



Etudes et observations des risques  
**2021-2**

**Dossier**  
**Risque et droit fiscal**

## Editorial

Cher lectorat,

Je suis très sincèrement ravie de vous présenter ce tout nouveau numéro de *Riséo*, qui témoigne d'une approche originale et moderne de la notion de risque, chère au Centre Européen de recherche sur les Risques, Accidents Collectifs et Catastrophes (CERDACC UR 3992).

C'est d'abord un dossier dédié à la notion de risque en droit fiscal qui est ici présenté. Il est le fruit d'interventions et d'échanges ayant eu lieu de façon hybride à l'Université de Haute-Alsace le 26 mars 2021. Cette journée avait permis à six universitaires fiscalistes de se rencontrer autour de la notion de risque. La confrontation de leurs points de vue avait été particulièrement fructueuse, passionnante tant pour un public averti que pour des juristes plus éloignés du droit fiscal. Les productions écrites de grande qualité reflètent parfaitement la réussite de cette journée, à vous maintenant de les découvrir.

Ce numéro de *Riséo* donne, ensuite, la parole à une juriste fiscaliste extérieure au milieu universitaire, qui nous livre son regard sur le sujet du risque et du droit fiscal. Les chercheurs comme les étudiants pourront y découvrir de belles questions théoriques qui se posent en pratique pour les premiers, une ouverture vers un secteur professionnel parfois mal connu pour les seconds.

La rubrique *Varia* accueille, enfin, deux articles qui raviront les fidèles des sujets historiques du CERDACC puisqu'il y est question de l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et des risques liés aux nouvelles technologies.

Je vous souhaite une bonne lecture et découverte de ce numéro.

Julie Mattiussi  
Maîtresse de conférences – Université de Haute-Alsace  
CERDACC UR 3992

# Sommaire

<b>PARTIE I :DOSSIER RISQUE ET DROIT FISCAL.....</b>	<b>3</b>
<b>LE RISQUE RÉSULTANT DU DROIT FISCAL.....</b>	<b>4</b>
ACTE ANORMAL DE GESTION ET ABUS DE DROIT : QUELS RISQUES ET SANCTIONS POUR LE CONTRIBUABLE ?,REGIS VABRES .....	5
L'EVOLUTION DU RISQUE PENAL FISCAL A LA SUITE DE LA LOI DU 23 OCTOBRE 2018,PAUL MISPELON.....	15
LE RISQUE INHERENT A LA PARTICIPATION A UN CIRCUIT FRAUDULEUX EN MATIERE DE TVA,DAMIEN FALCO.....	23
<b>LE RISQUE APPRÉHENDÉ PAR LE DROIT FISCAL.....</b>	<b>31</b>
LE RESCRIT COMME OUTIL DE GESTION DU RISQUE EN MATIERE FISCALE,EMMANUEL JOANNARD-LARDANT.....	32
LE CRITERE DU RISQUE DANS L'APPRECIATION DE L'ACTE ANORMAL DE GESTION,ARIANE PERIN-DUREAU.....	38
LE CRITERE DU RISQUE DANS LA REMISE EN CAUSE DES « MONTAGES FISCAUX »,REFLEXIONS A LA LUMIERE DES DROITS FRANÇAIS ET AMERICAIN,KEVIN JESTIN .....	49
<b>PARTIE II : UN AUTRE REGARD SUR... ..</b>	<b>59</b>
LE RISQUE FISCAL EN MATIERE BANCAIRE,CLOE MILACHON.....	60
<b>PARTIE III : VARIA.....</b>	<b>65</b>
LA DETERMINATION DE LA SPECIFICITE DE LA VICTIME D'ACTES DE TERRORISME,HELOÏSE CARTRON-PICART.....	66
PRESENTATION DE L'ETUDE « L'EMERGENCE DE LA BLOCKCHAIN DANS LES RELATIONS CONTRACTUELLES : VERS UNE NOUVELLE FORME DE CONFIANCE ALGORITHMIQUE ? »,ALISON BLONDEAU .....	73

**PARTIE I :**  
**DOSSIER : RISQUE ET DROIT FISCAL**

Les interventions du dossier sont issues du 4<sup>e</sup> « Rendez-vous du Risque » de l'Université de Haute-Alsace, qui s'est tenu le 26 mars 2021.

## **LE RISQUE RÉSULTANT DU DROIT FISCAL**

# Acte anormal de gestion et abus de droit : quels risques et sanctions pour le contribuable ?

Régis VABRES

Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III

Équipe de recherche Louis Josserand (EA 3707)

Centre de droit de l'entreprise

La théorie de l'acte anormal de gestion et la théorie de l'abus de droit<sup>1</sup> constituent deux fondements différents qui permettent à l'administration de remettre en cause les conséquences fiscales des opérations réalisées par le contribuable, le cas échéant en lui appliquant des pénalités et des sanctions. Ce sont donc deux outils permettant de corriger le résultat ou le revenu déclaré par le contribuable qui n'en restent pas moins distincts pour de multiples raisons.

D'abord, les sources sont différentes. La théorie de l'acte anormal de gestion a pour l'essentiel une assise jurisprudentielle<sup>2</sup>. C'est la jurisprudence du Conseil d'État qui a œuvré en la matière, en considérant que si les entreprises sont en principe librement gérées par leurs exploitants et dirigeants<sup>3</sup>, cette liberté connaît des bornes sous l'angle fiscal. En l'occurrence, constitue un acte anormal de gestion l'acte « *qui met une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise, ou qui prive cette dernière d'une recette* », sans que cet acte ne « *soit justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale* ». L'acte anormal est donc l'acte qui n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise, entendu comme la réalisation de profits ou d'économie pour les associés<sup>4</sup>.

La théorie de l'abus de droit a, à l'inverse, donné lieu à l'adoption de plusieurs textes, qui ont évolué aussi sous l'influence du juge, de sorte qu'il existe aujourd'hui de multiples fondements à cette théorie. L'abus de droit au sens classique du terme est défini à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales (LPF), qui envisage deux cas : - l'abus de droit par fictivité ; l'abus de droit par fraude à la loi.

La fictivité c'est la dissimulation de la réalité en interposant une personne (telle une société fictive, c'est-à-dire n'ayant pas d'existence réelle) ou en concluant un acte fictif (ex. donation déguisée).

La fraude à la loi implique de son côté et au moins théoriquement la réunion de deux éléments : le contribuable respecte les termes de la norme, mais abuse de son esprit en

---

<sup>1</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY et M. CHADEFaux, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 44<sup>e</sup> éd., 2020/2021, n° 2596 et s.

<sup>2</sup> Les arrêts rendus en la matière le sont, le plus souvent, sur le fondement des articles 38 et 206 du CGI, mais le rattachement à ces articles paraît bien discutable.

<sup>3</sup> Sous l'angle fiscal, ce principe de liberté de gestion a été affirmé à plusieurs reprises par le Conseil d'État. Il implique notamment la liberté de retirer ou non de son activité un maximum de profits (CE, 7 juillet 1958, Dupont ; C. DAVID et alii, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, spéc. p. 596 et s.), la liberté de choisir le mode de financement de l'entreprise (CE, 30 décembre 2003, SA Andritz, n° 233894 ; v. également, A. DE WAAL, « Sous-capitalisation, abus de droit et acte anormal de gestion » ; *Dr. fisc.* 1997, n° 7, p. 252), la liberté de choisir la solution la moins onéreuse au plan fiscal (CE, 21 mars 1986, n° 53002, *Auriège* ; *Dr. fisc.* 1986, n° 31, comm. 1446 ; *RJF* 1986, n° 470, concl. O. FOUQUET, p. 267.) ou encore la liberté de choisir le moyen permettant d'aider une filiale en difficulté (CE, 27 juin 1984, n° 35030).

<sup>4</sup> CE, 25 novembre 2009, n°307227, *Cie rhénane de raffinage*, concl. E. GEFFRAY ; *Dr. fisc.* 2010, n° 7, comm. 186, note R. SCHNEIDER.

poursuivant un but exclusivement fiscal (c'est un élément intentionnel et subjectif) et contraire aux intentions du législateur (c'est un élément objectif).

L'abus de droit a néanmoins vu ses contours prendre de nouvelles formes, notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne. Ainsi, les actes conclus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020 peuvent être écartés par l'administration sur le terrain de la fraude à la loi, s'ils poursuivent un but principalement fiscal (art. L 64 A, LPF applicable aux rectifications notifiées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021). C'est encore cette notion d'objectif principalement fiscal qui est à l'œuvre dans le cadre de l'article 205 A du Code général des impôts (CGI), propre aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, l'article L. 64 A étant en quelque sorte la réplique de la clause anti-abus de l'article 205 A du CGI.

Ensuite, le champ d'application des deux théories n'est pas le même. Tandis que l'acte anormal de gestion voit son domaine d'application limité pour l'essentiel à l'imposition du bénéficiaire des entreprises, la théorie de l'abus de droit s'est progressivement généralisée à toutes les situations. L'abus de droit peut être commis par un particulier dans le cadre de l'impôt sur le revenu ou dans le cadre de l'imposition de son patrimoine. L'abus de droit peut aussi être le fait d'une entreprise qu'elle soit exploitée individuellement ou dans le cadre d'une société voire d'un groupe de sociétés. L'abus peut concerner l'assiette de l'impôt mais également sa liquidation et son paiement. Bénéficiaire d'un différé d'imposition peut ainsi être constitutif d'un abus, y compris si ce différé ne nécessite pas une décision ou une option exercée par le contribuable. De surcroît, la norme abusée peut être la loi elle-même, la loi tel qu'interprétée par la doctrine, une convention fiscale internationale, voire le droit de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ayant elle aussi développé une jurisprudence relative à l'abus de droit, notamment en matière de TVA.

Les deux théories se distinguent encore sur leur portée juridique. L'acte anormal ne conduit pas à remettre en cause les situations juridiques voulues par les entreprises, mais il autorise l'administration à vérifier que les décisions de l'entreprise ayant une répercussion fiscale ont bien été prises dans son intérêt. A défaut, l'administration peut corriger à la hausse le bénéfice déclaré<sup>5</sup> et donc neutraliser au nom de l'intérêt général et probablement au nom du respect d'une concurrence saine entre les entreprises<sup>6</sup> les conséquences fiscales d'une décision individuelle<sup>7</sup>, sans avoir le pouvoir d'en prononcer la nullité.

Dans le cadre de l'abus de droit, les choses sont plus subtiles. L'administration peut considérer que l'opération réalisée par le contribuable lui est inopposable et concrètement elle sera souvent amenée à la requalifier, au plan juridique (la cession était en réalité une libéralité) ou au plan fiscal (la plus-value était un salaire).

Si l'effet produit par un abus de droit se rapproche de l'acte anormal de gestion, puisqu'il s'agit dans les deux cas de recalculer l'impôt dû, les enjeux et les risques encourus ne sont pas les mêmes. Le risque entendu comme l'évènement incertain susceptible d'entraîner une perte

---

<sup>5</sup> En d'autres termes, la minoration de l'actif net entraînée par la décision de l'entreprise doit être compensée par une contrepartie, directe ou indirecte. À défaut, l'opération est anormale et peut justifier un redressement. Incontestablement, lorsque la preuve de l'acte anormal de gestion est rapportée, l'administration est en droit de s'immiscer dans les décisions prises par les dirigeants de l'entreprise.

<sup>6</sup> M. COLLET, « Contrôle des actes de gestion : pour un retour à l'anormal », *Dr. fisc.* 2003, 14.

<sup>7</sup> Pour reprendre les conclusions d'A. BRETONNEAU sous, CE, plén. fisc., 21 déc. 2018, n° 402006, *Sté Croë Suisse*, *Dr. fisc.* 2019, comm. 176, note F. DEBOISSY et G. WICKER.

ou un dommage est ici assimilable au risque de redressement. L'acte anormal de gestion et l'abus de droit constituent-ils des fondements qui accroissent la probabilité d'un redressement ?

Incontestablement, l'intensité du risque fiscal est dépendante de la qualité de la norme et précisément de son contenu. Au-delà des aspects purement juridiques, un tel questionnement doit aussi être confronté à la réalité pratique pour évaluer correctement les risques. En effet, l'administration fiscale s'affaire davantage sur certaines opérations (comme le montre les nombreuses affaires d'apport-cession avec soultes traitées par le comité de l'abus de droit), certains contribuables et un peu moins sur d'autres profils. L'apparition de nouveaux moyens de contrôle fiscal grâce aux outils numériques laisse néanmoins augurer des contrôles renforcés dans le futur<sup>8</sup>.

En outre, il faut admettre que l'acte anormal de gestion et l'abus de droit sont les arbres qui cachent la forêt. Derrière eux, se dissimulent une multitude de textes qui poursuivent les mêmes finalités ou des finalités proches : les rémunérations excessives, les dépenses somptuaires, les prix de transfert, les clauses anti-abus dans le cadre d'opérations entre entreprises liées, les armes à la disposition de l'administration ne manquent pas. En multipliant les fondements, on multiplie les risques pour les contribuables.

Les majorations et sanctions encourues ne sont pas révélatrices du risque en tant que tel pour le contribuable, mais plutôt des effets liés à la réalisation de l'évènement redouté mais aussi de la nature de la norme en cause. Règle d'assiette ou règle répressive, en la matière, les enjeux ne sont pas les mêmes. L'abus de droit est un acte grave et dans le contexte de la lutte contre l'évasion fiscale et la fraude fiscale, il est constitutif d'un comportement quasiment intolérable aux yeux de la société<sup>9</sup>, ce qui est sans doute parfois un peu excessif. L'acte anormal de gestion a, lui aussi, plusieurs effets fiscaux, mais son appréhension par le droit fiscal n'a pas une finalité comminatoire. Il ne s'agit pas de tant de sanctionner que de préserver les recettes fiscales de l'État. En tout état de cause, l'évolution de ces deux notions témoigne d'un durcissement des règles et donc expose le contribuable à un risque non négligeable dans certaines situations. Cette évolution témoigne d'un risque décuplé pour le contribuable (I) et d'un risque disséminé autour du contribuable (II).

### **I) Le risque décuplé pour le contribuable**

Sur le fondement de l'acte anormal de gestion et de l'abus de droit, le risque est quelque peu décuplé pour le contribuable, car les notions mises en œuvre laissent une large marge d'appréciation à l'administration. Celle-ci se manifeste par plusieurs mécanismes de présomption qui favorisent les redressements (A). Les conséquences qui en découlent, en termes de correction d'assiettes, de majorations et de sanctions sont tout aussi importantes et redoutables pour le contribuable (B).

---

<sup>8</sup> *Lutte contre la fraude et renforcement du civisme fiscal* - Bilan 2019, févr. 2020, spéc. p. 21 et s.

<sup>9</sup> Parce que les risques encourus sont lourds en matière d'abus de droit, il n'est pas étonnant que le contribuable dispose de garanties supplémentaires d'un point de vue procédural. La procédure n'est pas seulement contradictoire ; elle peut donner lieu à la saisine du comité de l'abus de droit fiscal dont la décision aura des répercussions essentielles sur la charge de la preuve.



## A) Un risque décuplé par des mécanismes de présomption

L'acte anormal de gestion et l'abus de droit reposent sur des notions générales. L'acte contraire à l'intérêt de l'entreprise, comme l'acte fictif ou en fraude de la loi, témoigne d'une approche générale qui permet d'appréhender une multitude de comportements distincts. Au stade du contrôle puis du contentieux, ce type de procédure suscite principalement des questions de preuve<sup>10</sup>. En la matière, la charge de la preuve pèse en principe sur l'administration pour caractériser aussi bien un abus qu'un acte anormal<sup>11</sup>. Mais la jurisprudence comporte de nombreuses nuances qui jouent plutôt en faveur de l'administration.

Par exemple, s'agissant de la cession d'un élément d'actif immobilisé à prix minoré, le Conseil d'État a établi une présomption réfragable et a dispensé l'administration de la charge de la preuve de l'élément intentionnel de l'acte anormal de gestion. Parce que la cession d'un élément de l'actif immobilisé constitue un acte non courant et exceptionnel, on présume que le dirigeant de l'entreprise est conscient de son acte.

Aussi, lorsque l'administration soutient que la cession a été réalisée à un prix significativement inférieur à la valeur vénale qu'elle a retenue et que le contribuable n'apporte aucun élément de nature à remettre en cause cette évaluation, elle doit être regardée comme apportant la preuve du caractère anormal de l'acte de cession... Sauf si le contribuable justifie que l'appauvrissement a été décidé dans l'intérêt de l'entreprise, soit que celle-ci se soit trouvée dans la nécessité de procéder à la cession à un tel prix, soit qu'elle en ait tiré une contrepartie<sup>12</sup>.

Au-delà de la solution de principe, il faut ici détecter les problèmes pratiques qu'une telle situation soulève : en cas de cession d'un immeuble ou d'un bien pour lequel, il n'y a pas de transactions portant sur des biens comparables, il est aisé de comprendre que l'évaluation de l'administration peut être déconnectée de la réalité. Et un contribuable peut parfaitement commettre une erreur dans son évaluation : dans ce cas, la délimitation entre l'erreur non délibérée et l'acte anormal de gestion peut être particulièrement ténue.

Il en va différemment en présence d'un actif, non pas immobilisé, mais circulant : l'administration ne peut se fonder sur la seule circonstance que la société avait consenti un prix de vente significativement inférieur à la valeur vénale du bien. Elle doit également démontrer l'intention libérale du cédant, celle-ci étant toutefois présumée en cas de relations d'intérêt entre le cédant et le cessionnaire<sup>13</sup>.

De son côté, en raison de sa nature répressive, l'article L. 64 du LPF ne laisse théoriquement pas de place à la présomption. Or, la jurisprudence administrative rendue en matière de montages artificiels, change quelque peu les données. Le Conseil d'État considère que les

---

<sup>10</sup> E. JOANNARD-LARDANT, F. LERAT et V. VILLETTE, « La preuve de l'acte anormal de gestion : le droit et la pratique », *Dr. fisc.* 2019, n° 41, ét. 394.

<sup>11</sup> S'il appartient toujours à l'entreprise de justifier l'exactitude dans leur principe et leur montant de ses écritures comptables, c'est à l'administration qu'il incombe de prouver que les dépenses correspondantes sont dénuées d'intérêt pour l'entreprise et relèvent d'une gestion anormale (CE, plén., 27 juill. 1984, n° 34588, *Sté Renfort Services* ; CE, 8 août 1990, n° 92997, *SA Intertrans*).

<sup>12</sup> CE, plén. fisc., 21 déc. 2018, n°402006, *Sté Croë Suisse*, préc.

<sup>13</sup> CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ch., 4 juin 2019, n°418357, *SARL Sté d'investissements maritimes et fonciers*, *Dr. fisc.* 2020, n° 6-7, comm. 142, concl. R. VICTOR, note T. PONS.

actes juridiques réalisés, bien que réguliers, méconnaissent nécessairement le ou les objectifs posés par les auteurs de la norme abusée, s'ils sont artificiels. C'est là faciliter la preuve de l'abus en désactivant l'une des conditions prévues par le texte. Mais le risque est que l'administration invoque trop facilement la notion de montage artificiel<sup>14</sup>, entendu comme le montage dénué de substance économique, sans trop d'égards pour le but poursuivi par le contribuable, et parvienne aussi à désactiver l'élément subjectif de l'abus par fraude à la loi.

Un exemple : dans le cadre d'un apport-cession de titres, la loi prévoit un report d'imposition automatique de la plus-value d'apport<sup>15</sup>. La cession rapide des titres apportés (dans un délai inférieur à trois ans) *via* une société *holding* ne remet pas en cause le report d'imposition si un réinvestissement dans une activité économique est réalisé. La loi vise les activités économiques exploitées dans l'Union Européenne. Mais qu'en est-il d'une société *holding* établie dans l'Union européenne, investissant dans une société opérationnelle établie hors Union européenne : un cas non prévu par la loi *via* une société interposée est-il nécessairement un montage artificiel relevant de la procédure d'abus de droit ? Si le contribuable exploite les silences d'un texte, se place-t-il nécessairement sur le terrain de l'abus ? S'il en respecte l'esprit, la réponse devrait être négative. Si le montage est jugé artificiel, il est à craindre que la finalité de l'investissement ne soit pas prise en compte.

## **B) Le risque pour le contribuable décuplé par les mécanismes correctifs et répressifs**

Plusieurs mécanismes de correction et de sanction sont à l'œuvre en présence d'un acte anormal ou abusif et chacun d'eux souligne l'étendue du risque supporté. La répression a pour l'essentiel une nature fiscale (1). Mais elle peut dériver vers des mécanismes de nature pénale (2).

### **1) Les correctifs fiscaux**

Par exemple, si l'anormalité d'un acte de gestion est retenue, elle donnera lieu le plus souvent à un rehaussement de l'impôt sur les bénéfices de l'entreprise concernée. Ce rehaussement sera dû soit en raison de la réduction des charges déductibles, soit en raison de la réintégration des profits auxquels l'entreprise a renoncé. Il en est ainsi en cas de rémunération excessive ou de cession à un prix minoré. Jusqu'ici l'impact de l'acte anormal de gestion se limite à une correction de l'assiette de l'impôt à laquelle s'ajoute, bien entendu, l'intérêt de retard ainsi qu'une pénalité de 40% pour manquement délibéré.

En cas d'acquisition d'un actif immobilisé pour un prix surévalué, on pourrait penser que la solution est la même, mais il n'en est rien. Le Conseil d'État juge que l'inscription du bien au bilan n'a pas à être modifiée. Le bien acquis pour un prix de 100.000 euros alors que sa valeur réelle est inférieure n'a pas vocation à figurer à l'actif pour une autre valeur que celle effectivement payée. A ce stade, l'acte anormal de gestion n'entraîne alors pas de rehaussement du bénéfice imposable et donc pas d'impôt supplémentaire.

---

<sup>14</sup> P.-F. RACINE, « L'abus de droit après la décision Charbit : le législateur doit-il reprendre la main ? », *Rev. Ingénierie Patrimoniale* 2-2021, p. 1. V. également, F. DEBOISSY, « Le législateur pourrait-il avoir pour objectif que le contribuable se place artificiellement dans la situation qu'il régit ? », *Rev. Ingénierie Patrimoniale* 2-2021, p.1.

<sup>15</sup> R. VABRES, « Report d'imposition de l'article 150-0 B ter du CGI et abus de droit », *Rev. Ingénierie patrimoniale*, 2-2021, p. 33.

Mais c'est sans compter sur la dilution des conséquences de cette opération. En effet, si le bien acquis à un prix surévalué donne lieu à une cession ultérieure, la plus-value sera calculée, non pas par rapport au prix d'acquisition surévalué, mais par rapport à la valeur réelle du bien au moment de son acquisition. En corrigeant le prix d'acquisition à la baisse, on rehausse le montant de la plus-value et donc de l'impôt. Bien sûr si le bien ne donne pas lieu à une cession, aucune plus-value ne sera constatée et aucun impôt rehaussé ne trouvera pas à s'appliquer. Cependant, le contribuable qui conserve la détention du bien en cause est aussi privé de la possibilité de passer un certain nombre d'écritures comptables, susceptibles de diminuer son résultat. Ainsi l'entreprise est dans l'impossibilité de constater des amortissements sur le bien acquis à un prix surévalué, ou une dépréciation (qui pourrait d'ailleurs être justifié sur le plan comptable puisque la valeur réelle du bien est inférieure à son coût de revient). Le contribuable est aussi dans l'incapacité de déduire les intérêts d'emprunt éventuellement contracté pour faire l'acquisition du bien.

Le cumul d'effets fiscaux se retrouve également en cas de cession à un prix minoré. Le Conseil d'État a jugé que les minorations du prix de cession d'un élément de l'actif peuvent conduire, lorsqu'elles ne relèvent pas d'une gestion normale, à un rehaussement, à concurrence de l'insuffisance du prix stipulé, du bénéfice de la société cédante, imposable dans les conditions de droit commun, sans pouvoir être imposées ou exonérées selon les règles propres aux plus-values et notamment le régime de quasi-exonération des plus-values à long terme réalisées sur cessions de titres de participation<sup>16</sup>. En d'autres termes, lorsque le bénéfice corrigé porte sur une cession d'actif qui aurait pu bénéficier d'un régime de faveur, le contribuable est privé de celui-ci. La faveur est accordée avec parcimonie en matière fiscale et elle est fuyante en cas d'excès.

## 2) Le cumul de sanctions fiscales et pénales

L'abus de droit comme l'acte anormal de gestion n'ont pas seulement des conséquences fiscales ou financières. Celles-ci peuvent se doubler de sanctions plus lourdes, tant de nature fiscale que de nature pénale. L'acte anormal de gestion peut ainsi parfaitement donner lieu à une procédure pour abus de biens sociaux.

Mais le cumul de sanctions est surtout perceptible en cas d'abus de droit. Au plan fiscal, l'abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF est puni d'une majoration de 80% du montant des droits éludés. Cette majoration est toutefois réduite à 40%, lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire. La majoration réduite peut ainsi profiter à un associé minoritaire qui n'est pas à l'origine de l'acte répréhensible.

De telles majorations ne sont pas prévues en cas d'abus de droit fondé sur l'article L. 64A du LPF ou 205 du CGI, même si on ne peut exclure que l'administration applique une majoration pour manquement délibéré, également de 40%. Cette absence de pénalité automatique en cas d'opération poursuivant un but principalement fiscal a été vue comme une garantie pour le contribuable : la définition légale du but principalement fiscal manque de clarté et d'intelligibilité, mais comme il n'y a pas de sanction équivalente à l'abus de droit au sens de

---

<sup>16</sup> CE, 26 déc. 2018, n° 424570, *Sté JPC-DS*, concl. K. CIAVALDINI, *Dr. fisc.* 2019, comm. 177 et CE, 6 févr. 2019, n° 410248, *SARL Alternance*.

l'article L. 64 du LPF, s'agissant d'une règle d'assiette, aucune atteinte à Constitution n'a été retenue par le Conseil constitutionnel.

La répression à l'égard du contribuable ayant commis un abus de droit ne s'arrête pas là. Depuis la réforme introduite par la loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude fiscale, sociale et douanière, l'article L. 228 du LPF dispose que « *sans préjudice des plaintes dont elle prend l'initiative, l'administration est tenue de dénoncer au procureur de la République les faits qu'elle a examinés dans le cadre de son pouvoir de contrôle (...) qui ont conduit à l'application, sur des droits dont le montant est supérieur à 100 000 € (...) 2° Soit de la majoration de 80 % prévue au c du 1 de l'article 1728, aux b ou c de l'article 1729 (...) 3° Soit de la majoration de 40 % prévue au b du 1 de l'article 1728 ou aux a ou b de l'article 1729 dudit code, lorsqu'au cours des six années civiles précédant son application le contribuable a déjà fait l'objet lors d'un précédent contrôle de l'application des majorations mentionnées aux 1° et 2° du présent I et au présent 3° ou d'une plainte de l'administration* »<sup>17</sup>. Autrement dit, lorsqu'une procédure d'abus de droit a été mise en œuvre et a donné lieu à l'application d'une majoration de 80% ou 40% sur des droits d'un montant minimum de 100.000 euros au moment de la mise en recouvrement, une transmission automatique du dossier est réalisée auprès du procureur de la République et peut déboucher sur une répression pénale<sup>18</sup>.

Ce risque potentiellement décuplé est tempéré par plusieurs éléments :

- un abus de droit n'est pas toujours constitutif d'une fraude fiscale, dès lors qu'il est parfois difficile d'identifier les objectifs du législateur : comment affirmer que le contribuable a délibérément violé telle norme, lorsqu'on peine à comprendre sa finalité ou son esprit ? ;
- à supposer qu'il y ait un cumul de sanctions, le Conseil constitutionnel, influencé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a posé quelques bornes : le cumul de sanctions doit être réservé aux cas les plus graves<sup>19</sup> ;
- lorsque des poursuites pénales ont été initiées parallèlement à un contentieux fiscal, une cohérence des décisions doit s'établir : un contribuable ne peut être condamné au plan pénal, si le contribuable a été déchargé de tout impôt<sup>20</sup>.

À nouveau, on comprend que la qualité et le contenu de la norme fiscale est décisive pour l'évaluation des risques. Cette évaluation doit aussi tenir compte des risques encourus pour les tiers.

---

<sup>17</sup> Plus généralement sur ce dispositif, dans le présent numéro de *Riséo*, P. MISPELON, « L'évolution du risque pénal fiscal à la suite de la loi du 23 octobre 2018 ».

<sup>18</sup> La définition de la fraude fiscale, telle qu'elle résulte de l'article 1741 du CGI, est particulièrement vaste : le délit comporte un élément matériel (la soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement de l'impôt) et un élément intentionnel (l'auteur de l'infraction doit avoir la volonté de commettre un acte qu'il savait illicite). A supposer la fraude fiscale établie, les sanctions sont lourdes : peine d'emprisonnement de cinq ans et amende de 500.000 euros dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

<sup>19</sup> Cons. const., décision n° 2018-745 QPC du 23 novembre 2018, n° 19 : le principe de nécessité des délits et des peines ne saurait interdire au législateur de fixer des règles distinctes permettant l'engagement de procédures conduisant à l'application de plusieurs sanctions afin d'assurer une répression effective des infractions. Ce principe impose néanmoins que les dispositions de l'article 1741 ne s'appliquent qu'aux cas les plus graves d'omission déclarative frauduleuse. Cette gravité peut résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention. V. également, Cons. const., décision n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016, *Dr. fisc.* 2016, n° 27, comm. 405, note S. DETRAZ. – Rapprocher : CEDH, gde ch., 15 nov. 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, *A et B c/ Norvège*, *Dr. fisc.* 2016, n° 47, comm. 603, note M. PELLETIER.

<sup>20</sup> D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 2020/2021, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, Précis Domat Droit privé, n° 1013.

## II) Le risque disséminé autour du contribuable

Le redressement supporté par le contribuable ne se restreint nullement à celui-ci. L'acte anormal de gestion comme l'abus de droit donnent lieu à une dissémination du risque et expose d'autres parties prenantes à des conséquences fiscales voire à des sanctions (A). En la matière, la dissémination du risque cache peut-être une autre finalité : celle de responsabiliser les acteurs et prévenir les abus (B).

### A) Le risque disséminé à titre curatif

L'acte anormal de gestion, comme l'abus de droit, expose les parties prenantes et pas seulement le contribuable à un risque de redressement et éventuellement de sanctions, pour le moins dissuasives.

Au stade du traitement des conséquences fiscales de l'acte anormal de gestion, les parties prenantes à un acte anormal de gestion vont aussi en subir les conséquences, tout comme l'entreprise l'ayant réalisé. Ainsi, lorsque c'est une société soumise à l'impôt sur les sociétés qui a accompli un acte jugé anormal, la correction du résultat par l'administration ne va seulement conduire à un rehaussement de son résultat.

L'avantage consenti par la société au profit de son dirigeant, d'un associé ou d'un tiers va également s'analyser comme une distribution irrégulière de profits, entraînant la taxation de l'avantage perçu par le bénéficiaire. Les fondements textuels sont ici solides et redoutables : l'article 109, 1, 1° du CGI précise que tous les bénéfices non incorporés au capital ou mis en réserve sont réputés distribués ; l'article 111 c) du CGI appréhende les distributions occultes au profit des tiers. Or, s'agissant d'un bénéfice non issu d'une écriture comptable mais d'une correction de l'administration, le résultat est nécessairement absent du bilan, nécessairement inclus dans le capital ou les réserves. Il est donc forcément considéré comme étant distribué. *Idem* si l'identité du bénéficiaire est inconnue ou si le bénéfice est dissimulé dans une transaction avec un tiers. Cette distribution irrégulière ne bénéficie d'aucune mesure de faveur : si le bénéficiaire est une personne physique, il sera privé de l'abattement de 40% prévu en cas d'application du barème de l'impôt sur le revenu pour les distributions de dividendes dites régulières et subira une majoration de 25% ; si le bénéficiaire est une personne morale, le régime mère-fille ne trouve pas à s'appliquer<sup>21</sup>.

Pire, toujours en présence d'un acte anormal de gestion, la rémunération ou la contrepartie non-sollicitée par l'entreprise peut manifester une intention libérale. En cédant un actif pour un prix de 100 alors que sa valeur réelle était le double, l'entreprise avait peut-être une intention libérale au profit du tiers qui en a profité. Ici le redressement fiscal prend une autre ampleur : l'administration est en droit de considérer qu'il s'agit d'une libéralité à hauteur de la renonciation de profit, provoquant l'application des droits de mutation à titre gratuit à hauteur de 60%.

Au regard de l'abus de droit, là encore un « effet domino » peut être relevé. S'agissant du recouvrement de l'intérêt de retard et de la majoration pour abus de droit, un dispositif de paiement solidaire pèse sur toutes les parties à l'acte constitutif de l'abus de droit. En effet,

---

<sup>21</sup> M. COZIAN, F. DEBOISSY et M. CHADEFAX, *op. cit.*, n° 1132.

conformément à l'article 1754, V, 1 du CGI, en cas d'abus de droit, toutes les parties à l'acte ou à la convention sont tenues solidairement, avec le redevable de la cotisation d'impôt ou de la restitution d'une créance indue, au paiement de l'intérêt de retard et de la majoration prévue à l'article 1729 du CGI. De même, l'abus de de droit peut donner lieu à une amende à la charge du conseil ou de l'avocat ayant participé à l'élaboration du montage abusif ou frauduleux.

Incontestablement, le contribuable qui prend le risque d'une opération susceptible d'être qualifiée d'anormale ou d'abusives, ne prend pas que des risques pour lui-même.

## **B) Le risque disséminé à titre préventif**

L'abus de droit n'expose pas seulement le contribuable et ses partenaires à une sanction. Lorsqu'il est encore à l'état d'abus potentiel, une obligation déclarative a récemment vu le jour. En vue de lutter contre les schémas d'optimisation fiscale quelque peu agressifs ou abusifs et sous l'impulsion des travaux de l'OCDE, l'Union européenne s'est dotée d'une directive visant à soumettre les contribuables et leurs conseils à une obligation déclarative envers l'administration fiscale, c'est la directive dite DAC 6<sup>22</sup>, transposée aux articles 1649 AD et suivants du CGI<sup>23</sup>.

L'objectif de la directive est de donner aux administrations fiscales des États membres de l'Union européenne des informations supplémentaires sur les schémas de planification fiscale mis en place en Europe. Le texte vise à renforcer les échanges automatiques d'information entre administrations fiscales, en laissant toutefois ces dernières libres d'apprécier, conformément aux droits nationaux, les conséquences à tirer des dispositifs déclarés<sup>24</sup>. Un dispositif déclaré n'est pas forcément abusif ; un dispositif non déclaré peut l'être. En soi, la finalité du texte est informative, mais on comprend tout de suite qu'il existe un risque d'auto-incrimination et une violation du secret professionnel qui fragilise cette réglementation au regard de certains principes fondamentaux, même si pour le moment elle n'a pas donné lieu à une quelconque décision de non-conformité.

Toujours est-il que le champ d'application de cette obligation déclarative<sup>25</sup>, pesant sur l'intermédiaire ayant participé à la mise en œuvre de ce dispositif (ou par le contribuable concerné), vise les dispositifs transfrontières qui présentent des signes d'évasion fiscale ou de pratiques fiscales abusives. En d'autres termes, il appartient à l'intermédiaire ayant élaboré un dispositif transfrontière de le déclarer auprès de l'administration fiscale avec l'accord de son client.

Pour rappel, le non-respect de l'obligation de déclaration prévue par les dispositions du CGI entraîne l'application d'une amende prévue à l'article 1729 C<sup>ter</sup> du CGI. Le montant de cette

---

<sup>22</sup> Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, JOUE L 139 du 5 juin 2018, p. 1.

<sup>23</sup> B. HOMO, A. CHAGNEAU et J. VIDEAU, « Transposition de la directive 2018/822 dite DAC 6 : encadrement de l'optimisation fiscale transfrontière », *Dr. fisc.* 2020, 222.

<sup>24</sup> Cons. 10, dir. 2018/822, préc. : « Étant donné que le principal objectif de la présente directive concernant la déclaration d'informations sur des dispositifs transfrontières de planification fiscale à caractère potentiellement agressif devrait être d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, il est indispensable de ne pas réglementer au niveau de l'Union au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs envisagés ».

<sup>25</sup> Le contenu de la déclaration a été précisé par le décret n°2020-270 du 17 mars 2020 (JORF 19 mars 2020, texte n°18).

dernière ne peut excéder 10.000 € ou 5.000 € lorsqu'il s'agit de la première infraction de l'année civile en cours et des trois années précédentes. En cas de multiplication des manquements à l'obligation de déclaration, le montant de l'amende appliquée à un même intermédiaire ou à un même contribuable concerné ne peut excéder 100.000 € par année civile.

D'une certaine manière, cette obligation de déclaration préalable ne remplit pas seulement une fonction d'information de l'administration fiscale. Elle responsabilise les intermédiaires et participe d'une prise de conscience des risques entrepris, à la fois pour l'intermédiaire lui-même, mais aussi pour le contribuable. C'est à se demander si cette réglementation n'entend pas freiner la prise de risque et justifier une forme d'auto-évaluation, pouvant déboucher sur une auto-censure. Incontestablement, elle est à prendre en compte au stade de l'évaluation des risques : les anticiper dans l'espoir de mieux les éviter.

# L'évolution du risque pénal fiscal à la suite de la loi du 23 octobre 2018

**Paul MISPELON**

**Avocat et doctorant en droit fiscal à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne**

Évoquer, moins de deux ans et demi après son adoption, l'évolution du risque pénal fiscal qu'a entraîné la loi du 23 octobre 2018 de lutte contre la fraude pourrait, à première vue être illusoire, de par son adoption assez récente<sup>26</sup>. En effet, il ne s'agit pas ici d'étudier le risque appréhendé par le droit, mais le risque que certaines dispositions légales viennent à s'appliquer à une catégorie de personnes. Or, un recul de deux années et demie pour appréhender l'influence d'une loi sur un risque est, avouons-le, un peu court. Néanmoins, si toutes les évolutions que produira cette loi sur le risque pénal fiscal ne sont pas encore connues, il est indéniable, en pratique<sup>27</sup>, qu'elle a clairement modifié la probabilité de réalisation de ce risque pénal fiscal conduisant les acteurs économiques à changer leur comportement – conformément au souhait pour le moins discutable des parlementaires<sup>28</sup>.

Avant de décrire en quoi cette loi a influencé ce risque pénal fiscal, il est nécessaire d'indiquer la signification que nous entendons ici retenir de cette expression. Le choix d'évoquer le droit pénal fiscal et non le droit fiscal pénal ou le droit répressif tend à mettre l'accent sur le premier adjectif de l'expression, en ce sens qu'il s'agit de l'application du droit pénal susceptible de présenter une coloration fiscale. Ainsi, l'expression droit pénal fiscal conduit à limiter le champ de l'étude aux dispositions de droit pénal pouvant trouver application au sein de la matière fiscale. Les dispositions de droit répressif, et de sanctions administratives notamment, n'entrent pas, selon nous, dans le champ de ce droit pénal fiscal<sup>29</sup>.

Le risque pénal fiscal doit donc être entendu dans le cadre de cet écrit comme l'éventualité pour un contribuable que lui soit appliqué des dispositions pénales ayant un lien avec le droit fiscal. Il s'agit notamment de l'article 1741 du Code général des impôts (CGI) qui sanctionne « *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* ».

La loi du 23 octobre 2018 n'a modifié cet article qu'en ce qui concerne les peines encourues<sup>30</sup>. Ce ne sont cependant pas ces modifications qui vont ici nous intéresser, mais celles relatives

---

<sup>26</sup> Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, *JORF* 24 octobre 2018, n° 0246.

<sup>27</sup> A titre d'exemple, il est possible de mentionner les conclusions des conventions judiciaires d'intérêts publics (*infra* notes n° 53 à 55) ou encore les accords conclus avec l'administration ayant été rendus publics, par exemple l'accord conclu avec l'Oréal pour un montant 320 millions d'euros (« L'Oréal va reverser 320 millions d'euros au fisc », *Les Échos*, 20 septembre 2019).

<sup>28</sup> *Infra* note 59.

<sup>29</sup> A l'inverse, elle constitue davantage un droit fiscal pénal ou droit répressif en ce sens qu'il s'agit de dispositions de droit fiscal sur lesquelles est saupoudré un régime de droit pénal.

<sup>30</sup> L'article 16 de la loi a modifié l'article en rendant obligatoire la publication de la décision de condamnation avec la possibilité du juge d'y déroger (auparavant le juge pouvait prononcer la publication mais il n'y avait pas d'obligation) et l'article 23 de la loi a prévu que le montant de l'amende pouvait désormais être portée « *au double du produit tiré de l'infraction* ».



à la procédure pouvant conduire les juridictions pénales à connaître et réprimer ce type d'infractions et la prise en compte de ce risque par le contribuable.

Avant cette loi, le risque qu'un contribuable soit poursuivi pénalement, et donc, indirectement, le risque pénal fiscal, était quasi nul. En effet l'administration fiscale et la Commission des infractions fiscales entendaient permettre le dépôt de plaintes que pour « *les cas de fraudes particulièrement caractérisées* »<sup>31</sup>. Les modifications apportées par la loi du 23 octobre 2018 à la procédure ont cependant substantiellement modifié ce risque. D'une part, la modification de l'article L.228 du Livre des procédures fiscales, qui auparavant exigeait une plainte de l'administration fiscale – déposée après avis conforme de la Commission des infractions fiscales – par une « dénonciation »<sup>32</sup> au Parquet augmente sensiblement le risque d'engagement d'une procédure pénale à l'encontre des contribuables (I). D'autre part, la possibilité prévue par cette nouvelle loi pour le Parquet de conclure des conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP) renforce de façon excessive la position de ce dernier. La pratique a en particulier démontré que le Parquet est prêt à user de ce pouvoir pour conclure des CJIP dans des situations contestables (II). Ainsi, la réalisation du risque pénal fiscal qui était hypothétique pour les contribuables avant la loi du 23 octobre 2018 est devenue on ne peut plus réelle, voire trop. Les poursuites pénales sont devenues un levier de négociation pour obtenir du contribuable le paiement d'impôts considérés comme éludés par la seule administration fiscale.

### **I) Un risque d'engagement d'une procédure pénale accru par le nouveau texte**

Le législateur, par la loi du 23 octobre 2018, a entendu « supprimer le verrou de Bercy ». Ce mécanisme prévoyait que le Procureur ne pouvait pas poursuivre un contribuable sur le fondement de l'article 1741 du CGI sans que l'administration fiscale – représentée par le Ministre des finances – ait déposé plainte. Pour ce faire, le législateur avait par ailleurs exigé de l'administration qu'elle obtienne un avis conforme de la Commission des infractions fiscales. Ce double degré avait conduit l'administration à probablement n'envisager le dépôt de plaintes que dans les cas dans lesquels elle estimait ses chances de succès significatives. Les données statistiques de la Commission des infractions fiscales attestent de cette pratique puisque le taux d'avis favorable au dépôt de plaintes de cette dernière a toujours été supérieur à 90%, s'élève depuis sa création à 93% et s'élevait à 97% pour 2019<sup>33</sup>.

Le risque pénal fiscal était donc assez limité pour les contribuables en ce sens que, sauf la situation d'une violation particulièrement caractérisée de la loi fiscale ou une situation exceptionnelle, les poursuites pénales apparaissaient peu probables.

Les initiatives en faveur de la suppression de ce qui était communément nommé « Verrou de Bercy » s'étaient multipliées suite à l'affaire *Cahuzac*<sup>34</sup> et le législateur, poussé notamment

---

<sup>31</sup> Commission des Infraction Fiscales, *Rapport annuel à l'attention du Gouvernement et du Parlement*, 2017, p. 6.

<sup>32</sup> LPF, art. L.228.

<sup>33</sup> Les données chiffres sont disponibles en annexe du rapport annuel de la Commission des infractions fiscales pour 2019 disponible à l'adresse : [www.economie.gouv.fr/dgfip/dispositif-sanctions-fraude-fiscale](http://www.economie.gouv.fr/dgfip/dispositif-sanctions-fraude-fiscale).

<sup>34</sup> Il est notamment possible de mentionner l'amendement n° 471 rectificatif sur le projet de loi Transparence, lutte contre la corruption et modernisation de la vie économique ou l'amendement n° 41 sur le projet de loi Confiance dans l'action publique.

par la décision du Conseil constitutionnel relative au cumul des sanctions administratives et pénales<sup>35</sup>, a finalement décidé de réformer le régime.

Désormais, l'article L.228 du LPF prévoit donc l'obligation pour l'administration de « *dénoncer au Procureur de la République* » les dossiers dans lesquels « *le montant des droits [rehaussés] est supérieur à 100 000 euros* »<sup>36</sup> et « *qui ont conduit à l'application [...]*

- *soit de la majoration de 100%* [pour opposition à contrôle fiscal<sup>37</sup>]
- *soit de la majoration de 80%* [manœuvres frauduleuses<sup>38</sup>, abus de droit<sup>39</sup>, activité occulte<sup>40</sup>, avoirs à l'étranger non déclarés<sup>41</sup> ou de taxation forfaitaire en fonction des éléments de train de vie<sup>42</sup>]
- *soit de la majoration de 40%* [manquement délibéré<sup>43</sup>, retard de déclaration après mise en demeure<sup>44</sup> ou abus de droit<sup>45</sup>] *lorsqu'au cours des six années civiles précédant son application le contribuable a déjà fait l'objet lors d'un précédent contrôle de l'application des majorations [précédemment mentionnées] ou d'une plainte de l'administration* ».

Les difficultés que soulèvent ce texte sont de deux ordres. D'une part, ce texte et les éléments qui sont transmis au Procureur n'apparaissent pas objectifs et laissent entendre que le contribuable est coupable sur la seule interprétation de l'administration fiscale de la situation. Le risque d'engagement d'une procédure pénale apparaît à ce titre plus élevé (A). D'autre part, la rédaction des critères de transmission peut parfois conduire à la transmission de dossiers alors même que le contribuable n'a rien à se reprocher, de telle sorte que le Procureur pourrait enclencher des procédures contre ce dernier sans que cela soit justifié (B).

### **A) Le risque pénal fiscal augmenté par une transmission au Parquet orientée**

L'absence d'objectivité de la transmission au Parquet des éléments de l'administration ressort dès la lecture du texte. En effet, celui-ci emploie le terme « dénoncer » en ce qui concerne l'obligation de l'administration de signaler au Procureur la situation d'un contribuable

---

<sup>35</sup> Cons. const., 24 juin 2016, n°2016-545 QPC et n°2016-546 QPC, cons.5, *RJF*, 10/16, n°862; B. HATOUX, « *Cumul des sanctions fiscales et pénales ou réserves et interrogations* », *RJF*, 10/16 ; *Dr. fisc.*, 7 juill. 2016, n°27, comm. 405, note S. DETRAZ ; N. JACQUOT et P. MISPELON, « *QPC sur le cumul des sanctions pénales et fiscales : une décision sans gravité ?* », *Dr. fisc.*, 30 juin 2016, n°26, act. 409; R. SALOMON, « *Droit pénal fiscal* », *Dr. fisc.*, 28 juill. 2016, n°30-35, comm. 439 ; M. PELLETIER, « *De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C.* », *Dr. fisc.*, 28 juill. 2016, n°30-35, act. 466 ; M. COLLET et P. COLLIN, « *Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes* », *JCP G*, 18 juill. 2016, n°29, comm. 847 ; V. PELTIER, « *Echappatoire constitutionnelle !* », *Dr. pénal*, Sept. 2016, n°9, comm. 135 ; A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT, « *Le traitement du cumul des sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérences et insécurité juridique* », *D.*, 2016, p. 2126 ; O. DECIMA, « *C'est grave ? A propos du cumul des sanctions pénales et fiscales* », *D.*, 2016, p. 2442 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « *La constitutionnalité "mesurée" du cumul des sanctions fiscales et pénales* », *AJ Pénal*, 2016, p. 430 ; M. Robert, « *Le principe non bis in idem : vers un bouleversement du droit français de la sanction ?* », *AJ Pénal*, 2016, p. 475 ; M. COLLET et L. AYRAULT, « *Chronique de droit public financier* », *RFDA*, 2016, p. 1044 ; H. SURREL, « *Conseil constitutionnel et la jurisprudence de la Cour EDH* », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Oct. 2016, n°53, p. 179 ; O. DUFOUR, « *La révolution fiscale n'aura pas lieu !* », *Petites affiches*, 25 juill. 2016, n°147, p. 4 ; V. TELLIER-CAYROL, « *Chronique QPC (Janvier – juin 2016) (2<sup>e</sup> partie)* », *Petites affiches*, 28 fév. 2017, n°42, p. 5 ; C. MANDON, « *La guerre contre la fraude fiscale aura bien lieu, commentaire des décisions QPC, n°2016-545 et 546* », *Constitutions*, 2016, p. 436.

<sup>36</sup> Le seuil est de 50 000 euros pour les contribuables « *soumis aux obligations prévues à l'article LO 135-1 du code électoral et aux articles 4 et 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique* ».

<sup>37</sup> CGI, art. 1732.

<sup>38</sup> CGI, art. 1729, c.

<sup>39</sup> CGI, art. 1729, b.

<sup>40</sup> CGI, art 1728, c du 1.

<sup>41</sup> CGI, art 1729-0 A.

<sup>42</sup> CGI, art. 1758, al. 4.

<sup>43</sup> CGI, art. 1729, a.

<sup>44</sup> CGI, art. 1728, b.

<sup>45</sup> CGI, art. 1729, b.

remplissant les critères ci-dessus. L'emploi de ce verbe laisse pour le moins perplexe dès lors que l'Académie française en donne deux définitions. La première, considérée comme « vieillie » est une définition relativement neutre indiquant que le terme renvoie à l'action de « *signifier, notifier par voie officielle ou judiciaire* » et prend l'exemple suivant : « *dénoncer une opposition, une saisie* ». Le dictionnaire de l'Académie française donne ensuite une autre définition – qui n'est pas qualifiée de vieillie – à savoir « *Signaler comme coupable, particulièrement à la justice* » et prend les exemples suivants : « *L'inculpé a dénoncé tous ses complices. [...] Il est venu spontanément se dénoncer à la police* »<sup>46</sup>.

Il nous semble que la première définition n'est pas la signification qu'a voulu retenir le législateur, en ce sens qu'il ne s'agit pas de dénoncer pour faire lever une éventuelle garantie, mais davantage de transmettre une information au Parquet. Il apparaît bien, dès lors, que ce soit la deuxième définition, celle selon laquelle il s'agit de signaler un coupable, qui doit être retenue. Ainsi, le texte prévoit que lorsque l'administration transmet le dossier au Procureur, elle ne fait pas que lui transmettre une information sur des faits ou sur une interprétation qu'elle peut avoir de la loi mais lui signale un coupable de fraude fiscale.

Le texte semble ainsi déjà indiquer au Procureur qu'il peut poursuivre le contribuable dès lors que l'administration aura appliqué des pénalités et que dans ces situations une fraude fiscale est nécessairement commise. Il apparaîtrait alors légitime de critiquer une telle interprétation en estimant qu'il ne s'agirait que de termes, mais qu'en pratique, le Procureur sera libre de se faire, au vu de la position du contribuable, sa propre opinion pouvant diverger de celle l'administration.

Cependant, la circulaire du 7 mars 2019<sup>47</sup> visant à commenter ces nouvelles dispositions montre que le Parquet ne disposera pas des documents nécessaires dans un premier temps pour enquêter. En effet, cette circulaire indique les documents transmis par l'administration au Parquet. Elle précise qu'en cas de « *dénonciations obligatoires* » l'administration fournit au Procureur :

- un courrier d'accompagnement résumant la situation,
- la proposition de rectification,
- la réponse de l'administration fiscale aux observations du contribuable<sup>48</sup>.

Il est pour le moins étrange que les observations du contribuable, susceptibles d'apporter des éléments à décharge, ne soient pas elles-aussi transmises au Procureur. Cela tend à asseoir l'idée que tout est fait pour que le contribuable « dénoncé » soit en réalité considéré comme un contribuable coupable.

Le risque qu'une procédure pénale soit engagée apparaît ainsi particulièrement importante pour les contribuables, d'autant qu'il est possible de douter que les Procureurs disposent des moyens ou des compétences nécessaires pour avoir un recul suffisant sur les interprétations de l'administration, en particulier en fiscalité internationale.

---

<sup>46</sup> Dictionnaire de l'Académie française, v° dénoncer [<https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D1370>].

<sup>47</sup> Circulaire relative à la réforme de la procédure de poursuite pénale de la fraude fiscale et au renforcement de la coopération entre l'administration fiscale et la Justice en matière de lutte contre la fraude fiscale, Ministère de l'action et des comptes publics et Ministère de la Justice, 7 mars 2019.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 5.

## B) Un risque pénal fiscal étendu

Au-delà des éléments laissant présumer une sorte de présomption de culpabilité à l'encontre du contribuable dénoncé, s'ajoute un texte qui laisse parfois à désirer dans la définition des critères donnés – en particulier sur la date à laquelle s'apprécie l'existence d'une pénalité – ce qui, *in fine*, augmente le risque de transmission au Parquet et donc d'engagement d'une procédure pénale.

En effet, le texte dispose que « *l'application des majorations s'apprécie au stade de la mise en recouvrement* » puis il précise : « *toutefois, lorsqu'une transaction est conclue avant la mise en recouvrement, l'application des majorations s'apprécie au stade des dernières conséquences financières portées à la connaissance du contribuable dans le cadre des procédures prévues aux articles L.57 et L.76 du [LPF]* ».

Il convient ici de relever qu'avant d'arriver à l'avis de mise en recouvrement, l'administration notifie au contribuable, *a minima*, sauf cas exceptionnels, une proposition de rectification ou une notification de redressement afin que celui-ci puisse produire ses observations, notamment en ce qui concerne l'application des majorations.

S'il apparaît logique que, lorsque l'administration abandonne les pénalités au cours de cette phase antérieure à l'avis de mise en recouvrement, cela ne conduise pas à la transmission au Parquet du dossier, il est possible de s'interroger en ce qui concerne la conclusion d'une transaction. En effet, considérer qu'en cas de conclusion d'une transaction il est nécessaire d'apprécier les critères lors de l'acte précédent sous-entend que l'administration fiscale serait encline à conclure des transactions et à abandonner l'application des pénalités pour des contribuables qui auraient eu un comportement déviant. Cette réserve légale apparaît ainsi discutable en ce qu'elle fait peser sur l'administration un soupçon de collusion avec le contribuable pour le moins étrange, d'autant que si les discussions sur les transactions ont lieu avant l'émission de la réponse aux observations du contribuable, il serait aisé pour l'administration de contourner la disposition. Ainsi, dès lors que l'administration informe un contribuable qu'elle envisage d'appliquer des pénalités, le risque existe que par la suite le contribuable soit « dénoncé » alors même que l'administration reviendrait sur sa position.

Au-delà de ces difficultés, le texte révèle surtout que l'administration a toujours, en grande partie, la possibilité ou non de transmettre au Parquet le dossier et qu'elle dispose donc d'un pouvoir qui déséquilibre les éventuelles discussions. En effet, l'administration peut facilement piloter la condition de réitération en cas d'application de la majoration de 40%.

Cette condition se trouve remplie, quel qu'en soit le motif : l'impôt ou le montant du précédent rehaussement. A la lecture du texte cela signifie que si, par exemple, l'administration procède pour l'année N et l'année N+1 à deux contrôles distincts, pour des raisons de prescription par exemple<sup>49</sup>, conduisant à deux propositions de rectifications sur le même sujet et donnant lieu à deux avis de mise en recouvrement distincts, le dossier serait transmis au Parquet. Pourtant, il en aurait été différemment si pour ces mêmes exercices, l'administration avait envoyé un seul avis de mise en recouvrement. Dans l'un et l'autre des cas, il est difficile de comprendre pourquoi, sur un simple choix procédural de l'administration,

---

<sup>49</sup> L'envoi de la proposition de rectification pour l'année N s'étant avéré nécessaire pour interrompre le délai de reprise avant le 31 décembre de l'année N+3.

un contribuable verrait son dossier transmis au Parquet tandis que dans le second cas, aucune transmission n'aurait lieu.

Cette condition de réitération pose également question lorsqu'un juge viendrait à annuler l'application de la pénalité. Dans ce cas, le texte ne prévoit pas que l'annulation fasse obstacle à la dénonciation au Parquet du dossier. Si l'administration a estimé nécessaire d'apporter cette précision dans ses commentaires administratifs non opposables<sup>50</sup>, elle n'a pas visé le cas où, par exemple, elle viendrait à dégrever le contribuable après l'émission de l'avis de mise en recouvrement. Cette situation, qui n'est pas hypothétique et se retrouve en pratique, interroge quant à la pertinence d'une transmission au Parquet d'un tel dossier.

Pour les contribuables, le flou qui règne sur ces critères augmente ainsi sensiblement le risque de « dénonciation » et donc d'engagement d'une procédure pénale à leur égard, d'autant que le Procureur ne sera informé que de l'interprétation qu'a l'administration de sa situation. Ce n'est que dans un second temps, après que le Procureur aura appréhendé ces informations, que le contribuable ne pourra qu'éventuellement présenter ces observations. La loi du 23 octobre 2018 a donc bien modifié la probabilité de réalisation du risque pénal.

Mais au-delà de cette modification du risque par l'augmentation de la probabilité d'engagement d'une procédure pénale, une autre évolution de la loi a donné un rôle central au Procureur de la République. La CJIP a en effet renforcé sa position au point d'en faire le meneur de jeu en matière de poursuites pour fraude fiscale au détriment parfois de la légalité.

## **II) Le risque de sanction pénale amplifié par le nouveau pouvoir du Parquet**

Si la modification peut paraître mineure à première vue, la possibilité pour le Parquet de conclure des conventions judiciaires d'intérêt public en matière fiscale a, jusqu'à présent, révélé une augmentation sensible que peut représenter pour les entreprises le risque pénal fiscal. Cette crainte du Parquet a ainsi conduit à modifier le comportement des contribuables, comme s'en sont réjouis de façon discutable les parlementaires.

En effet, ce régime transactionnel permet à une personne morale et au Procureur de conclure un accord pour que la personne morale paye une amende d'intérêt public, sans pour autant que cela n'emporte de déclaration de culpabilité. Son adoption dans la loi Sapin 2<sup>51</sup> ne prévoyait pas son application pour l'infraction prévue à l'article 1741 du CGI. La loi du 23 octobre 2018, dans son article 25, a alors étendu ce régime aux infractions prévues par ce texte. L'intérêt pour le Parquet de cette possibilité est multiple.

Il a tout d'abord lieu de noter que le montant de l'amende d'intérêt public prévue par le Code de procédure pénale (CPP) est déconnecté de l'amende prévue pour l'infraction. Le montant maximal peut ainsi s'élever jusqu'à « 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements »<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Le BOFiP indique en effet que « si, à la date de mise en recouvrement des droits et majorations du nouveau contrôle, les majorations appliquées dans le cadre du précédent contrôle, ont été déchargées, à titre définitif, dans le cadre d'un contentieux, il est préconisé de ne pas les retenir comme un antécédent fiscal au sens de la loi. Dans ce cas, il sera considéré qu'il n'y a pas réitération » (BOI-CF-INF-40-10-10-15, n°110).

<sup>51</sup> Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

<sup>52</sup> CPP, art. 41-1-2.

Le montant de l'amende d'intérêt public peut donc être bien supérieur à celui de l'amende prévue à l'article 1741 du CGI, en particulier lorsque les faits ont été commis avant la loi du 23 octobre 2018 qui prévoyait un montant d'amende maximal de 3 millions d'euros pour une personne physique en cas de fraude aggravée et 15 millions d'euros pour une personne morale alors que la loi prévoit désormais que l'amende peut s'élever au double du produit de la fraude. Cet élément, qui certes est susceptible d'augmenter le *quantum* du risque, n'est néanmoins pas celui qui augmente la probabilité de réalisation de ce dernier.

Depuis l'adoption de cette disposition trois CJIP ont été conclues en matière de fraude fiscale<sup>53</sup>, une en matière de blanchiment de fraude fiscale<sup>54</sup> et une dernière pour escroquerie à la TVA<sup>55</sup>. La lecture de celles-ci révèle cependant une pratique pour le moins contestable du parquet en la matière. La CJIP conclue entre Google et le Parquet national financier souligne, en effet, comment le Parquet entend utiliser ce nouveau pouvoir de conclure des CJIP qui lui a été octroyé. En effet, l'affaire à l'origine de la CJIP trouve son origine dans une procédure au cours de laquelle l'administration fiscale avait considéré que Google n'avait pas déclaré disposer d'établissement stable en France. Le Tribunal administratif de Montreuil avait cependant estimé que le rehaussement n'était pas fondé<sup>56</sup>, tout comme la Cour administrative d'appel de Paris<sup>57</sup>. Un pourvoi avait été formé par le Ministre devant le Conseil d'Etat. Ainsi, la juridiction de premier degré, comme de second degré, avaient jugé que Google ne disposait pas d'un établissement stable en France de telle sorte que sur ce fondement aucun impôt n'était normalement dû. Il est raisonnable de penser que face à l'annulation par au moins deux juridictions d'un rehaussement, d'une part, il existe un doute sérieux sur le fait que l'impôt ait été éludé et, d'autre part, que l'intention du contribuable d'éluder l'impôt, élément intentionnel de l'infraction de l'article 1741, ne saurait être présente. Cependant, le Parquet national financier a tout de même considéré au vu de ces circonstances qu'il était possible de conclure une convention judiciaire d'intérêt public avec Google afin de permettre à cette société de ne pas risquer un procès pénal qui était susceptible de durer encore plusieurs années. Pour ce faire, le Parquet a estimé qu'il n'y avait pas d'établissement stable en France mais a considéré que la rémunération octroyée à la France était insuffisante au regard des règles de prix de transfert<sup>58</sup>. Ainsi, le Parquet ne s'est pas senti tenu par le fondement du rehaussement qui avait été initialement retenu par l'administration fiscale. Cette CJIP révèle ainsi que pour les contribuables, dès lors qu'il y a une transmission au Parquet, celui-ci est susceptible de chercher la conclusion d'une CJIP même dans les cas où des juridictions administratives annulent le rehaussement initial. Le risque que représente une procédure pénale en termes d'image pour une société permet ainsi au Parquet de parfois

---

<sup>53</sup> Convention judiciaire d'intérêt public entre le Procureur de la République financier près le Tribunal de Grande Instance de Paris et la Société Carmignac Gestion du 20 juin 2019 ; Convention judiciaire d'intérêt public entre le Procureur de la République financier près le Tribunal de Grande Instance de Paris et la SARL *Google France et Google Ireland limited* du 3 septembre 2019 ; Convention judiciaire d'intérêt public entre le Procureur de la République près le Tribunal Judiciaire de Nice et *Swiru Holding AG* du 4 mai 2020.

<sup>54</sup> Convention judiciaire d'intérêt public entre le Procureur de la République financier près le Tribunal de Grande Instance de Paris et la Société *HSBC Private Bank (Suisse) SA* du 30 octobre 2017.

<sup>55</sup> Convention judiciaire d'intérêt public entre le Procureur de la République financier près le Tribunal judiciaire de Paris et *Bank of China Limited* du 10 janvier 2020.

<sup>56</sup> TA Montreuil, 12 juillet 2017, n°1505113/1-1, 1505126/1-1, 1505147/1-1, 1505165/1-1, 1505178/1-1.

<sup>57</sup> CAA Paris, 25 avril 2019, n°17PA03065, 17PA03066, 17PA03067, 17PA03068, 17PA03069.

<sup>58</sup> Il a d'ailleurs lieu de souligner que le FMI, la Banque Mondiale, l'OCDE et l'ONU considèrent que « *les prix de transfert ne sont pas une science exacte et, de par leur nature, les analyses de prix de transfert fournissent généralement une indication de la situation de pleine concurrence et une estimation du prix de pleine concurrence (c'est-à-dire une fourchette de valeurs), plutôt qu'une réponse définitive* » (Boîte à outils pour faire face aux difficultés liées au manque de comparable dans les analyses de prix de transfert, p.88). Il apparaît pour le moins étrange qu'il soit ainsi possible de caractériser l'élément matériel de la fraude fiscale, à savoir un impôt éludé, alors même que les règles permettant d'établir celui-ci présente un certain flou. La question du respect du principe de légalité des délits et des peines pourrait être soulevée.

obtenir la conclusion de CJIP et donc le paiement d'amende afin de faire cesser l'atteinte à l'image que fait naître une telle procédure.

Afin d'éviter ce risque, les contribuables ont logiquement fait évoluer leur appréhension du risque pénal fiscal. Le rapport d'information sur l'application de la loi du 23 octobre 2018 s'en réjouit d'ailleurs clairement. Emilie Cariou et Eric Diard indiquent en effet dans ce rapport que la loi « *a complètement modifié le rapport de force dans les discussions entre les vérificateurs et les grandes entreprises contrôlées. Auparavant, les dossiers des grandes entreprises aboutissaient sur des redressements complexes avec très souvent des chefs de redressement internationaux qui n'allaient jamais au pénal. Aujourd'hui, avec la transmission automatique, et dans le doute de la décision qui sera prise par le parquet, les conseils des entreprises font tout pour se mettre en conformité avec l'administration et aboutir à un règlement du dossier. De plus, les entreprises cherchent à éviter la répétition de manquements délibérés qui aboutiraient à la transmission automatique au parquet du dossier. La loi atteint ainsi son objectif de renforcer le caractère dissuasif de la répression de la fraude fiscale* »<sup>59</sup>. Ainsi, ces parlementaires se satisfont que les contribuables, par peur d'avoir affaire au parquet, en viennent à s'aligner sur la position de l'administration fiscale permettant d'éviter une transmission. Pour éviter cette transmission, les contribuables ne sont cependant plus en mesure de saisir les juridictions et sont donc soumis à la seule interprétation de l'administration des dispositions légales que l'on sait parfois contestable. A l'inverse des députés, il nous apparaît difficile de se réjouir de cette évolution qui tend à affaiblir la force de la loi et le rôle du juge au profit de celui de l'administration fiscale.

D'un risque hypothétique, la loi du 23 octobre 2018 a conduit à rendre le risque pénal fiscal réel, au point d'obliger les contribuables à s'assurer de la « surconformité » de leur position fiscale tant le risque pesant sur ceux-ci dans le cas d'une application de la loi fiscale contraire à l'interprétation de celle de l'administration pourrait les conduire à une procédure particulièrement longue, couteuse en termes d'image et conduisant au paiement de sommes importantes.

Si la lutte contre la fraude fiscale se justifie dans le cadre d'une société démocratique, il est tout de même possible de regretter que cette évolution souhaitée par les parlementaires de la réalisation du risque pénal fiscal conduise malheureusement à déséquilibrer l'édifice pénal fiscal en faveur de l'administration de façon excessive.

---

<sup>59</sup> E. CARIOU et E. DIARD, *Rapport d'information sur l'application de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude*, Assemblée Nationale, n°3341, 16 sept. 2020, p. 47.

# **Le risque inhérent à la participation à un circuit frauduleux en matière de TVA**

**Damien FALCO**

**Maître de conférences à l'Université de Haute-Alsace  
CERDACC (UR 3992)**

L'importance des pertes fiscales en matière de TVA peut paraître surprenante dans la mesure où cet impôt a toujours été présenté comme difficile à frauder. En effet, le mécanisme du paiement fractionné constitue, pour l'administration, une invitation à rapprocher les comptabilités les unes des autres. Ce mécanisme implique un autocontrôle grâce au couple taxation des ventes/déduction des achats. Ce mode de fonctionnement a fait dire à Maurice Lauré que « *d'une façon générale, les taxes sur le chiffre d'affaires sont moins sensibles à la fraude que les impôts sur les revenus. (...) Or la TVA est encore moins sensible à la fraude que tout autre système de taxes sur le chiffre d'affaires* »<sup>60</sup>. Dans un tel système, le risque de pertes budgétaires est normalement limité. Pourtant, la TVA est aujourd'hui l'un des impôts le plus fraudé dans l'Union européenne. Les derniers chiffres font état de 140 milliards de pertes et 12,8 milliards uniquement pour la France<sup>61</sup>. Malgré les nombreuses mesures prises à la fois au niveau de l'Union européenne et au sein des États membres au cours des dernières décennies, il paraît évident que le contrôle de la TVA n'a pas l'efficacité souhaitée.

Il est traditionnellement mis en avant que la lutte contre la fraude peut résulter de deux approches distinctes. D'une part, les autorités européennes disposent de la possibilité de faire évoluer le système de TVA afin de le rendre directement étanche à la fraude. Cette solution présente l'avantage de la sécurité dans la mesure où certaines options telles que la taxation des opérations intracommunautaires permettraient de réduire considérablement l'attractivité de montages illicites. D'autre part, la lutte contre la fraude peut se traduire par un renforcement des moyens d'investigation et de contrôle de l'administration. Si la réglementation TVA trouve sa source dans le droit de l'Union européenne, les États restent compétents en ce qui concerne l'organisation de la lutte contre les agissements illicites.

Au-delà de la lutte contre la fraude au sens strict, la législation fait peser un risque fiscal sur les sociétés qui participent à un circuit frauduleux, même à leur insu (I). Si la réalisation de ce risque fiscal est conditionnée (II), ces mesures illustrent surtout un déplacement du contrôle puisque ce sont les entreprises qui doivent être vigilantes dans leurs relations commerciales pour éviter de se voir appliquer ce type de procédures.

## **I) Typologie des risques**

La participation à un circuit frauduleux en matière de TVA fait courir deux risques pour les opérateurs qui ne sont pas à l'origine de la fraude : la remise en cause du droit à déduction (A) et l'engagement de la solidarité en paiement de la taxe (B).

---

<sup>60</sup> M. LAURE, *Science fiscale*, PUF, 1993, p. 237-238.

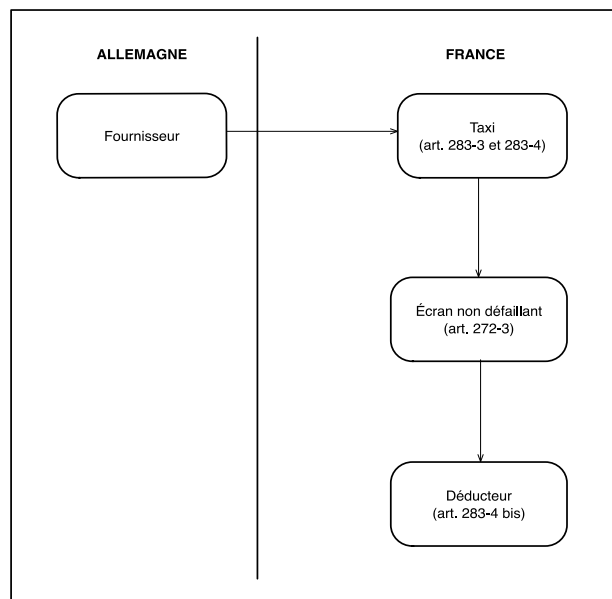
<sup>61</sup> European Commission, *Study and reports on the VAT gap in the EU – 28 member states*, 2020, final report.



## A) La remise en cause du droit à déduction

La TVA repose sur le principe du droit à déduction, offrant aux assujettis la possibilité de déduire le montant de TVA qu'ils supportent sur leurs achats. Ce mécanisme fondamental peut toutefois être remis en cause en cas de fraude carrousel<sup>62</sup>. En effet, l'article 272-3 du Code général des impôts (CGI) prévoit que « *la taxe sur la valeur ajoutée afférente à une livraison de biens ne peut faire l'objet d'aucune déduction lorsqu'il est démontré que l'acquéreur savait ou ne pouvait ignorer que, par son acquisition, il participait à une fraude consistant à ne pas reverser la taxe due à raison de cette livraison* ». Ce texte reprend un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes qui considérait, *a contrario*, que lorsqu'un assujetti participe à son insu à un circuit frauduleux, il ne perd pas son droit à déduction<sup>63</sup>. Prolongeant cette jurisprudence, la Cour de justice a confirmé ce principe dans l'arrêt *Axel Kittel* du 6 juillet 2006<sup>64</sup>. Les commentaires de l'administration précisent que la remise en cause du droit à déduction est toutefois limitée aux relations directes entre le taxi et le déducteur<sup>65</sup>. Dans ce cas, l'administration peut effectuer des rappels de TVA auprès du taxi sur la base des articles 283-3 et 284-3 du CGI et contester le droit à déduction du déducteur en se fondant sur l'article 272-3 du même Code.

À l'inverse, l'administration précise que la remise en cause du droit à déduction n'est pas possible lorsque le lien est indirect<sup>66</sup>. Le schéma ci-dessous permet d'illustrer un circuit dans lequel une société écran s'intercale entre les deux opérateurs.



<sup>62</sup> Si ce dispositif a pour objet principal les fraudes carrousel, il est susceptible de s'appliquer à toutes les situations « impliquant le non-reversement d'une taxe facturée par un fournisseur et ayant fait l'objet d'une déduction par le client et à tous les cas de fausses livraisons intracommunautaires » (BOI 3 A-7-07 n° 124 du 30 novembre 2007, p. 5).

<sup>63</sup> CJCE, 3<sup>e</sup> ch., 12 janvier 2006, aff. C-354/03, C-355/03 et C-484/03, *Optigen Ltd, Fulcrum Electronics Ltd, Bond House Systems Ltd*, Rec. p. I-00483 : *Dr. fisc.* 2006, n° 37, comm. 574.

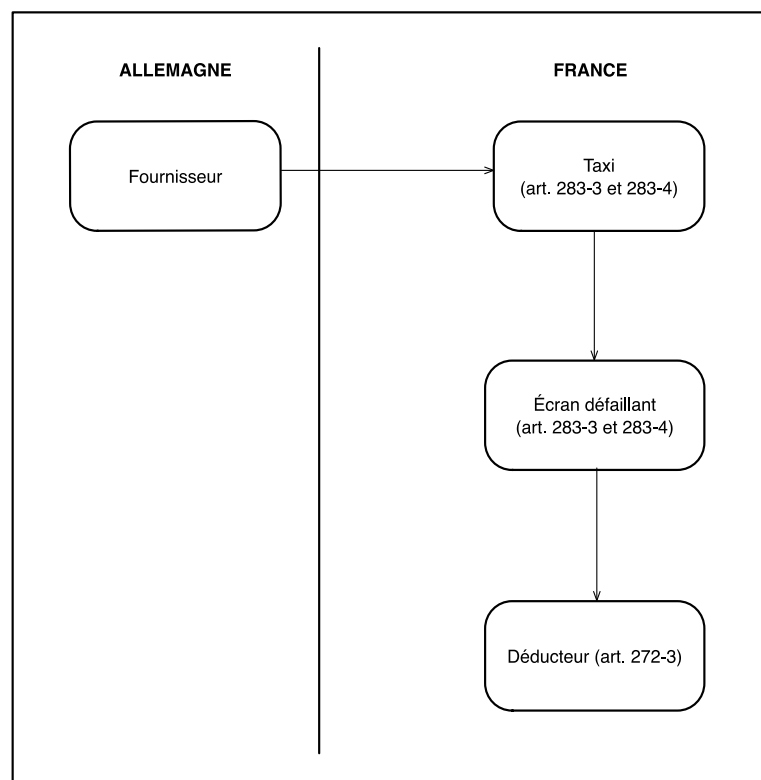
<sup>64</sup> CJCE, 3<sup>e</sup> ch., 6 juillet 2006, aff. C-439/04 et C-440/04, *Axel Kittel et Recolta Recycling SRPL*, Rec. p. I-06161 : *Dr. fisc.* 2007, n° 9, comm. 235 ; *RJF* 10/06 n° 1301.

<sup>65</sup> Il s'agit des situations dans lesquelles aucune société ne s'intercale entre le taxi et le déducteur.

<sup>66</sup> BOI 3 A-7-07 n° 124 du 30 novembre 2007.

La portée de la règle reste limitée au cas dans lequel la société écran n'est pas défaillante dans ses déclarations fiscales. Dans cette situation, c'est bien l'écran qui déduit une TVA indue dans la mesure où le taxi n'a pas reversé la somme correspondant à cette déduction. Par conséquent, la remise en cause du droit à déduction sur la base de l'article 272-3 du CGI se fait chez la société écran. L'administration conserve la possibilité de mettre en place la solidarité en paiement prévue à l'article 283-4 bis du CGI auprès du déducteur<sup>67</sup>.

En pratique, et toujours lorsqu'il existe un lien indirect entre le taxi et le déducteur, une autre situation se rencontre. La société écran peut être totalement défaillante. À ce titre, elle ne dépose aucune déclaration et n'exerce aucun droit à déduction. Dans ce cas, c'est le déducteur qui déduit un montant de TVA qui n'a pas été reversé par le taxi. L'administration garde toutefois la possibilité de remettre en cause le droit à déduction chez le déducteur, à condition que la société écran soit totalement défaillante. Le schéma suivant illustre cette situation.



L'administration se fonde sur les articles 283-3 et 283-4 du CGI pour requalifier la TVA collectée par l'écran défaillant. Elle remet ensuite en cause le droit à déduction du déducteur sur la base de l'article 272-3 du CGI.

## B) L'engagement de la solidarité en paiement

En matière de fraude carrousel, cette procédure tire son origine de la jurisprudence européenne. L'arrêt *Federation of technological industries* de 2006 précise que la sixième directive : « permet à un État membre d'adopter une réglementation, (...) qui prévoit qu'un

<sup>67</sup> *Infra*.

*assujetti, en faveur duquel a été effectuée une livraison de biens (...) et qui savait, ou avait de bonnes raisons de soupçonner, que tout ou partie de la taxe sur la valeur ajoutée due sur cette livraison ou cette prestation, ou sur toute livraison ou toute prestation antérieure ou postérieure, resterait impayée, peut être solidairement tenu, avec la personne redevable, d'acquitter cette taxe »<sup>68</sup>.*

À la suite de cette décision, l'article 93 de la loi de finances rectificative pour 2006 a légalisé ce dispositif en droit interne<sup>69</sup>. L'article 283-4 bis du CGI prévoit qu'un opérateur qui avait connaissance ou qui ne pouvait ignorer qu'il participait à un circuit frauduleux est tenu solidairement au paiement de la TVA éludée en amont.

La solidarité est actionnée par le comptable chargé du recouvrement en se basant sur les éléments recueillis lors d'un contrôle fiscal. Toutefois, si la mise en place d'une vérification externe n'est pas une condition obligatoire pour engager cette procédure, l'administration connaît, dans la majorité des cas, des difficultés pour démontrer que le déducteur savait ou ne pouvait ignorer participer au montage sans avoir engagé une telle procédure. Par conséquent, le recours à un contrôle fiscal préalable s'avère essentiel. De plus, la société taxi étant fréquemment en situation d'opposition à contrôle, les agents ne peuvent pas déterminer la créance pour laquelle l'opérateur est appelé en solidarité. Cette situation étant fréquente, la procédure est rarement mise en œuvre dans le cadre des fraudes carrousels. Le champ d'application de la solidarité est plus large que celui de l'article 272-3 du CGI. La procédure peut être appliquée à n'importe quel opérateur du circuit, sous réserve du respect de la règle de non-cumul<sup>70</sup>. Lorsqu'une entreprise est susceptible de se voir appliquer la solidarité en paiement et la remise en cause du droit à déduction, la priorité est faite à la procédure prévue à l'article 272-3 du CGI<sup>71</sup>.

Afin d'assurer une protection minimale du redevable solidaire, le dispositif vise seulement le montant de la taxe n'ayant pas été versé frauduleusement à l'État<sup>72</sup>. Le schéma suivant permet d'illustrer cette situation.

---

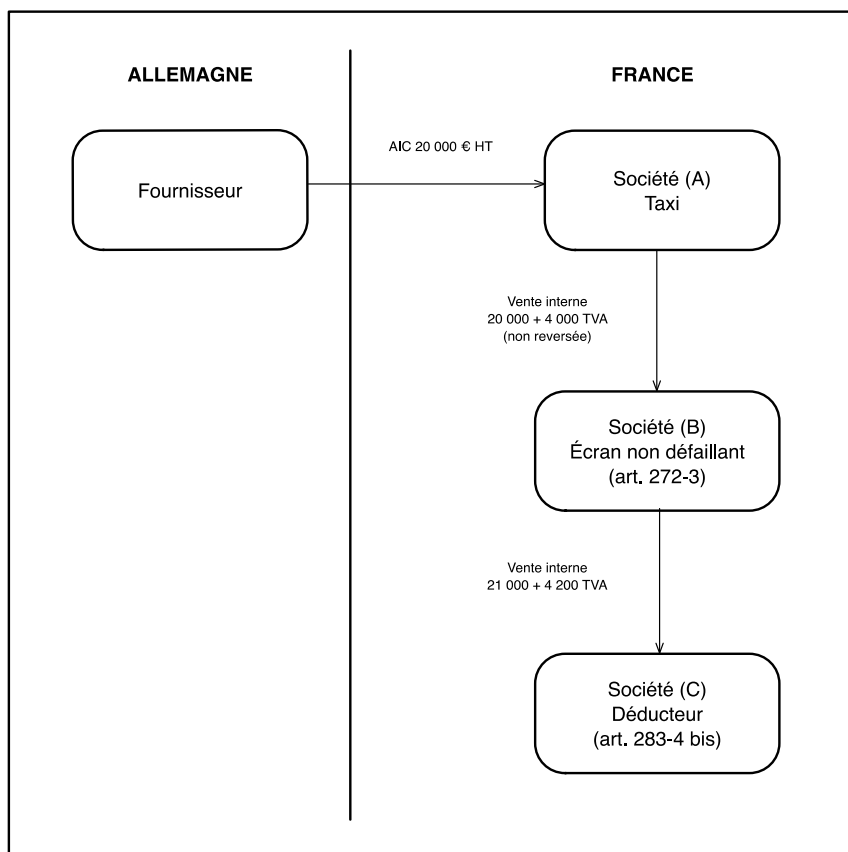
<sup>68</sup> CJCE, 3<sup>e</sup> ch., 11 mai 2006, aff. C-384/04, *Federation of Technological Industries*, Rec. p. I-04191 : RJF 8-9/06, n° 1135 ; concl. L. M. POIARES et P. MADURO ; BDCF 8-9/06, n° 100.

<sup>69</sup> L. fin. rect. 2006, n° 2006-1771, 30 décembre 2006, art. 93 : JORF n° 0303 du 31 décembre 2006, page 20228, texte n° 2. La procédure de solidarité en paiement est prévue à l'article 283-4 bis du CGI.

<sup>70</sup> Cette règle prévoit que les dispositions relatives à la remise en cause du droit à déduction et celles concernant la solidarité en paiement ne peuvent se cumuler pour un même opérateur. Toutefois, l'administration conserve la possibilité de mettre en œuvre chacune de ces procédures pour deux opérations distinctes dans un même circuit frauduleux (CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss., 29 avril 2017, n° 396896 : *Dr. fisc.* 2017, n° 24, act. 349).

<sup>71</sup> BOI-TVA-DECLA-10-10-30-20120912 du 12 septembre 2012, p. 3.

<sup>72</sup> Il est à noter que les amendes et intérêts de retard grevant la taxe ne peuvent être mis en recouvrement chez le redevable solidaire. Cependant, ce dernier dispose des mêmes droits que le redevable légal pour contester l'assiette et le recouvrement de l'impôt.



Dans ce montage, la société taxi (A) réalise une acquisition intracommunautaire à hauteur de 20.000 euros HT. Elle revend ces biens sur le marché national pour un montant de 20.000 euros auquel s'ajoute un montant de 4.000 euros de TVA. La fraude carrousel consiste, pour la société (A), à ne pas reverser le montant de la TVA, et, pour la société (B), à profiter d'un droit à déduction indu. Les biens sont ensuite revendus à la société (C) pour une valeur HT de 21.000 euros majorée de 4.200 euros de TVA. Le montant de la taxe est donc déductible pour la société (C) à hauteur de 4.200 euros. Dans ce schéma, la société (C) peut être tenue solidairement au paiement de la taxe non reversée par la société (A), soit 4.000 euros et non les 4.200 euros qu'elle a déduits.

## II) Conditions relatives aux risques : l'opérateur « *savait ou ne pouvait ignorer* »

Les conditions relatives à la mise en œuvre de la procédure de solidarité en paiement et à la remise en cause du droit à déduction varient selon le degré de connaissance de la fraude (A). La jurisprudence a apporté des tempéraments à ces conditions au fil du temps (B).

### A) Le degré de connaissance de la fraude

L'ensemble des dispositifs permettant de remettre en cause le régime de TVA et d'appliquer la solidarité en paiement est soumis à une double condition. En ce sens, l'administration doit démontrer l'existence d'une fraude en amont ainsi que la connaissance du montage par

l'opérateur<sup>73</sup>. Dans la majorité des cas, les services connaissent des difficultés pour obtenir des éléments de preuve suffisants afin de démontrer la connaissance de la fraude. De ce fait, ils tentent d'établir que l'opérateur ne pouvait ignorer cette situation. Pour cela, ils doivent prouver que l'ensemble des éléments dont ils disposent permet d'affirmer que l'entreprise aurait dû savoir qu'elle participait à un montage frauduleux<sup>74</sup>. L'instruction relative à ce dispositif précise que les opérateurs doivent mettre en œuvre « *toute mesure raisonnable en leur pouvoir dans le cadre de l'exercice normal de leur activité pour s'assurer que leurs transactions avec un opérateur ne sont pas impliquées dans un tel schéma de fraude* »<sup>75</sup>.

Cette règle a fait l'objet de nombreuses critiques. Pour certains, elle fait reposer sur les entreprises une obligation de vigilance se traduisant par la nécessité de « *documenter* »<sup>76</sup> au maximum leurs relations commerciales. Pour d'autres, elle implique une « *quasi-enquête de moralité fiscale avant que le contrat ne soit conclu, sans qu'il puisse en résulter une certitude absolue* »<sup>77</sup>. L'entreprise doit en effet préconstituer, avant tout contrôle fiscal, des preuves permettant de prouver sa bonne foi. Or, s'il semble regrettable de faire reposer le recouvrement sur la vigilance des autres acteurs du circuit, il convient de noter que la jurisprudence est venue encadrer les différents indices afin d'assurer un minimum de sécurité juridique aux opérateurs.

Une instruction de 2007 précise les éléments permettant de remettre en cause le droit à déduction d'un opérateur<sup>78</sup>. L'administration doit réunir un faisceau d'indices classés par ordre d'importance :

- les liens juridiques, économiques et personnels ayant existé entre les opérateurs participant à la fraude,
- les livraisons répétées et portant sur un montant important avec le même destinataire,
- l'adresse de domiciliation de l'acquéreur, l'absence de personnel et de moyens d'exploitation en adéquation avec le volume des transactions alléguées,
- une activité économique de l'acquéreur sans lien avec les livraisons de biens effectués,
- un mode de règlement des achats qui ne correspond pas à un usage commercial normalement établi dans la profession.

La réunion de ces éléments est propre à chaque affaire et ne s'applique pas automatiquement. La seule obligation faite à l'administration réside dans le fait que les indices doivent être « *précis et convergents* »<sup>79</sup>. En pratique, les agents se basent sur des éléments permettant d'établir que la société savait ou ne pouvait ignorer qu'elle participait à un montage frauduleux. Il en est notamment ainsi en cas de :

- transactions effectuées avec un opérateur dont le numéro de TVA est invalide,
- refacturation immédiate et identique de marchandise achetée,
- marge anormalement faible,

---

<sup>73</sup> CGI, art. 272-3 ; CGI, art. 283-4 bis.

<sup>74</sup> La CJUE rappelle régulièrement que les juridictions nationales doivent vérifier si l'administration a établi « *au vu des éléments objectifs et sans exiger du destinataire de la facture des vérifications qui ne lui incombent pas, que ce destinataire savait ou aurait dû savoir que ladite opération était impliquée dans une fraude à la TVA* » (CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 31 janvier 2013, aff. C-642/11, *Stroy trans Eood*, Rec. num. C-2013-54, pt. 52).

<sup>75</sup> BOI 3 A-7-07 n° 124 du 30 novembre 2007.

<sup>76</sup> F. PERROTIN, « TVA : fraude carrousel, les règles du jeu sont précisées », *LPA* 2008, n° 10, p. 3. D'autres auteurs estiment que le dispositif conduit à une « *grande sévérité qui oblige les opérateurs à policer au préalable leurs partenaires commerciaux* » (J.-C. BOUCHARD et O. COURJON, « Comment la fraude à la TVA nous oblige à passer du savoir certain à l'ignorance légitime... ? », *LPA* 2007, n° 252, p. 6).

<sup>77</sup> J.-C. BOUCHARD et O. COURJON, *ibidem*, p. 5.

<sup>78</sup> BOI 3 A-7-07 n° 124 du 30 novembre 2007.

<sup>79</sup> *Ibid.*

- délais de paiement relativement courts pour payer le fournisseur suspect alors qu'ils sont plus longs pour régler les autres fournisseurs,
- fournisseurs payés exclusivement sur des comptes bancaires situés à l'étranger ou dans des paradis fiscaux,
- absence de moyens humains et matériels,
- établissement à une adresse de domiciliation,
- importants achats auprès du fournisseur en comparaison au chiffre d'affaires de la société,
- faible capital social alors que les transactions se réalisent dans des volumes importants,
- marchandises livrées directement par d'autres sociétés,
- transport effectué par un opérateur nouveau,
- fournisseur ayant une activité officielle différente de celle exercée,
- acquisition auprès du fournisseur à un prix systématiquement inférieur à celui pratiqué par les autres opérateurs,
- achats auprès d'un opérateur dont le dirigeant est inconnu dans ce secteur d'activité,
- fournisseur de création récente ou dont l'objet social a été récemment modifié<sup>80</sup>.

Dans les faits, la contestation du faisceau d'indices est fréquente. Toutefois, les avocats des entreprises ont souvent une interprétation erronée dans la mesure où ils rejettent les éléments un par un sans avoir une analyse générale du faisceau d'indices. Ainsi, il semble tout à fait justifié pour un opérateur de commercer avec le fournisseur qui propose les prix les plus bas. De même, il est logique qu'une entreprise ayant une activité d'achat/revente dispose de moyens humains et matériels réduits. Il est également vrai que la législation française n'interdit pas les paiements effectués sur des comptes à l'étranger. Néanmoins, si ces éléments pris isolément ne présument en rien de l'irrégularité, leur réunion fait naître un doute tel que l'administration est en mesure d'attester que l'opérateur ne pouvait ignorer la situation frauduleuse. Le faisceau d'indices est variable selon les affaires. Il est également susceptible d'évoluer avec le temps en fonction des décisions jurisprudentielles<sup>81</sup>. Il est évident que lorsqu'un opérateur a participé à son insu à un circuit frauduleux, et qu'il a pris toutes les diligences nécessaires, son droit à déduction ne peut être remis en cause<sup>82</sup>. De la même manière, la solidarité en paiement ne peut pas être mise en œuvre<sup>83</sup>.

## **B) L'encadrement jurisprudentiel des pratiques administratives**

Plusieurs arrêts apportent des précisions sur la remise en cause du droit à déduction. Dans l'arrêt *Bonik Eood* du 6 décembre 2012<sup>84</sup>, le juge a condamné l'administration bulgare qui avait remis en cause le droit à déduction d'un opérateur au motif que le fournisseur de son fournisseur avait réalisé des opérations fictives. L'autorité fiscale en a déduit que le

<sup>80</sup> Des indices assez proches sont retenus pour les fraudes aux véhicules d'occasion : réputation du fournisseur, paiement sur la base d'une commission fixe, absence d'intérêt économique du circuit, prix de vente anormalement bas, cartes grises prouvant que les véhicules ont appartenu à des assujettis, ou encore les antécédents de la société et du dirigeant. Pour une application de ces indices en matière de fraude aux véhicules d'occasion : v. CE, 9<sup>e</sup> ss., 29 octobre 2012, n° 340100, *SARL Avenir Automobiles* ; CAA Marseille, 22 mars 2013, n° 10MA02439.

<sup>81</sup> La fictivité des opérations peut, par exemple, intégrer le faisceau d'indices. En ce sens, la cour administrative d'appel de Paris a retenu comme indice le fait que les fournisseurs indirects étaient défaillants et de création récente (CAA Paris, 20 décembre 2013, n° 12PA01458).

<sup>82</sup> CJCE, 3<sup>e</sup> ch., 6 juillet 2006, aff. C-439/04 et C-440/04, *Axel Kittel et Recolta Recycling SRPL*, Rec. p. I-06161 : *Dr. fisc.* 2007, n° 9, comm. 235 ; *RJF* 10/06 n° 1301 ; D. SIMON, « Taxe sur la valeur ajoutée et "fraude carrousel" », *Europe*, octobre 2006, n° 292, pp. 25-26.

<sup>83</sup> CJCE, 3<sup>e</sup> ch., 11 mai 2006, aff. C-384/04, *Federation of Technological Industries*, Rec. p. I-04191, §33.

<sup>84</sup> CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 6 décembre 2012, aff. C-285-11, *Bonik EOOD*, Rec. num. C-2012-774 : A.-L. MOSBRUCKER, « Déduction de TVA. Preuve des livraisons de biens et présomption de fraude », *Europe*, février 2013, comm. n° 2, pp. 43-44.

fournisseur direct n'avait pas les moyens de transmettre les marchandises au client. La Cour de justice condamne ce raisonnement au motif que la remise en cause du droit à déduction doit reposer sur des éléments objectifs et que l'administration bulgare ne démontrait pas que l'opérateur savait ou ne pouvait ignorer qu'il participait à une fraude.

Cette décision fait écho à l'arrêt *Mahageben* du 21 juin 2012<sup>85</sup> qui a précisé que lorsque les mentions obligatoires sont présentes sur la facture, l'assujetti n'a pas à contrôler la sincérité du fournisseur. En effet, la Cour précise que lorsqu'il existe des indices laissant présager une irrégularité, l'opérateur doit se renseigner sur la fiabilité de son fournisseur. Cependant, en l'absence de tels indices, l'administration ne peut exiger de l'opérateur qu'il vérifie de manière générale la moralité de chaque fournisseur. Une telle exigence semble logique puisqu'elle produirait un transfert du contrôle incombant aux administrations envers les assujettis. Ces deux arrêts démontrent que la défaillance du fournisseur n'est pas une cause automatique de contestation du droit à déduction. La nécessité de réunir un faisceau d'indices a toutefois un effet pervers puisque l'administration fait face à des fraudeurs qui effectuent en amont toutes les diligences nécessaires pour prouver leur bonne foi. Le juge ne pouvant exiger que les redevables ne s'assurent de la probité des fournisseurs au-delà de ce qui est raisonnable, la préconstitution des diligences est souvent suffisante pour faire obstacle aux rappels de TVA. Les fraudeurs utilisent donc la réglementation à leur profit pour démontrer qu'ils ignoraient participer à la fraude<sup>86</sup>.

Ce risque fiscal pesant sur les opérateurs honnêtes a fait l'objection de nombreuses contestations. Il traduit à notre sens un véritable déplacement du contrôle fiscal. L'administration n'étant pas en mesure de réduire la fraude depuis des décennies, elle s'en remet aux opérateurs eux-mêmes en leur faisant supporter une obligation de vigilance et de contrôle de leurs propres fournisseurs pour détecter les fraudes et ne pas y participer.

---

<sup>85</sup> CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 21 juin 2012, aff. 80/11 et 142/11, *Mahageben kft et David*, Rec. num. C-2012-373 : A.-L. MOSBRUCKER, « Droit à déduction de TVA », *Europe*, août-septembre 2012, comm. n° 8-9, pp. 47-48 ; R.T. AINSWORTH, « Hungarian Cases Redirect EU VAT Enforcement Efforts », *Tax Notes International* 2012, pp. 1025-1031.

<sup>86</sup> Marc Wolf souligne qu'« il n'y a malheureusement pas grand-chose à espérer de ces vieilles méthodes qui n'empêchent pas les services d'arriver après que les taxis aient disparu ou organisé leur insolvabilité (d'où des taux de recouvrement dérisoires). D'autant que les intéressés apprennent à ne pas laisser de traces compromettantes auprès des déducteurs qui justifient d'un réel intérêt économique à leurs achats » (M. WOLF, « Enjeux de la fraude et stratégies de riposte », *Rev. fr. fin. publ.* 2014. 97.)

## **LE RISQUE APPRÉHENDÉ PAR LE DROIT FISCAL**



# **Le rescrit comme outil de gestion du risque en matière fiscale**

**Emmanuel JOANNARD-LARDANT**

**Professeur de droit public**

**Université Lumière – Lyon 2**

**Faculté de droit Julie-Victoire Daubié**

**Laboratoire de recherche Droits, Contrats, Territoires (EA 4573)**

Etudier le droit fiscal sous le prisme du risque constitue une entreprise particulièrement stimulante. En cette matière, les contribuables – personnes physiques ou personnes morales – sont confrontés à un risque fiscal principal : celui du non-respect de leurs obligations fiscales<sup>87</sup>. La complexité du droit fiscal mais aussi son instabilité chronique sont autant de facteurs qui accentuent ce risque et le place au cœur de ce droit.

Il y a bien des manières d'appréhender le risque en droit fiscal. A première vue, le risque semble prospérer en cette matière à la faveur du caractère essentiellement déclaratif de notre système fiscal : la déclaration des contribuables – qui est presque généralisée – sert de base au calcul des impositions. Elle ne saurait pour autant sceller un quelconque accord entre le contribuable et le fisc<sup>88</sup> alors même que cette déclaration a permis de liquider la créance fiscale. L'administration peut, en effet, toujours remettre en cause les éléments déclarés par le contribuable qui ont servi de base au calcul de l'imposition. Il en résulte un risque pour le contribuable car l'irrespect de ses obligations fiscales pourra être révélé par l'administration fiscale lorsqu'elle agit dans le cadre temporel du délai de reprise.

Mais, cette notion de risque fiscal peut également être appréhendée sous un angle psychologique<sup>89</sup>. Du côté du contribuable, ce risque est aisément perceptible et peut nourrir la crainte tant d'un contrôle fiscal que d'une décision du fisc communément appelée redressement fiscal. Du côté de la puissance publique, ce risque s'apparente à une vive incitation destinée aux contribuables afin qu'ils respectent scrupuleusement leurs obligations fiscales. Epée de Damoclès toujours craint par le contribuable, le risque fiscal peut aussi être perçu, du côté de l'Etat, comme un puissant aiguillon poussant à l'extrême vigilance et au bon respect des différentes obligations mises à la charge de ces mêmes contribuables.

Au-delà de cet aspect, le risque fiscal constitue aussi une réalité concrète qui est appréhendée par la comptabilité. Il est possible d'y inscrire des provisions pour risques fiscaux lorsqu'un contribuable adopte, durant un exercice, des positions fiscales qui pourraient être remises en cause par l'administration fiscale. L'existence de ces provisions atteste que le risque constitue, en matière fiscale, une réalité concrète – une réalité chiffrée – qui peut se matérialiser dans les écritures comptables d'un contribuable.

---

<sup>87</sup> Pour une définition du risque fiscal, v° J.-L. ROSSIGNOL, Fiscalité et responsabilité globale de l'entreprise, *Management & Avenir* 2010/3, n° 33, pp. 175-186.

<sup>88</sup> J.-M. COTTERET et L. TROTABAS, *Finances publiques*, Dalloz, 1969, p. 498.

<sup>89</sup> J. DUBERGE, *Les Français face à l'impôt*, LGDJ, 1990.

Face à ce risque majeur, les contribuables ne sont pas démunis. Ils peuvent tenter de le circonscrire au maximum. Le rescrit<sup>90</sup> constitue, à cet égard, un outil adapté pour la gestion du risque fiscal et ce mécanisme a même été largement étendu en dehors de ce champ<sup>91</sup>. En notre matière, le rescrit s'entend d'une prise de position formelle formulée par l'administration fiscale, à la demande d'un contribuable, relative au traitement fiscal applicable à une opération ou à une situation déterminée. Cela signifie que, matériellement, le rescrit est une réponse de l'administration fiscale<sup>92</sup> à une demande formulée par un contribuable<sup>93</sup>. Le rescrit est donc une prise de position qui a été sollicitée par le contribuable. Juridiquement, ensuite, le rescrit est le support d'une garantie offerte aux contribuables codifiée aux articles L. 80A, alinéa 1<sup>er</sup> et L. 80B du Livre des procédures fiscales qui se matérialise par l'opposabilité à l'administration fiscale de la réponse formulée. A condition de respecter les conditions posées par ces dispositions, le législateur a ainsi entendu protéger le contribuable contre tout rehaussement d'impositions antérieures si ce dernier s'est conformé à la réponse du fisc et ce, alors même qu'elle s'avérerait ultérieurement illégale. Enfin, politiquement, le rescrit tend à établir un dialogue entre le fisc et le contribuable. Ce dernier doit, de sa propre initiative, présenter à l'administration fiscale une opération ponctuelle ou une situation particulière afin de s'assurer, grâce à une réponse de l'administration fiscale, qu'il applique correctement les dispositions fiscales en vigueur. En ce sens, le rescrit constitue un intéressant outil de prévention du risque fiscal (I) bien qu'il comporte également une part de risque (II).

## I) Le rescrit : outil de prévention du risque fiscal

Le rescrit fige dans le temps l'appréciation de la situation fiscale d'un contribuable<sup>94</sup> ou une interprétation individuelle du droit fiscal<sup>95</sup> émise par l'administration fiscale et matérialisée dans une réponse signée par un de ses agents. A la faveur de cette réponse le contribuable bénéficie d'une garantie, celle d'éviter, comme en dispose l'article L. 80A du Livre des procédures fiscales, tout rehaussement d'impositions antérieures. Ainsi conçu, le mécanisme d'opposabilité du rescrit constitue un important vecteur de sécurité juridique qui permet de maîtriser le risque fiscal défini comme le non-respect, par un contribuable de ses obligations fiscales.

Sous cet angle, ce mécanisme d'opposabilité constitue une manifestation du principe de sécurité juridique puisqu'il s'agit d'offrir une certitude au contribuable relative au traitement fiscal appliqué à une opération ou à une situation déterminée. Il apparaît ici que le rescrit, en tant que manifestation du principe de sécurité juridique permet d'ériger un rempart contre le risque fiscal. Ce lien entre le principe de sécurité juridique et le rescrit a pu être mis en lumière par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'avis contentieux Madame Monzani rendu en formation de Section du contentieux le 8 mars 2013<sup>96</sup>. Le Conseil d'Etat affirme ici que l'article L. 80A du Livre des procédures fiscales – qui garantit notamment l'opposabilité du rescrit – poursuit

---

<sup>90</sup> Sur le rescrit en droit fiscal, v.° « Le rescrit fiscal », Actes du colloque organisé le 4 mai 2015 à l'Université Paris Descartes par L'Association des juristes fiscalistes de Paris 5, *Dr. fisc.* 2015, n°27, 439.

<sup>91</sup> Le rescrit est loin d'être propre à la matière fiscale, le législateur ayant étendu ce mécanisme notamment au sein du code de l'éducation (article L.124-8-1) du code de l'urbanisme (article L.331-20-1) ou du code de la sécurité sociale (articles L.243-6-3 et L.243-6-4).

<sup>92</sup> Le législateur a posé que cette réponse doit intervenir dans un délai de trois mois (Article 5 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008).

<sup>93</sup> Sur les prises de position spontanées de l'administration fiscale, v° : L. AYRAULT, J. LAMARQUE et O. NEGRIN, *Droit fiscal général*, 4<sup>e</sup> éd., 2016, n° 1014 et s.

<sup>94</sup> Article L. 80B, 1<sup>er</sup> du Livre des procédures fiscales.

<sup>95</sup> Article L. 80A, al. 1<sup>er</sup> du Livre des procédures fiscales.

<sup>96</sup> CE, Sect., 8 mars 2013, n°353782, *Mme Monzani* : *Dr. fisc.* 2013, n° 15, comm. 240, concl. E. CREPEY.

« l'objectif de sécurité juridique ». La cristallisation d'un traitement fiscal est ainsi un gage de sécurité juridique qui ne cède pas même lorsque l'administration opère une interprétation erronée du droit fiscal ou une appréciation inexacte de la situation en cause.

L'opposabilité du rescrit étant une manifestation du principe de sécurité juridique, il n'est guère étonnant que les contribuables soient intéressés par un tel mécanisme. Le rapport publié sous l'égide du Président Fouquet relatif à l'amélioration de la sécurité juridique publié en 2008<sup>97</sup> se fait l'écho de cette appétence toute particulière des contribuables vis-à-vis de cet outil. Ce rapport propose, notamment, de « développer les rescrits »<sup>98</sup>. Ce goût des contribuables pour le rescrit a été entendue par le législateur qui a fait le choix, déjà bien avant la publication du rapport Fouquet, de multiplier les rescrits dits *spéciaux*. Ces derniers font l'objet d'une procédure particulière – le silence gardé par l'administration durant un certain délai valant, dans certaines hypothèses, acceptation de la demande – et ne concernent que certains champs du droit fiscal. Leur multiplication a pu légitimement être perçue comme « un phénomène de mode »<sup>99</sup>. Le plus emblématique est sans doute la procédure dite de rescrit anti-abus de droit codifiée à l'article L. 64B du Livre des procédures fiscales. Déjà ancienne – elle est issue de l'article 19 de la loi Aicardi du 8 juillet 1987 – elle permet à tout contribuable qui entend mettre en œuvre un montage fiscal de vérifier s'il commet ou non un abus de droit au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales. La réponse de l'administration fiscale – tout comme son silence gardé pendant un délai de six mois – offrira au contribuable la garantie qu'il ne subira pas la procédure de répression de l'abus de droit. Depuis lors, les rescrits spéciaux se sont multipliés dans des domaines aussi variés que le mécénat<sup>100</sup> ou les établissements stables<sup>101</sup>. Le législateur a, dans la ligne du rapport Fouquet précité, établi une procédure de second examen<sup>102</sup> permettant au contribuable d'obtenir une seconde prise de position formelle émise par un organisme collégial dans ces hypothèses. Depuis, le Conseil d'Etat a même posé qu'en matière de rescrits spéciaux, un recours pour excès de pouvoir peut être intenté à l'encontre d'une réponse négative de l'administration fiscale<sup>103</sup>. La multiplication de ces rescrits spéciaux peut être vue comme une spécificité française. Aux Etats-Unis, une logique différente prévaut puisque chaque année, au mois de janvier, l'Internal Revenue Service (IRS) publie la liste des domaines où des rescrits ne seront pas délivrés<sup>104</sup>.

Mais le rescrit ne saurait être considéré comme la manifestation du seul principe de sécurité juridique. En droit de l'Union européenne, l'opposabilité d'une réponse formelle de l'administration fiscale – répondant à la définition d'un rescrit – peut reposer sur le principe de confiance légitime. Par un arrêt *Elmeke NE contre Ypourgos Oikonomikon*, la Cour de justice des communautés européennes<sup>105</sup> était saisie d'une question préjudicielle posée dans le cadre d'un litige opposant une société grecque exploitant un navire-citerne convoyant du carburant en Grèce. Souhaitant s'assurer que certaines transactions n'étaient pas soumises à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), la société avait obtenu l'assurance, en 1994, du service des

---

<sup>97</sup> O. FOUQUET, *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*, Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, 2008.

<sup>98</sup> Il s'agit de la 11<sup>e</sup> proposition formulée dans ce rapport.

<sup>99</sup> L. AYRAULT, J. LAMARQUE, O. NEGRIN, *op. cit.*, p. 690, n°1012.

<sup>100</sup> L. 80C du Livre des procédures fiscales.

<sup>101</sup> L. 80 B, 6° et R. 80 B, 9° du Livre des procédures fiscales.

<sup>102</sup> Art. 50 de la loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008 (J.O. n°0304 du 31 décembre 2008).

<sup>103</sup> CE, sect., 2 déc. 2016, n°387613, *Sté Export Press : Dr. fisc.* 2017, n° 8, comm. 172, concl. E. CORTOT-BOUCHER.

<sup>104</sup> Pour l'année 2021 : *Revenue Procedure 2021-3* (disponible à l'adresse suivante : <https://www.irs.gov/pub/irs-irbs/irb21-01.pdf>).

<sup>105</sup> CJCE, 14 septembre 2006, n°C-181/04 à C-183/04, *Elmeke NE c. Ypourgos Oikonomikon*.

contributions du Pirée que les opérations litigieuses n'étaient pas soumises à TVA. En dépit de cette réponse, la société a subi un redressement pour les années 1994, 1995 et 1996 soumettant ces opérations à TVA. Pour se défendre, elle va invoquer le principe de confiance légitime en affirmant que la réponse de l'administration – qui répond ici à la définition d'un rescrit – « *avait créé dans le chef de l'assujetti la conviction durable et légitime qu'il n'était pas soumis à la TVA* » (pt. 9). Pour répondre à la question préjudicielle qui lui est soumise, la Cour de justice vient, en premier lieu, rappeler que « *dans le cadre du système commun de TVA, les autorités fiscales nationales sont tenues de respecter le principe de protection de la confiance légitime* » (pt. 36). Afin d'appliquer ce principe à la situation litigieuse, la Cour de Luxembourg indique ici que, dans une telle hypothèse, il faut établir si la réponse de l'administration à la question du contribuable a ou non « *créé, dans l'esprit d'un opérateur économique prudent et avisé, une confiance raisonnable* » (pt. 32). Pour le déterminer, il revenait aux juridictions grecques de déterminer si le contribuable « *pouvait raisonnablement présumer que le service des contributions du Pirée avait compétence pour se prononcer sur l'application de l'exonération à ses activités* » (pt. 35).

En clair, le principe de confiance légitime viendrait ici protéger le contribuable d'un redressement s'il est établi que la réponse formulée par le fisc grec était digne de confiance. Cet arrêt de la Cour atteste que l'opposabilité d'une réponse – parfaitement soluble dans la définition du rescrit – de l'administration fiscale n'est pas seulement une garantie de sécurité juridique mais qu'elle peut également renvoyer à la notion bien connue en droit européen de confiance légitime.

A ce stade, il apparaît que le risque fiscal peut donc être largement circonscrit par l'obtention de rescrits qui ne sont qu'une mise en œuvre de l'exigence de sécurité juridique ou, dans une certaine mesure, de confiance légitime. En dépit de cet avantage, il faut ici relever que le rescrit est, également en soi, un facteur de risque.

## **II) Le rescrit : facteur de risque**

Si le rescrit permet au contribuable de maîtriser le risque fiscal, il faut ici relever combien le rescrit est en lui-même un facteur de risque. Dans bien des cas, les contribuables sont portés à croire qu'ils disposent d'une protection imparable alors même que la réponse dont ils entendent se prévaloir ne peut avoir l'effet escompté.

En premier lieu, il n'est pas rare d'identifier dans la jurisprudence des hypothèses où une réponse de l'administration demeurera inopposable dès lors qu'elle ne respecte pas les conditions posées par le législateur. C'est le cas lorsqu'un contribuable croit pouvoir opposer un rescrit à l'administration fiscale afin d'éviter le paiement de tout impôt. C'est l'hypothèse où le contribuable pense, à tort, qu'un rescrit peut lui garantir de ne payer aucun impôt au titre d'une opération déterminée. La garantie d'opposabilité du rescrit n'est jamais de cette nature. Comme en dispose l'article L. 80A du Livre des procédures fiscales, le rescrit ne protège que contre les « *rehaussements d'impositions antérieures* », c'est-à-dire qu'il ne saurait protéger un contribuable contre le paiement d'une imposition primitive. Un contribuable n'ayant jamais déclaré un revenu ou un bénéfice en se conformant à un rescrit de l'administration ne sera jamais protégé contre un redressement si cette réponse venait à

s'avérer contraire à la loi fiscale, faute pour le contribuable de disposer d'une imposition primitive<sup>106</sup>.

C'est encore le cas lorsque le contribuable croit pouvoir opposer un rescrit qui est rédigé en des termes flous, imprécis. Dans une telle hypothèse, l'administration pourrait valablement estimer qu'un tel rescrit ne lui est pas opposable car il ne constituerait pas une « *prise de position formelle* ». En ce sens, une réponse de l'administration fiscale relative à la qualification de l'activité d'une entreprise au regard de la loi fiscale qui précise que ladite qualification n'est pas certaine ne saurait constituer une prise de position formelle opposable au fisc<sup>107</sup>.

Mais cette hypothèse se rencontre aussi lorsque le contribuable ne respecte pas la condition de bonne foi requise pour bénéficier de la garantie d'opposabilité d'un rescrit. Cette condition particulière tend à priver le contribuable de la garantie d'opposabilité prévue par les articles L. 80A et L. 80B du Livre des procédures fiscales. Si la bonne foi du contribuable est toujours présumée, l'administration peut parfaitement alléguer la mauvaise foi du contribuable afin de le priver de la garantie d'opposabilité d'un rescrit. L'administration a pu, dans sa propre doctrine, identifier un cas où le contribuable ne saurait remplir la condition de bonne foi posée par les textes : c'est le cas où un contribuable a saisi plusieurs services différents de l'administration fiscale en tentant d'obtenir la réponse la plus favorable à sa situation fiscale<sup>108</sup>.

En deuxième lieu, alors même qu'un rescrit peut avoir été parfaitement opposable à l'administration fiscale, l'opposabilité de la prise de position peut être frappée de caducité dans un certain nombre d'hypothèses que l'administration a pris soin de détailler dans la doctrine administrative consacrée à cette garantie. Certaines d'entre elles ne font courir qu'un faible risque pour le contribuable. C'est le cas lorsque l'administration entend revenir sur une appréciation antérieure et qu'elle en avise le contribuable<sup>109</sup> ou encore lorsque la situation du contribuable évolue<sup>110</sup>. En revanche, un risque particulier peut être identifié lorsque la caducité ne résulte ni d'un changement de situation du contribuable, ni d'une modification de l'appréciation du fisc dont le contribuable serait avisé. Le premier cas est celui d'un changement de la législation applicable qui ferait perdre au contribuable le bénéfice de l'opposabilité dès l'entrée en vigueur de la loi sans que le contribuable n'ait à en être prévenu<sup>111</sup>. L'administration pose aussi qu'une évolution de la jurisprudence conduirait à frapper de caducité les rescrits délivrés antérieurement dès lors que l'administration a fait connaître les conséquences qu'elle en tire<sup>112</sup>. Il en irait de même des changements de la doctrine administrative de portée générale<sup>113</sup>. Ces dernières hypothèses peuvent avoir pour effet de surprendre un contribuable qui, par définition, n'a pas été avisé de ces changements.

En troisième et dernier lieu, un rescrit dont l'opposabilité n'est pas contestée peut heurter le droit européen de la concurrence en étant le support d'une aide d'Etat au sens de l'article 107

---

<sup>106</sup> CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., 17 juin 2005, n°258805, *Sté Marine Côte d'Argent* : *Dr. fisc.* 2006, n°12, comm. 266, concl. S. VERCLYTHE.

<sup>107</sup> CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s., 29 décembre 2004, n° 255831, *Haensel* : *RJF* 3/05 n° 220, concl. F. SENERS BDCF 3/05, n°28.

<sup>108</sup> BOI-SJ-RES-10-20-10, 4 mars 2020, §320.

<sup>109</sup> *Ibid.*, §430.

<sup>110</sup> *Ibid.*, §450.

<sup>111</sup> *Ibid.*, §440.

<sup>112</sup> *Ibid.*, §440.

<sup>113</sup> *Ibid.*, §440.

du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Certaines affaires hautement médiatisées ont pu mettre en lumière la pratique – semble-t-il inconnue en France<sup>114</sup> – dite des « *rulings* », qui permettrait à certains contribuables d'obtenir des avantages fiscaux qualifiés de sélectifs, c'est-à-dire des avantages qui ne pourraient pas être obtenus en application des règles fiscales nationales. Le *ruling* permettrait ainsi de créer des régimes fiscaux sur mesure pour quelques grandes entreprises. En la matière, la Commission européenne a publié en 2016 une communication<sup>115</sup> particulièrement riche, où elle détaille les principales hypothèses dans lesquelles un *ruling* peut être considéré comme une aide d'Etat. L'hypothèse la plus commune est celle où le *ruling* crée une exception en faveur de l'entreprise concernée qui parvient à réduire le poids de ses impôts à la faveur de ce *ruling* : il ne permet plus seulement d'obtenir la garantie de l'application d'un régime fiscal déterminé mais il devient le support d'une négociation des impôts dus par certaines entreprises. Récemment, le Tribunal de l'Union européenne s'est prononcé dans le cadre de l'affaire Fiat<sup>116</sup>. En l'espèce, il est reproché au Grand-Duché de Luxembourg d'avoir accordé à Fiat une « *décision fiscale anticipative* » lui ayant permis de déterminer annuellement son bénéfice imposable au titre de l'impôt sur les sociétés. L'identification d'une telle aide d'Etat constitue assurément un risque pour les contribuables qui sont contraints, en présence d'une telle qualification, de restituer l'aide obtenue au mépris du droit européen de la concurrence.

En conclusion, si le rescrit constitue un précieux outil de gestion du risque fiscal, il convient de prendre en compte les risques inhérents à cet outil. Il en résulte qu'en matière fiscale, le risque s'apparente à une spirale sans fin puisque même lorsque le contribuable tente de s'en prémunir, d'autres risques se manifestent.

---

<sup>114</sup> La direction générale des finances publiques a exposé, dans son *Rapport sur l'activité en matière de rescrit pour l'année 2014* (p. 12) que le rescrit à la française permettait seulement « *d'explicitier les modalités de mise en œuvre de la loi et non pas à instaurer une règle dérogatoire aux conditions légales et réglementaires de droit commun* ».

<sup>115</sup> *Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, n°C 262/1, 19 juillet 2016.

<sup>116</sup> TUE, 24 septembre 2019, *Grand-Duché de Luxembourg et Fiat Chrysler Finance Europe c. Commission européenne*, n°T-755/15 et T-759/15.

## **Le critère du risque dans l'appréciation de l'acte anormal de gestion**

**Ariane PERIN-DUREAU**

**Professeuse agrégée à l'Université de Strasbourg**

**Co-directrice du Master Droit des affaires DJCE, UMR 7354 DRES**

Le caractère d'ordre public du droit fiscal couplé aux possibilités d'optimisation fiscale néanmoins offertes aux contribuables conduit traditionnellement à considérer la matière fiscale comme une discipline à hauts risques. La question du risque en matière fiscale renvoie alors classiquement à celle des risques de rectification et de sanction qu'encourt le contribuable dans le cadre de sa gestion fiscale.

La place du risque en matière fiscale peut cependant être envisagée dans une autre perspective et il nous revient d'analyser de quelle manière le droit fiscal appréhende les risques pris par le contribuable dans le cadre de son activité. Il s'agit de vérifier si le risque pris par le contribuable est encouragé ou au contraire sanctionné en matière fiscale et, plus particulièrement, en matière d'impôt sur les revenus et les bénéfices.

La problématique s'avère d'une acuité certaine : la prise de risque se révèle inhérente à toute activité économique et apparaît précisément à l'origine de la création de valeur et, en conséquence, de matière imposable. Lorsque le risque pris par le contribuable prospère, une partie de la richesse créée est prélevée par et au profit de la collectivité. Il existe ainsi un lien indéfectible entre risque et impôt. Le législateur peut faire le choix, pour des considérations de politique économique, d'encourager une certaine prise de risque ou, au contraire, de rester parfaitement neutre en déterminant et prélevant l'impôt sans égard pour la prise de risque à l'origine de la création de valeur.

La prise de risque expose toutefois l'opérateur à certaines pertes. En ce sens, la notion même de risque, traditionnellement défini comme un événement éventuel susceptible de causer un dommage, évoque la potentialité d'un échec. La question de l'appréhension du risque en matière fiscale renvoie donc immédiatement à celle du traitement fiscal des pertes.

En matière d'impôt sur les revenus et sur les bénéfices, le principe retenu pour les personnes morales comme pour les personnes physiques, est celui de la déductibilité des déficits sur les revenus et bénéfices de l'année en cours et des années suivantes.

Concernant les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés, le report des déficits sur les bénéfices réalisés au cours des années suivantes est illimité, dans son montant comme dans sa durée. La base d'imputation des déficits est en revanche limitée et ce, afin d'assurer une imposition minimale des entreprises très largement bénéficiaires disposant d'importants déficits en report<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> CGI, art. 209, I, al 3.

Concernant l'impôt sur le revenu des personnes physiques, le traitement fiscal des déficits se révèle plus complexe. L'impôt sur le revenu des personnes physiques étant conçu comme un impôt unique sur l'ensemble des revenus du contribuable<sup>118</sup>, le Code général des impôts retient un principe d'imputabilité des déficits catégoriels sur le revenu net global du foyer ; si celui-ci est insuffisant, le reliquat s'impute sur le revenu net global des six années suivantes<sup>119</sup>.

L'impôt sur le revenu demeure cependant un impôt cédulaire et l'imputabilité des déficits catégoriels sur le revenu net global souffre de nombreuses exceptions au point que le paradigme paraisse inversé à la faveur d'un principe de « tunnélisation » des déficits. C'est le cas, notamment, des déficits qui ne proviennent pas de l'exercice d'une activité professionnelle<sup>120</sup> comme de ceux subis dans le cadre de la gestion du patrimoine privé du contribuable<sup>121</sup>.

*In fine*, la déductibilité pleine et entière des pertes sur le revenu net global semble exclue chaque fois que le contribuable peut être considéré comme un simple investisseur de fonds sinon un spéculateur. Le Législateur refuse ici que le risque pris par l'opérateur soit indirectement assumé par la collectivité du fait de la baisse de la progressivité de l'impôt sur le revenu et de la pression fiscale afférente à ses autres revenus. Ce phénomène de tunnélisation des déficits provenant de la gestion du patrimoine privé témoigne de la volonté de ne pas encourager la prise de risque en dehors de l'exercice d'une activité économique à titre professionnel.

Cette forme de méfiance du droit fiscal à l'égard du risque pris par le contribuable s'exprime encore en amont, dans la détermination même du résultat de l'entreprise. La question se pose, en effet, de savoir si l'ensemble des charges engagées par le contribuable peut être admis en déduction compte tenu, le cas échéant, des risques pris par le contribuable. C'est ainsi que la théorie dite du risque excessif est apparue dans la jurisprudence du Conseil d'État en matière d'acte anormal de gestion, lequel constitue l'un des principaux risques de rectification qui pèse sur le contribuable<sup>122</sup>.

Le principe, maintes fois rappelé par le Conseil d'État, demeure celui de libre gestion de l'entreprise. Aussi le contribuable est-il uniquement soumis à impôt à raison du résultat réalisé au cours d'un exercice et non sur le maximum de profits que les circonstances lui auraient permis de réaliser<sup>123</sup>. Le contribuable qui se révèle un piètre gestionnaire et ne réalise qu'un faible bénéfice aura donc pour satisfaction de ne payer qu'un faible impôt : libre à lui de rémunérer au mieux ses salariés pour conserver les plus qualifiés, fût-ce son conjoint<sup>124</sup>, de se

---

<sup>118</sup> CGI, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>119</sup> CGI, art. 156, I.

<sup>120</sup> CGI, art. 156, I, 1<sup>e</sup> (déficits agricoles), 1<sup>e</sup> bis (déficits commerciaux – dont ceux provenant de l'activité de location d'immeubles meublés ou équipés : 1<sup>e</sup> ter), 2<sup>e</sup> (déficits non commerciaux).

<sup>121</sup> Concernant les revenus du patrimoine, l'imputation sur le revenu net global est réservée aux déficits fonciers provenant de charges autres que les intérêts d'emprunt dans la limite annuelle de 10.700 euros ; à défaut, le déficit ne s'impute que sur les revenus de même nature des dix années suivantes (CGI, art. 156, I, 3<sup>e</sup>). Concernant les autres revenus du patrimoine, l'imputation est seulement possible sur les revenus de même nature des six ou dix années suivantes selon les cas (CGI, art. 156, I, 8<sup>e</sup> : revenus de capitaux mobiliers ; CGI, art. 150-0 D, 11 : cessions de valeurs mobilières et droits sociaux ; CGI, art. 150 VH bis, IV : cessions d'actifs numériques – à noter que l'imputation des moins-values n'est ici admise que sur les plus-values de même nature réalisées la même année).

<sup>122</sup> Sur cette question, v. l'intervention de R. VABRES, « L'abus de droit et l'acte anormal de gestion : quels risques et sanctions pour le contribuable ? » dans le présent numéro.

<sup>123</sup> CE, 7 juill. 1958, n° 35977 : *Dr. fisc.* 1958, n° 44, comm. 938.

<sup>124</sup> V. la suppression de la limitation de la déductibilité de la rémunération du conjoint à l'art. 154 du CGI par L. n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019, art. 60.



procurer des matières premières à un prix élevé pour s'assurer d'une meilleure qualité ou, enfin, de louer les locaux les plus luxueux de la rue Montaigne pour attirer les clients les plus fortunés. L'ensemble des charges engagées pour la réalisation du résultat imposable est par principe déductible et ce, que le choix de gestion opéré s'avère ou non opportun.

Ce principe connaît une exception, et non des moindres, tenant à la sanction de l'acte anormal de gestion : la liberté de gestion ne vaut que sous réserve que l'acte soit engagé dans l'intérêt de l'entreprise<sup>125</sup>. L'intérêt de l'entreprise est traditionnellement défini de manière négative, par opposition à l'intérêt exclusif du tiers : l'acte anormal de gestion est l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir dans l'intérêt exclusif d'un tiers<sup>126</sup>.

La question se pose régulièrement d'un élargissement de la définition de l'acte anormal de gestion à l'acte qui expose l'entreprise à un risque manifestement excessif par rapport à celui que prendrait un « chef d'entreprise normalement avisé »<sup>127</sup>. Le Conseil d'État se montre particulièrement hésitant en la matière, admettant tantôt de caractériser l'acte anormal de gestion au regard de l'ampleur des risques pris par le contribuable, tantôt de condamner fermement cette théorie du risque excessif avant de réintroduire subrepticement ce critère au travers de celui de l'intérêt de l'entreprise.

Au-delà d'un simple mouvement de flux et reflux de la théorie du risque manifestement excessif au sein de la jurisprudence du Conseil d'État, trois principes s'esquissent. Après avoir solennellement jugé qu'une prise de risque excessive ne constitue pas, en tant que telle, un critère déterminant de l'existence d'un acte anormal de gestion (I), le Conseil d'État a pu considérer l'ampleur des risques pris par le contribuable aux fins de vérifier la substance de l'intérêt de l'entreprise (II). Les critiques adressées au Conseil d'État ont conduit la Haute juridiction à renoncer formellement à toute prise en compte des risques dans l'appréciation de l'acte anormal de gestion, la portée de cet abandon de la théorie du risque manifestement excessif pouvant toutefois être interrogée (III).

### **I) Le rejet du risque excessif comme critère autonome de l'acte anormal de gestion**

La théorie du risque manifestement excessif est apparue il y a plus de quarante ans au sein de la jurisprudence fiscale. L'administration a initialement tenté d'émanciper la notion d'acte anormal de gestion de celle d'acte étranger à l'intérêt de l'entreprise considérant que lorsque l'entreprise s'expose à un risque excessivement élevé de perte ou de charge, l'acte en cause ne s'inscrit pas dans le cadre d'une gestion normale.

Dans un premier temps, la jurisprudence a paru admettre implicitement l'argument. Par l'arrêt rendu le 14 février 1979, le Conseil d'État concluait à la déduction des sommes versées par un architecte au titre d'un engagement de caution pris dans l'intérêt de son client, jugeant que le montant de la somme cautionnée sans rémunération directe ne lui faisait pas courir un risque hors de proportion avec les revenus qu'il pouvait escompter de la poursuite de cette collaboration<sup>128</sup>. Lors même que l'acte anormal de gestion était exclu et la déductibilité de la

---

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> V. not. M. COZIAN, « La théorie de l'acte anormal de gestion », *Rep. Defrénois* 1994, in *Les grands principes de fiscalité des entreprises*, Lexisnexis, 4<sup>e</sup> éd., 1999 (rééd. 2016), p. 87.

<sup>127</sup> V. not. A. de BISSY et G. DEDEURWAERDER, « Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale », *Cah. dr. de l'entr.* 2012, n° 3, dossier 14.

<sup>128</sup> CE, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 14 février 1979, n° 10812 : *Dr. fisc* 1972, comm. 849.

charge admise, les juges paraissaient exiger une forme de proportion entre le risque pris et le profit escompté par l'entreprise.

L'arrêt *Loiseau* rendu le 17 octobre 1990 par le Conseil d'État confirmait cette analyse, les juges rejetant la déductibilité des indemnités versées à ses clients par un gérant de portefeuille boursier au motif que cette décision excédait manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation<sup>129</sup>.

La consécration de la théorie du risque excessif était ici d'autant plus manifeste que les juges auraient pu conclure à l'existence d'un acte anormal de gestion au motif que l'acte venait satisfaire les intérêts du tiers et non de l'entreprise. À cet égard, le Conseil d'État relevait que si la garantie avait initialement été accordée dans l'intérêt de l'entreprise, l'expérience ensuite acquise rendait inutile son maintien sauf à exposer l'entreprise à un risque manifestement excessif. Alors que le défaut d'intérêt de l'entreprise suffisait à caractériser l'anormalité, les juges préféraient se placer sur le terrain du risque excessif aux fins de conclure à la non déductibilité des pertes, cette forme d'*obiter dictum* témoignant de leur volonté d'élargir la définition de l'acte anormal de gestion<sup>130</sup>.

Dans cette perspective, un acte ne relèverait d'une gestion normale qu'à la double condition de poursuivre l'intérêt de l'exploitation et d'avoir été engagé sans prise de risque excessive eu égard à ce qu'un entrepreneur avisé peut escompter comme profit de l'opération en cause. Cette reconnaissance de l'acte anormal de gestion fondée sur la seule prise de risque excessive s'avère éminemment critiquable. D'aucuns estimeront certes que la collectivité ne doit pas assumer l'ensemble des risques pris par l'entreprise. Cette forme de sanction fiscale du risque manifestement excessif participerait d'une régulation des comportements économiques sur le marché. Et si la collectivité peut se financer sur l'ensemble des profits réalisés, nonobstant le caractère licite ou raisonnable de l'activité qui en est à l'origine, il ne saurait en être de même lorsqu'est en cause la déductibilité d'une charge ou d'une perte<sup>131</sup>.

Cependant, une charge déductible ne peut être considérée comme une dépense assumée par la collectivité. Il ne s'agit ni d'une dépense fiscale, encore moins d'un avantage fiscal au sens strict, mais uniquement d'un instrument de mesure de l'enrichissement du contribuable sur une année, selon des critères rationnels et objectifs déterminés par le législateur. Force est d'admettre, par principe et sauf exception textuelle, la même neutralité à l'égard des charges que celle qui prévaut en matière de détermination des produits imposables<sup>132</sup>.

Il est évidemment possible de considérer que certaines dépenses, de même que certaines pertes, doivent être exclusivement assumées par le contribuable. Mais il s'agit, selon nous, d'une forme de moralisation du droit fiscal, laquelle relève d'une mesure de politique fiscale et ressortit des prérogatives exclusives du législateur et non de celles du juge.

---

<sup>129</sup> CE, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 17 octobre 1990, n° 83310, *Loiseau* : *Dr. fisc.* 1991, n° 48, comm. 2281, concl. O. FOUQUET.

<sup>130</sup> D'aucuns estimeront au contraire que l'inutilité du critère du risque aurait dû conduire à regarder cette décision comme un arrêt d'espèce : v. not. N. LABRUNE, « Retour à la normale de l'acte anormal de gestion : l'abandon du risque manifestement excessif », *RJF* 11/16, n° 937 et O. FOUQUET, « Le libre choix des entreprises ne peut pas être critiqué », *RTD com.* 2015, p. 173.

<sup>131</sup> Sur cette question, v. not. M. COZIAN, « Illicéité et anormalité », *Dr. fisc.* 1995, comm. 100097, in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, op. cit.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

Le juge de l'impôt demeure quant à lui le juge de la légalité et ne peut sanctionner que l'irrespect des prescriptions fiscales. Quoique la sanction de l'acte anormal de gestion soit considérée comme dénuée de fondement textuel<sup>133</sup>, celle-ci dispose d'une assise législative en l'article 38 du Code général des impôts aux termes duquel : « *Le bénéfice imposable est le bénéfice net, déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises* ». La théorie de l'acte anormal de gestion procède, selon nous, de la distinction entre la personne de l'exploitant, qu'il soit une personne physique ou une personne morale, et l'entreprise elle-même laquelle est dotée d'une réalité distincte, d'une substance certaine, nonobstant son absence de personnalité juridique.

En conséquence de cette distinction, le principe de libre gestion ne peut s'épanouir qu'au sein même de l'entité qu'est l'entreprise. Ainsi considérée, la théorie de l'acte anormal de gestion n'apparaît plus comme une exception au principe de libre gestion de l'entreprise mais vient seulement définir le périmètre de cette liberté.

Dans cette perspective, le contrôle du caractère normal de la gestion de l'entreprise ne peut procéder que d'une police de l'objet de l'acte – lequel doit résider dans la satisfaction des intérêts de l'entreprise – et non d'une police de l'excès. Or, la détermination des risques acceptables relève de l'essence même de la gestion et le juge ne peut apprécier et sanctionner le caractère excessif des risques pris par l'exploitant sans s'immiscer immédiatement et directement dans la gestion de l'entreprise.

Les critiques adressées à ces solutions ont conduit le Conseil d'État à revenir à sa conception traditionnelle de l'acte anormal de gestion. Par l'arrêt *Philippe* du 7 novembre 2000, la Haute juridiction admettait la déductibilité des dommages et intérêts versés ensuite d'une condamnation pénale jugeant que : « *ne relèvent pas nécessairement d'une gestion anormale tous les actes que l'exploitant décide de faire sans ignorer qu'il expose ainsi l'entreprise au risque de devoir supporter certaines charges ou dépenses ; que c'est seulement si de telles opérations ont été décidées à des fins étrangères aux intérêts de l'entreprise qu'elles peuvent être réputées relever d'une gestion anormale* »<sup>134</sup>.

Cette solution, rendue à propos d'un contribuable reconnu pénalement coupable de recel de marchandise, a suscité de nouvelles critiques tenant à l'amoralisme, sinon l'immoralité, du droit fiscal<sup>135</sup>. Ce à quoi l'on objectera qu'il appartient au législateur et non au juge de l'impôt d'y remédier. En ce sens, la réécriture de l'article 39.2 du Code général des impôts, aux fins d'élargir le principe de non déductibilité des amendes pénales à l'ensemble des sanctions pécuniaires et pénalités de toute nature mises à la charge des contrevenants à des obligations légales, aurait utilement permis au législateur de renforcer cette forme de moralisation du droit fiscal, en excluant la déductibilité des dommages et intérêts prononcés en raison d'une faute engageant également la responsabilité pénale de son auteur<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> V. not. D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, Domat droit privé, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 624, p. 397.

<sup>134</sup> CE, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 7 janvier 2000, n° 186108, *Philippe* : *Dr. fisc.* 2000, comm. 204, concl. G. BACHELIER; *RJF* 2000, p. 114 ; *RTD Com* 2000, p. 760, note F. DEBOISSY.

<sup>135</sup> V. not. F. DEBOISSY, *ibid.*

<sup>136</sup> CGI, art. 39.2, réd. issue de L. n° 2007-1822 du 24 décembre 2007 de finances pour 2008, art. 23 (I), applicable aux exercices clos à compter du 31 décembre 2007. À noter, selon nous, qu'une interprétation de la notion de sanction pécuniaire de toute nature par le juge de l'impôt pourrait conduire à exclure la déductibilité des condamnations civiles prononcées du fait d'une faute civile également constitutive d'une faute pénale. En ce sens, le juge a déjà considéré sur le fondement de l'ancien article 39.2 du CGI que les sommes versées au titre d'une astreinte judiciaire, quoique ne relevant pas une amende et pénalité de toute nature, ne constituent pas des charges déductibles en raison

Néanmoins, ces critiques tenant à l'amoralisme du droit fiscal ont resurgi à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle cependant que se profilait l'épineuse question de la déductibilité des pertes dans un contexte de crise financière<sup>137</sup>. La théorie du risque excessif est alors reparue dans la jurisprudence du Conseil d'État, non comme un critère autonome de l'acte anormal de gestion, mais comme un élément d'appréciation de l'intérêt de l'entreprise.

## II) La prise en compte du risque comme critère de vérification de l'intérêt de l'entreprise

La sanction du risque manifestement excessif a timidement émergé dans la jurisprudence du Conseil d'État. Tout en réaffirmant l'intérêt de l'entreprise comme l'unique critère d'appréciation du caractère normal de la gestion, le Conseil d'État est venu vérifier l'intérêt l'entreprise à l'aune des risques pris par le contribuable.

Dès 2007, la question de l'ampleur des risques pris faisait à nouveau irruption dans la jurisprudence du Conseil d'État à l'occasion de l'affaire *Peronnet* relative à la déductibilité d'abandons de créances consentis à des entreprises préalablement à une prise de contrôle par la société créancière<sup>138</sup>. Considérant que les avances de trésorerie, de même que les abandons de créances subséquents, ne relevaient pas d'un acte anormal de gestion dès lors que cette pratique visait au développement de la société créancière par la prise de participation dans le capital de la société aidée, et ne lui faisait pas courir un risque manifestement exagéré, le Conseil d'État concluait à l'existence d'un acte anormal de gestion au motif que les abandons de créances ne constituaient pas, dans l'affaire soumise à son appréciation, une condition déterminante de la prise de contrôle. Dès lors, la société aidante ne disposait d'aucune contrepartie à cet abandon de créance. Le Conseil d'État se plaçant sur le terrain du défaut de contrepartie et, donc, d'intérêt à l'acte, cette résurgence de la prise en considération du risque en matière d'acte anormal de gestion passait relativement inaperçue. Deux arrêts rendus le 27 avril 2011 venaient ensuite témoigner du retour de la théorie du risque manifestement excessif dans la jurisprudence du Conseil d'État<sup>139</sup>. L'affaire *Ferrand* concernait les pertes subies du fait de détournement de fonds<sup>140</sup>, dont la jurisprudence admet traditionnellement la déduction sous réserve que l'entreprise victime ignore légitimement qu'ils ont été commis. À défaut, le détournement de fond procède d'une forme de libéralité, laquelle ne constitue pas une charge déductible du résultat mais un mode irrégulier d'appréhension des bénéfices. La déductibilité des pertes est encore exclue lorsque les détournements de fonds ont été permis par la négligence ou la carence manifeste dans les contrôles internes de l'entreprise<sup>141</sup>.

---

de leur finalité coercitive : CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 20 juin 2012, n° 342714, *Sté Sosaca* : *Dr. fisc.* 2012, n° 38, comm. 440, concl. E. CORTOT-BOUCHER.

<sup>137</sup> V. not. F. ROME, « Clin d'œil aux fiscalistes », *D.* 2008, p. 7690

<sup>138</sup> CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 30 mai 2007, n° 285575 : *Dr. fisc.* 2007, n° 46, comm. 958, concl. F. SENERS, note A. BONNET ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 188, obs. J.-L. PIERRE ; *Rev. adm.* 1/2008, n° 361, obs. O. FOUQUET, p. 36.

<sup>139</sup> C. RAQUIN, « L'évaluation du risque pris par les entreprises conduit-elle l'administration à s'immiscer dans leur gestion ? », *RJF* 7/11, chron. 1.

<sup>140</sup> CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 27 avril 2011, n° 319472, *Ferrand* : *Dr. fisc.* 2011, n° 26, comm. 403 ; *RJF* 7/2011, n° 806 ; *BDCF* 7/2011, n° 84, concl. L. OLLEON.

<sup>141</sup> CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 6 juin 2008, n° 285629, *SA Gustave Muller* : *Dr. fisc.* 2008, n° 39, comm. 507, concl. L. OLLEON, note P. FUMENIER ; CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 5 octobre 2007, n° 291049, *Alcatel* : *Dr. fisc.* 2008, comm. 165, concl. N. ESCAUT, note A. DE BISSY ; *RJF* 4/2008, p. 331, chron. J. BURGBURU.

À la faveur d'un contentieux relatif à la déductibilité des pertes résultant d'un détournement de fonds commis par l'ancien conjoint de l'exploitant, le Conseil d'État jugeait : « *que les pertes subies par une entreprise du fait de détournements de fonds commis par un préposé ne peuvent être regardées comme correspondant à un risque lié à l'exercice normal de la profession si les irrégularités répétées commises par ce préposé pouvaient être décelées par des contrôles qu'il appartenait au dirigeant d'exercer normalement en temps utile ; que, dans ce cas, ces agissements délictueux ne peuvent être regardés comme ayant été commis à l'insu du dirigeant de l'entreprise et que, dès lors, les pertes subies ne sont pas déductibles de ses résultats* ». Le critère du risque faisait une nouvelle fois irruption dans la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'acte anormal de gestion, le risque de s'exposer à des détournements de fonds en l'absence de tout contrôle amenant le juge à considérer que l'exploitant ne pouvait ignorer les agissements à l'origine des pertes.

L'arrêt *Legeps* du même jour concernait quant à lui la déductibilité des pertes financières, domaine dans lequel la théorie du risque manifestement excessif semble avoir connu un épanouissement certain<sup>142</sup>. Alors qu'une entreprise commerciale avait placé une partie substantielle de sa trésorerie au sein d'un établissement financier sis au Vanuatu avant d'enregistrer une provision pour perte, l'administration, suivie par les juridictions du fond, refusait la déductibilité de cette provision considérant le montant du placement disproportionné par rapport à celui de son chiffre d'affaires.

Tandis que la société contestait cette qualification au motif que ce placement lui permettait de bénéficier d'une rentabilité élevée par rapport à celle offerte sur le marché français et d'accéder à un crédit à un taux particulièrement intéressant, le Conseil d'État censurait la cour administrative d'appel en jugeant que la seule disproportion entre le montant du placement financier et le chiffre d'affaires de la société requérante ne saurait établir par elle-même que ce placement lui aurait fait courir un risque manifestement exagéré. Le Conseil d'État quittait le terrain de l'existence de contreparties à l'acte, traditionnellement nécessaire et suffisante à l'exclusion du caractère anormal de l'acte, pour critiquer, non la prise en considération des risques pris par l'entreprise, mais l'appréciation de ces risques opérée par les juges du fond. Ces deux arrêts marquaient le grand retour de la théorie du risque manifestement excessif dans la jurisprudence du Conseil d'État, la tendance étant confirmée quelques mois plus tard par l'arrêt *Fralen*<sup>143</sup>.

L'affaire soumise à son appréciation offrait l'opportunité à la Haute juridiction administrative de révéler une grille de lecture renouvelée de l'acte anormal de gestion. Le litige concernait une nouvelle fois une perte sur avance consentie à une filiale en difficulté, avance rémunérée à des conditions parfaitement normales. Le Conseil d'État rappelait d'abord que le bénéfice imposable est celui provenant des opérations de toute nature à l'exception de celles qui, en raison de leur objet ou de leurs modalités, sont étrangères à une gestion commerciale normale avant de préciser que les pertes résultant du non-remboursement de créances détenues par une entreprise ne relèvent d'une gestion commerciale normale que s'il apparaît qu'en constituant de telles créances, l'entreprise a agi dans son propre intérêt.

---

<sup>142</sup> CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect., 27 avril 2001, n° 327764, *Legeps* : *Dr. fisc.* 2011, n° 25, comm. 399, concl. L. OLLEON, note O. FOUQUET.

<sup>143</sup> CE, 3<sup>e</sup> ss-sect., 16 novembre 2011, n° 326913, *Fralen Horlogerie* : *RJF* 2012, n° 799, p. 722 ; *Dr. fisc.* 2012, n° 5, comm. 122, chron. C. ACARD.

Le critère de l'intérêt de l'entreprise était ainsi réaffirmé comme unique critère d'appréciation du caractère normal de l'acte, les juges indiquant encore que : « *cet intérêt n'est pas méconnu lorsqu'une entreprise consent à une filiale des avances de trésorerie rémunérées dans des conditions normales* ».

Le Conseil d'État nuancit immédiatement ce principe, jugeant « *qu'il en va autrement si, compte tenu de la solvabilité de cette filiale et du montant de ces avances, l'entreprise prend un risque qui, au regard de l'intérêt que présente pour elle l'accès de sa filiale à des facilités de trésorerie, excède manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale, pour améliorer les résultats de son entreprise* ». Les magistrats censuraient pour insuffisance de motivation l'arrêt de la cour administrative d'appel ayant conclu à la déductibilité des pertes sur avances consenties à la filiale sans statuer sur la solvabilité du débiteur ni sur l'existence et l'ampleur du risque pris en consentant ces avances<sup>144</sup>. Sans constituer un critère autonome d'une gestion normale, l'exigence d'un risque normal devenait un élément de vérification de l'intérêt de l'entreprise.

Néanmoins, que le risque excessif soit critiqué *per se* ou en tant qu'instrument de mesure de l'intérêt de l'entreprise, le juge porte un regard rétrospectif sur la gestion de l'entreprise et ce, à double titre. Il s'agit non seulement déterminer quels sont les risques normaux que peut être amené à prendre l'exploitant, mais encore de vérifier si ceux assumés en l'espèce excèdent les risques considérés comme normaux<sup>145</sup>. Outre le fait que cette appréciation soit nécessairement biaisée une fois l'échec avéré et la perte subie, la prise en considération des risques pris par l'entreprise en matière d'acte anormal de gestion procède nécessairement d'un contrôle de l'opportunité des choix opérés et d'une immixtion dans le cœur même de la gestion de l'entreprise.

La théorie du risque manifestement excessif peut alors conduire à des dérives certaines. L'arrêt *Rottapharm* rendu par le Conseil d'État le 23 janvier 2015 en constitue une parfaite illustration, l'administration critiquant ici l'ampleur des dépenses de promotion et de publicité engagées par un laboratoire pharmaceutique compte tenu du risque pris<sup>146</sup>.

Le Conseil d'État censurait certes la cour administrative d'appel ayant admis l'analyse, rappelant qu'il n'appartient pas à l'administration de se prononcer sur l'opportunité des choix arrêtés par une entreprise pour sa gestion. L'affaire venait cependant mettre en lueur les dérives potentielles de la théorie du risque manifestement excessif, conduisant à un nouveau volte-face du Conseil d'État en la matière<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> À nouveau saisi de l'affaire en 2014, le Conseil d'État concluait à la déductibilité des pertes sur créances au motif que l'administration n'établissait pas que l'octroi des avances litigieuses, rémunérées dans des conditions normales, excédait manifestement les risques que la société pouvait prendre dans l'intérêt de sa propre gestion : CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 11 juin 2014, n° 363168.

<sup>145</sup> V. not. Y. RUTSCHMANN et J. GAYRAL, « Le risque manifestement excessif : immixtion rampante dans la gestion de l'entreprise ou simple garde-fou ? » : *Dr. fisc.* 2012, n° 45, comm. 500 ; O. FOUQUET, « L'immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises : Halte au feu ! », *Rev. adm.* 2014, p. 48.

<sup>146</sup> CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 23 janvier 2015, n° 369214, *SA Rottapharm* : *Dr. fisc.* 2015, n° 16, comm. 268, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note A. DE MASSIAC et R. BAGDASSARIAN.

<sup>147</sup> O. FOUQUET, « Le libre choix des entreprises ne peut pas être critiqué », *RTD com.* 2015, p. 173.

### III) La condamnation formelle de la théorie du risque manifestement excessif

Fort des différentes critiques émises à l'encontre de ces décisions, le Conseil d'État est une nouvelle fois revenu à une conception plus restrictive de l'acte anormal de gestion, condamnant purement et simplement la théorie du risque manifestement excessif par sa décision *Monte Paschi Banque* du 13 juillet 2016<sup>148</sup>.

Le Conseil d'État jugeait solennellement que : « *C'est au regard du seul intérêt propre de l'entreprise que l'administration doit apprécier si les opérations litigieuses correspondent à des actes relevant d'une gestion commerciale normale. Indépendamment du cas de détournements de fonds rendus possibles par le comportement délibéré ou la carence manifeste des dirigeants, il n'appartient pas à l'administration de se prononcer sur l'opportunité des choix de gestion opérés par l'entreprise et notamment pas sur l'ampleur des risques pris par elle pour améliorer ses résultats* ». La condamnation de la théorie du risque excessif paraissait d'autant plus évidente que l'affaire concernait une nouvelle fois la déductibilité des pertes financières subies à raison de concours financiers consentis à une entreprise.

Cette décision a été favorablement accueillie par la doctrine, le juge venant ainsi réaffirmer le principe de liberté de gestion de l'entreprise<sup>149</sup>. Quoique fermement assise en jurisprudence, la sanction de l'acte anormal de gestion doit demeurer conçue comme une limite à cette liberté et non comme une exception. Or, la sanction des risques assumés par l'entreprise s'avère intrinsèquement incompatible avec cette conception de l'acte anormal de gestion. L'exception réservée à l'hypothèse du détournement de fonds interpelle toutefois. À cet égard, la sanction des diligences de l'entreprise en la matière à l'aune des risques pris par le contribuable n'est pas d'évidence. La carence dans les procédures de contrôle favorise, certes, le détournement de fonds et expose l'entreprise à un risque inconsidéré de détournements de pertes. Ce risque confine à la faute de gestion laquelle se voit sanctionnée, sur le plan fiscal, par la non-déductibilité des pertes.

Mais cette carence coupable permet plus certainement de présumer, sinon d'établir, que l'entreprise avait en réalité connaissance du détournement de fonds, auquel cas l'acte ne s'analyse plus comme une perte subie mais comme une forme de libéralité consentie au profit du bénéficiaire du détournement. Le risque pris – ou plutôt la négligence de l'entreprise – permet d'établir que l'acte ne poursuit pas l'intérêt de l'entreprise mais bien celui d'un tiers<sup>150</sup>.

*In fine*, la référence à la négligence comme aux risques pris par l'entreprise vise uniquement à vérifier si celle-ci agit dans son intérêt ou celui d'un tiers, raison pour laquelle le Conseil d'État réserverait l'hypothèse des détournements de fonds.

---

<sup>148</sup> CE, sect., 13 juillet 2016, n° 375801 : *Dr. fisc.* 2016, n° 36, comm. 464, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note O. FOUQUET ; *RJF* 11/16, n° 937, chron. N. LABRUNE.

<sup>149</sup> V. not. Ph. DURAND, M. SERAILLE, « La théorie du risque manifestement excessif : le glas a sonné ! », *Dr. fisc.* 2016, n° 36, act. 489 ; O. FOUQUET, « Retour à une conception stricte de l'acte anormal de gestion : l'abandon de la théorie du risque manifestement excessif », *Dr. fisc.* 2016, n° 36, comm. 464. Pour une opinion contraire, v. A.-C. BEZZINA, « Acte anormal de gestion : de quelques considérations sur l'abandon du critère du risque excessif », *Dr. fisc.* 2016, n° 47, comm. 598.

<sup>150</sup> À cet égard, les décisions *Alcatel* et *Gustave Muller* précitées venaient exclure la déductibilité des pertes consécutives au détournement de fond en cas de carence manifeste dans les procédures de contrôle sans aucune référence aux risques auxquels l'entreprise venait volontairement s'exposer.

Dès lors, le critère du risque s'avère certainement pertinent dans d'autres hypothèses et son cantonnement à celle du détournement de fonds sans autre forme de justification interroge. En ce sens, ce critère pourrait être implicitement pris en compte pour apprécier, non l'intérêt de l'entreprise directement, mais la substance des contreparties à l'acte.

L'acte anormal de gestion est traditionnellement défini comme l'acte dépourvu de contreparties, directes ou indirectes, pour l'entreprise. Cependant, la jurisprudence n'est pas aussi sévère qu'il n'y paraît au terme de cette analyse. La contrepartie peut être simplement escomptée ; en outre, l'acte peut être accompli dans l'intérêt partagé de l'entreprise et d'un tiers, sous réserve que l'intérêt du tiers ne soit pas exclusif<sup>151</sup>. Le critère du risque peut alors être utilement pris en compte afin d'apprécier la teneur des contreparties escomptées par l'entreprise et ce, afin de vérifier que la contrepartie alléguée n'est pas purement et simplement illusoire.

L'exemple des pertes sur avance de trésorerie consenties à une filiale en difficulté s'avère particulièrement prégnant. En effet, les aides accordées à une entreprise et, notamment, à une filiale, ne sont déductibles que sous la stricte condition de l'intérêt commercial de l'aidant<sup>152</sup>. De même, les moins-values sur titres de participation ne constituent pas une charge déductible de l'assiette soumise à l'impôt sur les sociétés<sup>153</sup>.

La règle se fonde sur l'objectif d'imposition unique des bénéficiaires au titre de leur réalisation, lequel se traduit immédiatement par un principe d'exonération des dividendes<sup>154</sup> comme des plus-values sur titres de participation dans le chef de l'associé<sup>155</sup>. Corrélativement, les pertes ne sont prises en compte qu'entre les mains de la société qui les réalise, raison pour laquelle les aides à caractère financier, de même que les moins-values sur titres de participation, ne sont pas déductibles des résultats de l'associé<sup>156</sup>. Or, en venant consentir une avance de fonds, dont il est quasi certain qu'elle ne sera jamais remboursée compte tenu de la situation de la filiale au jour de son octroi, l'entreprise prêteuse pourrait échapper à cette interdiction. L'intérêt du prêteur ne peut donc être apprécié indépendamment du risque assumé compte tenu de la situation de l'emprunteur, la question faisant écho à celle du soutien abusif en droit bancaire.

La portée de l'arrêt *Monte Paschi* mérite alors d'être interrogée. La solution témoigne incontestablement de la volonté du Conseil d'État d'abandonner toute référence directe aux risques engagés en matière d'acte anormal de gestion et la décision prend des allures de *mea culpa*, sentiment renforcé par l'absence de signe annonciateur de ce revirement à l'exception de la décision *Rottapharm* précitée.

---

<sup>151</sup> CE, section, 10 juillet 1992, n° 69971 : *Dr. fisc.* 1993, n° 5, comm. 145 ; *RJF* 4/91, p. 264.

<sup>152</sup> Pour les exercices clos depuis le 4 juillet 2012, les aides à caractère financier ne sont plus déductibles, à l'exception de celles consenties dans le cadre de procédures collectives : CGI, art. 39, 13, réd. issue L. n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, art. 17. Pour les exercices antérieurs, les aides à caractère financier ne sont déductibles qu'à hauteur de la situation nette négative de la société aidée et, pour le surplus, à hauteur de la contre-participation de la société aidante : CE, 8<sup>e</sup>, 7<sup>e</sup>, 9<sup>e</sup> ss-sect., 30 avril 1980, n° 16253 : *RJF* 6/1980, concl. B. MARTIN-LAPRADE, *Rev. Sociétés* 1980, n° 4, p. 785, note B. PLAGNET.

<sup>153</sup> CGI, art. 219, I, a ter.

<sup>154</sup> CGI, art. 145 et 216 (régime mère-fille).

<sup>155</sup> CGI, art. 219, I, a *quinquies*.

<sup>156</sup> Sur la justification du principe de non déductibilité des aides à caractère financier par la volonté du législateur d'éviter une prise en compte des pertes entre les mains de l'associé, v. D. GUTMANN, *op. cit.*, n° 647, p. 418.



Néanmoins, ce critère demeure nécessairement et implicitement inclus dans celui de l'analyse de l'existence d'une contrepartie suffisante à l'acte pour justifier de l'intérêt de l'entreprise, sauf à menacer l'efficacité de certains dispositifs d'exclusion légale de déductibilité ou à permettre la prise en compte dans le résultat imposable d'opérations qui ne relèvent pas de la (libre) gestion de l'entreprise<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> V. not. N. LABRUNE, « Retour à la normale de l'acte anormal de gestion : l'abandon du risque manifestement excessif », *RJF* 11/16, n° 937 ; v. aussi F. DEBOISSY, « Prise de risque excessive et acte anormal de gestion », *Dr. fisc.* 2015, n° 23, étude 386.

# Le critère du risque dans la remise en cause des « montages fiscaux ».

## Réflexions à la lumière des droits français et américain

Kevin JESTIN

Maître de conférences en droit privé, Université de Haute-Alsace  
Directeur du Master Droit de l'entreprise, CERDACC (UR 3992)

**Prolégomènes.** La prise de risques est de l'essence même de la vie de l'entreprise, c'est donc logiquement qu'elle est saisie par le droit fiscal<sup>158</sup>. Cela se conçoit aisément puisque l'entrepreneur jouit d'une grande marge de manœuvre dans la mise en œuvre des opérations qu'il juge bénéfiques à son activité. L'existence de ce pouvoir commande un devoir de non-ingérence de la part de l'administration fiscale<sup>159</sup> et dans une certaine mesure du juge<sup>160</sup>. Cette absence d'ingérence dans la gestion de l'entreprise, qualifiée de principe de non-immixtion en France<sup>161</sup> et de règle du *business judgement* en droit américain<sup>162</sup>, se traduit par une prohibition de tout contrôle de l'opportunité d'une décision de gestion.

Le droit fiscal ne reste toutefois pas hermétique à la manière dont le contribuable gère le « *facteur risque* »<sup>163</sup>. En sanctionnant pendant longtemps la prise de risque « *manifestement excessive* » par la théorie de l'acte anormal de gestion<sup>164</sup>, mais également son insuffisance par application de l'abus de droit par fraude à la loi, la gestion de cet aspect peut recevoir une coloration fautive. Pour autant, face à une imbrication d'actes juridiques aux effets multiples, il est délicat d'apprécier le moment précis à partir duquel le critère contribue à faire sortir le « *montage* » de la zone *intra-legem*.

**Précision terminologique.** Il n'est pas inutile d'insister sur le fait que la notion même de « *montage fiscal* » (*tax scheme*) prête à discussion. Des deux côtés de l'Atlantique, on peut toutefois considérer que la notion sous-entend une succession d'actes juridiques indivisibles qui composent un « *ensemble contractuel* »<sup>165</sup> destiné à atteindre un but prédéterminé<sup>166</sup>. En

---

<sup>158</sup> On doit toutefois préciser, dans les pas du professeur D. Gutmann, que « *le risque pris par l'agent économique n'est pas en tant que tel l'objet de réglementation fiscale. C'est que le risque n'est pas en soi un actif ou un gain de quelque nature que ce soit pouvant donner prise à l'impôt* ». D. GUTMANN, « Le risque économique et le droit fiscal », in L. BRUNORI, S. DAUCHY, O. DESCAMPS et X. PRÉVOST (dir.), *Le droit face à l'économie sans travail*, Garnier, 2019, t. 1, p. 137 et s.

<sup>159</sup> L'administration ne serait être un « *contrôleur de gestion* ». M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 1999, p. 92.

<sup>160</sup> Le juge de l'impôt n'a « *pas à se substituer à l'entrepreneur* ». J. BURGUBURU, « Acte anormal de gestion : le juge prend-t-il trop de risque ? », *RJF*, 2008, n. 4, p. 331.

<sup>161</sup> Pour une discussion approfondie consacrée au principe de non-immixtion, v. X. SOUVIGNET, « Le principe de non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises existe-t-il ? », *RFFP*, 2012, n. 117, p. 239. Il est intéressant de noter que certains auteurs restent très sceptiques quant à son existence, v. par ex. M. COLLET, *Droit fiscal*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 215.

<sup>162</sup> À la différence de la France, son emprise sur le droit fiscal est beaucoup plus limitée. En revanche, davantage encore qu'en France, cette interdiction de toute immixtion du juge dans la gestion de la société s'affirme avec plus de force en droit américain. Sur ce sujet, v. L. Mc MILLAN, « The business judgment rule as an immunity doctrine », *Wm. & Mary Bus. L. Rev.*, 2013, vol. 4, n. 2, p. 521.

<sup>163</sup> Sur l'intérêt grandissant de la doctrine quant à la problématique de la « *gestion du risque fiscal* », v. par ex. A. BAKKER, S. KLOOSTERHOF, *Tax risk management : from risk to opportunity*, IBFD, 2010. J. L. ROSSIGNOL, « Risque et fiscalité de l'entreprise », *Dr. Pat.*, 2002, n. 109, p. 26.

<sup>164</sup> Sur l'abandon de la théorie du risque manifestement excessif par le Conseil d'État, v. CE, 13 juillet 2016, n. 375801, *SA Monte Paschi Banque*, *RJF*, 2016, n. 11, comm. 1245, chron. N. LABRUNE.

<sup>165</sup> Sur cette notion, v. par ex. I. NAJJAR, *La notion d'ensemble contractuel*, in Mél. A. DECOCQ, Litec, 2004, p. 509.

<sup>166</sup> Le montage exprime « *une combinaison finalisée d'actes juridiques* » (D. GALLOIS-COCHET, « Les montages en droit des sociétés », *RDC*, 2007, n. 3, p. 1022) qui sont « *interdépendants* » (par ex. S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007. S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris II, 2000) et concourent à la réalisation d'une opération dans un but prédéfini. L'appréciation de ce but implique le rapprochement des différentes étapes afin d'appréhender les finalités

ce sens, la doctrine n'hésite pas à affirmer que le montage<sup>167</sup> exprime une pratique qui « *instrumentalise les règles du système juridique* »<sup>168</sup>. Bien qu'il puisse répondre au besoin de l'activité économique, expression de la liberté économique ou contractuelle, il n'en demeure pas moins suspecté de participer au contournement d'une règle de droit. Dans le domaine fiscal, le montage demeure naturellement marqué par la suspicion<sup>169</sup>. En France comme aux États-Unis on s'accorde à reconnaître que l'expression a une « *connotation plutôt négative* ». Aux États-Unis, l'expression « *tax scheme* » renvoie plutôt à l'idée d'une opération juridique facilement duplicable par les professionnels du droit (ou du chiffre) permettant d'exploiter une lacune de la législation. En France, la notion de « *montage* » n'a été consacrée que « *pour dénoncer l'artifice dont il peut à l'occasion être le vecteur* »<sup>170</sup>.

**Approche méthodologique.** La présente recherche ne s'inscrit pas dans une démarche « *comparée appliquée* »<sup>171</sup> à proprement parler. L'ambition sera plus modestement de décrire les convergences et divergences constatées entre le droit fiscal des États-Unis et celui de la France, spécifiquement à la lumière du maniement du critère du risque par le juge. À cette fin, l'étude sera rythmée en deux temps. Dans un premier temps, il conviendra de circonscrire le cadre de l'analyse. Nécessaire à l'exercice de mise en perspective croisée, cette démarche préalable consistera à déterminer un « *instrument* » spécifique permettant la remise en cause d'un montage fiscal considéré comme abusif. Le choix sera porté sur un « *dispositif général anti-évasion fiscale* » (*General Anti-Avoidance Rule - GAAR*)<sup>172</sup> issu de l'ordre juridique interne : l'abus de droit au sens de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales (LPF) pour la France et la doctrine de la substance économique telle que codifiée à la section 7 701 de l'IRC américain (I)<sup>173</sup>. Ce n'est qu'une fois ce cadre d'analyse délimité que, dans un second temps, la place qu'accorde le juge au critère du risque lors de l'application de cet instrument sera discutée. L'analyse croisée des droits français et américain permettra de constater qu'une attention spécifique est généralement portée à ce critère (II), notamment en lien avec la qualité d'actionnaire du contribuable.

## I) La remise en cause du montage fiscal par l'application d'un dispositif général anti-abus de droit interne

**Similarité.** Lorsque le contribuable réalise des opérations juridiques dans le but de se placer

---

de l'opération. À cette fin, la recherche de l'unité du montage est préalablement opérée, ses effets normatifs étant ensuite appréciés. Parmi les finalités d'un montage, la variable fiscale occupe une place de choix.

<sup>167</sup> Le professeur J.-P. Dom considère que le montage forme une « *combinaison finalisée d'actes juridiques ordonnés et interdépendants* ». J.-P. DOM, *Les montages en droit des sociétés, aspect de droit interne*, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 1999. Pour sa part, le professeur D. Poracchia relève que le montage exprime « *une combinaison réalisée en vue de la création d'un effet déterminé, un ensemble d'actes juridiques finalisés* ». D. PORACCHIA, *Recherche sur les montages conçus par les professionnels du droit*, PUAM, 2008, p. 18. Le professeur Ducouloux-Favard, voyait dans un montage une « *combinaison de normes et d'institutions qui ensemble permettent d'atteindre une finalité autre que celle qui est attachée aux divers éléments du montage* ». Il serait, par conséquent, « *une combinaison de divers éléments en un tout servant à une certaine fin* ». C. DUCOULOUX-FAVARD, « Les montages juridiques », *LPA*, 2006, n. 212, p. 8.

<sup>168</sup> C. HANNOUN, « Méthodologie d'un droit des montages contractuels », *RDC*, 2007, n. 3, p. 1036.

<sup>169</sup> Que l'on songe à la notion de « *montage artificiel* » (v. par ex. art. 209 B II) inspiré de la jurisprudence européenne, ou encore à celle de montage « *non authentique* » (cf. art. 205 A CGI).

<sup>170</sup> F. DEBOISSY, « L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels », *RDC*, 2007, n. 3, p. 1006.

<sup>171</sup> Sur cette démarche, v. L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé. La méthode comparative*, LGDJ, 1974, t. 2.

<sup>172</sup> Par opposition aux « *règles spéciales anti-abus* », règles juridiques claires et précises, le plus souvent énumératives. Sur cette distinction, v. D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 764.

<sup>173</sup> Depuis plusieurs années, la multiplication des « *dispositifs généraux anti-évasion fiscale* » et l'utilité de tels dispositifs au champ d'application relativement large contribue à expliquer pourquoi de nombreux États se sont résolus à les intégrer dans leur corpus juridique. Il convient toutefois de relever que si les définitions de l'abus de droit sont nombreuses, elles peuvent différer selon les États. Même si l'architecture globale de ces dispositifs reste assez proche, l'intensité de la sanction liée au comportement abusif, mais également leur interprétation par les juges nationaux est susceptible de varier profondément.

sous un régime fiscal de faveur, sans que celles-ci présentent une véritable utilité économique, aux États-Unis (B) comme en France (A), il s'expose à une remise en cause de l'avantage fiscal obtenu. Le détournement de la liberté de choisir la voie la moins imposée est alors mis à jour et sanctionné par le juge qui s'efforcera de révéler la situation économique réelle.

## A) En droit français

**Unification.** Jusqu'à la réforme de l'article L. 64 du LPF opérée par une loi de finances rectificative de 2008, il existait une dualité des fondements de la répression des montages abusifs. Confronté à la question de savoir si la fraude à la loi permettait la condamnation des montages juridiques abusifs en dehors d'un fondement légal, l'arrêt *Janfin* est venu la propulser en tant que « *principe général* »<sup>174</sup>. L'idée « *que la procédure législative était devenue l'alpha et l'oméga de la répression des abus de droit* » avait pourtant fait son chemin<sup>175</sup>, mais quelques voix s'élevaient pour dénoncer ce qui s'apparentait à une incohérence<sup>176</sup>. Le juge administratif saisira l'opportunité qui lui était offerte pour mettre fin à cette spécificité fiscale<sup>177</sup> et, quelque temps plus tard, le législateur procédera à la fusion du fondement de la répression par modification de l'article L. 64 LPF<sup>178</sup>.

Dans sa version en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, l'article L. 64 LPF vient préciser qu' « *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'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* ». À la lecture de l'article, il apparaît que son périmètre est relativement large et qu'il renvoie à des réalités multiples (abus de droit par fictivité, fraude à la loi).

Si c'est bien sur le terrain de l'article L. 64 LPF que s'opérera la mise en perspective croisée des droits français et américain, on ne peut toutefois passer sous silence la diversification manifeste des formes de l'abus de droit<sup>179</sup>.

**Diversification.** Comme le suggère le professeur D. Gutmann, l'histoire de l'abus de droit fiscal a connu un coup d'accélérateur à l'occasion de la loi de finances pour 2019. En effet, son article 108 a introduit un nouvel article 205 A au sein du Code général des impôts (CGI), lequel

---

<sup>174</sup> L'arrêt fait simplement référence à l'existence d'un « *principe* » qui « *peut conduire l'administration à ne pas tenir compte d'actes de droit privé opposables aux tiers* ». Sans doute que les juges ont voulu faire référence à un « *principe général du droit* » que l'on retrouve dans différentes branches du droit. Sur ce point, v. M. DUBUY, « La fraude à la loi, étude de droit public », *RFDA*, 2009, n. 2, p. 243. CE, 27 septembre 2006, *Sté Janfin*, req., n. 26050.

<sup>175</sup> Concl. Commissaire du gouvernement L. OLLÉON sous l'arrêt *Janfin*, *Dr. fisc.*, 2006, n. 47, comm. 744, p. 2038, spéc. p. 2042.

<sup>176</sup> L'argumentation était fondée sur des analyses liées à la théorie des sources du droit. Pour plus de détails sur ce point, v. M. COZIAN, « La notion d'abus de droit en matière fiscale », *Gaz. Pal.*, 1993, n. 17, p. 50. M. COZIAN, F. DEBOISSY, « Les garanties procédurales de l'abus de droit », *RJF*, 1993, n. 2, p. 99.

<sup>177</sup> Comme le précisait O. Fouquet, « *avant la décision Janfin, le Conseil d'État n'a jamais eu à répondre à la question de savoir si, pour un impôt non soumis à la procédure légale des répressions des abus de droit, l'invocation d'un pouvoir général de la répression de la fraude à la loi était possible. Le moyen n'était pas d'ordre public et l'administration estimait ne pas pouvoir l'invoquer...* ». O. FOUQUET, « Fraude à la loi et abus de droit », *Dr. fisc.*, 2006, n. 47, comm. 65.

<sup>178</sup> Pour une mise en perspective historique approfondie, v. par ex. D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 767. C. DE LA MARDIÈRE, « Abus de droit », *Juris-Cl. Procédures fiscales*, 2015, fasc. 375.

<sup>179</sup> Sur ce point, v. D. GUTMANN, « Les dix définitions de l'abus de droit fiscal », *in* Mél. H. HOVASSE, LexisNexis, 2016, p. 381 et s.

contient une nouvelle règle anti-abus spécifique à l'impôt sur les sociétés<sup>180</sup>. Guidée par la nécessité de transposer l'article 6 de la directive ATAD, cette évolution est notamment marquée par la consécration de la notion de montage « *non authentique* », laquelle renvoie à une opération sans justification économique réelle. En parallèle, une nouvelle définition de l'abus de droit, au-delà de l'impôt sur les sociétés, a émergé sous la forme de l'article L. 64 A LPF<sup>181</sup>. Sous réserve de son articulation avec l'article 205 A CGI, ce « *mini-abus de droit* » est applicable à tous les impôts. La sémantique retenue reste très similaire à celle empruntée par l'article L. 64 LPF. On constate toutefois que le texte renvoie à l'exigence d'un « *motif principal* » d'éluider ou d'atténuer l'impôt alors que son « *grand frère* » (l'article L. 64 LPF) exige la démonstration d'un objectif exclusivement fiscal. On relève, par ailleurs, que la référence à un acte fictif a été gommée de l'article L. 64 A LPF.

## B) En droit américain

**Impulsion jurisprudentielle.** Parallèlement à l'appréciation de l'adéquation entre les faits de l'espèce et le régime juridique appliqué par le contribuable à travers un contrôle de la substance juridique<sup>182</sup>, le juge a la possibilité d'appréhender la substance économique d'une opération particulière. Initialement regroupées sous le même vocable de « *doctrine de la substance sur la forme* », les différentes « *doctrines judiciaires* » recouvrent aujourd'hui un ensemble protéiforme élaboré par les juges au gré de leur jurisprudence. Les modalités d'appréciation de la « *substance économique* » d'une opération sont le fruit d'un lent processus de maturation de la jurisprudence où l'alchimie entre les décisions *Gregory*<sup>183</sup>, *Knetsch*<sup>184</sup> et *Frank Lyon*<sup>185</sup> a permis l'éclosion du contrôle tel qu'il est façonné aujourd'hui<sup>186</sup>. Plus de quarante années après la consécration de la jurisprudence *Gregory*, la Cour Suprême précisa à l'occasion de l'arrêt *Frank Lyon* que « *le bénéfice d'une disposition fiscale ne sera accordé que lorsque l'opération aura une véritable substance économique découlant d'une activité d'affaire indépendante... non guidée uniquement par un objectif d'évasion fiscale* »<sup>187</sup>. C'est donc à partir du critère du « *but commercial* » émergé de la jurisprudence *Gregory*,

---

<sup>180</sup> Au terme de celui-ci, il est indiqué que « *pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés, il n'est pas tenu compte d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties. Aux fins du présent article, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique* ».

<sup>181</sup> L'article 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'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* ».

<sup>182</sup> Les auteurs distinguent généralement cinq « *doctrines* ». La doctrine de la « *substance sur la forme* » (au sens strict) de la « *simulation* », la « *doctrine par étapes* », la « *doctrine de la substance économique* » et enfin la « *doctrine du but commercial ou d'affaire* ».

<sup>183</sup> *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935).

<sup>184</sup> *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960). Sur l'arrêt, v. W. J. BLUM, « *Knetsch v. United States : a pronouncement on tax avoidance* », *Sup. Ct. Rev.*, 1961, vol. 61, p. 135.

<sup>185</sup> L'affaire *Franck Lyon* concernait une opération de « *sale lease back* » dans laquelle une banque avait vendu un immeuble à la société *F. Lyon* qui le loua immédiatement à son vendeur. L'opération permettait au vendeur de contourner des restrictions relatives à l'activité exercée alors que l'acheteur bénéficiait, grâce au montage, d'importantes déductions fiscales liées notamment à la dépréciation du bien. L'administration estima que l'opération était fictive (« *sham* ») et considéra que la banque était le véritable propriétaire du bien. De manière étonnante, la Cour Suprême désavoua l'administration fiscale et refusa de remettre en cause le montage. L'analyse de la Cour, essentiellement factuelle, ne fit aucune référence aux arrêts *Gregory v. Helvering* et *Knetsch*.

<sup>186</sup> Dès 1933, la *First Federal Court* utilisera l'expression « *substance économique* » (*American Security & Trust Co v. Tait*, 5 F. Supp. 337 D. Md. 1933), et ce n'est que bien plus tard qu'elle commencera à apparaître dans la jurisprudence fiscale de la Cour Suprême à l'occasion des arrêts *Fernandez v. Wiener* (*Fernandez v. Wiener*, 326 U.S. 340 [1945]) et *Knetsch* (sans qu'elle apparaisse toutefois en tant que « *doctrine* »).

<sup>187</sup> *Frank Lyon*, 435 U.S. 561 (1978), § 583-84.

complété par celui du « *but non exclusivement fiscal* » insufflé par l'arrêt *Frank Lyon*, que les tribunaux ont développé une doctrine à « *deux aspects* » (“*two-pronged test*”)<sup>188</sup>.

L'arrêt *Rice's Toyota* propose une parfaite illustration de la mise en œuvre de ce double test dans une affaire où le juge releva que l'opération, visant à obtenir la déduction d'intérêt d'emprunt, manquait « *subjectivement de but commercial et objectivement de substance économique* »<sup>189</sup>. À la lecture de l'arrêt, on distingue clairement les deux éléments nécessaires à la remise en cause de la situation juridique créée par le contribuable. Le montage pourra être écarté, d'une part, si l'opération ne présente aucune possibilité raisonnable de profit et, d'autre part, si le contribuable ne poursuit aucun but commercial autre que l'obtention d'un avantage fiscal.

**Codification législative.** Depuis 2001, sous l'impulsion des travaux du *Joint Committee on Taxation's*, le débat sur la codification de la « *doctrine* » réapparaissait de manière récurrente sans que les projets aboutissent<sup>190</sup>. Cette tendance assez constante à la procrastination, alimentée par l'anxiété de certains universitaires et de plusieurs organisations professionnelles hostiles au processus de codification<sup>191</sup>, sera finalement dépassée à l'occasion de l'adoption de l'*Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*. La nouvelle section 7701 (o) 1) précise désormais qu'une « *opération* » répondra à l'exigence de « *substance économique* » :

- (A) « *si l'opération modifie de manière significative (“meaningful way”) la position économique du contribuable (mis à part d'un point de vue fiscal)* », mais également
- (B) « *si le contribuable avait un but substantiel autre que fiscal à conclure l'opération* ».

Le texte apporte une clarification importante relative aux conditions de mise en œuvre de la « *doctrine* » en précisant l'application cumulative des critères objectif et subjectif. Une opération sera remise en cause si, d'une part, aucun changement (non fiscal) de la position économique du contribuable n'est constaté et, d'autre part, si le contribuable ne poursuivait aucun objectif commercial (autre que fiscal) au moment de réaliser l'opération.

**Similitude.** En France comme aux États-Unis, il est flagrant de constater que la nécessité de renforcer la sécurité juridique attachée à la remise en cause des situations abusives pour défaut de substance a conduit le législateur à entreprendre un effort important de clarification. Dans les deux pays, il apparaît que l'exigence de substance constitue un élément cardinal. La substance des structures ou des opérations réalisées s'exprime sous la forme d'un seuil minimal de matérialité des montages réalisés.

---

<sup>188</sup> Pour une formulation claire des deux aspects de la « *doctrine* », v. *Bail Bonds by Marvin Nelson, Inc. v. Comm'r*, 820 F.2d 1543, 1549, 9th Cir. (1987).

<sup>189</sup> *Rice's Toyota World v. Comm'r*, 752 F.2d 89, 94, 4th Cir. (1985).

<sup>190</sup> Depuis cette période de nombreux textes de loi contenaient une proposition allant dans ce sens. Pour les plus récents, v. *Nonitemizer real property tax deduction Act of 2006* (2006), *Farm bill*, contenue dans le *Food and energy security act of 2007* (2007), *Rangel bill* contenue dans le *Tax reduction and reform act of 2007* (2007), *AMT relief act of 2007* (2007).

<sup>191</sup> V. par ex. C. CANELLOS, « A tax practitioner's perspective on substance. Form and business purpose in structuring business transactions and in tax shelters », *S.M.U. L. Rev.*, 2001, vol. 54, n. 1, p. 47. Selon l'influente « *section fiscale* » du barreau de New York, la codification de la doctrine aurait pour effet de « *l'affaiblir* ». R. H. SCARBOROUGH, « NYSBA Tax section concerned about codifying substance doctrine », *Tax Notes T.*, 2000, p. 146.

## II) Le recours au critère du risque par le juge lors de la remise en cause du montage fiscal par l'application d'un dispositif général anti-abus de droit interne

**Mobilisation du critère.** À travers l'étude de la jurisprudence en lien avec l'appréciation de la substance économique d'un montage, il sera possible de démontrer que les juges français (A) et américain (B) adoptent une approche très pragmatique dans la détermination de l'intérêt réel d'une opération. Les pratiques judiciaires française et américaine seront comparées dans le but de mettre en évidence leurs similitudes ainsi que leurs différences dans le maniement du critère du risque avant d'insister sur les incertitudes inhérentes à l'application de celui-ci.

### A) En droit français

**Grille de lecture jurisprudentielle.** L'analyse de la jurisprudence révèle que le critère du risque apparaît comme un élément souvent déterminant dans la qualification frauduleuse d'un montage. La prise en compte du critère a pris une dimension nouvelle dans la jurisprudence comme le suggère l'arrêt *Bank of Scotland*<sup>192</sup>. Dans cette affaire, la requalification du contrat d'usufruit en contrat de prêt a été opérée dans la mesure où le contrat suggérait que la banque n'avait aucunement l'intention d'assumer les risques liés à sa prise de participation. Le Conseil d'État précisera que la cour administrative d'appel avait dénaturé la nature du contrat en relevant que l'administration n'avait pas démontré « *que la répartition des risques entre le cédant et le cessionnaire serait anormale dans le cadre d'une transaction internationale de ce type* ».

L'analyse de ce facteur prendra une place plus importante encore dans l'affaire *Axa* où la fraude à la loi a été écartée dès lors qu'il a été relevé l'existence d'un risque d'absence de rachat au dénouement du contrat<sup>193</sup>. En l'espèce, les juges ont estimé que les opérations d'achats à réméré d'actions par une banque, puis leur revente après détachement du coupon, ne présentaient pas un caractère artificiel. Pour le même type d'opération, dans l'affaire *Goldfarb* les juges préciseront que le ministre n'établissait pas « *que ces opérations, qui se sont traduites par l'élimination de la double imposition frappant les dividendes, auraient présenté un caractère artificiel* ». Il fut relevé par ailleurs que « *la société n'ayant pas, en l'absence de tout risque pour elle, acquis effectivement la qualité d'actionnaire, elles auraient procédé de la recherche par celle-ci, par l'acquisition de la qualité d'actionnaire, du bénéfice d'une application littérale des dispositions de l'article 158 bis du Code général des impôts...* »<sup>194</sup>.

Comme le suggèrent ces jurisprudences, la place occupée par le critère du risque est aujourd'hui prégnante. Dans l'un de ses articles, O. Fouquet a bien tenté de relativiser l'importance du critère en insistant sur le fait qu'il ne s'agissait que d'un témoignage de la réalité des achats d'actions. Selon ses propres termes, le recours au critère du risque n'avait « *pas de sens hors du contexte des affaires [Axa et Goldfarb]* »<sup>195</sup>. La référence à la notion de risque sera pourtant réitérée à l'occasion de l'arrêt *Charcuterie du Pacifique*<sup>196</sup>. Dans des

<sup>192</sup> CE, 29 décembre 2006, n. 283314, *Bank of Scotland*. Y. BÉNARD, « Fraude à la loi et treaty shopping : que penser de la décision Bank of Scotland ? » *RJF*, 2007, n. 4, p. 319.

<sup>193</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 septembre 2009, n. 305586, *SA Axa*.

<sup>194</sup> CE, 7 septembre 2009, n. 305596, *Sté Henri Goldfarb, Dr. fisc.*, 2009, n. 39, comm. 484, concl. L. OLLÉON, note E. MEIER et R. TORLET, *RJF*, 2009, n. 12, comm. n. 1138 et n. 1139, *BDCF* 2009, n. 12, n. 142, concl. L. OLLÉON.

<sup>195</sup> O. FOUQUET, « Fraude à la loi : l'explication du critère subjectif », *Dr. fisc.*, 2009, n. 39, comm. 287.

<sup>196</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 12 mars 2010, n. 306368, *Sté Charcuterie du Pacifique*.

termes très clairs, il fut relevé que la société au cœur du litige ne pouvait « *qu'être regardée comme ayant participé, à hauteur de 70 millions de francs CFP, à une opération financière dénuée de tout risque, dont l'unique objet était, pour elle, d'atténuer les charges fiscales...* »<sup>197</sup>. Dans cette dernière affaire, c'est bien parce que le contribuable a participé à une opération financière dénuée de risque que le Conseil d'État a retenu le caractère artificiel du montage.

**Ambiguïté.** Toute l'ambiguïté de la référence au critère du risque transparaît dans l'arrêt *Natixis*. En appel, les juges se sont largement inspirés de la grille de lecture issue de l'arrêt *Sagal* pour caractériser l'absence de substance économique<sup>198</sup>. Pour ce qui est de la problématique relative à l'avoir fiscal, ils iront toutefois un peu plus loin en venant préciser que la société *Natixis* ne se trouvait pas « *dans la situation d'un actionnaire supportant un risque relatif à sa participation dans la mesure où le dividende versé était seulement fonction des revenus du placement en obligations* ». L'importance accordée au critère du risque par les juges d'appel ne trouvera pas le même écho auprès du Conseil d'État<sup>199</sup>. Refusant de reprendre cette motivation axée sur l'absence de risque dans l'analyse de la motivation du montage, ils indiqueront que « *le fait qu'une prise de participation dans le capital d'une société présente un faible risque économique, compte tenu du contexte ou des circonstances dans lesquelles cette opération intervient, n'a pas pour effet en lui-même de supprimer le risque inhérent à la qualité d'actionnaire* ». Le critère du risque n'est donc pas complètement passé sous silence. Son rôle apparaît néanmoins plus restreint dans l'analyse proposée par les juges du Palais Royal. Plutôt qu'une prise en compte de l'argument du risque d'actionnaire en tant que tel, cet aspect factuel contribua à éclairer l'absence de substance économique d'une filiale partie au montage.

**Critère sous-jacent ?** Ces références récurrentes au critère du risque incitent-elles à penser qu'il constitue un aspect sous-jacent aux critères objectifs et subjectifs de l'abus de droit (L. 64 LPF) ? Sans qu'il s'agisse d'un élément véritablement autonome, il convient de relever que cet aspect s'éclaire à la lumière de ces deux critères. Comme le soulignent A. De Bissy et G. Dedeurwaerder « *en l'absence d'un intérêt autre que fiscal bien identifié, l'analyse du risque pris par le contribuable et, plus précisément, l'insuffisance de risque pris par celui-ci, devient décisive. En effet, si le contribuable assume un certain nombre de risques à l'occasion du montage qu'il élabore, c'est que ce montage présente pour lui un enjeu autre que fiscal* »<sup>200</sup>. A contrario, si le contribuable s'est dérobé à tout risque, il est fort probable qu'il ait poursuivi un but exclusivement fiscal. De même, au regard du critère objectif, ce sont les objectifs poursuivis par l'auteur de la norme qui doivent permettre d'apprécier la nature et le niveau de risque requis. Comme le suggère l'arrêt *Sté Fiumarella*<sup>201</sup>, c'est dans les situations les plus

---

<sup>197</sup> Il est intéressant de relever que l'approche retenue par le professeur F. Deboissy est différente. Dans son raisonnement, il est accordé une importance toute relative à la notion de risque lorsqu'il est relevé que « *le souscripteur courait un certain risque, en tout cas un risque plus important que dans les affaires Axa et Henri Goldfarb, puisque le rachat des titres ne pouvait intervenir qu'au moment de la délivrance du certificat de conformité à l'achèvement des travaux, soit en l'espèce deux ans après la souscription* ». C'est davantage sur la notion de substance que l'auteur légitime le redressement : « *le seul but de la souscription était l'obtention d'un crédit d'impôt et qu'elle n'avait pour le reste aucune justification économique. Pour cette raison, la souscription était artificielle, autrement dit dépourvue de toute substance et, par là même, abusive* ». En d'autres termes, « *cela revient à dire que l'existence d'un risque lié à l'opération ne suffirait pas à exclure l'abus de droit, dès lors que l'opération n'est motivée que pour une seule considération fiscale* ».

<sup>198</sup> CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 6 novembre 2012, n. 10VE0320, *SA Natixis*, concl. F. LOCATELLI, note E. MEIR et R. TORLET, *Dr. fisc.*, 2013, n. 23, comm. 310.

<sup>199</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss-sect., 11 mai 2015, n. 365564, *Sté Natixis*, concl. É. BOKDAM-TOGNETTI, note N. DE BOYNES, *Dr. fisc.*, 2015, n. 31-35, comm. 526.

<sup>200</sup> A. DE BISSY, G. DEDEURWAERDER, « *Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale* », *CDE*, 2012, n. 3, dossier 14, p. 31.

<sup>201</sup> Nulle mention de l'absence de risque dans les motifs de l'arrêt, sans doute parce qu'en l'espèce le montage était peu élaboré et que le but exclusivement fiscal était indiscutable. CE, 11 février 2011, n. 3093383, *Sté Fiumarella*, *Dr. fisc.*, 2011, n. 35, comm. 487.



déliçates à apprécier, lorsque l'application des critères objectifs et subjectifs ne peut se faire de manière limpide, que le « *facteur risque* » permet d'appréhender de façon plus précise les agissements du contribuable. Dans ce cas, il pourra contribuer à éclairer les modalités d'application de la théorie de l'abus de droit par fraude à la loi.

## B) En droit américain

**Analyse jurisprudentielle.** De l'autre côté de l'Atlantique, le maniement de la notion de risque par le juge s'est également fait de manière tout aussi délicate ; cela s'explique en partie par le fait qu'elle souffre d'une absence d'autonomie. Comme le révèle la jurisprudence, lorsqu'elle a été évoquée à l'appui du critère objectif, c'est principalement en lien avec l'exigence de profit. À l'occasion de l'arrêt *ACM Partnership* par exemple, il a été jugé que le risque économique et le gain escompté liés à une opération étaient insuffisants par rapport à l'avantage fiscal octroyé<sup>202</sup>. De même, l'arrêt *Horn* donna l'occasion à la *D. C. Circuit* de préciser la nécessité de condamner les « *opérations économiques fictives* » (*economic sham*) qui « *exploitent une faille de l'IRC sans être confrontées à un quelconque risque économique* »<sup>203</sup>. Certaines fois cependant, les juges ont refusé d'accorder au critère du risque une attention spécifique. Cela transparaît dans l'affaire *IES Industries* dans laquelle l'administration fiscale estimait que la transaction était critiquable dans la mesure où le contribuable n'encourait aucun risque de perte. Ce dernier, au contraire, affirmait qu'on ne pouvait lui reprocher de l'avoir minimisé préalablement à son investissement. Les juges lui donneront finalement raison en indiquant que « *le risque a bien été porté à son niveau minimum, mais c'est en partie dû au fait que la société [IES] l'a anticipé avant de s'engager dans l'opération* ».

Dans une large mesure, l'arrêt *Compaq*<sup>204</sup> illustre cette liberté prise par les juges dans la recherche de la substance économique d'une opération par application du critère du risque<sup>205</sup>. Dans cette affaire, la société américaine *Compaq* avait acquis des titres d'une société des Pays-Bas peu avant une distribution importante de dividendes. Quelque temps après l'acquisition, la distribution sera opérée et, conformément à la convention fiscale États-Unis - Pays-Bas, une retenue à la source appliquée. Tout de suite après la distribution, les titres sont cédés à leur détenteur initial après paiement d'une commission. Malgré la moins-value dégagée, l'intérêt de l'opération consistait à pouvoir bénéficier du crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source par une transaction réalisée dans un intervalle de temps très court. Dans sa déclaration fiscale, la société reporta un montant brut de dividende légèrement supérieur à la perte. Cette perte dégagée permettra de compenser la plus-value réalisée. Il sera demandé parallèlement un crédit d'impôt du montant de la retenue à la source. De manière assez subtile, la transaction a donc permis de dégager un déficit avant impôt et de bénéficier d'une imposition minimale aux États-Unis conjointement à un crédit d'impôt. Appréciée dans sa globalité, l'opération permettra de dégager un profit net après impôt relativement minime.

Assez étonnamment, malgré le but fiscal évident de l'opération, le juge rejeta l'application de la « *doctrine* » en se fondant sur une analyse du risque encouru lors de l'opération (§ 787).

---

<sup>202</sup> *ACM Partnership v. Comm'r*, 157 F.3d 231, 3d Cir. (1998).

<sup>203</sup> *Horn*, 968 F.2d, 1236, n. 8, D.C. Cir. (1992).

<sup>204</sup> *Compaq Computer Corp. v. Comm'r*, 277 F.3d 778, 5th Cir. (2001).

<sup>205</sup> Pour une analyse détaillée de l'affaire, v. B. CAMP, « Form over substance in fifth circuit tax cases », *Texas Tech. L. Rev.*, 2002, vol. 34, n. 3, p. 732. Pour une affaire similaire jugée en faveur du contribuable, v. *IES Industries Inc. v. Comm'r*, 253 F.3d 350, 355-56, 8th Cir. (2001).

L'opération d'achat-revente des actions de la société étrangère ayant été opérée par l'intermédiaire d'un *American Depositary Receipt (ADR)*<sup>206</sup>, un risque subsistait car, selon les juges, cette opération n'était pas « *réalisée dans un environnement contrôlé par Compaq et ses agents* ». En s'écartant de l'analyse du but de l'opération et partant du principe que la société *Compaq* poursuivait un but commercial simplement au regard d'un risque présumé, la décision propose une vision étonnante de la « *doctrine* » qui révéla une inconstance chronique dans son application<sup>207</sup>.

**Propositions.** Ces quelques exemples jurisprudentiels suffisent à montrer que « *les juges éprouvent le plus grand mal à manier la notion de risque* »<sup>208</sup>. Même si elle a parfois été rejetée expressément dans certaines affaires, la notion a puissamment intégré le champ de la répression en droit fiscal. En dépit de ce constat, il reste difficile de mesurer l'importance qui doit lui être accordée. Pour cette raison, un courant doctrinal milite pour une consécration expresse appuyée par une « *prise en considération généralisée* » dans l'appréciation de la substance économique d'un montage fiscal<sup>209</sup>. Selon le professeur T. Chorvat (*George Mason University*), le « *facteur risque* » doit devenir un « *élément clef dans la lutte contre les montages fiscaux standardisés* », il serait donc indispensable de mesurer « *le risque pris lors d'une opération ou à l'occasion d'une série d'opérations en le comparant avec l'avantage fiscal obtenu* »<sup>210</sup>.

Constatant que l'application de la « *doctrine de la substance économique* » demeurerait fluctuante<sup>211</sup>, le professeur A. D. Madison (*University of South Dakota*) considère qu'une prise en compte du critère du risque apporterait davantage de prévisibilité. Au terme d'une analyse approfondie, il considère que « *la notion de risque est facile à comprendre pour le contribuable et simple à appliquer... Tel n'est pas le cas des notions de "substance économique", "d'effets économiques significatifs"... Les contribuables créatifs et leurs conseillers ont réussi à créer artificiellement des pertes, des profits ou des crédits d'impôt. Il est peu probable en revanche qu'ils soient en mesure de créer un risque artificiel pour répondre à cette exigence sans commettre de fraude. Le cœur de ce qui est contestable dans un montage fiscal consiste à apprécier si l'une des parties a pris un risque. À l'inverse, il n'existe pas de montage ou toutes les parties ont pris un risque et que ce montage soit raisonnablement contestable* »<sup>212</sup>.

**Critique.** Il est difficile d'adhérer à cette analyse, car elle occulte plusieurs aspects qui paraissent déterminants. La consécration expresse du critère en vue de stabiliser l'application de la « *doctrine de la substance économique* » renvoie directement à la problématique de l'immixtion dans la gestion de l'entreprise. Au-delà de la réticence de certains juges à prendre

---

<sup>206</sup> La société était cotée aux États-Unis (*New York Stock Exchange*) sous forme d'ADR, lesquels correspondent à des certificats nominatifs émis par une banque qui gère pour le compte de l'émetteur les flux de dividendes.

<sup>207</sup> Pour une critique de la décision, v. L. A. SHEPPARD, « *News analysis-should riskless profit equal economic substance ?* » *Tax Notes*, 2002, n. 94, p. 153. D. A. WEISBACH, D. SHAVIRO, « *The fifth circuit gets it wrong in Compaq v. Comm'r* », *Tax Notes*, 2002, n. 94, p. 511.

<sup>208</sup> L. A. SHEPPARD, « *New analysis...* », *art. cit., loc. cit.* D'autres arrêts sont cités à l'appui de la démonstration, notamment l'arrêt *Yosha v. Comm'r*, 861 F.2d 494, 7th Cir. (1988).

<sup>209</sup> V. par ex. L. A. SHEPPARD, « *New analysis : drafting economic substance. Part. 3* », *Tax Notes Int'l*, 2005, vol. 106, n. 1020. C. I. KINGSON, « *The confusion over tax ownership* », *Tax Notes*, 2001, vol. 93, p. 409. D. P. HARITON, « *How to fix economic substance* », *Tax Notes*, 2003, vol. 99, p. 539, spéc. p. 543. C. LUKE, « *Risk return, and objective economic substance* », *Va. Tax Rev.*, 2008, vol. 27, p. 784.

<sup>210</sup> T. R. CHORVAT, « *Tax shelters, Dutch books and the fundamental theorem of asset pricing* », *Va Tax Rev.*, 2007, vol. 26, n. 4, p. 859, spéc. p. 862.

<sup>211</sup> A. D. MADISON, « *Rationalizing tax law by breaking the addiction to economic substance* », *Idaho L. Rev.*, 2011, vol. 47, n. 3, p. 441, spéc. p. 457.

<sup>212</sup> A. D. MADISON, « *Rationalizing...* », *art. cit.*, p. 470. Pour une position beaucoup plus nuancée sur ce point, v. L. LEDERMAN, « *W(h)iter economic substance ?* », *Iowa L. Rev.*, 2010, vol. 95, p. 389, spéc. p. 441.

en considération cet aspect<sup>213</sup>, la question de la délimitation de la « *prise de risque acceptable* » reste entière. Par l'ampleur des hypothèses envisageables, la notion de risque demeure rétive à toute définition qui soit à la fois souple et précise<sup>214</sup>.

Le lien avec l'exigence de conformité aux objectifs de l'auteur de la norme est logique. Lorsque le législateur a souhaité attribuer un avantage fiscal à un actionnaire, celui qui se soustrait au risque inhérent à cette fonction ne peut prétendre avoir cette qualité. En revanche, au regard du critère subjectif relatif à la motivation du contribuable, le critère du risque présente beaucoup moins de pertinence. Un contribuable qui cherche un placement financier sans risque ne poursuit pas nécessairement un objectif fiscal. Le critère du risque est donc à manier avec précaution<sup>215</sup>. Des considérations fiscales ne doivent pas venir entraver les décisions du contribuable quant au degré de risque à prendre dans la conduite de ses activités<sup>216</sup>. Il ne doit s'agir que d'un critère accessoire qui, à la discrétion du juge, peut venir éclairer la recherche des intentions des auteurs de la norme.

**Conclusion.** Au terme de ces analyses, il faut reconnaître que le « *facteur risque* » est susceptible d'exercer une influence sur la perception du montage lorsque celui-ci est construit dans le but de tirer profit d'une disposition fiscale. Une reconnaissance à la fois doctrinale et jurisprudentielle s'est opérée de manière concomitante<sup>217</sup>, l'étendue de la prise de risque par le contribuable devenant un aspect que de nombreux juges n'hésitent pas à envisager de manière assez hétérogène<sup>218</sup>. Au-delà de leur particularité, le trait commun des jurisprudences françaises et américaines réside dans la tendance à apprécier si le contribuable se trouve dans la situation d'un actionnaire qui supporte un risque inhérent à sa participation. Lorsque la participation au capital d'une société est dictée par le souci d'obtenir un avantage fiscal, sans véritable intention de devenir associé – en d'autres termes sans la volonté d'assumer les risques attachés à cette qualité – le contribuable s'expose à une remise en cause du montage. Il s'agit donc d'un aspect qui, s'il demeure diversement apprécié par les juges, fait l'objet d'une attention spécifique des deux côtés de l'Atlantique.

---

<sup>213</sup> Refusant de rentrer dans des considérations qui les auraient conduits à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise, les juges dans l'affaire *IES Industries* préciseront de manière claire qu'ils n'étaient : « *pas enclin à considérer qu'une opération soit considérée comme fictive... au motif qu'elle n'implique pas une prise de risque excessive. Le fait d'apprécier si la société IES a accepté davantage de risque qu'elle n'aurait dû ne peut conduire qu'à une immixtion [critiquable] dans la gestion de l'entreprise* ». *IES Industries Inc. v. Comm'r*, 253 F.3d 350, 355, 8th Cir. (2001).

<sup>214</sup> *Contra*, v. A. D. MADISON, art. cit., loc. cit.

<sup>215</sup> Selon le professeur X. Cabannes, il faudrait tout simplement l'abandonner. X. CABANNES, « Chronique de jurisprudence fiscale relative à la Polynésie française », *CLJP JDCP*, 2012, n. 18, p. 141.

<sup>216</sup> Pour une analyse en ce sens, v. D. N. SHAVIRO, « Economic substance, corporate tax shelters and the Compaq case », *Tax Notes*, 2007, vol. 88, p. 221, spéc. p. 222.

<sup>217</sup> En droit américain, à défaut d'avoir été consacrée expressément par la loi, la doctrine administrative y fait référence. Parmi d'autres critères (une vingtaine), il est indiqué que la « *doctrine de la substance économique* » n'a pas vocation à s'appliquer lorsque « *l'opération présente un risque significatif de perte* » ou que le « *contribuable ne se retrouve pas dans une situation qui réduit ou élimine largement le risque économique de l'opération* ». *Guidance for Examiners & Managers*, LB&I directive, 2011.

<sup>218</sup> Dans son analyse des arrêts *Axa et Goldfarb*, le professeur F. Deboissy ne manquera pas de préciser que « *la référence par le Conseil d'État au critère du risque, qui a conduit en l'espèce à écarter le caractère artificiel de l'opération, a suscité une incompréhension légitime chez les commentateurs. En effet, l'acquéreur ne courait aucun véritable risque tant il était évident, compte tenu de la chronologie des opérations, qu'il était certain de pouvoir revendre ou rembourser les titres à très brève échéance* ». De même, une critique est opérée à l'encontre de l'arrêt *Charcuterie du Pacifique* lorsqu'il est indiqué que la société *C. du Pacifique* n'a pas supporté les risques de l'investisseur et qu'en sa qualité de porteur d'actions elle devait être considérée comme ayant participé à « *une opération dénuée de tout risque* ». Comme cela a été indiqué très justement, « *force est cependant de constater qu'en l'espèce, le souscripteur courait un certain risque, en tout cas un risque plus important que dans les affaires Axa et Henri Goldfarb, puisque le rachat des titres ne pouvait intervenir qu'au moment de la délivrance du certificat de conformité à l'achèvement des travaux, soit en l'espèce deux ans après la souscription* ». F. DEBOISSY, note ss. CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 12 mars 2010, *Sté Charcuterie du Pacifique*, *Dr. fisc.*, 2010, n. 19, comm. 307.

**PARTIE II**  
**UN AUTRE REGARD SUR...**

## Un autre regard sur... le risque fiscal en matière bancaire

**Cloé MILACHON**

**Juriste Fiscal en Fiscalité Personnelle et Patrimoniale,  
Crédit Industriel et Commercial (CIC)**

En tant que Juriste Fiscal au sein de la Direction Juridique d'un établissement bancaire, la question du risque fiscal est au cœur de nos préoccupations. Nous intervenons, en effet, en conseil sur toutes sortes de questions ou problématiques fiscales auprès de tous les métiers de la banque : chargés de clientèle particuliers, patrimoniale ou professionnelle, banquiers privés et ingénieurs patrimoniaux, centres d'affaires entreprises, financements spécialisés, mais aussi, des filières et métiers internes comme les Titres, la Conformité, la Gestion d'Actifs, les juristes contrats, la direction commerciale et marketing, et bien-sûr, la direction financière. Parmi cette diversité d'interlocuteurs possibles, les questions de savoir : « *avons-nous un risque fiscal à mettre en place cette opération ?* » ou « *sommes-nous en conformité d'un point de vue fiscal ?* » sont récurrentes et communes à tous, tant pour tenter d'évaluer les risques fiscaux qui pourraient peser sur la banque, que pour évaluer ceux qui pourraient peser sur le client, lorsqu'il s'agit d'opérations clientèle.

De mon point de vue, je constate que la fiscalité est un domaine souvent mal connu du grand public, qui est généralement perçu comme opaque et nébuleux. Il n'est, en effet pas toujours aisé pour un interlocuteur non averti de savoir quel est le régime fiscal qui s'appliquera à son cas particulier, quelles sont les obligations fiscales qui lui incombent et quelles sanctions il est susceptible d'encourir en cas de non-respect ou de « mal-respect » des règles fiscales. L'un des aspects majeurs de notre travail consiste donc d'abord à restituer les règles et régimes fiscaux applicables aux cas présentés dans des termes simples et compréhensibles par tous. Nous renforçons également cet effort de pédagogie par des plans de formation des équipes, lorsque nous le pouvons, pour transmettre les notions de base. Cela nécessite, cependant, d'effectuer des rappels réguliers, car ces notions ne sont pas toujours bien comprises. Par exemple, lors de sessions de formations de sensibilisation à la fiscalité internationale pour les particuliers, j'ai souvent pu constater que l'affirmation : « *n'est pas forcément résident fiscal d'un Etat un contribuable qui y paye des impôts* » n'était pas toujours très intuitive pour les équipes et suscitait fréquemment des regards interrogatifs !

Face à cette méconnaissance des règles fiscales, nous observons deux situations, tout à fait inverses, quant à l'appréhension du risque fiscal : celui-ci peut-être tantôt négligé, donnant lieu à des opérations qui nous apparaissent parfois hasardeuses... A l'inverse, le risque fiscal peut aussi parfois être surestimé ou exagéré. En tant qu'expert-conseil, notre rôle peut donc revenir tantôt à alerter, tantôt à dédramatiser !

Sur le fond, la majeure partie des questions que nous sommes amenés à traiter portent souvent sur le risque de requalification fiscale d'une opération à laquelle la banque participe, par exemple, en tant que teneur de compte, créancier-prêteur etc... Il nous est souvent demandé d'évaluer les risques encourus par le client ou par la banque à mettre en place telle ou telle opération. Les risques que nous observons sont principalement des risques de requalification sur les fondements des procédures d'abus de droit prévue à l'article L64 du

Livre des Procédures Fiscales (LPF) ou de mini-abus de droit, à l'article L64 A du LPF, ou d'acte anormal de gestion. S'il apparaît relativement difficile de se prononcer dans un tel cas en lieu et place de l'appréciation que pourrait faire l'Administration fiscale d'une situation donnée dans le cadre d'un contrôle, nous nous positionnons généralement en tentant de relever les différents points d'entrée dont pourrait disposer l'Administration pour requalifier une opération, et la marge d'interprétation que ceux-ci pourraient susciter. Nous raisonnons également fréquemment par comparaison du cas présenté avec la jurisprudence connue, dont nous effectuons un état des lieux pour voir si un cas précédemment jugé pourrait se rapprocher du cas d'espèce. Cela nécessite donc des efforts de veille juridique importants, afin de se tenir constamment informés de l'actualité jurisprudentielle dans nos principaux domaines d'intervention.

Ainsi, il y a dans le domaine de la gestion patrimoniale un certain nombre d'opérations récurrentes sur lesquelles nous pouvons être amenés à alerter fréquemment quant aux risques d'abus de droit potentiels, à divers degrés.

Par exemple, il arrive que nous soyons sollicités sur des montages de plus en plus pratiqués d'acquisition immobilière en démembrement de propriété temporaire entre des personnes physiques nu-propriétaires, et des sociétés d'exploitation usufruitières temporaires. Dans un tel cas, il peut être admis que la société d'exploitation puisse déduire de son bénéfice imposable des charges relatives à l'amortissement de l'usufruit temporaire qu'elle acquiert. Ceci résulte d'une construction jurisprudentielle (voir notamment l'arrêt du Conseil d'Etat SA *Sife* du 21 août 1996<sup>219</sup>), qui avait admis l'amortissement de l'usufruit temporaire, à la condition que plusieurs critères soient réunis. Nous veillons donc à ne sélectionner que les dossiers qui nous semblent remplir parfaitement les différentes conditions sur lesquelles s'est fondée cette jurisprudence. A l'inverse, de tels montages ont pu faire l'objet de requalifications récentes. Ainsi dans un arrêt de la Cour d'Appel Administrative (CAA) de Nantes du 31 mai 2018<sup>220</sup>, la Cour ayant relevé au cas d'espèce la distribution d'avantages occultes, ou, dans le même sens, dans un arrêt de la CAA de Lyon, du 7 septembre 2020<sup>221</sup>. De même, par 15 avis rendus le 15 novembre 2019 et publiés le 27 février 2020, le Comité de l'Abus de Droit Fiscal a confirmé la position de l'Administration fiscale ayant requalifié de tels montages sur le fondement de la procédure d'abus de droit, relevant en particulier l'absence de libération du capital des sociétés prenant part au montage en l'espèce, lui conférant un caractère jugé artificiel. Ainsi, nous nous positionnons systématiquement en défaveur des montages présentant des caractéristiques similaires à ces cas requalifiés.

Dans le même ordre d'idée, nous sommes régulièrement sollicités sur des cas de ventes à soi-même de biens immobiliers ou de parts de sociétés (*Owner Buy Out*). Si les montages dits « d'OBO » ne font l'objet d'aucune interdiction légale et bénéficient jusqu'à ce jour d'une jurisprudence plutôt favorable, certains des montages qui nous sont présentés frôlent parfois l'artificialité. Nous nous efforçons alors de sélectionner les seuls montages qui nous semblent fournir une substance économique et juridique suffisante (réorganisation d'un groupe de sociétés, transmission, départ en retraite etc...), et écartons les montages qui ne nous

---

<sup>219</sup> n° 154488, Publ. au Lebon.

<sup>220</sup> n° 16NT04182.

<sup>221</sup> 2<sup>e</sup> chambre, n° 19LY00597.

paraissent que mis en place dans le seul but de créer ou de recréer des charges financières en face d'un bien ou sur une structure qui le nécessite.

Un autre montage sur lequel nous nous positionnons régulièrement défavorablement est celui des aménagements de clauses bénéficiaires de contrats d'assurance emprunteur décès, consistant pour la banque créancière à renoncer au bénéfice de premier rang du contrat, au profit des bénéficiaires de second rang (souvent, la famille du dirigeant assuré). Si ce montage a été admis par la jurisprudence<sup>222</sup> du point de vue de la déduction des primes d'assurance de son bénéfice imposable par la société emprunteuse, il n'en demeure pas moins que ce montage reste, à nos yeux, frappé d'artificialité, puisque difficilement justifiable par un autre but que celui d'avantager les héritiers, en ce qu'il permet de maintenir la dette bancaire au passif de la succession. Le rôle de la direction juridique dans ce type de dossier est alors d'alerter la banque sur les risques d'un tel dossier, en vue d'adopter sur ce point un positionnement quasi systématiquement défavorable.

Ces dossiers sont des exemples parmi les plus récurrents dans notre cœur de métier, et peuvent potentiellement représenter pour la banque comme pour les clients des enjeux considérables. En effet, tout d'abord, nos clients pourraient se trouver, en cas de requalification, dans la situation de devoir faire face à des rappels d'impositions, assortis des intérêts de retard et des majorations pouvant aller jusqu'à 80%, ce qui peut dans certains cas représenter des montants très importants. Ceci représente aussi un enjeu non négligeable pour la banque, notamment dans le cadre de l'octroi de financements, puisque ces clients pourraient voir leurs capacités de remboursement obérées par les pénalités fiscales auxquelles ils pourraient avoir à faire face. De plus, cela est sans compter les risques de sanctions pénales, qui pèsent désormais sur les plus gros dossiers d'abus de droit depuis l'entrée en vigueur de la récente loi relative à la lutte contre la fraude<sup>223</sup>. La vigilance quant aux dossiers financés s'en trouve renforcée, le risque de participer à une opération qui pourrait potentiellement faire porter à notre clientèle de tels risques étant tout simplement inenvisageable.

En outre, lorsque l'abus de droit est prononcé, les conseils à l'origine de l'opération peuvent être tenus solidairement responsables des pénalités fiscales mises à la charge du contribuable. Ceux-ci peuvent également encourir les mêmes sanctions pénales. Le conseil juridique et fiscal étant hors du champ de compétences d'un établissement bancaire, celui-ci ne saurait se trouver en position de « conseil » à proprement parler sur une opération. Cependant, la Banque étant un professionnel averti qui peut faciliter la mise en place de certaines opérations ou montages en fournissant ses produits ou services bancaires, elle est donc toujours susceptible de tenir une place importante. Sa responsabilité dans le montage est donc toujours discutable. Outre les sanctions fiscales voir pénales qui pourraient peser sur la banque, il y a également un risque non négligeable d'image à voir l'enseigne de la banque associée à de tels dossiers.

Outre ces montages atypiques, nos clients nous remontent également de fréquentes interrogations à propos des donations, dont nous nous apercevons régulièrement que les contours apparaissent flous et ne sont pas toujours bien compris. Les transferts entre comptes

---

<sup>222</sup> CE 10 juillet 1992, n° 110213.

<sup>223</sup> Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018.

bancaires, personnels ou multi-détenteurs, avec des enfants mineurs ou encore, la prise en charge du remboursement de l'emprunt d'un tiers, sont parfois des opérations qui peuvent faire l'objet de requalifications en donations, ce dont nos clients n'ont pas toujours conscience. Il en va de même des réappropriations par le donateur du produit de la cession d'un bien donné. Notre rôle est alors d'alerter les chargés de clientèle sur ces risques potentiels pour impérativement revoir le traitement de certaines opérations.

De même, une grosse partie de notre activité est centrée sur l'encadrement des opérations sur titres non cotés au sein des Plans d'Épargne en Actions (PEA). Avec la création du PEA-PME, les incitations gouvernementales à profiter du cadre fiscal favorable du PEA pour investir dans les petites et moyennes entreprises ont porté leurs fruits, si bien que le nombre de ce type de dossiers explose auprès des établissements bancaires. Il s'agit parfois d'un cadeau fiscal non négligeable, puisque les plus-values retirées de la revente de certaines de ces entreprises peuvent être très importantes. Traitées dans le cadre de l'enveloppe PEA, ces plus-values de cessions se trouvent alors totalement exonérées d'imposition.

Cependant, la réglementation très stricte régissant le fonctionnement du PEA et de la procédure, très lourde, imposée par l'Administration fiscale pour l'inscription de titres non cotés en PEA, sont souvent très mal connues des clients et de leurs conseils. Les erreurs de procédure, à l'inscription ou en cours de vie du titre, sont souvent très nombreuses (encaissement du prix de cession ou de dividendes hors du plan, sommes retenues en dehors du plan en raison de diverses clauses du contrat de cession, apport des titres à une autre société non signalé...). Or, ces erreurs sont souvent de nature à compromettre le maintien du plan, que la banque se doit alors de clôturer, comme le lui commandent ses obligations d'établissement gestionnaire de plan. Au vu des avantages fiscaux parfois considérables qui s'en trouvent compromis, naissent parfois des situations explosives ! Là encore, nous devons composer pour maîtriser le risque de la banque : sanctions financières et disciplinaires pour non-respect de ses obligations d'établissement gestionnaire de plan, voire complicité de fraude fiscale, pour avoir permis à un client de bénéficier d'avantages fiscaux indus, ainsi que les risques du clients, qui encourt un redressement fiscal, d'autant que les contrôles consécutifs à la cession de titres non cotés dont la plus-value est exonérée fiscalement, sont de plus en plus nombreux. Nous constatons sur ce point que nos clients investisseurs sont bien souvent dans l'ignorance des risques qu'ils encourent en se livrant à des opérations peu ou pas du tout encadrées.

Enfin, je terminerai sur un dernier aspect qui occupe une place croissante dans nos activités : la fiscalité internationale, du fait de l'internationalisation de plus en plus importante de nos clients et de leurs affaires. En résultent des situations parfois très complexes à gérer, lorsque les droit internes de plusieurs pays viennent à se mêler. Ces situations ne sont pas toujours résolues par les Conventions Internationales, en particulier du point de vue des successions, qui sont aussi un aspect que la Banque se doit de gérer : quel sort réserver aux avoirs inscrits en ses livres en présence d'intérêts répartis dans plusieurs pays du monde ? Comment s'assurer d'appliquer correctement les règles dans un tel cas ? Nos services n'ont, d'ailleurs, des connaissances qu'en droit et en fiscalité locale. Il est tout simplement impossible de maîtriser parfaitement les régimes fiscaux de l'ensemble des pays du monde, et de faire face à la diversité de cas présentés par notre clientèle à l'internationalisation grandissante.



Cela s'accompagne d'exigences réglementaires de plus en plus strictes dans le domaine de la coopération internationale pour la lutte contre la fraude fiscale : FATCA, avec les Etats-Unis, l'Echange Automatique d'Informations Fiscales (EAI), la réglementation européenne DAC 6... La Banque se doit d'être en parfaite conformité avec ces réglementations qui s'imposent à elle, et dont les règles sont parfois très complexes. Au risque d'encourir là encore des sanctions, qui peuvent être financières (amendes...), disciplinaires ou commerciales (perte d'agrément, risque d'image...).

A travers cette diversité d'exemples, on constate que le risque fiscal en matière bancaire existe sous différents aspects, et qu'il est susceptible de représenter, pour les clients comme pour la banque, des enjeux parfois considérables. Nous constatons que ce risque est souvent méconnu par nos clients, comme par les employés de la banque non avertis, car la fiscalité et ses règles sont particulièrement complexes à appréhender pour le grand public. La maîtrise de ce risque, en tentant d'anticiper du mieux possible les risques potentiels, est donc un enjeu de taille pour les établissements bancaires et leurs clients. En matière patrimoniale, comme dit plus haut, la banque n'étant pas compétente pour délivrer des conseils juridiques et fiscaux à sa clientèle, son rôle est alors avant tout un devoir d'alerte et de sélection des dossiers, et de mise en conformité à ses obligations réglementaires, les clients étant systématiquement renvoyés à l'expertise de leurs conseils juridiques et fiscaux personnels (avocat, notaire, experts-comptables...) pour sécuriser leurs opérations dans les meilleures conditions.

**PARTIE III**  
***VARIA***

# **La détermination de la spécificité de la victime d'actes de terrorisme**

**Héloïse CARTRON-PICART**

**Docteure en droit, thèse portant sur « L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme à l'épreuve des attentats de masse »**

**Laboratoire IODE UMR CNRS 6262**

A l'heure où le procès des attentats du 13 novembre 2015 débute, il est important de rappeler que, quelle que soit la configuration de l'attentat, qu'il concerne un nombre faible ou important de personnes, la victime d'acte de terrorisme est une victime spécifique et doit être reconnue comme telle. Très tôt, le législateur en a pris acte. Il s'est évertué à la singulariser à travers différentes lois. Seulement la question se pose de savoir si le législateur n'est pas allé trop loin dans cette reconnaissance. En effet, selon nous, si cette spécificité doit être reconnue (I), elle nécessite cependant d'être délimitée (II).

## **I) La reconnaissance de la spécificité de la victime d'actes de terrorisme**

Le dessein de particulariser la victime d'attentat s'est concrétisé, entre autres, par la mise en place d'un fonds de solidarité nationale (A) et par l'allocation du statut de victime civile de guerre (B).

### **A) La proposition d'amélioration de l'indemnisation par le fonds de solidarité nationale**

**L'apparition d'une souveraineté du FGTI** – Le législateur a, tout d'abord, créé en 1986 un fonds entièrement dédié aux victimes d'attentats, le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme (FGVAT)<sup>224</sup>. Quatre ans plus tard, lorsqu'il s'est agi d'intégrer à cet organisme la prise en charge des victimes d'infractions de droit commun, le législateur a fait le choix de conserver le régime particulier des victimes d'attentats en le distinguant clairement de celui des autres victimes d'infractions<sup>225</sup>. C'est ainsi qu'est né le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) que nous connaissons aujourd'hui. Cet organisme est ainsi chargé d'indemniser intégralement les victimes d'attentats commis sur le territoire national quelle que soit leur nationalité, ainsi que les victimes françaises d'actes de terrorisme perpétrés à l'étranger. Une question fondamentale apparaît alors : qui peut précisément être considéré comme victime d'un acte de terrorisme ? Dans les faits, lorsque survient un tel évènement, un protocole opérationnel se met en place. Les pouvoirs publics se sont progressivement équipés d'un outil fonctionnel qui détaille les méthodes de prise en charge des victimes d'actes de terrorisme. Sa première version est issue de l'instruction interministérielle du 6 octobre 2008<sup>226</sup>. L'instrument central de celle-ci est la liste officielle des victimes<sup>227</sup>. Ce document a pour finalité le recensement des personnes décédées, blessées et

---

<sup>224</sup> Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme, JO 10 septembre 1986, p.10957.

<sup>225</sup> Loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le Code de procédure pénale et le Code des assurances et relative aux victimes d'infractions, JO 11 juillet 1990, p.8175.

<sup>226</sup> Instruction interministérielle n° 860/SGDN/PSE/PPS du 6 octobre 2008 relative à la prise en charge des victimes d'actes de terrorisme.

<sup>227</sup> Anciennement appelée « liste unique des victimes » (LUV), cet outil a pris le nom de liste partagée suite à l'instruction interministérielle n° 5979/RG du 10 novembre 2017.

impliquées à l'occasion d'un acte de terrorisme. Bien que dépourvue de toute valeur impérative<sup>228</sup>, cette liste reste l'outil sur lequel se base le FGTI pour mettre en place l'indemnisation. Or, les attentats de masse du 13 novembre 2015, et ceux en milieu ouvert du 14 juillet 2016, ont bouleversé les techniques de prise en charge utilisées jusqu'alors par l'organisme. Le nombre important de victimes et la configuration particulière des attentats n'ont pas permis aux acteurs de la prise en charge de dresser une liste effective. Le fonds de garantie a dû se réinventer. Cependant, ces décisions prises dans l'urgence de la situation n'ont pas toujours été favorables aux victimes. Aussi, à la suite des attentats de Nice, le FGTI a, par exemple, fictivement dressé un périmètre géographique à l'intérieur duquel devait se trouver la personne pour prétendre bénéficier de son régime indemnitaire. Cette pratique est dangereuse car elle revient, *in fine*, à laisser l'organisme payeur décider seul des bénéficiaires de sa prise en charge.

**La création de remparts face à la souveraineté du FGTI** – Cette souveraineté du FGTI a été mise à mal simultanément par la jurisprudence et le législateur. Dans un premier temps, les juges du fond ont écarté l'éventualité d'un pouvoir normatif de l'organisme payeur<sup>229</sup>. Dans un second temps, une loi du 23 mars 2019<sup>230</sup> a consacré la compétence exclusive du tribunal judiciaire de Paris pour connaître les différends relatifs à l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme, et notamment la question de la qualité de victime. L'un des avantages de cette création est l'élaboration d'une jurisprudence en la matière. Toutefois, ce dispositif requiert indubitablement le recours au juge, et entraîne donc un ralentissement de la procédure indemnitaire. C'est la raison pour laquelle notre étude a cherché à anticiper ce recours au juge et à proposer une phase amiable plus impartiale. Les actes de terrorisme ne sont pas les seuls événements pouvant être opérés dans un espace géographiquement ouvert et occasionnant un grand nombre de victimes potentielles. Il en est de même pour les catastrophes naturelles. En effet, qu'elles s'étendent sur une grande partie d'un territoire ou qu'elles soient d'une faible ampleur, il est souvent délicat de circonscrire géographiquement les catastrophes naturelles. C'est la raison pour laquelle le législateur de 1982 a instauré une condition administrative à l'octroi de la garantie. Le Code des assurances prévoit en effet que l'état de catastrophe naturelle doit être « *constaté par arrêté interministériel qui détermine les zones et les périodes où s'est située la catastrophe naturelle* »<sup>231</sup>. La décision de reconnaissance de l'état de catastrophe naturelle appartient conjointement au ministre de l'Intérieur, au ministre de l'Économie et au ministre du Budget, à travers une « Commission interministérielle des catastrophes naturelles »<sup>232</sup>. Il serait selon nous envisageable d'imaginer un système similaire pour l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme. Transposé à celle-ci, il s'agirait de laisser à une « Commission interministérielle des actes de terrorisme » le soin de déterminer la zone dans laquelle la personne doit se trouver pour prétendre à une indemnisation du FGTI. Cette commission pourrait être composée du ministre de l'Économie et des Finances, du ministre de la Justice, du ministre de l'Intérieur, et du ministre de la Solidarité et de la Santé. L'avantage serait la délimitation d'un périmètre par une autorité administrative indépendante, autre que le payeur. Il conviendrait cependant d'enserrer la décision de la commission dans des délais stricts afin de ne pas occasionner un retard dans la

---

<sup>228</sup> Cass. 2<sup>e</sup>. civ., 8 février 2018, n° 17-10456.

<sup>229</sup> TGI Nice, 11 février 2019, n°18/00222.

<sup>230</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

<sup>231</sup> Article L125-1 alinéa 4 du Code des assurances.

<sup>232</sup> Communément appelée « Commission interministérielle des cat. nat. », elle a été créée par la circulaire n°84-90 du 27 mars 1984 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles.

prise en charge indemnitaire. Nous sommes conscients qu'à l'heure actuelle, quatre des neuf membres du conseil d'administration du fonds de garantie sont des représentants des ministères cités. Nous pensons néanmoins qu'en déconnectant entièrement la décision de l'organisme payeur, une plus grande impartialité règnerait. Il en ressortirait deux avantages. D'une part, ce système ôterait toute dimension politique à la décision du choix d'un périmètre d'indemnisation. Aucune pression ne pourrait ainsi être exercée par des membres du conseil d'administration en vue d'une quelconque réduction du périmètre dans une optique de diminution des coûts. D'autre part, les victimes et leurs conseils seraient moins enclins à reprocher à l'organisme son manque d'impartialité. La décision serait *in fine* prise de manière objective, sans égard aux intérêts de chacun.

## **B) La proposition d'amélioration du statut de victime civile de guerre**

**Un statut juridiquement contestable** – Une loi du 23 janvier 1990 reconnaît aux victimes d'actes de terrorisme le statut de victimes civiles de guerre<sup>233</sup>. Celui-ci leur offre une large palette de droits résultant du Code des pensions militaires d'invalidité tels que l'apposition de la mention « victime du terrorisme » sur l'acte de décès, le bénéfice d'une médaille nationale de reconnaissance<sup>234</sup>, le statut de pupille de la Nation, ou encore une prise en charge sociale, administrative et financière par l'Office national des anciens combattants et victimes de guerre (ONACVG). Aussi, ce statut qui alloue aux victimes d'attentats divers droits supplémentaires par rapport aux autres victimes de dommages corporels intrigue. En effet, le concept de victime civile de guerre présuppose l'existence d'une guerre. Or, peut-on réellement affirmer que la France est en guerre, au sens juridique du terme, contre le terrorisme ? Par ce qu'il implique, l'emploi du mot « guerre » appelle à prendre des précautions. La guerre s'entend de la confrontation armée entre deux ou plusieurs États, l'état de guerre devant être déclaré par les belligérants<sup>235</sup>. La déclaration de guerre fait naître un nouveau régime de droit, le droit de la guerre, soumis à des règles juridiques nouvelles issues de conventions internationales<sup>236</sup>. Même si la guerre et le terrorisme se rapprochent par certains aspects comme le recours à la violence, ils se distinguent par deux éléments : leurs auteurs et leurs buts. La guerre n'existe qu'entre des États, là où le terrorisme est le fait de personnes privées<sup>237</sup>. Par ailleurs, la guerre a pour but l'obtention d'avantages politiques ou économiques, la récupération ou la conquête de territoires, tandis que le terrorisme poursuit un objectif idéologique et cherche à véhiculer un climat de terreur. Quoique proches, ces deux concepts restent donc distincts.

**Un statut à conserver** – En l'état actuel du droit, l'expression « guerre contre le terrorisme » n'est pas adéquate et, partant, l'attribution du statut de victime civile de guerre aux victimes d'attentats non plus. Faut-il pour autant réserver le mot « guerre » aux formes classiques de conflits qui ont terrassé le monde dans le passé ? Nous ne le pensons pas. La définition de la guerre, telle qu'elle existait initialement est aujourd'hui en grande partie obsolète. Les guerres du passé ne se reproduiront plus. Les États sont désormais confrontés à une guerre d'un nouveau genre : le terrorisme. Cette considération doit être intégrée par le droit, et ce, pour

---

<sup>233</sup> Loi n° 90-86 du 23 janvier 1990 portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, *JORF* n° 21, 25 janvier 1990.

<sup>234</sup> Décret n° 2016-949 du 12 juillet 2016 portant création de la médaille nationale de reconnaissance aux victimes du terrorisme, dispositions codifiées aux articles D355-23 à D355-31 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

<sup>235</sup> Article 1er, Convention (III) relative à l'ouverture des hostilités, La Haye, 18 octobre 1907.

<sup>236</sup> Notamment les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949.

<sup>237</sup> L'État islamique de l'Irak et du Levant (EIL) n'est pas un État au sens du droit international, mais une simple organisation.

une raison simple : c'est précisément par l'attribution de ce statut de victime civile de guerre et des droits en résultant, que les victimes d'actes de terrorisme voient leur spécificité reconnue.

## **II) La délimitation de la spécificité de la victime d'actes de terrorisme**

Toutefois, et c'est ici que nos recherches prennent le contre-pied du droit positif, ce désir de reconnaître les victimes d'actes de terrorisme dans leur singularité s'est traduit par l'attribution d'indemnisations supplémentaires, qu'il ne nous semble pas opportun de conserver : le préjudice exceptionnel spécifique d'un côté (A), et la pension militaire d'invalidité de l'autre (B).

### **A) La proposition de suppression du préjudice exceptionnel spécifique des victimes du terrorisme**

**L'existence d'un préjudice spécifique aux victimes d'actes de terrorisme** – Depuis l'origine, le fonds de garantie attribue aux victimes d'actes de terrorisme un préjudice exceptionnel spécifique (PESVT) en sus de l'indemnisation intégrale classique de leurs préjudices. Celui-ci est calculé forfaitairement selon le cercle d'appartenance de la victime. Tout d'abord, le cercle 1 est composé des victimes directes qui ont subi une atteinte physique et/ou psychique ou qui ont assisté directement au décès ou aux blessures de victimes directes. Ensuite, le cercle 2 regroupe les personnes présentes sur les lieux, mais qui ne sont pas blessées. Enfin, le cercle 3 concentre les ayants droit des victimes décédées. A chaque cercle correspond une somme arrêlée. Par exemple, le cercle 1 est indemnisé à hauteur de 30.000 euros, le cercle 2 à hauteur de 10.000 euros, et le montant de l'indemnisation du cercle 3 est déterminé en fonction du lien de parenté de l'ayant droit avec la victime. Il a été maintenu tel quel jusqu'en 2017. Dans un communiqué de presse du 25 septembre, le conseil d'administration de l'organisme a fait savoir qu'il supprimerait l'attribution du PESVT aux « *personnes n'ayant pas été directement visés par l'attentat* »<sup>238</sup>. Cette décision a pris effet pour les attaques commises postérieurement à sa publication. Sur ce seul point, elle a été l'objet de vives critiques. La formulation employée est ambiguë : s'agit-il des victimes du cercle 2 qui peuvent être qualifiées de « simplement impliquées » ou des ayants droit du cercle 3 ? Le FGTI ne le précise pas. Il est néanmoins possible qu'il s'agisse des victimes de cercle 2<sup>239</sup>. Autrement dit, les personnes simplement présentes sur les lieux mais non blessées ne sont désormais plus éligibles à ce poste de préjudice.

**La surindemnisation des victimes d'actes de terrorisme** – Ce poste interpelle à plusieurs égards, notamment car sa nature est incertaine. Créé de toute pièce par le fonds de garantie, celui-ci n'a jamais été très explicite sur le contenu même du PESVT, laissant ainsi deux opinions se dégager. Certains légitiment son indemnisation par le fait qu'à travers les victimes, c'est la Nation tout entière qui est visée. D'autres, au contraire, affirment que ce poste indemnise l'état de stress post-traumatique ressenti par les victimes lors d'un acte de terrorisme. Étudions successivement ces deux positions.

---

<sup>238</sup> Conseil d'administration du fonds de garantie, 25 septembre 2017, décision, p. 1.

<sup>239</sup> C. BUSSIÈRE, *Mission sur l'amélioration du dispositif d'indemnisation des victimes de préjudice corporel en matière de terrorisme*, Rapport 15 mars 2018, p. 31 ; Cour des comptes, *La prise en charge financière des victimes du terrorisme*, 30 janv. 2019, p. 54 ; A. COVIAUX, « Commentaires sur l'indemnisation du préjudice d'angoisse et d'attente ou d'inquiétude (décision du conseil d'administration du Fonds du 25 septembre 2017) », 25 septembre 2017.

D'aucuns soutiennent que le PESVT est destiné à « reconnaître symboliquement la dette de la nation à l'égard des victimes »<sup>240</sup>. En effet, le conseil d'administration du fonds déclarait en 2014 que « les victimes du terrorisme sont victimes d'une atteinte à la personne qui peut être regardée comme une autre, mais elles subissent également une atteinte spécifique qui peut être définie comme l'outrage, l'atteinte morale faite à l'État dont elles sont les victimes collatérales »<sup>241</sup>. L'octroi du PESVT serait ainsi justifié par le fait que ce ne sont pas les victimes elles-mêmes que les terroristes cherchent à atteindre par leurs actes, mais l'État dans son ensemble. Les victimes d'attentats sont dès lors des victimes symboliques, dont la nature justifie la création d'un préjudice spécifique, en dehors de toute nomenclature de droit commun. Nous doutons de la pertinence de l'argument. Le propre de l'indemnisation d'un préjudice est de réparer un dommage, et plus précisément, dans la matière qui nous intéresse ici, un dommage corporel. Ce dernier représente une atteinte subie par une personne dans son corps et/ou son psychisme. Or, admettre l'idée que le PESVT indemnise une reconnaissance symbolique de l'État envers elles, irait à l'encontre de cette définition du dommage corporel.

L'incertitude existant autour de la définition du PESVT va bien au-delà. En effet, le fonds de garantie s'est lui-même montré confus sur le contenu du poste. Dans son « guide pour l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme », l'organisme payeur justifie l'attribution du PESVT par la prise en compte de « la spécificité de leur situation [des victimes d'actes de terrorisme] et notamment l'état de stress post-traumatique et/ou les troubles liés au caractère particulier de ces événements »<sup>242</sup>. Il ne fait pas mention d'un quelconque sacrifice pour la Nation. Nous émettons néanmoins trois réserves à l'égard de cette position. Tout d'abord, si le PESVT indemnise l'état de stress post-traumatique subi par les victimes d'attentats, pourquoi ne pas l'accorder aux autres victimes souffrant de cette pathologie ? Par ailleurs, toutes les victimes d'attentats ne souffrent pas d'un état de stress post-traumatique. Enfin et de manière générale, le traumatisme psychique représente un dommage psychique à part entière qui peut donner lieu à une indemnisation par application de la nomenclature Dintilhac, et non seulement un préjudice spécifique.

Par conséquent, aucun des deux arguments soulevés par les acteurs de l'indemnisation des victimes d'attentats ne convainc. Il nous semble que ni la reconnaissance de la nation, ni celle d'un état de stress post-traumatique de la victime ne justifie l'indemnisation du PESVT par le fonds de garantie. Son indemnisation contrevient au principe de réparation intégrale qui proscrit l'indemnisation au-delà du préjudice. Ce n'est pourtant pas la position qu'adopte la jurisprudence. En effet, dans un arrêt du 2 juillet 2020, la cour d'appel de Paris, dans un motif incident, juge que le PESVT prend « en compte la spécificité de leur situation et notamment l'état de stress post traumatique et/ou les troubles liés au caractère particulier de ces événements »<sup>243</sup>. Ainsi, les juges du fond ne parviennent pas à trancher le contenu de ce poste mais en justifient l'indemnisation.

---

<sup>240</sup> C. BUSSIÈRE, *Mission sur l'amélioration du dispositif d'indemnisation des victimes de préjudice corporel en matière de terrorisme*, op. cit., p. 3.

<sup>241</sup> Conseil d'administration du fonds de garantie, 29 avril 2014.

<sup>242</sup> FGTI, *Guide pour l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme*, septembre 2020, p. 28.

<sup>243</sup> CA Paris, 2 juillet 2020, n° 19/08232.

## **B) La proposition de suppression de la pension militaire d'invalidité**

**Le principe de la pension militaire d'invalidité** – La loi du 23 janvier 1990 attribuant la qualité de victime civile de guerre aux victimes d'actes de terrorisme leur permet de jouir des dispositions du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre (CPMIVG). A ce titre, les victimes d'attentats sont éligibles à la perception d'une pension militaire d'invalidité (PMI). Celle-ci vient s'ajouter à l'indemnisation déjà perçue au titre du droit commun du dommage corporel. Son objet est l'indemnisation du déficit fonctionnel permanent (DFP) de la victime<sup>244</sup>. Comment est-elle calculée ? Le calcul de la pension se base sur l'idée selon laquelle l'indemnisation du fonds de garantie n'est pas allouée de façon pérenne : celle-ci serait épuisée à un certain moment, contrairement à la pension qui constituerait une indemnisation viagère. Dès lors, selon le droit des pensions, la pension est complémentaire et vient en relai de l'offre du FGTI. Aussi, comme l'indemnisation du fonds de garantie ne constitue pas une réparation intégrale des préjudices de la victime d'attentat, mais une indemnisation partielle, le versement d'une PMI ne contreviendrait pas au principe de réparation intégrale : il n'y aurait, selon le droit des pensions, aucun cumul d'indemnisations.

**La double indemnisation du DFP de la victime d'actes de terrorisme** – Pour ne pas faire endurer de multiples expertises à la victime d'actes de terrorisme, la sous-direction des pensions (SDP) s'appuie sur celle réalisée à la demande du fonds de garantie pour calculer le montant de la pension. Dans les faits, la sous-direction des pensions est destinataire de l'expertise de droit commun, ainsi que du procès-verbal transactionnel du fonds de garantie. S'enclenche alors pour elle une procédure de « transformation » des données de « l'expertise droit commun » en « expertise PMI ». Concrètement, le médecin expert de la SDP utilise le guide barème des invalidités pour établir son propre pourcentage d'invalidité en fonction de la description des séquelles fonctionnelles et de l'atteinte à l'état général décrits dans le rapport d'expertise de droit commun. Il s'agit par conséquent d'une constatation sur pièces, sans égard au pourcentage de DFP attribué par le fonds de garantie. Si le taux d'invalidité retenu est inférieur à 10%, le dossier s'arrête là et la victime n'est pas éligible à la pension. Dans le cas contraire, l'analyse se poursuit : l'expert de la SDP reprend la somme allouée par le FGTI au titre du déficit fonctionnel permanent. Il calcule ensuite la somme mensuelle que percevra la victime au titre de la pension militaire d'invalidité. Si la première épuise la seconde, alors il n'y aura pas de PMI. Dans le cas contraire, cette dernière sera versée au jour où l'indemnisation du FGTI prendra fictivement fin.

Le droit des pensions suit une logique qui lui est propre. Pour calculer la rente mensuelle allouée à la victime, il part du principe que l'indemnisation versée par le fonds de garantie au titre du DFP n'est pas intégrale, et s'épuise à une date qu'il calcule grâce à son guide-barème des invalidités. Or, cette analyse nous paraît contestable puisque, comme il a été énoncé, l'indemnisation versée par le FGTI répond au principe de réparation intégrale. Par ailleurs, le droit des pensions recourt à une logique inverse de celle que connaît le droit commun. De fait, le législateur attribue au fonds de garantie le rôle d'organisme payeur principal de la victime d'attentat. Dès lors, c'est à partir de son indemnisation que les prestations des tiers payeurs doivent être déduites, et non l'inverse. Or, le droit des pensions procède de façon contraire : il déduit de son versement l'indemnité du fonds de garantie pour devenir, *in fine*, le seul

---

<sup>244</sup> Appelé « séquelles fonctionnelles » par le droit des pensions.



organe indemnisant la victime d'attentat. Le droit des pensions semble raisonner comme si le fonds de garantie était un tiers payeur.

### **Conclusion**

Les pouvoirs publics et le législateur n'ont eu de cesse de rappeler aux victimes d'attentats qu'elles sont des victimes spécifiques. Cette particularité réside dans le fait que, par leurs actes, les terroristes ne cherchent pas à atteindre un jeune pendant un concert de *hard rock*, ni un étudiant à la terrasse d'un café, ni une mère de famille pendant un feu d'artifice, ni encore un policier durant son service. Ils se donnent l'ambition d'atteindre la société française, la Nation dans son ensemble. Finalement, les victimes représentent l'État. Chacun de nous aurait pu être à leur place. C'est sans doute ce qui explique la prolifération de droits à leur égard. Et si la création de certains d'entre eux est heureuse et doit être saluée et étendue, l'attribution d'autres indemnités ne nous semble pas toujours justifiée.

# Présentation de l'étude « L'émergence de la blockchain dans les relations contractuelles : Vers une nouvelle forme de confiance algorithmique ? »<sup>245</sup>

Alison BLONDEAU

Doctorante contractuelle et chargée d'enseignement à l'Université d'Artois,  
UR 2471, Centre Droit Éthique et Procédures (CDEP),  
Membre de la Chaire IA Responsable

La *blockchain* – ou chaîne de blocs, registre décentralisé, immuable et infalsifiable, potentiellement système d'automatisation d'obligations prédéfinies, n'est plus connue des seuls initiés. Alors que l'intérêt qui lui est porté semblait s'étioler une fois passé l'engouement de l'innovation, tout porte à croire que ses diverses spécificités pourraient devenir des atouts majeurs dans la société actuelle. Notre monde se nourrit de toujours plus de capacités de stockage<sup>246</sup>, de puissances de calcul<sup>247</sup> et de connections à fortes capacités<sup>248</sup>, permettant chaque jour de gagner non seulement en rapidité, mais également en efficacité. Pourtant, il existe des fragilités attachées à l'usage du numérique. Lorsqu'elles surviennent, elles affaiblissent les relations entre les Hommes, ternissent des réputations et bouleversent l'équilibre et la sécurité établies, comme en témoigne la récente indisponibilité des serveurs centraux des réseaux sociaux Facebook, Instagram, WhatsApp et Messenger<sup>249</sup>. Simple panne de maintenance ou *hacking* ambitieux<sup>250</sup>, l'évènement se manifeste seulement quelques semaines après l'alerte lancée par une ancienne ingénieure cheffe de produits de Facebook dans le Wall Street Journal concernant les divers choix menant l'entreprise à privilégier le profit plutôt que la sûreté de ses utilisateurs<sup>251</sup>. Le phénomène est d'autant plus inquiétant

---

<sup>245</sup> A. BLONDEAU, « L'émergence de la *blockchain* dans les relations contractuelles : Vers une nouvelle forme de confiance algorithmique ? », 2021. <hal-03210338> [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03210338>].

<sup>246</sup> Selon l'étude « *Data Age 2025* » du cabinet de conseil et d'études sur les marchés des technologies de l'information International Data Corporation (IDC), le volume de données stockées dans le monde sera multiplié par 5,3 entre 2018 et 2025, passant de 33 Zo (zettaoctets) à 175 Zo (soit environ 192 415 milliards de Gigaoctets (Go)). V., D. REINSELI, J. GANTZ, J. RYDNING, « *Data Age 2025* » [en ligne], Apr. 2017, [<https://www.import.io/wp-content/uploads/2017/04/Seagate-WP-DataAge2025-March-2017.pdf>] ; F. DELLA ROSA, « How IDC's Industry CloudPath & SaaSPath Surveys Can Inform Your Cloud/SaaS Strategy », *IDC blog*, 4 sept. 2019, [<https://blogs.idc.com/2019/09/04/how-idcs-industry-cloudpath-saaspath-surveys-can-inform-your-cloud-saas-strategy/>].

<sup>247</sup> Selon la loi de Moore, d'une part, la puissance des ordinateurs évoluerait en fonction de la complexité du matériel utilisé et, d'autre part, le nombre de transistors présents sur un circuit intégré doublerait tous les 18 mois. Le Sénat constate dans son rapport « *Demain les robots : vers une transformation des emplois de service* » que les capacités de calcul des ordinateurs progressent de manière « exponentielle » depuis plusieurs années, concluant ainsi que la loi de Moore est vérifiée. V., Sénat (2019), *Demain les robots : vers une transformation des emplois de service, rapport d'information n° 162*, délégation sénatoriale à la prospective, 28 novembre 2019. – Sur la loi de Moore, de Gordon Moore, v., « Loi de Moore : qu'est-ce que c'est ? », [futura-sciences.com](https://www.futura-sciences.com) [en ligne], Accueil > Tech > Définitions.

<sup>248</sup> Dans une de ses dernières communications, le Conseil de l'Union européenne appelait la Commission européenne à présenter un plan d'action révisé pour le déploiement de la 5G et de la 6G, soulignant l'importance de « *définir le cadre approprié pour permettre à toutes les parties prenantes d'investir dans les solutions les plus avancées pour les services et les réseaux 5G, [...], et pour inciter les entreprises européennes à commencer d'élaborer et de développer des capacités technologiques en matière de 6G* », et finalement de tendre vers « l'autonomie stratégique européenne ». V., Conclusions (UE) n° 8711/20 du Cons., 9 juin 2020, Façonner l'avenir numérique de l'Europe. – V. également, B. BRUNESSEN, « Chronique Droit européen du numérique - La souveraineté technologique européenne », *RTD Eur.* 2021, p. 139-142.

<sup>249</sup> Pendant sept heures consécutives le 4 octobre 2021. V., M. ISAAC, S. FRENKEL, « Gone in Minutes, Out for Hours: Outage Shakes Facebook », *New York Times* [online], 4. Oct. 2021, [<https://www.nytimes.com/2021/10/04/technology/facebook-down.html>].

<sup>250</sup> V. par ex., « Pourquoi Facebook, Instagram et WhatsApp ont été inaccessibles pendant 7 heures le 4 octobre », *L'usine Nouvelle* [en ligne], 5 oct. 2021, [<https://www.usinenouvelle.com/article/pourquoi-facebook-instagram-et-whatsapp-ont-ete-inaccessibles-pendant-7-heures-le-4-octobre.N1147037>].

<sup>251</sup> J. Horwitz, « Facebook Says Its Rules Apply to All. Company Documents Reveal a Secret Elite That's Exempt. », *The Wall Street Journal* [en ligne], 13 Sept. 2021, [[https://www.wsj.com/articles/facebook-files-xcheck-zuckerberg-elite-rules-11631541353?mod=article\\_inline](https://www.wsj.com/articles/facebook-files-xcheck-zuckerberg-elite-rules-11631541353?mod=article_inline)] – V. également le dossier complet du Wall Street Journal, « the facebook files: A Wall Street Journal Investigation », [[https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039?mod=article\\_inline](https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039?mod=article_inline)].

qu'il est soudain, de sorte qu'il laisse entrevoir un système assurant une stabilité éphémère. De surcroît marquée par l'introduction croissante de la *blockchain*, la société actuelle manifeste un besoin grandissant de *confiance*, notamment dans le domaine juridique. Bien que son évolution exige un effort d'adaptation du droit positif aux particularismes et limites inhérentes au fonctionnement de la technologie, il est clair que l'Union Européenne entend « explorer les possibilités que la technologie des chaînes de blocs pourrait offrir aux citoyens, à la société et à l'économie »<sup>252</sup>.

**1. D'un besoin de confiance à l'utilisation de la *blockchain*.** Alors qu'il est impératif de s'interroger sur la vulnérabilité des systèmes centralisés actuels, la technologie se propose d'y remédier afin d'éviter une crise de confiance des usagers. Mais, qu'est-ce que la confiance, et *a fortiori* quel rôle jouerait la *blockchain* dans cette opération ?

La confiance consiste en la « croyance spontanée ou acquise en la valeur morale, affective, professionnelle... d'une autre personne, qui fait que l'on est incapable d'imaginer de sa part tromperie, trahison ou incompétence »<sup>253</sup>. Ainsi, toute relation – d'affaire, sociale, ou institutionnelle – suggère nécessairement un certain niveau de confiance<sup>254</sup>. En tant que « concept central et naturel de vie en communauté », la confiance en l'autre est finalement le « fondement de toute relation humaine », de sorte qu'elle se révèle indispensable, y compris dans les relations contractuelles<sup>255</sup>. Dès qu'il s'agit d'échanger un bien ou un service, que ce soit sur papier ou *via* Internet, sa fonction de « contrat psychologique »<sup>256</sup> permet de dépasser les diverses incertitudes pour rendre possible le véritable contrat<sup>257</sup>. Concept abstrait, la confiance se matérialise le plus souvent dans la notion de « tiers de confiance »<sup>258</sup>. Eu égard à la difficulté qu'éprouvent les Hommes à se faire confiance mutuellement ou, du moins, suffisamment pour réussir à sceller leurs engagements réciproques et assurer leur respect<sup>259</sup>, un système a été établi pour mettre à leur disposition des intermédiaires présentant de multiples qualités, notamment de fiabilité<sup>260</sup>. Tiers réputés neutres et intègres, les tiers de confiance consistent en un corps de professionnels imposé par un système d'abord étatique puis, progressivement, économique. Il s'agit par exemple des juges, des notaires, des avocats, des huissiers ou, plus récemment, des plateformes d'intermédiation sur Internet. Encouragées par la notion d'économie collaborative, « ces nouveaux tiers [...] consistent en [...] des plateformes en ligne mettant directement en relation les utilisateurs entre eux en vue d'échanger des biens ou des services. Il s'agit par exemple de faciliter les transactions entre utilisateurs en fournissant des références pertinentes lors de recherches d'informations (moteurs de recherche), de connecter les utilisateurs dans leur environnement (réseaux sociaux), ou même de les associer pour leur permettre d'utiliser les mêmes itinéraires (covoiturage) »<sup>261</sup>. En définitive, la doctrine considère le tiers de confiance comme « un acteur

---

<sup>252</sup> Conclusions (UE) n° 8711/20 du Cons., 9 juin 2020, Façonner l'avenir numérique de l'Europe, point 56. – V. également, Communication (UE) n° COM(2020) 67 final, 19 févr. 2020, Façonner l'avenir numérique de l'Europe ; European Union Blockchain Observatory & Forum, « Blockchain Innovation in Europe », July 2018.

<sup>253</sup> CNRTL [en ligne], v° Confiance, [<https://www.cnrtl.fr/definition/confiance/substantif>].

<sup>254</sup> J. GOSSA, « Les blockchains et smart contracts pour les juristes », *D. IP/IT* 2018, n° 7-8, p. 393.

<sup>255</sup> A. BLONDEAU, *op. cit.*, p. 15.

<sup>256</sup> V. MANGEMATIN, *Des mondes de confiance : Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, CNRS Éditions via OpenEdition, 2016, p. 63-64.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>258</sup> É. GUILHAUDIS, « Comprendre la blockchain à travers l'étude d'un cas pratique : le covoiturage "Blockcar" », *RLDI* 2017/12, n° 143, p. 1.

<sup>259</sup> C. BERBAIN, « La blockchain : concept, technologies, acteurs et usages », *Annales des Mines - Réalités industrielles* 2017/3 (août 2017), p. 6.

<sup>260</sup> T. DOUVILLE, T. VERBIEST, « Blockchain et tiers de confiance : incompatibilité ou complémentarité ? », *D.* 2018, p. 1144 et s.

<sup>261</sup> A. BLONDEAU, *op. cit.*, pp. 18-19.

qui facilite la transaction entre deux parties en les rassurant »<sup>262</sup>. Mais il s'avère que l'ensemble de ces intermédiaires ont tous en commun de reposer sur des architectures et modes d'organisation centralisés. Or, les répercussions attachées à la multiplication des relations nouées *via* Internet, en général, et *via* des plateformes d'intermédiation, en particulier, posent en filigrane la question de la précarité d'un système *centralisé* et, *a fortiori*, du sort de la confiance.

C'est dans ce contexte que la technologie de la chaîne de blocs peut se révéler être un atout. Si elle est souvent présentée comme une « *machine à créer de la confiance* » (« *the trust machine* »)<sup>263</sup>, ou encore comme « *une nouvelle architecture de la confiance* »<sup>264</sup>, son fonctionnement suggère en réalité un système « *sans confiance* » (« *trust-free* »)<sup>265</sup>, de sorte qu'elle contribue à remplacer ce besoin de confiance traditionnel entre les Hommes. Le but devient alors de réinventer les rapports de confiance et ce, sans attache sociale, économique ni même juridique<sup>266</sup>. Personne n'a confiance en l'autre mais tout le monde a confiance dans le fonctionnement de la *blockchain*. L'intégrité des relations humaines passerait donc par une suite de 0 et de 1, logique binaire propre aux systèmes de traitement de l'information, de sorte à instituer une confiance algorithmique. D'après une autrice, « *présenter la blockchain comme une technologie "sans confiance" vise précisément à la réduction [du risque qu'elle soit trahie ou faussée]* »<sup>267</sup>.

Mais pour pouvoir investir une technologie de sa confiance, faut-il encore comprendre la façon dont elle fonctionne.

**2. Bitcoin, du protocole financier à la *blockchain*, la naissance d'une base de données immuable et d'un système d'automatisation d'obligations prédéfinies.** Il n'est dès lors guère étonnant qu'il eut été question dans un premier temps de déconstruire cette technologie aux abords complexes pour ensuite, dans un second temps, appréhender cet environnement décentralisé, transparent et immuable, capable d'instaurer de la sécurité, et finalement de la confiance entre les Hommes, avant que l'inintelligibilité ne devienne un frein à son déploiement.

L'innovation technologique représentée par la *blockchain* découle non seulement de l'exploitation d'un réseau distribué et décentralisé, source de son immuabilité, mais également d'une combinaison de processus de sécurisation cryptologique efficaces. Traditionnellement introduite comme incarnant la science des messages cachés<sup>268</sup>, la cryptographie – ou cryptanalyse – est définie comme un moyen de communication entre deux personnes qui permet de garder secrète l'information échangée dans le cas où une tierce personne l'intercepterait<sup>269</sup>. En associant diverses recherches menées en cryptographies et

---

<sup>262</sup> T. BOUDÈS, « La blockchain déchaîne les questions ! », *Annales des Mines – Gérer et comprendre* 2018/1 (mars 2018), n° 131, p. 83.

<sup>263</sup> « The promise of the blockchain: The trust machine », *The Economist* [en ligne], 31 oct. 2015, [<https://www.economist.com/leaders/2015/10/31/the-trust-machine>].

<sup>264</sup> K. WERBACH, *The blockchain and the new architecture of Trust*, ed. The MIT Press, 2018, cité par, A. Favreau, « Aspects techniques », *Répertoire IP/IT et Communication Dalloz*, v° Blockchain, 2021, n° 44.

<sup>265</sup> R. BECK, J. STENUL CZEPLUCH, N. LOLLIKE, et S. MALONE, « Blockchain – The gateway to trust-free cryptographic transactions », *Research Papers* [en ligne], 2016, p. 153, [[https://aisel.aisnet.org/ecis2016\\_rp/153](https://aisel.aisnet.org/ecis2016_rp/153)] ; A. Favreau, *loc. cit.*

<sup>266</sup> A. MANAS, Y. BOSCH-HADDAD, « La (ou les) blockchain(s), une réponse technologique à la crise de confiance », *Annales des Mines - Réalités industrielles* 2017/3 (août 2017), p. 102.

<sup>267</sup> A. FAVREAU, *loc. cit.*

<sup>268</sup> C. ANTOINE, *Introduction à la physique quantique*, éd. Dunod, 2017, p. 107.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

des projets distribués plus ou moins étendus tels que le « projet GIMPS » (« *Great Internet Mersenne Prime Search* ») de 1996 consistant à créer un réseau distribué d'ordinateurs<sup>270</sup>, les fondations de la technologie *blockchain* ont commencé à s'édifier. Par la suite, les contributions de Wei Dai<sup>271</sup>, de Nick Szabo<sup>272</sup>, de David Chaum<sup>273</sup>, de Adam Black<sup>274</sup>, et enfin de Satoshi Nakamoto<sup>275</sup>, ont permis de développer un système de traitement, devenu informatisé avec l'apparition de l'ordinateur. En définitive, c'est grâce à un héritage pluridisciplinaire et à visée collective que la science a contribué à l'invention d'une technologie massivement distribuée, au service de la sécurité des informations transmises, et tournée vers l'intégrité du marché monétaire.

*Bitcoin* (BTC) est un protocole informatique permettant des transactions spécifiquement financières en *Peer-to-Peer* (P2P), soit de pair à pair, *via* Internet. Elles se réalisent sans intervention tierce puisqu'il s'agit d'un système entièrement décentralisé, c'est-à-dire que nul n'exerce un quelconque contrôle sur le réseau<sup>276</sup>. En règle générale, chaque ordinateur du réseau, appelé « nœud » (*node*), télécharge une copie du registre de transactions *Bitcoin* dès son adhésion à la chaîne et œuvre à la tenir à jour<sup>277</sup>. Finalement, les nœuds contrôlent le réseau, sans toutefois le contrôler individuellement. Ainsi réunis, les membres volontaires de la communauté jouent, ensemble, ce rôle instigateur de confiance. Ce principe de distributivité trouve sa source dans les fondements du mécanisme du *Bitcoin*, à savoir l'appréhension de la double dépense (*double-spending problem*), c'est-à-dire qu'un utilisateur puisse dépenser *x* unités BTC en les transférant à l'adresse d'un autre utilisateur, sans que ces *x* unités BTC ne soient débités de son portefeuille, ce qui lui permettrait de dépenser à nouveau ces unités. De manière tout à fait inédite, « le protocole *Bitcoin* a réussi à créer un bien numérique non reproductible »<sup>278</sup>. La préservation de la rareté, voire de la singularité, est la clé de la réussite du système. Lorsque la transaction est scellée entre deux personnes, celle-ci est envoyée sur le réseau pour « validation » par les membres de l'écosystème. À raison de 50 BTC de récompense (*block reward*) toutes les dix minutes au lancement de *Bitcoin* en 2009 et durant les quatre premières années, puis divisé par deux tous les quatre ans<sup>279</sup>, les mineurs,

---

<sup>270</sup> Il s'agissait d'utiliser la nouvelle technologie de l'époque, Internet, pour créer un réseau distribué d'ordinateurs à travers le monde pouvant, avec cette capacité de traitement optimisée, faire avancer la recherche en mathématiques, par exemple en résolvant le problème du nombre premier de Mersenne qui requerrait un nombre de calculs importants. En mettant ainsi à contribution un nombre important de calculateurs, le projet a réussi à quintupler les résultats jusque-là obtenus. V., R. DOARÉ, D. DANET, G. DE BOISBOISSEL (dir.), *Drones et killer robots : Faut-il les interdire ?*, éd. Presses universitaires de Rennes (PUR), coll. L'Univers des normes, 2015, p. 7.

<sup>271</sup> Wei Dai, ingénieur, est à l'origine du concept du *bitcoin*. Grâce à son article sur la « *b-money* », il publie la première ébauche d'une crypto-monnaie.

<sup>272</sup> Professeur de droit à l'Université George Washington aux États-Unis et membre du mouvement crypto-anarchiste des *Cypherpunks*, partisans d'une révolution numérique, Nick Szabo est l'un des premiers à publier ses recherches en 1998.

<sup>273</sup> David Chaum a créé l'une des premières plateformes de monnaie électronique centralisées, *Digi Cash Inc.*

<sup>274</sup> Adam Black a inventé le système de preuve de travail sur lequel le protocole *Bitcoin* repose encore aujourd'hui (« *Proof of Work* », PoW).

<sup>275</sup> En octobre 2008, un internaute, ou plusieurs, utilisant le pseudonyme « Satoshi Nakamoto », publie(nt) l'article « *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* », qui pose pour la première fois les fondements de cette technologie que Satoshi Nakamoto nomme la « *Block Chain* ». V., S. Nakamoto, « *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* », [en ligne], oct. 2008, [<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>].

<sup>276</sup> D. GEIBEN, O. JEAN-MARIE, T. VERBIEST *et al.*, *Bitcoin et Blockchain : Vers un nouveau paradigme de la confiance numérique ?*, éd. RB, coll. Les essentiels de la banque et de la finance, 2016, p. 26.

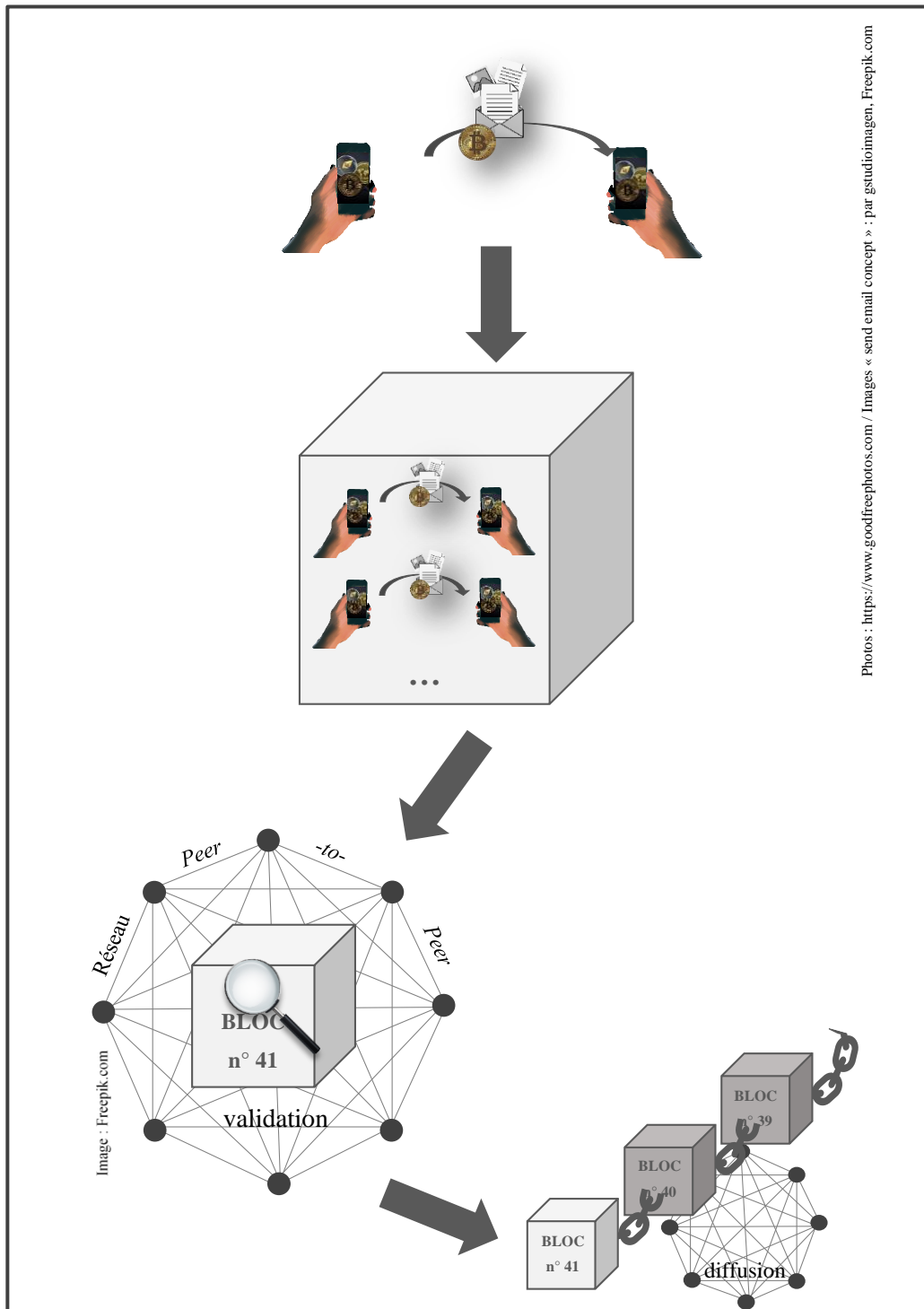
<sup>277</sup> G. MARIN-DAGANNAUD, « Comprendre la blockchain Ethereum – Article 1 : Bitcoin, première implémentation de la blockchain (1/2) », *Ethereum France* [en ligne], 3 juin 2016, [<https://www.ethereum-france.com/comprendre-la-blockchain-ethereum-article-1-bitcoin-premiere-implementation-de-la-blockchain-12/>].

<sup>278</sup> J. FAVIER, A. TAKKAL BATAILLE, *Bitcoin. La monnaie acéphale*, éd. CNRS, coll. Économie Droit, 2017, pp. 1 et s. – D'ailleurs, selon Guillaume Helleu et Anthony Masure, « ce mécanisme rend par conséquent impossible, contrairement à l'économie de la dette, l'obtention de soldes négatifs. ». V., G. HELLEU, A. MASURE, « Total Record. Les protocoles blockchain face au post-capitalisme », *Multitudes* 2018/2, n° 71, p. 73-74.

<sup>279</sup> Le protocole *Bitcoin* est programmé pour cesser l'émission de *bitcoins* lorsque celle-ci aura atteint un total de 21 millions de *bitcoins* émis. L'émission est donc programmée pour cesser en 2140. Chaque *bitcoin* est divisible à la puissance 8, autrement dit, la plus petite valeur est le *satoshi*, cent millions de fois plus petit que le *bitcoin*. Dans l'ordre croissant, il s'agit du *bitcoin* (1 BTC), puis du *deci-bitcoin* (0,1 BTC), du *bitcent* (ou *centi-bitcoin*, 0,01 BTC), du *millibit* (ou *milli-bitcoin*, 0,001 BTC), du *bit* (ou *micro-bitcoin*, 0,000001 BTC), du *finney* (0,0000001 BTC), du *satoshi* (0,00000001 BTC), et enfin du *milli-satoshi* (0,000000001 BTC).

qui sont les participants volontaires au réseau et propriétaires de la puissance de calcul, vérifient puis intègrent de manière définitive la transaction à la chaîne *Bitcoin* en résolvant un problème informatique<sup>280</sup>. De cette façon, aucune transaction de *bitcoins* ne peut, en principe, être modifiée, ajoutée, ou supprimée de la *blockchain* puisqu'une telle manipulation serait automatiquement annulée par les pairs membres du réseau.

Schéma simplifié du mécanisme d'inscription d'une transaction sur *blockchain*<sup>281</sup>



<sup>280</sup> D. GEIBEN, O. JEAN-MARIE, T. VERBIEST *et al.*, *op. cit.*, pp. 25-27. – V. également, A. BLONDEAU, p. 144 et s.

<sup>281</sup> A. BLONDEAU, *op. cit.*, p. 435.

Le protocole inclut finalement quatre révolutions fondamentales, à savoir le protocole en lui-même qui consiste en un réseau décentralisé P2P, le registre public de transactions financières, le système d'émission décentralisé, mathématique et déterministe de la monnaie, illustré au sein du mécanisme de *mining* distribué, et enfin le mécanisme de vérification des transactions entièrement décentralisé<sup>282</sup>. Basé sur une infrastructure inédite, le protocole *Bitcoin* soutenant l'intégralité du système renferme un mécanisme beaucoup plus général que le dispositif purement économique jusqu'ici appliqué au *bitcoin*, capable d'assurer la fonction d'un grand livre public, décentralisé et infalsifiable<sup>283</sup>. C'est ainsi que l'héritage d'une valeur inestimable confié par Satoshi Nakamoto aux citoyens-internautes s'est étendu au-delà du domaine financier pour devenir la *blockchain*. Le protocole qui sous-tend *Bitcoin* peut désormais prendre soit la forme d'une base de données immuable, soit celle d'un système d'automatisation d'obligations prédéfinies.

Aujourd'hui, la technologie permet de dépasser la simple sécurisation des transferts de monnaies ou d'actifs<sup>284</sup>, et s'applique à tout secteur mettant en œuvre un échange, une sauvegarde ou même une preuve. En qualité de registre décentralisé et infalsifiable, la *blockchain* rend désormais possible la traçabilité tant des actions que des dates auxquelles ces dernières ont été effectuées, et assure par conséquent un archivage pour une durée en principe illimitée. La Commission d'enrichissement de la langue française relatif au vocabulaire informatique a officialisé sa propre définition de la *blockchain* en mai 2017 et considère que la chaîne de blocs est un « *mode d'enregistrement de données produites en continu, sous forme de blocs liés les uns aux autres dans l'ordre chronologique de leur validation, chacun des blocs et leur séquence étant protégés contre toute modification* »<sup>285</sup>. La mission d'information de l'Assemblée nationale a, pour sa part, défini la *blockchain* comme « *un registre, une grande base de données qui a la particularité d'être partagée simultanément avec tous ses utilisateurs [...], et qui ont également tous la capacité d'y inscrire des données [...]. Il n'y a pas d'autorité de contrôle centralisée [...]. Les transactions ou les informations échangées entre les utilisateurs du réseau sont regroupées sur des blocs [...], ils forment une chaîne : la blockchain. Les écritures enregistrées sur ce bloc et sur tous ceux qui le précèdent sont inaltérables et infalsifiables [...] garanties [...] par le fonctionnement même du réseau informatique et des règles cryptographiques qui y sont attachées* »<sup>286</sup>. Chacune des spécificités de la *blockchain* découle en réalité d'un procédé informatique particulier. La décentralisation est permise par la distribution du contrôle et du contenu final de la chaîne entre l'ensemble des membres du réseau P2P, appelés mineurs<sup>287</sup>. En effet, la décision finale d'accepter un bloc ou non n'appartient plus à un tiers de confiance centralisé comme dans un système traditionnel<sup>288</sup>, mais s'opère par un procédé fondé sur un vote à la majorité des mineurs, nommé « consensus »<sup>289</sup>. Si des informations doivent être inscrites sur la chaîne, elles ne pourront l'être qu'après avoir été validées, mais également vérifiées. C'est l'essence même du caractère immuable de la technologie ; en contrôlant chaque inscription, le système s'assure qu'il n'y a eu aucun changement ou aucune erreur<sup>290</sup>. En parallèle, le système procède

<sup>282</sup> D. GEIBEN, O. JEAN-MARIE, T. VERBIEST *et al.*, *loc. cit.*

<sup>283</sup> J.-P. DELAHAYE, « Les blockchains, clefs d'un nouveau monde », *Pour la Science*, n° 449, mars 2015, pp. 80-85.

<sup>284</sup> S. DRILLON, « La révolution Blockchain », *RTD com.* 2016, p. 893, n° 1.

<sup>285</sup> Avis de la Commission d'enrichissement de la langue française relatif au vocabulaire informatique, *JORF* n° 121, 23 mai 2017, texte n° 20.

<sup>286</sup> Rapp. AN n° 1501, 12 déc. 2018, de Laure DE LA RAUDIÈRE et Jean-Michel MIS sur les chaînes de blocs (blockchains).

<sup>287</sup> M. MEKKI, « Les mystères de la blockchain », *D.* 2017, n° 37, p. 2160, n° 3.

<sup>288</sup> *Ibidem.*

<sup>289</sup> Le terme « consensus » doit être considéré dans son acception anglo-saxonne. V., J.-P. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 81.

<sup>290</sup> Avis de la Commission d'enrichissement de la langue française relatif au vocabulaire informatique, *op. cit.* : « *la validation d'un bloc [correspond à l'] opération informatique utilisée pour rendre un bloc infalsifiable et le valider dans une chaîne de bloc* ».



à un hachage des informations saisies. Le hachage correspond à une fonction mathématique de chiffrement par clé permettant, quelle que soit l'information numérique (qu'il s'agisse d'un message, d'un document<sup>291</sup>, d'une image, d'un son, d'une vidéo, etc.)<sup>292</sup>, d'obtenir une empreinte de cette information – un « *hash* »<sup>293</sup>, indéchiffrable, non-modifiable et surtout, preuve incontestable de l'intégrité de l'information. La moindre tentative de modification ou de corruption se solderait par un *hash* invalide<sup>294</sup>. Corollaire du hachage, la signature numérique fournie par le protocole assure l'authenticité au même titre que l'intégrité de l'information. Dernier atout de sécurité, chaque nouveau bloc d'informations est scellé au reste de la chaîne par une suite complexe de chiffres et de lettres mélangeant à la fois les informations contenues dans le bloc, et celles contenues dans les blocs précédents, avant d'être transmis sur le réseau<sup>295</sup>. De cette manière, la chaîne de blocs est prémunie contre toute tentative de *hacking* puisqu'elle n'est plus enregistrée sur un serveur unique et vulnérable mais par l'ensemble de la communauté<sup>296</sup>.

Le développement de la technologie des blocs, au-delà du protocole qui l'a révélée et introduite sur le marché, a ensuite permis d'aller un cran plus loin dans la rupture protocolaire avec la création des *smart contracts*, c'est-à-dire des « contrats intelligents », selon la traduction française la plus courante, bien que particulièrement ambiguë<sup>297</sup>. Ils constituent une interface ayant vocation à prendre en charge l'intégralité des étapes d'une relation contractuelle, et à lui apporter les bénéfices des avancées technologiques *via* un protocole informatique<sup>298</sup>. Présenté comme un système d'automatisation d'obligations prédéfinies, son objectif est de remplacer les tiers de confiance à chaque phase contractuelle.

### 3. De la simplification des relations humaines au remplacement des tiers de confiance ?

L'essence même de ce système inédit est « *la sécurité dans la distribution, la confiance dans la décentralisation, et, finalement, la relation sans intermédiaire* »<sup>299</sup>. Toutes les activités fondées sur la confiance sont potentiellement sur le point d'être réformées<sup>300</sup>. En pratique, se pose la question de savoir quelle est, ou sera, la place des nouveaux usages de la *blockchain* dans les sociétés modernes et hiérarchisées, et en particulier dans le domaine contractuel. La technologie *blockchain* est susceptible de surmonter cette défiance qui existe originellement

---

<sup>291</sup> D'ailleurs, il est préférable d'opter pour un format de document tel que PDF (.pdf) plutôt que *Microsoft Word* (.docx), étant donné que le contenu de ce dernier est voué à être modifié constamment (du fait des enregistrements automatiques, par exemple).

<sup>292</sup> B. BARRAUD, « Les blockchains et le droit », *RLDI* 2018/4, n° 147, p. 14.

<sup>293</sup> P.-A. FOUQUE, *Cryptographie appliquée*, éd. Techniques Ingénieur, 2002, p. 15.

<sup>294</sup> L'étude donne pour exemple le résultat du calcul du *hash* du message « Bonjour ! », donnant « bc7444869484dd1ed34bfc4465724b887fecf604fcd0d0eaf40d3746d0bfeb7 » avec la fonction de hachage *SHA256*, et qui, s'il était simplement modifié par le retrait du « ! », modifierait le résultat de son *hash* par « 9172e8eec99f144f72eca9a568759580edadb2cfd154857f07e657569493bc44 ».

<sup>295</sup> C. FÉNERON PLISSON, « La blockchain, un bouleversement économique, juridique voire sociétal », *Information, données & documents* 2017/3, vol. 54, p. 22.

<sup>296</sup> *Ibidem*. – V. également, J. GOSSA, *op. cit.*, p. 393 : « les blockchains sont conçues pour que, lorsque tous les participants honnêtes dépendent une quantité d'énergie raisonnable, un participant malveillant doive dépenser une quantité d'énergie déraisonnable ».

<sup>297</sup> Sur les divergences doctrinales concernant l'appellation trompeuse de « contrat intelligent », v., A. BLONDEAU, *op. cit.*, p. 59.

<sup>298</sup> Nick Szabo précise à ce sujet que [nous traduisons] « les smart contracts réduisent les calculs informatiques ainsi que les frais de transaction généralement exigés par les mandants, tierces parties au contrat ou leurs machines. De plus, les smart contracts intègrent les différentes étapes du processus contractuel, à savoir l'offre, les pourparlers, la convention, l'exécution et éventuellement la décision de justice. Ils ont vocation à couvrir l'intégralité de ces étapes, en mettant l'accent sur la performance. Les smart contracts utilisent des protocoles et des interfaces utilisateurs dans le but de faciliter chaque étape du processus contractuel. Ce système met en place de nouveaux dispositifs de formalisation et de sécurisation des relations numériques beaucoup plus fonctionnels que leurs ancêtres contrats papiers inanimés ». V., N. SZABO, « Formalizing and Securing Relationships on Public Networks », [online], 1<sup>st</sup> sept. 1997, <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>.

<sup>299</sup> A. BLONDEAU, *op. cit.*, p. 47.

<sup>300</sup> B. BARRAUD, *op. cit.*, p. 6.



entre les Hommes et faciliter leurs relations<sup>301</sup>. Elle serait en cela pleinement capable de disrupter<sup>302</sup> l'intégralité des tiers de confiance actuellement discrédités<sup>303</sup>. Son intégrité, qu'elle tient de la fiabilité technique de ses algorithmes<sup>304</sup>, l'émancipe de tout tiers de confiance<sup>305</sup> et principalement de la tutelle des pouvoirs institués<sup>306</sup>. Elle constitue indubitablement un tremplin stratégique pour la croissance appelant, de nouveau, une profonde transformation des modes de production et des modèles économiques actuels, voire de la vie de chaque citoyen et de leurs rapports avec le monde. Seulement, une telle transformation n'est pas sans soulever de difficultés puisqu'il est question de changer en profondeur le système de gestion de la confiance dans les relations humaines<sup>307</sup>, et notamment dans les métiers du droit<sup>308</sup>. Il convient donc de se demander si les *blockchains* peuvent réellement égaler, voire dépasser, les qualités attendues des tiers de confiance actuels.

S'il existe au sein du protocole de la *blockchain* une véritable volonté de simplification des relations humaines en général, et contractuelles en particulier, subsiste toutefois une difficile acceptation du système juridique actuel qu'il est prudent de ne pas sous-estimer. Certaines caractéristiques de la technologie reflètent cette dualité, opposant, d'une part, ses propres spécificités et, d'autre part, les défis qu'elles portent au droit objectif. Le plein essor de la *blockchain* se voit assiégé au milieu de difficultés d'adaptation entre le droit positif et les particularismes et limites inhérentes à son propre fonctionnement, créant des divergences qui pourraient, à plus ou moins long terme, représenter des freins à l'institution d'une confiance algorithmique... si tant est que le juriste ne les anticipe pas.

**4. Quelques exemples d'application juridique.** Il devient indispensable pour les juristes de prendre le train en marche, et l'analyse juridique proposée vise à fournir les notions essentielles pour y parvenir. Par exemple, il apparaît que la technologie est capable, *via* les *smart contracts*, d'automatiser l'exécution des obligations contractuelles, instituant ainsi une modalité technique d'exécution inédite<sup>309</sup>, qu'elle finit d'ailleurs par surpasser dès lors qu'elle allie le protocole du *smart contract* et la technologie des objets connectés et/ou intelligents<sup>310</sup>, en plus de sécuriser les architectures de l'Internet des objets (IoT)<sup>311</sup>. Mais, son caractère « inarrêtable », conduisant le *smart contract* à poursuivre son exécution jusqu'à ce qu'il trouve application conformément à ses stipulations contractuelles, sans modification ou annulation en cours d'exécution, va à l'encontre de certains principes juridiques, notamment

---

<sup>301</sup> D. M. ROUSSEAU, B. SIM SITKIN, R. S. BURT, C. CAMERER), « Not So Different After All: A Cross-Discipline View of Trust », *Academy of Management Review* [online], 1998, Vol. 23, No. 3, p. 393-404, [<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.470.8322&rep=rep1&type=pdf>].

<sup>302</sup> Du latin *disruptus*, participe passé du verbe *disrumpere* (ou *dirumpere*) – qui signifie briser en morceaux, faire éclater, rompre, détruire – l'adjectif « disruptif » désigne ce qui sert à rompre, ou ce qui correspond à une rupture soudaine.

<sup>303</sup> É GUILHAUDIS, art. cit., p. 1.

<sup>304</sup> N. FABRIZI-RACINE, « La blockchain : (R)évolution d'État ? », *JCP A* 2017, n° 49, p. 2306, n° 1 – Arrêté du 27 juin 1989 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique : « [L'algorithme est] l'étude de la résolution de problèmes par la mise en œuvre de suites d'opérations élémentaires selon un processus défini aboutissant à une solution ». – Dictionnaire en ligne Larousse : un algorithme est un « Ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations. Un algorithme peut être traduit, grâce à un langage de programmation, en un programme exécutable par un ordinateur. »

<sup>305</sup> C. ZOLINSKI, « Fintech - *Blockchain* et *smart contracts* : premiers regards sur une technologie disruptive », *RD bancaire et fin.* 2017, dossier 4, n° 8.

<sup>306</sup> B. BARRAUD, *loc. cit.*

<sup>307</sup> C. BERBAIN, *op. cit.*, p. 8.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>309</sup> A. BLONDEAU, *op. cit.*, p. 54 et s.

<sup>310</sup> *Ibid.*, pp. 110 et s.

<sup>311</sup> *Ibid.*, pp. 123-126.

ceux gouvernés par la liberté contractuelle<sup>312</sup>. L'attention des parties doit alors être attirée sur le fait que, derrière ses apparences de simplification des relations contractuelles, la technologie peut soulever de grandes difficultés et, dans ses effets, inquiéter la sécurité juridique des utilisateurs. Mais n'appartient-il pas précisément aux juristes, en général, et aux juges, en particulier, de veiller à garantir la bonne application du droit ? Or, en réintervenant pour colmater les difficultés éprouvées par les algorithmes en la matière, le juriste, comme le juge, prouvent que leur intervention est nécessaire<sup>313</sup>, à condition toutefois de rester ouvert à l'acquisition de quelques notions techniques<sup>314</sup>... Par ailleurs, le protocole propose de signer, d'authentifier, et de prouver tout type d'information « *dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* »<sup>315</sup>, à l'instar des signatures électroniques actuelles, renforcées par la décentralisation et les procédés cryptographiques du système. Mais ce procédé est-il toutefois suffisamment fiable pour répondre aux exigences probatoires de l'art. 1367 du Code civil<sup>316</sup> ? La qualité de registre décentralisé de la technologie rend par ailleurs possible la traçabilité, tant des actions que des dates auxquelles ces dernières ont été effectuées. En assurant un archivage pour une durée en principe illimitée, la *blockchain* ne contribuerait-elle pas à ainsi créer une nouvelle variété de preuve algorithmique de faits mais également d'actes juridiques susceptible d'intéresser les parties auxquelles la charge de la preuve incombe<sup>317</sup> ? Cependant, il s'avère que la transparence des blocs, associée à l'inaltérabilité du protocole, implique que ces données, potentiellement personnelles, inscrites sur la chaîne, soient rendues éternellement publiques. Ce qui n'est pas sans soulever de difficultés vis-à-vis de la conformité à la législation protectrice des droits des personnes physiques à l'égard du traitement de leurs données (RGPD), en particulier à l'égard du droit des individus à obtenir l'effacement des données les concernant<sup>318</sup>.

Sans céder, ni au « *solutionnisme technologique* »<sup>319</sup>, ni au scepticisme généralisé<sup>320</sup>, il est apparu important de procéder à une analyse élargie quant à la cohérence entre les propriétés et les mécanismes propres à la *blockchain* et la législation en vigueur. C'est à cette analyse approfondie que nous nous sommes livrées dans l'étude « *L'émergence de la blockchain dans les relations contractuelles : Vers une nouvelle forme de confiance algorithmique ?* », disponible en archives ouvertes sur HAL<sup>321</sup>.

---

<sup>312</sup> *Ibid.*, pp. 280 et s.

<sup>313</sup> Sur le retour du juriste-codeur, v., *ibid.*, p. 294-299 ; sur la recrudescence du rôle du juge, v., *ibid.*, pp. 309-321.

<sup>314</sup> *Ibid.*, pp. 323-327.

<sup>315</sup> C. civ., art. 1366.

<sup>316</sup> *Ibid.*, pp. 144 et s.

<sup>317</sup> *Ibid.*, pp. 195 et s.

<sup>318</sup> *Ibid.*, pp. 245 et s.

<sup>319</sup> Rapp. AN n° 1501, 12 déc. 2018, de L. DE LA RAUDIÈRE et J.-M. MIS sur les chaînes de blocs.

<sup>320</sup> A. BLONDEAU, *op. cit.*, p. 49.

<sup>321</sup> [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03210338>].

