

L'optimisation fiscale

Gauthier BLANLUET

Université Paris II, avocat associé, Sullivan & Cromwell LLP

Résumé : L'optimisation fiscale est la pratique qui consiste pour un contribuable, dans la conduite de ses affaires ou la gestion de son patrimoine, à rechercher la voie la moins imposée par des moyens légaux. Sur le plan juridique, l'optimisation fiscale est parfaitement légitime, à la différence de l'abus de droit ou de la fraude fiscale, qui sanctionnent l'évasion fiscale prohibée. La crise financière et la globalisation de l'économie ont sensiblement réduit la tolérance des pouvoirs publics à l'égard de l'optimisation fiscale dite « agressive ». Le G20 et l'OCDE entendent lutter contre le phénomène au niveau international. En France, les dispositions anti-optimisation se multiplient. Le domaine de l'abus de droit pourrait être élargi pour faciliter la tâche de l'administration. La répression de la fraude fiscale se durcit. Il est question de demander aux professionnels de la fiscalité de divulguer les schémas d'optimisation fiscale mis en œuvre pour leurs clients.

Mots-clés : Optimisation, abus de droit, fraude

1. – Parler d'optimisation fiscale est un exercice périlleux, surtout pour un fiscaliste, car c'est un sujet qui se prête assez bien aux bavardages, aux jugements à l'emporte-pièce, aux raccourcis réducteurs et aux partis pris idéologiques. Je vais essayer de me tenir à l'écart de tout cela pour tenter d'apporter un peu de clarté dans ce débat quelque peu embrouillé.

L'optimisation fiscale n'est pas un concept juridique – vous n'en trouverez pas la trace dans les textes – c'est un comportement, une attitude devant l'impôt. « Optimiser », c'est tirer d'une chose le meilleur parti, c'est porter cette chose à son *optimum*. Rapportée à la matière fiscale, l'optimisation désigne cette pratique qui consiste pour un contribuable, dans la conduite

de ses affaires ou la gestion de son patrimoine, à rechercher la voie la moins imposée par des moyens légaux.

L'optimisation fiscale suscite généralement deux types de réactions, qui procèdent toutes deux d'un jugement moral.

Dans une première opinion, l'optimisation fiscale est l'exercice d'une liberté, voire d'un droit. Dès lors qu'elle s'exprime dans les limites tracées par la loi, elle est parfaitement légitime. Légitime et même, dans certains cas, indispensable. Ainsi, les entreprises n'ont pas seulement des devoirs envers l'État, elles ont aussi des devoirs envers leurs créanciers, leurs actionnaires. Une saine gestion en bon père de famille exige de maîtriser les charges qui pèsent sur l'entreprise autant que faire se peut. Un dirigeant qui, par impéritie, laisserait augmenter la pression fiscale sur son entreprise au-delà du raisonnable s'exposerait certainement à voir sa responsabilité engagée pour faute de gestion. Et puis, ne l'oublions pas, l'optimisation fiscale entre dans le champ contractuel du devoir de conseil auquel sont tenus les professionnels de la fiscalité envers leurs clients. Nul ne songerait à contester la licéité de l'objet de ces contrats. Nul ne saurait non plus s'émouvoir que la responsabilité des conseils fiscaux soit engagée en cas de manquement à ce devoir contractuel.

À l'opposé de cette vision, qui regarde l'optimisation fiscale comme un droit, une liberté ou même une obligation, on en rencontre une autre, qui tient l'optimisation fiscale pour une incivilité. Le contribuable qui fait prévaloir ses intérêts sur ceux de l'État n'agit pas en bon citoyen. Il est déloyal envers l'État, non pas tant parce qu'il fait des économies sur le dos de l'État, mais surtout parce qu'il cherche à prendre le législateur en défaut, faisant son miel des failles de la législation pour tirer profit de ses imperfections.

Plus grave encore, diront certains, le contribuable cherchant l'économie d'impôt se montre également déloyal à l'égard de la multitude qui, elle, n'a pas les moyens de l'optimisation. En clair, l'optimisation fiscale serait facteur d'inégalité entre les contribuables. Facteur d'inégalité, surtout, devant l'impôt. Ainsi, le moyen ingénieux pour alléger la charge fiscale serait à la portée des ménages les plus aisés et des grandes entreprises, qui seuls peuvent recourir à une ingénierie financière et fiscale pointue, ces contribuables qui, bien mieux que le commun des mortels, peuvent emprunter les voies qui permettent de réduire leur taux effectif d'impôt. Sur le terrain de l'optimisation fiscale, il faudrait donc revivre, une fois de plus, la lutte inégale du pot de terre contre le pot de fer.

2. – Le juriste se moque de tout cela. La seule question qui lui importe est de savoir si l'optimisation fiscale est ou non autorisée par la loi. Sur ce point, la réponse est claire. La légalité de l'optimisation fiscale ne fait aucun doute sur le plan juridique. La recherche de la voie la moins imposée n'est pas, sur le principe, illégale.

Le Conseil d'État l'a affirmé à plusieurs reprises. Dans un arrêt célèbre du 10 juin 1981 traitant de la question de l'abus de droit, le commissaire du gouvernement Lobry déclarait de la manière la plus claire que l'abus de droit « n'a pas pour objet d'interdire au contribuable de choisir pour l'exercice de son activité économique le cadre juridique qu'il juge le plus favorable du point de vue fiscal »¹.

La Cour de justice, à son tour, affirme dans son arrêt *Halifax* du 21 février 2006 en matière de TVA que « lorsque l'assujetti a le choix entre deux opérations, [la directive TVA] ne lui impose pas de choisir celle qui implique le paiement de TVA le plus élevé. Au contraire, [...], l'assujetti a le droit de choisir la structure de son activité de manière à limiter sa dette fiscale »².

Le Conseil constitutionnel lui-même dit à peu près la même chose dans sa décision du 29 décembre 2005, en précisant que les contribuables « peuvent évaluer le montant de [leurs] impôts selon les diverses options qui [leur] sont offertes [et] opérer des arbitrages auxquels les invite le législateur [fiscal] »³.

Comme le Conseil constitutionnel y fait allusion, la loi fiscale elle-même peut inciter à opérer des choix purement fiscaux. Les options et autres niches fiscales orientent la décision des contribuables. Ces régimes incitatifs constituent une forme d'encadrement légal de l'optimisation fiscale, une optimisation non seulement permise, mais encouragée.

Mais laissons de côté ces optimisations promues par le législateur lui-même. Regardons plutôt l'infinité des situations dans lesquelles, pour atteindre un résultat donné, il existe plusieurs chemins, plusieurs modalités possibles. Par exemple, pour céder une entreprise, on peut soit céder les

1 CE 10 juin 1981, n° 19079, *plén.*, *Dr. fisc.* 1981, n° 48, comm. 2187, concl. Lobry.

2 CJCE 21 fév. 1986, aff. C-255/02, *RJF* 5/2006, n° 648, étude O. Fouquet, p. 383 et s.

3 CC 29 déc. 2005, n° 2005-530, DC, *Rec. cons. const.* p. 168.

actifs composant le fonds de commerce, ou bien les droits sociaux de la société qui l'exploite. Entre ces deux formules, il y a de multiples différences, dont certaines sont fiscales. Ce que le Conseil d'État proclame, c'est que l'on peut, dans la somme des avantages et des inconvénients, tenir compte de la donnée fiscale, et choisir la formule la moins imposée.

Il n'est donc pas interdit d'être clairvoyant. Mais la clairvoyance ne saurait excéder les limites de la légalité. Aussi faut-il bien se garder de confondre l'optimisation fiscale, permise, et l'évasion fiscale, interdite.

3. – L'évasion fiscale est le fait de tous ceux qui ont franchi la ligne jaune, qui se sont rendus coupables d'une fraude à la loi constitutive d'un abus de droit (art. L 64 du LPF), sanctionnée par de lourdes pénalités, ou, plus grave, d'une fraude fiscale, réprimée pénalement (art. 1741 du CGI).

Ces textes sont des lois d'exception, qui visent des cas limite. Leur caractère fortement répressif exige de les interpréter strictement, d'en réserver l'application aux seuls cas pathologiques. Et pour serrer l'abus ou la fraude au plus près, pour éviter que ces notions ne se diluent dans l'indétermination, il a fallu tout le discernement et toute l'opiniâtreté du Conseil d'État. Au fil des arrêts, il a su construire un système équilibré, maintenant la balance égale entre le souci de réprimer les abus, d'une part, et la nécessité d'en fixer précisément les limites, d'autre part. Cette longue et patiente œuvre jurisprudentielle a récemment reçu l'hommage du législateur. L'article L 64 a consacré les solutions forgées par la jurisprudence.

Malheureusement, tout ce bel édifice est en train de se fissurer. Bien des convictions, que l'on croyait inébranlables, sont à nouveau remises en cause. Les contours de l'optimisation fiscale, mais aussi de l'abus de droit et de la fraude fiscale, pourraient bien être bientôt redessinés. Décidément, la matière fiscale est un organe vivant, soumis à aux lois de l'évolution, ou plutôt de la conjoncture.

4. – Commençons par l'optimisation fiscale proprement dite.

Sous l'action et avec la bénédiction du G20, l'OCDE a, dès 2008, donné le coup d'envoi à diverses initiatives visant essentiellement à contenir l'optimisation fiscale jugée agressive. Son récent rapport intitulé « BEPS » (*Base Erosion and Profit Shifting*) fait l'inventaire de certaines pratiques d'optimisation dont l'éradication est vivement souhaitée. Cette action s'inscrit dans un mouvement plus large, qui consiste à mettre au ban de la

communauté internationale les États dits non coopératifs et à développer la transparence et l'échange automatique d'informations entre États au niveau international.

La France n'est pas en reste. La pression sur les contribuables augmente significativement, comme l'on sait, et les contrôles, les redressements, les contentieux se développent. Surtout, le législateur s'efforce, au fil des lois de finances, d'accompagner, et même de précéder, les évolutions souhaitées par l'OCDE. L'édiction de toute une législation à connotation répressive dirigée à l'encontre des contribuables entretenant des rapports avec des États non coopératifs, en est un premier exemple⁴. Par ailleurs, les textes anti-abus spécifiques se multiplient afin de mettre un terme, de façon ponctuelle,⁵ à des pratiques agressives clairement identifiées.

Dans ce nouvel environnement, l'optimisation devient une gageure, un sport dangereux. Deux raisons essentielles expliquent ce renversement brutal de perspective.

La crise financière en premier lieu. Les États ont sauvé le secteur financier et, avec lui, l'économie tout entière. Mais à quel prix. La dette des États tutoie des sommets. L'heure est venue de faire les comptes. Les pouvoirs publics entendent désormais prendre des mesures énergiques. Ils s'attendent à ce que les acteurs économiques montrent la même loyauté que celle dont les États ont su faire preuve aux pires moments de la crise.

La seconde raison vient de ce que, bien que l'on ne dispose d'aucune statistique fiable sur le sujet, nombreux sont ceux qui, dans les organisations gouvernementales, pensent que l'optimisation fiscale s'est beaucoup développée dans la période récente, au point d'atteindre un niveau intolérable. On soupçonne la globalisation de l'économie d'en être principalement

⁴ Art. 238 0-A du CGI.

⁵ Par exemple, depuis 2011, l'article 209-IX du CGI sur la déduction des charges financières afférentes à l'acquisition de titres de participation ; l'article 212 II du CGI sur l'extension du régime de sous-capitalisation aux prêts garantis par une société du groupe ; l'article 145-1 c du CGI sur la déchéance du régime mère-fille en cas de distribution suivie de l'absorption ou de la cession de la filiale ; l'article 219 I a sexies du CGI sur l'institution d'un mécanisme de report d'imposition en cas de cession de participations entre sociétés liées ; l'article 220 I a du CGI sur la limitation de l'imputation de crédits d'impôt étrangers en cas d'acquisitions et de reventes de titres étrangers dans un bref délai autour du détachement du coupon.

responsable, car elle permet aux entreprises internationales de localiser leurs charges dans les États pratiquant une fiscalité élevée, et leurs produits dans les pays à fiscalité faible ou inexistante. Quelques affaires retentissantes ont été mises en exergue, en France comme à l'étranger, en particulier dans le domaine de l'économie numérique.

Il ne faut pas s'étonner, dans ce contexte, que l'optimisation fiscale soit au cœur des préoccupations des pouvoirs publics. Les rapports d'information se succèdent : un premier sur l'économie numérique, qui recommande diverses mesures pour adapter les règles internationales de rattachement des profits, notamment en faisant évoluer la définition de l'établissement stable⁶. Un autre préparé par une mission d'information présidée par le député Éric Woerth, consacré à l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international⁷.

Ce rapport est un fervent plaidoyer contre l'optimisation fiscale dite « agressive ». On y lit que l'optimisation fiscale trouverait essentiellement sa place en matière internationale, qu'elle consisterait pour les entreprises à tirer avantage des différences de législations applicables entre États, à utiliser les insuffisances des conventions internationales, tout cela pour localiser la matière imposable dans les États où la pression fiscale est la moins forte. C'est contre ce phénomène que le rapport recommande de lutter.

L'un des moyens de la lutte, pour les auteurs de ce rapport, consiste à assouplir la définition de l'abus de droit.

5. – Voici ce qui est proposé : 1^{re} proposition : « renforcer la portée de l'art L 64 du LPF en précisant que les actes constitutifs d'un abus de droit n'ont pas “exclusivement” mais “principalement” pour but d'atténuer ou d'éluder les charges fiscales que le contribuable aurait normalement supportées. »

Cette proposition répond à une demande pressante de l'administration. Celle-ci éprouve les plus grandes difficultés à faire la démonstration de l'abus de droit dans sa version actuelle, tant les critères de l'abus sont difficiles à réunir. Le critère le plus critiqué est celui qui consiste à exiger que l'opération en cause ait été motivée par un but « exclusivement » fiscal, ce qui en pratique confine l'abus de droit à la sanction des montages purement

6 P. Collin et N. Colin, *Mission d'expertise sur la fiscalité du numérique*, janvier 2013.

7 AN Rapp. N° 143 du 10 juillet 2013.

[p. 61-69]

Gauthier BLANLUET

Arch. phil. droit 56 (2013)

fictifs ou artificiels. Aussi est-il est proposé d'assouplir cette condition afin de faciliter la tâche de l'administration. Il suffirait désormais que celle-ci soit en mesure de montrer que le contribuable a été « principalement » – et non exclusivement – guidé par des préoccupations fiscales.

Si cette réforme devait voir le jour, bien des opérations procurant une économie fiscale, considérées aujourd'hui comme relevant de la saine gestion fiscale, pourraient être subitement jetées au bûcher de l'abus de droit.

Les parlementaires tentent de justifier la réforme par le souci d'harmoniser notre droit avec le droit communautaire. Ils s'appuient sur l'arrêt *Halifax* précité, rendu par la Cour de justice, qui caractérise l'acte abusif comme celui qui a un but « essentiellement » fiscal. Mais entre les deux adverbess « principalement » et « essentiellement », il y a plus qu'une nuance. Ce qui est essentiel est ce qui est de l'« essence » de la chose. Le but essentiel est le but impérieux, qui se suffit à lui-même. Il est la cause impulsive et déterminante du droit civil. Autant de mots pour désigner le but unique ou, pour parler comme l'article L 64, le but exclusif. La doctrine la plus autorisée l'a fort bien démontré encore récemment : l'argument communautaire ne tient pas⁸.

Aussi faut-il espérer que l'idée d'une telle réforme soit repoussée⁹. L'abus de droit occupe une fonction trop importante pour être précipité dans l'inconnu. La frontière de l'interdit doit être clairement tracée. Tel ne serait pas le cas s'il fallait considérer comme abusifs des actes pour lesquels la préoccupation fiscale cohabite avec d'autres objectifs, fussent-ils accessoires. Imaginez la tâche du juge. Qu'est-ce qu'un but « principal » ? Comment le mesurer ? Comment s'assurer qu'il a été prépondérant dans l'esprit du contribuable ? Qui pourra dire que telle autre considération, non fiscale, est

8 J. Turot, « Demain, serons-nous tous des Al Capone ? – À propos d'une éventuelle prohibition des actes à but principalement fiscal », *Dr. fisc.* 2013, n° 36, comm. 394 ; *adde*, O. Fouquet, « Quel est l'avenir de l'abus de droit ? (à propos de l'affaire des coquillards) », à paraître.

9 À l'heure où ces lignes sont écrites, le sénateur Marini a retiré à la demande du gouvernement un projet d'amendement à la loi de lutte contre la fraude et la grande délinquance économique et financière visant à remplacer la condition du but exclusivement fiscal par celle du motif « essentiellement » fiscal, en présence de montages internationaux (Amdt 11 bis DA, N°1, 4 octobre 2013). Le Garde des Sceaux a déclaré : « Oui, nous ferons tout pour aboutir d'ici l'examen du budget. Il s'agit de savoir ce qu'est un « montage à but essentiellement fiscal. Ne prenons pas le risque de sanctionner des innocents ».

insuffisante pour être prise en compte ? L'objectif n'est-il pas tout simplement de condamner le choix de la voie la moins imposée par principe, parce qu'elle procède par nature d'une décision « principalement » motivée par des considérations fiscales ? Certains oseront le soutenir. Qui les contredira ?

Voici donc que l'optimisation fiscale est menacée et que, pour un peu, même des régimes favorables et pourtant voulus par le législateur, comme le régime des sociétés mères, ou celui de l'intégration fiscale, deviendraient suspects. Le risque d'abus de droit régnerait en maître.

Mais, par l'effet de cet état de confusion généralisée dans laquelle nous vivons, il se pourrait bien que l'abus de droit soit à son tour colonisé par la fraude fiscale.

6. – Les frontières entre les deux notions ont toujours été poreuses. L'abus de droit suppose la recherche d'un élément matériel (l'impôt éludé) et d'un élément intentionnel (le but exclusivement fiscal)¹⁰, comme s'il s'agissait d'une infraction pénale. Et la dissimulation, qui est le propre de la fraude fiscale, n'est pas absente de l'abus de droit. Mais voici maintenant que la fraude fiscale se prendrait à emprunter certains critères de l'abus de droit.

Le nouvel article 1741 du CGI issu de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière donne la liste de certaines circonstances aggravantes de nature à alourdir les peines applicables en cas de fraude fiscale : parmi ces circonstances aggravantes, on trouve : une domiciliation fiscale fictive ou artificielle à l'étranger ; l'interposition d'une entité fictive ou artificielle ; le recours à un acte fictif ou artificiel.

On ne s'étonnerait pas que l'artifice ou la fiction ait maille à partir avec la fraude fiscale, s'il ne s'agissait, précisément, de critères propres à l'abus de droit.

Que dira-t-on, désormais, en présence de sociétés écrans créées aux fins d'échapper à l'imposition d'un revenu. Abus de droit ? Fraude fiscale aggravée ? Il est permis de s'interroger. La question n'est pas sans portée. Entre

¹⁰ Encore que le critère du but exclusivement fiscal ne repose plus guère sur la recherche d'une intention, mais sur une analyse largement objective portant sur la substance économique de l'opération en cause, v. J. Turot, art. précit., n°3.

[p. 61-69]

Gauthier BLANLUET

Arch. phil. droit 56 (2013)

l'abus de droit et la fraude fiscale, « il y a l'épaisseur d'un mur de prison », pour reprendre l'expression employée par Denis Healey, ministre britannique des finances dans les années quatre-vingt.

7. – On ne terminera pas ce parcours au milieu des sables mouvants de l'optimisation fiscale sans évoquer l'amendement n° 43 déposé le 14 juin dernier dans le cadre du projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, qui propose d'instituer une déclaration de montage fiscal, aux termes de laquelle « toute personne élaborant, développant ou commercialisant un schéma d'optimisation fiscale (*sic*) est tenue de porter ce dernier à la connaissance de l'administration fiscale dès les pourparlers de vente ou d'achat du dispositif ».

Ainsi la notion d'optimisation fiscale ferait – enfin ? – son entrée dans le code général des impôts.

L'amendement a été retiré, le ministre délégué chargé du budget ayant fait observer : « Qu'est-ce qu'un schéma d'optimisation fiscale ? Comment le définir juridiquement ? Comment articuler l'élaboration de ces schémas avec la responsabilité d'un certain nombre de professions juridiques ? Je vous propose que l'on prenne un peu de temps pour répondre à toutes ces questions ». Sage précaution. Ambitieuse entreprise.

BlanluetG@sullcrom.com