

# ESFP et respect de la vie privée

*The “ESFP” procedure and the respect of privacy*



Olivier JANORAY  
*Avocat associé, cabinet Duroc Partners*



Virginie GARCIA  
*Avocat, cabinet Duroc Partners*

L'ESFP est une procédure de contrôle fiscal des revenus qui trouve son fondement dans l'article L. 12 du Livre des procédures fiscales. Elle se caractérise par un contrôle de cohérence réalisé par l'administration fiscale entre d'une part, les revenus déclarés par les contribuables personnes physiques et, d'autre part, leur train de vie, leur patrimoine et leur situation de trésorerie. Particulièrement intrusive, cette procédure est considérée comme l'une des plus attentatoires à la vie privée des contribuables, en raison des investigations extrêmement poussées que l'administration fiscale est autorisée à mener dans ce cadre. Pourtant, l'utilisation des nouvelles technologies par l'administration fiscale et la modernisation du contrôle fiscal semblent considérablement remettre en cause l'efficacité de l'ESFP. Par ailleurs, l'insuffisance évidente des garanties propres à cette procédure par rapport à l'atteinte portée aux droits et libertés fondamentales des individus suggère de mener une réflexion sur la nécessité de son maintien dans l'arsenal répressif actuel et sur la pertinence de son transfert vers la matière pénale.

*The “ESFP” (contradictory review of the personal tax situation) is an income verification procedure based on Article L. 12 of the French Tax Procedures Code. It is characterized by a consistency check carried out by the French tax administration between, on the one hand, the income declared by individual taxpayers and, on the other hand, their lifestyle, assets, and cash flow. This particularly intrusive procedure is one of the most invasive of taxpayers' privacy due to the highly detailed investigations the tax administration is authorized to carry out. However, the use of new technologies by the French tax administration and the modernization of tax audits seem to significantly challenge the effectiveness of the “ESFP”. Moreover, the obvious inadequacy of the safeguards provided by this procedure, given the impact on individuals' fundamental rights and freedoms, suggests that a reflection is needed on the necessity of maintaining it within the current French repressive framework and the relevance of transferring it to criminal law.*

## Introduction

Dans l'adage «*Fraus omnia corrumpit*» réside un idéal de notre société : les principes de bonne foi et de loyauté dominent les rapports juridiques entre les individus tandis que la fraude, entachant de vice toute chose, est de nature à inverser cette logique. Ennemie du principe d'égalité, la fraude fiscale justifie ainsi un climat de méfiance et la nécessité d'investigations continues, l'exception devenant le principe. Toutefois, un tel traitement appliqué en amont

de toute caractérisation de fraude pose question : cette traque ne peut se faire par tout moyen et se heurte aux droits et libertés fondamentaux des contribuables.

Dans ces colonnes, nous proposons d'étudier la conciliation de deux exigences de l'État de droit, la protection de la vie privée des individus et la recherche de l'équité contributive, à travers un instrument de vérification particulier dont dispose l'administration fiscale : l'Examen Contradictoire de la

Situation Fiscale Personnelle ou «ESFP». Particulièrement intrusive, cette procédure de contrôle fiscal est réservée aux personnes physiques résidentes ou déclarées non-résidentes<sup>1</sup>. Elle permet à l'administration fiscale de procéder à un contrôle de cohérence entre, d'une part, les revenus du contribuable qui auront – ou n'auront pas – été déclarés et, d'autre part, son train de vie, son patrimoine ou sa situation de trésorerie. Véritable inquisition, l'ESFP conduit l'administration fiscale à procéder à une analyse approfondie des données personnelles – voire intimes – du contribuable.

L'histoire de l'ESFP est celle d'une procédure de vérification née de la pratique de l'administration fiscale et d'une succession de jurisprudences du Conseil de l'État, toutes deux soutenues par une consécration légale tout aussi empirique. Se hissant progressivement au rang des contrepoids du système déclaratif français, sans équivalent en Europe, elle entre dans le droit positif avec la loi n° 75-1278 du 30 septembre 1975 sous son premier nom, la «Vérification Approfondie de la Situation Fiscale d'Ensemble», afin de l'affubler à la hâte d'un encadrement légal. Le décret n° 81-859 du 15 septembre 1981 l'introduit ensuite au sein du Livre des Procédures Fiscales et la «Vérification» devient l'«Examen Contradictoire de l'Ensemble de la Situation Fiscale Personnelle» avec la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières. La procédure doit son nom actuel à la loi n° 96-1182 du 30 décembre 1996 qui, opérant une extension de son champ d'application, la renomme «Examen Contradictoire de la Situation Fiscale Personnelle». Ces réformes successives n'ayant fait qu'adapter sur le plan légal cette création administrative et prétorienne, la saga identitaire de l'ESFP apparaît peu rassurante lorsque l'on sait qu'elle désigne l'un des contrôles fiscaux les plus attentatoires aux droits et libertés des contribuables.

Pour en comprendre les fondements, il convient de s'interroger sur ce qui a pu motiver son apparition. Le contexte des années 1970 est celui d'une montée des comportements de fraude et d'évasion fiscales, notamment dans les milieux à revenus non-salariés (principalement les entreprises individuelles et les professions libérales) avec un grand nombre de

transactions réalisées au moyen d'argent liquide, à une époque où il n'existait pas d'outil performant de recoupement automatisé des informations. Il était donc nécessaire de doter l'administration fiscale d'un moyen d'approche directe pour reconstituer les revenus dissimulés, en s'appuyant sur les signes extérieurs de richesse ou les dépenses flagrantes du contribuable. La procédure trouve son origine dans la volonté des pouvoirs publics de détecter les fraudes «invisibles», à savoir celles qui ne peuvent être mises en lumière par une simple vérification des déclarations, faute d'éléments comptables disponibles, et se fonde sur l'idée que ces signes extérieurs constituent un indice révélant un décalage entre les revenus déclarés et la réalité économique du contribuable. Comme en témoigne une note du 4 octobre 1978<sup>2</sup>, l'administration fiscale envisageait initialement cette procédure comme un complément à la vérification de comptabilité, procédure dont elle partage aujourd'hui la base légale au sein de l'article L. 12 du Livre des procédures fiscales. Au fil du temps, l'ESFP a gagné en autonomie en se développant comme une procédure de contrôle fiscal distincte de la vérification de comptabilité<sup>3</sup>.

Un demi-siècle plus-tard, alors que l'administration fiscale dispose désormais de moyens de plus en plus performants d'accès à l'information, la procédure de l'ESFP continue de nourrir le doute tant sur le plan des principes que sur le plan technique. En outre, les récentes évolutions technologiques et législatives semblent interroger la pertinence du maintien de cette procédure dans l'arsenal procédural fiscal français. En effet, le développement de la déclaration préremplie, la généralisation du prélèvement à la source, l'accès aux bases de données bancaires, l'utilisation des algorithmes de détection automatique, la pratique du *datamining* ainsi que le déploiement des mécanismes d'échange automatique d'informations à l'échelle internationale sont autant d'outils ayant considérablement renforcé les capacités d'accès à l'information et de contrôle fiscal de l'administration.

Au renfort de ce questionnement, il apparaît que les données chiffrées communiquées par la Direction Générale des Finances Publiques n'en font pas la procédure vedette de ces vingt dernières années. Le nombre d'opérations annuelles menées au titre des ESFP a été divisé par deux entre 2011 et 2023 où il tombe à 2 061 examens, soit 0,2 % des procédures de contrôles des particuliers. Cette diminution

1. Les personnes physiques n'ayant pas leur domicile fiscal en France peuvent faire l'objet d'un ESFP dès lors qu'elles sont assujetties à l'impôt sur le revenu en France (loi n° 96-1182 du 30 décembre 1996 de finances rectificative pour 1996, art. 31). Par suite, les personnes physiques s'étant déclarées non-résidentes peuvent faire l'objet d'un ESFP afin d'établir leur domiciliation fiscale et de contrôler leurs obligations fiscales en France au titre de l'impôt sur le revenu (CE, 27 avril 2011, n° 316082).

2. BODGI 13 L-4-78.

3. CE, 18 mai 1984, n° 34234 ; CE, 10 juillet 1985, n° 49399.

semble témoigner de la marginalisation du recours à l'ESFP, qui constitue sans nul doute une procédure particulièrement consommatrice de ressources pour l'administration fiscale. À cet égard, il est aisé de comprendre que cette procédure « exceptionnelle »<sup>4</sup> sera mise en œuvre en cas de véritable présomption de fraude ou de doute sérieux sur la sincérité des déclarations du contribuable. Sur la rentabilité de cette procédure pour le Trésor Public, on notera que la Direction Générale des Finances Publiques demeure muette depuis 2012. Avant cette date, l'administration fiscale indiquait dans ces rapports annuels que l'ESFP était à l'origine de 6 % à 9 % des recettes annuelles attachées aux « contrôles fiscaux externes », la vérification de comptabilité s'en attribuant la part du lion.

Au-delà de l'efficacité économique de l'ESFP, la mise à l'épreuve du droit au respect de la vie privée du contribuable demeure un point clivant de la réflexion sur sa raison d'être. Le champ des investigations pouvant être menées par le vérificateur dans le cadre d'un ESFP semble infini et la procédure, nécessairement empreinte d'une certaine part de subjectivité, génère un climat de suspicion de fraude généralisée en dehors de toute procédure judiciaire.

Ces constats appellent ainsi à une double analyse : celle des atteintes concrètes portées au droit au respect de la vie privée des contribuables par l'ESFP (I) et celle de la portée et des limites des garanties qui l'encadrent à l'aune de son objectif (II).

## I. La vie privée du contribuable à l'épreuve d'une procédure intrusive

Il convient de dessiner les contours du droit au respect de la vie privée au sein des procédures fiscales (A) pour en mesurer les dérogations admises au cours d'un ESFP (B).

### A. Valeur et implications du droit au respect de la vie privée dans la procédure fiscale

Sur le plan des droits et libertés individuels, la procédure fiscale cristallise de nombreuses tensions. Les principes de nécessité de l'impôt et d'égalité devant les charges publiques ont justifié la reconnaissance d'un objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale<sup>5</sup>, complété par celui de la lutte

contre l'évasion fiscale<sup>6</sup>. Ces principes permettent d'assurer la survie d'un intérêt collectif et contribuent à faire exister l'État de droit. Toutefois, ils ne peuvent y parvenir sans un nécessaire aménagement des droits et libertés individuels des contribuables.

Sous cet angle, l'idée que l'impôt porte une atteinte à la propriété des individus – droit consacré en France par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 – transcende les époques, avec des origines plus anciennes que l'impôt sur le revenu lui-même, qui n'apparaît qu'en 1914 et son corollaire, la déclaration de revenus. La notion d'atteinte à la vie privée des contribuables, en droit positif, est, quant à elle, beaucoup plus récente à l'échelle de l'Histoire.

Dès 1998, le Conseil constitutionnel se montre attentif aux garanties offertes aux personnes dont les *données personnelles* sont rendues accessibles à l'administration fiscale<sup>7</sup>. La jurisprudence constitutionnelle estime rapidement que l'exigence de lutte contre la fraude fiscale ne peut trouver d'application sans une conciliation avec les libertés individuelles<sup>8</sup>. Dès lors, si une immixtion dans la vie privée du contribuable peut paraître nécessaire à la détection de faits constitutifs de fraude fiscale, cette recherche ne pourra se passer de garanties protectrices de ses droits fondamentaux. Aujourd'hui consacré comme l'un d'entre eux, le droit au respect de la vie privée des individus fait l'objet d'une protection légale renforcée en droit interne, comme en droit européen, et s'impose au législateur qui, outre son respect, doit pouvoir en garantir l'effectivité<sup>9</sup>.

À l'échelle européenne, l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme garantit également le respect de la vie privée dans le cadre des relations des contribuables avec leurs administrations fiscales. La Cour Européenne des Droits de l'Homme veille ainsi à ce que les mesures fiscales nationales ne constituent pas une ingérence arbitraire dans la vie privée des contribuables, notamment en imposant aux législateurs nationaux un strict contrôle de proportionnalité entre l'ingérence permise dans les droits

4. DGFIP, « Qu'est-ce que la vérification de comptabilité », Généralités, version de juin 2014.

5. Cons. const., 29 décembre 1999, déc. n° 99-424 DC, loi de finances pour 2000, cons. 52.

6. Cons. const., 26 novembre 2010, déc. n° 2010-70 QPC, Pierre-Yves M., pour la validation du dispositif de l'article 155 A du CGI, cons. 4.

7. Cons. const., 29 décembre 1998, déc. n° 98-405 DC, loi de finances pour 1999, s'agissant de l'utilisation par l'administration fiscale du numéro d'inscription au répertoire national d'immatriculation des personnes physiques ; 27 décembre 2001, déc. n° 2001-457 DC, loi de finances rectificative pour 2001, pour une extension du droit de communication de l'administration fiscale.

8. Cons. const., 29 décembre 1999, déc. n° 99-424 DC, loi de finances pour 2000, cons. 52 ; 14 juin 2019, déc. n° 2019-789 QPC.

9. CEDH, 24 avril 2018, *Lozovyye c. Russie*, aff. C-4587/09.

des individus et le but légitime recherché<sup>10</sup>. La Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne complète ce cadre par ses articles 7 et 8, relatifs à la protection de la vie privée et à la protection des données personnelles, la seconde émanant directement de la première. L'importance de ces sources n'a cessé de croître à l'heure des systèmes automatisés d'échange d'informations<sup>11</sup>.

Cette protection de la vie privée dispose de relais dans la codification interne civile<sup>12</sup>, pénale<sup>13</sup> et fiscale, notamment à travers l'article L. 103 du Livre des procédures fiscales lequel oblige au secret professionnel toute personne appelée à connaître, dans les cadres de ses fonctions, des informations fiscales d'un contribuable, obligation expressément étendue aux informations recueillies à l'occasion d'un ESFP.

Sur les libertés constitutionnellement garanties dont font partie « l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée »<sup>14</sup>, l'avènement des nouvelles technologies a marqué un tournant important. L'ESFP s'est construit selon les principes des contrôles fiscaux dits « externes », également applicables en matière de vérification de comptabilité, avec l'idée que les documents comptables du contribuable se consultent sur place par le vérificateur et que la procédure de vérification a un caractère oral et contradictoire. Certes, les textes régissant l'ESFP n'imposent aucun lieu de contrôle mais les intrusions dans la sphère intime des contribuables ne se limitent plus aujourd'hui aux visites domiciliaires éventuelles : l'administration fiscale utilise depuis maintenant plusieurs années des techniques numériques avancées pour accéder à l'information, comme le *datamining*<sup>15</sup>. Utilisé par l'administration fiscale depuis 2016 puis pérennisé en 2019<sup>16</sup>, ce procédé permet de croiser des millions de données issues de sources diverses, dont les déclarations fiscales, les réseaux sociaux, les sites de commerce en ligne ou encore les annonces immobilières.

10. CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, aff. 10828/84.

11. Nous citerons notamment la norme Common Reporting Standard (dite « CRS »), élaborée par l'OCDE en 2014 et permettant l'échange automatique d'informations entre pays partenaires à des fins de lutte contre l'évasion fiscale et la directive DAC 6 (directive [UE] 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018), relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations sur les dispositifs transfrontières potentiellement agressifs devant faire l'objet d'une déclaration.

12. Code civil, art. 9.

13. Voy. par exemple l'article 226-615 du Code pénal réprimant les atteintes au secret des correspondances.

14. Cons. const., 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC.

15. Sénat, Rapport d'information n° 491 (2023-2024), « l'IA et l'avenir du Service Public », déposé le 2 avril 2024.

16. Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020, art. 154.

Le traitement par l'administration fiscale de ces données vise à détecter des comportements suspects ou incohérents, pour orienter la mise en œuvre des contrôles fiscaux.

L'utilisation des nouvelles technologies en matière de contrôle fiscal par les pouvoirs publics et leur accueil en droit interne par le législateur reste toutefois contraint par le respect du principe de *proportionnalité*. À cet égard, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés doit autoriser le traitement de ces données<sup>17</sup> et a souligné qu'il est essentiel que ces outils restent transparents, encadrés par la loi, et soumis à des contrôles fiscaux adaptés<sup>18</sup>. Dans cette prise de conscience, la Cour des Comptes a également relevé que « les méthodes de croisement de données en masse ne peuvent être utilisés que comme des outils d'aide au contrôle et ne peuvent en aucun cas caractériser automatiquement une fraude »<sup>19</sup>.

Face aux nouvelles possibilités de contrôle fiscal, le droit au respect de la vie privée des contribuables doit rester au cœur des préoccupations du législateur et les intrusions admises dans le cadre particulier de l'ESFP ne peuvent y déroger.

## B. Les intrusions autorisées dans le cadre de l'ESFP

Suivant une logique proactive, l'ESFP permet à l'administration fiscale d'analyser de façon détaillée les flux financiers au sein d'un même foyer fiscal, en les rapprochant des déclarations de ses membres afin d'en apprécier la cohérence et d'en tirer des conséquences au regard de l'impôt sur le revenu. Ce contrôle de cohérence est au cœur de la procédure<sup>20</sup>. Afin de mesurer l'ampleur des investigations admises dans le cadre général de l'ESFP, il convient de distinguer plusieurs temps.

Les investigations débutent au cours d'une *phase préparatoire*, examen de l'ombre mené sans accord préalable du contribuable – et sans son information – qui permet à l'administration fiscale de recueillir un certain nombre de données aiguillant sa décision de mettre en œuvre une procédure de vérification et constituant la base de son dialogue avec

17. LPF art. L. 10-0 AC.

18. CNIL, 20 juillet 2023, délibération n° 2023-080 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État relatif à la création du traitement automatisé de données à caractère personnel permettant la gestion du répertoire statistique d'individus et de logements, et sur l'arrêté y afférent.

19. Cour des Comptes, 15 novembre 2023, synthèse du rapport public thématique : « La détection de la fraude fiscale des particuliers – Une incontestable modernisation des méthodes, des résultats, encore insuffisants », p. 15.

20. CE, 27 avril 2011, n° 316082.

le contribuable<sup>21</sup>. Elles se poursuivent ensuite par l'envoi au contribuable d'un *avis de vérification* qui marque l'engagement de la procédure de vérification et l'amorce d'un dialogue avec celui-ci, suivi ou non d'une ou plusieurs demandes d'éclaircissements et de justifications – ces dernières étant toutefois indépendantes de la procédure d'ESFP<sup>22</sup>. Enfin, l'administration fiscale tente de réaliser une *estimation du revenu* du contribuable par la combinaison de trois méthodes : l'examen des crédits bancaires, la balance des espèces et la balance de trésorerie. Si elle y parvient, la procédure s'achève, et s'il y a lieu, une notification de redressement est adressée au contribuable. Ces différentes phases de l'ESFP, et notamment la phase préparatoire, comportent, à plusieurs égards, diverses formes d'intrusion au sein de la vie privée du contribuable, essentiellement causées par la mise en œuvre de son droit de communication issu des articles L. 81 et suivants du Livre des procédures fiscales.

*Ratione personae*, l'administration fiscale peut d'abord établir un profil du contribuable basé sur un examen complet de son dossier fiscal et sur les informations qui auront pu être récupérées auprès d'autres services administratifs au cours de la phase préliminaire. Les renseignements obtenus des services d'assiette, de contrôle fiscal et de recouvrement permettront notamment au vérificateur de connaître les manquements passés du contribuable à ses obligations déclaratives et contributives et de savoir si des contrôles fiscaux ont précédemment été diligentés contre lui. En d'autres termes, le vérificateur peut déjà apprécier, à ce stade et avant l'initiation de la procédure de vérification, le sérieux et l'assiduité du contribuable au regard de ses obligations fiscales globales.

Cet examen de profil ne s'arrête pas au seul contribuable ayant éveillé les soupçons auprès de l'administration fiscale mais s'étend également à l'ensemble des membres de son foyer fiscal, aux personnes vivant sous son toit mais détachées de son foyer fiscal, ainsi qu'aux personnes morales qui lui sont liées à raison, par exemple, des fonctions exercées ou des structures actionnariales. Le cercle des personnes entrant dans le champ des investigations pourra donc s'avérer particulièrement élargi, l'administration fiscale pouvant décider de « profiler » autant d'individus que de liens établis avec le contribuable concerné.

*Ratione temporis*, la constitution du dossier de préparation est l'occasion pour l'administration fiscale

d'avoir connaissance d'informations concernant le contribuable, ses proches, ses sociétés et son patrimoine qui s'inscrivent dans une temporalité bien plus élargie que l'année au titre de laquelle pèse un risque de redressement. En matière d'ESFP, le passé peut avoir son importance et contribuer à un état des lieux préliminaire construit par le vérificateur.

*Ratione loci*, l'administration fiscale peut également, en opérant un parallèle avec l'information obtenue de services spécialisés et de recherches extérieures au cours des investigations préliminaires, connaître les lieux où le contribuable passe du temps ainsi que ses déplacements. Ces données peuvent s'avérer utiles à la détermination de son lieu de domiciliation et, ce faisant, à la détermination de l'étendue de ses obligations fiscales. Elles sont notamment obtenues par l'usage du droit de communication de l'administration fiscale auprès de l'Urssaf, de la Poste, ou encore d'EDF. Toujours dans l'exercice de ce droit, l'administration fiscale peut également se renseigner sur les déplacements de certains actifs auprès de l'administration des douanes : exportation de métaux précieux et de bijoux, d'œuvres d'art, d'objets de collection et d'antiquité ou encore bateaux de plaisance.

*Ratione materiae*, la procédure de vérification, comme sa phase préliminaire, sont basées sur des investigations poussées tenant au mode de vie des contribuables et à leurs habitudes de dépenses tels que leurs achats, leurs voyages, leurs consommations diverses, leurs moindres mouvements bancaires, les résidences qu'ils occupent et la charge de leur entretien ou encore la souscription de crédits, autant d'éléments pris en compte dans le cadre du contrôle de cohérence. Au gré des communications par les tiers détenteurs de certaines informations (banques, compagnies d'assurances, notaires, etc.) ou par le contribuable lui-même, l'administration fiscale procède ainsi à l'analyse minutieuse de tout élément relatif à la situation patrimoniale et financière du contribuable que les déclarations fiscales n'auraient pas suffi à révéler. De ce point de vue, le champ d'application est également large et ne cessera de s'étendre que lorsque l'administration fiscale estimera disposer des éléments nécessaires pour la reconstitution intégrale du revenu.

Cependant l'usage des nouvelles technologies semble faire tomber la procédure en désuétude. Dans le cadre du contrôle fiscal, elles sont susceptibles de faire double emploi avec les investigations permises par l'ESFP, le vidant ainsi d'une partie de sa substance et de son intérêt. Rappelons que l'ESFP a dû s'imposer à une époque où de tels moyens de contrôle

21. T. LAMBERT, *Procédures fiscales*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2022, n<sup>os</sup> 1099 et s.

22. CE, 19 décembre 1984, n<sup>o</sup> 34731.

fiscal n'existaient pas encore. Ces nouveaux moyens semblent offrir une meilleure distance avec la sphère intime des individus dans la vérification par l'administration fiscale de leur situation. En outre, les nouvelles technologies et la modernisation du contrôle fiscal ont pu montrer une efficacité concrète dans cette quête de répression de la fraude, à l'exemple du *datamining* qui a permis en 2024, la mise en recouvrement de 2,5 milliards d'euros de droits et pénalités<sup>23</sup>, contre en moyenne 700 millions d'euros de droits et pénalités rapportés par les ESFP menés entre 2001 et 2011<sup>24</sup>. Compte tenu du nombre relativement anecdotique d'ESFP menés en 2023, il peut être affirmé sans peine que l'utilisation des nouvelles technologies rapportent davantage de recettes au Trésor public et font preuve d'une meilleure rentabilité que les ESFP, notamment en ce qu'elles ne nécessitent pas la mobilisation des agents de l'administration fiscale sur plusieurs mois. En outre, leur utilisation est amenée à s'accroître et à se perfectionner dans les années à venir, comme le montrent les travaux conduits en matière de facturation électronique<sup>25</sup>.

Dans un contexte où la fraude fiscale est de plus en plus sophistiquée et d'ampleur mondiale, on peut ainsi questionner la nécessité de la procédure d'ESFP pour repérer des cas de fraudes complexes. Si la procédure est toujours active sur le plan législatif<sup>26</sup>, elle semble souffrir d'un abandon progressif.

Fort de ce constat, et dans la mesure où l'ESFP est le plus souvent mis en œuvre dans des cas où les soupçons de fraude sont élevés, son étude doit également s'accompagner d'une analyse critique des garanties offertes aux contribuables, ainsi que d'une réflexion sur la légitimité de sa place dans l'arsenal législatif.

## II. Un intrus au sein des procédures fiscales

Le caractère intrusif de l'ESFP a conduit le législateur à élargir ses garanties procédurales (A) mais pourrait justifier son assimilation à une procédure pénale (B).

23. Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, 14 mars 2025, dossier de presse, « Bilan 2024 et perspectives : lutter contre toutes les fraudes ».

24. Absence de données publiques depuis 2012!

25. Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), « Généralisation de la facturation électronique au 1<sup>er</sup> septembre 2026 », publication du 10 février 2023, mise à jour le 23 octobre 2024.

26. Droit fiscal n° 3, 19 janvier 2023, comm. 86, « Simplification des modalités de communication des relevés de comptes bancaires dans le cadre de l'ESFP ».

### A. Les limites des garanties propres à l'ESFP

L'ESFP est une procédure non contraignante et, comme son nom l'indique, contradictoire. L'administration fiscale précise dans sa doctrine qu'il se caractérise généralement par la mise en œuvre des articles L. 16, L. 16 A et L. 69 du Livre des procédures fiscales dont les dispositions combinées permettent de taxer d'office, au niveau du revenu global, les sommes dont le contribuable n'a pas justifié l'origine<sup>27</sup>.

*En tant que procédure de contrôle fiscal externe*, l'ESFP est assorti des garanties communes aux vérifications de comptabilité. Dans ce cadre, le contribuable se voit remettre un avis de vérification ainsi que la charte des droits et obligations du contribuable vérifié le cas échéant, et cela avant le début des opérations de contrôle fiscal<sup>28</sup>. Une information est également fournie au contribuable sur les résultats de la vérification<sup>29</sup> et les conséquences financières des rectifications proposées<sup>30</sup>. Enfin, il est laissé au contribuable la possibilité de changer d'interlocuteur en exerçant des recours auprès des supérieurs hiérarchiques du vérificateur.

*En tant qu'exception au sein des procédures fiscales*, l'ESFP est également assorti de garanties propres. On compte trois garanties légales construites autour de la pratique administrative et de la jurisprudence en la matière. La première est une limitation temporelle, la seconde est une limitation matérielle et la troisième fixe une ligne de conduite au vérificateur à travers les dispositions de l'article L. 103 du Livre des procédures fiscales relatives au secret professionnel. Si cette dernière ne pose pas de difficulté conceptuelle, les deux autres sont en revanche assorties de nombreuses exceptions qui fragilisent considérablement la situation du contribuable subissant un ESFP.

En premier lieu, *la durée de l'ESFP* est en principe circonscrite par la loi à un an à compter de la réception par le contribuable de l'avis de vérification et jusqu'à la date d'envoi de la proposition de rectification<sup>31</sup>. Ce délai de droit commun a pour objectif d'octroyer une fenêtre temporelle suffisamment importante pour permettre à l'administration fiscale de mettre en œuvre la procédure de vérification, en cohérence avec les délais de traitement des demandes d'informations qui pourront intervenir en

27. BOI-CF-DG-40-20, 12 septembre 2012, n° 250.

28. LPF, art. L. 10, al. 4 et art. L. 47.

29. LPF, art. L. 49.

30. LPF, art. L. 48.

31. LPF, art. L. 12, al. 3 à 7.

complément. Cette limite interdit à l'administration fiscale de procéder à de nouvelles rectifications en matière d'impôt sur le revenu pour la même période que celle visée par l'avis de vérification. À cette première garantie, nous identifions néanmoins trois limites.

La première réside dans le fait que cette durée pourra en pratique être multipliée par le nombre d'années donnant lieu à une proposition de rectification. Dès lors, l'envoi de plusieurs avis de vérification au titre d'années différentes marquera une durée globale de contrôle fiscal, continue ou non, supérieure à un an. Ensuite, la possibilité est laissée à l'administration fiscale de porter à deux ans la durée de l'ESFP au titre du délai spécial prévu en cas de découverte d'une activité occulte ou en cas de mise en œuvre par l'administration fiscale des dispositions des articles L. 82 C (communication de renseignements par le Ministère public) ou L. 101 (communication de renseignements par l'autorité judiciaire) du Livre des procédures fiscales dans le cadre de la présomption de fraude. À cet égard, il convient de préciser que le contrôle fiscal pourra porter sur des éléments non liés au motif de l'allongement<sup>32</sup>. Enfin, une compilation de cas particuliers permet la mise en œuvre de multiples prorogations des délais susvisés<sup>33</sup> qui peuvent éventuellement se cumuler entre elles<sup>34</sup>.

En second lieu, la limitation du *droit de reprise* de l'administration fiscale connaît elle aussi des dérogations. Lorsqu'elle a diligenté un examen de la situation fiscale personnelle d'un contribuable au titre de l'impôt sur le revenu d'une année donnée, l'administration fiscale ne peut plus, en principe, procéder à

32. BOI-CF-PGR-20-30, 4 février 2015, n<sup>os</sup> 460 et 530.

33. Ce sera le cas si le contribuable formule une demande de délai complémentaire pour répondre à une demande de justifications, pour la durée excédant les deux mois de délai de réponse laissé par l'article L. 16 du Livre des procédures fiscales, si l'administration fiscale procède à une mise en demeure consécutive à une réponse insuffisante à une demande de justifications, prorogeant ainsi de 30 jours le délai d'exercice de l'ESFP (LPF, art. L. 16), si les relevés de compte n'ont pas été produits dans le délai imparti, prorogeant l'ESFP des délais nécessaires à l'administration fiscale pour les obtenir (BOI-CF-PGR-20-30, 4 février 2015, n<sup>os</sup> 300 et 330), s'il est relevé la présence de revenus de source étrangère et que l'administration fiscale décide de mettre en œuvre l'assistance administrative prévue par les conventions fiscales internationales, l'ESFP étant ainsi prorogé des délais nécessaires à l'administration fiscale pour recevoir les renseignements demandés par les autorités fiscales étrangères (BOI-CF-PGR-20-30, 4 février 2015, n<sup>os</sup> 300 et 410) ou enfin si un contrat de fiducie ou les actes le modifiant n'ont pas été enregistrés dans les conditions légales (Code civil, art. 2019) ou n'ont pas été révélés à l'administration fiscale avant l'engagement de la procédure, l'ESFP faisant ainsi l'objet d'une prorogation d'une durée équivalente au nombre de jours écoulés entre la date de réception de l'avis de vérification et l'enregistrement des actes ou la révélation de l'information.

34. CE, 11 décembre 2009, n<sup>o</sup> 300733.

d'autres rectifications pour la même période<sup>35</sup>. Des exceptions pourront toutefois se présenter dans les hypothèses où après l'achèvement de l'ESFP des faits nouveaux lui permettraient d'établir le caractère inexact ou incomplet des éléments fournis par le contribuable. Des exceptions analogues existent par ailleurs en cas d'ouverture d'une enquête judiciaire pour fraude fiscale<sup>36</sup> ou de demande par l'administration fiscale de renseignements à une autorité étrangère<sup>37</sup>. Enfin, une exception est reconnue dans la situation où l'administration fiscale dresse un procès-verbal de flagrance fiscale au titre d'une période postérieure à celle du contrôle fiscal<sup>38</sup>.

En outre, cette garantie tenant à la limitation du droit de reprise reste sans effet sur l'exercice du droit de communication et sur la procédure de demande d'éclaircissements ou de justifications prévue à l'article L. 16 du Livre des procédures fiscales, conformément au principe d'indépendance de ces deux procédures<sup>39</sup>.

Plus théoriques que pratiques, les garanties temporelle et matérielle offertes par l'ESFP ne semblent pas suffire pour éviter une atteinte disproportionnée à la vie privée du contribuable et aux droits de la défense reconnus par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. En effet, l'ESFP révèle une *mise en œuvre tardive du principe du contradictoire* en cours de procédure, le dialogue avec le contribuable intervenant une fois la logique du contrôle fiscal déjà établie par l'administration fiscale. Le contribuable ne peut pas non plus empêcher l'accès à ses comptes ou aux fichiers bancaires que l'administration fiscale est en droit d'obtenir de la part des tiers détenteurs. Enfin, aucune autorité indépendante ne vient valider le déclenchement de l'ESFP, contrairement à ce que peut prévoir la loi pénale en matière de perquisition<sup>40</sup>.

Pourtant, la procédure d'ESFP ne constitue pas une simple prévention du redressement futur. Elle peut devenir le théâtre d'une forme de *suspicion généralisée fondée sur l'analyse d'indices externes* où chaque dépense inhabituelle devient suspecte et où le procès d'intention a débuté avant l'envoi de l'avis de vérification. Dans ces circonstances, il est permis de s'interroger sur la pertinence du maintien d'un tel outil dans l'ordre procédural administratif.

35. LPF art. L. 50.

36. LPF, art. L. 188 B.

37. LPF, art. L. 188 A.

38. LPF, art. L. 16-0 BA.

39. CE, 1<sup>er</sup> juin 1990, n<sup>os</sup> 52583 et 52555.

40. Code pénal, art. 76.

## B. Une assimilation souhaitable à la procédure pénale

Concrètement, l'ESFP a pour raison d'être la révélation de comportements frauduleux pour lesquels l'administration fiscale a souvent déjà réunis un grand nombre d'éléments à charge. Dans cet objectif, il s'analyse comme une forme de surveillance directe du quotidien du contribuable où l'administration fiscale confronte toutes les disponibilités que celui-ci aurait pu investir ou dégager, cherchant ainsi à identifier les anomalies entre les déclarations fiscales de la personne concernée et les apparences de son quotidien.

L'ESFP et sa jurisprudence d'application autorisent l'administration fiscale à obtenir une myriade d'informations en amont de l'envoi d'un avis de vérification sans même que le contribuable ne puisse s'en apercevoir. Tout au long de la procédure, une véritable enquête est menée, sans aucune autorisation judiciaire préalable. Si le caractère contradictoire de la procédure – dont le « c » est par ailleurs parfois occulté<sup>41</sup>, par abus de langage ou par soucis d'exactitude – se matérialise en grande partie dans la phase de dialogue avec le contribuable, un *important déséquilibre entre les parties* est creusé au préalable, lors de la constitution du dossier préparatoire. L'administration fiscale a l'occasion de procéder à de nombreuses investigations préliminaires de sorte que la première discussion intervenant avec le contribuable est basée sur un dossier à charge qui ne peut le prendre qu'au dépourvu et qui rend illusoire *l'impartialité de l'administration fiscale* au regard des explications qui lui seront livrées.

Si l'ESFP vise à déceler une fraude dissimulée derrière des déclarations inexactes ou incomplètes, la *subjectivité* des critères sur lesquels il repose est perturbante. En outre, la simple *présomption de fraude à travers des indices matériels* peut s'avérer risquée au regard des droits fondamentaux des contribuables. Ainsi, dans la mise en œuvre d'un ESFP, l'administration fiscale semble à la fois juge et partie.

Face à cette capacité de déploiement d'investigations en cours de procédure, qui ne se limitent guère à l'analyse de la situation fiscale personnelle du contribuable *stricto sensu*, mais s'étendent à l'analyse de sa situation personnelle au sens large et de celle de son entourage, force est de constater que l'administration fiscale n'est à aucun moment tenue de justifier d'une quelconque suspicion préalable de fraude. Plus encore, *la logique et la charge de la preuve sont ici inversées* : ce n'est pas la fraude qui déclenche l'enquête, mais l'enquête qui espère révéler une fraude. Si la législation pénale ainsi que sa jurisprudence d'application imposent des garde-fous stricts en cas de perquisitions ou de saisies, notamment une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention avant la mise en œuvre de certaines procédures particulièrement inquisitrices, rien de tel ne s'applique ici, alors que l'intrusion dans la vie privée du contribuable pourrait être comparable à maints égards. Le caractère « seulement » administratif de l'ESFP trouve alors ses limites.

Ne conviendrait-il pas de transférer l'action de contrôle fiscal dans le champ de la matière pénale, lorsque les indices de fraude sont – trop – sérieux et de concentrer les moyens humains et matériels de l'administration fiscale vers les autres procédures de contrôle fiscal plus courantes? Une telle réorganisation du droit positif permettrait assurément une meilleure protection des droits et libertés fondamentaux des contribuables lors de l'« enquête » diligentée à leur égard et en partie à leur insu, en particulier le droit au respect de leur vie privée. Enfin nous pouvons douter de l'effet positif du maintien de cette procédure dans la matière administrative sur le comportement des contribuables, l'ESFP ne semblant pas particulièrement connu du grand public.

Puisque l'avenir ne prédit pas une montée en puissance de la mise en œuvre des ESFP, cette procédure est-elle toujours nécessaire face à l'usage croissant des nouvelles technologies par l'administration fiscale dans l'exercice de son pouvoir de contrôle fiscal? On ne peut qu'en douter...

41. L'article L. 10-0 A du Livre des procédures fiscales mentionne la « procédure d'examen de la situation fiscale personnelle ».