

N° 443105 – M. H...

9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 6 avril 2022

Lecture du 25 avril 2022

## Conclusions

### Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, Rapporteur public

Aux termes de l'article 1649 AA du CGI, dans sa rédaction applicable à l'année 2009, lorsque des contrats d'assurance-vie sont souscrits auprès d'organismes établis hors de France, « *les souscripteurs sont tenus de déclarer, en même temps que leur déclaration de revenus, les références du ou des contrats, les dates d'effet et de durée de ces contrats, ainsi que les avenants et opérations de remboursement effectuées au cours de l'année civile. Les modalités d'application du présent alinéa sont fixées par décret* ». L'article 344 C de l'annexe III au code, pris pour l'application de ces dispositions, précise, dans sa rédaction en vigueur en 2009, que cette obligation déclarative prend la forme d'une déclaration spéciale jointe à la déclaration d'ensemble des revenus, et que cette déclaration « *porte sur le ou les contrats d'assurance vie souscrits hors de France, modifiés ou dénoués au cours de l'année civile, par le déclarant ou une personne à charge du déclarant* ».

L'article 1766 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008, sanctionnait la méconnaissance par les personnes physiques des obligations prévues par l'article 1649 AA d'une amende égale à 25 % des « *versements effectués au titre des contrats non déclarés* ». Lorsque le contribuable apportait la preuve que le Trésor n'avait subi aucun préjudice, le taux de l'amende était ramené à 5 % et son montant plafonné à 1 500 €.

Le pourvoi de M. H... vous conduira à vous pencher successivement sur deux questions :

- D'une part, quelle était l'assiette de l'amende instituée par ces dispositions?
- D'autre part, faut-il faire application à M. H..., en vertu du principe de rétroactivité de la loi répressive plus douce, des dispositions ultérieures de l'article 1766 du code, issues de la loi n° 2012-354 du 14 mars 2012 puis de la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 ?

Commençons par la première question, portant sur l'interprétation de la notion de « versements au titre des contrats non déclarés » au sens de l'article 1766 du code dans sa rédaction antérieure à la LFR pour 2012. Trois lectures sont possibles<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Les travaux préparatoires de la loi de finances pour 1999 dont ces dispositions, d'abord codifiées à l'ancien article 1740 *decies* du CGI, sont issues, ne comportent pas d'indication qui éclairerait l'assiette de l'amende. La brève mention, dans les travaux préparatoires de la loi du 14 mars 2012, selon laquelle le système antérieur à

Les deux premières reposent sur une acception étroite de cette notion comme renvoyant aux seuls versements de primes sur ces contrats, mais se déclinent en deux versions aux effets très différents.

Vous pourriez ainsi, en premier lieu, estimer que seuls entrent dans l'assiette les versements de primes effectués sur le contrat d'assurance-vie au cours de l'année civile concernée par le manquement déclaratif. Telle est la lecture défendue dans son pourvoi par M. H....

Cette approche, qui conduirait, dans certaines hypothèses, à déconnecter entièrement le motif d'infliction de l'amende et l'assiette de l'amende, aboutirait à une amende nulle faute d'assiette lorsqu'aucune prime n'a été versée au titre de l'année du manquement déclaratif. Le risque d'une assiette nulle serait ainsi particulièrement élevé en cas de rachat du contrat, ceux-ci s'opérant parfois de nombreuses années après les derniers versements, alors même que l'absence de déclaration de ce rachat constitue un manquement aux obligations de l'article 1649 AA et qu'un tel manquement est, en outre, susceptible de porter préjudice au Trésor. Cette première approche nous semblant en trop grand décalage avec l'objectif poursuivi par le législateur en instituant une sanction en cas de manquements aux obligations déclaratives de l'article 1649 AA du code, elle ne nous paraît pas pouvoir être retenue.

Vous pourriez, en deuxième lieu, considérer que les « versements au titre des contrats non déclarés » renverraient à l'ensemble des versements de primes ayant alimenté, depuis l'origine, le contrat d'assurance-vie. Si l'approche large qui en résulte se rapprocherait de la notion de « valeur du contrat » utilisée, à compter de la loi du 14 mars 2012, dans une version ultérieure de l'article 1766, la notion de « versements effectués au titre des contrats non déclarés » ne serait donc pour autant pas équivalente à celle de valeur de rachat du contrat, laquelle tient compte tant des primes versées que des produits du contrat et des éventuels rachats antérieurs.

Cette lecture est possible au regard de la lettre du texte, qui ne précise pas que les versements pris en compte sont ceux intervenus au cours de l'année civile. Elle peut en outre se targuer d'être particulièrement dissuasive.

Toutefois, combinée au taux très élevé de 25% prévu par le texte, et en dépit de la clause de sauvegarde ramenant ce taux à 5% et plafonnant l'amende à 1 500 euros lorsque le contribuable démontre l'absence de préjudice du Trésor, lire la notion de versements comme renvoyant à toutes les primes ayant été versées sur le contrat *ab initio* nous semble aboutir à un système très sévère s'agissant d'une simple méconnaissance de l'obligation de déclarer un contrat de capitalisation ayant été souscrit, modifié ou dénoué au cours de l'année.

Or nous relevons que l'amende proportionnelle égale à 5% de la valeur des contrats non déclarés prévue par l'article 1766 du code dans sa version ultérieure issue de la LFR pour

---

cette loi était une « amende de 25 % des versements effectués sur ces comptes », n'éclaire pas davantage compte tenu tant de la postériorité de ces travaux que du caractère de simple incise imprécise de la description en cause.

2012 a été jugée contraire à la Constitution dans sa décision n° 2017-667 QPC du 27 octobre 2017. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé que si le législateur avait ainsi poursuivi l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, il avait en revanche, en prévoyant une amende dont le montant, non plafonné, est fixé en proportion de la valeur des contrats non déclarés, pour un simple manquement à une obligation déclarative, même lorsque les revenus n'ont pas été soustraits à l'impôt, instauré une sanction manifestement disproportionnée à la gravité des faits qu'il a entendu réprimer.

Il nous semble qu'il vous appartient de faire usage des marges d'interprétation laissées par le texte pour tenter d'aboutir à la solution la moins en délicatesse avec le principe de proportionnalité des sanctions. Or, si le système auquel aboutit l'ancien article 1766 lorsque le contribuable établit l'absence de préjudice du Trésor est assurément proportionné, en revanche, dans l'hypothèse où cette preuve n'est pas apportée, l'on pourrait s'interroger sur le résultat en termes de proportionnalité de la sanction d'une interprétation de l'amende comme étant égale à 25% du montant total des versements effectués sur le contrat depuis sa souscription initiale.

Vous pourriez, en troisième lieu, tout en vous limitant aux versements effectués au cours de l'année civile au titre de laquelle une déclaration aurait dû être souscrite en application de l'article 1649 AA du CGI, considérer que la notion de « versements effectués au titre des contrats non déclarés » inclut tous les versements en lien avec ces contrats, qu'il s'agisse de flux entrants (versements de primes sur les contrats) ou de flux sortants (rachats de contrats et remboursements de primes, voire versement de rentes).

Cette lecture est possible au regard de la lettre du texte, laquelle vise les versements effectués « au titre » des contrats non déclarés, et non les versements de sommes « sur » ces contrats.

A cet égard, si le requérant tente d'opposer la notion de versement à celle de remboursement en matière d'assurance-vie, nous relevons, d'une part, que le code des assurances emploie le terme « versement » ou le verbe « verser » non seulement dans le contexte des primes et cotisations acquittées par le souscripteur (par ex. aux articles L. 132-5-1 et L. 132-5-2), mais aussi pour évoquer le paiement par l'assureur des rentes et du capital (par ex. aux articles L. 132-9-4 et L. 132-9-5, L. 132-18) ou encore le versement de la valeur de rachat (article L. 132-21). Nous relevons, d'autre part, qu'il arrive au législateur fiscal d'employer la notion de « versements » dans une acception large, ainsi qu'en témoigne la précision apportée, à compter de la LFR pour 2012, à l'article 1649 AA du code, en vertu de laquelle « *Les versements faits à l'étranger ou en provenance de l'étranger par l'intermédiaire de contrats non déclarés ... constituent, sauf preuve contraire, des revenus imposables.* »

En ce qu'elle inclut les flux sortants, cette troisième lecture peut en outre se prévaloir d'une cohérence avec le champ de l'obligation déclarative de l'article 1649 AA du code, laquelle fait des opérations de remboursement effectuées au cours de l'année civile un événement devant donner lieu au dépôt d'une déclaration spéciale.

Certes, en cas de contrat modifié sans versement d'aucune prime au titre de l'année concernée, l'amende serait donc nulle. En revanche, l'assiette de l'amende ne serait jamais égale à zéro les années de rachat, et ne le serait pas davantage les années de souscription des contrats, s'accompagnant en principe toujours d'un premier versement. Enfin, dans le cas très particulier où il serait démontré qu'une même somme aurait alimenté, au cours de l'année civile concernée par le manquement déclaratif donnant lieu à sanction, un flux entrant sous forme de prime puis un flux sortant du contrat sous la forme d'un rachat immédiat d'une fraction du contrat incluant cette prime, il suffirait de prévoir une réserve neutralisant, dans cette hypothèse spécifique, toute double prise en compte.

C'est à cette troisième lecture, qui semble d'ailleurs rejoindre la pratique qu'avait l'administration de l'article 1766 et à tout le moins, celle qu'elle a suivie en l'espèce, que nous nous vous invitons à vous ranger.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc le moyen tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que l'administration fiscale avait à bon droit appliqué l'amende prévue par l'article 1766 sur une assiette égale au montant du rachat non déclaré de 50 673,69 euros opéré en 2009 sur le contrat d'assurance-vie, alors que faute d'avoir établi l'existence de versements de primes d'un tel montant en 2009, aucune amende ne pouvait être établie faute d'assiette.

Notons que, si vous ne suiviez pas et optiez pour la seconde approche, prenant en compte de l'ensemble des versements opérés sur le contrat depuis sa souscription, vous devriez également écarter ce premier moyen, dès lors que les versements effectués depuis l'origine par l'intéressé excédaient la somme de 50 673,69 euros retenue par le service comme assiette de l'amende.

Si la cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que l'amende infligée à M. H... l'avait été dans le respect des dispositions de l'article 1766 du CGI dans leur rédaction antérieure à la LFR pour 2012, aurait-elle en revanche, comme le soutient à titre subsidiaire le requérant, commis une erreur de droit en ne réduisant pas d'office son montant par application du principe de rétroactivité de la loi répressive plus douce ?

Le caractère nouveau du moyen soulevé ne rend pas celui-ci inopérant en cassation, s'agissant d'une question de champ d'application de la loi que le juge d'appel aurait dû, si le moyen s'avérait fondé, relever d'office. Indiquons, à cet égard, que les diverses mutations de l'article 1766 sont bien antérieures à l'arrêt de la cour.

Le principe selon lequel la loi répressive nouvelle doit, lorsqu'elle abroge une incrimination ou prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée, s'étend aux pénalités et amendes fiscales (CE, Section, avis, 5 avril 1996, X..., n° 176611, p. 116, RJF 5/96 n° 607).

Lorsque la loi nouvelle comporte à la fois des dispositions plus douces et des dispositions plus sévères que la loi ancienne, vous procédez, à condition que les dispositions en cause soient divisibles, à une application distributive de celles-ci, seules les dispositions nouvelles plus douces étant appliquées rétroactivement. Ce n'est qu'en cas d'indivisibilité que vous procédez à une appréciation globale du caractère plus doux ou plus sévère de l'équilibre issu de la loi nouvelle prise dans sa totalité par rapport à l'ancienne loi, également approchée de manière globale.

A titre d'illustration d'une telle application distributive, citons votre décision *Elections régionales d'Ile-de-France* du 4 juillet 2011 (CE, Assemblée, n° 338033 338199, p. 317). Mentionnons également, en matière fiscale, votre décision *SNC Saint-Honoré* du 27 mai 2009 (n° 307957, T. pp. 621-685-696, RJF 8-9/09 n° 764, concl. C. Legras BDCF 2009 n° 107), instructive sur la divisibilité. Etait en cause l'amende pour défaut de souscription, par les personnes qui assurent le paiement de revenus de capitaux mobiliers, de la déclaration de l'article 242 ter du CGI. Cette infraction était sanctionnée à l'article 1768 bis d'une amende s'élevant à 80% des sommes non déclarées, sauf en cas de première infraction qui ne donnait lieu qu'à une amende forfaitaire de 5 000 F. La loi avait ensuite substitué à ce dispositif une amende s'élevant à 50% des sommes non déclarées, en supprimant la possibilité d'une amende forfaitaire. Vous avez jugé que, pour la mise en œuvre du principe de rétroactivité *in mitius*, les dispositions de l'ancien article 1768 bis du CGI prévoyant, en principe, l'application de l'amende au taux de 80 % étaient divisibles de celles relatives aux conditions d'application de l'amende forfaitaire de 5 000 F.

Il n'est pas toujours facile d'apprécier, *in abstracto*, si une loi est plus douce ou plus sévère. Si le caractère plus léger de la répression s'impose parfois d'évidence (abaissement du barème ou du taux d'une pénalité, instauration d'un plafonnement sans changement des autres paramètres, instauration d'un droit de modulation avec transformation d'un forfait en plafond), la pesée s'avère plus délicate lorsque se succèdent deux amendes proportionnelles n'ayant pas la même assiette, ou encore lorsqu'à une amende forfaitaire succède une amende proportionnelle. Mais tandis que la jurisprudence judiciaire se refuse, en dépit des objurgations d'une partie de la doctrine, à procéder, pour apprécier le caractère plus doux ou plus sévère des dispositions relatives aux peines, à un examen *in concreto* du résultat de l'application de la loi nouvelle et de la loi ancienne au cas de la personne sanctionnée, votre jurisprudence ne semble pas avoir les mêmes réticences et s'est déjà livrée à plusieurs reprises, en matière de pénalité fiscale, à une telle comparaison concrète.

Ainsi, dans les années ayant suivi la réforme des pénalités fiscales par la loi du 8 juillet 1987 dite Aicardi qui avait substitué à des majorations mêlant finalités réparatrice et répressive un nouveau mécanisme distinguant clairement les intérêts de retard et les majorations punitives, vous avez, pour apprécier s'il y avait lieu ou non de faire une application rétroactive des nouvelles règles, jugé qu'il y avait lieu de prendre, dans chaque affaire, le montant de la pénalité qui avait été effectivement appliquée, d'en défalquer une somme égale aux intérêts de retard qui auraient été encourus compte tenu du retard constaté *in concreto*, et de comparer le montant ainsi obtenu avec celui de la pénalité qui résulterait de l'application du nouveau taux (v. par ex. CE, 27 février 1998, *min. c/ V...*, n° 177991, RJF 4/98 n° 425 ou CE, 2 juin 1999,

M..., n° 193824, RJF 1999 n° 917). Lorsque ce nouveau montant se révèle plus favorable, il est fait application de la nouvelle loi à l'intéressé.

Ajoutons enfin qu'en cas de succession de plus de deux lois, il y a lieu de retenir la plus douce, et à cette fin, de procéder à la comparaison des deux premières puis de comparer la plus douce à la troisième.

Dans sa rédaction antérieure aux modifications apportées par la loi du 14 mars 2012, l'article 1766 du CGI rendait les souscripteurs de contrats d'assurance-vie ayant méconnu les obligations de l'article 1649 AA du même code passible d'une amende proportionnelle, d'un montant égal à 25% des versements effectués au titre des contrats non déclarés. Lorsque le contribuable apportait la preuve que le Trésor n'avait subi aucun préjudice, le taux de l'amende était ramené à 5 % des versements, et son montant était plafonné à 1500 euros.<sup>2</sup>

Puis, dans sa rédaction issue de la loi du 14 mars 2012, la loi a distingué selon la valeur du contrat et l'Etat d'implantation de l'organisme. Ainsi, lorsque le total de la valeur du ou des contrats non déclarés était inférieur à 50 000 euros au 31 décembre de l'année au titre de laquelle la déclaration devait être faite, le non-respect de l'article 1649 AA du code est devenu, en vertu du premier alinéa de l'article 1766 dans sa rédaction issue de cette loi, passible d'une amende forfaitaire de 1500 euros par contrat non déclaré, portée à 10 000 euros lorsque l'obligation déclarative concerne un Etat ou territoire qui n'a pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires. Lorsque le total de la valeur du contrat dépassait 50 000 euros, l'amende forfaitaire laissait place à une amende proportionnelle égale, en vertu du second alinéa, à 5 % de la valeur de chaque contrat non déclaré, sans pouvoir être inférieure aux montants de 1500 et 10 000 euros qui, de forfaits, devenaient alors des planchers. Ce second volet, prévoyant une amende proportionnelle, a été déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans une décision n° 2017-667 QPC du 27 octobre 2017, cette déclaration d'inconstitutionnalité pouvant être invoquée dans tous les contentieux non clos par des décisions passées en force de chose jugée à cette date.<sup>3</sup>

Avant même la décision du juge constitutionnel, le législateur, tirant les conséquences de précédentes censures afférentes à d'autres amendes proportionnelles sanctionnant des manquements déclaratifs, avait toutefois pris les devants et, dès la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016, abrogé le second alinéa de l'article 1766. Depuis cette loi, l'article 1766 ne prévoit donc plus que les amendes forfaitaires de 1500 et 10 000 euros<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> En parallèle de l'amende sanctionnant la méconnaissance de l'obligation déclarative, les contribuables s'exposaient, lorsqu'ils avaient par ailleurs éludé l'impôt à raison des revenus placés ou issus du contrat, aux majorations de 40% des droits pour mauvaise foi ou 80% en cas de manœuvres frauduleuses appliquées aux rectifications d'IR correspondantes.

<sup>3</sup> Quant aux rectifications de droits le cas échéant établies, elles étaient passibles, outre des majorations « classiques », d'une majoration spécifique de 40 % prévue par l'article 1758 du code.

Dès lors que les dispositions afférentes aux majorations de droits, figurant dans d'autres articles et sanctionnant d'autres manquements (omission ou insuffisance d'imposition) que celui réprimé par l'article 1766 du code, présentent un caractère divisible de ce dernier et qu'en outre, M. H... n'a pas fait l'objet au titre des années en litige devant vous de rectifications de droits à raison des sommes ayant transité par son contrat d'assurance vie, les pénalités afférentes à de telles rectifications n'entreront pas dans l'équation pour apprécier la plus ou moins grande sévérité de la sanction édictée par l'article 1766 dans le cadre du présent litige. Pour l'exercice de pesée comparative auquel vous devrez vous livrer, il n'existe donc pas de différence entre l'article 1766 issu de la LFR 2016 et cet article dans sa rédaction issue de la LFR 2012 en tenant compte de la déclaration d'inconstitutionnalité du 27 octobre 2017.

Dans ce nouveau dispositif, il n'existe aucune atténuation pour les contribuables démontrant l'absence de préjudice du Trésor : pour ceux-là, l'ancien plafond de 1500 euros devient un plancher, porté à 10 000 euros en cas d'absence d'échange de renseignement en matière bancaire avec l'Etat concerné. Or les dispositions prévoyant un mécanisme d'atténuation de l'amende en cas d'absence de préjudice du Trésor nous semblent présenter un caractère divisible du reste de l'article qui prévoyait une amende égale à 25% des versements. Les dispositions plus sévères issues des lois du 14 mars 2012 et du 29 décembre 2016 ne peuvent donc être appliquées rétroactivement lorsque le contribuable relevait, dans l'ancien système, de la réserve sur l'absence de préjudice du Trésor.

En revanche, pour les contribuables n'ayant pas apporté la preuve de l'absence d'un tel préjudice, il convient, pour apprécier si les dispositions ultérieures de l'article 1766 présentent un caractère plus doux ou plus sévère, de comparer l'amende proportionnelle de 25 % des versements qui leur a été appliqué aux nouvelles amendes forfaitaires. Une pesée abstraite s'avérant impossible, vous confirmerez l'approche qu'avait esquissée votre jurisprudence postérieure à la loi Aicardi en procédant à une appréciation *in concreto* du caractère plus doux de la nouvelle loi sur la situation du requérant, en comparant le montant de l'amende proportionnelle qui lui a été appliquée à l'amende forfaitaire qu'il encourrait dans le nouveau régime.

Or tandis que l'amende effectivement appliquée à M. H... s'est élevée à 12 669 euros, le montant de l'amende encourue en vertu des dispositions de cet article issues de la LFR pour 2017 ne peut en tout état de cause excéder 10 000 euros. M. H... est donc fondé à soutenir que la cour a commis une erreur de droit en ne faisant pas une application à sa situation des dispositions de l'article 1766 dans leur rédaction issue de la LFR pour 2017 qui présentent, dans les circonstances de l'espèce, le caractère de dispositions plus douces.

---

<sup>4</sup> La LFR pour 2016 a par ailleurs créé un article 1729-0 A du code instaurant une nouvelle majoration spécifique des droits dus en cas de rectification du fait de sommes figurant ou ayant figuré sur un ou plusieurs contrats de capitalisation ou placement de même nature qui auraient dû être déclarés en application de l'article 1649 AA : cette majoration de 80%, qui lorsqu'elle est appliquée, exclut non seulement l'application des majorations « classiques » des articles 1728 et 1729 et de l'ancienne majoration spécifique de 40% de l'article 1758, mais aussi l'application de l'amende forfaitaire de l'article 1766, ne peut toutefois être inférieure aux montants de cette amende.

Vous réglerez l'affaire au fond. Après avoir écarté le moyen tiré par M. H... de ce qu'aucune amende n'aurait dû lui être infligée faute de versement en 2009, et celui tiré de ce que le manquement commis aurait été prescrit, vous ferez application des dispositions plus douces de l'article 1766 du code. Encore faut-il déterminer le quantum (1500 ou 10 000 euros) à retenir.

Avant l'entrée en vigueur de l'avenant du 3 juin 2009, l'article 22 de la convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1er avril 1958 limitait le champ des renseignements susceptibles de faire l'objet d'échanges entre les administrations des deux pays à ceux qui, d'une part, étaient nécessaires pour l'application de la convention et qui, d'autre part, ne dévoilaient aucun secret notamment bancaire. Cet avenant s'est appliqué, aux termes de son article 2, à compter des revenus de l'année 2010 (cf. CE, 18 mars 2019, *Sté Ediprint*, n° 410573). Ce n'est donc qu'à compter de ces années que le Luxembourg peut être regardé comme un « *Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires* » au sens de l'article 1766 du code, dans sa rédaction issue des lois des 14 mars 2012 et 29 décembre 2016 – la notion d'Etat « ayant conclu » un tel accord nous semblant devoir renvoyer, non au simple fait d'avoir déjà signé un accord, mais au fait d'avoir conclu un accord devenu effectif.

Le manquement de M. H... aux obligations déclaratives de l'article 1649 AA se rapportant à une opération de remboursement effectuée en 2009, et l'organisme étant luxembourgeois, l'application rétroactive des dispositions nouvelles de l'article 1766 du code conduit donc à l'infliction d'une amende, non de 1500 euros, mais de 10 000 euros.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 10 mars 2020 en tant qu'il statue sur l'amende mise à la charge de M. H... sur le fondement de l'article 1766 du CGI au titre de l'année 2009 ;
- à ce que cette amende soit ramenée à 10 000 euros ;
- à ce que l'Etat verse à M. H... 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA ;
- et au rejet du surplus des conclusions de la requête d'appel.