

1. LES MULTIPLES VISAGES DE LA FRAUDE FISCALE.

« Le fraudeur fiscal est un contribuable qui s'obstine à vouloir garder un peu d'argent pour son propre usage »

Philippe BOUVARD

L'affaire CAHUZAC a servi de détonateur à une vague de répression de la fraude fiscale, à un moment où l'exigence de transparence et d'exemplarité de la part de la classe politique est forte et où les déficits publics restent excessifs.

La fraude fiscale est un délit coûteux, en évolution permanente du fait de la sophistication des techniques et des acteurs qui utilisent les possibilités offertes par les différences de traitement des législations fiscales dans le monde.

La fraude fiscale a trois conséquences :

- elle crée une rupture caractérisée de l'égalité des citoyens devant l'impôt et un excès d'imposition des contribuables honnêtes, à dépenses publiques égales ;
- elle génère des délits connexes (abus de biens sociaux, escroquerie, etc.) ;
- elle crée des distorsions de concurrence, comme le travail au noir qui mine le travail légal dans certains domaines.

1.1. Le délit de fraude fiscale.

On peut définir la fraude fiscale comme une infraction à la loi commise dans le but d'échapper à l'imposition ou d'en réduire le montant et qui suppose un élément légal (la violation d'un texte fiscal), un élément matériel (l'impôt éludé) et un élément moral (la faute intentionnelle). Rien de tel dans l'optimisation fiscale qui est l'utilisation à bon escient des moyens légaux (régimes dérogatoires, imprécision de la loi fiscale) pour réduire son imposition. Entre ces termes, l'évasion fiscale est une notion plus floue qui s'applique à des actions susceptibles de tomber sous le coup de l'abus de droit ou de la fraude à la loi.

Plus précisément, c'est l'article 1741 du CGI qui définit un fraudeur du fisc comme quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification :

- soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits,
- soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt,
- soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt,
- soit en agissant de toute autre manière frauduleuse.

Pour qu'il y ait fraude fiscale, il faut donc un élément matériel, une action. Si l'omission volontaire de sa déclaration est simple à constater (cf. l'affaire THEVENOUD), la dissimulation volontaire des sommes sujettes à l'IR peut prendre diverses formes : un commerçant peut minorer ses recettes ou déclarer des charges déductibles inexistantes ou supérieures à leur montant réel. L'article 1741 du CGI fixe une limite en deçà de laquelle il n'y a pas fraude fiscale pour dissimulation : il s'agit de 10 % de la somme imposable avec un minimum de 153 €. L'organisation d'insolvabilité implique que le débiteur ait soustrait ses biens aux poursuites par des cessions ou des donations. L'expression « toute autre manière frauduleuse » permet de ratisser large car un délit ne peut exister que si la loi le permet conformément à l'article 121-4 du Code pénal. Il doit également y avoir un résultat qui est la soustraction à l'IR dû. Pour la Cour de cassation, le seul fait de se placer sous un régime fiscal indu dans l'intention de se soustraire à l'impôt constitue le délit de fraude fiscale (arrêt de la chambre criminel de la Cour de cassation n° 15-86.104 du 5 janvier 2017). La chambre criminelle de la Cour de cassation est venue préciser dans un arrêt du 13 juin 2019 (arrêt du 13 juin 2019, n° 18-1.754) que l'élément moral du délit de fraude fiscale peut se déduire de la qualité de son auteur, à savoir un professionnel de la vie des affaires, mais selon l'article L.227 du LPF il revient toujours au ministère public et à l'administration fiscale d'apporter la preuve du caractère intentionnel, soit de la soustraction, soit de la tentative de se soustraire au paiement des impositions (cassation du 5 juin 1979 n° 7893.108).

1.2. Le blanchiment de fraude fiscale et autres délits connexes.

Deux délits connexes à la fraude fiscale ne nécessitent pas d'initiative du fisc pour être poursuivis et échappent donc à la saisine préalable de la CIF. Il s'agit des délits de blanchiment de fraude fiscale ou de recel de fraude fiscale.

1.2.1. Le blanchiment de fraude fiscale.

Selon l'article 324-1 du Code pénal : «le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.

Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.

Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende.» Le blanchiment de fraude fiscale est donc le comportement consistant à introduire les bénéfices de la fraude fiscale dans l'économie légale pour en disposer en apparente légalité.

C'est une jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 février 2008 (n° 07-82977) qui a précisé que «la poursuite du délit de blanchiment, infraction générale, distincte et autonome, n'est pas soumise aux dispositions de l'article L.228 du LPF qui impose de passer par le filtre de la CIF». Logiquement la chambre criminelle de la Cour a donc précisé dans un arrêt du 3 avril 2019 (n° 18-82.298) qu'il faut une motivation distincte de la fraude fiscale et du blanchiment de fraude fiscale.

En 2019, la chambre criminelle est venue préciser la nature du délit de blanchiment de fraude fiscale est une infraction instantanée mais occulte par nature, par conséquent le délai de prescription court à compter du jour où elle est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique (Cassation du 11 septembre 2019 n° 18-83.484 et n° 18-81.040)

1.2.2. Le recel de blanchiment de fraude fiscale.

Le recel est, lui, défini par l'article 321-1 du Code pénal comme «le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficiaire, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit».

Toujours dans les arrêts rendus le 11 septembre 2019, la Cour est venue clairement distinguer le blanchiment du recel en affirmant que le blanchiment est une infraction instantanée qu'il s'agisse de sa forme consistant en la justification mensongère de l'origine du patrimoine ou des ressources d'un délinquant.

1.3. L'abus de droit de l'article L.64 du LPF.

«L'abus de droit, c'est quand le contribuable exagère.»

Un ancien membre du Comité consultatif
de répression des abus de droit

Il est un principe essentiel de notre droit (auquel ne déroge pas le droit fiscal) qui consiste à demander à tout accusateur de prouver ses dires. La même exigence pèse sur l'administration fiscale et la bonne foi du contribuable contrôlé est toujours présumée. Toutefois, pour aider le fisc dans sa difficile mission, et face à l'imagination sans bornes des assujettis dans la mise en place de montages défiscalisants, le législateur a confié une arme redoutable à l'administration fiscale. Lorsque les agents des impôts tombent sur un montage qui leur semble n'avoir d'autre but que d'éviter l'impôt, ils peuvent invoquer la fraude à la loi et son cas particulier, traité par l'article L.64 du LPF, qui est l'abus de droit.

1.3.1. Définition de l'abus de droit.

Il n'y en a pas. La raison d'être de l'abus de droit est de permettre à l'administration de taxer des revenus qui ont fait l'objet de la part du contribuable de montages exclusivement destinés à éviter l'impôt. Le point le plus important dans cette définition est le caractère exclusivement fiscal de l'opération ce qui rend la démonstration toujours délicate

à faire pour le fisc. C'est pourquoi la procédure implique un comité de l'abus de droit qui va étudier la situation de fait de l'opération en litige. Si l'on reprend la formule citée plus haut : «L'abus de droit, c'est quand le contribuable exagère», force est de constater que cette admirable définition n'est pas parfaitement conforme à ce que l'on pourrait attendre d'un véritable État de droit. L'abus de droit passe par une requalification (l'inverse n'est pas toujours vrai) : la prétendue vente par exemple est requalifiée en donation par le fisc.

L'origine de la notion est prétorienne : un arrêt du 20 août 1867 que la Cour de cassation a reconnu donne à l'administration la possibilité de rechercher le véritable caractère des stipulations contenues dans les contrats.

Selon l'article L.64 du LPF : «Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.»

Cette définition très stricte de l'abus de droit fondé sur un but exclusivement fiscal et non sur un but principalement fiscal a amené quelques parlementaires à faire voter (contre l'avis initial du gouvernement qui s'en est remis à «la sagesse de l'Assemblée» et contre la doctrine unanime à estimer que cet élargissement était source d'une grande instabilité fiscale) un amendement au PLF2014, un article (100) modifiant sa définition comme «un acte ayant pour motif principal celui d'éluider ou d'atténuer l'impôt». Le Conseil constitutionnel a annulé l'article au motif que cette formulation confère une importante marge d'appréciation à l'administration fiscale et que, compte tenu des conséquences attachées à la procédure de l'abus de droit fiscal, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles, retenir cette définition (décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013).

Il y a donc deux types de caractérisation de l'abus droit, soit un acte fictif soit ce qui est qualifié de fraude à la loi, c'est-à-dire l'application

littérale de texte à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur *via* une opération qui n'a aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales.

1.3.2. L'abus de droit par la fictivité de l'opération

Deux exemples montreront en quoi consiste la fictivité d'une opération.

1.3.2.1. *La cession fictive de titres par un gros actionnaire.*

Dans l'affaire 2000-21, M.C. détenait 30 % du capital d'une SARL. Il crée une nouvelle société ayant le même objet social, lui vend les parts qu'il détient dans la première, puis celle-ci rachète à la seconde société ses propres parts et procède immédiatement à une réduction de capital.

Le Comité estime qu'il y a abus de droit et que le montage n'a pas eu d'autre but que de réduire l'IR de l'actionnaire du taux marginal augmenté des prélèvements sociaux (soit environ 60 %) s'appliquant aux boni de cession, selon l'article 161-2 du CGI, au taux des plus-values de 26 % avis notamment motivé par le fait que la seconde société ne disposait pas de la trésorerie nécessaire pour régler le prix des actions et qu'elle n'avait aucun intérêt économique à garder ces actions pendant seulement 42 jours.

1.3.2.2. *La création d'une SCI pour imputer des déficits fonciers sur le revenu global.*

Dans l'affaire 2001-6, M. et M^{me} S. ont constitué une SCI qui a acquis la résidence principale des époux et a financé d'importants travaux. Le Comité a estimé qu'il s'agissait d'un abus de droit dans la mesure où ce montage leur a permis d'imputer d'importants déficits fonciers sur leur revenu global.

1.3.3. L'abus de droit par fraude à la loi.

« La fraude est à l'impôt ce que l'ombre est à l'homme. »

Georges POMPIDOU

Les opérations de fraude à la loi sont des actes qui ne sont pas fictifs mais dont le motif est exclusivement fiscal. Il n'y a alors ni simulation ni mensonge, les actes passés sont réels : en revanche, le montage juridique est artificiel et contre-nature. Il n'y a fraude à la loi que lorsque les motivations de l'acteur du mécanisme sont exclusivement fiscales. Tel n'est pas le cas lorsque le contribuable peut invoquer parallèlement d'autres motivations (familiales, économiques, organisationnelles). Une fraude à la loi implique donc deux conditions : un montage juridique réel mais dénué de substance économique et une application littérale du texte fiscal allant à l'encontre des objectifs du législateur.

La notion de fraude à la loi est née à la fin du XIX^e siècle par la grâce de la Cour de cassation dans son rocambolesque arrêt princesse de BEAUFFREMONT (18 mars 1878) ; celle-ci avait élu domicile dans le duché de SAXE-ALTENBOURG et obtenu la nationalité de ce duché pour pouvoir divorcer. Les juges ont estimé que cette démarche était initiée « dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage ». Dans cette affaire on retrouve bien les trois conditions de la fraude à la loi que sont l'intention frauduleuse, la manipulation des éléments de faits et le contournement d'une norme légale déterminée.

Dans l'affaire 2002-30, des exploitants d'une propriété viticole créent des EARL pour lisser le chiffre d'affaires afin de soumettre chacune d'entre elles au régime du forfait, sans que le gérant participe à l'exploitation de l'EARL et sans justifications économiques ou patrimoniales.

Le Comité a donc estimé qu'il ne s'agissait que d'un montage destiné à rester dans le régime favorable du forfait agricole.

1.3.4. Une procédure très encadrée.

Selon l'article L.64 du LPF : « En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal. L'administration peut également soumettre le litige à l'avis du comité.

Si l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification.

Les avis rendus font l'objet d'un rapport annuel qui est rendu public. »

La jurisprudence rappelle que le fisc est dans l'obligation de montrer que l'acte incriminé est fictif, ou qu'il avait pour but exclusif de limiter l'impôt.

En cas de désaccord sur les redressements notifiés, le litige est soumis, à la demande du contribuable ou à celle de l'administration, au Comité de l'abus de droit fiscal, anciennement «Comité consultatif pour la répression des abus de droit». Si le Comité estime qu'il y a abus de droit de la part du contribuable, c'est alors à ce dernier qu'il revient de prouver que tel n'est pas le cas. Cette analyse de l'administration a en effet été confirmée par la Cour de cassation dans son arrêt SARL BRAND IMMOBILIER du 10 février 1998. Inversement, si le Comité estime que l'abus de droit n'est pas constitué, c'est alors à l'administration de prouver son existence devant les tribunaux.

Lorsque le comité de l'abus de droit estime que l'administration n'est pas fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit, cette dernière se range en général à son avis et, lorsqu'elle ne le fait pas, elle doit prouver soit le caractère fictif des actes soit le but «exclusivement fiscal» du montage incriminé, ce qui n'est pas simple.

Dans l'hypothèse où le comité aurait donné son accord à l'administration, tout n'est pas perdu pour le contribuable comme le suggère l'arrêt du Conseil d'État du 28 mars 2013 (n° 343265) : il a annulé un arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux qui avait condamné la société assujettie au motif qu'il «incombait au contribuable de démontrer, non pas que l'acte litigieux se justifiait exclusivement par un motif autre que fiscal mais seulement qu'il n'avait pas poursuivi un but exclusivement fiscal».

Enfin on notera que, conformément au principe d'indépendance des procédures pénales et fiscales, la mise en œuvre des dispositions de l'article L.64 du LPF, qui peut modifier la charge de la preuve, est sans incidence devant le juge répressif qui doit se déterminer par rapport aux règles de preuve qui lui sont propres (Cour de cassation criminelle du 8 février 2006 et du 22 novembre 2006).

1.3.5. Le Comité de l'abus de droit fiscal.

Ce Comité compte, à compter du 1^{er} avril 2009, six membres : un conseiller d'État qui le préside, un conseiller à la Cour de cassation, un professeur des Universités (agrégé de droit ou de sciences économiques), un avocat ayant compétence en droit fiscal, un notaire, un expert-comptable.

La composition est donc plus large qu'auparavant pour appréhender les situations complexes. L'indépendance est également renforcée par le mode de désignation des personnalités membres du Comité : le Conseil national des barreaux pour l'avocat, le Conseil supérieur du notariat pour le notaire, le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables pour l'expert-comptable. Le ministre du Budget nomme un ou plusieurs agents de catégorie A de la DGFIP pour assurer les fonctions de rapporteur (ce qui semble curieux pour la neutralité de l'instruction).

Selon son rapport annuel, le comité de l'abus de droit a, en 2019, reçu 38 affaires et en a examiné 36 au cours de 5 séances pour 30 avis favorables à l'administration et 6 défavorables. Concernant l'IR le fisc l'a emporté haut la main, puisque sur les 35 affaires traitées, 30 ont fait l'objet d'un avis favorable et 5 d'un avis défavorables. Au cours des dernières années, les principales affaires portent sur l'utilisation abusive d'un PEA (grosso modo si le contribuable supporte un vrai risque de perte, il n'y a pas abus de droit mais s'il transforme un revenu imposable acquis en plus-values exonérées il y a abus de droit) et sur le régime de sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI.

On notera qu'à ce jour, l'abus de droit ne donne pas lieu à des poursuites pénales mais que la situation pourrait évoluer au cours des prochaines années avec le durcissement de la répression de la fraude fiscale.

1.3.6. Les sanctions de l'abus de droit.

Une fois l'abus de droit jugé, il donne automatiquement lieu à une majoration de 40 % des droits rappelés sans aucune autre motivation (selon l'arrêt du CE du 19 mars 2018 n° 399862). Si en outre le fisc prouve que le contribuable était à l'initiative principale de l'opération ou qu'il en a été le principal bénéficiaire la majoration passe à 80 %.

1.4. Le mini abus de droit de l'article L.64 A du LPF.

La procédure dite du mini abus de droit a été instituée par la loi de finances pour 2019 est codifiée à l'article L.64 A du LPF. Il prend sa source dans une directive européenne 2016/1164 du 12 juillet 2016 établissant de règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscal qui ont une incidence sur le fonctionnement du marché intérieur connue sous l'acronyme de ARAD (Anti-Tax avoidance directive) et initialement applicable à l'IS.

1.4.1. Définition du mini abus de droit.

L'article L.64 A du LPF précise « qu'afin d'en restituer le véritable caractère et sous réserve de l'application de l'article 205 A du code général des impôts, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ont pour motif principal d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles.

En cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement du présent article, le litige peut être soumis, à la demande du contribuable ou de l'administration, à l'avis du comité mentionné au deuxième alinéa de l'article L.64 du présent livre. »

Il précise également qu'il ne s'applique qu'aux rectifications notifiées à compter du 1^{er} janvier 2021 portant sur des actes passés ou réalisés à compter du 1^{er} janvier 2020.

1.4.2. Les limites du mini abus de droit.

À la différence de l'abus de droit de l'article L.64 du LPF cette nouvelle version ne s'intéresse pas aux opérations fictives mais seulement à celles qui vont à l'encontre des intentions du législateur (c'est-à-dire la fraude à la loi) et qui trahissent une volonté principale et non plus exclusive d'éluder l'impôt.

Le fiscal a immédiatement tenu à rassurer les contribuables qui mettent en œuvre des stratégies patrimoniales successorales *via* le SCI en donnant un exemple de donation avec réserve d'usufruit qui ne fera pas l'objet de recours au nom des abus de droit dans BOI-CF-IOR-30-20 §120 :

« Lorsque c'est le législateur qui a souhaité encourager un schéma par une incitation fiscale, l'article L.64 A du LPF ne peut en principe s'appliquer, quand bien même ce schéma aurait un but principalement fiscal, à condition qu'il ne soit pas manifestement détourné de son objet.

Exemple 1 : La donation d'usufruit temporaire au profit d'un enfant majeur qui ne fait pas partie du foyer fiscal du donateur, procure certes une économie d'impôt sur la fortune immobilière, qui peut être substantielle, mais qui n'est pas abusive si elle est justifiée par la volonté d'aider l'enfant majeur à financer ses études en lui permettant d'occuper le logement ou de percevoir les revenus locatifs du bien transmis. Le caractère temporaire d'une transmission de l'usufruit, n'est pas en soi abusif dès lors qu'il est doté d'une substance patrimoniale effective et ne prévoit pas de clauses manifestement abusives (telle qu'une donation librement révocable par le donateur).

Exemple 2 : La donation d'usufruit temporaire à un organisme sans but lucratif, même si elle permet de réaliser une économie d'impôt très importante, n'est pas susceptible d'être écartée sur le fondement de l'article L.64 A du LPF lorsque le donateur se dépouille irrévocablement des fruits attachés à l'actif donné, sur la durée de l'usufruit temporaire. Le donateur poursuit un objectif charitable valable et non négligeable en permettant à l'organisme de bénéficier d'un rendement financier régulier sur la période de l'usufruit (loyers, dividendes).»

1.4.3. Les sanctions du mini abus de droit.

Les sanctions sont plus légères que pour l'abus de droit puisqu'elles ne sont nullement automatiques, tout au plus le fisc pourra appliquer les pénalités pour insuffisances, omissions ou inexactitudes prévues par l'article 1729 a et e du CGI pour manquements délibérés de 40 % et de 80 % pour manœuvres frauduleuses en le prouvant.