

ÉTUDE FISCALITÉ DES ENTREPRISES

STRATÉGIE FISCALE

« Il faut 20 ans pour construire une réputation et cinq minutes pour la détruire. Si vous gardez ça à l'esprit, vous vous comportez différemment » (W. Buffet).

Appliquant cette maxime dans le domaine fiscal et considérant que le risque de détruire cet actif incorporel est trop important, nous pourrions adopter une stratégie quasi philosophique « *pascalienne* » et considérer qu'une personne rationnelle a tout intérêt à croire à l'effet financier négatif de la perte de réputation fiscale, que celui-ci soit vérifié ou non. Selon une telle philosophie, si la valorisation objective n'existe pas, alors croire ne coûte rien ou presque. En revanche, si la valeur de la réputation fiscale est objectivement démontrée, le risque de ne pas prendre en compte ce facteur est immense. La difficulté principale est que cette approche quasi mystique ne permet pas de saisir la complexité de la question ni de proposer un débat objectif. En effet, la problématique n'est pas uniquement de démontrer qu'il est rationnel d'attacher une valeur à la réputation fiscale, mais aussi d'inventer une manière de la valoriser. Afin de progresser dans l'analyse, nous partirons du concept classique dans sa dimension morale pour évoluer vers une proposition plus constructive.

1033

Réputation fiscale :

tentative empirique de valorisation objective d'une donnée subjective



Raphaël Coin est avocat, Affidavit-avocat, ancien directeur fiscal, docteur en droit fiscal
Étude rédigée par Raphaël Coin

A

1 - Au départ, contrairement aux détracteurs farouches de l'existence même de la notion, nous pensons que le concept bien que moral n'en reste pas moins avéré et mesurable. En pratique, partir d'une notion de « *planification agressive* » pourrait constituer un point de départ acceptable. Cela voudrait dire que nous devrions être en mesure de quantifier les effets négatifs certains sur la répu-

Nda : Les commentaires ne sont pas publiés au nom d'une organisation et n'engagent que leur auteur.

tation fiscale de stratégies d'optimisation fiscale fondées sur une planification agressive. Dépasser cette limite pourrait constituer une mesure de l'existence objective d'un risque pour la réputation fiscale de l'entreprise. Nous admettons que cette démarche ne résout pas totalement la difficulté liée aux incertitudes de la définition de la notion même de « *planification agressive* », mais l'objectif de notre analyse n'est pas de définir avec précision cette notion mais de décider d'un point de départ à partir duquel l'effet négatif sur la réputation fiscale est présumé. Nous ne définirons ainsi pas avec précision la notion de « *planification agressive* »¹ mais tenterons de valoriser les effets sur la réputation fiscale lorsqu'une gestion fiscale présente un risque excessif de ce point de vue. À titre d'illustration, des opérations imposées dans aucun État constituent à l'évidence des structures qui doivent attirer notre attention de ce point de vue²³.

2 - Nous sommes conscients que notre démarche passe nécessairement par la prise en compte d'autres facteurs qui influencent la réflexion. Valoriser la réputation fiscale c'est aussi tenter de comparer sa valeur avec d'autres éléments qui motivent et fondent une politique fiscale tels que par exemple : la concurrence, la valeur de la marque dans le public, l'obligation

fiduciaire des dirigeants... En effet, prendre en compte cet élément est aussi le comparer à d'autres motivations dont celle évidente de réduire les coûts et améliorer immédiatement la situation financière de l'entreprise. Par ailleurs, notre étude ne s'intéressera pas aux conséquences de stratégies de fraudes caractérisées, mais aux effets de l'habileté fiscale au regard du risque avéré et évalué sur la réputation fiscale et surtout des conséquences financières directes ou indirectes.

3 - Notons que la publicisation généralisée de « *la chose fiscale* » renforce l'importance de la question. Les États considèrent déjà que la réputation fiscale a une valeur qui peut être utilisée pour contrôler l'optimisation fiscale. Les médias et organisations non gouvernementales ainsi que la généralisation des lanceurs d'alerte, tendent à étendre potentiellement ce phénomène à des entreprises qui sont dans une situation fiscale

¹ Définition discutable donnée par le ministère des Finances : « L'optimisation fiscale agressive, elle, consiste à tirer parti des subtilités d'un système fiscal ou des incohérences entre plusieurs systèmes fiscaux afin de réduire l'impôt à payer » : www.economie.gouv.fr/node/33900. - Reprenant en partie les travaux de l'OCDE dont il convient de rappeler qu'ils ne constituent pas une norme objective invocable directement : www.oecd.org/fr/ctp/aggressive/. - Cl. Fuest, Ch. Spengel, K. Finke, J. Heckemeyer, H. Nusser, Profit Shifting and « Aggressive » Tax Planning by Multinational Firms : Issues and Options for Reform ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper, n° 13-078, 30 pages, posted : 21 Oct. 2013.

² Ed. D. Kleinbard, *Stateless Income's Challenge to Tax Policy*, Part 11, 2 avr.

³ : www.taxhistory.org/www/features.nsf/Articles/67BEF665EC348BE985257E1A0062230D?OpenDocument. - V. nos travaux de thèse sur le thème « Les situations triangulaires internationales en présence d'un établissement stable - Éliminer les doubles impositions sans favoriser les doubles exonérations », dirigés par J.-P. Le Gall. - Cette soutenue le 15 septembre 2016 devant un jury présidé par O. Debat, professeur à l'université de Toulouse 1, et O. Négrin, professeur à l'université d'Aix-Marseille, et composé de M. Collet, professeur à l'université de Paris 2 Panthéon-Assas, B. Delaunay, professeur à l'université de Paris 2 Panthéon-Assas et N. Melot, maître de conférences à l'université Rennes 1, avocat.

parfaitement légale. La question de l'effet financier que

l'optimisation fiscale serait légale, au contraire de l'évasion fiscale, ne peut constituer une réponse objective viable à long terme. L'idée qui voudrait que la fiscalité soit une application mécanique de normes et, qu'en dehors de l'illégalité, la liberté est totale est, elle aussi, selon nous, en voie de disparition. En revanche, penser que la maîtrise des coûts fiscaux est impossible est aussi inadapté. La question de la valeur accordée à la réputation fiscale en comparaison avec les autres objectifs oblige désormais à considérer le sujet avec humilité.

4 - Instinctivement, la recherche d'une valorisation de la réputation fiscale nous oblige à aborder le sujet au travers de concepts plus maîtrisés comme celui de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)⁴ à laquelle la valorisation de la réputation fiscale est parfois improprement assimilée. C'est l'analyse traditionnelle retenue par les études consacrées à ce sujet. Elle est parfois aussi justifiée par une approche de non-valeur de la réputation fiscale au regard des autres actifs et risques de l'entreprise. Cette approche ne résout pas toutes les difficultés ou incohérences et surtout ne permet pas d'expliquer la stratégie des entreprises cotées qui obligent à proposer une analyse constructive.

1. L'identification imparfaite de la réputation fiscale à une question de RSE

A. - Une identification partiellement justifiée

1° Une identification intuitive pour les cas manifestement agressifs

6 - Traditionnellement, il existe une tendance à assimiler la question de réputation fiscale à une sous-catégorie de la RSE. Cette assimilation simplifierait le débat, le limitant à une capacité de valoriser cette sous-catégorie en application, si elles existent, de méthodes utilisées pour la RSE. Cette constatation partirait de l'hypothèse que le facteur moral est totalement objectivé dans le cas de la fiscalité, ce qui n'est pas certain.

7 - Cette approche est fondée sur l'idée que la planification agressive ne serait que le « miroir » de la RSE dans le domaine fiscal. Le caractère agressif ou non constituerait la limite objective à la mise en place de stratégies fiscales. Selon cette analyse, la valorisation de la réputation fiscale serait une évidence au même titre que la nécessité d'une politique RSE proactive.

8 - Nous pourrions probablement admettre que cette assimilation peut éventuellement fonctionner pour les situations « manifestement » agressives, mais elle ne permettrait pas de

valoriser la contrepartie négative liée à l'atteinte à la réputation fiscale issue de la mise en place de structures « *possiblement* » agressives. Nous ne pensons pas qu'une méthode fondée exclusivement sur la mesure du niveau d'agressivité permet de résoudre la difficulté.

9 - Ainsi en pratique, la mise en évidence et la présomption de valeur seraient probablement uniquement facilement vérifiées pour les situations dans lesquelles aucun impôt n'est payé⁵ et donc uniquement ces cas extrêmes comme nous l'avons indiqué dans nos travaux⁶. Dans ces hypothèses, la présomption de valorisation de la réputation fiscale nous semble évidente. Sans établir une valeur de cette réputation, on peut penser que l'effet sur celle-ci est raisonnablement prévisible et considérer qu'il existe et qu'il constitue un frein objectif à la mise en place de telles stratégies au même titre que la RSE bannit certains comportements socialement répréhensibles. La méthode ne nous permet pas de déterminer une valeur objective mais de considérer que la valeur objectivement perdue est tellement importante qu'elle est un frein avéré à la mise en place de l'optimisation.

⁴ CSR : Corporate Social Responsibility en anglais.

⁵ Ed. D. Kleinbard, *Stateless Income's Challenge to Tax Policy, Part 1*, 2 avr. 2015 : www.taxhistory.org/www/features.nsf/Articles/67BEF665EC348BE985257E1A0062230D?OpenDocument.

⁶ Nos travaux de thèse sur le thème « Les situations triangulaires internationales en présence d'un établissement stable - Éliminer les doubles impositions sans favoriser les doubles exonérations »,

dirigés par J.-P. Le Gall. - Cette soutenance le 15 septembre 2016 devant un jury présidé par O. Debat, professeur à l'université de Toulouse 1, et O. Négrin, professeur à l'université d'Aix-Marseille, et composé de M. Collet, professeur à l'université de Paris 2 Panthéon-Assas, B. Delaunay, professeur à l'université de Paris 2 Panthéon-Assas et N. Melot, maître de conférences à l'université Rennes 1, avocat.

10 - Cette théorie marque, selon nous, la fin de l'efficacité

des communications des entreprises fondées exclusivement sur « *le respect de la loi et d'une application mécanique des normes* ». Force est de constater que la plupart des grands groupes ont identifié cette situation et communiquent désormais sur leur empreinte fiscale mondiale afin de démontrer qu'ils payent des impôts et ne sont donc pas dans des situations manifestement agressives. On notera que la communication est dans ces cas comparable à celle en matière de RSE, axée principalement sur la transparence⁷. Les grands groupes cotés ont identifié la nécessité

une politique de RSE moins développée entraînerait de fait un risque de planification agressive plus important. La mesure retenue est parfois l'analyse des

de prendre en compte la valeur liée à de telles situations manifestement agressives depuis quelques années, s'alignant partiellement sur l'approche de l'OCDE⁸ de la transparence fiscale mais aussi probablement sur leur doctrine en matière de RSE.

11 - L'assimilation à une sous-notion de la RSE ne permet toutefois pas de mettre en évidence un lien quantitatif entre niveau d'agressivité d'une stratégie d'optimisation et effet financier négatif anticipé. Elle permet juste de gérer les situations manifestement agressives sous un angle de transparence, situations dont le marché considère désormais qu'elles ne sont plus acceptables, admettant ainsi, sans le valoriser nécessairement précisément, que l'effet sur la réputation n'est plus stratégiquement acceptable.

12 - À l'instar de la RSE, cette transparence semble intrinsèquement liée à la cotation des groupes et ceci même si la RSE se développe au sein du tissu de plus petites entreprises⁹. Pour les ETI, la communication fiscale pour préserver sa réputation est encore rare ou parcellaire. Peut-être en raison de la croyance de certains dirigeants que, d'une part, leur niveau élevé d'imposition les protégerait en partie de la question, mais aussi, d'autre part, que l'occurrence plus rare des contrôles fiscaux permettrait une manifestation du risque plus incertaine. Ces deux arguments dont nous comprenons les fondements sont probablement erronés, en particulier lorsque les normes

comptables IFRS ou USGAAP obligent à prendre en compte les risques fiscaux sans valoriser le risque de contrôle fiscal.

13 - On remarquera par ailleurs que, paradoxalement, une communication préalable forte nécessite aussi un contrôle objectif efficace, au risque de se retrouver dans une situation compliquée qui mettrait en évidence une incohérence entre réalité et communication. C'est un risque identifié en matière de RSE et une limite

Valoriser la réputation fiscale c'est aussi tenter de comparer sa valeur avec d'autres éléments qui motivent et fondent une politique fiscale

réputation fiscale entraînerait des conséquences financières objectives au-delà de la simple remise en cause de la décision par les autorités qui pourraient influencer

encore faiblement prise en compte pour la réputation fiscale.

2° Une identification renforcée partiellement par la doctrine

14 - Le lien RSE/réputation fiscale mentionné ci-dessus n'est pas totalement inédit. Il convient tout d'abord de mentionner que les études sur ce sujet acceptent souvent l'existence du lien RSE/réputation fiscale/stratégie fiscale¹⁰. L'extension du rôle de la RSE et son caractère de contrôle rendent le lien entre les deux notions évident pour certains auteurs¹¹. Selon ces études, provisions en matières fiscales (Fin 48 en USGAAP), le montant de ces réserves et leur évolution postérieurement aux contrôles fiscaux. Cela indiquerait que la culture de contrôle en matière de RSE est le corollaire d'un contrôle plus important de la réputation fiscale, mêlant l'amplitude des deux concepts. C'est traditionnellement une théorie fondatrice des concepts¹¹. L'analyse détaillée des résultats empiriques de ces études oblige à prendre les conclusions avec précaution même si cette approche est parfois justifiée par l'actualité¹².

15 - L'idée du lien entre les deux concepts est aussi dynamique. Ainsi, le développement de la RSE entraînerait une augmentation de la prise en compte de la réputation fiscale¹³. On semble surtout noter que les situations dans lesquelles aucune RSE n'existe seraient probablement celles pour lesquelles la question de l'agressivité de la stratégie fiscale se poserait le plus.

⁷ Exemple non isolé de la Société Générale : www.societegenerale.com/sites/default/files/documents/2021-06/Rapport-sur-notre-contribution-fiscale-2020_FR.pdf ou celui de Sanofi <https://www.sanofi.com/-/media/Project/One-Sanofi-Web/Websites/Global/Sanofi-COM/Home/fr/notresponsabilite/docs/documents-center/factsheets/Politique-Fiscale.pdf?la=fr>.

⁸ Développée notamment au sein de l'initiative BEPS.

⁹ La tribune : La RSE n'est plus l'apanage des grands groupes, PME et ETI doivent s'en saisir par R. Mouton, président du Cercle de Giverny, 3 mars 2021.

¹⁰ D. Stephenson, V. Vracheva, *Corporate Social Responsibility and Tax Avoidance : A Literature Review and Directions for Future Research January 2015* SSRN Electronic Journal Follow journal. - K. Mouakhar, M. Kachouri, R. Riguen, A. Jarboui, *The effect of sustainability performance and CSR on corporate tax avoidance with board gender diversity as mediating variable*, dans *Recherches en Sciences de Gestion* 2020/3, n° 138, p. 303-339.

¹¹ Ch.-K. Hoi, Q. Wu, H. Zhang, *Is Corporate Social Responsibility (CSR) Associated with Tax Avoidance ? Evidence from Irresponsible CSR Acti-*

À titre personnel, cela ne nous semble pas être établi de manière irréfutable : les acteurs indifférents à la réputation fiscale ne sont pas nécessairement indifférents à la RSE.

16 - On notera enfin que la connexion RSE/réputation fiscale/ optimisation fiscale est renforcée dans des études récentes publiées en Europe dans lesquelles la moralité fiscale applicable à l'optimisation fiscale apparaît comme une norme émergente¹⁴.

B. - Une assimilation réputation fiscale/RSE confrontée à des limites empiriques

17 - Comme indiqué ci-avant, pour mettre en évidence une valorisation de la réputation fiscale, on peut être tenté de suivre une analyse RSE, en observant si les parties prenantes peuvent être amenées à changer leur comportement en raison d'une mise en cause de cette réputation. Dans une telle hypothèse, la