

RESOLUTION DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

SUR LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE (UE) 2018/822 dite « DAC 6 » du Conseil du 25 mai 2018

Adoptée par l'Assemblée générale des 15 et 16 novembre 2019

* *

Le Conseil national des barreaux, réuni en assemblée générale le 16 novembre 2019,

CONNAISSANCE PRISE de l'ordonnance n° 2019-1068 du 21 octobre 2019 relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration, laquelle transpose la directive « DAC 6 » (UE) 2018/822 du 25 mai 2018 qui instaure une obligation de transmettre des informations en raison du caractère transfrontalier des opérations concernées en dehors de tout lien avec une optimisation fiscale éventuelle ;

CONNAISSANCE PRISE de l'article 1649 AE I. 1. nouveau du CGI selon lequel :

« L'intermédiaire mentionné à l'article 1649 AD est toute personne qui conçoit, commercialise ou organise un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, le met à disposition aux fins de sa mise en œuvre ou en gère la mise en œuvre.

« Est également considérée comme intermédiaire toute personne qui, compte tenu des faits et circonstances pertinents et sur la base des informations disponibles ainsi que de l'expertise en la matière et de la compréhension qui sont nécessaires pour fournir de tels services, sait ou pourrait raisonnablement être censée savoir qu'elle s'est engagée à fournir, directement ou par l'intermédiaire d'autres personnes, une aide, une assistance ou des conseils concernant la conception, la commercialisation ou l'organisation d'un dispositif transfrontière devant faire l'objet d'une déclaration, ou concernant sa mise à disposition aux fins de mise en œuvre ou la gestion de sa mise en œuvre » ;

CONNAISSANCE PRISE de l'article 1649 AD nouveau du CGI selon lequel :



« Une déclaration d'un dispositif transfrontière est souscrite auprès de l'administration fiscale, sous forme dématérialisée, par l'intermédiaire ayant participé à la mise en œuvre de ce dispositif ou par le contribuable concerné ».

CONNAISSANCE PRISE du texte de l'article 1649 AE I nouveau du CGI selon lequel :

« 4° **L'intermédiaire soumis à une obligation de secret professionnel** dont la violation est prévue et réprimée par l'article 226-13 du code pénal souscrit, **avec l'accord du ou des contribuables** concernés par le dispositif transfrontière, la déclaration mentionnée à l'article 1649 AD.

A défaut de cet accord, l'intermédiaire notifie à tout autre intermédiaire l'obligation déclarative qui lui incombe.

En l'absence d'autre intermédiaire, la notification d'obligation déclarative est adressée au contribuable concerné par le dispositif transfrontière. L'intermédiaire transmet également au contribuable concerné, le cas échéant, les informations nécessaires au respect de son obligation déclarative.

Les notifications prévues ci-dessus sont effectuées par tout moyen permettant de leur conférer date certaine ».

REGRETTE tout d'abord l'imprécision relative à l'obligation qui pèse sur l'intermédiaire lorsque ce dernier est un avocat. En effet, dans cette hypothèse, convient-il de considérer que c'est l'avocat qui *souverainement* décide de déposer une déclaration, après avoir recueilli l'accord de son client, ou, à l'inverse, le client peut-il prendre *l'initiative* d'autoriser l'avocat à déposer ladite déclaration, sans recueillir nécessairement son accord, et sans que l'on sache si cette *autorisation* lie alors l'avocat ou si ce dernier peut ne pas y donner suite ;

CONSIDERANT que ce texte, non encore ratifié par la loi, instaure plusieurs exceptions au secret professionnel de l'avocat tel que défini à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 en ce que, d'une part, il oblige l'avocat à divulguer des informations couvertes par le secret professionnel à des autorités publiques, mais aussi, en ce qu'il le contraint à divulguer ces mêmes informations à d'autres tiers intermédiaires sans considération des règles de secret dont elles relèvent, et enfin, en ce qu'il oblige l'avocat à justifier de la date certaine à laquelle, dans le cadre de son obligation de conseil à l'égard de son client, il a informé ce dernier des obligations déclaratives qui pèsent sur le contribuable ;

REGRETTE que ce texte n'ait fait l'objet d'aucune concertation avec la profession d'avocat ;

RAPPELLE que le secret professionnel de l'avocat de valeur législative peut faire l'objet, comme toutes les lois, d'un contrôle de conformité aux normes juridiques supérieures que sont :
- la Constitution de la République française du 04 octobre 1958¹,

¹ La Constitution de 1958 ne consacre pas le secret professionnel de l'avocat (Décision n° 2015-478 QPC).



- les traités internationaux signés par la France qui, selon la Constitution (article 55), ont une valeur supérieure à la loi et notamment la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 04 novembre 1950, qui protège le secret professionnel de l'avocat (art. 8),
- le droit de l'Union européenne et notamment le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 07 décembre 2000 dont la valeur juridique est identique à celle des Traités et qui protège également le secret professionnel de l'avocat (art. 7 et 52 § 3)

étant rappelé que depuis 1975, le Conseil constitutionnel juge que dans la cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois, il ne lui appartient pas d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France, cet examen ressortissant au juge du fond ;

CONSIDERE que, outre l'incompatibilité de l'ordonnance avec les traités internationaux et le droit primaire de l'Union rappelés ci-dessus, le texte semble ne pas être compatible non plus avec la récente directive (UE) 2018/958 du 28 juin 2018 relative à « *un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions* » ; cette directive reprend le principe de « *proportionnalité* » consacré par l'article 5 du TFUE et prévoit que les dispositions législatives, réglementaires ou administratives qui concernent les professions réglementées - en ce inclus la profession d'avocat - qu'il s'agisse de « *l'accès à la profession* » ou de « *l'exercice de la profession* » réglementée, doivent satisfaire au double test de la *justification* de la mesure par des objectifs poursuivis d'intérêt général (article 6) et à un test de *proportionnalité* (article 7) en sorte que la mesure proposée ne puisse pas aller « *au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif* » poursuivi et sans possibilité de recourir à des moyens *moins restrictifs* pour atteindre ledit objectif ; cette directive doit être transposée au plus tard le 30 juillet 2020 mais contraint les Etats membres dans l'intervalle à s'abstenir de prendre des mesures contraires à ses objectifs ;

CONSTATE que l'atteinte portée au secret professionnel de l'avocat dans le cadre de la transposition de la directive « DAC 6 » est *plus grave* que celle portée dans le cadre de la transposition des cinq directives relatives à la prévention des infractions pénales de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ;

RAPPELLE que la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt « Michaud » du 06 décembre 2012 (req. n°12323/11), a jugé que le dispositif français de lutte contre le blanchiment ne porte pas une atteinte disproportionnée à la Convention européenne des droits de l'Homme en ce qu'il se justifie par la prévention des infractions pénales les plus graves, comme c'est le cas pour la prévention des infractions pénales de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, et que la déclaration de soupçon exclut, outre l'activité judiciaire, l'activité de consultation juridique, et que l'avocat ne procède à aucune déclaration directement auprès de l'administration mais uniquement auprès du bâtonnier de l'ordre qui seul transmet la déclaration de soupçon à l'autorité administrative compétente ;



CONSIDERE que l'atteinte portée par l'ordonnance au secret professionnel est disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par la directive, lequel consiste à identifier d'éventuels vides juridiques des législations nationales, d'éventuelles distorsions d'interprétation entre Etats membres, Etats membres qui, au sein de l'Union, se livrent à une concurrence fiscale continue en cherchant à attirer sur leur territoire le maximum de capitaux et d'activités économiques ;

CONSIDERE que faire peser l'obligation de déclaration sur l'avocat n'est pas le moyen le plus *approprié* pour atteindre de manière cohérente et systématique l'objectif poursuivi par la directive, notamment en cas de pluralité de conseils, l'avocat pouvant fréquemment ne pas disposer de l'intégralité des informations nécessaires au dépôt de la déclaration ;

CONSIDERE que l'obligation de déclaration par un avocat n'est pas *nécessaire* pour atteindre l'objectif poursuivi dans la mesure où il s'agit de transactions qui ne sont ni illicites, ni illégales et qui ne constituent aucunement des infractions pénales et donc pour lesquelles la question de l'auto-incrimination - proscrite par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme - n'est pas posée ;

CONSTATE que seul le contribuable dispose de l'entière responsabilité des informations nécessaires au dépôt de la déclaration et qu'il est donc le mieux à même de remplir cette déclaration, par ailleurs sans atteinte au secret professionnel de l'avocat ;

CONSIDERE que la déclaration par le contribuable, le cas échéant avec l'assistance de son avocat, ne met pas en péril l'objectif recherché par la directive ;

EN CONSEQUENCE,

S'OPPOSE à ce que l'avocat, garant de l'Etat de droit et des libertés publiques soit assimilé à un *agent* mis dans l'obligation de déclarer à l'administration et à d'autres intermédiaires des schémas qualifiés de « *potentiellement agressifs* » qui ne constituent pas des infractions pénales ou administratives, et ce, en violation non nécessaire et disproportionnée du secret professionnel qui le lie à son client ;

RAPPELLE que l'accord du client ne peut pas anéantir le secret professionnel de l'avocat, car la question de l'indépendance du client ne saurait être confondue avec la question de l'indépendance de son avocat ;

RAPPELLE au gouvernement que l'avocat, avec l'accord de son client, peut déposer une déclaration « *au nom et pour le compte* » de ce dernier, dans le cadre de son mandat général de représentation, et pas en qualité « *d'intermédiaire* » ;



PROPOSE de modifier l'article 1649 AE, I du CGI comme suit : « 4° *L'intermédiaire soumis à une obligation de secret professionnel dont la violation est prévue et réprimée par l'article 226-13 du code pénal souscrit la déclaration mentionnée à l'article 1649 AD, avec l'accord du ou des contribuables concernés, en leur nom et pour leur compte* ».

SOULIGNE que seul le mandat de l'avocat permettra en tant que de besoin de collecter les informations nécessaires auprès des autres intermédiaires et permettra au contribuable, seul détenteur de l'intégralité des informations, de vérifier que la déclaration souscrite est exhaustive et exacte ;

DONNE MANDAT au Bureau du Conseil national des barreaux et au Groupe de travail fiscalité de proposer tout amendement en ce sens auprès des pouvoirs publics.

* *

Fait à Paris, le 16 novembre 2019