

# Revue Trimestrielle de Droit Financier

## Corporate Finance and Capital Markets Law Review

### Doctrine

Mandatory clearing of OTC derivatives - a buy-side perspective

AMY KHO, EDWARD NALBANTIAN, QIAN HU,  
ALBAN CAILLEMER DU FERRAGE

NOCLAR or How accountants deal with suspected or occurred breaches of the law

EDDY WYMEERSCH

Future of French banking monopoly after the enactment of "Loi Macron": where do we stand and what will come next?

ADRIEN PESNEAU

« Transnationaliser » le principe ne bis in idem, une nécessité dans le contexte d'une répression économique et financière mondialisée

QUENTIN VREULX

### Colloque

German-French Symposium on Company Law and  
Capital Markets Law,

Max Planck Institute for Comparative and International Private  
Law Hamburg – July 7-8, 2016

Soft law, the AMF and the judge

THIERRY BONNEAU, PAULINE PAILLER

The Corporate Form of Family-Owned Companies

JAN LIEDER

The Family Constitution Puzzle: Empirical Findings –  
Regulatory Nature – Legal Effects

HOLGER FLEISCHER

Calculating damages in securities litigation in France

ANASTASIA SOTIROPOULOU

Corporate Financing by Non-financial Institutions: Inter-  
Company Credit and Financing by Non-Profit Associations

ANNE-CLAIRE ROUAUD

The limits of the anthropomorphism between legal and physical  
persons: the transfer of criminal liability in the case of a merger

IRIS BARSAN

Shareholder activism, institutions of corporate governance and  
re-reading Roe

KATJA LANGENBUCHER

The Challenges of Shadow Banking to Financial Regulatory  
Policies

PHILIPPE DIDIER

Reform of the French contract law

Negotiations and preliminary contracts: significant evolutions,  
between continuation and rupture?

KATRIN DECKERT, NICOLAS RONTCHEVSKY

Introduction of the hardship doctrine ("Théorie de l'imprévision")  
into french contract law: a mere revolution on the books?

ALAIN PIETRANCOSTA

Capacité et représentation légale en droit des sociétés à la  
lumière du code civil

DIDIER PORACCHIA

### Chroniques

European Banking and Financial law

Recent Case-law and Decisions in European Banking and  
Financial Law (June 2015 – July 2016)

PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH, THOMAS EVANS

Corporate Finance – Instruments financiers

Le nouveau visage des bons de caisse

ARNAUD REYGROBELLET

Corporate Governance – Transparence financière  
et comptable

Principaux impacts « corporate » du Règlement Abus de  
marché entré en vigueur le 3 juillet 2016

FRANÇOIS BASDEVANT

Financements structurés – Titrisation

Le financement de l'entreprise par un crédit personnel à  
l'associé destiné à être versé en compte courant

VINCENT PERRUCHOT-TRIBOULET

Actualité relative à la structuration du financement des  
entreprises en difficulté

BASTIEN BRIGNON

International Financial and White Collar Crime,  
Corporate Malfeasance and Compliance

Current and Expected Improvements in EU's Anti-Money  
Laundering and Counter-Terrorist Financing Framework

SIDNE KOENIGSBERG, MARGOT SÈVE

In the United States, the Regulatory Focus on Anti Money  
Laundering (AML) Continues

MICHEL PEREZ

L'évolution récente du principe d'indépendance de la procédure  
fiscale à l'égard de la procédure pénale en matière de fraude  
fiscale

EMMANUEL KORNPÖBST, PHILIPPE NATAF

Finance et assurance

Composition des unités de compte : entre ouverture et  
restriction

PIERRE-GRÉGOIRE MARLY

Infractions financières

(délits financiers, sanctions administratives et  
disciplinaires, sanctions civiles)

ÉRIC DEZEUZE, NICOLAS RONTCHEVSKY

Fiscalité financière

Déductibilité des frais financiers engagés par une SNC aux fins  
du rachat de ses propres parts en vue de leur annulation

CYRIL VALENTIN, LUDOVIC GENESTON

### Bibliographie

MATHILDE DU MESNILDOT



THOMSON REUTERS  
TRANSACTIONAL

# Chroniques

## European Banking and Financial law 98

Recent Case-law and Decisions in European Banking and Financial Law (June 2015 – July 2016)

PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH  
THOMAS EVANS

## Corporate Finance – Instruments financiers 109

Le nouveau visage des bons de caisse

ARNAUD REYGRABELLET

## Corporate Governance – Transparence financière et comptable 117

Principaux impacts « corporate » du Règlement  
Abus de marché entré en vigueur le 3 juillet 2016

FRANÇOIS BASDEVANT

## Financements structurés – Titrisation 121

Le financement de l'entreprise par un crédit  
personnel à l'associé destiné à être versé en compte  
courant

VINCENT PERRUCHOT-TRIBOULET

Actualité relative à la structuration du financement  
des entreprises en difficulté

BASTIEN BRIGNON

## International Financial and White Collar Crime, Corporate Malfeasance and Compliance 126

Current and Expected Improvements in EU's Anti-  
Money Laundering and Counter-Terrorist Financing  
Framework

SIDNE KOENIGSBERG  
MARGOT SÈVE

In the United States, the Regulatory Focus on Anti  
Money Laundering (AML) Continues

MICHEL PEREZ

L'évolution récente du principe d'indépendance de la  
procédure fiscale à l'égard de la procédure pénale  
en matière de fraude fiscale

EMMANUEL KORNPBST  
PHILIPPE NATAF

## Finance et assurance 142

Composition des unités de compte : entre ouverture  
et restriction

PIERRE-GRÉGOIRE MARLY

## Infractions financières (délits financiers, sanctions administratives et disciplinaires, sanctions civiles) 144

ÉRIC DEZEUZE  
NICOLAS RONTCHEVSKY

## Fiscalité financière 151

Déductibilité des frais financiers engagés par une  
SNC aux fins du rachat de ses propres parts en vue  
de leur annulation

CYRIL VALENTIN  
LUDOVIC GENESTON

# Bibliographie

MATHILDE DU MESNILDOT 155

### 3. Beyond Legal Requirements

Compliance management programs should extend beyond the applicable law (AML laws and regulations included) and contain prudent ethical standards and contractual obligations requiring the board and management to recognize the scope and implications of BSA/AML requirements for the bank. By expressly tying the effectiveness of a bank's AML awareness and compliance to its supervisory rating, the OCC is continuing to elevate the importance of AML compliance for both senior management and the board of directors.

Those developments are in line with the trend of raising requirements demanded by financial supervisors. This same trend could be noticed in a consent order announced on August 19, 2016 by the New York Department of Financial Services (NYDFS) imposing a \$180 million penalty on Mega Bank and the imposition of a monitor<sup>27</sup>. The NYDFS specifically criticized the lack of knowledge of CCO and BSA /AML officers, the compliance structure of the bank, their transactions monitoring system, suspicious activities involving Panama branches and insufficient Customer Due Diligence (CDD).

Another American regulator, FinCEN, an agency of the Department of the Treasury, cracked down on the anonymity of some real estate transactions. It issued on July 27 regulations that require the identification of natural persons (ultimate or beneficial owners) who are behind shell companies that pay in cash for high end residential real estate in some select metropolitan areas of Los Angeles, San Francisco, San Diego and San Antonio as well as New York City and Miami which were already targeted.<sup>28</sup>

All indications point to increasing demands from supervisors which will continue to "raise the bar" by strictly enforcing their interpretation of the rules and regulations. This applies to all financial institutions, regardless of their national origin, which do any business over which US supervisors could claim jurisdiction. European banks with have operations in the United States should be particularly attentive to those developments and update accordingly their AML and Compliance policies and procedures. ■

27 See NYDFS Press Release of August 19, 2016: DFS Fines Mega Bank \$180 Million for Violating Anti-Money Laundering Laws.

28 See FinCEN Press Release of July 27, 2016: FinCEN Expands Reach of "Geographic Targeting Orders".

## L'évolution récente du principe d'indépendance de la procédure fiscale à l'égard de la procédure pénale en matière de fraude fiscale

**Emmanuel Kornprobst**

Professeur émérite de l'Université de Rouen

**Philippe Nataf**

Avocat spécialiste en droit fiscal (Nataf & Planchat)

Le principe d'indépendance des contentieux répressif et fiscal est fondé sur le principe de plénitude de juridiction du juge répressif, gardien des libertés individuelles, qui ne saurait renoncer au profit du juge de l'impôt à exercer son pouvoir propre d'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction. Mais si la procédure fiscale et la procédure pénale sont effectivement indépendantes, il reste que le droit fiscal et le droit pénal ont de nombreuses frontières communes qu'il s'agisse des infractions (p. ex. fraude fiscale de l'article 1741 du CGI / escroquerie), de la nature des pénalités (p. ex. sanctions fiscales à caractère répressif / peines pénales) tant au regard de la Constitution que de la Convention européenne des droits de l'homme, du cumul des peines fiscales et pénales, de l'irrecevabilité des questions préjudicielles de compétence entre les deux ordres juridictionnels, ou encore de l'autorité de la chose jugée au pénal par rapport au droit fiscal (cf. en dernier lieu : CE, 14 oct. 2015, req. n° 360426 : Dr. fis. 2015 n° 51-52 comm. 744 concl. Bokdam-Tognetti) ou réciproquement (cf. en dernier lieu : Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-86720 : Bull. crim. n° 331). Et ce phénomène n'a fait que s'amplifier au cours des dernières années (cf. D. Gutmann, *La « pénalisation » du droit fiscal : mythe ou réalité* : Dr. fisc. 2011 n° 4 comm. 122) pour finalement atteindre un point d'orgue avec les récentes décisions du Conseil Constitutionnel du 24 juin 2016, Alec W. et Jérôme C., n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC, sur le cumul des sanctions pénales et fiscales (principe ne bis in idem), en attendant l'arrêt qui sera rendu en décembre par la Grande chambre de la Cour européenne des Droits de l'homme dans l'affaire Frisvold et Flom Jacobsen c/ Norvège n° 11024130/11 et n° 29758/11.

Cette indépendance se retrouve au niveau des procédures, avec cette question fiscale de la porosité nécessaire de la frontière entre la procédure fiscale et la procédure pénale qui se manifeste principalement aux deux niveaux qui feront l'objet de cette étude : la recherche et la communication des informations pénales à l'Administration fiscale, et l'utilisation de celles-ci dans le procès fiscal.

### I. Les contributions de la procédure pénale au procès fiscal

Traditionnellement, ces contributions se sont organisées autour du droit de communication à l'Administration fiscale des documents de la procédure pénale et de l'assistance judiciaire internationale entre les États.



## 1. La communication d'informations par les autorités judiciaires

Le législateur n'a pas attendu le renforcement récent de la lutte contre la fraude fiscale pour organiser une certaine porosité des deux procédures, par le biais du droit de communication. L'étude ne portera pas sur le sujet extrêmement vaste de la communication entre administrations fiscales, que ce soit dans le cadre du droit interne, ou dans celui de l'assistance administrative entre États organisée par les directives de l'Union européenne (cf. en dernier lieu, la directive n° 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011, transposée en droit interne par l'article 72 de la loi de finances rectificative pour 2013 du 29 décembre 2013, et le dernier « paquet » de propositions de la Commission européenne du 18 mars 2015) ou, ponctuellement, par chaque convention fiscale bilatérale comportant une clause d'assistance administrative, ou par la convention multilatérale OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, mais seulement sur les apports des autorités judiciaires françaises et étrangères aux procédures fiscales engagées par l'Administration fiscale française.

### 1.1. L'échange d'informations avec l'autorité judiciaire française

Le droit de communication de l'Administration fiscale auprès des autorités judiciaires françaises s'organise autour de deux dispositifs :

L'article L. 82 C du livre des procédures fiscales (LPF) (modifié par l'article 92-II-2° de la loi n° 2015-1786, du 29 décembre 2015) dispose qu'« à l'occasion de procédure judiciaire, le ministère public peut communiquer les dossiers à l'Administration des finances », sans qu'y fasse obstacle l'article 11 du code de procédure pénale sur le secret de l'instruction.

Cette communication se fait, soit spontanément, soit sur demande préalable de l'Administration fiscale, sans aucun formalisme ni délai, par simple accord, oral ou écrit, entre chaque procureur et le directeur départemental des finances publiques.

Elle peut intervenir à tout moment de la procédure, au fur et à mesure de l'avancement de l'affaire, ou après l'expiration du délai de mise à disposition obligatoire des services fiscaux de l'article R. 101-1 du LPF (« Pendant les 15 jours (10 jours en matière correctionnelle) qui suivent la date à laquelle est rendue une décision, de quelque nature qu'elle soit, par une juridiction civile, administrative, consulaire, prud'homale ou militaire, les pièces restent déposées au greffe où elles sont à la disposition de l'administration des finances »), aussi bien pour les dossiers terminés que les classements sans suite, et pour toutes les pièces, ou documents, versées au dossier, qu'elle aient été invoquées ou non par le plaideur et même si elles n'ont pas été retenues par le juge ni visées dans le jugement.

L'article L. 101 du même livre (modifié par le même article 92-II-2° précité) prévoit, désormais, que, d'une façon générale, « l'autorité judiciaire (juge d'instruction ou procureur de la République) doit communiquer à l'Administration des finances toute indication qu'elle peut recueillir de nature à faire présumer une fraude commise en matière fiscale ou une manœuvre quelconque ayant eu pour objet ou ayant eu pour résultat de frauder ou de compromettre un impôt, recueillie à l'occasion de toute procédure judiciaire », ce qui, par exemple, peut être le cas d'un procès-verbal dressé par un OPJ en matière de répression des infractions à la législation économique, ou les conclusions d'un rapport d'expertise ordonné par le tribunal correctionnel, dès lors que le terme

« indication » couvre en réalité tout document et non pas seulement des renseignements.

La communication est spontanée ou sur demande, sans formalisme et sans engagement préalable d'une vérification de comptabilité ou d'une procédure de perquisition et saisie de l'article L. 16 B (Cass. crim., 12 déc. 1994, n° 94-80.328 ; Dr. fisc. 1995.30.1621), sans habilitation des agents de l'Administration fiscale ni rang hiérarchique pour prendre connaissance des renseignements transmis.

Parfois, elle ne pourra pas avoir lieu matériellement, dans la mesure où l'autorité judiciaire aura conservé les documents dans ses bureaux pour une consultation sur place, mais dans ce cas, l'Administration doit en aviser le contribuable (CE, 14 févr. 2001 (req. n° 203465 ; Dr. fisc. 2001 n° 30-35 comm. 734 concl. Courtial) et avoir une attitude active en lui proposant des modalités pratiques de consultation lorsque l'importance en volume des documents utilisés ne permet pas une consultation aisée (CE, 19 janv. 1998, req. n° 169131 ; Dr. fisc. 1998 n° 15 comm. 309 concl. Arrighi de Casanova).

À cet égard, l'administration est tenue, lorsqu'elle consulte au cours d'une vérification de comptabilité des pièces comptables saisies et détenues par l'autorité judiciaire, de soumettre l'examen de ces pièces à un débat oral et contradictoire avec le contribuable. Mais il n'en va pas de même lorsqu'elle consulte des pièces détenues par l'autorité judiciaire qui ne présentent pas le caractère de pièces comptables (CE, 28 nov. 2003, req. n° 255954 ; RJF 2/04 n° 160, concl. G. Goulard, BDCF 2/04 n° 26).

Ainsi, ne présentent pas le caractère de pièces comptables de l'entreprise vérifiée, des factures émises par les fournisseurs de celle-ci (CE, 22 nov. 2006, req. n° 280252 ; RJF 2/07 n° 180 ; CE, 21 nov. 2007, req. n° 297514 ; RJF 5/08 n° 580).

L'efficacité de ces dispositifs est assurée de deux manières :

- d'une part, par l'article 13 de la loi du 6 décembre 2013 qui prévoit que l'autorité judiciaire (juge d'instruction ou procureur de la République) doit être informée, dans les six mois, par l'Administration fiscale des suites qui ont été données à sa communication de documents et notamment des résultats fiscaux de l'instance fiscale (redressements, pénalités fiscales...),
- d'autre part, par l'article L. 188 C du LPF (anciennement L. 170 qui était limité à l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés et, depuis, modifié par l'article 92-II-3° et IV de la loi précitée n° 2015-1786) qui dispose que, pour tous les impôts, même si les délais de reprise de droit commun sont écoulés, « les omissions ou insuffisances d'imposition révélées par une procédure judiciaire, par une procédure devant les juridictions administratives ou par une réclamation contentieuse (...) peuvent être réparées par l'administration des impôts jusqu'à l'expiration de l'année suivant celle de la décision qui a clos l'instance et, au plus tard, jusqu'à la fin de la dixième année qui suit celle au titre de laquelle l'imposition est due ».

Il s'agissait, en effet, de tenir compte de l'arrêt *Rigail* du Conseil d'État du 30 décembre 2014 (req. n° 371652) qui a posé le principe que seul l'engagement de poursuites doit être regardé comme ouvrant l'instance. La haute assemblée en déduit que ni l'ouverture d'une enquête préliminaire ni l'examen des poursuites par le ministère public, selon les formes et conditions prévues par le Code de procédure pénale, n'ont, eux-mêmes, un tel effet. Le Conseil d'État a ainsi infirmé la jurisprudence antérieure des juges du fond qui avait admis d'inclure dans l'instance la phase de l'exer-

cice de l'action publique (CAA Paris, 16 oct. 2006, n° 04PA2834 : RJF 4/07 n° 475) ou les procès-verbaux d'auditions établis par l'officier de police judiciaire en exécution d'une commission rogatoire du juge d'instruction (CAA Bordeaux, 18 juill. 2006, n° 03BX02124 : RJF 1/07 n° 57).

Ces dispositions s'appliquent à tous les éléments de l'instance, y compris en matière pénale, à l'instruction et, notamment, aux procès-verbaux d'interrogatoires et de comparutions (CE, 19 juin 2013, req. n° 342340 : RJF 11/13 n° 960, BDCF 10/13 n° 105). Mais la limite est dans le terme de « révélation », car s'il est avéré que l'Administration a disposé d'éléments suffisants établissant une omission ou une insuffisance d'imposition, celles-ci ne peuvent plus être regardées comme « révélées » au sens de cet article par des éléments postérieurs, réclamation ou instance judiciaire (CE, 22 mars 1985, req. n° 42952 : Dr. fisc. 1985 n° 40 comm. 1634). Le risque est, en effet, que l'Administration fiscale ait manqué de discernement ou ait été négligente dans son contrôle et dépose plainte pour reprendre sa vérification incomplète.

Et à cet égard, dans un arrêt *Patenotre*, le Conseil d'État a décidé que des insuffisances ou omissions d'imposition ne peuvent pas être regardées comme révélées par une instance devant les tribunaux au sens de l'article L. 170 du LPF « lorsque l'administration dispose d'éléments suffisants lui permettant, par la mise en œuvre des procédures d'investigations dont elle dispose, d'établir ces insuffisances ou omissions d'imposition dans le délai normal de reprise prévu à l'article L. 169 du même Livre ». Il en va également ainsi lorsque, à la date à laquelle l'administration dispose de ces informations, le délai prévu à l'article L. 169 du LPF est expiré et qu'elle n'est plus en mesure, sur ce seul fondement, de réparer les insuffisances et omissions d'imposition. La circonstance que ces informations seraient ultérieurement mentionnées dans une procédure judiciaire n'ouvre pas à l'administration le droit de se prévaloir de l'article L. 170 du LPF dès lors qu'en pareille hypothèse ces informations ne peuvent être regardées comme ayant été révélées par cette instance (CE, 23 déc. 2013, req. n° 350967, *M. Patenotre* : Dr. fisc 2014, n° 3).

Il appartient, donc, au juge de l'impôt, d'apprécier si l'Administration disposait, ou non, des éléments « propres à lui permettre d'établir » ces impositions (CE, 22 mars 1985, req. n° 42952 précité). Une telle vérification est nettement plus étendue que la simple caractérisation de la connaissance ou non d'une insuffisance, puisqu'il est ici question d'éléments qui permettent ensuite au service d'établir l'impôt (CE, 12 avr. 2013, req. n° 354551 : Dr. fisc. 2013 n° 27 comm. 362 ; CE, 29 avr. 2009, req. n° 299949 : Dr. fisc. 2009 n° 27 comm. 398 concl. Glaser).

## 1.2. L'entraide judiciaire avec les autorités étrangères

Cette entraide judiciaire comporte deux niveaux :

- une entraide au sens large qui regroupe toutes les mesures de coopération entre États et qui relève du droit public international (extradition, délégation de poursuites pénales, exécution des décisions pénales étrangères...);
- une entraide judiciaire accessoire constituée par le soutien, spontané ou sur demande préalable des autorités judiciaires d'un État, que les autorités de l'État requis apportent en accomplissant sur leur territoire des actes de procédure ou d'autres actes officiels et en leur en communiquant le résultat en vue de leur utilisation

dans une procédure pénale déterminée : audition de témoins ou d'inculpés, confrontation de personnes, remise et saisie de pièces à conviction ou documents, remise de valeurs, perquisition, confiscation, notification de citations ou autres actes judiciaires.

Cette entraide s'inscrit, traditionnellement, dans plusieurs sources internationales : la convention européenne d'entraide judiciaire (CEEJ) en matière pénale du 20 avril 1959, modifiée, les conventions relatives à la répression de certains délits émanant de l'ONU ou du Conseil de l'Europe ou encore, et surtout, les traités conventionnels bilatéraux d'entraide judiciaire.

Mais, depuis quelques années, elle prend des formes diversifiées. Ainsi, au niveau de l'Union européenne, on peut observer, depuis une décision européenne du 13 juin 2002, transposée en France dans le code de procédure pénale par la loi du 9 mars 2004, l'instauration d'équipes d'enquêteurs nationaux (policiers, gendarmes...) appartenant à plusieurs États de l'Union européenne en vue de lutter, pour une période déterminée, contre une fraude déterminée, en permettant de conduire des investigations conjointes associant les compétences de leurs agents, sans avoir recours au formalisme de la mise en œuvre de l'entraide conventionnelle. Pareillement, on peut relever le rôle joué par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), dont les magistrats-experts, membres de l'unité « conseil judiciaire et juridique », prêtent assistance aux autorités judiciaires des États membres dans le cadre d'enquêtes transnationales essentiellement en matière de fraude à la TVA.

Or, à cet égard, l'article 2 de la CEEJ dispose que l'entraide peut être « refusée : a) si la demande se rapporte à des infractions considérées par la partie requise (...) comme des infractions fiscales », ce qui a pu conduire la Suisse à n'accorder l'entraide judiciaire qu'à la condition expresse que les résultats des investigations faites en Suisse et les renseignements contenus dans les documents ou dossiers transmis soient utilisés exclusivement pour instruire et juger les infractions à raison desquelles l'entraide est fournie, l'utilisation à des fins directes ou indirectes des documents et renseignements ainsi obtenus « étant en tous les cas exclue dans une procédure de nature fiscale à caractère pénal ou administratif ».

Et le Conseil d'État vient de décider pour la première fois que la réserve émise par la Suisse n'est invocable qu'entre les États parties à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (CE, 13 juin 2016, req. n° 384789, *M. Camadini* : Dr. fisc. 2016 n° 36 comm. 471).

Pour autant, n'est considérée comme une infraction fiscale non susceptible d'entraide que tout agissement destiné à réduire une contribution fiscale, c'est-à-dire à se soustraire à l'impôt, à l'exclusion des infractions ayant pour but l'obtention induite d'une prestation de la part du Trésor (p. ex. obtention frauduleuse de subventions, faux en écritures, non-versement de cotisations...).

De plus, des exceptions au refus de l'entraide fiscale ont spécialement été instituées, notamment en matière d'escroquerie à la TVA, ou d'établissement stable ou encore en matière d'impôts indirects et de douane (accises, TVA, droits de douane).

## 2. Les nouvelles structures de contrôle mixtes, fiscal-pénales : la création d'une véritable « Tax Force »

Lorsque les informations et documents issus de la procédure pénale ont atteint l'Administration fiscale, ils n'ont plus de difficultés pour leur transmission entre les différents



services fiscaux, mais ce qui a, longtemps, handicapé l'action de ces derniers était de ne pas être à la source de la recherche de ces informations et documents. La meilleure illustration se manifestait dans la mise en œuvre des poursuites pénales pour infractions fiscales (CGI, art. 1741 et s.) qui exige une plainte préalable de l'Administration fiscale (le « verrou » de Bercy) qui doit, préalablement, obtenir un avis conforme de la Commission des infractions fiscales (CIF) (LPF, art. L. 228), commission administrative, désormais composée, depuis 2015, de vingt-huit hauts magistrats et personnalités qualifiées (CGI, art. 1741 A).

Une telle exigence entravait ces poursuites pénales, car la CIF ne trouvait pas toujours dans le dossier transmis par la Direction générale des finances publiques (DGFIP) suffisamment d'éléments pour autoriser le dépôt d'une plainte, ses inspecteurs, même dans le cadre de la procédure de visite domiciliaire et de saisie de l'article L. 16 B du LPF, ne possédant pas, en tant que tels, de prérogatives judiciaires. Bien plus, une fois la plainte déposée, les investigations supplémentaires étaient conduites sous l'autorité du procureur et du juge d'instruction qui, parfois, faute de disposer d'officiers de police judiciaire suffisamment spécialisés, s'en remettaient à des expertises extérieures ou aux écritures de l'Administration partie civile.

Ces considérations très générales ont conduit le législateur à instituer, dans la procédure pénale, des agents spécialisés susceptibles de débusquer l'information pour, ensuite, éventuellement, la transmettre à l'Administration fiscale.

## 2.1. Les officiers fiscaux judiciaires (OFJ) et la procédure judiciaire d'enquête fiscale

À l'instar de ce qui se pratique dans d'autres pays (États-Unis, Allemagne, Italie, Belgique, Pays-Bas, Espagne), le législateur a organisé une procédure judiciaire d'enquête fiscale (L. fin. rect. pour 2009, art. 23) inspirée de dispositifs déjà institués en matière de douanes pour les infractions au code des douanes, l'escroquerie à la TVA et le blanchiment (CPP, art. 28-1) et octroyant des prérogatives judiciaires à certains agents de l'Administration fiscale (CPP, art. 28-2) en cas de simples présomptions caractérisées de certaines fraudes fiscales spécifiques (utilisation de comptes ou contrats souscrits dans tout État étranger, ou d'interposition de tiers (personnes physiques ou morales, fiducie, trust...) dans cet État), ou bien en cas d'usage de faux (fausse identité, faux documents au sens de l'article 441-1 du code pénal, ou toute autre falsification (LPF, art. L. 228-3<sup>o</sup>), et ce, lorsqu'il existe un risque de dépérissement des preuves.

Et, dans le même temps, lorsque la procédure d'enquête est mise en œuvre, la CIF peut désormais n'être saisie que sur base de ces présomptions de fraude et le contribuable n'être informé ni de sa saisine ni de son avis (LPF, art. L. 228-3).

Ces agents des services fiscaux spécialement désignés, dans ce cadre, par arrêtés conjoints des ministres de la Justice et du Budget, et habilités par décision du procureur général de chaque cour d'appel concernée, se sont vus, alors, à côté des OPJ, reconnaître en tant qu'OFJ (officiers fiscaux judiciaires) des prérogatives judiciaires sur l'ensemble du territoire pour rechercher et constater les fraudes fiscales des articles 1741 et s. du CGI, sous la direction du procureur, la surveillance du procureur général et le contrôle de la chambre d'accusation (CPP, art. 28-2, III), au sein de la Brigade nationale de répression de la délinquance fiscale (BNRDF) rattachée, au même titre que le Service national de douane judiciaire (SNDJ), à l'Office central de lutte

contre la corruption et les infractions financières et fiscale créé par le décret n° 2013-960 du 25 octobre 2013 au sein du ministère de l'Intérieur. La BNRDF compte, actuellement, 42 enquêteurs pour deux cents enquêtes en cours, d'une durée chacune de l'ordre de deux ans.

Ces prérogatives dont ils disposent sont, alors, très variées et énoncées par la loi (CPP, art. 28-2, IV) : lorsqu'ils interviennent sur réquisition du procureur de la République, dont ils sont, en quelques sorte le bras armé, ils peuvent non seulement constater les infractions et procéder à des saisies et perquisitions, mais également procéder à des auditions, à des gardes à vue et à des enquêtes préliminaires. Lorsqu'ils interviennent sur commission rogatoire du juge d'instruction, ils peuvent effectuer tous les actes de la compétence de ce dernier.

Le principe d'indépendance des procédures fiscales et pénales est, cependant, respecté car, pour éviter tout risque de conflit d'intérêt, ces agents ne peuvent, pendant la durée de leur habilitation, ni participer à une procédure de contrôle de l'impôt, ni effectuer des actes de poursuite afférents à une procédure de contrôle à laquelle ils auraient auparavant participé et, après la fin de leur habilitation, ils ne peuvent participer à une telle procédure fiscale. Ce principe permet aussi d'éviter que le contribuable puisse évoquer l'irrégularité de la procédure fiscale en soutenant que les opérations de vérification ont débuté avant l'envoi de l'avis de vérification de comptabilité ou d'examen de situation fiscale personnelle exigé par les dispositions de l'article L. 47 du LPF.

De plus, lorsque l'Administration fiscale dépose une plainte ayant abouti à l'ouverture d'une enquête judiciaire pour des faits entrant dans le champ de la procédure d'enquête fiscale, elle n'est pas liée par l'interdiction de procéder à une nouvelle vérification ou rectification au regard des mêmes impôts ou taxes et pour la même période (LPF, art. L. 50, al. 2 et L. 51-7<sup>o</sup>).

L'efficacité de ce nouveau dispositif a eu pour effet que la compétence des OFJ, initialement limitée à la fraude fiscale, a été étendue à tout un ensemble de délits fiscaux par l'article 7 de la loi du 6 décembre 2013 (n° 2013-1117) : blanchiment de fraude fiscale et blanchiment des délits fiscaux et comptables de l'article 1743 du CGI, ainsi qu'aux infractions qui leur sont connexes au sens de l'article 203 du code de procédure pénale (abus de biens sociaux, trafic de stupéfiants, recel...) sans, pour autant, que les poursuites de tels délits ne soient subordonnées (sauf en ce qui concerne le recel de fraude fiscale : Cass. crim., 14 déc. 2000 : Bull. crim. n° 381) au respect de la procédure fiscale spéciale de l'article L. 228 du LPF (saisine de la CIF, plainte préalable de l'Administration fiscale ...) (Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-82.977 : Bull. crim. n° 43).

## 2.2. Le procureur de la République financier

Ce PRF a été institué par les articles 46 et 69 de la loi du 6 décembre 2013 (n° 2013-1117), avec une double compétence nationale, d'une part concurrente avec celle des juridictions territoriales, en matière économique et financière (CPP, art. 705) pour les fraudes de grande complexité, d'autre part exclusive en matière boursière (CPP, art. 705-1) avec pour ambition de représenter une nouvelle figure incarnant la lutte contre la fraude fiscale sous la forme d'un interlocuteur privilégié pour les services d'enquêtes nationaux, les autorités judiciaires étrangères et le futur procureur européen.

En ce qui concerne la fiscalité, sa compétence porte sur les délits d'escroquerie complexe à la TVA et le délit de fraude fiscale en bande organisée ou aggravée, ce qui, pour