

# SECURITE FISCALE ET FRAUDE FISCALE

*Par Olivier Fouquet Président de section (h) au Conseil d'Etat*

*(Conférence prononcée au colloque organisé au Sénat le 15 novembre 2013 par l'Association pour la Fondation internationale de finances publiques-Fondafip et qui sera publiée à la Revue française de finances publiques)*

**V2 décembre 2013**

<b>La dialectique sécurité fiscale et fraude fiscale .....</b>	<b>1</b>
<b>Le contrôle fiscal et les trois catégories de contribuables.....</b>	<b>3</b>
<b>Les imperfections du système de garantie contre les changements de doctrine.....</b>	<b>4</b>
<b>L'instabilité de la loi fiscale .....</b>	<b>5</b>
<b>La réforme de l'abus de droit.....</b>	<b>6</b>

## **La dialectique sécurité fiscale et fraude fiscale**

La dialectique entre sécurité fiscale (que nous appellerons sécurité juridique) et prévention de la fraude fiscale est bien connue. Elle a en France quelque chose de désespérant. A notre avis, il est possible de garantir au contribuable une sécurité juridique raisonnable tout en luttant contre la fraude fiscale. Mais, dans notre pays, l'absence de pragmatisme des hommes politiques et de l'administration, la force des idéologies qui donnent à la fraude fiscale une dimension mythique, la suprématie de l'Etat qui s'exerce aux dépens des citoyens, font que la lutte contre la fraude fiscale apparaît incompatible avec la sécurité juridique.

L'idée que l'arbitraire de l'administration est le plus sûr moyen de lutter contre la fraude fiscale nous paraît largement répandue, au moins dans la sphère publique. Il en résulte, comme nous l'avons souligné dans notre rapport remis au ministre du budget en 2008, une méfiance réciproque, sinon un climat d'affrontement, entre les contribuables et l'administration qui a pour conséquence paradoxale de réduire l'efficacité du contrôle fiscal et d'affaiblir le rendement de l'impôt.

Bien entendu, dans la vie politique, les priorités des gouvernements changent. Lorsque l'administration a trop chargé la barque, certains ministres du budget se préoccupent de l'insécurité juridique du contribuable, ainsi que l'avait fait Edouard Balladur en 1986-1987 lorsqu'il a créé la commission Aicardi puis transposé dans la loi ses propositions ; ou encore Eric Woerth lorsqu'il nous avait confié le soin de présider une commission chargée en 2008 de lui proposer des mesures propres à améliorer la sécurité juridique dans les rapports entre l'administration et les contribuables. Mais l'expérience a montré que les périodes où l'on se soucie de la sécurité juridique des contribuables sont plus brèves que celles où l'on se préoccupe de la répression du contribuable.

Nous voudrions nous élever en faux contre l'idée qu'une amélioration des relations entre l'administration et les contribuables risquerait d'affaiblir le rendement de l'impôt. Un certain nombre d'exemples étrangers démontrent au contraire que de bonnes relations entre l'administration et les contribuables contribuent, bien au contraire, à améliorer le rendement de l'impôt. Si l'administration se comporte en conseil avisé et équitable du contribuable et plus particulièrement de l'entreprise, celle-ci acceptera plus facilement un dialogue fondé sur davantage de transparence de part et d'autre.

En France, il faut bien l'admettre, les relations entre l'administration et les contribuables ne sont pas aussi bonnes qu'il serait souhaitable. Elles sont empreintes de méfiance réciproque. Le contribuable ne croit pas à la parole de l'administration, ni l'administration à la sincérité du contribuable. La comparaison que nous avons faite en 2008 avec les relations beaucoup plus apaisées que les URSSAF entretiennent avec les entreprises, nous avait paru démontrer que des progrès importants demeuraient encore possibles.

Je ne méconnais pas que depuis de longues années l'administration a fait des efforts incontestables pour améliorer le climat des relations qu'elle entretient avec les contribuables en leur apportant davantage de sécurité juridique. Ces efforts n'ont pas été vains si l'on veut bien se souvenir des conditions du contrôle fiscal avant la réforme Aicardi de 1987.

Malheureusement, chaque fois que l'économie faiblit, on invoque, quel que soit le gouvernement, les nécessités du durcissement du contrôle fiscal pour abandonner toute idée d'une amélioration des relations entre l'administration et les contribuables.

Nous voudrions à cet égard faire état de notre expérience personnelle. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, nous avons remis en 2008 au ministre du budget qui nous l'avait demandé, un rapport sur les conditions d'une amélioration de la sécurité juridique dans les rapports entre l'administration et les contribuables. La commission que nous présidions et qui comportait des membres de l'administration, des praticiens et des représentants des entreprises, a formulé 52 propositions dont 48 furent expressément acceptées par le ministre et non des moindres. Il était convenu que nous ferions avec le ministre, au terme d'une année, un bilan public de la mise en œuvre des mesures proposées par le rapport et qu'il avait acceptées. Mais lorsqu'en 2009 nous avons rappelé le conseiller fiscal du ministre, un maître des requêtes au Conseil d'Etat tout à fait remarquable, il nous a répondu sur un ton chagriné, comme on parle à un enfant lorsqu'on a oublié la tartine du goûter qu'on lui avait promise : « Monsieur le Président, je dois vous dire, la crise est passée par là ; l'heure n'est plus à la sécurité juridique du contribuable mais au durcissement du contrôle fiscal, car nous avons besoin de ressources ; le bilan sur l'exécution de votre rapport que nous avons promis de faire avec vous, s'avère aujourd'hui tout à fait inopportun ». Cet aimable collègue ne faisait qu'exprimer ce que les services étaient venus dire au ministre et qu'il avait pris pour argent comptant : la crise et les besoins de financement qu'elle provoquait, exigeaient un durcissement du contrôle fiscal qui s'avérait incompatible avec la recherche d'une amélioration des relations entre l'administration et les contribuables.

Il faudrait d'ailleurs être au clair sur ce que signifie exactement le durcissement du contrôle fiscal. Cela ne signifie sûrement pas que le contrôle fiscal était auparavant insuffisant. La France dispose d'une administration fiscale de qualité, bien organisée et dont les membres sont compétents. A cet égard, la France supporte parfaitement la comparaison avec les autres Etats démocratiques dotés

d'un système fiscal moderne. Par ailleurs il serait inexact de dire que les entreprises ne sont pas suffisamment contrôlées. Les grandes entreprises sont en contrôle permanent. Les entreprises importantes sont contrôlées tous les quatre ans. Les moins grandes entreprises font l'objet de contrôles plus espacés, mais selon des critères qui varient d'une année sur l'autre.

### **Le contrôle fiscal et les trois catégories de contribuables**

Pour bien comprendre la portée du contrôle fiscal, **il faut distinguer entre trois catégories de contribuables.**

-Il y a d'abord ceux qu'on appelle les fraudeurs, c'est-à-dire ceux qui dissimulent volontairement une partie de l'assiette sur laquelle ils devraient être imposés : ils méritent les sanctions fiscales et pénales qui peuvent leur être infligées.

- Il y a ensuite les contribuables, et ils sont nombreux car la loi fiscale est compliquée et instable, qui se trompent de bonne foi sur l'interprétation de la loi ou sur la qualification de leur situation au regard de la loi : ils doivent être redressés, mais ne méritent pas de sanction s'ajoutant au rappel d'impôt.

Il y en a enfin les contribuables qui respectent la loi fiscale mais qui en tirent le meilleur parti possible, ce que l'on appelle l'optimisation légale (par rapport à l'optimisation abusive) : ils ne doivent pas être redressés et encore moins sanctionnés, car selon la formule célèbre d'un commissaire du gouvernement du Conseil d'Etat « nul contribuable n'est tenu de choisir la voie fiscale la plus onéreuse ».

Le principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt implique que le contribuable verse au Trésor public ce qu'il doit, mais non pas plus qu'il ne doit. Le Trésor public n'est pas une œuvre philanthropique dont les contribuables seraient les membres bienfaiteurs.

Si le durcissement du contrôle fiscal consiste à traiter ces trois catégories différentes de contribuable de la même façon, c'est-à-dire à aligner le traitement fait aux deux dernières catégories sur celui fait aux fraudeurs, alors on va à l'échec.

D'une part, le chiffre des redressements fiscaux ne correspondra pas au montant des rappels d'impôt que le trésor public encaissera effectivement en fin de course : le chiffre des redressements fera peut-être illusion, mais il sera illusoire. D'autre part, les relations entre l'administration et les contribuables se détérioreront encore davantage, rendant plus difficile le contrôle fiscal et l'amélioration du rendement de l'impôt.

Si, en revanche, ce que l'on appelle le durcissement du contrôle fiscal consiste en une amélioration des instruments de contrôle dont dispose l'administration pour les adapter en permanence au contexte mouvant de la mondialisation où chaque Etat s'efforce, par une concurrence fiscale souvent déloyale y compris dans l'Union européenne, d'attirer à lui le maximum de matière imposable, il en va différemment, car ce perfectionnement est justifié et n'est pas incompatible avec une amélioration des relations entre l'administration et les contribuables.

Nous voudrions aborder la question de la dialectique entre sécurité fiscale et prévention de la fraude fiscale en examinant trois questions :

- les imperfections du système de garantie contre les changements de doctrine ;
- l'instabilité de la loi fiscale ;
- la réforme de l'abus de droit ;

### **Les imperfections du système de garantie contre les changements de doctrine**

Nous avons en France un système de sécurité juridique qui privilégie la technique collective par rapport à la technique individuelle qui prévaut dans beaucoup d'autres pays. Depuis 50 ans, si la parole orale du ministre au parlement ne l'engage que moralement, c'est-à-dire juridiquement pas du tout, il en va différemment de sa parole écrite dans les instructions fiscales qui est opposable par le contribuable à l'administration.

Le législateur, en accordant cette garantie au contribuable, n'a pas conféré au ministre du budget un pouvoir normatif inconstitutionnel mais s'est borné à instituer un mécanisme de sécurité juridique. La loi ne peut pas tout prévoir et tout régler à l'avance. Il revient à l'administration, sous le contrôle du juge, de donner des solutions aux différents cas pratiques qui se présentent. Ces solutions, même si elles ne sont pas conformes à la loi, sont opposables à l'administration par le contribuable qui les applique. C'est une sécurité considérable, y compris pour les investisseurs étrangers.

Encore faut-il que le contribuable connaisse les solutions de l'administration que les agents eux-mêmes ignorent parfois. La doctrine administrative, dispersée entre différents supports, était devenu difficilement lisible. La commission que je présidais, avait préconisé le regroupement de la doctrine sur un seul support. La création du Bofip, grâce à l'obstination de l'inspecteur général des finances directeur de la direction juridique de la Dgfi, en septembre 2012, qui met en œuvre cette proposition, constitue un progrès notable dans le sens de l'amélioration de la sécurité juridique.

Mais dans le même temps, l'administration est revenue à des errements que l'on pensait abandonnés à jamais, et qui consistaient à corriger par l'instruction la loi dont les dispositions promulguées n'étaient pas conformes au souhait de l'administration. Ce comportement erratique a été d'ailleurs à l'origine, pendant une longue période aujourd'hui révolue, d'une hostilité non déguisée d'une partie des membres du Conseil d'Etat à l'égard de l'actuel article L. 80 A du LPF regardé par certains comme conférant à l'administration un pouvoir normatif inconstitutionnel. La jurisprudence facilitant les conditions du recours pour excès de pouvoir contre les instructions illégales avait progressivement mis fin à ces pratiques. Elles viennent de ressurgir de façon inacceptable à propos du plafonnement de l'ISF. Alors que le Conseil constitutionnel, par sa décision n°2012-662 DC du 19 décembre 2012 avait censuré la disposition de la loi de finances pour 2013 qui, pour le calcul du plafonnement de l'ISF, intégrait dans le revenu à prendre en compte des sommes qui ne correspondaient pas à des bénéfices ou des revenus que le contribuable avait réalisés ou dont il avait disposé, l'administration, par une simple instruction, sans aucun fondement légal, a réintroduit dans le revenu à prendre en compte les intérêts des fonds en euros placés dans un contrat d'assurance vie et a enjoint aux contribuables qui avaient déjà souscrit une déclaration ISF, de souscrire une déclaration rectificative sous peine de sanction. Il est vrai qu'un ministre du budget avait autrefois menacé de sanctions les contribuables qui appliqueraient la jurisprudence de la Cour de cassation. En l'espèce ce sont les contribuables qui appliqueront la décision du Conseil

constitutionnel qui sont menacés de sanctions. Et tout cela au nom de quoi ? Au nom de la lutte contre les risques d'une optimisation fiscale que l'administration fiscale regarde comme abusive. Ainsi, l'instruction de l'administration, instrument de sécurité juridique au bénéfice du contribuable, est détournée de son objet au nom de la prévention de la fraude fiscale. On ne saurait trouver meilleur exemple de la dialectique que nous avons évoquée.

Ajoutons, pour faire bonne mesure, que l'une des raisons du succès mitigé du rescrit, que nous avons relevée dans notre rapport de 2008, résulte de la crainte de l'administration de s'engager à l'égard d'un contribuable, présumé fraudeur, et de la peur du contribuable de subir des représailles du seul fait de sa demande de rescrit. Nous renvoyons au rapport sur l'avenir du rescrit, préparé par un groupe de travail présidé par le Président Bachelier, et que la Section du Rapport du Conseil d'Etat rendra prochainement public.

### **L'instabilité de la loi fiscale**

L'instabilité de la loi fiscale n'est pas propre à la France, mais elle forte dans notre pays pour différentes raisons. La commission que je présidais avait relevé que 20% des articles du CGI étaient modifiés chaque année. Mais cette instabilité atteint un paroxysme en 2011, 2012 et 2013 pour les raisons politiques et économiques que nous connaissons. Cette instabilité à laquelle s'ajoute une petite rétroactivité, au demeurant constitutionnelle, est utilisée contre notre pays par certains cabinets anglo-saxons pour nous faire, de façon quasi diffamatoire, la réputation d'une république bananière. Mais surtout elle crée une inégalité de fait devant la loi fiscale entre les grandes entreprises et les grands cabinets de conseil qui ont les moyens de suivre au jour le jour l'évolution de la loi fiscale, et les petites entreprises ou les petits cabinets qui n'en ont pas les moyens.

La commission que je présidais, avait préconisé que, pour les mesures d'incitation fiscale, les lois de finances indiquent à l'avance la durée pendant laquelle le régime adopté s'appliquerait. C'est une mesure indispensable à la rationalité des comportements économiques et à la sécurité juridique. Un tel dispositif n'est pas sans portée juridique, puisque le Conseil d'Etat, se fondant sur l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention EDH, interdit au législateur de modifier rétroactivement la règle applicable aux dates où l'opérateur économique en a fait application : CE 9 mai 2012 n°308996, Sté EPI : RJF 7/12 n°786, concl. J. Boucher BDCF 7/12 n°93.

Toutefois, les gouvernements vont rarement jusqu'à demander au législateur de prendre un engagement portant sur plusieurs années. Néanmoins, l'idée a émergé que, pour assurer une sécurité juridique aux opérateurs économiques, le gouvernement devait s'engager à « sanctuariser » certains dispositifs incitatifs, c'est-à-dire à ne pas les modifier pendant une certaine période annoncée à l'avance. C'est ainsi que dans sa conférence de presse du 25 février 2013, le ministre du budget, Jérôme Cahuzac, s'était engagé au nom du gouvernement à « sanctuariser » le régime du crédit d'impôt recherche jusqu'à la fin de l'actuel quinquennat. Il faut dire que ce dispositif avait été modifié six fois en six ans. Cet engagement gouvernemental n'a pas empêché les parlementaires de l'actuelle majorité de remettre une nouvelle fois en cause le régime du crédit d'impôt recherche dans ses modalités applicables aux grandes et moyennes entreprises, en oubliant que cette excellente mesure avait eu pour objet de diminuer de façon intelligente l'impôt sur les sociétés d'un point. Le gouvernement a réussi à obtenir le retrait des amendements, mais ce n'est que partie remise. Là encore les parlementaires invoquaient le risque de fraude pour s'opposer à la stabilité du dispositif.

Encore plus remarquable est l'exemple des modifications législatives destinées à améliorer la lutte contre la fraude fiscale. Le communiqué du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget en date du 5 novembre 2013 fait état de 58 modifications législatives depuis la loi de finances rectificative de l'été 2012. Sur ces 58 modifications, 36 résultent de loi relative à la lutte contre la fraude fiscale. Sur ces 36 modifications, 6 figuraient dans le projet de loi soumis au conseil des ministres et 30 résultent d'amendements parlementaires. Autrement dit l'essentiel du texte de la loi n'a pas été soumis, sans doute pas par hasard, à la Section des Finances et à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat dont l'avis était probablement redouté. Inutile de préciser que cette absence volontaire de consultation n'est pas une garantie de qualité rédactionnelle. Ce nouveau dispositif législatif d'une grande complexité va mettre des années avant d'être stabilisé par la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Entre temps, ce sera l'anarchie juridique et l'insécurité la plus totale. Nous ne sommes pas contre les réformes. Mais elles doivent procéder par étapes et ne pas être rédigées sur le coin d'un bureau par des personnes qui ont sans doute beaucoup de qualités, sauf d'être juristes.

L'instabilité de la loi fiscale, justifiée péremptoirement par les nécessités de la lutte contre la fraude fiscale, ne peut déboucher que sur une période d'arbitraire et d'insécurité. Comment veut-on que les entreprises ne réagissent pas à une telle situation ? Le voyageur anglais Young décrivait les femmes des campagnes françaises en 1787 comme des tas de fumier ambulants dont l'apparence était destinée à tromper les agents des fermiers généraux. Nous n'en sommes peut-être pas très loin.

### **La réforme de l'abus de droit**

L'Assemblée nationale vient d'adopter un amendement parlementaire (encore un texte non soumis au Conseil d'Etat) modifiant l'un des deux critères qui doivent être cumulativement réunis pour qualifier un abus de droit, qui, s'agissant du critère selon lequel l'acte critiqué n'a pu être « inspiré par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales », consiste à remplacer le concept de motif exclusif par celui de motif principal.

Aucun des motifs invoqués pour justifier cette réforme n'est exact. En premier lieu, la jurisprudence de la CJUE n'a pas adopté le critère du but essentiellement fiscal, mais s'en tient aux critères classiques de la fraude à la loi, applicables à toutes les matières, y compris le droit fiscal : cf. notre analyse « La réforme de l'abus de droit : pourquoi faire ? » FR F. Lefebvre 39/13 p. 23. En second lieu, si l'abus de droit est peu utilisé en matière de relations internationales, c'est que la notion de « bénéficiaire effectif » qui figure dans les conventions fiscales bilatérales permet d'aboutir au même résultat avec une efficacité supérieure. Néanmoins, si l'administration souhaite invoquer l'abus de droit, elle peut le faire avec succès : CE 29 décembre 2006 n°283314, min. c/ Sté Bank of Scotland, RJF 3/07 n°322, chron. Y. Bénard RJF 4/07 p.319, obs. O. Fouquet Dr. fisc. 4/07 comm. 87, concl. F. Senners BDCF 4/07 n°33, obs. J. M. Tirard BGFE 2/07 p.2.

L'intérêt pratique de cette réforme nous paraît d'ailleurs limité, puisque le Conseil d'Etat déjà la balance entre l'avantage économique et l'avantage fiscal retirés par le contribuable de l'opération critiquée : CE 17 juillet 2013 n°360706 min. c/ Sté Choiseul Holding : RJF 11/13 n°1064, chron. E. Bokdam-Tognetti p.883, obs. O. Fouquet Rev. adm. 5/13, concl. F. Aladjidi BDCF 11/13 n°119.

Le seul résultat de la réforme, mais peut-être est-ce le but recherché, sera, puisque le Conseil d'Etat laisse aux juges du fond le soin d'apprécier souverainement la notion d'importance relative, que pour

une même opération un contribuable sera regardé définitivement à Bordeaux comme ayant commis un abus de droit, tandis qu'un autre à Marseille sera regardé définitivement comme n'en ayant pas commis. La lutte mal conceptualisée contre la fraude fiscale débouche là encore sur l'anarchie juridique.

Ce que l'on peut reprocher aux auteurs de l'amendement, c'est bien sûr de tout ignorer de la jurisprudence du Conseil d'Etat, mais surtout des principes les plus élémentaires du code civil. L'abus de droit fiscal n'est rien d'autre que la fraude à la loi. A partir de l'acte dit loi du 13 janvier 1941 (modifié en 1963, puis en 1987) qui ne se référait qu'à la seule fictivité des actes, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont élaboré une jurisprudence de l'abus de droit fondée sur la théorie de la fraude à la loi. Les praticiens nous ont suffisamment reproché de faire dire à l'article 1649 quinquies B du CGI, devenu l'article L. 64 du LPF, plus qu'il ne le disait. La construction jurisprudentielle a été achevée par la décision CE 27 septembre 2006 n°260050, sect., Sté Janfin : RJF 12/06 n°583, chron. Y. Bénard p. 1083, obs. O. Fouquet Dr. fisc. 47/06 étude 65, p.1999, concl. L. Olléon BDCF 12/06 n°156, obs. N. Chahid-Nouraï BGFE 6/06 p.30. Cette décision a généralisé les deux critères de l'abus de droit sur le modèle de la fraude à la loi, harmonisant ainsi la jurisprudence européenne et la jurisprudence nationale : O. Fouquet « interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit », RJF 5/06 p.83. Nous avons proposé, dans nos deux rapports de 2008, de reprendre cette définition tant dans la loi fiscale que dans la loi de sécurité sociale. Cela a été fait (loi n°2008-443 du 30 décembre 2008 art. 35-I et IX codifié dans le LPF), sous réserve de l'ajout accidentel et ambigu du terme « « décisions » à la rédaction que nous avons proposée (cf. nos observations à Dr. fisc. 42/09 act. 316). Le texte actuel n'est donc que la transposition jurisprudentielle de la conception civiliste de la fraude à la loi, de sorte que sa modification revient à réécrire un concept civiliste sous prétexte d'accroître l'efficacité de la lutte contre la fraude fiscale. L'exercice, nous l'avons montré, est pour le moins hasardeux.

En conclusion, nous voudrions que l'on ne se méprenne pas sur les sens de nos observations.

Bien sûr la lutte contre la fraude fiscale est justifiée et doit être conduite de façon active. Mais pas n'importe comment et surtout pas dans l'arbitraire et l'insécurité juridique.

Le meilleur moyen de faire rentrer les recettes fiscales, c'est d'assurer aux entreprises qu'elles seront traitées loyalement et équitablement. Ce n'est pas de les obliger à faire le dos rond sous une avalanche de textes mal conçus et difficiles à interpréter. La méfiance, justifiée en l'espèce, du contribuable est le meilleur moyen de réduire le rendement fiscal.

L'anarchie législative qui débouche sur l'insécurité juridique est le meilleur moyen d'inciter les jeunes entrepreneurs à aller créer des emplois sous d'autres cieux. Pour paraphraser un slogan célèbre de la révolution tchèque de 1971, nous dirions volontiers ;

**« reviens Cambacerès, ils sont devenus fous ! ».**