

## 24 « CumEx » / « CumCum » : optimisation fiscale rime-t-elle avec fraude fiscale ?



Salomé LEMASSON,  
avocate à la cour, of counsel,  
Head of EU Business Crime and Regulatory Practice Group,  
Rahman Ravelli



Mathieu VALETEAU,  
avocat à la cour, partner,  
Baker & McKenzie A.A.R.P.I.

Décrit comme le « casse du siècle » et chiffré à plus de 140 Mds €, le scandale des « CumEx/CumCum Files » a mis en lumière l'ampleur des stratégies d'arbitrage de dividendes opérées dans une dizaine de pays européens depuis les années 2000, afin d'échapper aux retenues à la source sur les dividendes et allant jusqu'à obtenir plusieurs remboursements de retenues à la source parfois jamais payées.

Si les contribuables ont par principe la liberté de choisir la solution juridique la moins onéreuse fiscalement, les montages fiscaux reposant sur l'arbitrage de dividendes révélés par les « CumEx/CumCum Files » invitent à s'intéresser à la frontière, parfois ténue, entre optimisation et fraude fiscale.

Or, les contours de cette frontière paraissent d'autant plus flous que la France a considérablement assoupli le régime procédural de lutte contre la fraude fiscale, témoignant d'une dynamique forte de pénalisation de la fraude fiscale notamment matérialisée par la levée du « verrou de Bercy ».

En l'espèce, quand bien même aucune plainte pénale de l'administration fiscale ne semble avoir été enregistrée, on peut anticiper qu'un contrôle de l'Administration portant sur les « CumEx/CumCum Files » serait susceptible de faire l'objet d'une dénonciation obligatoire au procureur de la République.

À terme, le juge pénal français pourrait être tenté de s'inspirer des solutions adoptées par ses homologues européens. Ainsi, la décision de la Cour fédérale allemande du 28 juillet 2021 a confirmé que les opérations CumEx sont qualifiables de fraude fiscale, notamment en ce qu'elles n'ont d'autre motif économique que d'obtenir le remboursement de la retenue à la source.

En tout état de cause, les risques fiscal et pénal sont réels pour une multitude d'acteurs non limités aux seuls établissements financiers ayant directement participé aux montages. Ainsi en est-il également des intermédiaires tels que les conseiller fiscaux et les cabinets d'avocats impliqués dans l'élaboration et la mise en œuvre de ces pratiques d'arbitrage de dividendes.

1 - Décrit comme le « casse du siècle » par la presse pour un montant chiffré à plus de 140 Mds €, le scandale des « CumEx/CumCum Files » a mis en lumière l'ampleur des stratégies d'arbitrage de dividendes opérées dans une dizaine de pays européens depuis les années 2000. Révélée par le site de journalisme d'investigation *Correctiv* dès 2017, l'enquête a mis en lumière qu'une multitude d'investisseurs exploitaient les failles des systèmes fiscaux nationaux afin d'échapper aux retenues à la source sur les dividendes versés à des non-résidents, allant jusqu'à obtenir plusieurs remboursements de retenues à la source parfois jamais payées.

Considérant que les montages « CumEx » et « CumCum » présentaient plusieurs marqueurs de fraude fiscale et qu'il restait à évaluer s'ils entraînaient aussi violation du droit de l'Union ou d'un droit national, le Parlement européen a adopté dès 2018 une résolution invitant l'Autorité européenne des marchés financiers et l'Autorité bancaire européenne de mener une enquête. Ces dernières relèvent, dans leurs rapports publiés respectivement en avril et novembre 2020, une pluralité d'approches quant à l'appréciation du caractère frauduleux de ces montages et invitent les États à davantage d'échanges et de coopération.

Avec des préjudices très récemment réévalués et estimés respectivement à 33,3 Mds € pour la France, 28,5 Mds € pour l'Allemagne et 27 Mds € pour les Pays-Bas, les États européens fortement impactés n'ont pas manqué de réagir. Dès 2012, l'Allemagne, en comblant le vide juridique rendant possible les montages

« CumEx », devient précurseur dans la lutte contre les stratégies d'arbitrage de dividendes. Neuf ans plus tard, les premières condamnations pénales ont été prononcées<sup>1</sup>. En France, l'affaire a pris un tournant judiciaire dès 2018 avec la plainte pour escroquerie et blanchiment de fraude fiscale aggravés déposée par un collectif de citoyens mené par le député PS Boris Vallaud. L'administration fiscale et le Parquet national financier (ci-après : PNF) poursuivent encore aujourd'hui leurs investigations sur ces pratiques dans lesquelles seraient impliquées plusieurs grandes banques françaises.

Si les contribuables ont par principe la liberté de choisir, lorsque deux solutions juridiques s'offrent à eux pour réaliser une opération, celle qui est la moins onéreuse fiscalement, les montages fiscaux reposant sur l'arbitrage de dividendes révélés par les « CumEx/CumCum files » invitent à s'intéresser à la frontière, parfois ténue, entre optimisation et fraude fiscale.

1. Le 28 juin 2021, le tribunal de Bonn a condamné l'ancien dirigeant de la banque d'affaires allemande M.M. Warburg d'une peine de prison ferme pour fraude fiscale aggravée. Le 28 juillet 2021, la Cour fédérale allemande confirme les condamnations à des peines de prison avec sursis prononcés en 2020 par le tribunal régional de Bonn, à l'encontre de deux anciens banquiers britanniques impliqués dans ces montages fiscaux reposant sur l'arbitrage de dividendes.