

# Les risques de la fiscalité

## Responsabilité de l'expert-comptable et du commissaire aux comptes



*Sœur jumelle de la comptabilité, la fiscalité est au cœur même de la profession d'expert-comptable, et ne peut non plus être méconnue par la profession de commissaire aux comptes.*

*Si son appréhension est quelquefois compliquée, et donc génératrice d'erreurs et de fautes, elle ne doit pas être vécue comme un fardeau.*

*Ainsi, au-delà des difficultés purement techniques, il faut savoir se méfier des penchants psychologiques ou idéologiques de la clientèle qui, par aversion pour l'impôt ou tout simplement par esprit ludique, peut créer chez le professionnel un effet d'entraînement annihilant sa vigilance.*

*Veiller à l'efficacité de son savoir-faire est donc la première marche de la prévention du risque mais il faut aussi savoir ne pas faire, et encore plus savoir taire un éventuel goût pour les optimisations aventureuses.*



Maxime Delhomme  
Avocat, Paris

### LES PROFESSIONNELS COMPTABLES, RÉGULATEURS FISCAUX

La sécurité est souvent une question de distance, c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie des normes, d'indépendance intellectuelle.

C'est pourquoi il n'est peut-être pas totalement inutile de rappeler qu'au-delà des revendications des uns et des autres, les sociétés modernes organisées se sont structurées à partir de l'acceptation d'un système fiscal auquel tout citoyen doit contribuer et qu'il peut contrôler par l'intermédiaire de ses représentants.

Dans ce système, les professionnels de la comptabilité ont un rôle de régulateur qui justifie notamment qu'ils soient tenus au secret professionnel pour pouvoir entendre ce que le client a à leur confier afin qu'ils puissent soit lui confirmer que ses choix sont réguliers, soit lui indiquer la méthode et le prix permettant de revenir à la régularité.

De fait, il coûte moins cher à l'Etat que des agents économiques privés lui assurent un contrôle de l'assiette fiscale plutôt que d'avoir encore plus d'irrégularités à rechercher et à sanctionner.

En contrepartie, il est exigé de ces

professionnels un comportement qui ne soit pas trop insouciant ou trop aventureux, sans envisager bien sûr le moindre dévoiement volontaire, qui rendrait totalement inefficace le rôle qui leur est confié.

C'est ainsi que leur responsabilité contractuelle à l'égard de leur client se prolonge, voire se double, d'une responsabilité vis-à-vis de la société, ce qui leur fait alors courir un risque pénal susceptible de les mettre à découvert quant à leur assurabilité.

### LE SAVOIR-FAIRE

Par principe, il est souvent rappelé que les professionnels sont soumis à une obligation de moyens. Faut-il encore que ces moyens soient mis en œuvre. Autrement dit, lorsque des diligences normales devaient immanquablement conduire à obtenir un résultat, c'est l'absence de ce résultat qui qualifie le défaut de moyens mis en œuvre<sup>(1)</sup>.

(1) « Toute obligation dite de moyens peut plus ou moins se muer en obligation de résultat (...). Aimable divertissement que de citer une masse de situations où la jurisprudence, par ses oscillations, a amplement démontré que les deux qualifications pouvaient être retenues et que le choix ultime s'effectue, sans le dire, au nom de l'équité qui trouve son instrument dans la charge de la preuve », Bernard BEIGNIER, note sous Cass. Civ.1<sup>er</sup>, 7 octobre 1997 sur la cession de clientèle, Dalloz, 1998, Jurisprudence pp. 78-80. Comme l'a précisé Dominique LEDOUBLE, « Le critère de l'aléa prend une force toute particulière en matière d'expertise comptable car il n'est pratiquement

Il en est évidemment ainsi de tous les taux à appliquer, des délais et autres contingences matérielles pour lesquelles il n'y a pas à discuter. Mais cela est aussi vrai dans la partie conceptuelle du métier.

Pour reprendre, dans son style franc si apprécié, le professeur Maurice Cozian, qui évoque le « Manuel du parfait gaffeur : comment rater fiscalement la mise en société de son entreprise ? »<sup>(2)</sup>, il est possible de faire un florilège des ratages par maladresse dont, nous rappelle-t-il, « c'est le conseil (en réalité, son assureur) qui devra supporter la réparation du préjudice fiscal subi par son client ». Ainsi, tous les oublis concernant les demandes qui devaient être faites pour l'application du régime de faveur pour l'imposition des plus-values<sup>(3)</sup>, concernant les conditions d'exonérations de droits d'enregistrement<sup>(4)</sup>, l'oubli de prendre l'engagement d'effectuer ultérieurement les éventuelles régularisations de TVA<sup>(5)</sup>, ou encore le fait d'oublier d'apporter une immobilisation affectée à l'exploitation<sup>(6)</sup>.

aucune mission où il ne soit fait usage de sondages » (CA Rennes, 27 mai 1975, Gaz. Pal., 1975.2.525, note APS). Voir également Etienne LAMPERT, « La vérification par épreuves », *Petites Affiches*, n° 191, 25 septembre 2000, p. 26.

(2) JCP Ed. Entreprise et Affaires, n° 36 du 8 septembre 2005, p. 1458, n° 1302.

(3) Art. 151 octies, II CGI ; Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 18 décembre 2001, RJF 2002, n° 1132.

(4) Art. 809, I bis CGI.

(5) Doctrine administrative 3 D-1411, 2 novembre 1996 ; CAA Bordeaux, 13 mars 2001, RJF 2001, n° 1057.

(6) CE, 9 février 2005, RJF 2005, n° 425.

Le professeur Cozian évoque également quelques stratagèmes qui sont condamnés à échouer, tels le fait de vendre à la société une partie de l'actif immobilisé<sup>(7)</sup>, se faire rémunérer en créditant son compte courant dans la société<sup>(8)</sup>, faire supporter à la société des dettes non liées aux actifs apportés<sup>(9)</sup>, ou enfin procéder à une réduction de capital avant l'expiration du délai de 3 ans<sup>(10)</sup>.

Ce que ces erreurs ont en commun, c'est que la déficience de conseil entraîne en elle-même le paiement d'un impôt qui n'aurait pas dû être payé et qui sera donc intégralement répercutable sur le conseil défaillant.

Cela différencie ce type d'erreurs de celles qui ne font supporter au conseil que les majorations et les pénalités qui, sinon, n'auraient pas été dues, dès lors que le client devait de toute façon payer un impôt, lequel n'a été que différé, et qui ne peut donc pas être considéré en tant que tel comme un préjudice<sup>(11)</sup>. Par exemple, un expert-comptable chargé des déclarations fiscales et sociales d'un client a pu être condamné à supporter les trois quarts des pénalités subies par ce dernier à la suite du paiement tardif des cotisations sociales en raison de son manquement à son devoir de conseil supposant fermeté et contrôle de ses instructions par son client<sup>(12)</sup>.

C'est l'application, en droit de la responsabilité civile, du principe selon lequel n'est réparable que la chance perdue, en appréciant donc, d'une part le partage entre la faute du client et celle du professionnel, d'autre part la perte certaine et la perte envisageable (ce que l'on retrouve notamment comme méthode pour les détournements)<sup>(13)</sup>.

(7) Cass. Com., 9 juin 2004, Droit Fiscal 2004, n° 48, comm. 861.

(8) Cass. Com., 3 mars 2004, Droit Fiscal 2004, n° 27, comm. 604.

(9) Cass. Com., 17 mars 2004, RJF 2004, n° 797.

(10) Cass. Com., 25 mars 2005, Droit Fiscal 2005, n° 40, comm. 696.

(11) C.A. Maddoli-Restoux, *Responsabilité de l'expert-comptable*, Litec, coll. Pratique professionnelle, 2<sup>e</sup> édition, p. 171 et s.

(12) CA Rennes, 1<sup>er</sup> ch., 8 juillet 1981, Juris-Data n° 040534 ; voir aussi CA Paris, 5<sup>e</sup> ch. C, 17 février 1994, Juris-Data n° 020531.

## FAIRE SAVOIR

### L'expert-comptable

L'appréciation de la situation fiscale par l'expert-comptable doit être exempte de fautes et il doit donc fournir toutes les informations nécessaires pour pouvoir procéder à une gestion fiscale sans risque.

Au-delà de la nécessaire connaissance des règles applicables, il faut donc penser à fournir en temps utile ces informations et mettre en garde sur leur conséquences. C'est ce qui est habituellement appelé « devoir de conseil ». Peu importe la propre science du client car s'il vient voir un professionnel, cela revient pour lui à se mettre en position de profane<sup>(14)</sup>.

Dans cette situation, c'est à celui qui doit l'obligation qu'il incombe de prouver qu'il a rempli cette obligation (art. 1315, al. 2 du code civil). Cela peut d'ailleurs être fait tout simplement en prouvant qu'il a demandé en temps utile les renseignements et informations qui lui étaient nécessaires pour porter son appréciation ou faire les diligences déclaratives<sup>(15)</sup>.

Cette obligation de conseil est bien évidemment attachée à la mission confiée et donc, si les conséquences fiscales d'une opération doivent être énoncées<sup>(16)</sup>, il ne peut pas être reproché une absence de démarche auprès des services fiscaux pour mettre à l'abri de pénalités un client négligent car, sauf extension par voie contractuelle, la Cour de cassation a relevé qu'au titre de l'article 2 de l'ordonnance de 1945, la représentation du contribuable ne faisait pas partie de « la mission légale de l'expert-comptable. »<sup>(17)</sup>.

Par mission légale, il faut entendre ce qui forme le corps de la mission de l'expert-comptable telle que définie à l'article 2 de l'ordonnance de 1945 ; les missions de l'article 22 de cette ordonnance n'étant en revanche qu'une possibilité accessoire, elles n'entraîneront de responsabilité que s'il a été convenu de les exécuter.

### Le commissaire aux comptes

L'expression « mission légale » est utilisée plus généralement pour les commissaires aux comptes, en ce sens que la définition de ce qu'ils doivent faire échappe aux arrangements contractuels ; de plus, il est maintenant mieux affirmé que leur rôle de critique ne concerne pas la gestion et n'inclut pas de prestations de conseils en gestion (art. L. 823-10 du code de commerce).

En matière fiscale, la responsabilité du commissaire aux comptes peut être recherchée puisque la loi (art. L. 225-237 du code de commerce) l'oblige à porter à la connaissance des dirigeants les irrégularités et inexactitudes qu'il a découvertes au cours de ses opérations de contrôle<sup>(18)</sup> ; dès lors, s'il ne les a pas découvertes du fait d'une insuffisance des moyens affectés à la mission, il engagera également sa responsabilité.

Les deux professionnels, expert-comptable et commissaire aux comptes, pourront d'ailleurs être entraînés dans une co-responsabilité - qui rend plus floues les obligations respectives de l'un et de l'autre auxquelles ils auraient manqué - aboutissant à l'indemnisation par ceux-ci des conséquences d'un redressement fiscal subi par la société mère d'un groupe de sociétés du fait de non

(13) Le préjudice de la société résultant de la perte de chance est distinct des détournements eux-mêmes et le coût global de ces derniers ne peut être imputé au professionnel du chiffre (CA de Paris, 7 février 1997, Dalloz 1997, IR p. 61 confirmé par Com 19 octobre 1999, CNCC, n° 117, voir aussi TGI Paris, 29 octobre 2002, CNCC Bull. n° 128, § 160 ; CA de Paris, 18 mars 2003, CNCC, Bull. 2002, n° 126) ; Maxime DEL-HOMME, « Les éventuelles conséquences pour un expert-comptable des détournements opérés par le comptable salarié de son client », note sous CA Paris, 25<sup>e</sup> ch., 13 février 2004, *Bull. Joly Sociétés*, juin 2004, §155, pp. 769-779.

(14) Civ. 1<sup>er</sup>, 25 novembre 1997, Bull. n° 329 ; 7 juillet 1998, Bull. n° 238 ; 4 avril 2001, Bull. n° 104.

(15) Cass. Com. 10 août 2005, n° 741, RJDA 2005 n° 1121 p. 975, 1<sup>er</sup> moyen confirmant CA Metz, 11 juin 2003, 1<sup>er</sup> ch.

(16) Cass. Com. 23 mars 2003, JCP 2003, jurisprudence, n° 1513

(17) Cass. Com. 10 août 2005, précité.

(18) CA Paris 25<sup>e</sup> ch. B, 28 mars 2003, n° 01/21297

renouvellement de l'option d'intégration fiscale<sup>(19)</sup>.

Même si la Cour ne relève pas les particularités de chacune des professions, elle ne peut cependant pas être critiquée dans sa motivation, car elle rappelle ce qu'un professionnel doit savoir pour pouvoir remplir son obligation d'information : « *qu'étant contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information, ils doivent la preuve de l'exécution de cette obligation, ce qu'ils ne font pas, aucun élément ne prouvant qu'ils ont informé verbalement le chef comptable de la société, comme ils le prétendent* ».

Amalgame imprécis puisqu'évidemment le commissaire aux comptes ne doit ses remarques qu'aux organes de direction ou, en cas de fraude, au Procureur. C'est en effet alors le délit de non révélation (art. L 820-7 du code de commerce) pour toute fraude fiscale<sup>(20)</sup> qui, pour le commissaire aux comptes, met en exergue son devoir d'expression.

Ainsi, au-delà du simple savoir-faire pour les prestations d'exécution, il y a une exigence, dont il faut rapporter la preuve, de savoir ce qui importe dans l'environnement et dans le détail des opérations concernées, et savoir le dire à temps.

Puis il faut savoir ne pas faire ce qui entraîne encore plus loin dans le champ pénal.

## SAVOIR NE PAS FAIRE

Le professionnel peut tout d'abord se laisser aller à de l'insouciance. Il ajoutera ainsi sa propre distraction à celle d'un client pour qui les obligations fiscales paraissent toujours un peu relatives. Ce qui est faible chez le client sera faiblesse d'autorité chez le professionnel.

Ensuite, il y a le client qui commence à vivre d'expédients, qui décale par exemple les règlements qu'il doit faire au titre de la TVA. L'expert-comptable qui lui prête la main dans les déclarations à l'administra-

(19) CA Versailles, 1<sup>e</sup> ch., 1<sup>e</sup> section, 11 avril 2002, Bull. Joly Sociétés 2002, n°206, p. 919, note Jean-Jacques DAIGRE

(20) Petites Affiches, 4 juin 1999, n°111, p. 3.

tion fiscale se retrouve évidemment complice de la fraude (art. 1741 CGI), de même qu'il serait condamnable au titre du délit distinct d'omission d'écritures ou de celui de passation d'écritures inexactes ou fictives (art. 1743 CGI).

Enfin, dans l'ordre de gravité (et pas seulement intellectuelle), se pose le problème de l'activisme irréfléchi du professionnel dans le domaine de l'optimisation fiscale. Il y a là, à rebours du défaut de conseil, un excès de conseil qui peut prendre l'aspect d'une collusion avec le client.

Le risque de la solidarité pénale (art. 480-1 al. 1 du code de procédure pénale)<sup>(21)</sup>, exige en effet de rappeler aux professionnels que la relation qu'ils doivent entretenir avec la clientèle qui les rémunère doit rester suffisamment distante. Si, par mégarde, leurs conseils, voire leurs actes, ont permis des opérations dont la clientèle, sans ces conseils ou ces actes, soit n'aurait pas eu l'idée, soit n'aurait pas eu la possibilité de les réaliser, ils devront bien évidemment en assumer le résultat<sup>(22)</sup>.

Par exemple, un commissaire aux comptes a été condamné pour complicité de la fraude fiscale commise par un dirigeant qui avait frauduleusement transféré à l'étranger des redevances pour l'usage de dessins et modèles, et qui avait établi des factures fictives : en l'espèce, il a été avéré que ce commissaire aux comptes était le « maître d'œuvre » de cette fraude, « l'initiateur du procédé » frauduleux, le « comptable occulte » des produits de la fraude<sup>(23)</sup>.

(21) Voir M. DELHOMME, *La responsabilité pénale de l'expert-comptable*, Ed. Joly, 1998, p. 45.

(22) La complicité nécessite donc d'établir : « (...) que c'est volontairement qu'il n'a pas procédé à certains contrôles ou redressements exigés par sa fonction qui auraient nécessairement fait échouer le délit projeté ». Et qu'il ne saurait donc y en avoir « si on n'explique pas en quoi ses omissions prétendument fautives auraient concouru à la réalisation des infractions poursuivies » (CA Aix en Provence 5<sup>e</sup> ch., 12 février 1997, cité in *La responsabilité pénale de l'expert-comptable*, op. cit., p. 146). Ce qui ne peut donc qu'être préalable et non postérieur à l'infraction : « Mais attendu qu'en se prononçant ainsi, sans caractériser aucun acte positif antérieur ou concomitant à la réalisation de l'abus de biens sociaux et alors que, conformément à l'article 2 de l'ordonnance du 19 septembre

En dehors des actes pervers par la collusion, la simple négligence, qui s'analyse normalement en erreur civile, peut parfois paraître incroyable au point de laisser à penser qu'il y a véritablement une volonté de s'associer à une pratique irrégulière, ce qui qualifierait alors l'élément intentionnel du délit (art. 121-3 du code pénal)<sup>(24)</sup>. Ainsi, si les erreurs civiles trouvent leur source dans un défaut de technicité, les fautes pénales relèvent plutôt d'un excès de technicité lié à une absence de respect des principes déontologiques.

La déontologie est l'expression théorisée de l'expérience d'une profession. La logique de conduite qu'elle instaure, si elle n'est pas respectée, n'entraîne pas forcément condamnation car le droit a des définitions plus étroites pour, justement, pouvoir être plus ferme. Mais celui qui méconnaît les principes de conduite peut vite se retrouver dans une zone de risque qu'il n'avait pas imaginée.

Le principe des professions libérales, c'est qu'elles sont rémunérées par leur clientèle ; dès lors, pour ne pas risquer de tomber sous la coupe de celle-ci, il est prévu un certain nombre d'interdits dont le franchissement exprime une absence d'indépendance qui peut vite être considérée comme une collusion. ■

*Article rédigé à partir des interventions de Gaëtan Le Cornec, Lucien Weiszberg, Jean-Marie Touzet et l'auteur lors d'une conférence au congrès de Lyon de l'Ordre des experts-comptables, octobre 2004.*

1945 modifiée, l'expert comptable n'a fait que retranscrire fidèlement dans les écritures la réalité d'opérations qui mettaient en évidence les prélèvements opérés par le responsable de l'entreprise, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé » (Cass. Crim., 6 septembre 2000, Droit pénal 2000, comm. n° 138, Dalloz 2001, p. 2350).

(23) CA Paris, 28 janvier 1980, Bull. CNCC n° 43, 1981, p. 346, cité dans « Responsabilité pénale des commissaires aux comptes », Ed. Francis Lefebvre, « Themexpress », n° 78.

(24) La complicité par aide et assistance « ne peut s'induire d'une simple inaction ou abstention » (CA Aix en Provence 5<sup>e</sup> ch., 12 février 1997, cité in *La responsabilité pénale de l'expert-comptable*, op. cit., p. 98). Voir également « L'intention en droit pénal », Stéphanie BERTÉ PUEL, thèse, Paris X Nanterre, soutenue le 6 septembre 2005.