CONSEILS FISCAUX : LE RISQUE PÉNAL AUX TROUSSES

LES AFFAIRES *WILDENSTEIN*, *WENDEL* ET *RICCI* DÉMONTRENT QUE LE CONSEIL FISCAL EST DÉSORMAIS « *EN LIGNE DE MIRE* » DES AUTORITÉS DE POURSUITE EN MATIÈRE PÉNALE. IL EST LE COMPLICE IDÉAL DE SON CLIENT POURSUIVI POUR FRAUDE FISCALE, ET SEMBLE PARTICULIÈREMENT EXPOSÉ AU RISQUE PÉNAL, ALORS MÊME QUE LA DÉLIMITATION ENTRE OPTIMISATION ET FRAUDE FISCALE EST FRAGILE ET QUE CE DERNIER EST DÉJÀ SOUMIS AUX OBLIGATIONS DE VIGILANCE ET DE DÉCLARATION DE SOUPÇONS PRÉVUES PAR LE CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER.

PAR **EMMANUEL DAOUD,** AVOCAT ASSOCIÉ, CABINET VIGO, MEMBRE DU RÉSEAU GESICA ET **ROBIN BINSARD**, AVOCAT, CABINET VIGO

La publication des *Panama Papers* et le scandale *LuxLeaks* ont mis en avant le rôle des conseils fiscaux en matière de fraude fiscale, d'évasion fiscale et de planification fiscale agressive (1). Le rapport de la commission PANA a souligné les « *nombreuses failles* » de la lutte contre la fraude fiscale au niveau européen, dont celle tenant à « *l'asymétrie réglementaire entre pays* » de l'encadrement des pratiques des conseils fiscaux (2), tels que les avocats, notaires et conseillers patrimoniaux. Les mots du député Karine Berger résonnent : « *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.* » (3)

Au niveau européen, le Parlement a voté le 13 décembre 2017 une liste de 206 recommandations (4) afin d'intensifier la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale. Au nombre de celles-ci figurent notamment la création d'un registre des bénéficiaires effectifs, l'élaboration d'une définition commune au niveau international du paradis fiscal, la protection accrue des lanceurs d'alerte en matière fiscale et la création de nouvelles règles pour encadrer les conseils fiscaux, afin de « *dissuader les intermédiaires fiscaux de se livrer à la fraude et à l'évasion fiscale* » (5). En outre, la Commission européenne a proposé le 21 juin 2017 une modification de la directive 2011/16/UE (6) afin d'y inclure une obligation de déclarer les montages fiscaux transfrontaliers reposant sur les conseils qui en sont à l'origine ou, lorsque ceux-ci sont tenus au respect du

NOTES

(1) Sur ces notions, v. notamment : L. Arbelet, « *L'ambivalence de l'évasion fiscale* », Dalloz actualité, 26 janvier 2017.

(2) T. Coustet, « *Lutte contre l'évasion fiscale : les avocats dans le viseur de l'UE* », Dalloz actualité, 22 décembre 2017.

(3) A. Eveno et P. Roger, « *Les députés s'attaquent à l'optimisation fiscale* », Le Monde, 16 novembre 2013 : http://www.lemonde.fr/impots/article/2013/11/16/les-deputes-s-attaquent-a-l-optimisation-fis_3514961_1670597.html.

(4) Recommandation du Parlement européen du 13 décembre 2017 à l'intention du Conseil et de la Commission à la suite de l'enquête sur le blanchiment de capitaux, l'évasion fiscale et la fraude fiscale, procédure n° 2016/3044 RSP.

(5) *Op. cit.* recommandation n° 117.

(6) Proposition de directive 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, 21 juin 2017, n° 2017/0138 CNS.

secret professionnel, par le bénéficiaire dudit montage.

Si ces recommandations et modifications de directive ne sont, à ce jour, pas juridiquement contraignantes pour les États membres (7), elles adressent néanmoins un signal fort aux institutions européennes et législateurs nationaux, et affichent clairement une volonté de renforcer l'encadrement et la répression des conseils fiscaux.

Au niveau national, la lutte contre la fraude fiscale, qui, à en croire une circulaire de la direction générale des finances publiques, « *cause un grave préjudice moral et financier à la société dans son ensemble qui porte directement atteinte au pacte républicain* » (8) est l'une des priorités de l'État. Deux objectifs sont affichés : recouvrer l'impôt dû à l'État et punir les fraudeurs. Le renvoi de la banque UBS devant le tribunal correctionnel, les condamnations de Jérôme Cahuzac (9) et de Thomas Thévenoud (10) en sont des illustrations. Les affaires *Wildenstein* (11), *Wendel* et *Ricci* (12) dessinent les contours d'un troisième objectif, conforme aux propositions de la Commission et du Parlement européen : celui de la répression des conseils fiscaux des fraudeurs en tant que complices.

Ces évolutions démontrent que le conseil fiscal est « *en ligne de mire* » (13). Il est le complice idéal de son client poursuivi pour fraude fiscale, et semble désormais particulièrement exposé au risque pénal. Ce risque est d'autant plus important que les frontières entre fraude fiscale, évasion fiscale, planification fiscale agressive, qui sont illégales, et optimisation fiscale, qui est parfaitement licite, sont ténues (I). Les récentes affaires illustrent la réalité de ce risque pénal pour le conseil fiscal (II), lequel est également soumis au respect d'obligations de vigilance et de déclaration de soupçons, notamment dans le cadre de la lutte contre la fraude fiscale et le blanchiment (III).

I – LES CONSEILS FISCAUX ET L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE : LA DÉLICATE DÉLIMITATION DE L'OPTIMISATION FISCALE ET DE LA FRAUDE FISCALE

La mission même du conseil fiscal, qu'il soit avocat, notaire ou gestionnaire de patrimoine, est de conseiller son client en matière fiscale, et notamment d'optimiser le paiement de l'impôt en le réduisant. En effet, comme l'a rappelé le notaire Me Bernard Monassier lors du procès *Ricci*, « *notre devoir consiste à préconiser la voie fiscale la moins imposée, un principe de base qui ne doit pas être bafoué* » (14). Pourtant, cette activité expose le conseil à d'importants risques pénaux, notamment à raison de la difficile délimitation de l'optimisation fiscale et de l'évasion, de la fraude ainsi que de la planification fiscale agressive.

La fraude fiscale est la violation volontaire de la législation fiscale dans le but d'échapper, totalement ou partiellement, à l'impôt (15). Cette infraction prévue et réprimée à l'article 1741 du Code général des impôts recouvre de nombreuses situations, dont l'omission volontaire de déclaration, la dissimulation volontaire de sommes au-delà d'un dixième de la somme imposable ou de la somme de 153 euros, l'organisation de l'insolvabilité et toutes autres manœuvres faisant obstacle au recouvrement de l'impôt.

L'évasion fiscale est quant à elle bien plus délicate à caractériser, et s'inscrit parfois dans les limites fixées par la loi, en ce qu'elle répond à la fois à la définition de la *tax evasion* (16), pratique illégale où des revenus ou informations sont dissimulés à l'administration fiscale, ainsi qu'à celle de la *tax avoidance* (17), qui correspond à la réduction de l'assujettissement à impôt d'une manière strictement légale. Cette pratique est donc à la frontière de la légalité et nécessite une vigilance particulière de la part des conseils fiscaux.

L'optimisation fiscale est le mécanisme visant à réduire l'imposition de manière légale en s'appuyant notamment sur des mécanismes d'évasion fiscale. Au sein de cette catégorie se trouve la planification fiscale agressive qui est le plus souvent illégale et tombe sous le joug de l'article 1741 du Code général des impôts. En effet, recourent à des techniques de planification fis-

NOTES

(7) Article 288 du TFUE.

(8) Circulaire relative à la lutte contre la fraude fiscale du 22 mai 2014.

(9) Tribunal correctionnel de Paris, 32e chambre, 10 février 2016, *Cahuzac*.

(10) Cour d'appel de Paris, 31 janvier 2018, *Thévenoud*.

(11) Tribunal correctionnel de Paris, 32e chambre, 6 janvier 2016, *Wildenstein*.

(12) Cour d'appel de Paris, 19 mai 2017, n° 15/03218, *Ricci*.

(13) E. Daoud, « *Lutte contre la délinquance économique et financière : les avocats en ligne de mire* », Dalloz avocats, Exercer et entreprendre 2016, p. 201.

(14) F. Perrotin, « *Les avocats dans la tourmente des affaires* », Dalloz avocats, 2016, p. 196.

(15) L. Arbelet, « *L'ambivalence de l'évasion fiscale* », Dalloz actualité, 26 janvier 2017.

(16) Selon le glossaire des termes fiscaux de l'OCDE : « *Tax Evasion: A term that is difficult to define butwhich is generally used to mean illegal arrangements where liability to tax is hidden or ignored, i.e. the taxpayer pays less tax than he is legally obligated to pay by hiding income or information from the tax authorities* ».

(17) Selon le glossaire des termes fiscaux de l'OCDE : « *Tax Avoidance: A term that is difficult to define but which is generally used to describe the arrangement of a taxpayer's affairs that is intended to reduce his tax liability and that although the arrangement could be strictly legal it is usually in contradiction with the intent of the law it purports to follow* ».

cale agressive, certaines sociétés ou individus exploitant les failles juridiques des systèmes fiscaux et les asymétries qui existent entre les règles nationales pour éluder le paiement de leur juste part de l'impôt (18). La qualification d'« agressive » d'une optimisation fiscale est déterminée au cas par cas, elle dépend de son effectivité et de ses modalités.

Enfin, le mécanisme de l'abus de droit prévu à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales permet de sanctionner des montages qui auraient un « *caractère fictif* » ou qui n'auraient « *pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer 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* ». Or, les éléments constitutifs de l'abus de droit et de la fraude fiscale sont partiellement identiques (19), et ce notamment en matière d'abus par fraude à la loi, ce qui crée un risque de sanction pénale au sein même de l'optimisation fiscale (20).

Il en résulte que les frontières entre la fraude et l'optimisation sont particulièrement difficiles à déterminer. De telles incertitudes portent gravement atteinte au principe de prévisibilité de la loi pénale, composant indispensable du principe de légalité prévu, notamment, aux articles 111-3 du Code pénal, 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le conseil fiscal se trouve ainsi dans une forme d'insécurité juridique intenable : très exposé par ses activités et par la grande diversité des situations que recouvre l'infraction de fraude fiscale, il ne peut pour autant cesser de suggérer à ses clients des « structurations » permettant des optimisations puisque c'est là la nature même de sa profession, au risque de voir sa responsabilité pénale engagée, ou à tout le moins recherchée.

II – LES CONSEILS FISCAUX, COMPLICES DES FRAUDES DE LEURS CLIENTS : LES AFFAIRES RICCI, WILDENSTEIN ET WENDEL

En mai 2012, des enquêteurs de la brigade nationale de la répression de la délinquance fiscale déclaraient : « *"On ratisse large", avocats experts-comptables, notaires, conseils en tout genre des éventuels fraudeurs sont surveillés, parfois mis en cause* [...] *"on va toujours plus loin que ce qu'on imaginait, avec la mise en cause de 2 ou 3 complices" constate un enquêteur.* » (21) Ainsi, le risque pénal du conseil fiscal est particulièrement présent en matière d'organisation frauduleuse d'insolvabilité, de complicité et de blanchiment de fraude fiscale. L'étude des récentes jurisprudences démontre que ce risque ne cesse de s'accroître. Dans l'affaire *Ricci*, l'avocat fiscaliste de Mme Ricci a été condamné pour complicité d'organisation frauduleuse d'insolvabilité par la cour d'appel de Paris (22) à une peine de 20 000 euros d'amende, en lieu et place de l'amende de 10 000 euros et des peines d'un an d'emprisonnement avec sursis et de solidarité des amendes de son client prononcées en première instance. Cet arrêt est une première en matière de responsabilité des professionnels du droit pour complicité de fraude fiscale à l'occasion de la structuration d'un schéma fiscal destiné à éluder l'impôt français.

Cette condamnation interpelle notamment quant à la sévérité de la sanction encourue par le conseil fiscal. En effet, l'article 1745 du Code général des impôts prévoit que les personnes condamnées au titre des articles 1741, 1742 et 1743 du même code encourent la peine complémentaire de solidarité, et peuvent ainsi « *être solidairement tenues, avec le redevable légal de l'impôt fraudé, au paiement de cet impôt ainsi qu'à celui des pénalités fiscales y afférentes* ». Il en résulte qu'aux termes de ce texte, le conseil fiscal est assimilé au fraudeur et sera redevable notamment des montants éludés par celui-ci. À cet égard, il importe de relever qu'en matière de blanchiment de fraude fiscale, la qualité de conseil fiscal est une circonstance aggravante au titre de l'article 324-2 du Code pénal. Comme l'exprimait Bernard Blier en avalant d'un trait un tord-boyaux, « *faut reconnaître que c'est du brutal* » (23), en effet, le conseil fiscal encourt des peines plus sévères que le fraudeur lui-même.

En outre, l'arrêt de la cour d'appel de Paris retient à l'encontre du conseil de Mme Ricci la complicité d'organisation frauduleuse d'insolvabilité, alors même que cette infraction exige traditionnellement que le contrôle ou redressement fiscal soit notifié avant l'opération d'insolvabilité. Aux yeux de la cour, la certitude d'une action future de l'administration fiscale, à raison notamment de la publication par le ministre du Budget d'une liste de

NOTES

(18) E. Daoud, « *Lutte contre la délinquance économique et financière : les avocats en ligne de mire* », Dalloz Avocats, Exercer et entreprendre 2016, p. 201.

(19) F. Deboissy, « *Abus de droit : quel est le risque pénal ?* », Droit fiscal n° 46, 13 novembre 2014, 623.

(20) C. Acard, N. Genestier, G. Exerjean, « *La ligne de démarcation entre risque fiscal et risque pénal : un abus de droit peut-il être constitutif d'une fraude fiscale ?* », Droit fiscal n° 10, 10 mars 2016, 207.

(21) V. De Senneville, « *Comment travaille la nouvelle police du fisc* », Les Échos, 15 mai 2012 : https://www.lesechos.fr/15/05/2012/LesEchos/21185-034-ECH_comment-travaille-la-nouvelle-police-du-fisc.htm.

(22) Cour d'appel de Paris, 19 mai 2017, n° 15/03218, *Ricci*.

(23) G. Lautner, M. Audiard, « *Les Tontons Flingueurs* », Gaumont, 1963.

3000 contribuables français ayant des comptes non déclarés en Suisse dès le mois d'août 2009, donnait au montage financier organisé par l'avocat fiscaliste son caractère délictueux. Cette solution est néanmoins particulièrement contestable, parce qu'imprévisible : à partir de quand une éventuelle vérification fiscale future devient-elle certaine, et rend donc le montage financier frauduleux ? (24)

Dans l'affaire *Wildenstein*, le notaire de la famille a été renvoyé devant le tribunal correctionnel en tant que complice de fraude fiscale. Le parquet reprochait au conseil fiscal d'avoir réalisé des montages fiscaux, en l'espèce la dissimulation du patrimoine des Wildenstein au sein de *trusts* à l'étranger, en parfaite connaissance du caractère frauduleux de ceux-ci et avec pour unique volonté d'éluder le paiement de l'impôt.

Les prévenus ont néanmoins été relaxés, à raison du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère prévu à l'article 112-1 du Code pénal, en ce que les faits étaient antérieurs à la loi de finance rectificative pour 2011 (25), laquelle est la première à prévoir l'obligation de déclarer auprès de l'administration fiscale les biens détenus au sein de *trusts* à l'étranger. Cette décision, d'une parfaite orthodoxie juridique (26), rappelle l'importance des principes fondamentaux du droit pénal, ce compris en matière fiscale.

Enfin, dans l'affaire *Wendel*, un avocat fiscaliste a également été renvoyé devant le tribunal correctionnel en tant que complice de fraude fiscale. La décision au fond est particulièrement attendue, en ce qu'elle permettra de déterminer si l'engagement de la responsabilité pénale des conseils fiscaux est un épiphénomène ou risque au contraire de se transformer en tendance lourde.

En tout état de cause, ces jurisprudences illustrent l'émergence d'un véritable risque de poursuite pénale pour les conseils fiscaux. Ce risque est d'autant plus présent que les conseils fiscaux sont soumis à d'importantes obligations de vigilance et de déclaration de soupçons en matière de fraude fiscale et de blanchiment.

III – LES CONSEILS FISCAUX, ACTEURS CONTRAINTS DE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE FISCALE ET LE BLANCHIMENT : LES OBLIGATIONS DE VIGILANCE ET DE DÉCLARATION DE SOUPÇONS

Face à ce risque accru de poursuite pénale, le conseil fiscal doit faire preuve d'une prudence particulière en matière fiscale et notamment lorsque celui-ci est consulté en matière d'optimisation fiscale, auquel s'ajoute une obligation de vigilance et de déclaration de soupçons prévue par les articles L. 561-2 et suivants du Code monétaire et financier, intégrés en droit interne afin de transposer la directive n° 2015/849 (27).

D'abord, il importe de relever que cette réglementation est applicable à l'ensemble des conseils fiscaux. En effet, aux termes des articles L. 561-2 du Code monétaire et financier, les avocats, notaires et conseillers en gestion de patrimoine font partie des professionnels soumis à cette réglementation, dès l'instant où ces derniers nouent une relation d'affaires avec un client. Cependant, s'agissant des avocats en particulier, cette obligation ne concerne pas les activités juridictionnelles, ni les consultations juridiques, ni les informations obtenues en amont de telles activités, sauf à ce qu'elles aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme (28), c'est donc en qualité de mandataire immobilier et de fiduciaire que celui-ci est visé (29).

En outre, ces obligations de vigilance sont plus ou moins contraignantes selon le degré de risque que présentent le client et les opérations proposées. Ainsi, le conseil fiscal procède à l'identification des activités et opérations les plus exposées à de tels risques et, le cas échéant, à l'examen de ces opérations et de la qualité des donneurs d'ordre et bénéficiaires lorsque les opérations présentent un certain risque et justifient une vigilance accrue (30).

L'obligation de vigilance devient obligation de déclaration de soupçons lorsque les conseils fiscaux identifient « *des sommes inscrites dans leurs livres* [des clients] *ou les opérations portant sur des sommes dont* [ils] *savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme* » (31).

NOTES

(24) E. Daoud, V. Chatelin, « *Arrêt Ricci : l'optimisation fiscale au banc des accusés* », AJ Pénal 2017, p. 445.

(25) Loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

(26) E. Daoud, V. de Tonquedec, « *L'affaire* Wildenstein*, un cas d'école du traitement de la fraude fiscale par le juge pénal* », AJ Pénal, avril 2017, p. 179.

(27) Directive UE 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment des capitaux ou du financement du terrorisme.

(28) Article L. 561-3 du Code monétaire et financier.

(29) « *Guide pratique : lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme* », Conseil National des Barreaux, deuxième édition : http://www.avocatparis-bdd.org/PDF/cahier_blanchiment_2ed.pdf.

(30) J. Lasserre Capdeville, « *Le banquier et la lutte contre le blanchiment d'argent* », AJ pénal 2016, p. 179.

(31) Article L. 561-15 du Code monétaire et financier.

Ainsi, les conseils fiscaux sont tenus de déclarer à Tracfin, ou pour les avocats auprès du bâtonnier, toute opération pour laquelle l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire effectif ou du constituant d'un fond fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation reste douteuse malgré les vérifications effectuées. En outre, les articles L. 561-15 et D. 561-32-1 du Code monétaire et financier traitent spécifiquement de la fraude fiscale : lorsque le professionnel sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner que les sommes ou opérations suspectes proviennent d'une fraude fiscale, il ne déclare à Tracfin ces sommes ou opérations que lorsqu'il y a présence d'au moins un des 16 critères définis par le décret n° 2009-874 (32), ce compris notamment l'utilisation de sociétés écrans, les changements statutaires fréquents, le recours à l'interposition de personnes physiques tierces, la réalisation d'opérations financières incohérentes au regard de l'activité de l'entreprise, la progression inexpliquée de sommes créditées sur un compte nouvellement ouvert, etc.

Ces obligations déclaratives incombant aux conseils fiscaux placent ces derniers dans une position délicate entre défense des intérêts de leurs clients et participation à la lutte contre la fraude fiscale et le blanchiment de capitaux. En outre, les sanctions encourues par le conseil fiscal qui s'abstiendrait d'effectuer une telle déclaration ont été très largement renforcées par l'ordonnance du 1er décembre 2016 (33), et l'article L. 561-40 (34) du Code monétaire et financier prévoit désormais des peines allant de « *l'avertissement* » à « *l'interdiction temporaire d'exercice* » et « *une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros* ».

Il en résulte qu'un conseil fiscal qui élaborerait un montage d'optimisation fiscale, qualifié *a posteriori* de fraude, risque désormais de faire l'objet de poursuite pénale en tant que complice de fraude fiscale, ainsi que de poursuite administrative pour la violation de l'obligation de déclaration soupçons à Tracfin. En outre, le principe de *non bis in idem* ne saurait s'opposer à de telles doubles poursuites, les faits réprimés par L. 1741 du Code général des impôts et L. 561-40 du Code monétaire et financier étant sensiblement différents.

Ainsi, ces dispositions parachèvent d'illustrer le sens de l'évolution du cadre juridique des conseils fiscaux, justiciables de droit commun et désormais cibles privilégiées des autorités de poursuites. Les récentes jurisprudences internes, au même titre que les recommandations européennes appellent à une prudence accrue de la part des conseils fiscaux, au risque de voir leurs responsabilités engagées. Il s'agit dorénavant pour les conseils fiscaux de savoir quelles limites imposer à leurs clients dans le cadre de leur activité de conseil et d'ingénierie fiscale. La frontière entre la fourniture de conseils aux fins d'optimisation fiscale et l'infraction de complicité pour fraude fiscale est cependant si infime que le risque de poursuite est réel, y compris pour le conseil fiscal prudent et précautionneux. Les propos de l'avocat fiscaliste Marc Bornhauser résument parfaitement ce paradigme : « *On fait un métier dangereux.* » (35)

NOTES

(32) Décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 pris pour application de l'article L. 561-15-II du Code monétaire et financier.

(33) Ordonnance n° 2016-163 du 1er décembre 2016.

(34) Des sanctions particulières sont prévues pour les avocats à l'article L. 561-36-3 du Code monétaire et financier.

(35) F. Perrotin, « *Les avocats dans la tourmente des affaires* », Dalloz avocats, 2016, p. 196.