

PROCÉDURES FISCALES

12 Conseils en matière fiscale : les limites avec les notions de complicité fiscale et pénale



PIERRE D'AZEMAR DE FABRÈGUES

*avocat associé au barreau de Paris – Selarl Urbino Associés
chargé d'enseignement en Master 2 CCA
fiscalité du patrimoine professionnel
université de Paris-Dauphine*



NICOLAS NEZONDET

*avocat au barreau de Paris – Selarl Urbino Associés
diplômé du Master 2 de Droit fiscal
université de Paris I Panthéon-Sorbonne*

Depuis 10 ans, l'arsenal préventif et répressif visant spécifiquement les conseils intervenant en matière patrimoniale s'est renforcé. Les professionnels du droit et du chiffre sont désormais tenus de participer à la lutte anti-blanchiment et à la prévention de l'optimisation fiscale.

Face au renforcement de l'arsenal répressif, leur obligation de vigilance entraîne une responsabilité fiscale et pénale accrue dans la mise en œuvre des stratégies patrimoniales.

1 - À la fin août 2009, le ministre du Budget brandissait la liste de 3 000 contribuables français possédant des avoirs en Suisse pour près de 3 milliards d'euros. Il incitait ces contribuables à régulariser leur situation avant le 31 décembre 2009, faute de quoi ils seraient poursuivis pénalement par l'administration fiscale. Dénoncée comme un « bluff » par certains, cette révélation dont on apprendra plus tard que les informations provenaient d'un vol opéré à Genève auprès d'une banque, allait être le fondement d'un changement majeur de « paradigme » de la lutte contre la fraude fiscale, non seulement en France, en Europe, mais aussi sur le plan international.

La mondialisation des échanges internationaux, a rendu nécessaire l'adaptation de la législation fiscale à la mondialisation de la fraude, à sa sophistication et à ses acteurs (banques, conseillers en patrimoine, avocats, notaires et comptables).

2 - Dans le prolongement de ce vol, la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 a intégré une procédure dérogatoire au droit commun : une procédure d'enquête judiciaire fiscale menée par des agents des services fiscaux habilités et dirigés par le procureur de la République¹.

1. V. LPF, art. L. 228. – V. aussi CPP, art. 28-2.

Elle a été décidée avec pour finalité d'adapter les moyens de l'Administration et du Parquet à une fraude fiscale de plus en plus sophistiquée, difficile à détecter, à la mesure des enjeux liés à la nécessité du recouvrement de l'impôt. Cette procédure fiscale d'enquête a été confiée à la Brigade nationale de répression de la délinquance (BNRDF) appelée communément « police fiscale », créée par le décret n° 2010-1318 du 4 novembre 2010.

La loi de finances rectificative pour 2009 a aussi créé la notion d'État ou de territoire non coopératif (ETNC) dont la liste et les critères n'ont cessé d'être mis à jour.

3 - Une nouvelle loi n° 2013-1117 relative « à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière » a été adoptée le 6 décembre 2013 avec la mise en place de deux dispositifs :

- la création du procureur de la République financier ;
- la refonte du dispositif de la lutte contre la fraude fiscale.

Cette nouvelle législation faisait suite à la démission en mars 2013 du ministre du Budget chargé de la lutte contre la fraude fiscale, poursuivi pour avoir caché l'existence d'un compte à l'étranger. Selon le tribunal, il s'agissait d'une « faute pénale d'une exceptionnelle gravité » venant de celui qui « incarnait la politique fiscale de la France ».

4 - De nouveaux scandales se sont alors succédé chaque année, mettant en évidence une fraude fiscale devenue tentaculaire et inacceptable :

– en novembre 2014, c'est un scandale qui survient à la suite des investigations du consortium de journalistes d'investigation. Les révélations ont mis en évidence le contenu de centaines d'accords fiscaux très avantageux conclus par des cabinets d'audit avec l'administration fiscale luxembourgeoise. Ce scandale a mis en lumière le rôle de ces intermédiaires fiscaux et la « nocivité de l'activité de ces consultants fiscaux » est même soulignée par une commission parlementaire britannique ;

– en février 2015, une nouvelle affaire retentit. Cette affaire révèle un système international de fraude fiscale et de blanchiment d'argent qui aurait été mis en place par une banque ;

– en avril 2016, c'est l'affaire des « Panama Papers » qui désigne la fuite de plus de 11 millions de documents confidentiels issus d'un cabinet d'avocats panaméen détaillant les informations sur plus de 214 000 sociétés « off-shore ». Ce système de sociétés-écran et de « trusts » repose sur un réseau de comptables et de banques prestigieuses pour gérer les finances des clients les plus fortunés de ces banques ;

– en avril 2019, c'est un nouveau scandale qui a permis de mettre en évidence des techniques d'évasion fiscale au sein d'une société financière et de gestion de fonds domiciliée près de Dubaï, pour mettre en place des techniques d'évasion fiscale. Les « apporteurs d'affaires » seraient des experts-comptables, des notaires, des banquiers ou des avocats qui auraient joué le rôle de « rabatteurs » ;

– le 18 mars 2020, une première condamnation, non définitive, est intervenue en Allemagne, dans une autre affaire, décision judiciaire rendue par le tribunal de grande instance de Bonn. Deux anciens courtiers britanniques ont été condamnés

à des peines de prison avec sursis pour complicité de fraude. La banque, à Hambourg, est aussi reconnue coupable parmi les institutions financières.

5 - La France a alors voté la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude qui élargit le champ d'intervention de l'autorité judiciaire en matière de fraude fiscale et précise les conditions d'application par la circulaire commune du 7 mars 2019 signée par les ministres de l'Action et des Comptes publics et de la Justice.

Désormais, au-delà des affaires pour lesquelles elle dépose plainte, l'administration fiscale porte à la connaissance du procureur de la République les affaires ayant donné lieu, à l'issue des procédures administratives de contrôle à l'application des sanctions administratives les plus importantes ;

– le procureur pourra décider d'engager les poursuites pénales sans nécessité d'une plainte de l'Administration ;

– les plaintes sur le fondement de présomption caractérisée de fraude fiscale seront directement déposées auprès du procureur sans avis préalable de la Commission des infractions fiscales (CIF) ;

– lorsque les magistrats du ministère public auront été saisis d'une plainte ou dénonciation de l'Administration, ils pourront décider d'élargir la prévention à d'autres périodes et d'autres impôts que ceux visés dans la plainte initiale ;

– la loi a levé le secret fiscal à l'égard du procureur de la République et ce pour simplifier les procédures et accélérer la réponse pénale.

6 - La crise sanitaire actuelle liée au covid-19 ne manquera pas de perturber la mise en œuvre de la directive 2018/822 du 25 mai 2018 (dite « DAC 6 ») à compter du 1^{er} juillet 2020 au sein des entreprises concernées. Néanmoins, aucun aménagement particulier n'a été prévu dans la série d'ordonnances du 25 mars 2020, ni d'ailleurs en matière de lutte anti-blanchiment de capitaux et de lutte contre le financement du terrorisme.

7 - Les développements qui suivent visent donc à faire le point des dispositifs qui ont été mis en place spécifiquement pour attirer la vigilance des conseils en gestion de patrimoine alors que l'on assiste à un développement de la « pénalisation » des sanctions lié aux contrôles fiscaux. La limite entre responsabilisation (1) et répression (2) est de plus en plus difficile à définir.

1. Responsabilisation accrue des conseils dans la mise en œuvre des stratégies patrimoniales

8 - Les conseils intervenant en matière patrimoniale sont désormais investis d'obligations déclaratives en matière de lutte anti-blanchiment et seront bientôt tenus de déclarer les schémas d'optimisation fiscale « transfrontières » (A). Les conseils doivent se montrer vigilants dans la mise en œuvre de ces schémas d'optimisation fiscale face à la multiplication des dispositifs anti-abus de droit et l'évolution des critères conduisant à leur caractérisation (B).

A. - Extension continue des obligations déclaratives en matière de lutte anti-blanchiment et d'optimisation fiscale

9 - La directive 2001/97/CE² a introduit l'obligation de déclaration de soupçons d'un ensemble de professions intervenant dans la mise en œuvre des stratégies patrimoniales. Si cette obligation professionnelle et déontologique comporte des exceptions, l'obligation de divulgation fondée sur la lutte anti-blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme n'a cessé de s'étendre. Les professionnels du droit et du chiffre, avocats, notaires, experts-comptables, commissaires aux comptes, banquiers... sont tenus au secret professionnel. Mais, cette obligation de déclaration peut apparaître comme une exception au secret professionnel.

L'obligation générale de dénonciation des crimes de l'article 434-1 du Code pénal ne se cumule pas avec l'obligation de déclaration de soupçons, dans la mesure où les personnes tenues au secret professionnel ne sont pas soumises à cette obligation générale de dénonciation³.

Ces professionnels (*C. mon. fin., art. L. 561-2*) sont tenus, néanmoins, par une obligation générale de déclaration de soupçons à propos d'opérations dont ils « savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction » (*C. mon. fin., art. L. 561-15, I*).

10 - S'agissant des soupçons de fraude fiscale, un décret fixe une liste de seize critères qui doivent éveiller les soupçons du professionnel tenu à une obligation de dénonciation.

L'article L. 561-2 du Code monétaire et financier soumet à cette obligation les avocats, les notaires, les établissements bancaires, les experts-comptables, les agents immobiliers notamment.

Afin de préserver le secret professionnel, une dispense est prévue pour les professionnels qui donnent des consultations juridiques, à la condition qu'elles n'aient pas pour finalité de blanchir des capitaux ou de financer le terrorisme (*C. mon. fin., art. L. 561-3, II*). Le conseil qui fait une consultation juridique, qui le dispense de l'obligation de déclaration de soupçons, doit être de bonne foi. Dès lors, il ne peut être poursuivi pénalement en tant que coauteur ou complice des infractions de blanchiment ou de recel (*C. mon. fin., art. L. 562-8*).

11 - Les professionnels de l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier ont une obligation particulière de vigilance à

l'égard de leurs clients, occasionnels ou des « bénéficiaires effectifs » des opérations pour lesquelles ils interviennent⁴.

L'obligation de vigilance se mue en obligation de déclaration de soupçons lorsque le professionnel estime que les fonds ont de bonnes raisons de provenir d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme (*C. mon. fin., art. L. 561-15, I*). Cette obligation de vigilance peut servir de « standard de référence » quant aux éléments qui auraient dû éveiller l'attention du professionnel, dont on estime qu'il aurait dû connaître la finalité des opérations réalisées par ses clients⁵. Ainsi, ce professionnel, s'il était prévenu de blanchiment ou de fraude fiscale, ne pourrait soutenir qu'il ne connaissait pas l'intention de ses clients, alors que les juges pourraient considérer qu'il ne pouvait l'ignorer⁶. La Cour de cassation a jugé en 2010 qu'un banquier qui ne s'était pas interrogé sur l'origine des sommes créditées sur un compte présentant un fonctionnement atypique, alors que son établissement était assujéti à une obligation de vigilance en vertu de l'ancien article L. 562-1 du Code monétaire et financier, avait nécessairement connaissance de l'origine illicite des fonds⁷.

12 - Plus récemment encore, l'ordonnance n° 2019-1068 du 21 octobre 2019, issue de la transposition fidèle de la directive 2018/822⁸, dite « DAC 6 », marque une nouvelle évolution en matière d'obligation déclarative à la charge des conseils en matière patrimoniale⁹.

2. PE et Cons. UE, dir. 2001/97/CE, 4 déc. 2001, modifiant Cons. CE, dir. 91/308/CEE, 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux : JOCE n° L 344, 28 déc. 2001

3. L'infraction de blanchiment de capitaux pourrait, en théorie, entrer dans le champ d'application de l'article 434-1 du Code pénal s'il s'agit d'un blanchiment de nature criminelle (en matière de financement du terrorisme par exemple) ou s'il fait suite à un crime. Mais, l'alinéa 3 de cet article prévoit que les professionnels tenus au secret professionnel sont exclus du champ d'application de l'obligation générale de dénonciation des crimes (*E. Daoud et T. Le Bel Esquivillon, L'obligation de dénonciation : les professionnels du droit sont-ils tous soumis au même régime ? : RLDA 2018/143, n° 6595*).

4. À ce titre, l'article 1.5 du règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) précise : « En toutes circonstances, la prudence impose à l'avocat de ne pas conseiller à son client une solution s'il n'est pas en mesure d'apprécier la situation décrite, de déterminer à qui ce conseil ou cette action est destiné, d'identifier précisément son client ».

5. *E. Daoud et T. Le Bel Esquivillon, préc. note 3*.

6. *Cass. crim., 2 déc. 2009, n° 09-81.088 : JurisData n° 2009-050989 ; RD bancaire et fin. 2010, comm. 167, note F.-J. Crédot* : « les juges déduisent la connaissance du caractère illégal des activités exercées de la compétence professionnelle des prévenus, spécialistes du droit des sociétés et des montages juridiques et fiscaux ».

7. *Cass. crim., 8 avr. 2010, n° 09-84.525 : JurisData n° 2010-007194* : « déclarer le prévenu coupable de cette infraction, l'arrêt, après avoir énoncé que l'erreur, relevée dans la prévention, quant à la nature de la devise utilisée pour le retrait des fonds déposés à la banque, était sans incidence sur l'étendue des poursuites, retient notamment que le prévenu, fondé de pouvoir de cette banque, n'a pu ignorer le caractère frauduleux des fonds ayant transité sur les comptes qu'il a gérés, n'ayant rien tenté pour en connaître l'origine malgré le fonctionnement atypique de ces comptes et ayant sciemment méconnu les obligations auxquelles il était personnellement soumis en vertu de l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier ». La chambre criminelle valide ainsi l'analyse faite par la doctrine : « [les obligations de vigilance] ont vocation à constituer une sorte de « preuve préconstituée » de la mauvaise foi requise, selon une déduction rationnelle : lorsque tout organisme financier aurait effectué la déclaration au service Tracfin, ou aurait conduit les recherches nécessaires pour lever les doutes sur l'identité du client, ou encore se serait renseigné sur l'origine exacte des fonds et l'objet réel de telle ou telle opération, il est naturel d'en déduire que celui qui s'en est abstenu « ne pouvait pas ne pas savoir » la réalité, et que, partant, il était de mauvaise foi » (*Ph. Conte, Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment : JCP G 2005, I, 126*).

8. *Cons. UE, dir. (UE) 2018/822, 25 mai 2018, modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration : JOUE n° L 139, 5 juin 2018, p. 1-13*

9. *V. N. Jacquot, O. Janoray, M. Mazzuco, DAC : à vos marqueurs, prêts, partez ! : RFP 2020, étude 3*.

Cette directive s'attaque directement à l'optimisation fiscale.

À compter du 1^{er} juillet 2020¹⁰, les intermédiaires (ou, dans certains cas, les contribuables eux-mêmes) ayant leur résidence fiscale dans l'Union européenne et qui ont participé à la mise en œuvre de dispositifs d'optimisation fiscale transfrontières, seront tenus de les déclarer aux autorités fiscales. Les dispositifs visés répondent à une liste de « marqueurs » classés de A à E. L'obligation de déclaration s'applique indépendamment de la conformité avec des dispositifs anti-abus existants¹¹.

La doctrine administrative désigne les dispositifs qui concernent notamment la constitution, l'acquisition, la dissolution d'une personne morale, la souscription d'un instrument financier et même la simple attribution d'un revenu¹².

Ces dispositifs transfrontières qui existent entre plusieurs États membres, ou entre un État membre et un pays tiers devront être déclarés. Pour l'Administration, la localisation d'un intermédiaire à l'étranger alors que l'opération implique deux résidents fiscaux nécessite une déclaration¹³. Les schémas nationaux ne sont pas visés. Ce dispositif concerne l'impôt sur les sociétés, l'impôt sur le revenu et les droits d'enregistrement¹⁴. La charge de l'obligation déclarative dépend de la présence d'un intermédiaire, soumis ou non au secret professionnel, résident de l'Union européenne ou non.

13 - L'Administration a précisé que l'obligation de déclaration des schémas d'optimisation fiscale s'applique indépendamment de l'obligation de déclaration de soupçons en matière de lutte anti-blanchiment de capitaux¹⁵.

Ce nouveau dispositif s'inscrit dans une politique internationale de lutte contre « l'évasion fiscale et l'érosion fiscale »¹⁶ pour inciter les contribuables à davantage de transparence.

Ainsi, les administrations fiscales des États membres recevront des informations précises sur ces opérations internationales qui leur permettront de réagir, soit en diligentant des contrôles fiscaux ciblés, soit en remédiant aux pratiques fiscales dommageables par la voie législative. Les informations déclarées auprès d'un État membre ont vocation à être partagées entre les administrations fiscales des États membres.

14 - La notion d'intermédiaire est largement définie : elle concerne l'ensemble des prestataires de services intervenus

dans la mise en œuvre du dispositif. La lecture de la doctrine administrative le confirme¹⁷.

Ce dispositif est ainsi loin de viser les seuls avocats ou notaires, mais vise les conseils en matière patrimoniale qui devront s'interroger sur le point de savoir si leurs opérations entrent dans le champ d'application du dispositif et, en cas de pluralité d'intervenants, mettre en œuvre une concertation. Les intermédiaires pourraient être dispensés de déclarer les dispositifs lorsqu'ils seront en mesure de démontrer qu'ils ont déjà fait l'objet d'une déclaration dans un État membre.

Ainsi, sans concertation, plusieurs intermédiaires, établis dans des États différents, pourraient effectuer plusieurs déclarations se rapportant à une unique opération, augmentant le risque de divergences¹⁸.

15 - Que ce soit pour l'obligation de déclaration de soupçons relative à la lutte anti-blanchiment et de financement du terrorisme ou pour l'obligation de déclaration des schémas d'optimisation fiscale, les avocats bénéficient d'un régime déclaratif « aménagé ».

Cet aménagement tient compte du secret professionnel garantissant le lien de confiance avec leurs clients et au respect des droits de la défense.

S'agissant de l'obligation de déclaration de soupçons, le champ d'application de la déclaration est restreint¹⁹ et le bâtonnier intervient comme « filtre » entre Tracfin et l'avocat déclarant.

L'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 a ajouté les conseils dispensés en matière fiscale à la liste des activités soumises à l'obligation de déclaration.

16 - S'agissant de l'obligation déclarative des schémas d'optimisation fiscale, lorsque l'intermédiaire est soumis au secret professionnel²⁰, il ne peut souscrire cette déclaration qu'avec l'accord de son client. Le cas échéant, cette obligation peut alors être transférée à un autre intermédiaire s'il est résident fiscal ou au contribuable, si l'intermédiaire est résident fiscal d'un pays tiers.

Ces deux dispositifs illustrent l'évolution du législateur qui souhaite désormais responsabiliser les intermédiaires.

Néanmoins, l'obligation de déclaration des dispositifs d'optimisation fiscale, contrairement à l'obligation de déclaration de soupçons en matière de lutte anti-blanchiment, s'inscrit *a priori* en l'absence de toute infraction de nature pénale.

10. Cette obligation de déclaration s'applique également aux dispositifs transfrontières dont la première étape a été mise en œuvre entre le 25 juin 2018 et le 1^{er} juillet 2020, pour lesquels le délai de déclaration est étendu jusqu'au 31 août 2020.

11. BOI-CF-CPF-30-40-20, 9 mars 2020 : RFP 2020, alerte 49.

12. BOI-CF-CPF-30-40-10-10, 9 mars 2020.

13. BOI-CF-CPF-30-40-10-10, 9 mars 2020.

14. La doctrine administrative précise que la TVA, les droits de douane, les droits d'assises et certains prélèvements sociaux et cotisations obligatoires ne sont pas concernés par le dispositif déclaratif (BOI-CF-CPF-30-40-10, 9 mars 2020).

15. BOI-CF-CPF-30-40-20.

16. Cette directive contribue à la mise en œuvre par l'UE de l'action n° 12 du projet BEPS (« Base Erosion and Profit Shifting ») concernant la communication obligatoire d'informations applicable à des transactions, dispositifs ou structures de nature agressive ou abusive.

17. BOI-CF-CPF-30-40-10-20, 9 mars 2020 : l'intermédiaire concerne toute personne, professionnelle ou non, rémunérée ou non, intervenant comme « concepteur » ou « prestataire de services ». Néanmoins, un prestataire de services intervenant a posteriori n'est pas considéré comme un intermédiaire.

18. M.-H. Pinard-Fabro, *Nouvelles obligations de transparence fiscale (directive « DAC 6 ») : quels enjeux organisationnels pour les groupes ?* : Option fin. nov. 2018.

19. L'article L. 561-3 du Code monétaire et financier prévoit que les avocats ne sont concernés par la déclaration de soupçons que lorsqu'ils participent ou assistent à une transaction, ou fournissent des conseils en matière fiscale à leurs clients. Ils sont également concernés lorsqu'ils agissent comme mandataires immobiliers ou fiduciaires.

20. L'Administration vise notamment les avocats, les notaires, les experts-comptables et les établissements de crédit (BOI-CF-CPF-30-40-10-20, 9 mars 2020).

La mise en place de ce dispositif a d'abord été envisagée en France dans le cadre du projet de loi de finances pour 2006, avant d'être abandonné²¹, puis évoqué dans différents rapports parlementaires entre 2009 et 2013. La loi de finances pour 2014²² a fini par adopter un dispositif de déclaration des montages d'optimisation fiscale qui a fait l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel. Le Conseil reprochait à la disposition de donner une définition trop imprécise et générale de la notion de « schéma d'optimisation fiscale »²³. C'est une recommandation du Parlement européen du 12 décembre 2017 qui a fait renaître ce projet au niveau européen.

Ces évolutions montrent que chaque législateur – national et européen – entend responsabiliser les conseils fiscaux et rendre ténue la limite entre optimisation fiscale et fraude fiscale.

B. - Atténuation de la frontière entre fraude fiscale et optimisation fiscale

17 - La frontière entre la fraude fiscale (illégal) et l'optimisation fiscale (*a priori* légale) s'articule autour d'une « zone grise ». De récents outils à la disposition de l'administration fiscale tentent de réduire cette « zone grise » et de faire basculer l'optimisation fiscale dans la sphère répressive de la fraude fiscale. Les propos de la députée Karine Berger ont illustré la volonté de sanctionner les conseils intervenant en matière patrimoniale : « Il y a peut-être encore pire que de ne pas vouloir payer son impôt, que l'on soit un particulier ou une entreprise : c'est le fait de conseiller l'un ou l'autre pour qu'il ne paie pas l'impôt »²⁴.

Dès lors, les conseils en matière patrimoniale qui conçoivent des schémas d'optimisation fiscale sont alertés pour préserver leurs clients de contrôles fiscaux. L'administration fiscale dispose de la notion d'abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF qui lui permet « d'écartier, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atté-

nuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ». Ainsi, un abus de droit peut être constitué, soit par un acte fictif, soit par fraude à la loi.

Le premier ne pose pas de difficultés majeures, alors que le second a connu des évolutions législatives et jurisprudentielles récentes.

La caractérisation d'un abus de droit est facilitée par l'évolution de la jurisprudence et par la multiplication des dispositifs anti-abus de droit.

18 - Le Conseil constitutionnel a censuré la modification tendant à remplacer un motif « exclusivement fiscal » par un motif « principalement fiscal », en considérant que la nouvelle rédaction de l'article L. 64 laissait une marge d'appréciation trop importante à l'administration fiscale pour être compatible avec les sanctions administratives sévères applicables²⁵.

Malgré cette censure, qui a pu rassurer les conseils, la jurisprudence du Conseil d'État a semblé assouplir sa jurisprudence. En 2013, il a été jugé qu'un réel avantage de trésorerie était trop minime, de sorte que le contribuable était réputé poursuivre un but exclusivement fiscal²⁶. Aussi, l'interposition d'une société est-elle artificielle si elle est réalisée dans un but purement fiscal, même si cette société dispose d'une activité réelle et de moyens suffisants²⁷. Plus récemment, il a été jugé qu'en présence d'un montage artificiel dépourvu de toute substance économique, la condition tenant à la contrariété aux objectifs du législateur est remplie²⁸. En outre, le champ d'application de l'article L. 64 a été élargi aux conventions fiscales internationales qui ne comportent aucun dispositif anti-abus général ou spécifique²⁹.

La jurisprudence de l'Union européenne rappelle le principe général de droit selon lequel les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit de l'Union³⁰. Dans un arrêt du 21 février 2006³¹, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) appliquait, comme en droit interne, la notion de but « exclusivement fiscal »³². Néanmoins, après des hésitations, dans un arrêt de 2019, la CJUE a jugé que le principe général s'applique aux opérations

21. *Rapp. AN n° 1243, 10 juill. 2013, sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international*, p. 101.

22. *L. n° 2013-1278, 29 déc. 2013*.

23. *Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC : RFP 2014, alerte 3* : « 91. Considérant qu'en égard aux restrictions apportées par les dispositions contestées à la liberté d'entreprendre et, en particulier, aux conditions d'exercice de l'activité de conseil juridique et fiscal, et compte tenu de la gravité des sanctions encourues en cas de méconnaissance de ces dispositions, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, retenir une définition aussi générale et imprécise de la notion de « schéma d'optimisation fiscale ». Le commentaire publié de cette décision précise que : « Tout contribuable peut légitimement être amené à chercher à minorer sa charge fiscale et tout avocat fiscaliste cherche à minorer la charge fiscale de ses clients, sans que pour autant cette démarche soit constitutive d'une fraude. La définition donnée de l'optimisation fiscale était donc trop générale et imprécise pour porter ainsi atteinte à la liberté d'entreprendre et entraîner une amende égale à 5 % du montant des revenus perçus au titre de la commercialisation du schéma, ou 5 % du montant de l'avantage fiscal obtenu » (www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013684dc/ccc_684_685dc.pdf).

24. *JOAN CR, 15 nov. 2013, 2^e séance*.

25. *Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC* : « 118. Considérant que, compte tenu des conséquences ainsi attachées à la procédure de l'abus de droit fiscal, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, retenir que seraient constitutifs d'un abus de droit les actes ayant « pour motif principal » d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé aurait dû normalement supporter ».

26. *CE, 17 juill. 2013, n° 360706*.

27. *CE, 11 mai 2015, n° 365564*.

28. *CE, 19 juill. 2017, n° 408227 : JurisData n° 2017-023084*. – V. aussi *CE, 3 déc. 2018, n° 406617 : JurisData n° 2018-022180*.

29. *CE, 25 oct. 2017, n° 396954 : JurisData n° 2017-020912*.

30. *CJCE, 9 mars 1999, aff. C 212/97, pt 24*. – *CJCE, 21 févr. 2006, aff. C 255/02, pt 68*. – *CJCE, 12 sept. 2006, aff. C 196/04, pt 35*.

31. *CJCE, 21 févr. 2006, aff. C-255/02, préc.*

32. La doctrine a montré que même si la jurisprudence de la CJCE faisait référence au « but essentiel », il s'agissait d'un standard équivalent retenu en droit interne, à savoir l'objectif exclusivement fiscal ; *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, étude 394*. – *O. Fouquet, Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit : RJF 5/06, p. 383*.

poursuivant un but « exclusivement fiscal » comme aux opérations poursuivant un but « principalement fiscal »³³. De la sorte, la CJUE semble opérer un alignement sur les critères retenus dans les dispositifs anti-abus de droit les plus récents.

19 - La loi de finances pour 2019 n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 a institué un dispositif de « mini-abus de droit » à l'article L. 64 A du LPF (applicable aux actes passés ou réalisés à compter du 1^{er} janvier 2020), voisin de l'article L. 64.

Par ailleurs, cette loi a transposé une clause générale anti-abus, issue de la directive Atad³⁴, à l'article 205 A du CGI (applicable aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2019).

Ces deux nouveaux dispositifs visent les opérations ayant un motif « principalement fiscal » et sont considérés comme des règles d'assiette, dans la mesure où ils ne sont assortis d'aucune sanction « automatique »³⁵.

Ces deux nouveaux dispositifs de droit interne visent à aligner le droit interne avec le droit de l'Union européenne et le droit international. Selon l'interprétation faite par la doctrine³⁶, l'article 205 A précité ne s'applique qu'à l'impôt sur les sociétés, alors que l'article L. 64 A du LPF s'applique à tous les autres impôts, dès lors que la procédure d'abus de droit de l'article L. 64 n'a pas été mise en œuvre³⁷.

33. CJUE, 26 févr. 2019, aff. C-116/16 et C-117/16 : « 100 Peut être considéré comme étant un montage artificiel un groupe de sociétés qui n'est pas mis en place pour des motifs qui reflètent la réalité économique, a une structure purement formelle et a pour principal objectif ou pour l'un de ses objectifs principaux l'obtention d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable. Tel est le cas notamment lorsque, grâce à une entité relais insérée dans la structure du groupe entre la société qui verse des dividendes et la société du groupe qui en est le bénéficiaire effectif, le paiement d'impôts sur les dividendes est évité ».

34. Cons. UE, dir. 2016/1164/UE : JOUE n° L 193, 19 juill. 2016.

35. En n'assortissant ces dispositifs d'aucune sanction, le législateur a tenu compte de la censure du Conseil constitutionnel de 2013. Si l'article 1729, b du CGI prévoit une pénalité spécifique de 80 % dès lors que l'article L. 64 est applicable, aucune sanction spécifique n'est prévue pour l'article L. 64 A. Néanmoins, une partie de la doctrine s'est interrogée sur la constitutionnalité de cet article, puisque la mise en œuvre de l'article L. 64 A, même si elle ne prévoyait aucune sanction automatique et spécifique, ne serait pas sans conséquences. En effet, l'administration fiscale pourra toujours appliquer les pénalités de droit commun de 40% et 80 % prévues à l'article 1729, a et c. Néanmoins, dans sa décision n° 2015-726 DC du 29 décembre 2015, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de la clause anti-abus du régime des sociétés-mères : « Considérant que les dispositions contestées ne modifient pas les dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ; qu'elles se bornent à prévoir une nouvelle condition à laquelle est subordonné le bénéfice du régime fiscal dérogatoire des sociétés mères ; que ces dispositions déterminent donc une règle d'assiette ; que le non-respect de cette condition n'emporte pas l'application des majorations du b de l'article 1729 du code général des impôts en cas d'abus de droit au sens de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales ; que les dispositions contestées ont un objet différent de celui des dispositions déclarées non conformes ; que, par suite, en adoptant les dispositions contestées, le législateur n'a pas méconnu l'autorité qui s'attache, en vertu du troisième alinéa de l'article 62 de la Constitution, à la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 2013 ».

36. RFP 2019, alerte 18. – Fr. Bonte et P. Julien Saint-Amand, *Le nouvel abus de droit : analyse des commentaires de l'administration fiscale* : RFP 2020, étude 5. – J.-Fr. Desbuquois et J. Kozlowski, *Évolutions récentes de l'abus de droit* : RFP 2019, étude 8. – D. Gutmann, Vidéo, *Loi de finances pour 2019 : point sur la notion d'abus de droit*, 15 janvier 2019 : Éd. Francis Lefebvre.

37. BOI-CF-IOR-30-20, 31 janv. 2020.

20 - Ces deux nouveaux dispositifs s'ajoutent à d'autres dispositifs anti-abus concernant les prix de transfert, les États à fiscalité privilégiée, les États et territoires non coopératifs...

Sont également concernées les clauses anti-abus issues de la directive mères-filles (CGI, art. 119 ter, 3) et de la directive sur les fusions (CGI, art. 210-0 A, III). Mais aussi, la convention multilatérale du 7 juin 2017, pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaire, prévoit que, si « l'un des objets principaux » poursuivis par un montage est d'obtenir un avantage offert par une convention fiscale internationale, cet avantage doit être refusé. De sorte que les conventions fiscales internationales qui ne comportent *ab initio* aucune clause anti-abus en seront dotées par la ratification de la Convention multilatérale du 7 juin 2017.

L'articulation entre ces différents dispositifs n'est pas aisée. Il est nécessaire de s'interroger sur leur champ d'application spécifique, ainsi que sur les définitions retenues.

21 - Dès lors, la multiplication des dispositifs anti-abus, tout comme l'assouplissement des critères conduisant à la caractérisation d'un montage abusif, sont autant d'éléments que les conseils en stratégie patrimoniale et fiscale doivent prendre en compte dans leurs conceptions et réalisations.

En conséquence, cette multiplication et cet assouplissement contribuent à atténuer la frontière entre optimisation fiscale et fraude fiscale. Il est à craindre que la mise en cause de la responsabilité civile professionnelle ne s'accompagne de la mise en cause de sa responsabilité pénale personnelle.

2. Développement continu de l'arsenal répressif à l'encontre des conseils

22 - Le risque de mise en cause de la responsabilité pénale des conseils s'accroît et se double de sanctions administratives visant spécifiquement les professionnels du droit et du chiffre (A). Par ailleurs, la jurisprudence répressive se montre favorable à la mise en cause des conseils en matière de blanchiment (B).

A. - Recours aux sanctions administratives en renfort des sanctions pénales

23 - Il y a une dizaine d'années, la doctrine a mis en évidence un mouvement de « pénalisation » du droit fiscal, tenant « tant à l'existence de nouvelles règles plus répressives qu'au surcroît de sévérité démontré par l'administration fiscale dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle »³⁸.

La loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 a réformé le « verrou de Bercy » qui conditionnait auparavant toute mise en œuvre de l'action publique pour des faits de fraude fiscale à un dépôt de plainte de l'administration fiscale.

Désormais, l'Administration doit dénoncer au Parquet les faits observés dans le cadre des contrôles fiscaux ayant donné lieu à l'application de majorations de 100 % et de 80 % lorsque

38. D. Gutmann, *La « pénalisation » du droit fiscal : mythe ou réalité ?* : Dr. fisc. 2011, n° 4, étude 122.

les droits éludés sont supérieurs à 100 000 €, ainsi que dans l'hypothèse d'application d'une majoration de 40 % lorsque dans les 6 années précédant ce contrôle, le contribuable s'est déjà vu appliquer une majoration de 40 %, 80 % ou 100 % ou a fait l'objet d'une plainte de l'Administration pour fraude fiscale.

24 - Cet élargissement du spectre pénal va de pair avec la multiplication des dispositifs anti-abus de droit et la facilitation de leur caractérisation.

Si la plupart de ces dispositifs sont des règles d'assiette qui ne prévoient pas l'application automatique d'une pénalité spécifique de 80 %, il y a fort à parier que contrôles fiscaux conduisant à la remise en cause d'opérations s'accompagneront de pénalités de droit commun pouvant aller jusqu'à 80 %. Dès lors que le champ d'intervention de la répression pénale contre la fraude fiscale s'est étendu, les possibilités de mettre en cause les conseils se multiplieront également. Un conseil qui élaborerait un schéma d'optimisation fiscale, qualifié ensuite de fraude fiscale, pourrait craindre d'être poursuivi comme complice de cette fraude.

25 - L'accroissement des cas pouvant faire l'objet de poursuites pénales s'est accompagné de la création d'un nouvel article 1740 A bis dans le CGI.

Ainsi, toute personne physique ou morale³⁹ qui, dans l'exercice d'une activité professionnelle de conseil à caractère juridique, financier, ou comptable ou de détention de biens ou de fonds pour le compte d'un tiers, a intentionnellement fourni à un contribuable certaines prestations, listées par le texte, permettant directement la commission par ce contribuable d'agissements passibles d'une majoration de 80 %, est redevable d'une amende administrative égale à 50 % des revenus tirés de la prestation fournie au contribuable sans pouvoir être inférieure à 10 000 €. Autrement dit, l'intermédiaire visé doit avoir fourni au contribuable une prestation lui permettant de se rendre coupable d'agissements sanctionnés par l'application d'une majoration de 80 %.

Le législateur a tenu compte de la censure du Conseil constitutionnel de la loi de finances pour 2015 n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 qui avait déjà introduit une amende administrative à l'égard des tiers ayant apporté leur concours à l'élaboration d'un schéma constitutif d'un abus de droit ayant conduit à une majoration de 80 %⁴⁰.

39. Les travaux parlementaires précisent que l'amende « concernerait ainsi les professionnels du droit et du chiffre visés au a de l'article L. 86 du livre des procédures fiscales [...]. Il s'agit notamment des officines d'optimisation fiscale, des avocats fiscalistes, des conseillers financiers, voire des avocats, notaires, ou comptables qui exercent à titre individuel ou les sociétés qui rendent des services similaires » (Projet loi Sénat, n° 385, 27 mars 2018, relatif à la lutte contre la fraude).

40. Cons. const., 29 déc. 2014, n° 2014-707 DC : « 54. Considérant, d'une part, que parmi les conditions qu'il a posées pour l'application de cette sanction fiscale, l'article 1740 C prévoit que les agissements que la personne poursuivie a commis, auxquels elle a apporté son aide ou son assistance ou dans lesquels elles s'est entremise doivent avoir conduit « à des rappels ou rehaussements assortis de la majoration prévue au b de l'article 1729 » ; que cette rédaction ne permet pas de déterminer si l'infraction fiscale instituée est constituée en raison de l'existence d'un abus de droit, que la personne poursuivie serait recevable à contester indépendamment du sort des majorations appliquées au contribuable en application du b) de

L'administration fiscale devra démontrer le caractère direct et intentionnel de la prestation du tiers dans la mise en œuvre d'un schéma d'optimisation fiscale. Pour cela, l'Administration disposera de ses pouvoirs ordinaires. En ce sens, l'article L. 13-0 A du LPF⁴¹ devrait faire obstacle à ce que l'Administration saisisse des documents couverts par le secret professionnel⁴². Néanmoins, l'Administration pourra bénéficier d'informations par le contribuable lui-même qui, lui, à l'inverse d'un avocat, n'est pas lié par le secret professionnel⁴³.

26 - Depuis la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018, un professionnel proposant à un contribuable un montage abusif ou frauduleux pourra faire l'objet de « poursuites administratives » comme « complice » du contribuable.

Désormais, ces tiers qui ne seraient pas poursuivis pénalement pourraient être sanctionnés sur le plan administratif, alors que le contribuable serait, lui, poursuivi pénalement.

L'article 1740 A bis du CGI devient le « pendant administratif » de l'article 1742 du CGI qui, lui, vise la répression pénale des complices de fraude fiscale.

Mais, dans cette hypothèse, le « tiers complice » ne peut se voir appliquer simultanément des sanctions pénales et des sanctions administratives ; en effet, l'amende administrative de l'article 1740 A bis du CGI ne peut pas s'appliquer lorsque les poursuites ont été engagées sur le fondement de l'article 1742 du CGI.

27 - Pourtant, dans un arrêt du 11 septembre 2019, la chambre criminelle n'a pas remis en cause l'application

l'article 1729, ou si l'infraction est constituée par le seul fait qu'une telle majoration a été prononcée ; / 55. Considérant, d'autre part, qu'en prévoyant que l'amende qui peut être prononcée à l'encontre de la personne visée à l'article 1740 C est égale à 5 % du chiffre d'affaires ou des recettes brutes « qu'elle a réalisés à raison des faits sanctionnés au titre du présent article », cet article ne permet pas de déterminer si le taux de 5 % doit être appliqué aux recettes ou au chiffre d'affaires que la personne poursuivie a permis au contribuable de réaliser ou s'il doit être appliqué aux recettes ou au chiffre d'affaires que la personne poursuivie a elle-même réalisés ».

41. « Les agents de l'administration des impôts peuvent demander toutes informations relatives au montant, à la date et à la forme des versements afférents aux recettes de toute nature perçues par les personnes dépositaires du secret professionnel en vertu des dispositions de l'article 226-13 du code pénal. Ils ne peuvent demander de renseignements sur la nature des prestations fournies par ces personnes ».

42. CE, avis, 22 mars 2018, n° 394440 : « Le Conseil d'État relève enfin que les règles applicables en matière de secret professionnel de certaines des professions visées par le projet, en particulier les professions non commerciales, soulèvent sur le terrain de la preuve des difficultés pratiques dont ne traite pas l'étude d'impact ».

43. CE, 12 déc. 2018, n° 414088 : JurisData n° 2018-022802 : « Il ressort des dispositions précitées de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, dans leur rédaction issue de la loi du 7 avril 1997, que l'ensemble des correspondances échangées entre un avocat et son client, et notamment les consultations juridiques rédigées par l'avocat à son intention, sont couvertes par le secret professionnel. Toutefois, la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client ne s'impose qu'au premier et non au second qui, n'étant pas tenu au secret professionnel, peut décider de lever ce secret, sans y être contraint. Ainsi, la circonstance que l'Administration ait pris connaissance du contenu d'une correspondance échangée entre un contribuable et son avocat est sans incidence sur la régularité de la procédure d'imposition suivie à l'égard de ce contribuable dès lors que celui-ci a préalablement donné son accord en ce sens. En revanche, la révélation du contenu d'une correspondance échangée entre un contribuable et son avocat vicia la procédure d'imposition menée à l'égard du contribuable et entraîne la décharge de l'imposition lorsque, à défaut de l'accord préalable de ce dernier, le contenu de cette correspondance fonde tout ou partie de la rectification ».

concurrente de sanctions administratives et pénales au regard du principe « *ne bis in idem* » garanti par l'article 4 du protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁴ et au regard de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel au regard du principe de proportionnalité⁴⁵.

Dès lors, l'articulation entre la « complicité fiscale » et la « complicité pénale » doit être pensée à l'aune du critère de gravité érigé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 24 juin 2016 : l'application des sanctions pénales doit concerner les cas « les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt »⁴⁶.

Le juge administratif est compétent pour statuer sur les contestations relatives à ces amendes. Les jurisprudences constitutionnelle⁴⁷, européenne⁴⁸ et administrative ont défini le régime juridique de la répression administrative.

28 - Alors que le législateur a aménagé le « verrou de Bercy » pour confier l'initiative des poursuites pénales en matière de fraude fiscale au Parquet, une nouvelle sanction administrative a été créée, applicable par l'administration fiscale seule.

L'article 1742 du CGI, par la sanction pénale des complices, réservait cette faculté au Parquet seul⁴⁹.

En effet, l'article 1742 du CGI permet de poursuivre sur le plan pénal les complices de la fraude fiscale qui sont passibles des mêmes peines que l'auteur de l'infraction. La démonstration de cette complicité implique l'existence d'un fait principal punissable, d'un accord de volonté entre le complice et l'auteur du délit et une action positive antérieure ou concomitante au délit. Peuvent ainsi être poursuivis tous ceux qui ont aidé l'auteur à commettre le délit, en fournissant des connaissances techniques ayant servi à organiser une soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement de l'impôt. L'article

1742 vise d'ailleurs spécifiquement les officiers publics ou ministériels et les experts-comptables.

Cette poursuite pénale en tant que complice est d'autant plus grave que l'article 1745 du CGI prévoit que « ceux qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive, prononcée en application des articles 1741, 1742 ou 1743 peuvent être solidairement tenus, avec le redevable légal de l'impôt fraudé, au paiement de cet impôt ainsi qu'à celui des pénalités fiscales y afférentes »⁵⁰. Autrement dit, les conseils jugés pénalement responsables de faits de fraude fiscale ou d'omission de passation d'écritures comptables peuvent être solidairement tenus au paiement des impôts fraudés et des pénalités avec le contribuable.

Un arrêt de la Cour de cassation a rendu définitive la condamnation en appel d'un avocat comme complice de l'organisation de l'insolvabilité de son client à l'occasion de son intervention lors de la constitution de sociétés civiles immobilières^{51 52}.

B. - Un courant jurisprudentiel favorable à la mise en cause des conseils en matière de blanchiment

29 - Le délit de blanchiment⁵³ est une infraction de conséquence procurant à son auteur un profit direct ou indirect. Autrement dit, elle est nécessairement associée à une infraction principale et préalable. Au-delà de l'infraction préalable, le blanchiment se matérialise soit par la facilitation de la justification mensongère (actes positifs d'aide et d'assistance comme des fausses factures ou des actes passifs comme l'absence de

44. *Cass. crim.*, 11 sept. 2019, n° 18-82.430, pt 11 à 20 : *JurisData* n° 2019-015450. – Égalemeat, O. Debat, *Souveraineté, citoyenneté, liberté. Le droit pénal fiscal en quête d'équilibre*, in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle* : Dalloz, 2010, p. 771.

45. *Cass. crim.*, 11 sept. 2019, préc., pt 21 à 27.

46. *Cons. const.*, 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, cons. 21 : *JurisData* 2016-012236.

47. Le Conseil constitutionnel a jugé « qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe des droits de la défense » et « que ces exigences concernent non seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire » (*Cons. const.*, 17 janv. 1989, n° 88-248 DC : *JurisData* n° 1989-300022).

48. La notion d'« accusation en matière pénale » au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme a permis d'appliquer les garanties fondamentales aux sanctions administratives. En effet, si les trois critères alternatifs posés par la Cour (qualification de la mesure en droit interne, à la nature de l'infraction et à la sévérité de la sanction encourue) sont remplis, le prononcé de la sanction doit respecter les principes posés par l'article 6, § 1 de la Convention (*CEDH*, 8 juin 1976, n° 5100/71 : *JurisData* n° 1976-300010). Le Conseil d'État, faisant sienne cette interprétation, a considéré que relevaient du champ pénal de l'article 6, § 1 les pénalités fiscales (*CE, avis*, 31 mars 1995, n° 164008 : *JurisData* n° 1995-041934).

49. C. Sand, *Doutes sur la constitutionnalité et la conventionnalité de l'amende fiscale contre les professionnels permettant la commission de fraude fiscale* : *Dr. fisc.* 2018, n° 46, act. 491.

50. À de nombreuses reprises, la Cour de cassation a jugé que cette mesure est une « sanction » (*Cass. crim.*, 10 juin 1987, n° 86-94.488) constitutive d'une « mesure à caractère pénal » (*Cass. crim.*, 19 mai 2010, n° 09-83.970 : *JurisData* n° 2010-008666), mais n'est ni une peine au sens du Code pénal (*Cass. crim.*, 23 mars 2016, n° 14-88.507 : *JurisData* n° 2016-005380) ni une mesure ayant le caractère d'une punition, que ce soit au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (*CE*, 8 déc. 2017, n° 414303 : *JurisData* n° 2017-025001. – *Cass. crim.*, 25 févr. 2015, n° 14-85.300 : *JurisData* n° 2015-003513).

51. *CA Paris*, pôle 5, ch. 13, 19 mai 2017, n° 15/03218. – Définitif : *Cass. crim.*, 29 janv. 2020, n° 17-83.577

52. La cour d'appel de Paris n'a pas contesté le montage fiscal en lui-même qui n'est pas intrinsèquement frauduleux. Mais, les juges ont considéré que l'avocat de la contribuable était investi d'une obligation de « vigilance renforcée » qui aurait dû l'amener à douter des intentions de sa cliente poursuivie pour organisation fiscale d'insolvabilité : « X et Y échangent de nombreux emails, qui ne laissent aucun doute sur la connaissance par Y du fait que X est au même titre que sa fille titulaire de comptes HSBC Suisse. Quel que soit le caractère avisé de X, celle-ci n'aurait pu sans le concours d'un professionnel mettre en place la succession d'opérations lui permettant de faire obstacle au recouvrement de l'impôt en France à compter de 2011, concours qui lui a été sciemment apporté par Y, lequel sera déclaré coupable de complicité d'organisation fiscale d'insolvabilité » (*CA Paris*, pôle 5, ch. 13, 19 mai 2017, n° 15/03218. – *Cass. crim.*, 29 janv. 2020, n° 17-83.577 : *JurisData* n° 2020-000933).

53. Repris aux articles 324-1 à 324-9 du Code pénal et créé par la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants. Le délit de blanchiment est passible de 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende, portées à 10 ans et 750 000 euros d'amende en cas de circonstances aggravantes comme la commission du délit par un avocat. L'amende peut atteindre la moitié des avoirs sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment. Par ailleurs, les professionnels du droit et du chiffre s'exposent à des peines complémentaires et déontologiques.

déclaration de soupçons), soit du concours apporté⁵⁴ à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion⁵⁵.

En 2003, la Cour de cassation a jugé que « la qualité d'auteur de l'infraction principale n'est pas exclusive de celle d'auteur de l'infraction de blanchiment consécutive »⁵⁶, c'est-à-dire que le délit est applicable à celui qui blanchit des fonds issus d'une infraction qu'il a lui-même commise.

30 - À compter de 2004, la jurisprudence a considéré que les juges du fond, statuant sur des faits de blanchiment, étaient seulement tenus de caractériser l'origine délictuelle ou criminelle des fonds, sans que les conditions de sa poursuite ne soient pas réunies⁵⁷. En 2008, la Cour de cassation a jugé que « l'article 324-1 du code pénal est applicable à l'auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise »⁵⁸. C'est ainsi que la Cour de cassation a consacré l'autonomie du délit de blanchiment et permis la répression de « l'auto-blanchiment ». Cette position a été critiquée par la doctrine, estimant que la condition prévue à l'alinéa 2 de l'article 324-1 du Code pénal visant « le fait d'apporter son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion » était passée sous silence. Cette évolution jurisprudentielle est favorable à une mise en cause de la responsabilité pénale des conseils non plus comme « simples » complices, mais comme coauteurs à part entière de l'infraction de blanchiment.

31 - En 2017, la jurisprudence énonce que « l'article 324-1 du code pénal, instituant une infraction générale et autonome de blanchiment, distincte, dans ses éléments matériel et intentionnel, du crime ou du délit ayant généré un produit, réprime, quel qu'en soit leur auteur, des agissements spécifiques de placement, dissimulation ou conversion de ce produit, de sorte que cette disposition est applicable à celui qui blanchit le produit d'une infraction qu'il a commise »⁵⁹. Ainsi, le conseil peut être poursuivi comme auteur de l'infraction, même si l'infraction d'origine n'a pas été jugée ou poursuivie, en cas de prescription ou de décès de l'auteur de l'infraction d'origine. Le blanchiment est quasi imprescriptible, la Cour de cassation ayant confirmé qu'il s'agissait d'une infraction occulte par nature, dont la prescription court à compter du jour où elle est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action publique⁶⁰. La conséquence était d'autant plus importante avant l'aménagement du « ver-

rou de Bercy » par la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018, dans la mesure où le blanchiment de fraude fiscale peut faire l'objet de poursuites pénales sans être soumis à un avis favorable de la Commission des infractions fiscales. Autrement dit, le Parquet pouvait initier des poursuites pour blanchiment de fraude fiscale en « contournant » le « filtre » de la Commission des infractions fiscales, à la différence des poursuites pour fraude fiscale⁶¹.

32 - Depuis 2003, la Cour de cassation juge que la preuve de la connaissance par l'auteur du blanchiment de l'infraction principale n'est pas exigée et la seule conscience de leur origine illicite suffit à caractériser l'intention⁶².

Ainsi, un mouvement d'objectivisation de l'élément moral du blanchiment a été renforcé par la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée (Palerme en 2000), la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (16 mai 2005) et la directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005, qui proposent aux juridictions nationales de déduire cet élément moral de circonstances factuelles objectives⁶³.

33 - Cette jurisprudence contestée⁶⁴ de la Cour de cassation est confortée par la directive 2018/1673/UE du 23 octobre 2018 qui établit des règles minimales concernant la définition des infractions et des sanctions pénales dans le domaine du blanchiment de capitaux. Cette directive, entrée en vigueur le 2 décembre 2018 et qui doit être transposée par les États membres au plus tard le 3 décembre 2020, consacre les positions prétoriennes de la Cour de cassation⁶⁵.

prescription à la date à laquelle les faits ont été portés à la connaissance du Parquet.

54. Le concours peut être intellectuel ou matériel, tout comme il peut porter sur un acte juridique ou des conseils. Un notaire a été condamné pour avoir régularisé un acte de vente d'un bien immobilier au profit de la concubine d'un trafiquant de stupéfiants que pour lui avoir fourni des conseils sur les circuits de règlement les plus adaptés à l'opération (*Cass. crim.*, 7 déc. 1995, n° 95-80.888 : *JurisData* n° 1995-004161).

55. Le placement est la transformation de l'argent, la dissimulation est la manœuvre permettant de masquer la réalité de l'opération, la conversion est l'intégration des revenus issus de l'infraction préalable dans l'économie « légale ».

56. *Cass. crim.*, 25 juin 2003, n° 02-86.182 : *JurisData* n° 2003-020333.

57. *Cass. crim.*, 7 avr. 2004, n° 03-84.889 : *JurisData* n° 2004-023600.

58. *Cass. crim.*, 20 févr. 2008, n° 07-82.977 : *JurisData* n° 2008-043263.

59. *Cass. crim.*, 14 juin 2017, n° 16-84.921 : *JurisData* n° 2017-014134.

60. *Cass. crim.*, 11 sept. 2019, n° 18-83.484 : *JurisData* n° 2019-015452 : la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir fixé le point de départ de la

61. *Cass. crim.*, 20 févr. 2008, n° 07-82.977 : *JurisData* n° 2008-043263 : « la poursuite du délit de blanchiment, infraction générale, distincte et autonome, n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales ».

62. *Cass. crim.*, 3 déc. 2003, n° 02-84.646 : *JurisData* n° 2003-021565 ; *Bull. crim.* n° 234 ; *JCP G* 2004, II, 10066, note Ch. Cutajar ; *AJ pénal* 2004, p. 116, obs. C. Girault. – Ch. Cutajar relevait ainsi : « Exiger la connaissance par le blanchisseur de l'infraction principale générerait des difficultés insurmontables de preuve de l'élément moral du délit de blanchiment, les blanchisseurs étant très rarement informés de l'origine exacte des fonds. En outre, pareille exigence reviendrait à paralyser l'incrimination de blanchiment ».

63. *Lamy Droit pénal des affaires*, 2020, § 1810.

64. La jurisprudence de la Cour de cassation sur l'auto-blanchiment a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur sa compatibilité au principe de légalité des délits et des peines. Cette question n'a pas été transmise au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation (*Cass. crim.*, 27 mars 2013, n° 12-84.189 et 12-85.115).

65. Ainsi, l'article 3 de la directive prévoit que la répression du blanchiment « est possible même en l'absence de condamnation préalable ou concomitante pour l'activité criminelle dont le bien provient ». Le considérant 11 de la directive veille à ce que les activités de blanchiment soient « passibles de sanctions lorsqu'elles sont commises par l'auteur de l'activité criminelle qui a généré ces biens (« auto-blanchiment ») ». À cette fin, l'article 3 prévoit que les activités de blanchiment sont « passibles de sanctions lorsqu'ils sont le fait de personnes ayant commis l'activité criminelle dont le bien provient ou y ayant participé ». L'autonomie du délit de blanchiment s'en trouvera confortée.

34 - La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 avait déjà inversé la charge de la preuve de l'origine illicite des fonds en introduisant un nouvel article 324-1-1 du Code pénal⁶⁶.

Cette présomption ne concerne que le concours à une opération de blanchiment du produit d'un crime ou d'un délit, et non l'aide à la justification mensongère de l'origine des fonds⁶⁷.

Cette disposition facilite l'administration de la preuve, puisque l'infraction d'origine génératrice des fonds n'a pas à être identifiée et que le prévenu conserve la possibilité de justifier de l'origine régulière des fonds⁶⁸.

Pour la doctrine, l'intention du législateur est de viser les montages financiers complexes, et non le « simple » blanchiment d'argent liquide. En effet, cette nouvelle disposition est motivée par la volonté « de mieux appréhender les montages juridiques et financiers dont la complexité n'est manifestement qu'un moyen d'éviter la traçabilité des flux et d'en dissimuler l'origine »⁶⁹.

66. « Pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus ».

67. Cass. crim., 9 déc. 2015, n° 15-90.019 : *JurisData* n° 2015-027598 ; Dr. pén. 2016, comm. 41, note Ph. Conte.

68. Le texte établit une présomption simple de l'origine frauduleuse des fonds. La circulaire du 23 janvier 2014 de la Direction des affaires civiles et des grâces précise qu'il « ne modifie pas les éléments constitutifs de l'infraction de blanchiment eux-mêmes. Il ne s'agit donc pas d'une présomption de constitution du délit » (Circ. n° JUSD1402112C, 23 janv. 2014).

69. AN, amendement n° CL32, 10 sept. 2013 : « Le service Tracfin et les enquêteurs judiciaires décèlent en effet des montages juridiques et financiers mettant en relation des personnes morales d'une durée de vie souvent limitée, avec des gérants de paille ou des identités invérifiables en France

35 - Cette évolution législative semble faciliter les poursuites pour blanchiment à l'encontre des conseils ; ces derniers doivent donc faire preuve de prudence, comme le requiert l'article 1.5 du règlement intérieur national de la profession d'avocat. En ce sens, l'article L. 561-3 du Code monétaire et financier met à la charge des conseils une obligation de vigilance dans leurs relations d'affaires pour les activités visées par cet article. Il est donc nécessaire de procéder à une identification des opérations les plus exposées au risque de blanchiment. À défaut, le conseil s'expose à ne pas être protégé contre les éventuelles infractions commises par ses clients.

Par un arrêt du 6 mars 2019, la Cour de cassation a, pour la première fois, interprété l'article 324-1-1 du Code pénal en validant l'application de la présomption d'origine illicite des fonds et la condamnation pour blanchiment d'un ressortissant étranger contrôlé à la frontière franco-suisse en possession d'une somme de 50 000 € d'argent liquide dont l'origine licite n'était pas justifiée. Or, dans cette hypothèse, il n'y avait pas de « dissimulation » au sens où les motifs de l'amendement de l'article 324-1-1 du Code pénal l'entendaient, dans la mesure où ce ressortissant étranger était porteur de cette somme. La Cour a ainsi validé l'application de la présomption de dissimulation des fonds en la déduisant du seul défaut de déclaration de transfert de fonds requis pour une telle somme⁷⁰. ■

et/ou à l'étranger, montages dans lesquels circulent parfois des flux financiers massifs, sans justification économique ».

70. Cass. crim., 6 mars 2019, n° 18-81.059 : *JurisData* n° 2019-003228 ; l'article 324-1-1 avait fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité qui n'a pas été transmise par la Cour de cassation, précisant que la présomption d'origine illicite n'était pas irréfragable et que cette présomption devait naître de circonstances de droit et de fait laissant supposer la dissimulation de l'origine ou du bénéficiaire effectif (Cass. crim., 9 déc. 2015, n° 15-90.019 : *JurisData* n° 2015-027598).