE lient normalement ses membres, ce qui va tout à fait dans le sens de l'existence d'un organe qui veillerait à l'exécution des décisions de l'OCDE, à l'image de l'ORD de l'OMC. La Convention ne semble pas *a priori* s'opposer à un tel mécanisme. Bien au contraire, en précisant que les États sont liés par ses décisions, elle ouvre la porte à la possibilité de mettre en place des mesures, voire des sanctions, pour permettre l'application de ses décisions.

527. – Le bémol : l'article 6 – Dans l'article 6.3 de la Convention, il est fait mention qu'« aucune décision ne peut lier un Membre aussi longtemps qu'il ne s'est pas conformé aux prescriptions de sa procédure constitutionnelle. Les autres Membres peuvent convenir que cette décision s'appliquera provisoirement entre eux. »

L'article 6.3 apporte deux restrictions très importantes à l'article 5 a). Tout d'abord, et conformément au principe de la hiérarchie des normes, la Convention relative à l'OCDE reste inférieure en tant que norme juridique à la constitution de chaque État membre. Ainsi, si la décision prise par l'OCDE est contraire au bloc de constitutionnalité, un État peut ne pas l'appliquer. Pour ne pas léser les autres membres pour lesquels la décision n'irait pas à l'encontre de leur constitution, la Convention prévoit, dans ce cas, que tous les autres États peuvent suspendre l'application de la décision en cause entre eux. Cette dernière perd alors tout caractère obligatoire et peut tout à fait ne jamais être appliquée *in concreto*.

Malgré ces contraintes, rien dans la Convention ne semble aller contre la création d'un organe de règlement des différends doté de pouvoirs de sanctions et il apparaît même comme nécessaire.

B) La nécessité de cet organe

528. – Constitution et le fonctionnement de l'Organe de sanctions – L'Organe de sanctions pourrait être constitué à l'intérieur même de l'OCDE par protocole additionnel à la Convention, à condition de recevoir l'approbation de tous ses membres. Cet obstacle est véritablement paralysant, car il est peu probable que les États membres de l'OCDE acceptent la mise en place d'un organe qui aurait la faculté de les sanctionner. Néanmoins, cela n'est pas impossible, car accepter cette nouveauté ferait passer un message fort au sein des populations sur la volonté indubitable des pays à lutter contre les paradis fiscaux. D'un point de vue politique, l'acceptation d'un tel changement serait extrêmement bénéfique aux gouvernements qui l'auraient ratifiée. L'Organe, qui superviserait le mécanisme de règlement des différends serait, comme l'ORD de l'OMC, un organe politique, composé des membres de l'OCDE et aurait pour rôle l'administration générale du mécanisme et la prise de décision. L'ORD en l'espèce pourrait tout à fait être le Forum mondial.

En revanche, il conviendrait de constituer un panel, composé d'experts internationaux indépendants sur la fiscalité du pays et d'experts nationaux chargés par leur État d'expliquer les raisons pour lesquelles leur pays ne peut pas se mettre en conformité. Ces experts auraient pour mission de connaître les affaires comme des organes de première instance. Un Organe d'appel pourrait également avoir vocation à être créé pour examiner les rapports du panel.

529. – L'adoption du rapport – Le Forum mondial et ses 135 membres seraient en charge d'adopter le rapport du panel et de lui donner par cette adoption une force obligatoire. Pour éviter tout blocage dans l'adoption des rapports, la technique du « consensus inversé »[1255] de l'ORD de l'OMC consisterait en une vraie parade. Il appartiendrait ensuite au Forum de surveiller l'exécution des recommandations du rapport du panel.

530. – Les sanctions – Dans le cas où l'État mis en cause ne se conformerait pas, dans un délai raisonnable déterminé par le Forum, il pourrait être sujet à sanctions.

[1255] Cf. *supra* n°523.

Le premier type de sanctions envisageable serait la publication d'un rapport désignant expressément l'État récalcitrant et invitant les autres membres à éviter autant que faire se peut d'avoir des relations fiscales avec lui.

Le second type de sanctions et sûrement le plus efficace serait la sanction financière. Un système d'amende progressive pourrait être mis en place avec des intérêts de retard par jour d'absence de mise en conformité. Il conviendrait d'établir une échelle des amendes selon le type de violation des recommandations de l'OCDE. Par exemple, l'État considéré comme « totalement non conforme » en matière de transparence fiscale et d'échange de renseignements serait condamné à l'amende la plus élevée. Pour être vraiment efficace, il importerait de convenir d'un montant particulièrement élevé des amendes et d'en exiger, bien entendu, le paiement.

531. – Conclusion de la Section 2 – Tel que nous l'avons exposé, l'organe de règlement des différends existant dans le cadre de l'OMC constitue le meilleur mécanisme pour modeler un éventuel organe du même type dans le cadre de l'OCDE. En effet, le système des panels constitue, par exemple une institution judicieuse qui pourrait être très utile pour la mise en place de sanctions mieux acceptées. Ce d'autant que la méthode n'est pas étrangère à l'OCDE qui l'utilise notamment pour la rédaction de ses rapports dans le cadre du Forum. Du reste, l'analyse a démontré qu'il n'y avait pas d'obstacle juridique, au sein même de la Convention OCDE, pour la création d'un tel modèle. Celui-ci est subordonné à l'accord unanime de tous les États membres. Naturellement, l'objection est de taille. Néanmoins, un tel organe a déjà été accepté pour l'OMC et si un projet de cette sorte était proposé à la discussion, chacun des États membres devraient politiquement motiver son refus ce qui pourrait avoir des conséquences significatives en termes d'image.

532. – Conclusion du Chapitre 2 – Le sens de l'évolution de la lutte contre les paradis fiscaux repose sur une conception renouvelée du multilatéralisme. En effet, nous avons proposé deux voies permettant d'assurer cet objectif. Une utilisation renforcée des conventions bilatérales présentent d'indéniables avantages dans la mesure où celles-ci permettent une meilleure compréhension de la règle par les États.

Chaque convention régit une situation précise et a fait l'objet de négociations qui ont supposément permis de prendre en compte la spécificité de la relation unissant les deux pays. Il n'en demeure pas moins que ce « sur mesure fiscal » conduit naturellement à une dispersion des normes dans la lutte contre les paradis fiscaux, ce qui se révèle radicalement contre-productif.

Pour cette raison, il nous a semblé nécessaire d'accompagner cette première proposition de la mise en place d'un organe de sanction au sein même de l'OCDE. L'insertion d'un tel mécanisme, modelé sur celui existant déjà à l'OMC, représenterait une avancée considérable. Ainsi, le droit issu de l'OCDE ne ferait plus figure de simple *soft law* et le mécanisme pourrait contribuer à rendre plus efficace l'utilisation des conventions bilatérales en les contrôlant. Il reste que cette solution n'est pas encore à l'ordre du jour compte tenu des probables réticences dont feront preuve les membres de l'OCDE. Il n'y a guère que des considérations politiques, et une véritable volonté de lutter contre les paradis fiscaux, qui permettront une évolution en ce sens.

533. – Conclusion du Titre 2 – La lutte contre les paradis fiscaux suppose un effort des membres de la communauté internationale. Au premier abord, ainsi que nous l'avons envisagé, la coopération multilatérale apparaît nettement ancrée dans la pratique mondiale. Néanmoins, ce constat peut être nettement relativisé et les institutions traditionnelles de coopérations que sont, pour l'essentiel, l'OCDE et l'Union européenne ont démontré leurs imperfections. La *soft law*, principale caractéristique du droit de l'OCDE, et l'obligation de l'euro-compatibilité des textes adoptés par la France, constituent, entre autres exemples, des caractéristiques contraignantes qui permettent de penser que les perspectives d'évolution ne doivent pas se cantonner seulement à un multilatéralisme tel qu'il est aujourd'hui pratiqué. La lutte contre les paradis fiscaux implique une nette évolution dans le sens d'une coopération renouvelée à travers le développement des conventions bilatérales, tout en créant un organisme *ad hoc,* dans le cadre de l'OCDE. Seule cette innovation, véritablement détachée des susceptibilités et souverainetés nationales, loin des contingences propres à chacun des États, permet une lutte efficace contre les paradis fiscaux.

534. – Conclusion de la Partie 2 – Dans la lutte contre les paradis fiscaux, la France et les États-Unis ont développé toute une panoplie d'instruments unilatéraux permettant de tendre, le plus efficacement possible, vers l'élimination des juridictions à fiscalité privilégiée. Nos développements ont permis de se convaincre de ce que si les efforts étaient louables, ceux-ci n'en étaient pas moins insuffisants. Au vrai, une telle solution n'étonnera pas dans le contexte de la fiscalité internationale. En effet, en raison de la mondialisation et de la globalisation des échanges financiers où les frontières n'ont plus vraiment de tracé tangible et compte tenu de la dématérialisation croissante des relations, la réponse de l'unilatéralisme ne saurait être la seule. Le multilatéralisme constitue une réponse idoine permettant de s'adapter à cette donnée nouvelle du paysage fiscal mondial.

535. – Au plan du multilatéralisme, de nombreux efforts ont été entrepris. À l'échelon international, l'OCDE remplit un rôle crucial. Elle s'est imposée comme l'interlocuteur privilégié de la matière fiscale et comme le principal bras armé de la lutte contre les paradis fiscaux. À l'échelon régional, c'est-à-dire au niveau de sous-ensemble supra national que constitue l'Union européenne, de nombreuses mesures ont également été prises et qui reposent pour beaucoup sur la coopération multilatérale et plus particulièrement l'échange de renseignements. On a pu remarquer ici l'influence très prégnante du modèle américain qui renforce le constat que nous avions pu faire et relatif à l'avance que ces derniers ont pu prendre dans la lutte contre les paradis fiscaux.

Le multilatéralisme doit cependant évoluer en raison des imperfections de la pratique contemporaine. Il est apparu indispensable d'en renouveler quelque peu la teneur et deux voies ont été explorées : le renforcement de l'utilisation des conventions bilatérales et la création d'un organisme de sanction au sein de l'OCDE. Parmi ces deux solutions, cette dernière apparaît sans nul doute comme la plus importante et indispensable pour une lutte efficace contre les paradis fiscaux.

CONCLUSION GÉNÉRALE

536. – La lutte contre les paradis fiscaux est aujourd'hui un objectif partagé par la plupart des États de la communauté internationale. Son évolution, ainsi que nous l'avons démontré au cours de nos développements, épouse la tendance d'un renforcement constant au cours de ces dernières années. Entre le scandale de la Banque commerciale de Bâle et celui lié à la divulgation des *Panama Papers*, les interventions étatiques se sont multipliés ces quatre-vingts dernières années.

537. – Notre étude a démontré que les législations française et américaine ont emprunté la voie de la répression et de la lutte contre l'utilisation des paradis fiscaux. De ce point de vue, l'unilatéralisme, entendu comme une méthode, est éclairant. Chacun de ces systèmes dispose, dans son droit positif, d'un arsenal de mécanismes qui témoigne indéniablement de la volonté politique de ces États d'éliminer les juridictions à fiscalité privilégiée. Ces moyens d'intervention se sont considérablement renforcés ces derniers temps et la France, qui accusait un retard par rapport aux États-Unis, est en train de le résorber progressivement.

538. – Il demeure que la voie de l'unilatéralisme est insuffisante, dans le contexte éminemment globalisé dans lequel se meuvent les paradis fiscaux, et à notre époque où la dématérialisation des échanges accroît leur fréquence et leur intensité. En effet, l'action contre les paradis fiscaux doit être concertée ; elle ne peut être pensée qu'à plusieurs. En somme, le fléau qu'ils représentent appelle une réponse d'ensemble. Aussi nous avons souhaité envisager l'autre méthode déployée dans cette lutte : le multilatéralisme. Celui-ci est principalement porté par l'OCDE, qui s'est imposée comme l'interlocuteur naturel du combat dans lequel le G20 est en pointe. De surcroît, dans un contexte géographique plus rapprochée, l'espace que représente l'Union européenne est aussi un vecteur important dans l'effort d'élimination de

l'utilisation des paradis fiscaux. La réponse de la France doit nécessairement tenir compte de celle de ses voisins et c'est précisément ce qui lui confère en partie sa qualité.

539. – Mais il est apparu qu'en l'état, en dépit de ses avantages intrinsèques, la réponse multilatérale est elle-même insuffisante. Aussi, c'est au profit d'un renouvellement du multilatéralisme qu'il faudrait conclure. Celui-ci doit être approfondi, notamment par un renforcement de l'utilisation des conventions bilatérales. Le sur mesure fiscal qu'elles mettent en œuvre est une ressource très féconde dans la lutte contre les paradis fiscaux. Mais, il faut également ajouter à cette première proposition une seconde, nettement plus nouvelle dans sa formulation. En effet, il conviendrait de mettre en place un organe de sanction dans le cadre de l'OCDE et dont le modèle serait, selon nous, directement inspiré de ce qui se pratique déjà, avec succès, au sein de l'OMC.

540. – Faut-il pourtant conclure ainsi ? Malheureusement, la réponse est négative. Le juridique ne peut pas tout, c'est ce qu'enseigne l'actualité. Au contraire, c'est au politique que revient le dernier mot dans la lutte contre les paradis fiscaux.

En effet, le philosophe Alain Deneault a très justement fait observer que le problème vient directement des États, même parmi ceux qui sont à l'origine, voire au cœur, du combat contre ce fléau de la fiscalité mondiale. Ainsi qu'il le remarque, chaque État à ses *« protégés »* [1256], au sens de ce qu'il se réserve un pré carré auquel il prend bien soin de ne pas toucher. Par exemple, le Delaware américain n'est pas visé par les différents textes adoptés en cette matière, notamment par les conclusions du Forum mondial de l'OCDE. Lorsque l'on sait que cet État fédéré des États-Unis comporte bien plus de la moitié des sociétés incorporées aux USA et au moins la moitié des cinquante firmes les plus riches du pays, l'exemple est éloquent. De même, il faut songer aux Îles Vierges américaines qui sont systématiquement retirées des listes établies par les États-Unis. Mais, ce constat ne concerne pas seulement ce pays. Au vrai, la France elle-même obéit à une logique parfois similaire. La réglementation française empêche radicalement de considérer qu'un État comme l'Irlande soit un ETNC. L'Union européenne comporte en son sein certains de ses membres dont la législation fiscale peut prêter à discussion quant à la qualification

[1256] A. DENEAULT, *Op. Cit.*, p. 35.

de paradis fiscal. Ainsi il suffit de songer à Malte, considéré comme l'un des ports francs les plus controversés du monde ou encore à Chypre.

541. – Plus généralement, c'est l'attitude politique qui doit évoluer. L'on ne peut s'empêcher de penser au terme de cette étude relative à la législation, et donc à la réponse juridique que déploient les États, qu'une certaine hypocrisie règne en la matière. D'un côté, des pays comme la France ou les États-Unis affichent très clairement leur volonté de lutter contre les paradis fiscaux tout en se dotant d'un arsenal concret pour atteindre ce but. De l'autre côté cependant, des mesures beaucoup drastiques, qui relèvent du champ politique, pourraient être adoptées pour tenter réellement d'en finir avec cette situation. En somme, l'attitude des principales places mondiales n'annihile pas complètement les paradis fiscaux. En dépit des efforts concertés, il demeure un sas au sein duquel les juridictions non coopératives peuvent évoluer. Même si celui-ci se réduit notablement ces dernières années en raison des mesures adoptées, il existe toujours. Sans une volonté politique très marquée, Délos n'en finira pas d'exister, un Délos qui continuera d'être couvert d'or.

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

-A-

ALENA : 346

Article
- 209 B du CGI : 109-112, 115-116, 119, 150, 498
- 123 *bis* du CGI : 117, 151, 498
- 155 A du CGI : 499

Auto incrimination
- En France : 291-295
- Aux États-Unis : 296-297

Contrôle OCDE
- *Self review* : 398-399
- *Peer review* : 402-403

Convention bilatérale
- Utilisation : 506-507
- Avantages : 508-509
- Inconvénients : 511-512
- Évolution : 513-514

Convention OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle : 351-352

-C-

Common law : 82, 265, 281

Charge de la preuve
- En France : 284-286
- Aux États-Unis : 287-288

Commission européenne
- Concurrence fiscale dommageable : 412-416
- Plan d'action : 418-421

-D-

Delaware : 484

Délit de fraude fiscale : 221

Droit de communication ou *summons*
- En France : 71-74, 82
- Aux États-Unis : 75-79, 81

-E-

États et territoires non coopératifs
- L'article 238-0 A CGI : 19, 133-142
- Liste française des ETNC : 145-146, 168-173
- Liste Moscovici :

Exit tax: 104-106

-F-

FATCA
- Définition : 181-182
- FBAR : 46
- *Qualified intermediary program* : 178-180
- Mécanisme : 184-187
- Conséquences : 190-193, 195-196

FinCEN: 100-101

Fiscalité privilégiée: 88-91, 131

Forum mondial : 400-401

-I-

Imposition des plus-values : 162-163

Intention : 50

-L-

Lanceurs d'alerte
- Définition : 304-312, 318
- Liberté d'expression : 313-316
- Conditions : 319-321
- Garanties : 325-327, 329-330
- Rémunération : 332-337

Liste
- IRS : 93
- Française : 145 et s.
- GAO : 95
- Congrès américain : 94
- GAFI : 388-390
- FSF : 391-392
- OCDE : 394-396, 485-486
- Union européenne : 421

-M-

Modèle de Convention OCDE concernant le revenu et la fortune
- Échange classique de renseignements : 358 et s.
- Échange automatique de renseignements : 368 et s.
- Assistance au recouvrement : 377-382

-O-

Organe de sanctions
- Organisation mondiale du commerce : 518-519
- Mécanisme : 521-524
- OCDE : 526-530

-P-

Paradis fiscal
- Origine : 1 et s.
- Définition : 11 et s.

Police fiscale
- IRS – CID : 209-217
- Procédure judiciaire d'enquête fiscale : 219, 222-227
- Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale : 228-231

Présomption d'innocence
- Principe : 279
- CEDH : 280
- *Common law* : 281

Principe de nationalité : 30, 197

Principe de territorialité : 30

Prix de transfert : 160-161

Procureur financier : 235-240

-R-

Régularisations
- Cellules françaises : 53 et s.
- *Offshore voluntary compliance/disclosure* : 56 et s.

Retenue à la source : 152-159

-S-

Sanctions
- Administratives : 243-246
- Civiles : 49, 247-246
- Pénales : 252-256

Scandales financiers
- HSBC : 44, 63-67
- UBS : 57
- Cahuzac : 10
- *Panama papers* : 9
- « double irlandais » : 470, 492

Secret professionnel
- Protection : 83
- Secret bancaire : 6, 84, 492

Sociétés mères : 164-165

Soft law : 480 et s., 490

Subpart F : 109-111, 113, 115-116, 118

-T-

TRACFIN: 98-99

-U-

Union européenne
- Compétences : 423, 427-428, 430-431
- Motif d'intérêt général : 425
- Échange de renseignements : 437 et s.
- Échange automatique de renseignements : 446-449
- Contrôle fiscal multilatéral : 451 et s.
- Euro compatibilité : 496 et s.

-V-

Vie privée
- Définition : 263-268
- Limites : 270-273
- Protection : 274-275

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS

BIENVENU (J.-J.) et LAMBERT (Th.)
● *Droit fiscal*, PUF, 3ème Éd, 2003 ;

BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.)
● *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 5ème Éd., 2013 ;
● *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 7ème Éd., 2015 ;

BONNEAU (Th.) et DRUMMOND (F.)
● *Droit des marchés financiers*, 3ème Éd., Économica, 2010 ;

BOUVIER (M.)
● *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, 11ème Éd., L.G.D.J, 2012 ;

CARREAU (D.) et JUILLARD (P.)
● *Droit international économique*, Précis Dalloz, 2ème Éd, 2005,

CASTAGNÈDE (B.)
● *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 5ème Éd., 2015 ;

COLLET (M.)
● *Procédures fiscales, Contrôle, contentieux et recouvrement de l'impôt*, PUF, Paris, 2011 ;

COMBACAU (J.) et SUR (S.)
● *Droit international public*, LGDJ, coll. Domat droit public, 11ème Éd., 2011 ;

CONTE (Ph.)
● *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 4ème Éd., 2013 ;

CORNU (G.)
● *Vocabulaire juridique, Association Capitant*, PUF, coll. « *Quadrige* », 2016 ;

COZIAN (M.) et DEBOISSY (F.)
● *Précis de fiscalité des entreprises*, 37ème Éd., LexisNexis, 2013/2014 ;

DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.)
● *Droit international public*, Dalloz, 12ème Éd., 2014 ;

FRIER (P.-L.) et PETIT (J.)
● *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 10ème Éd., 2015 ;

GATTEGNO (P.)
● *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Cours », 7ème Éd., 2007 ;

GOURION (P.A.) et PEYRARD (G.)
● *Droit du commerce international*, L.G.D.J, coll. Système droit, 3ème Éd., 2001 ;

GROSCLAUDE (J.) et MARCHESSOU (Ph.)
● *Procédures fiscales*, 8ème Éd., Dalloz, Paris, 2016 ;
● *Droit fiscal général*, Cours Dalloz, 10ème Éd., 2015 ;

GUINCHARD (S.) et DEBARD (TH.)
● *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016/2017 ;

GUTMANN (D.)
● *Droit fiscal des affaires*, L.G.D.J, coll. Domat, 6ème Éd., 2015-2016 ;

ISAAC (G.) et BLANQUET (M.)
● *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10ème Éd., 2012 ;

JACQUÉ (J.-P.)
● *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, coll. « Cours », série Droit public, 7ème Éd., 2012 ;

LAMARQUE (J.), NEGRIN (O.) et AYRAULT (L.)
● *Droit fiscal général*, 2ème Éd., LexisNexis, Paris, 2011 ;

LAMBERT (Th.)
● *Procédures fiscales,* L.G.D.J, 2ème Éd., 2015 ;

PERRIN de BRICHAMBAUT (M.), DOBELLE (J.-F.) et COULÉE (F.)
● *Leçons de droit international public*, Presses Sciences Po et Dallozz, 2ème Éd., 2011 ;

RIDEAU (J.)
● *Droit institutionnel de l'Union européenne*, L.G.D.J, 6ème Éd., 2010 ;

RIVERO (J.)
● *Droit administratif*, Dalloz, 2011 ;

SERLOOTEN (P.)
● *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, coll « Précis », 15ème Éd. ;

VÉRON (M.)
● *Droit pénal spécial*, Sirey, 15ème Éd., 2015 ;

WALINE (J.)
● *Droit administratif*, Dalloz, coll. « Précis », 25ème Éd., 2014.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES

BARRÉ (J.-L.)
● *Dissimulations. La véritable affaire Cahuzac*, Fayard, 2016 ;

BOUFFARTIGUE (P.)
● *Le dossier Snowden*, Éd. Belin, Coll. Litt. Et Politique, 2015 ;

BROWN (L.) et KENNEDY (T.)
● *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet and Maxwell, Londres, 4ème Éd., 1994;

BUFFA (S.)
● *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, Thèse, IRJS Éd., 2014 ;

CANAL-FORGUES (É.)
● *Le règlement des différends*, Bruylant, 2ème Éd., 2004 ;

CHAVAGNEUX (Ch.) et PALAN (R.)
● *Les paradis fiscaux*, Éditions La Découverte, coll. « *Repères* », 2007 ;

CLERGERIE (J.-L.)
● *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, 1997 ;

CORNEVIN (C.)
● *Les Indics. Plongée au cœur de cette France de l'ombre qui informe l'État*, Flammarion, «Enquête», 475 p ;

DECAUX (E.)
● *La réciprocité en droit international*, L.G.D.J., 1980 ;

DEHOUSSE (R.)
● *La Cour de justice des Communautés européennes*, Montchrestien, Paris, 1995 ;

DELAHOUSSE (M.)
● *Code Birdie : les derniers secrets de l'affaire Cahuzac*, Flammarion, 2016 ;

DENEAULT (A.)
● *Offshore. Paradis fiscaux et souveraineté criminelle*, La Fabrique éditions, 2010 ;

DHARMAPALA (D.) et HINES (J. R. Jr)
● *Which Countries Become Tax Havens?*, NBER, Cambridge, Mass., Décembre 2006;

DUCOULOUX-FAVARD (Cl.)
● *Les paradis fiscaux et judiciaires. De la fraude au crime*, préf. H. ROBERT, Riveneuve Éditions, 2010 ;

FEHRENBACH (T.-R.)
● *Les banques suisses*, Le Seuil, Paris ;

FOUQUET (O.) et SIERACZEK (M.) (sous la dir.de)
● *Le contrôle fiscal*, Lamy, 2010 ;

HAMPTON (M.) et ABBOT (J.)
● *Offshore finance centres and tax havens, the rise of global capital*, Basingstoke, Mac Millan, 1999;

HAREL (X.)
● *La grande évasion. Le vrai scandale des paradis fiscaux*, préf. É. JOLY, éditions LLL, 2010 ;

LAMBERT (Th.)
● *Les sanctions pénales fiscales*, (sous la dir.) Éd. L'Harmattan, 2007 ;
● *Les sanctions administratives fiscales : aspects de droit comparé*, L'Harmattan, 2006 ;

LEFEBURE (A.)
● *L'affaire Snowden : Comment les États-Unis espionnent le monde*, La Découverte, Coll. Cahiers libres, 2014 ;

LEVINE (P.)
● *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de science financière », 1988 ;

LEVY (L. W.)
● *Origins of the Fifth Amendment: The Right Against Self-Incrimination*, Oxford University Press, 1968, 561 pages;

LUCIANO (K.)
● *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, préf. M. MENJUCQ, Fondation Varennes, collection de thèses, t. 46, 2011 ;

MAITROT de la MOTTE (A)
● *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, Thèse, L.G.D.J, 2005 ;

MARDIÈRE (de la Ch.)
● *La preuve en droit fiscal*, *Litec*, 2009, n°336 ;

MELOT (N.)
● *Territorialité et mondialité de l'impôt, Étude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2004 ;

MICHAUD (Q.) et KEMPF (O.)
● *L'affaire Snowden: une rupture stratégique*, Économica, 2014 ;

OBERMAYER (B.) et OBERMAIER (F.)
● *Le secret le mieux gardé du monde. Le roman vrai des Panama Papers*, Seuil, 2016 ;

PALAN (R.)
● *The offshore world. Sovereign Markets, virtual places, and nomad millionnaires*, Cornell University Press, 2003;

PERDRIEL-VAISSIÈRRE (H.)
● *Le règlement amiable des conflits en droit fiscal conventionnel français : L'année fiscale*, PUF, 2003 ;

PICCIOTTO (S.)
● *International Business Taxation. A Study in the Internationalization of Business Regulation,* Cambridge University Press, rééd. 2013;

PRAT (M.-P.) et JANVIER (C.)
● *Petit dictionnaire de la fraude fiscale*, Paris, Dalloz, 2011,

ROCCHI (J.-M.) et TERRAY (J.)
● *Les paradis fiscaux. Analyses et controverses*, Arnaud Franel Éditions, 2011 ;

SEN (R.) et MAMDOU (F.)
● *The Accidental American: Immigration and Citizenship in the Age of Globalization, Berrett-Koehler Publishers*, Inc, San Francisco, Califormia, 2008

SHAXSON (N.)
● *Les paradis fiscaux. Enquête sur les ravages de la finance néolibérale*, André Versaille Éditeur, 2012 ;

VERNIER (É.)
● *Fraude fiscale et paradis fiscaux. Décrypter les pratiques pour mieux les combattre*, préf. D. LEBÈGUE, Dunod, 2014 ;

ZAKI (M.)
● *Le secret bancaire est mort, Vive l'évasion fiscale*, Éd. Favre, Lausanne, 2010 ;

ZUCMAN (G.)
● *La richesse cachée des nations. Enquête sur les paradis fiscaux*, Seuil, coll. « *La République des Idées* », 2013.

III. ARTICLES DE DOCTRINE

A) En langue française

ABATE (G.)
● « Mise en œuvre du projet BEPS : le moment de vérité approche », *Dr. fisc.* n°5, 4 février 2016, 138

ABBOU (P.)
● « ESFP et demande de justifications », *Dr. fisc.* n°51-52, 18 décembre 2014, 699

AOUDJHANE (A.)
● « La nouvelle norme d'échange automatique de renseignements : quelques difficultés à prévoir », *Dr. fisc. n°47*, 20 novembre 2014,

AUJEAN (M.)
● « L'évolution de la fiscalité en Europe sous l'impulsion de la Commission : 50 ans du traité de Rome », *Gaz. Pal.*, 10 juillet 2007, n°191, p.16.

BENEJAT (M.)
● « La détection des fraudes fiscales : les nouveaux acteurs », *Dr. fisc.* n°46, 13 novembre 2014, 617

BERGER (F.)
● « Le principe de subsidiarité en droit communautaire », *LPA,* 1992, n°79, p.40

BERGER (V.)
●« La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le droit fiscal », *Dr. fisc.*, n°24, 17 juin 2010, 367

BERGERES (M.-Ch.)
● « L'article 123 bis du CGI à la lumière des principes posés par l'arrêt Schneider », *Lamy*

BERLIN (D.)
● « La fiscalité de l'épargne dans l'Union européenne (Histoire d'une harmonisation en voie de disparition) », *Journal de droit européen*, n°100, 1er juin 2003, p.162-168
● « Fiscalités nationales et libertés de circulation communautaire : propos provocateurs », *LPA*, 11 décembre 2008, n° 248

BERTHÉLÉMY (H.)
● « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *Rev. de droit pub.*, 1904, p.213-214

BINET (J.-R.)
● « Le secret des origines », *JCP G* n° 47 - n° hors-série, 19 novembre 2012

BOKDAM-TOGNETTI (É.)
● « Article 209 B : causeries autour de la clause de sauvegarde », RJF 2/2013, p. 107 et

BONNET (A.)
● « La charge de la preuve en contentieux fiscal », *Dr. fisc.*, n°49, 5 décembre 2013, 535

BOUTEMY (B.), MEIER (É.) et PERROT (T.)
● « Évasion fiscale, article 209 B et conventions fiscales internationales : le paradis retrouvé », *LPA*, 27 août 2002, n°171, p.4

BOUVIER (M.)
● « La lutte contre l'évasion fiscale internationale : répression ou prévention ? », *RFFP* n°110-2010, Éditorial

BRIBOSIA (H.)
● « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et ses membres », *Rev. Marché unique*, 1992, p.165

CABON (S.-M.)
«● Le particularisme du déclenchement des poursuites pénales : le maintien du « verrou de Bercy », *Dr. fisc. n° 46*, 13 novembre 2014, 620

CADET (F.) et VASCEGA (M.)
● « Un pas supplémentaire dans la lutte contre la fraude fiscale : la nouvelle directive sur la taxation de l'épargne », *RTDE.*, 2014

CHARLET (A.)
● « Le principe de non-discrimination appliqué aux OPCVM : le droit européen au secours des dividendes de source française », *Option Finance*, n°1108, 17 janvier 2011, p.34-36

CHATZISTAVROU (F.)
● « L'usage du *soft law* dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique*, mis en ligne le 15 décembre 2007

COLONNA D'ISTRIA (A.)
● « Notion de personnes établies à l'étranger soumises à un régime fiscal privilégié », *Bull. Joly Soc.*, 1 novembre 1992, n°11, p.1237, point 3

CUTAJAR (C.)
● Le procureur financier, nouvel acteur de la lutte contre la fraude fiscale, *in* « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 193
● « Le nouvel arsenal de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *JCP G 2013*, 1366
● « Plaidoyer pour la suppression du « verrou de Bercy » », *JCP G 2013*, 728

DAOUD (E.) et SAUBEL (M.)
● « La pénalisation du droit fiscal : rappels et inventaires », *Rev. Lamy Dr. des aff.*, n°114, avril 2016

DELAUNAY (B.)
● « L'épilogue de l'*exit tax* de 1998 », *GFP*, n°7, juillet 2013

DELERIS (C.)
● « L'arrêt Papillon, une mise en conformité en demi-teinte de la loi française au principe de liberté d'établissement », *Option Finance*, suppl. du n°1068, 15 mars 2010, p.1-2.

DETRAZ (S.)
● « Contentieux pénal. Délit général de fraude fiscale et autres délits communs à tous les impôts », *Juris-Classeur Procédure fiscale*, 2013
● « Modification des circonstances aggravantes du délit général de fraude fiscale et des peines correspondantes », *Dr. fisc. n° 51-52*, 19 Décembre 2013, comm. 582

DIARRA (É.)
● « La fiscalité numérique : quel avenir ? », *RFFP*, 01 mai 2016, n°134

DIBOUT (P.)
● « L'article 209 B est-il devenu une arme obsolète dans la lutte contre l'évasion fiscale ? », *Dr. fisc. 1990*, p.1485
● « La comptabilité de l'article 209 B avec les conventions fiscales internationales, réflexion à propos d'une contrariété de jurisprudence », *Dr. fisc. 1997*, p.600

DOUVIER (P.-J.)
● « L'article 209 B et ses limites d'application », *BF 1991*, p.627

DURAND (F.)
● « Le secret bancaire face à l'Administration fiscale en France », *Rev. Lamy Dr. des affaires*, 2010.

EL KAROUI (G.), GUICHARD (M.) et OBADIA (È.)
● « Le déclenchement des poursuites pénales : table ronde sur le maintien du « verrou de Bercy », *Dr. fisc. n° 46*, 13 novembre 2014, 621.

FERAL (P.-A.)
● « Le principe de subsidiarité dans l'Union européenne », *RDP*, 1996

FOEGLE (J.-Ph.)
●« Les lanceurs d'alerte », *RTDH*, 2014
● « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'« Europe des droits de l'homme » », *RTDH*, Actualités Droits-Libertés, Mars 2015

FOISSAC (R.)
● « La police fiscale française est désormais une réalité », *Option finance*, n°1106, 3 janvier 2011, p.24

FONTANA (H.)
● « Une exigence de transparence fiscale de plus en plus affirmée », *Rev. Fiscalité européenne et Droit international des affaires*, n°159, 40ème année, octobre 2009, p.3-11
● « Les nouveaux accords d'échanges de renseignements en matière fiscale signés par la France », *Rev. de Fiscalité européenne et droit international des affaires*, n°161, 41ème année, octobre 2010

FOUQUET (O.)
● « Perquisitions fiscales », *Rev. adm.* n°290, p.165 à 166

FOURRIQUES (M.)
● « Transferts de fonds et comptes utilisés en dehors de l'Union européenne par des personnes physiques », *LPA*, 26 mars 2008, n°62, p.5

FUMENIER (P.) et CHOSSIS (J.)
● « Procureur de la République financier : dispositions réglementaires », *Dr. fisc. n° 7-8*, 13 Février 2014, act. 100
● « Institution d'un procureur de la République financier », *Dr. fisc*. n° 51, 19 Décembre 2013, comm. 585.

GELIN (S.) et BONNET (F.)
● « La France promet l'enfer aux paradis fiscaux récalcitrants », *Option finance*, n°1053, 23 novembre 2009, p.24-25.

GINTER (É.)
● « La BNRDF entre en scène », *Option finance*, n°1108, 17 janvier 2011, p.37

GLASER (É)
● « Droit de communication : quelles garanties pour le contribuable », *chron. RJF* 08 p.790

GOUTHIÈRE (B.)
● « Article 209 B : les nouveaux contours de la clause de sauvegarde », *FR Francis Lefebvre* 38/2012, inf. 23, p. 26 et s
● « Échanges de renseignements et assistance administrative internationale : où en est-on ? », *BF 3/14, Lefebvre*, 2014

GUEX (S.)
● « Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la seconde guerre mondiale » : *Genèses*, 34, mars 1999
● « 1932 : L'affaire des fraudes fiscales et le gouvernement Herriot » : *L'Économie politique*, 2007/1, n° 33
● « Réforme fiscale. Les contraintes d'origine communautaire en matière de fiscalité directe », *RFFP*, n° 60, 1997

GUILLEBON (T.)
● « Quel régime fiscal pour les bitcoins ? », *Dr. fisc*. n° 38, 17 Septembre 2015, act. 514

GUYOMAR (M.)
● « La sanction administrative », *LPA*, 12/01/2006, n°9

HACHEZ (I.)
● «Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law"», *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65

HADJIVELTCHEV (D.)
● « *Exit tax* : le régime fait peau neuve en 2014 », *Option Finance*, 7 avril 2014

HERMAND (O.) et DELACROIX (P.)
● « La nouvelle "directive épargne" resserre les mailles du filet », *R.G.F.*, 2014, liv. n° 6

HÜEPKES (E.) et LÖW (F.)
● « Conseil de stabilité financière : les récentes réformes de sa gouvernance et de son statut juridique », *La Vie économique, Rev. politique économique*, Mars 2013

JACOB de NOMBEL de (C.)
● « Le recel d'information », *Droit pénal n°9*, Septembre 2008, étude 21

JAZANI (M.)
● « Lutte contre l'évasion fiscale, le nouvel article 123 bis du CGI est-il compatible avec le droit communautaire ? », *BF 1999*, p.511

● « L'article 123 bis du CGI à la lumière des principes posés par l'arrêt Schneider », *Droit et Patrimoine 2003*, n°115, mai 2003 ;

JEANNARD (S.)
● « La coordination de la lutte contre la fraude fiscale opérée par le droit de l'Union européenne », *RFFP*, 01/08/2014, n°127 ;
● « Les nouvelles coopérations administratives en matière fiscale au sein de l'Union européenne », *Dr. fisc*. n°43-44, 23 octobre 2014 ;

JUILLIARD (P.)
● « Pour qui sonne le glas ? Propos inconvenants sur l'article 209 B », *RJF 2001*, p.303 ;

KILIÇ (R.)
● « L'instrument privilégié de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale : la coopération administrative internationale en matière fiscale », *Gestion et Finances Publiques*, n°12, décembre 2011, p.928-935 ;

LAMBERT (Th.)
● « Le contribuable face à l'administration fiscale », *Psychologie et science administrative*, PUF, collection CURAPP, 2, 1985 ;
● L'informaticien, la banque et la recevabilité de la preuve illicite dans les procédures fiscales, *in* « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 85 ;
● « Paradis fiscaux », dépasser l'échange d'informations » : *GFP*, Août-sept. 2013, n° 8/9 ;
● « L'OCDE, un acteur influent du droit fiscal international » : *Gestion & Finances Publiques*, Mai-Juin 2016, n° 2, p. 94 ;
● « Le fiscaliste : un juriste comme les autres » : *GFP*, mars/avr. 2014, n°3/4 ;
● « Vers un renouveau de l'assistance administrative en matière fiscale », *GFP*, n°7, Juillet 2012 ;
● « Marché intérieur et évasion fiscale », *LPA*, 15 mai 2002, n°97, p.34 ;
● « L'*exit tax* : suite et fin », *LPA*, 1er août 2005, n°151, p.14 ;

LASSERRE CAPDEVILLE (J.)
● « Le secret bancaire en 2007 », *Rev. Lamy Dr. des affaires*, 2008 ;
● La « FATCA », *in* « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 61 ;
● Le délit de fraude fiscale, *in* « « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015, p. 171-192 ;

LATASTE (S.)
● « Le lanceur d'alerte en entreprise après les lois des 16 avril et 6 décembre 2013 : mouchard ou vigie ? », *Gaz. Pal.*, 26 juillet 2014, n°207, p.5 ;

LEGRAND (G.)
● « Accès aux renseignements bancaires et allongement du délai de reprise en cas de fraude fiscale », *Les nouvelles fiscales, Lamy Fiscal*, n°1051, 1er septembre 2010, p.22 ;
● « Droit de communication : documents obtenus auprès des tiers », *Les nouvelles fiscales, Lamy Fiscal*, n°967, 1er novembre 2006, p.15 ;
● « Secret professionnel : extension du droit de communication dans le cadre des procédures collectives », *Les nouvelles fiscales, Lamy Fiscal*, n°967, 1er novembre 2006, p.16 ;

LE CAMUS (G.) et VANHOVE (L.)
« Vers la suppression des distorsions fiscales dans l'Union européenne », *Option Finance*, n°746, 21 juillet 2003, p.38 ;

LE MENTEC (F.)
● « La dénonciation de conventions fiscales : une tendance de fond ? », *Dr. fisc*. n°30-35, 26 juillet 2012, 389 ;

LIEB (J.-P.)
● « Le projet Beps : bilan et perspectives », *FR fiscal* 38/16, 18 août 2016 ;

LOMBART (P.)
● « La *soft law* ou l'ambiguë souplesse du droit… », *Rev. juridique de l'économie publique*, n°661, février 2009, repère 2 ;

LOUSTALET (G.)
● « Article 155 A du CGI et conformité au droit de l'Union européenne : la guerre de Troie aura-t-elle lieu ? », *Dr. fisc*., 24 Janvier 2013, n° 4.

LUCAS de LEYSSAC (M.-P.)
● « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? »: *Dr. fisc.* 1985, chron. p. 43 ;

LUPPI (Ph.)
● « Le soupçon de fraude en matière fiscale », *BF 6/12*, mai 2012 ;

MARCHESSOU (Ph.) et TRESCHER (B.)
● L'euro-compatibilité du dispositif français de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, *in* « « Fraude et évasion fiscales : état des lieux et moyens de lutte », Éd. Joly, coll. Pratique des affaires, 2015 ;

MARTUCCI (F.)
● « L'imprévisibilité du droit de l'Union », RDP, 1er mai 2016, n°3, p.827 ;

MARCUS (É.)
● « Le projet de l'OCDE de lutte contre l'optimisation fiscale des multinationales – BEPS », *RFFP*, 01 novembre 2015, n°132, page 233 ;

MAURO (C.)
● « Vers un parquet européen ? », *JCP G* n° 26, 1er Juin 2011, 743 ;

MCHANETZKI (M.-L.)
● « Le règlement des différends de l'OMC », *Notes bleues de Bercy*, 16 janvier 2000, n°175 ;

MEIER (É.) et CALLOUD (A.)
● « Création de la brigade nationale de répression de la délinquance fiscale », *Option finance*, n°1102, 29 novembre 2010, p.38 ;

MENU (J.-L.)
● « Ou les nouveaux moyens de lutte contre la fraude fiscale complexe », *JCP G Semaine juridique*, n°4, 24 janvier 2011, p.189 ;

MERLAND (G.)
● « La coordination de la fiscalité de l'épargne : un exemple de la difficulté de la construction européenne », *RTDE*, n°4, octobre 2003 ;

MICHAUD (P.)
● « Régularisation Cazeneuve et entités interposées : Gestion d'actifs hors de France dans des entités juridiques soumises à un régime fiscal privilégié constituées par des personnes physiques », *Études fiscales internationales*, 2 juillet 2013 ;
● « Tracfin, blanchiment et fraude fiscale : les déclarations de soupçon - De nouvelles obligations pour les juristes et fiscalistes », *Dr. fisc.* n° 40, 1er Octobre 2009, 485 ;
● « Les États et Territoires Non Coopératifs (ETNC) », Article 238-0 A CGI, *Études fiscales Internationales*, octobre 2010 ;
● « Le rôle de l'OCDE dans l'encadrement des décisions anticipées en matière fiscale », *Dr. fisc.* n°27, 2 juillet 2015, 448 ;

MONSENEGO (J.)
● « L'expérience américaine en matière de clauses d'arbitrage conventionnelles : un exemple pour la France ? », *Dr. fisc.* n°6, 6 février 2014, 149 ;

NICOLAS (É) et ROBINEAU (M.)
● « Prendre le droit souple au sérieux ? – À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 », *JCP G* n°43, 21 octobre 2013, doctr. 1116 ;

ORBAN (B.P.)
● « La loi belge transposant la directive européenne sur la fiscalité de l'épargne », *Droit bancaire et financier*, 2004 ;

OBERSON (X.)
● « Tax fraud or the like : Grandeur et décadence d'une notion controversée en matière d'assistance fiscale avec les États-Unis – une tragédie en sept actes », *in* Transparence et secret dans l'ordre juridique : Genève, 2010, p. 385 ;
● « Récents développements dans le droit de l'assistance internationale en matière fiscale, notamment avec les États-Unis : sept leçons à tirer de l'affaire UBS », *in* Genève aux confluences du droit interne et du droit international, Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012 : Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 135 ;
● « La nouvelle politique de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux « un an après » », IFF Forum für Steuerrecht 2010 p. 94 ;

OUDENOT (Ph.) et LAUMONIER (A.)
● « Les nouveaux moyens de l'administration fiscale pour lutter contre la fraude fiscale », *Dr. fisc.* n°46, 13 novembre 2014, 618 ;

PALAN (R.)
● « Paradis fiscaux et commercialisation de la souveraineté de l'État » : *L'Économie politique*, 2002/3, n° 15 ;
● « La naissance de l'offshore, les paradis fiscaux et le le système international » : *Politiques économiques*, 1999/4, p. 48 ;

PÈRE (D.)
● « La déclaration soupçon, quelles modalités ? », *Rev. Lamy Dr. des affaires 2010*, n°47, mars 2010 ;

PEROLAT (M.)
● « La coopération administrative dans l'Union européenne : un état des lieux », *in La nouvelle coopération fiscale internationale*, Colloque du 15 juin 2010 à l'Ecole de droit de la Sorbonne, *Dr. fisc.* n°42-43, 21 octobre 2010 ;

PERROTIN (F.)
● « Déclarations des comptes bancaires étrangers », *LPA*, 17 mars 2011, n°54, p.3 ;
● « Article 209 B et paradis fiscal », *LPA*, 16 avril 2009, n°76, p.3 ;
● « De nouveaux outils pour la lutte contre les États et territoires non coopératifs », *LPA*, 25 janvier 2010, n°17, p.3 ;
● « Relations mère-filiales : l'administration tire toutes les conséquences de l'arrêt Denkavit », *LPA*, n°136, 9 juillet 2007, p.3 ;
● « Les débuts de la police judiciaire fiscale », *LPA*, n°236, 28 novembre 2011, p.4 ;
« Une nouvelle avancée pour la transparence fiscale », *LPA*, 2 mai 2016, n°095, page 3 ;
● « Lutte contre la fraude fiscale : vers un FATCA européen », *LPA* n°102, 22 mai 2013 ;
● « La lutte contre la fraude fiscale s'intensifie », *LPA* du 25 février 2016, n°40 ;
● « La Commission européenne publie sa liste noire des paradis fiscaux », *LPA* du 09 juillet 2015, n°136 ;

PHILIP (P.)
● « Les limites aux garanties du contribuable dans la mise en œuvre du droit de visite et de saisie », *Dr. fisc*. 2000, n°22-23, p. 833 à 837 ;

RAINGEARD de la BLÉTIÈRE (É.)
● « Droit de l'Union européenne et sécurité fiscale : garant ou "trouble-fête" ? », *Dr. fisc.* n°18-19, 2 mai 2013, 272 ;

ROBERT (H.)
● « Aspects juridiques de la lutte anti-blanchiment », *Droit et Patrimoine 2009*, n°182, juin 2009 ;

ROUMÉLIAN (O.)
● « Lutte contre l'évasion fiscale internationale : déclaration des comptes à l'étranger », *LPA*, 16 mars 2010, n°53, p.3 ;
● « États et territoires non coopératifs : notion et régime fiscal », *Gaz. Pal.*, 5 août 2010, n°217, p.11-14 ;

ROUMIER (W.)
● « Quelles perspectives pour un ministère public européen ? », *Droit pénal n° 3*, Mars 2010, alerte 15 ;

SAÏAC (J.)
● « La nouvelle politique fiscale de la France à l'égard des paradis fiscaux », *Option finance*, n°1066, 1er mars 2010, p.24-25 ;

SAINT-AMANS (P.) et ROBERT (É.)
● « Le projet BEPS et la longue marche en direction d'une fiscalité globale pour l'économie du XXIe siècle », *Dr. fisc*. n°49, 3 décembre 2015, 709 ;

SALVAT (B.)
● « La recherche du renseignement dans la lutte contre la fraude fiscale internationale », *RFFP*, 1er avril 2010, n°110, p.103 ;

SAND (C.) et GUIONNET-MOALIC (C.)
● « Les conséquences de la dénonciation de la convention fiscale entre la France et le Danemark », *Dr. fisc*. 2010, n°40, 514 ;

SIVIEUDE (O.) et LLORCA (B.)
● « Pourquoi et lutter contre la fraude fiscale ? » : *Gestion & Finances Publiques*, Juill./Août 2014, no 7/8 ;

TAR (G.)
● « Bientôt sept ans sans convention fiscale bilatérale entre la France et le Danemark: bilan et perspectives à la lumière du droit fiscal de l'Union européenne », *Dr. fisc.* n°49, 3 décembre 2015, 710, n°1 ;

TELLO (C. P.) et MALHERBE (J.)
● « Le Foreign Account Tax compliance Act (FATCA) américain : un tournant juridique dans la coopération sur l'échange d'informations fiscales », *Dr. fiscal* n° 3, 16 Janvier 2014, 72 ;

VESTRIS (I.)
● « Le droit à l'information de l'administration », *Dr. fisc.* n°3, 18 janvier 2007, 51 ;

VIDAL (G.)
● « Les limites du droit à l'information de l'administration », *Dr. fisc. n°*3, 18 Janvier 2007, 53 ;

VIRALLY (M.)
● « La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique entre leurs acteurs et textes qui en sont dépourvus », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol.60-I, II, 1983 ;

WOLF (M.)
● « Prélèvement à la source de l'IR 2018 : l'art de transformer l'or en plomb… », *BF* 7/16 - 01/06/2016 ;

● « Prélèvement à la source : un objectif atteint, ne rien faire », *Revue Gestion & Finances publiques* n°5/6-2016, mai 2016 ;

YONAN-MERCADIER (N.)
● « L'impôt sur les sociétés et l'économie numérique », *RFFP*, 01 mai 2016, n°134 ;

ZAPF (H.) et LAVAL (J.-P.)
● « Droit de communication : nature des documents communicables », *Études BF 11/14*.

B) En langue anglaise

ABBOTT (K. W.) et SNIDAL (D.)
● « Hard and soft law in international governance », *International Organization*, vol.54, n°3, Été 2000, p.453;

ALBERT (T. G.)
● « Further impact on Swiss financial centre as new consultations on the international exchange of information are initiated », *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2015, 30(5);

ANDERSON (T. A.)
● « Bitcoin - is it just a fad? History, current status and future of the cyber-currency revolution », *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2014, 29(7), 428-435;

AVI-YONAH (R. S.) et HALABI (O.)
● «US Subpart F Legislative Proposals: A Comparative Perspective», (2012), *Law & Economics Working Papers*, Paper 69;
● «Double or Nothing: A Tax Treaty for the 21st Century » (2012). *Law & Economics Working Papers*. Paper 66;

BABAY (E.)
● «Accountant for Nifty Fifty's indicted in tax scheme », *Philly.com*, 16 mai 2014;

BAZAR (J. S.)
● «Active Finance Exceptions Under Subpart F», Mayer Brown LLP, 12 décembre 2007;

BEAN (B. W.) et WRIGHT (A. L.)
● « The U.S. foreign account tax compliance act: American legal imperialism? », *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Printemps 2015;

BEHRENS (F.)
● « Using a sledgehammer to crack a nut: Why FATCA will not stand », *Wisconsin Law Review*, 2013;
BELL (C. D.) et RIZEK (C. S.)
● « Overview of Civil Tax Penalties » (2014), *William & Mary Annual Tax Conference*, Paper 710;

BERGER (M. A.)
● « Not so safe haven: Reducing tax evasion by regulating correspondent banks operating in the United States », *Journal of International Business and Law*, Hiver 2013;

BLASI (V.)
● « The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in Whitney v. California », 29 *Wm & Mary L Rev* 653, 668 (1988);

BLUMENTHAL (J.)
● «Nifty Fifty's Accountant Indicted in $15M Tax Evasion Scheme », *The Philadelphia Business Journal*, 16 mai 2014;

BOLES (J. R.)
● « Financial Sector Executives as Targets for Money Laundering Liability », *American Business Law Journal*, Automne 2015;

BOWMAN (S. A.)
● « Should I Stay or Should I Go? Tax Considerations in U.S. Expatriation », *The Florida Bar Journal*, Septembre/Octobre 2012, vol. 86, n°8;

BROWN (S. M.)
● «One-size-fits-small: a look at the history of the FBAR requirement, the offshore voluntary disclosure programs, and suggestions for increased participation and future compliance», *Chapman Law Review*, Automne 2014;

BUNDGAARD (J.) et DYPPEL (K. J.)
● « Corporate Tax implications of Danemark's Unilateral Termination of its Tax Treaties with France and Spain », *Bulletin for International Taxation – Tax Treaty Monitor*, juillet 2009;

CAO (L.)
● «The Transnational and Sub-National in Global Crimes», 22 BERKELEY J. INT'L L. 59, 67 (2004);

CIHLAR (F. P.)
● « The "Delaware LLC problem": cracking the shell », *Company Lawyer,* 2008, 29(6), 176-178;

COCKFIELD (A. J.)
● « The limits of the international tax regime as a commitment projector », *Virginia Tax Review*, Été, 2013;

CODER (J.)
● « IRS pays Birkenfeld $ 104 Million Whistleblower Award », *136 Tax Notes 1359* (2012);

CIRAOLO (C.)
● «The FBAR penalty: What constitutes willfulness?», *Maryland Bar Journal*, Mai/Juin 2013;

COHEN (D. S.)
● « Public's Right of Access to Government Information under the First Amendment », 51 *Chi.-Kent. L. Rev.* 164 (1974);

COPPOLINO (A. J.)
● « Administrative summons », *American Criminal Law Review*, Hiver 1987;

DE MELO (M.)
● « The Regulation of Tax matters in Bilateral Investment Treaties : A Dispute Resolution Perspective », *Dispute Resolution International*, Mai 2014;

DENEAULT (S.)
● « Foreign account tax compliance act : a step in the wrong direction », *Indiana International and Comparative Law Review*, 2014;

DENSON (T.)
● « Goodbye Uncle Sam ? How the foreign account tax compliance act is causing a drastic increase in the number of Americans renouncing their citizenship », *Houston Law Review*, Hiver 2015;

DENTINO (W. L). et MANOLAKAS (Ch.)
● « The Exit Tax: A Move in the Right Direction », 3 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 341 (2012);

ELLIOTT (H. L.)
● « The Accumulated Earnings Tax and the Reasonable Needs of the Business: A Proposal», 12 Wm. & Mary L. Rev. 34 (1970);

FARAG (R.)
● « HSBC Client Prosecuted After Quiet Disclosure », *Journal of international taxation*, Août 2011, at 8, 9;

FARAH (E.);
● « Mandatory arbitration of international tax disputes : a solution in search of a problem », *Florida Tax Review*, Issue 8-2009;

FOX (W. F. Jr.)
● « The "Presumption of Innocence" as Constitutional Doctrine», 28 Cath. U. L. Rev. 253 (1979);

FRIED (Ch.)
● « Privacy », *77 Yale Law Journal 475* (1968);

GERMAN (J.)
● « Vegas HOA crime kingpin Leon Benzer sentenced to 15 1/2 years in prison », *Las Vegas Review-Journal*, 6 août 2015;

GLICK (L. A.)
● « Understanding the North American Free Trade Agreement », *International Trade Law & Regulation* 1996, 2(1);

GOUTHIÈRE (B.)
● « Overview of the French CFC Legislation », *European Taxation*, 2008, vol. 48, n°2,p. 50;

GREENE (S.)
● « HOA scandal involving millions of dollars and thousands of homes cuts wide swath across Las Vegas Valley », *VegasINC*, 3 juin 2012;

GUTHRIE (N.)
● « The End of Cash? Bitcoin, the Regulators and the Courts », *Banking & Finance Law Review*, avril 2014;

HAMOWY (R.)
● « The IRS and Civil Liberties », *Cato Journal*, Vol. 1, n°1 (printemps 1981);

HARVEY (J. R. Jr.)
● « Offshore Accounts: Insider's Summary of FATCA and Its Potential Future », 57 Vill. L. Rev. 471 (2012);
● « Worldwide taxation of United States citizens living abroad – Impact of FATCA and two proposals », *George Mason Journal of International Commercial Law*, Été 2013;

HEIBERG (J.)
● « FATCA: Toward a multilateral automatic information reporting regime », *Washington and Lee Law Review*, Été 2012;

HEMRAJ (M. B.)
● « The US corporations' preference to incorporate in Delaware: the search for justification », *Company Lawyer*, 2016, 37(8), 256-264;

HINES (J. R. Jr) et RICE (E. M.)
● « Fiscal Paradise : Foreign Tax Havens and American Business », *The Quaterly Journal of Economics*, vol. 109, n°1, 1994, pp. 149-182;

IVESTER (D. M.)
● « The constitutional right to know », *Hastings Const. LQ, 1977*, vol. 4, p. 109;

IZZO (T. A.)
● « The IRS summons power », *Federal Bar Association Section of Taxation report*, Automne 1998;

JACKSON (C.)
● « Combating the New Generation of Money Laundering: Regulations and Agencies in the Battle of Compliance, Avoidance, and Prosecution in a Post september 11 World », *Journal of High Technology Law*, 2004;

KAYE (T. A.)
● «Innovations in the war on tax evasion », *Brigham Young University Law Review*, 2014;

KEHOE DEMPSEY (C.)
● «The application of the John Doe summons procedure to the Dual-Purpose Investigatory», *Fordham Law Review*, Vol. 52, Issue 4, 1984;

KIRSCH (M. S.)
● «Taxing Citizens in a Global Economy», 82 N.Y.U. L. REV. 443, 490 (2007);

KOLKER (C.) et VOREACOS (D.)
● « Ex-UBS Banker Birkenfeld Pleads Guilty in Tax Case (Update 3)», *Bloomberg*, 19 juin 2008;

KOSSACHEV (A. C.)
● « Worldwide taxation and FATCA : A constitutional conundrum or the final piece of the tax evasion puzzle ? », *George Mason University Civil Rights Law Journal*, Printemps 2015;

LAITY (E. T.)
● «Defining Foreign Base Company Income: The Exclusions, Deductions, and Limitations», 19 Berkeley J. Int'l Law. 90 (2001);

LEDERMAN (L.)
● « The use of Voluntary Disclosure Initiatives in the Battle Against Offshore Tax Evasion », 57 *Villanova Law Review* 499, 526 (2012);

LEE (P. J.)
● « Don't Let Burden of Proof Shift to the Taxpayer », *International Journal of Business and Social Science*, Vol. 3 n°23; Décembre 2012;

LIDGE III (E. F.)
● « Internal revenue code section 7609(f) at the John Doe summons enforcement hearing », *University of Illinois Law Review*, 1983;

LYDEN (G. A.)
● « The International Money Laundering Abatement and Anti-Terrorist Financing Act of 2001: Congress Wears a Blindfold While Giving Money Laundering Legislation a Facelift », FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 201, 206 (2003) ;

MARCOTTE (P.)
● «IRS winning game of offshore hide and seek», *Maryland Bar Journal*, Mai/Juin 2013;

MASON (R.)
● « Citizenship Taxation », *Southern California Law Review*, vol. 89, Mai 2015;

McINTYRE (M. L.)
● « How to end the charade of information exchange », *Tax Notes*, 9 novembre 2009, pp. 695-699;

MODESITT (N.)
● «The Garcetti Virus », *University of Cincinnati Law Review*, 2011, Vol. 80, no 1, p. 161-208;

NIEWOEHNER (K.)
● « Feigning willfulness : How Williams and McBride extend the foreign bank accounts disclosure willfulness requirement and why they should not be followed», *Tax Lawyer*, Vol. 68, No 1;

O'BRIEN (D. M.)
● « The First Amendment and the Public's Right to Know », *Hastings Const. LQ, 1979*, vol. 7 p. 579;

PERONI (R. J.), FLEMING (J. C. Jr.) et SHAY (S. E.)
● « Getting serious about curtailing deferral of U.S. tax on foreign source income », Symposium on 'Time, Tax and Money', SMU Law Review, Printemps 1999;

PORRITT (L.)
● « European Investors Deterred from US Investments by FATCA », *Investment Europe*, 7 juin 2011;

REED (A. A.) et LETTOW (L. R.)
● « Fifth Amendment First Principles: The Self-Incrimination Clause » (1995), *Faculty Scholarship Series*, Paper 993;

RICHARD HARVEY (J. Jr)
● « Worldwide taxation of United States citizens living abroad – Impact of FATCA and two proposals », *George Mason Journal of International Commercial Law*, Suller, 2013;

SALLEY (S. G.) et SCALETTA (A. J.)
● « The Incredible Taxpayer: The U.S. Tax Court and I.R.C. §7491 », *The Florida Bar Journal*, Juin 2003, Vol. LXXVII, n°6;

SCHEID (J.)
● «FBAR: It's not a four-letter word when dealing with the IRS», *DCBA Brief*, Décembre 2013;

SCHEIDER (B.)
● «The end of taxation without end: A new tax regime for U.S. expatriates », *Virginia Tax Review*, Été 2012;

SCHUMACHER (S. A.)
● « Magnifying deterrence by prosecuting professionals », *Indiana Law Journal*, Printemps 2014;

SHEPPARD (H. E.)
● «Evolution of the FBAR: Where we were, where we are, and why it matters», *Houston Buisness and Tax Law Journal*, 2006;

SHEPSMAN (M. D.)
● « Buying FATCA compliance : Overcoming holdout incentives to prevent international tax arbitrage », *Fordham International Law Journal*, Octobre 2013;

SKARLATOS (B. C.) et SARDAR (M.)
● « Taxes and penalties on unreported foreign assets: who foots the bill ? », *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2014/2015;

SKOVER (D.) et COLLINS (R.)
● « A Curious Concurrence: Justice Brandeis' Vote in Whitney v. California », 2005 SUP. CT. REV.333 (2005);

STONE (N. G.)
● « The Accumulated Earnings tax : Displacement of the Avoidances Test and a Suggested Business Purpose Test», 10 B.C.L. Rev. 919 (1969);

SZARMACH (L.)
● «Piercing the veil of bank secrecy ? Assessing the United States'settlement in the UBS Case», *Cornell International Law Journal* 409 (2010);

TILLINGHAST (D. R.)
● « Arbitration of disputes arising under income tax treaties : has the time come ? », *Tax Management International Journal*, 11 juillet 2003;

TING (A.)
● « iTax - Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue », *British Tax Review*, 2014, 1, 40-71;

TODD (T. M.)
● « The Fifth Amendment and the Conjurer's circle: Exploring the Privilege against Self-incrimination in Federal Tax Practice », *Charleston Law Review*, Automne 2014;

TOSCHER (S.) et STRACHAN (L.)
● «Proving wilfullness in civil FBAR cases», *Los Angeles Lawyer*, Avril 2013;

TRIPOLITSIOTIS (M. S.)
● « Groh v. Ramirez, The Warrant Requirement, and Qualified Immunity », *Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, 2004, pp. 1179-1191;

TROIANO (S.)
● « The U.S. assault on swiss bank secrecy and the impact on tax havens », *New England Journal of International and Comparative Law*, 2011;

WARREN (S. D.) et BRANDEIS (L. D.)
● « The Right To Privacy », *Harv. L. Rev.*, vol. 4 (1890), p. 193;

WOLFF (L.-Ch.)
● « Offshore holdings for global investments of multinational enterprises: just evil? », *Journal of Business Law*, 2015, 6, 445-471;

WORD (G. C.)
●« NAFTA Standards regulation: the U.S. perspective », *United States-Mexico Law Journal*, Printemps, 2001;

WORLEY (R. A.)
● «The Indirect Foreign Tax Credit: A Policy Analysis of Section 902», 13 Int'l Tax & Bus. Law. 176 (1996);

ZANE (S. N.)
● « Carrot or stick?: The balance of values in qualified intermediary reform », *Boston College International and Comparative Law Review*, Été 2010.

IV. ARTICLES DE PRESSE

AGGIOURI (T.)
● « L'ex-agent du fisc Rémy Garnier ne voulait pas faire chanter Cahuzac », *Le Monde*, 13 juin 2013 ;

BAROTTE (N.)
● « Jérôme Cahuzac, un poids lourd du gouvernement », *Le Figaro*, 19 mars 2013 ;

BESSON (S.)
● « SwissLeaks: voyage au cœur de l'évasion fiscale », *Le Temps*, 8 février 2015 ;

BRIGAND (M.)
● « Le petit État du Delaware, le paradis fiscal américain qui irrite », *Le Figaro*, 26 juin 2015 ;

Capital – Politique économique
● « Delaware : 10 chiffres pour mieux cerner ce havre fiscal en plein cœur des États-Unis », *Capital*, 3 mai 2015 ;

CASSARA (J. A.)
● « Delaware, Den of Thieves? », *The New Times*, 1er novembre 2013;

CASSEL (B.) et PELLOLI (M.)
● « Impôts prélevés à la source : Bercy prêt à rayer 2017 de la carte fiscale », *Le Parisien* du 17 juin 2015 ;

CASTLE (S.) et SCOTT (M.)
● « Ireland to Phase Out 'Double Irish' Tax Break Used by Tech Giants », *The New York Times,* 14 octobre 2014;

CHEYIALLE (A.)
● « L'Irlande supprime l'avantage fiscal pour Google, Apple et les autres », *Le Figaro* du 15 octobre 2014 ;

COOPER (M.) et ROBERTS (S.)
● « After 40 Years, the Complete Pentagon Papers », *The New York Times*, 7 juin 2011;

CROUZEL (C.)
● « Plus de 75 000 comptes à l'étranger déclarés au fisc », *Le Figaro* du 8 juillet 2011 ;

EUDES (Y.)
● « Le Panama dans l'étau », *Le Monde*, 11 mai 2016 ;

FARINE (M.)
● « Le scandale financier qui arrive par UBS », *Le Temps*, 26 mars 2012 ;

FRESSOZ (F.)
● « *Panama papers* » : le casse du siècle », *Le Monde*, 7 avril 2016 ;

GARSIDE (J.), WATT (H.) et PEGG (D.)
● « The Panama Papers : how the world's rich and famous hide their money offshore », *The Guardian*, 3 avril 2016;

GASQUET (P. de)
● « Parmalat : un an après, les leçons d'un scandale », *Les Échos*, 15 décembre 2004 ;

GELLMAN (B.), BLAKE (A.) et MILLER (G.)
● «Edward Snowden comes forward as source of NSA leaks », *The Washington Post*, 9 juin 2013;

GOLLA (M.)
● « Une manne de 25.000 milliards cachés dans les paradis fiscaux », *Le Figaro*, 23 juillet 2012 ;

GRADT (J-M.)
● « Impôt : la marche "irréversible" vers la retenue à la source », *Les Échos* du 17 juin 2015 ;

GRAFFY (C.)
● « A Special Tax Misery for Americans Living Abroad », *The Wall Street Journal*, 17 juillet 2013;

GREENWALD (G.), MACASKILL (E.) et POITRAS (L.)
● « Edward Snowden: The whistleblower behind the NSA surveillance revelations », *The Guardian*, 10 juin 2013;

GUICHARD (C.)
● « Optimisation fiscale."Luxleaks", le scandale qui met le Luxembourg dans l'embarras », *Courrier international*, 6 novembre 2014 ;

JOZSEF (É.)
● « Parmalat, scandale sans frontière », *Libération*, 15 janvier 2004 ;

HAUTCŒUR (P.-C.)
● « De Panama à « Panama » : scandales financiers et presse libre », *Le Monde Économie*, 21 avril 2016 ;

HUG (P.)
● « Les vraies origines du secret bancaire. Démontage d'un mythe », *Le Temps*, 27 avril 2000 ;

KELLER (B.)
● « Enron for Dummies », *The New York Times*, 26 janvier 2002;

LASSERRE (I.)
● « L'onde de choc mondiale des « *Panama papers* », *Le Figaro*, 4 avril 2016 ;

La Tribune
● « Fatca : la France a signé l'accord fiscal avec les États-Unis », *La Tribune*, 14 nov. 2013

LECADRE (R.)
● « Pourquoi le procès Cahuzac est reporté à septembre », *Libération*, 10 février 2016 ;
● « LuxLeaks: «J'ai agi par conviction, la cohérence était d'assumer» », *Libération*, 14 décembre 2014 ;

Le Monde – Économie
● « Évadés fiscaux : les données volées de HSBC sont-elles exploitables ? », *Le Monde*, 12 décembre 2009;
● « Évasion fiscale : Paris signe un accord avec les États-Unis », *Le Monde*, 14 nov. 2013;

Le Monde – Europe
● « Accepter ou non l'argent d'Apple : le gouvernement irlandais divisé », *Le Monde*, 1er septembre 2016 ;
● « Apple : le gouvernement irlandais s'accorde sur un appel », *Le Monde*, 2 septembre 2016 ;

Le Point
● « Évadés fiscaux : Woerth, la cellule de Bercy a rapporté 700 millions d'euros », reproduite dans *Le Point,* 12 janvier 2010 ;

Le Temps
● « Hervé Falciani mis en accusation par le Ministère public », *Le Temps*, 11 décembre 2014 ;

LÉVY (É.)
● « Paradis fiscaux : Sarkozy protège Panama », *Marianne*, 20 janvier 2012 ;

LHOMME (F.) et DAVET (G.)
● « Qui est Hervé Falciani, le cauchemar de HSBC ? », *Le Monde*, 9 février 2015 ;
● « « SwissLeaks » : révélations sur un système international de fraude fiscale », *Le Monde*, 8 février 2015 ;

MATHIOT (C.)
● « L'étonnante histoire de « Colombo » et Cahuzac », *Libération*, 6 décembre 2012 ;

MAZUIR (V.)
● « L'impôt à la source, mode d'emploi », *Les Échos* du 3 août 2016 ;

MICHEL (A.)
● « *Panama Papers* », comptes *offshore*, trafic d'art et fausses antiquités », *Le Monde*, 23 juin 2016 ;
● « La société aux Seychelles de Cahuzac », *Le Monde*, 5 avril 2016 ;
● « La «liste Moscovici» des paradis fiscaux fait grincer des dents », *Le Monde*, 18 juin 2015 ;
● « L'Irlande renonce à son régime fiscal le plus controversé », *Le Monde*, 14 octobre 2014 ;

PALAN (R.)
● « Les paradis fiscaux ont été impliqués dans tous les grands scandales », *Le Monde Économie*, 22 mai 2006, propos recueillis par M. ROCHE ;

PELLETIER (É.), PONTAUT (J.-M.) et VIDALIE (A.)
● « Fraude fiscale: l'homme qui fait trembler la planète », *L'Express*, 11 décembre 2012 ;

PFIMLIN (E.)
● « 12.000 milliards de dollars dans les paradis fiscaux », *Le Monde*, 9 mai 2016 ;

PIEL (S.)
● « Bradley Birkenfeld, l'homme par qui le scandale UBS est arrivé », *Le Monde*, 2 mars 2015 ;

PRIEUR (C.)
● « *Panama Paper* », la révolution du journalisme collaboratif », *Le Monde*, 13 avril 2016 ;

POUCHARD (A.) et LAURENT (S.)
● « Prélèvement à la source : « l'année blanche » ne signifie pas qu'on ne paiera pas d'impôt », *Le Monde* du 17 mars 2016 ;

RAMONET (I.)
● « Le scandale Parmalat », *Le Monde diplomatique*, février 2004 ;

ROBEQUAIN (L.)
● « Le nombre d'Américains qui renoncent à leur nationalité s'envole », *Les Échos*, 20 février 2015 ;

RONFAUT (L.)
● « Apple contraint de rembourser 13 milliards d'euros pour impôts impayés en Irlande », *Le Figaro*, 2 septembre 2016 ;

SAUNDERS (L.)
● « Overseas Americans : Time to say 'bye' to Uncle Sam? », *The Wall Street Journal*, 17 août 2013;

SCHECHNER (S.)
● « Ireland to Close 'Double Irish' Tax Loophole », *The Wall Street Journal*, 14 octobre 2014;

SIMON (M.)
● « Affaire Cahuzac : Rémy Garnier, le « colombo » du Lot-et-Garonne est-il crédible ? », *L'Express*, 6 décembre 2012 ;

TILOUINE (J.), PIEL (S.), VAUDANO (M.), BARUCH (J.) et MICHEL (A.)
● « Chefs d'État, sportifs, milliardaires : premières révélations des « Panama papers » sur le système offshore mondial », *Le Monde*, 3 avril 2016 ;

VAUDANO (M.), BARUCH (J.) et MICHEL (A.)
● « Trois mois après, qu'ont changé les *Panama Papers* ? », *Le Monde*, 4 juillet 2016 ;

VERNIER (É.)
● « La liste des paradis fiscaux établie par l'OCDE est une vaste mascarade », *Les Échos*, Actualités, 5 avril 2013 ;

VILLECHENON (A.)
● « Évasion fiscale : la tentation d'une nouvelle cellule de régularisation », *Le Monde*, 22 mai 2013 ;

VISSIÈRE (H.)
● « Le scandale Enron », *Le Point*, 1er février 2002 ;

WARDE (I.)
● « SwissLeaks ou la grande évasion », *Le Monde diplomatique*, mars 2015 ;

WEBER (F. P.)
● « Paradis fiscaux : la France accorde un passe-droit au Panama », *la Tribune*, 25 novembre 2011 ;

WOOD (R. W.)
● « New Un-American Record: Renouncing U.S. Citizenship », *Forbes*, 8 mai 2015.

V. OUVRAGES DIVERS, RAPPORTS, COMMUNICATIONS OFFICIELLES

A) Ouvrages et articles divers

AUSTIN (M.) et VIDAL-NAQUET (P.)
● *Économies et sociétés en Grèce ancienne*, préf. Cl. MOSSÉ, Armand Colin, 1972, rééd. 1996 ;

CHATEAURAYNAUD (F.) et TORNY (D.)
● *Les sombres précurseurs : Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Éd. EHESS, 1999, 278 pages ;

CHODERLOS DE LACLOS (P.)
● *Les liaisons dangereuses*, 1782 ;

FAVIER (J.)
● *La Guerre de Cent Ans*, Fayard, 1980 ;

FIEL (E.)
● *Esek Hopkins, commander-in-chief of the continental navy during the American Revolution, 1775 to 1778 : master mariner, politician, brigadier general, naval officer and philanthropist*, Preston & Rounds Co., 1898, Providence;

FINLEY (M. I.)
● *Économie et sociétés en Grèce ancienne*, Éditions La Découverte, 1984, coll. *« Points. Histoire »* ;

GARÇON (É.)
● *Commentaire de l'article 378 du Code pénal*, 1897 ;

GUEX (S.)
● « Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la Seconde Guerre mondiale » : *Genèses*, 34, mars 1999 ;

HOMÈRE
● *Odyssée. Hymnes. Épigrammes. Batrakhomyomakhie*, Trad. nouvelles par Leconte de Lisle, Paris, Alphonse Lemerre Éditeur, 1868 ;

LEBÈGUE (J.-A.)
● *Recherches sur Délos*, Thorin, Paris ;

LECLERC (M.-C.)
● « Cheminement vers la parole. Notes sur l' « Hymne homérique à Apollon », *Pallas. Revue d'Études antiques*, n° 59, Mélanges J. SOUBIRAN, 2002, Presses universitaires du Midi ;

LHERM (A.)
● *L'hégémonie américaine*, Éd. PUF, coll. Licence, février 2010 ;

NICOLET (Cl.) (dir.)
● *Insula sacra. La loi Gabinia Calpurnia de Délos*, École française de Rome, 1980 ;

NOIVILLE (Ch.)
● *Du bon gouvernement des risques : le droit et la question du « risque acceptable »*, PUF, 2003, 235 pages ;

NOIVILLE (Ch.) et HERMITTE (M.-A.)
● « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *Nature sciences sociétés*, 2006, vol. 14, n°3 ;

RICHER (J.)
● *Delphes, Délos et Cumes : les Grecs et le Zodiaque*, Paris, Julliard, 1970 ;

ROUX (G.)
● « Sur deux passages de l'hymne homérique à Apollon » : *Revue des Études grecques*, 1964, vol. 77, n° 364 ;

SIMARD (M.)
● *Le libre-échange nord-américain et les services financiers*, Éd. Leroux, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1996 ;

TOCQUEVILLE
● *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Lévy, 1866.

B) Rapports de l'OCDE

● OCDE, *Concurrence fiscale dommageable : Un problème mondial*, Éd. OCDE, 1998 ;

● OCDE, *Vers une coopération fiscale globale, Rapport pour la réunion du Conseil au niveau des ministres de 2000 et recommandations du comité des affaires fiscales, Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables*, Éd. OCDE, 2000, Paris ;

● OCDE, *Coopération fiscale : vers des règles du jeu équitables – Évaluation 2006 par le Forum mondial sur la fiscalité*, 26 mai 2006 ;

● OCDE, *Coopération fiscale 2009 : Vers l'établissement de règles du jeu équitables – Évaluation par le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements*, 14 octobre 2009, Éd. OCDE ;

● Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Termes de références en vue de suivre et d'examiner les progrès vers la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales*, 2010 ;

● Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Note sur les critères d'évaluation*, Éd. OCDE, 2010 ;

● Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Tax Transparency 2011: Report on progress*, OECD, 2011;

● OCDE (2011), *Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, Rapport d'examen par les pairs: France 2011 : Combiné: Phase 1 + Phase 2*, Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales: Rapport d'examen par les pairs, Éditions OCDE ;

● OCDE et Conseil de l'Europe (2011), *La Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Amendée par le protocole de 2010*, Éd. OCDE ;

● Conseil de l'OCDE, Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant, 17 juillet 2012 ;

● OCDE (2012), *Garantir la confidentialité : le guide de l'OCDE sur la protection des échanges de renseignements à des fins fiscales*, Éd. OCDE, 2012 ;

● OCDE, *Échange automatique de renseignements: ce que recouvre l'échange automatique, son mode de fonctionnement, ses avantages et les progrès restant à accomplir*, publié le 23 juillet 2012 ;

● OECD (2012), *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Cyprus 2012: Phase 1: Legal and Regulatory Framework*, OECD Publishing;

● OCDE (2013), *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éd. OCDE ;

● OCDE (2013), *Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales : Rapport d'examen par les pairs : Luxembourg 2013 : Phase 2 : mise en œuvre pratique des normes*, Éd. OCDE;

● OECD (2013), *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Peer Reviews: Austria 2013: Phase 2: Implementation of the Standard in Practice*, OECD Publishing;

● Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, *Transparence fiscale 2014 - Rapport de progrès, OCDE 2014* ;

● OCDE (2014), *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, OECD Publishing, Paris ;

● OCDE (2014), *Exposé des actions 2014, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, OCDE ;

● OCDE (2015), *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Résumés Rapports finaux 2015* ;

● OCDE (2015), *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales, Action 15 - Rapport final 2015*, Éditions OCDE, Paris ;

● OCDE (2015), *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2014*, Éditions OCDE, Paris ;

● OCDE (2016), *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 - Rapport final 2015*, Éditions OCDE, Paris ;

● OCDE (2016), *Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 - Rapports finaux 2015*, Éditions OCDE, Paris ;

● OCDE (2016), *Transparence fiscale 2015, Rapport de progrès*, OECD Publishing, Paris.

C) Rapports et communications diverses

● Rapport Neumark, décision de la Commission européenne du 5 avril 1960 ;

● R. A. GORDON, « Tax Havens and their use by United States taxpayers – An overview: a report to the Commissioner of Internal Revenue, the Assistant Attorney General (Tax Division) and the Assistant Secretary of the Treasury (Tax Policy) », rapport remis le 12 janvier 1981;

● MIGAUD D. (président) et CARREZ G. (rapporteur général), Rapport d'information sur les paradis fiscaux présenté à l'Assemblée nationale le 10 septembre 2009 par la Commission des Finances, de l'Économie générale et du Contrôle budgétaire ;

● D. BOUSQUET, Rapport à l'Assemblée nationale sur le projet de loi n°1334, autorisant l'approbation de la convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 mars 2004 ;

● D. DHARMAPALA et J. R. Jr HINES, *Which Countries Become Tax Havens?*, NBER, Cambridge, Mass., Décembre 2006;

● Rapport du GAO au Congrès, *International Taxation: Large U.S. Corporations and Federal Contractors with Subsidiairies in Jurisdictions listed as Tax Haven or Financial Privacy Jurisdictions*, GAO-09-157, Washington, D.C., Décembre 2008;

● Ph. MARINI (rapporteur général), Rapport de la Commission des finances du Sénat sur la loi de finances rectificative pour 2009, n°158 (2009-2010), 14 décembre 2009 ;

● Rapport n°620 d'André Gouteyron, fait au nom de la commission des finances, 7 juillet 2010 ;

● J.-L. GAUTIER, sous-directeur du contrôle fiscal à la DGFIP, lors du colloque organisé par l'Institut des avocats conseils fiscaux (IACF) sur « Les nouvelles orientations de la répression fiscale », 21 novembre 2011 ;

● N. BRICQ, Rapport au Sénat sur le projet de loi, adopté par l'Assemblé nationale après engagement de la procédure accélérée, autorisant l'approbation du protocole d'amendement à la convention du Conseil de l'Europe concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, enregistré à la Présidence du Sénat le 11 octobre 2011 ;

● IRS, « IRS Summary Award Report Recommends $ 104 Million Payment to Whistleblower, 2012 Tax Notes Today 177-20 (2012);

● M. P. MARINI, « Rapport d'information sur la fiscalité numérique », 26 juin 2012 ;

● P. DOMINATI et E.BOCQUET, *Rapport fait au nom de la commission d'enquêtes sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales*, rapport au Sénat n°673, JO 18 juillet 2012 ;

● National Taxpayer Advocate, *Rapport annuel au Congrès 2013*, vol. 1 ;

● P. COLLIN et N. COLIN, Rapport « Mission d'expertise sur la fiscalité numérique », janvier 2013 ;

● SHASKY CALVERY J., Témoignage de Jennifer Shasky Calvery, directrice de FinCEN devant le Comité du Sénat américain sur la sécurité intérieure et les affaires internes, 18 novembre 2013 ;

● Rapp. Annuel du Conseil d'État, *Le droit souple* : EDCE 2013, 297 pages ;

● M. ANDRÉ, Rapport du Sénat n°751 au nom de la commission des finances sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), (procédure accélérée), 17 juillet 2014 ;

● AN Rapport d'information n°2023 du 11 juin 2014, Note d'analyse de France stratégie, « La fiscalité numérique, quels enseignements tirer des modèles théoriques ? », mars 2015 ;

● Commission européenne, *Aides d'État: l'Irlande a accordé pour 13 milliards d'EUR d'avantages fiscaux illégaux à Apple*, Communiqué de presse du 30 août 2016 ;

● Tax Justice Network, *Indice d'opacité financière, Résultats 2015*, publié le 2 novembre 2015 ;

● CIA, *World factbook: The United States*, Central Intelligence Agency, Skyhorse Publishing, New York, 2015;

● IRS, Criminal Investigation, *2015 Annual Report*, 3 décembre 2015 ;

● TRACFIN, *Rapport annuel d'activités, TRACFIN 2015*, Montreuil, 2016 ;

● Department of the Treasury, Internal Revenue Service, *IRS Whistleblower Program, Fiscal Year 2015, Annual Report to the Congress*, 8 février 2016;

● GAFI, Déclaration publique, *Améliorer la conformité aux normes de LBC/FT dans le monde : un processus permanent*, 19 févier 2016 ;

● International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ), « Giant Leak of Offshore Financial Records Exposes Global Array of Crime and Corruption », *Organized Crime and Corruption Reporting Project*, 3 avril 2016.

VI. JURISPRUDENCES PAR JURIDICTIONS & PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE

A) *Jurisprudence américaine*

● U.S. Merit systems protection board

Russell v. Department of Justice, 76 MSPR. 317, 324-25 (1997)

DiGiogio v. Depatment of the Navy, 84 MSPR 6, 18 (1999)

Johnson v. Department of Health and Human Services, 93 MSPR 38, 15-16 (2002)

McCorcle v. Department of Agriculture, 98 MSPR 363, 16 (2005)

Phillips v. Department of Transportation, 113 MSPR 73, 2-6, 19 (2010)

● U.S. Tax Court

Stone v. Commissioner, 56 T.C. 213, 220 (1971)

United States v. Progressive Inc., Erwin Knoll, Samuel Day, Jr., and Howard Morland, 467 F. Supp. 990 (1979)

Healey v. Catalyst Recovery of Pennsylvania, Inc., 463 F. Supp. 740 (W.D. Pa. 1979)

Fitzpatrick v. IRS, 1 Gov't Disclosure Serv. (P-H) ¶ 80,232, at 80,580 (N.D. Ga. Aug. 22, 1980)

● U.S. Court of Appeals

United States v. Hornstein, 176 F. 2d 217, 220 (7th Cir. 1949)

Logan Lumber Co. v. United States, 365 F.2d 846 (5th Cir. 1966)

Daly v. United States, 393 F.2d 873 (8th Cir. 1968)

Stoltzfus v. United States,398 F.2d 1002, 1004 (3rd Circ. 1968)

United States v. Awerkamp, 497 F.2d 832, 836 (7th Cir. 1974)

United States v. Campbell, 524 F 2d 604 (8th Cir. 1975)

United States v. New York Telephone Co., 644 F.2d 953 (2d Cir. 1981)

Grogan v. IRS, 3 Gov't Disclosure Serv. (P-H) 82,385, at 82,977-78 (4th Cir. Mar. 22, 1982)

United States v. Barter Sys., 694 F.2d 163, 168 (8th Cir. 1982)

United States v. Thompson, 701 F.2d 1175, 1179 n.8 (6th Cir. 1983)

La Mura v. United States, 765 F.2d 974, 981 (11th Cir. 1985)

Bradford v. Commissioner, 796 F. 2d 303, 307 (9th Cir. 1986)

Lukos v. IRS, No. 86-1100, 1987 WL 36354, at *1-2 (6th Cir. Feb. 12, 1987)

United States v. Abrahams, 905 F.2d 1276 (9th Cir. 1990)

Horton v. Department of the Navy, 66 F. 3d 279, 284 (Fed. Cir. 1995)

Lopez v. Department of Housing and Urban Development, 98 F.3d 1358, Fed. Cir. (1996)

Carr v. Social Security Administration, 185 F. 3d 1318, 1323 (Fed. Cir. 1999)

Huffman v. Office of Personnel Management, 263 F.3d 1341, 1350, Fed. Cir. (2001)*Briley v. National & Records Administration*, 236 F. 3d 1373, 1378 (Fed. Cir. 2001)

Yunnus v. Department of Veterans Affairs, 242 F. 3d 1367, 1371 (Fed. Cir. 2001)

Langer v. Department of the Treasury, 265 F.3d 1259, 1266, Fed. Cir. (2001)

Drake v. Agency of International Development, 543 F.3d 1377, 1381, Fed. Cir. (2008)

White v. Department of the Air Force, 391 F.3d 1377, 1382, Fed. Cir. (2004)

United States v. Bridges, 344 F.3d 1010 (9th Cir. 2003)

United States v. Williams, 2012 U.S. App. LEXIS 15017, at * 14 (4th Cir. 2012)

United States v. McBride, 2012 U.S. Dist. LEXIS 161206, at * 42 (D. Utah 2012)

● U.S. Supreme Court

Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)

Coffin v. United States, 156 U.S. 432 (1895)

Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52 (1919)

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923)

Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510, 535 (1925)

Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

United States v. Sullivan, 274 U.S. 259, 263-64 (1927)

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)

Flora v. United States, 362 U.S. 145, 176 (1960)

United States v. Powell, 379 U.S. 48 (1964)

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 444 (1966)

Spevack v. Klein, 385 U.S. 511 (1967)

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)

Pickering v. Board of Education, 391 U.S. 563 (1968)

Wisconsin v. Constantineau, 400 U.S 433, 437 (1971)

Donaldson v. United States, 400 U.S. 517 (1971)

Roe v. Wade, 410 U.S 113 (1973)

Couch v. United States, 409 U.S. 322, 328 (1973)

United States v. Bisceglia, 420 U. S. 141 (1975)

Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 409 (1976)

United States v. Pomponio, 429 U.S. 10 (1976)

Garner v. United States, 424 U.S. 648,665 (1976)

Fisher v. United States, 425 U.S. 391, 408 (1976)

Doyle v. Ohio, 426 U.S. 610 (1976)

Taylor v. Kentucky, 436 U.S., 478 (1978)

United States v. LaSalle National Bank, 437 U.S. 298, 316 n. 18 (1978)

United States v. Arthur Young & Co., 465 U.S. 805, 816 (1984)

United States v. Boyle, 469 U.S. 241, n.3 (1985)

Tiffany Fine Arts, Inc. V. United States, 469 U.S. 310, 315-16 (1985)

Allen v. Illinois, 478 U.S. 364, 368 (1986)

Braswell v. United States, 487 U.S. 99, 105 (1988)

United States v. Virginia, 518 U.S 515 (1996)

G*arcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006)

Lawrence v. Texas, 539 U.S 558 (2003)

Groh v. Ramirez, 540 U.S. 551 (2004)

B) Jurisprudence française

● Tribunal de Grande Instance

TGI Paris, 28 novembre 1974

TGI de Boulogne-sur-Mer, 12 août 1998, *Soc. Eurotunnel*

TGI Paris, 2 mars 2006

TGI Paris, 13 mars 2009, Ministère public

● Cour d'appel

CA Paris, 12 janvier 1987

CA Douai, 12 avril 2007, n° 06/01965

CA Basse-Terre, 13 octobre 2014, aff. n° 13/00225

● Cour de cassation

Cass. crim., 16 mai 1968, n°68-90871

Cass. 2ème civ., 20 oct. 1976

Cass. crim., 18 novembre 1976, n°76-92.805

Cass. 1ère civ., 29 mai 1984

Cass. 1ère civ., 31 mai 1988

Cass. Crim., 12 janvier 1989

Cass. crim., 28 octobre 1991, n°90-84.643,

Cass. crim., 3 avril 1995

Cass. Com., 18 juin 1996, n°94-17.312

Cass. crim., 20 juin 1996, n°94-85.796

Cass. 1ère civ., 18 mars 1997

Cass.crim., 1er mars 2000, n°99-86.299

Cass. 1ère civ., 14 mars 2000

Cass. 1ère civ., 15 juin 2004

Cass. crim., 20 juin 2006, n°05-86.491

Cass. 1ère civ., 15 mai 2007, n 06-18.448, F P+B, *Laurence B. c. Gérard P*

Cass. crim., 12 juin 2007, n°06-87.361

Cass. crim., 2 avril 2008, n°07-85.179

Cass. Com., 31 janvier 2012, 11-13.097 et 11-13-098

Cass. com., 31 janvier 2012, n°11-13.097, FS-P+B, *DGFiP c/ M. X*

Cass. soc., 18 décembre 2013, n°12-21719

Cass. 1ère civ., 20 mars 2014, n°13-16.829, FS P+B

Cass crim, 30 mars 2016, n°1736

● Tribunal administratif

TA Paris, 1er sect., 2e ch., 1er juillet 2008, *Dutfoy*, n°03-15480

● Cour administrative d'appel

CAA Nantes, 8 juin 1990, n°89NT00441

CAA Paris, 16 octobre 1990, n°1983

CAA Paris, 12 mars 1991, n°89PA02129

CAA Lyon, 12 juin 1991, n°89LY01509

CAA Nancy, 25 juin 1991, n°89NC01027.

CAA Nantes, 3 juillet 1991, n°89NT00879 et 89NT00880

CAA Paris, 12 octobre 1991, n°89-1453

CAA Paris, 31 décembre 1991, n°819, *Adibu*

CAA Nancy, 30 janvier 1992, n°649, *Ets Brendle et Cie*

CAA Lyon, 20 décembre 1994, n°92LY00847 et 92LY00848

CAA Lyon, 5 octobre 1995, n°93-212

CAA Lyon, 2e ch., 13 décembre 2001, *Vivarat-Perrin*, n°97-2302

CAA Douai, 2e ch., 14 décembre 2010, n°08DA01103, *M et Mme Deschilder*

CAA Paris, 2e ch., 1er décembre 2011, n°09PA02693, *M. Mahul*

CAA Paris, 9e ch., 11 octobre 2012, n°10PA04573, *Mlle Casta*

● Conseil d'État

CE, 26 octobre 1942, n°66077

CE, 13 mars 1964, n°57930, *Dupont*

CE, 10 janvier 1966, n°53382, *Dupont*

CE, 18 décembre 1968, n°70330

CE, 27 avril 1979, n°7309

CE, plén., 27 juillet 1984, n°34588, *SA Renfort Service*

CE, 21 mars 1986, *Sté Auriège*, n°53-002

CE, 16 février 1987, n°50421

CE, 1er juillet 1987, n°54222, *Marcantetti*

CE, 27 mai 1988, n°83-020, *Sté Soulé*

CE, 27 juillet 1988, n°50020, *Sté Boutique 2M*

CE, 8e et 9e ss-sect. Réunies, 30 septembre 1992, n°75-464, *SARL Tool France*

CE, Avis Section, 31 mars 1995, 164008, *SARL Auto-Industrie Méri*

CE, sect., 6 décembre 1995, n°90914, *Navon* et n°126826, *SA Samep*

CE, 1ère et 4e sous-sect. réunies, 9 octobre 1996, req. n°168342 ; *Dpt de Paris*.

CE, avis, 4 avril 1997, n°183658, *Jammet*

CE, 16 mai 1997, n°145097 et n°145121, *Niollon*

CE, 6 octobre 2000, n°208765, sect., *SARL Trace*

CE Ass., 28 juin 2002, *min. du Budget c/ société Schneider Électric*, n°232276

CE, 14 décembre 2001, *M. de Lasteyrie du Saillant*, n°211341

CE, 3e et 8e ss-sect., 21 mai 2007, n°284719, *Sté Sylvain Joyeux*

CE, 10e et 9e ss-sect., 30 décembre 2009, *Lisiak*, req. n° 299131

CE, 26 juillet 2011, n° 347113, *Sté Renault Trucks*

CE, 26 janvier 2000, n°184529, *Perlstein*

CE, 9e et 10e ss-sect., 2 févr. 2012, n° 351600, *Sté Sonepar*

CE, 9e et 10e ss-sect., 28 nov. 2012, n° 338682, *Sté BNP Paribas et n° 341128, min. c/ Sté BNP Paribas*

CE, 9e et 10e ss-sect., 28 nov. 2012, n° 341127, *min. c/ Sté BNP Paribas*

CE, 9e et 10e ss-sect., 28 nov. 2012, n° 341928, *Sté BNP Paribas et n° 342065, min. c/ Sté BNP Paribas*

CE, 26 déc. 2012, n° 349070, *min. c/ Sté BNP Paribas*

CE, 26 déc. 2012, n° 349071 et n° 350366, *min. c/ Sté HSBC France*

CE, 9e et 10e ss-sect., 20 mars 2013, n°346642, *M. et Mme Piazza*

CE, 12 juillet 2013, n°359995

CE, 3e et 8e ss-sect., 4 décembre 2013, n°348136, *M. Edmilson Gomes De Moares*

CE, 11 avril 2014, n°354314, *Senaux*

CE, 9e et 10e ss-sect., 15 avril 2015, n°373269, *Sté Car Diffusion 78*

● Conseil constitutionnel

Cons. const., DC n° 89-260 DC du 28 juillet 1989

Cons. const., DC n°2013-679 DC du 4 décembre 2013

Cons. const., DC n° 2016-545 QPC du 24 juin 2016

Cons. const., DC n° 2016-556 QPC du 22 juillet 2016

C) Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ex-CJCE)

CJCE, 8 mai 1990, *Biehl*, C-175/88,

CJCE, 4 octobre 1991, *Commission c/ Royaume-Uni*, C-246/89

CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, C-204/90

CJCE, 28 janvier 1992, *Commission/ Belgique*, C-300/90

CJCE, 29 juin 1993, *Gibraltar c. Conseil,* aff. C298/89

CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, C-279/93

CJCE, 11 août 1995, *Wielockx*, C-80/94

CJCE, 27 juin 1996, *Asscher*, C-107/94

CJCE, 17 octobre 1996, *Denkavit et a.*, C-283/94, C-6291/94 et C-292/94

CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie ASBL c/ Région wallone*, aff. C129/96

CJCE, 12 mai 1998, *Gilly*, Aff. C-336/96,

CJCE, 16 juillet 1998, *ICI*, C-264/96

CJCE, 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries Plc*

CJCE, 29 avril 1999, *Royal Bank of Scotland*, C-311/97,

CJCE, 14 septembre 1999, *Gschwind*, C-391/97,

CJCE, 21 septembre 1999, *Compagnie de Saint-Gobain*, Zweigniederlassung Deutschland c/ Finanzamt Aachen-Innenstadt, C-307/97

CJCE, 21 septembre 1999, *Saint Gobain*, aff. C307/97

CJCE, 13 mars 2000, *Baars*, 251/98

CJCE, 6 juin 2000, *Verkooijen*, C-35/98

CJCE, 8 juin 2000, *Epson Europe*, C-375/98

CJCE, 3 octobre 2002, *Danner*, C-136/00

CJCE, 12 décembre 2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH*, C- 324/00

CJCE, 12 décembre 2002, *De Groot*, C-385/00

CJCE, 4 septembre 2004, *Manninen*, C-319/02

CJCE, 13 décembre 2005, *Marks and Spencer plc*, C-446/03

CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes Plc*, C-196/04

CJCE, 14 décembre 2006, *Denkavit International et Denkavit France*, C-170/05

CJCE, 11 octobre 2007, *Elisa*, C-451/05

CJCE, 18 décembre 2007, *A*, C-101/05

CJCE, 3 avril 2008, *Banque fédérative du Crédit mutuel*, n° C-27/07

CJCE, 27 novembre 2008, *SA Papillon*, C418/07

CJCE, 4e ch., 11 juin 2009, *X et EHA Passenheim-van Schoot c/ Staatssecretaris van Financiën*, aff. Jtes n°C-155/08 et C-157/08

CJUE, 1ère ch., 5 juillet 2012, *Sté d'investissement pour l'agriculture tropicale SA* (SIAT), C-318/10

D) Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, série A, n°22.

Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72

Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, Req. 6538/74, Série A, n° 30

Cour EDH, 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, série A n°73

Cour EDH, 25 août 1987, *Lutz c. Allemagne*, série A n°123

Cour EDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, Req. n°12313/86.

Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, Req. n°13343/87.

Cour EDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, Req. n° 10588/83

Cour EDH, 23 octobre 1995, *Gradinger c. Autriche*, Req. n°15963/90.

Cour EDH, 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, Req. n° 18731/91.

Cour EDH, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, Req. n°19187/91, §60.

Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, Req. 25181/94

Cour EDH, 2 septembre 1998, *Ahmed et autres c. Royaume-Uni*, Req. 22954/93

Cour EDH, 2e sect., 3 mai 2001, *JB c. Suisse*, Req. n°31827/96

Cour EDH, 12 juillet 2001, *Ferrazzini c. Italie [GC],* Req. n°44759/98.

Cour EDH, 4e sect., 10 septembre 2002, *Allen c. Royaume-Uni*, Req. n°76574/02

Cour EDH, 21 mai 2003, *Janosevic c. Suède*, Req. n°34619/97

Cour EDH, 9 octobre 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni* [GC], Req. n°39665/98 et 40086/98

Cour EDH, 2 juin 2005, *Znamenskaya c. Russie*, Req. n°77785/01.

Cour EDH, 7 novembre 2006, Mamère c. France, Req. 12697/03

Cour EDH, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande,* Req. n°73053/01.

Cour EDH, 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, Req. n° 15809/02 et 25624/02,

Cour EDH, G.C., 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, Req. 14277/04

Cour EDH, 3e sect., 21 févier 2008, n°18497/03, *Ravon et a. c. France*

Cour EDH, 1er juillet 2008, *Liberty & autres c. Royaume-Uni*, Req. n°58243/00

Cour EDH, 5e sect., 24 juillet 2008, Req. n°18603/03, *André et a. c. France*

Cour EDH, 16 juin 2009, *Ruotsalainen c. Finlande,* Req. n°13079/03.

Cour EDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, Req. n° 28274/08

Cour EDH, 18 octobre 2011, *Sosinowska c. Pologne*, Req. n° 10247/09

Cour EDH, 3e sect., 19 juin 2012, *Tanasoaica c. Roumanie*, Req. 3490/03

VII. SITES INTERNET & BASES DE DONNÉES

www.irs.gov

www.economie.gouv.fr

www.natlawreview.com

www.ayarlawgroup.com

www.taxpayeradvocate.irs.gov

www.lemonde.fr

www.ccomptes.fr

www.taxjusticeblog.org

www.fincen.gov

www.hsgac.senate.gov

http://curia.europa.eu

http://scholarship.law.wm.edu

http://scholarship.law.berkeley.edu

http://eur-lex.europa.eu

www.oecd.org

www.treasury.gov

www.kpmg.com

www.sgbt.lu

www.wsj.com

www.forbes.com

www.lesechos.fr

www.financialsecrecyindex.com

www.theguardian.com

www.washingtonpost.com

https://revdh.revues.org

www.gpo.gov

www.govtrack.us

www.coe.int

www.archives.gov

Dalloz

Juris-classeur

Legifrance

Lexis Nexis

Lextenso

Navis Fiscal

Source OCDE

Westlaw International

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS **7**

SOMMAIRE **9**

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS **11**

PARTIE 1 LES MOYENS UNILATÉRAUX DE LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX **45**

TITRE 1 LA LUTTE PAR L'IMPOSITION **51**

CHAPITRE 1 LA SIMILARITÉ DE SOLUTIONS 55

Section1 L'échange de renseignements *56*

§1. L'échange de renseignements spontané : les obligations déclaratives du contribuable 57

A) La déclaration des comptes bancaires et des avoirs détenus à l'étranger 58

1- Les formulaires de déclaration 58

a) France : le formulaire 3916 58

b) États-Unis : le formulaire FBAR 62

2- Le défaut de déclaration 64

B) La possibilité d'une régularisation 71

1- Les techniques de régularisation 71

a) En France 71

b) Aux États-Unis 76

2- La régularisation à partir d'une liste 81

a) L'utilisation des listes au regard du recel d'informations 81

b) La solution de l'article L. 10-0 AA du CGI 85

§2. L'échange obligatoire de renseignements : l'accès aux renseignements 86

A) Les mécanismes de contraintes à la coopération en matière fiscale 87

1- La communication à la française : le droit de communication 87

2- La communication à l'américaine : la procédure du summons 92

B) Les limites à l'exercice des mécanismes de contraintes 96

1- Les conditions d'exercice 96

2- Le secret professionnel comme obstacle 99

Section 2 L'encadrement des relations *104*

§1. Le champ d'application de la réglementation 104

A) En France : la notion de régime fiscal privilégié 104

B) Aux États-Unis : le recours à des listes 107

§2. Le contenu de la réglementation 110

A) Le renseignement, gage d'une meilleure efficacité de l'imposition 111

1- Le service du renseignement financier international en France 111

2- Le service du renseignement financier international aux États-Unis 114

B) L'encadrement par l'imposition 116

1 L'imposition dissuasive : l'*exit tax* 117

2- L'imposition des bénéfices localisés dans les paradis fiscaux 122

a) Présentation des mécanismes **123**

α. De la nécessité d'un mécanisme d'imposition 123

β. Des obstacles à leur mise en œuvre 125

b) Les conditions d'application des mécanismes **130**
α. La condition de détention d'une société étrangère contrôlée 130
β. La condition relative aux revenus concernés 136
CHAPITRE 2 LA DIVERSITÉ DE L'ÉVOLUTION 141
Section 1 De la législation française ou la considération du territoire 143
§1. La notion d'États et territoires non coopératifs : l'article 238-0 A du Code général des impôts 144
A) La définition des États et territoires non coopératifs 144
1- L'absence de définition juridique de la notion de paradis fiscal dans le Code général des impôts 145
2- Les États et territoires non coopératifs 147
B) Les critères d'identification des États et territoires non coopératifs en droit français 149
1- La non-appartenance à l'Union européenne (UE) 149
2- L'examen par l'OCDE 152
3- L'absence de conclusion de convention d'assistance administrative 154
§2 La portée de l'introduction de la notion d'ETNC en droit français 156
A) Les conséquences de l'article 238-0 A du Code général des impôts 157
1- L'établissement d'une liste modifiable des ETNC 157
2- Des conséquences fiscales drastiques 160
a) Un encadrement plus strict de la déductibilité des charges **161**
b) Le renforcement des articles 209 B et 123 bis du CGI **162**
c) La hausse de la retenue à la source **165**
d) Une nouvelle obligation formelle **177**
e) L'imposition des plus-values de cession de titres de sociétés implantées dans un ETNC **180**
f) L'exclusion du régime des sociétés-mères **182**
B) Les critiques entourant la liste des ETNC 186
1- Les interrogations autour de la valeur juridique de la liste 186
2- Les critiques suscitées par les exclusions 188
Section 2 De la législation américaine ou de la considération du citoyen 192
§1. Les particularités de la loi FATCA 192
A) La coopération au-delà des frontières 193
1- Le renforcement de l'existant : le QI program 193
2- Une législation extraterritoriale 196
B) Les étapes de la coopération 199
1- Identifier 199
2- Transmettre 202
§2. Une législation fortement critiquée 203
A) Les dommages collatéraux de la FATCA 203
1- Sur les institutions financières étrangères 203
2- Sur les expatriés 205
B) L'avenir de la FATCA 207
1- Abandonner sa nationalité pour échapper à la FATCA 207
2- Une remise en cause nécessaire du principe de nationalité ? 209
TITRE 2 LA LUTTE PAR LA RÉPRESSION 215
CHAPITRE 1 LA PÉNALISATION ACCRUE DE L'UTILISATION DES PARADIS FISCAUX 219
Section 1 Enquête et police : un préalable à la sanction 221
§1. L'IRS - Criminal Investigation Division aux États-Unis 221
A) Un acteur incontournable du dispositif américain de lutte contre les paradis fiscaux 221

B) L'efficacité de l'IRS-CID ... 223
1- Une organisation en trois plans ... 223
2- Une efficacité pérenne ... 225
§2. La police fiscale en France ... 226
A) La procédure judiciaire d'enquête fiscale (PJEF) ... 227
1- Le champ d'application d'une procédure judiciaire d'enquête fiscale ... 227
2- Les conditions d'application de la procédure judiciaire d'enquête fiscale ... 231
B) La brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (BNRDF) ... 232
Section 2 La sanction : de la poursuite à son prononcé ... 236
§1. Un nouvel acteur en France : le procureur financier ... 236
A) Un procureur spécialisé et autonome ... 237
B) Analyse critique de l'institution nouvelle ... 239
§2. L'existence d'un panel étendu de sanctions ... 240
A) Les sanctions civiles ou administratives ... 240
1- Les sanctions administratives françaises ... 241
2- Les sanctions civiles américaines ... 243
B) Les sanctions pénales ... 245
1- Des sanctions prononcées par le juge ... 245
2- Des sanctions pénales sévères ... 247
CHAPITRE 2 LA NÉCESSAIRE PROTECTION DU CONTRIBUABLE ... 251
Section 1 Une caractéristique commune : le contribuable en tant que citoyen ... 253
§1. La protection de la vie privée du contribuable ... 253
A) La protection de la vie privée ... 254
1- La protection de la vie privée en France ... 254
2- La protection de la vie privée aux États-Unis ... 256
B) La conciliation de la protection de la vie privée avec le droit à l'information de l'administration 258
1- La nécessité de l'information pour l'administration ... 258
a) En France ... **259**
b) Aux États-Unis ... **261**
2- La nécessité de la protection pour le contribuable ... 263
§2. Le droit à un procès équitable ... 264
A) La présomption d'innocence ... 265
1- Un droit fondamental ... 265
2- Les incidences quant à la charge de la preuve ... 268
a) En France ... **268**
b) Aux États-Unis ... **270**
B) Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ... 271
1- Aux États-Unis : un principe ancien ... 271
2- En France : une reconnaissance récente ... 274
Section 2 Une caractéristique spéciale : le contribuable en tant que lanceur d'alerte ... 277
§1. Le statut du lanceur d'alerte ... 278
A) Le développement en droit de la notion de lanceur d'alerte ... 278
1- L'introduction du statut de lanceur d'alerte ... 278
a) Aux États-Unis : une introduction précoce ... **278**
b) En France : une acceptation tardive ... 281
2- L'articulation avec la liberté d'expression ... 283
B) Le champ d'application du statut de lanceur d'alerte ... 286

1- Les conditions relatives au lanceur d'alerte ... 286
2- Les conditions relatives à l'alerte ... 289
§2. Les interrogations autour du statut de lanceur d'alerte ... 292
A) La protection conférée au lanceur d'alerte ... 293
1- Les garanties offertes au lanceur d'alerte ... 293
2- Les lacunes dans la protection offerte au lanceur d'alerte ... 296
B) La rémunération assurée au lanceur d'alerte ... 297
1- Les « bounty laws » de droit américain ... 297
2- Un débat toujours vif en France ... 299

PARTIE 2 LES MOYENS MULTILATÉRAUX DE LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX ... 307

TITRE 1 L'ÉTAT ACTUEL DE LA COOPÉRATION MULTILATÉRALE ... 311

CHAPITRE 1 LES INSTANCES INTERNATIONALES DANS LA LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX ... 315
Section 1 L'approche horizontale ou la méthode conventionnelle ... 317
Sous-Section 1 La Convention OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale ... 319
Sous-Section 2Le Modèle OCDE de Convention concernant le revenu et la fortune ... 324
§1 L'échange de renseignements ... 324
A) Une traduction concrète de la coopération entre les administrations fiscales ... 325
1- La coopération classique d'échange de renseignements ... 325
2- Les limites à l'échange de renseignements ... 330
B) L'échange automatique de renseignements : une nouvelle avancée pour la transparence fiscale ... 333
1- Le contexte de la mise en place de la nouvelle norme commune ... 333
2- L'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers ... 338
§2 L'assistance au recouvrement ... 341
A) Une assistance facultative ... 344
B) Une assistance limitée ... 347
Section 2 L'approche verticale ou la méthode de supervision ... 349
§1 La politique du « *name and shame* » ... 351
A) L'engouement pour les listes ... 351
1- La liste du GAFI ... 352
2- La liste du Conseil de stabilité financière ... 354
B) Les listes de l'Organisation de coopération et de développement économiques ... 356
§2 Le contrôle des pratiques ... 358
A) Le « self-review » ... 359
B) Le « peer-review » : le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements ... 361
CHAPITRE 2 L'IMPACT DE LA LÉGISLATION EUROPÉENNE DANS LA LUTTE CONTRE LES PARADIS FISCAUX ... 369
Section 1 L'action de l'Union européenne ... 371
§1. Une préoccupation croissante des institutions européennes ... 371
A) Le rôle de la Commission européenne ... 373
1- Le rapport Neumark ... 373
2- La concurrence fiscale dommageable ... 374
B) Le plan d'attaque de la Commission européenne ... 377
1- Le plan d'action de la Commission ... 377
2- Les mesures de transparence fiscale ... 379
§2. La légitimité de l'action européenne en matière de lutte contre les paradis fiscaux ... 380

A) L'action de l'Union européenne légitimée par la CJUE 381
B) La légitimité de l'action européenne en matière de fiscalité directe 384
1- La priorité aux États membres ? 386
2- Les compétences réservées 388
Section 2 La coopération fiscale dans l'Union européenne 391
§1 De l'échange sur demande à l'échange automatique de renseignements 391
A) L'échange sur demande 392
1- Les actions principales du Conseil européen en matière d'échange d'informations 392
2- Les trois catégories d'échange de renseignements 394
B)L'échange automatique : la FATCA à l'européenne 396
1- La mise en place de l'échange automatique d'informations dans l'UE 396
2- Les grands principes de la directive 2014/107/UE 398
§2. La consolidation de l'échange de renseignements 400
A) Les contrôles simultanés ou multilatéraux 401
1- La notion de contrôle multilatéral 401
2- Les différentes étapes du contrôle 404
B) Les autres modes de coopération 408

TITRE 2 LES PERSPECTIVES D'ÉVOLUTION POSSIBLES DE LA COOPÉRATION MULTILATÉRALE 415

CHAPITRE 1 LES RAISONS DE L'ÉCHEC 419
Section 1 Les imperfections de l'OCDE 421
§1. L'absence de pouvoir de sanction de l'OCDE 422
A) Les différents actes de l'OCDE 422
1- Les actes principaux 422
2- Les autres instruments juridiques 423
B) Des actes juridiquement non contraignants 424
1- La *soft law* 424
2- L'efficacité du *soft law* 427
§2. Les listes de l'OCDE : des coquilles vides ? 428
Section 2 Les imperfections au niveau européen 431
§1 Une coopération limitée 432
A) Les limites issues du droit communautaire positif 432
B) L'éventualité d'États européens « non coopératifs » 434
§2. L'euro-compatibilité des normes françaises au droit européen 438
A) Le principe de sécurité juridique et le droit dérivé 438
B) Les autres dispositions de lutte contre les paradis fiscaux 440
CHAPITRE 2 LE SENS DE L'ÉVOLUTION 443
Section 1 Le renforcement de l'utilisation des conventions bilatérales 445
§1. Faire du « *sur mesure* » pour une plus grande efficacité 446
A) Une utilisation accrue des conventions fiscales bilatérales 446
1- Les pratiques française et américaine des conventions fiscales bilatérales 446
2- Les raisons de l'utilisation accrue des conventions fiscales bilatérales 449
§2. Le revers des conventions bilatérales 450
A) Les inconvénients 451
B) L'évolution nécessaire des conventions bilatérales 453
Section 2 La création d'un organe de sanction 455
§1. L'organisation de l'organe de règlement des différends 455

A) L'instauration d'un organe de règlement des différends : l'exemple de l'Organe de règlement des différends de l'OMC 456
B) Le mécanisme de règlement des différends 457
1- Les consultations et examens 457
2- L'exécution 458
§2. Rendre l'action en matière fiscale de l'OCDE plus crédible 460
A) L'éventuelle contrariété de la mise en place d'un organe doté de pouvoirs de sanctions avec la Convention de l'OCDE 460
B) La nécessité de cet organe 462

CONCLUSION GÉNÉRALE 467

INDEX 471

BIBLIOGRAPHIE 475

TABLE DES MATIÈRES 525

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

École Doctorale
ED 101 Droit Science politique Histoire

Anne de Ravel d'Esclapon
La Lutte contre les paradis fiscaux à l'aune des exemples français et américain

Résumé

Les scandales financiers survenus ces dernières années et l'hémorragie des recettes fiscales ont remis sur le devant de la scène la lutte contre les paradis fiscaux. Au niveau national, la France et les États-Unis ont mis en place tout un arsenal de dispositifs afin de mettre un terme à l'utilisation des paradis fiscaux. Ils ont renforcé leur législation, qui met l'accent sur la coopération en matière fiscale. L'efficacité de la lutte contre les paradis fiscaux nécessite également une intervention au niveau international. L'Organisation de Coopération et de Développement économiques en est le chef de file et met en œuvre une série de mesures en faveur de la coopération en matière fiscale, tout comme l'Union européenne. C'est donc autour de deux axes que se constitue la lutte contre les paradis fiscaux : l'unilatéralisme et le multilatéralisme.

Droit – Droit fiscal – Fiscalité – Paradis fiscaux – France – États-Unis – Lutte – OCDE – Coopération – Unilatéralisme – Multilatéralisme.

Résumé en anglais

Financial scandals and the massive drain of tax revenue have highlighted the fight against tax havens. At a national level, France and the United States are strengthening their laws in order to eradicate tax havens. They focus on tax cooperation. But the fight has to be also at an international level. The OECD and the European Union are adopting an important series of measures about tax cooperation. The fight against tax havens is organized around two main lines: unilateralism and multilateralism.

Law – Tax law – Taxation – Tax Havens – France – United States – Fight – OECD – Cooperation – Unilateralism – Multilateralism.