

L'instant de vérité a sonné

🕒 5 oct 2020 - 07:00

👤 Stéphanie Barreira & Michel Abt, FBT Avocats

3 minutes de lecture

Il est temps pour les Français détenteurs de comptes non déclarés d'emprunter le chemin de la repentance.



En date du 12 mai 2020, l'Administration fédérale des contributions (AFC) a rendu une décision finale entérinant la transmission des renseignements requis quatre ans plus tôt par la Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) concernant plus de 40'000 comptes présumés être détenus par des contribuables français auprès de la banque UBS.

Cette décision concernait toute personne qui, nonobstant la notification de la demande d'assistance française, n'avait ni consenti à la transmission des données, ni communiqué à l'AFC une adresse en Suisse ou désigné un représentant en Suisse autorisé à recevoir des notifications.

Objet d'une procédure pénale en France, l'UBS a tenté de se faire reconnaître la qualité de partie nécessaire pour lui permettre de contester le transfert d'informations relatives à sa clientèle. Elle n'y est toutefois pas parvenue, en dépit de ses recours jusqu'au Tribunal fédéral (TF).

Depuis l'entrée en force de la décision finale, puis de l'arrêt du TF précité, l'AFC a commencé à transmettre à la DGFIP les renseignements portant sur l'identité, la date de naissance et l'adresse du titulaire du compte et/ou de l'ayant droit économique ainsi que le solde du compte détenu au 1^{er} janvier des années 2010 à 2015.

Depuis le mois de septembre, les contribuables français reçoivent des courriers de demandes d'informations des brigades départementales de vérification.

Les évolutions en matière de transparence fiscale ont été si rapides en l'espace de dix ans qu'aujourd'hui la question n'est plus de savoir si les administrations disposent des informations pertinentes pour l'application de la législation, mais plutôt comment elles s'organisent et utilisent les informations dont elles disposent.

Nous étions dubitatifs sur la capacité du fisc français à exploiter avant la fin de l'année 2020 ce volume considérable de données de manière à écarter les contribuables parfaitement en règle avec leurs obligations déclaratives françaises.

Nous nous attendions en effet à ce que l'administration fiscale française opte pour un envoi ciblé de demandes de justifications aux seuls et uniques contribuables n'ayant pas profité de la «Circulaire Cazeneuve» pour se mettre en règle et ne programmer des procédures de contrôle qu'aux seules situations présentant des anomalies ou des incohérences selon l'analyse résultant des outils de datamining.

Or, tel n'a pas été le choix du fisc français! En effet, depuis le mois de septembre, les contribuables français reçoivent des courriers de demandes d'informations des brigades départementales de vérification, les informant de la connaissance de la détention de comptes bancaires ouverts auprès de l'UBS en Suisse et les incitant fortement à prendre contact «très rapidement» avec le service des impôts afin d'éclaircir leur situation.

Il s'avère toutefois qu'un grand nombre de nos clients, parfaitement en conformité avec leurs obligations déclaratives, sont également destinataires de ces demandes d'information!

Il est patent que le fisc français a donc opté pour un choix d'exploitation quasi-industrielle des informations reçues de l'AFC, mettant la charge de la preuve de la conformité fiscale sur la tête des contribuables. Un long et pénible contentieux pourra être évité assez aisément par ces contribuables par la production des déclarations fiscales déposées annuellement et régulièrement.

En revanche, les contribuables détenteurs de comptes non déclarés se trouvent plus que jamais face à leur destin!

La montée en puissance des échanges d'informations ne permet plus de doute sur la pertinence des informations mises à disposition des administrations fiscales.

Force est de constater qu'il n'existe plus d'échappatoire. La montée en puissance des échanges d'informations issues de l'assistance administrative internationale, efficacement exploitées par les Etats au travers d'outils performants tels que le datamining, ne permet plus de doute sur la pertinence des informations mises à disposition des administrations fiscales.

Quel choix s'offre alors à ces contribuables récalcitrants? Subir les foudres de l'administration fiscale ou saisir les quelques jours qui leur restent pour initier à très bref délai un processus de mise en conformité.

Revenons sur les foudres qui sont sur le point de s'abattre sur ces contribuables. La réception d'une demande d'information mettrait à notre sens fin à toute possibilité pour ces derniers de négocier un traitement plus favorable auprès de l'administration française, en matière de pénalités notamment, alors que l'addition risque d'être plus que salée: outre les impôts éludés pendant dix ans (impôt sur le revenu et impôt sur la fortune), ils devront s'acquitter des intérêts de retard (pouvant aller jusqu'à 4,8% par an) et de lourdes pénalités (40%, voire 80% depuis 2016), augmentés des amendes pour non-déclaration de compte (1500 euros par compte et par année ou 10'000 euros par compte et par année selon l'Etat dans lequel sont déposés les actifs non déclarés).

On ose à peine évoquer également la sanction qui pourrait tomber tel un couperet si le contribuable ne se trouvait plus en mesure de justifier de l'origine des avoirs (ancienneté des faits, manque de justificatifs conservés par le gestionnaire du compte): des droits de succession au taux de 60% pourraient être dus!

Pis encore, la réception d'un tel courrier par le contribuable, équivalant ainsi à l'absence de spontanéité de ce dernier dans un processus de régularisation, ne ferait plus obstacle à la transmission du dossier aux juridictions pénales. Comme nous le rappelions récemment, le fisc français a en effet désormais l'obligation de transmettre au Procureur de la République tout dossier en sa possession entraînant des rappels d'imposition de plus de 100'000 euros, assortis des pénalités exclusives de bonne foi. Le législateur français avait pris le soin d'exclure de cette transmission automatique les dossiers résultant de démarches spontanées de régularisation.

La repentance est encore envisageable... mais pour quelques jours seulement!

À la poursuite du bénéficiaire effectif...

🕒 13 juil 2020 - 07:00

👤 Stéphanie Barreira, FBT Avocats

3 minutes de lecture

L'absence d'identification précise du bénéficiaire effectif sévèrement sanctionnée par les juridictions françaises.



Dans son rapport sur la lutte contre la fraude fiscale rendu le 17 février 2020, le Gouvernement français fait état d'un bilan très positif des opérations de rectification effectuées en 2019. Cette réussite de Bercy est notamment due à l'accroissement exponentiel des renseignements reçus dans le cadre des échanges d'informations, efficacement exploités par les procédés dits de «datamining».

Le même mois, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (i.e. OCDE) publiait un rapport d'étape portant sur la lutte contre l'érosion de la base d'imposition à destination du G20, mettant en avant les avancées significatives accomplies en matière de transparence fiscale.

Le rapport remarque cependant que plusieurs Etats ont encore des difficultés à mettre en œuvre les standards de l'Organisation concernant l'accès aux informations relatives aux bénéficiaires effectifs.

Le manque d'accessibilité à de telles informations a d'ailleurs conduit la 4^e directive anti-blanchiment à imposer à chaque pays membre l'établissement d'un registre des bénéficiaires effectifs, afin d'identifier les bénéficiaires effectifs de toute société et en particulier les personnes physiques exerçant un contrôle sur celles-ci de manière directe ou indirecte.

La poursuite du bénéficiaire effectif est largement motivée par la recherche d'une absolue transparence à des fins fiscales.

Transposant fidèlement cette directive européenne, la France imposa dès le 1^{er} août 2017, à l'ensemble des entreprises françaises immatriculées au registre du commerce et des sociétés:

- d'obtenir et de conserver toutes informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs (article L.561-46 alinéa 1er du Code monétaire et financier);
- de déposer en annexe du registre du commerce et des sociétés, un document relatif à ce bénéficiaire effectif contenant les éléments d'identification (nom, prénom, nationalité et date de naissance), le domicile personnel de ce dernier, ainsi que les modalités de contrôle qu'il exerce (article L.561-46 alinéa 2 du Code monétaire et financier).

Plus récemment, l'Union européenne a approuvé les modifications de la cinquième directive anti-blanchiment, exigeant que les registres des bénéficiaires effectifs pour les sociétés et les personnes morales soient rendus publics. En outre, les renseignements relatifs aux bénéficiaires effectifs des trusts seront accessibles aux autorités compétentes, aux institutions financières, ainsi qu'à toute personne pouvant démontrer un intérêt légitime. Cette directive du 19 avril 2018 a été transposée en France par voie d'ordonnance en février 2020.

Ainsi, si la poursuite du bénéficiaire effectif a bien entendu principalement pour but d'endiguer les agissements frauduleux dont la cause résiderait dans le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, celle-ci est également largement motivée par la recherche d'une absolue transparence à des fins fiscales.

C'est dans ce contexte de quête absolue de transparence à l'échelle mondiale que les juridictions françaises ont porté toute leur attention sur l'identification du bénéficiaire effectif.

La Cour précise que l'autorité nationale n'est pas tenue d'identifier la ou les entités qu'elle considère comme étant les bénéficiaires effectifs.

Réunie en grande chambre, sa formation la plus solennelle, la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu le 26 février 2019 (aff. C-116/16 et C-117/16) deux arrêts livrant des éclairages inédits sur la notion de bénéficiaire effectif et la charge de la preuve de cette qualité dans le cadre de litiges relatifs au bénéfice de l'exonération de retenue à la source sur des dividendes distribués à une société mère.

La Cour rappelle solennellement que c'est en principe aux sociétés qui demandent à bénéficier de l'exonération de retenue à la source sur les dividendes prévue à l'article 5 de la directive mère-filles d'établir qu'elles remplissent les conditions objectives posées par celle-ci, et que rien n'empêche les autorités fiscales d'exiger du contribuable les preuves qu'elles jugent nécessaires pour l'établissement concret des impôts concernés, et le cas échéant de refuser l'exonération demandée si ces preuves ne sont pas fournies. La cour pose donc en principe que la preuve de la qualité de bénéficiaire effectif établi dans l'Union constitue une condition objective du bénéfice de l'exonération de retenue à la source.

La Cour précise par ailleurs que l'autorité nationale n'est pas tenue d'identifier la ou les entités qu'elle considère comme étant les bénéficiaires effectifs.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 5 juin 2020 (CE 05/06/2020 n°423809) constitue la première application en France de cette jurisprudence européenne reportant la charge de la preuve de la qualité de bénéficiaire effectif sur la tête du contribuable désireux de bénéficier d'une exonération en cette qualité. Le refus de l'exonération de retenue à la source sur les dividendes versés par la

société française à sa société mère luxembourgeoise ne résulte pas de la constatation par le Conseil d'Etat d'un abus particulier, d'une volonté frauduleuse mais purement et simplement d'un défaut de justification de la qualité de bénéficiaire effectif.

On remarquera dans cet arrêt la passivité de l'Autorité fiscale française, se contentant d'émettre des doutes sur la qualité de bénéficiaire effectif de la société mère luxembourgeoise, sans jamais démontrer l'insuffisance des preuves soumises par cette dernière.

Les motivations du Conseil d'Etat suggèrent une certaine défiance générale des juridictions françaises face aux strates de structures juridiques couvrant plusieurs juridictions, où le bénéficiaire apparent sera systématiquement présumé ne pas être le bénéficiaire effectif, et le manque de transparence et la complexité des montages seront analysés comme une volonté d'égarer les autorités fiscales françaises lors de l'établissement de l'impôt.

Le Conseil d'Etat a restitué à l'opération son véritable bénéficiaire effectif, et a permis l'application de l'exonération sollicitée par la société française.

Face à cette quête systématique du bénéficiaire effectif, le salut viendra des structurations simples et transparentes, accueillies favorablement par les autorités et les juridictions françaises, comme en témoigne l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 mars 2020 en matière de trust.

L'opération présentée aux juges portait sur la détention de titres d'une société française par un trust familial de droit américain. La résonance de cette notion pose une quasi présomption de fraude à quiconque pourrait y être lié. Toutefois, de manière totalement surprenante et inédite, le Conseil d'Etat nous livre dans cette décision une méthode d'identification du bénéficiaire effectif dans le cadre d'un trust. Le trustee, personne physique, a été identifié comme détenant les pouvoirs attachés à la qualité d'associé dès lors qu'il détenait le patrimoine du trust, le gérant, investissait et réinvestissait les revenus et affectait les revenus nets et le capital correspondant. Il participait aux assemblées générales de la société et y exerçait son droit de vote. Il disposait d'un pouvoir discrétionnaire pour payer les dividendes aux bénéficiaires du trust ou les mettre en réserve.

Ainsi, le Conseil d'Etat, à la lecture du trust deed jugé totalement transparent, a restitué à l'opération son véritable bénéficiaire effectif, et a permis ainsi l'application de l'exonération sollicitée par la société française.

L'expérience des contrôles fiscaux que nous suivons nous permet de noter notamment que la bonne tenue des actes sociaux des entités régulièrement déposés auprès d'autorités étatiques, la bonne tenue des registres des actionnaires, l'authentification par un membre d'une profession réglementée des documents constatant la répartition des titres, l'enregistrement de tout acte sous seing privé renseignant l'identité des bénéficiaires effectifs, et enfin tout justificatif tenant aux mouvements financiers liés aux actes d'acquisitions ou cessions pourront valablement permettre l'identification des bénéficiaires effectifs des entités, et en conséquence l'application des régimes fiscaux favorables.

Au regard de la sévérité des décisions jurisprudentielles françaises, il paraît alors tout à fait recommandable de procéder à bref délai à un audit des structures d'investissement existantes aux fins de documenter la preuve de la qualité de bénéficiaire effectif!

Stéphanie Barreira & Michel Abt

Associés & Co-responsable du groupe fiscal

Stéphanie Barreira est associée de FBT Avocats Paris. Son expertise porte notamment sur les questions fiscales relatives aux investissements étrangers en France, et sur les activités transfrontalières.

Michel Abt est associé et co-responsable du groupe fiscal de FBT Avocats. Il conseille personnes physiques et personnes morales dans l'optimisation de leur fiscalité et traite ainsi toutes les questions fiscales qui en découlent, telles que restructurations, donations et successions, également dans une

perspective transfrontalière.



FBT Avocats SA est une Etude pluridisciplinaire, implantée à Genève et à Paris, qui intervient dans des activités de niches, à dominante transfrontalière. FBT Avocats SA est l'une des Etudes les plus spécialisées en droit bancaire et financier de Suisse romande. Elle couvre par ailleurs le droit patrimonial de la famille, le droit des sociétés, le droit du travail et des assurances sociales, le contentieux civil, administratif et pénal et la fiscalité.