La communication des sociétés cotées sur les risques liés à leurs pratiques d'optimisation fiscale

Hugues BOUTHINON-DUMAS
ESSEC Business School

Forum « Droit des produits et marchés financiers
L'innovation financière »

Montréal, 3 mai 2018

Université de Montréal

ESSEC BUSINESS SCHOOL

CDACI

L'actualité du problème de l'optimisation fiscale des multinationales cotées

Les pratiques d'optimisation fiscale des multinationales sur le devant de la scène

Le contexte

La montée des inégalités économiques

La crise financière, économique et budgétaire actuelle

Le développement de l'économie numérique, le rôle croissant des DPI et la mondialisation

L'intérêt récent pour l'optimisation fiscale

Des ONG (*Tax Justice Network*, etc.)

Des médias (presse notamment *Inter. Consortium of Investigative Journalists*, TV, documentaires, essais)

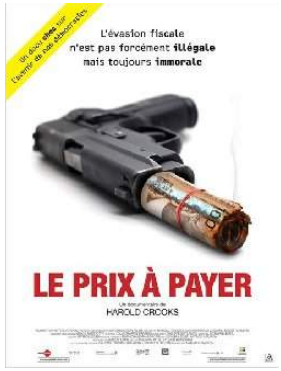
De l'opinion publique

Des pouvoirs publics (rapports parlementaires ; G20, OCDE, ONU… ; Commission européenne…)

Les révélations

Paradise Papers

Luxleaks



Présentation générale

Sociétés cotées ➔ obligations d'information

Buts	Efficience	RSE
Types d'information	Ponctuelle, périodique, permanente, volontaire	
Nature de l'information	Information financière et non-financière	

Optimisation fiscale

Politique fiscale des entreprises → Pratiques

Risque fiscal

Politique fiscale des Etats → Contestations

Communication des sociétés cotées sur leur exposition aux risques liés à leurs pratiques d'optimisation fiscale

Problématique émergente

<u>I – Communication sur les risques généraux découlant des pratiques d'optimisation fiscale</u>

A/ Communication de base

B/ Communication avancée

<u>II – Communication sur les risques spécifiques découlant des contestations, des redressements ou des poursuites</u>

A/ Communication dans le cadre de l'information comptable

B/ Communication au titre de l'information financière

Les obligations d'information étendues pesant sur les sociétés cotées

Des sociétés dont les titres sont négociés sur les marchés financiers

Le critère de la cotation

La soumission à des réglementations spéciales (règlementation financière, règles de marché…)

La protection des investisseurs

Protéger les investisseurs en contraignant les émetteurs à donner des informations

L'efficience des marchés financiers

Permettre au marché de dégager la meilleure valorisation des titres et des sociétés émettrices

➔ Le bon fonctionnement du capitalisme

Des sociétés emblématiques

Assimilation aux « grandes entreprises »

Comp. Entités d'intérêt public (EIP)

Des sociétés « publiques »

L'exemplarité

Les nouvelles exigences d'abord imposées aux sociétés cotées (e.g. rapport RSE, parité dans les CA…)

La responsabilisation

Les engagements RSE (dans le cadre du DD)

Le rôle de têtes de filières (=> devoir de vigilance)

L'investissement socialement responsable

➔ La moralisation du capitalisme

Les fondements de l'obligation d'information des sociétés cotées sur les risques liés à l'optimisation fiscale

L'efficience des marchés et la protection des investisseurs

L'impact financier des économies d'impôts

Un indicateur de la performance organisationnelle des entreprises et des groupes

Un facteur de risque, voire un passif latent

➔ Une information intégrant mieux le facteur fiscal

La responsabilisation des entreprises

L'expression la plus évidente de la citoyenneté des entreprises

Une contribution majeure à l'impact des entreprises sur leur environnement économique, social et politique

La « responsabilité fiscale » comme déclinaison de la RSE et de la bonne gouvernance (composante de la politique de maîtrise des risques)

➔ Incitation à ne pas prendre des risques excessifs => vers une pratique fiscale « normale »

Contra : Les raisons pour les entreprises de ne pas communiquer sur leur fiscalité

Le caractère stratégique des informations fiscales et le liberté d'entreprise

Le principe du secret fiscal et la complexité de la fiscalité

Les coûts opérationnels d'élaboration, de mise en forme et de diffusion de l'information

Le cadre juridique de l'information des sociétés cotées

ESSEC BUSINESS SCHOOL

Les obligations d'information des sociétés cotées (financières et non-financières)

L'information occasionnelle

L'information périodique

L'information permanente

L'information volontaire

Les sources du droit de la communication des sociétés cotées

La règlementation financière

- européenne (directives et règlements : « Prospectus », « Transparence »…+ ESMA)
- nationale (C. Com., Code mon. et fin., RG-AMF…)

Les normes comptables

Normes IFRS applicables aux sociétés cotées européennes

La jurisprudence administrative et pénale en matière d'atteintes aux obligations d'information

La soft law (codes de conduite, recommandations…)

NB : le cas des sociétés cotées soumises au droit français et européen + éclairage comparatiste + attention portée à l'IS

La transparence fiscale

L'obligation pour les sociétés cotées de communiquer sur les risques auxquels elles sont exposées découle de deux sources :

L'influence croissante du principe de « transparence fiscale »

Un élément majeur des nouvelles politiques publiques en matière de fiscalité

La transparence vis-à-vis des administrations fiscales

La transparence des rescrits fiscaux

La transparence des montages utilisés

Un principe promu par l'OCDE (plan d'actions BEPS) et l'UE

➔ Une application spécifique aux sociétés cotées ?

La déclinaison du principe de transparence des sociétés cotées à la fiscalité

Les charges fiscales

Les politiques fiscales

Les risques fiscaux

➔ Vers une reconnaissance de la fiscalité comme élément essentiel des informations dues par les sociétés cotées au public ?

Au cœur de la communication des sociétés cotées sur leur fiscalité : le risque fiscal

ESSEC BUSINESS SCHOOL

Le contexte de l'assomption de la communication des sociétés sur leur fiscalité

Le double mouvement de montée de l'optimisation fiscale et de remise en cause de celle-ci

Les demandes de l'opinion et des ONG, relayées par les médias

La réaction des Etats à la puissance croissance des grandes multinationales

La capacité de résistance des sociétés à cette pression ?

Les déterminants fondamentaux du risque fiscal

La politique fiscale des entreprises plus ou moins agressive et plus ou moins discrète

La politique des pouvoirs publics à l'égard des pratiques d'optimisation fiscale plus ou moins tolérante et plus ou moins dynamique en termes de contrôle

Les différentes valeurs du risque fiscal pour une entreprise

Le risque idéalement nul de l'entreprise parfaitement conforme fiscalement

Le risque réalisé et parfaitement mesuré, après une décision définitive

Entre les deux, le risque fiscal varie…

1/ Il est latent dans la situation normale où l'entreprise fait des choix en matière fiscale sans être certaine de leur conformité

2/ Il est en voie de se concrétiser dans la situation critique où l'entreprise est l'objet d'une procédure administrative ou judiciaire visant sa pratique fiscale

La communication des sociétés cotées sur leur fiscalité dans les comptes

La mention traditionnelle de la fiscalité dans l'information périodique et comptable des sociétés cotées

Cadre comptable applicable aux sociétés cotées : les IFRS (cf. Règlement européen n°1606/2002, en vigueur depuis le 1er janvier 2005)

Publication dans les comptes consolidées, les informations comptables infra-annuelles, le rapport annuel

L'inscription des impôts dans les charges

Norme IAS 12 : l'inscription des impôts exigibles ; l'inscription des impôts différés ; l'inscription séparée des avantages fiscaux (crédits d'impôts…)

La communication sur le taux effectif d'imposition (TEI)

L'inscription des dettes fiscales au passif

Une dette fiscale est un risque réalisé et fixé définitivement

➔ Une prise en compte minimale des *pratiques* fiscales dans les comptes

Cette information ne permet guère de connaître les pratiques fiscales optimisatrices des entreprises, en raison de son caractère agrégé

Cette communication nous dit quels sont les impôts que les sociétés et les groupes payent, mais pas ceux qu'ils ne payent pas et qu'ils pourraient devoir payer…

La non-communication des sociétés cotées sur leur fiscalité dans les risques et le reporting extra-financier

Il serait concevable que les sociétés cotées communiquent sur leurs pratiques fiscales optimisatrices au titre des risques auxquels elles sont exposées

Le principe général de communication des sociétés cotées sur les risques auxquelles elles sont exposées

La pertinence d'inclure les risques liés aux pratiques d'optimisation fiscale parmi les risques significatifs

Mais…il n'y a pas de rubrique « risque fiscal » dans les nomenclatures des facteurs de risques (AMF et règlement « Prospectus » n°809/2004)

La rubrique « risque juridique » ne mentionne pas le risque fiscal

La communication sur les pratiques d'optimisation fiscale au titre des impacts présentés dans le reporting extra-financier ?

Les obligations de reporting extra-financier des sociétés cotées (cf. Dir. 2014/95/UE) -> lacune encore. Comp. impact environnemental, social, DDH, anticorruption, etc.

Des risques perçus comme trop financiers pour un instrument dédié principalement aux risques extra-financiers

➔ Une prise en compte manquée des pratiques fiscales à travers les risques et le reporting extra-financier

La communication des sociétés cotées sur leur fiscalité dans le cadre du CbCR

Le CbCR comme instrument de communication sur l'exposition des entreprises aux risques liés à leur pratique d'optimisation fiscale

La distribution de la charge fiscale des entreprises entre les différents Etats

La publication simultanée d'indicateurs économiques pertinents (effectifs, CA, bénéfices…)

Un instrument utile pour identifier les pratiques d'optimisation fiscale fondées sur le transfert des profits (BEPS) et l'exploitation des règles de la fiscalité internationale

NB : les pratiques d'optimisation fiscale sont plus larges

L'enjeu majeur du CbCR « public »

Le volet du plan d'actions de l'OCDE (action n°13) ➔ une CbCR non public qui ne vise pas spécifiquement les sociétés cotées

Les obligations de CbCR spécialement imposées aux entreprises de certains secteurs : secteur minier et forestier et bancaire (CRD-IV)

Exigence en droit français (loi Sapin II) censurée par Conseil constit., 8 décembre 2016

Le débat actuel au sein de l'UE pour imposer un CbCR public

➔ Une forme de communication sur certaines pratiques d'optimisation fiscale qui n'est pas encore pleinement applicable

La pomotion de la transparence fiscale alimente la transparence des sociétés cotées sur

La communication étendue volontaire des sociétés cotées sur leur fiscalité (1)

Au-delà de la communication réglementée impérative des sociétés cotées, la communication volontaire

Communiquer au-delà de ce qui est exigé : une option encadrée (l'information volontaire ne doit pas être inexacte ou trompeuse)

Le cas de la communication volontaire répondant à des normes de softlaw (ex: référentiel *Global Reporting Initiative*)

Le cas de la communication promotionnelle (comparative) misant sur le civisme fiscal

La communication étendue volontaire des sociétés cotées sur leur fiscalité (2)

Les applications possibles de la communication volontaire à la fiscalité

Le choix de détailler la situation fiscale d'une entreprise
→ CbCR volontaire

Le choix d'expliciter la politique fiscale et la gouvernance fiscale de l'entreprise (compliance, décision…)

Note détaillée sur les impôts dans l'annexe : réconciliation entre le taux de référence et le taux effectif d'imposition

Ex : Rio Tinto et son rapport annuel spécifique sur les impots (http://www.riotinto.com/investors/taxes-paid-22105.aspx)

➔ Une communication pertinente qui invite toutefois à la prudence, faute de généralisation et de contrôle

La question de la communication des sociétés cotées en cas de survenance d'un risque fiscal spécifique

La concrétisation graduelle d'un risque fiscal spécifique

- La révélation publique d'une suspicion de pratique d'optimisation fiscale problématique (Rôle des ONG, des lanceurs d'alerte, de la presse)
- L'ouverture d'une enquête administrative ou judiciaire
- La mise en cause
- Le redressement ou la sanction décidé en première instance
- La confirmation du redressement ou de la sanction par les juridictions de recours

➔ Un risque fiscal pendant

Exemple 1 : Apple

Décision de la Commission européenne (DG concurrence) violation du droit des Aides d'Etat par la décision administrative de l'Irlande sur l'optimisation d'Apple : 13 milliards €

Exemple 2 : Gucci

Poursuite de la société Gucci, filiale du groupe Kering, pour fraude fiscale en Italie : 1,3 milliards €

Exemple 3 : Société Générale

Remise en cause du carry back dont a bénéficié la Société générale à la suite de la fraude « Kerviel » : 2,2 milliards €

Le traitement comptable par les sociétés cotées de leur exposition à un risque fiscal spécifique

L'inscription d'une provision pour risque fiscal

Textes applicables : normes comptables IAS 37 (passifs éventuels) et IAS 12 (impôt sur le résultat) + interprétation IFRS IC « Uncertainty over income tax treatments », DI/2015/1 & IFRIC 23 + doctrine de l'AMF (doc-2014-13, p. 1) et de l'ESMA (ESMA/2014/1309, p. 7) // SEC

➔ Un risque fiscal doit faire l'objet d'une provision s'il est plus probable qu'improbable que cet impôt soit dû (probabilité > 50%)

En tenant compte d'un risque de détection de 100% (comp. procédure engagée)

Le montant de la provision doit être calculé selon la méthode a) montant le plus probable, b) moyenne pondérée des scenarii possibles

Comptabilisation des intérêts de retard et pénalités selon la norme IAS 37 (ou accessoire du passif fiscal)

La méthode d'évaluation doit être explicitée dans l'annexe

La mention en annexe des comptes du risque fiscal non-provisionné

Si le risque fiscal ne fait pas l'objet d'une provision mais n'est pas faible ou vague, la dette fiscale considérée comme improbable mais raisonnablement possible doit faire l'objet d'une présentation relativement détaillée : estimation de l'effet financier ; indications des incertitudes relatives au montant ou à l'échéance

La communication par les sociétés cotées sur leur exposition à un risque fiscal spécifique au titre de l'information permanente

L'obligation d'information permanente des sociétés cotées

L'obligation de communiquer toute information susceptible d'avoir une incidence sur le cours de bourse

Au moyen privilégié d'un communiqué de presse

Discussion : est-ce les règles spéciales sur la comptabilisation des risques fiscaux évince l'obligation d'information permanente ?

Le risque de sanction pour atteinte à la bonne information du public

L'information donnée au public par l'émetteur doit être exacte, précise et sincère (art. 223 RG-AMF)

Décision CS-AMF, 3 juillet 2012, Sté X et M. A.

Redressement fiscal pour plus de 8 millions € n'ayant pas fait l'objet d'une actualisation du prospectus, alors que la société contestait alors le redressement et l'amende infligée

« Considérant qu'en s'abstenant de communiquer cette information au marché (…) la société n'a pas permis aux investisseurs (…) de prendre leur décision d'investissement en toute connaissance de cause et a laissé subsister l'information devenue inexacte qui avait été communiquée au marché dans le prospectus ».

Merci pour votre attention

Hugues Bouthinon-Dumas

bouthinondumas@essec.edu

http://www.essec.fr/professeurs/bouthinon-dumas-hugues

Plan

1/ La communication des sociétés cotées sur leurs pratiques fiscales

A/ La communication de base des sociétés cotées sur les pratiques fiscales

1°) L'inscription des charges fiscales dans les charges et les dettes fiscales au passif

2°) Le risque fiscal négligé parmi les risques à mentionner par les sociétés cotées

B/ La communication avancée des sociétés cotées sur les pratiques fiscales

1°) La communication fiscale étendue dans le cadre du country by country reporting

2°) La communication fiscale étendue dans le cadre de l'information volontaire

2/ La communication des sociétés cotées sur leurs turpitudes fiscales

A/ La communication des sociétés cotées sur leurs turpitudes fiscales dans le cadre de l'information comptable

1°) La comptabilisation du risque fiscal probable dans les provisions

2°) La comptabilisation du risque fiscal possible en-dehors des provisions

B/ La communication des sociétés cotées sur leurs turpitudes fiscales au titre de l'information permanente

1°) L'obligation d'informer le marché sur un risque fiscal susceptible d'avoir une incidence sur les cours

2°) La possible sanction d'une société qui sous-estimerait son exposition à un risque fiscal

Présentation générale

Sociétés cotées ➔ obligations d'information

Buts	Efficience	RSE
Types d'information	Ponctuelle, périodique, permanente, volontaire	
Nature de l'information	Information financière et non-financière	

Optimisation fiscale

Politique fiscale des entreprises → Pratiques

Risque fiscal

Politique fiscale des Etats → Contestations

Communication des sociétés cotées sur leur exposition aux risques liés à leurs pratiques d'optimisation fiscale

<u>I – Communication sur les risques généraux découlant des pratiques d'optimisation fiscale</u>

A/ Communication de base

B/ Communication avancée

<u>II – Communication sur les risques spécifiques débouchant sur des contestations, des redressements ou des poursuites</u>

A/ Communication dans le cadre de l'information comptable

B/ Communication au titre de l'information financière