

## RESOLUTION DU CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

### **PORTANT SUR LE « PROJET DE LOI SUR LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE »**

Adoptée par l'Assemblée générale des 8 et 9 juin 2018

\* \*

**Le Conseil national des barreaux, réuni en assemblée générale les 8 et 9 juin 2018, connaissance prise du « projet de loi sur la lutte contre la fraude » fiscale, sociale et douanière présenté par Monsieur Gérald Darmanin, ministre de l'Action et des comptes publics.**

Le Conseil national des barreaux, promoteur naturel de l'Etat de droit et des garanties offertes aux justiciables :

**SOUTIENT** sans réserve l'objectif de lutte contre la fraude fiscale, laquelle nuit gravement au pacte républicain et porte atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques.

#### **PREND ACTE :**

- de la création d'un nouveau service d'enquêtes judiciaires fiscales rattaché au ministère du budget,
- de la publicité des sanctions pénales et administratives en matière fiscale,
- et de l'extension de la procédure de comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) au délit de fraude fiscale ; il exprime des réserves sur l'extension de cette procédure à la matière fiscale qui va conduire à des jugements contradictoires sur les éléments intentionnels et matériels retenus pour caractériser un délit de fraude fiscale.

**S'OPPOSE** fermement aux dispositions de l'article 7 du projet de loi qui prévoit la création d'une amende pour les conseils - en ce inclus les avocats - réputés prêter un concours « intentionnel » et « direct » à la commission par un contribuable d'agissements qui, tout en ne relevant pas de la fraude fiscale pénalement poursuivie, peuvent être sanctionnés par une pénalité administrative élevée.



**CONSTATE** que ce texte vise à instaurer une sanction pour les conseils équivalente à celle de la « complicité » en matière pénale (art 1742 du CGI) à raison de décisions prises par l'administration fiscale d'infliger aux contribuables certaines pénalités administratives ;

**RAPPELLE** que dans sa décision du n°2013-685 DC du 29 décembre 2013 relative à une obligation de déclaration des schémas d'optimisation fiscale sous peine d'une amende de 5 % du montant des revenus perçus ou du montant de l'avantage fiscal procuré, le Conseil constitutionnel a jugé que « 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 » eu égard, d'une part, « 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, d'autre part, « de la gravité des sanctions encourues en cas de méconnaissance de ces dispositions » ;

**RAPPELLE** que dans son commentaire de cette décision, le Conseil constitutionnel souligne 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 atteinte à la liberté d'entreprendre » ;

**SOULIGNE**, qu'en tentant d'aborder le sujet via les sanctions administratives prononcées par l'administration plutôt que par la qualification des faits justifiant la sanction, ce texte a pour effet de contourner la décision du Conseil constitutionnel précitée en évitant de mieux définir les circonstances justifiant sa mise en œuvre ;

**RAPPELLE** que si un avocat, auxiliaire de justice, doit s'abstenir de recommander ou de faire commettre « délibérément » par un client des agissements passibles d'une pénalité administrative - quand bien même celle-ci ne relèverait de la fraude fiscale - il lui appartient en revanche dans le cadre de son devoir de conseil et de sa liberté d'entreprendre, telle que rappelée par le Conseil constitutionnel, d'examiner au cas par cas les circonstances de droit et de fait propres à chaque espèce et d'exercer librement son jugement en vue de pouvoir conclure raisonnablement - sous le contrôle du juge - que son client reste, selon lui, en-deçà de la frontière de la commission d'agissements passibles des pénalités administratives visées à l'article 7 ;

**RAPPELLE** que l'appréciation - par exemple - de ce qui relève du champ de l'abus de droit a donné lieu à des jurisprudences contradictoires étalées sur des dizaines d'années qui ont ensuite pu occasionner des revirements de jurisprudence de la part des cours suprêmes ;

**CONTESTE**, dans ce contexte, la possibilité pour un fonctionnaire de l'administration fiscale de notifier une amende à un avocat comme suite à la notification d'une pénalité administrative à un contribuable avant même qu'existe une décision de justice irrévocable (insusceptible de recours) ayant validé le bien-fondé de la pénalité administrative notifiée au contribuable ;

**DENONCE** l'insuffisance de garanties préalables au prononcé de la sanction dans sa phase administrative, en particulier au regard du respect du contradictoire et des droits de la défense de l'avocat, susceptible de porter atteinte au caractère équitable de la procédure juridictionnelle ultérieure en contravention avec l'article 6-1 CEDH ;



**RAPPELLE** que le principe de légalité des peines, applicable aux sanctions administratives, subordonne la constitutionnalité de l'infraction à la circonstance que ses éléments constitutifs soient connus et définis au préalable de façon claire, précise et complète, ce qui ne saurait être le cas de prestations non limitativement énumérées ou seulement qualifiées de « *procédé destiné à égarer l'administration* » ;

**OBSERVE** que le texte de l'article 7 conduirait à cristalliser un conflit d'intérêts entre le client et son avocat obligeant ce dernier à se déporter dans le contentieux avec l'administration fiscale alors qu'il serait a priori le mieux placé pour défendre le contribuable, ce qui ne peut que nuire aux droits de la défense et à l'image de la profession d'avocat ;

**RELEVE** au demeurant que s'agissant du projet de publicité des sanctions administratives (article 6 du projet de loi), ladite publicité est quant à elle suspendue tant que les impositions et amendes ou majorations ne sont pas devenues définitives ;

**RAPPELLE** qu'une amende notifiée à un avocat et rendue exigible contraindrait ce dernier à organiser sa défense au risque de devoir divulguer des informations qui sont couvertes par le secret professionnel étant rappelé que la violation du secret professionnel est sanctionnée pénalement conformément à l'article 223-13 du code pénal qui dispose que : « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* » ;

**SOULIGNE** que les clients ne suivent pas toujours le conseil de leur avocat et/ou que plusieurs conseils peuvent intervenir de manière compartimentée sur des aspects différents d'une même opération ou d'un ensemble d'opérations avec le risque pour chaque avocat de ne pas avoir une vision globale en sorte que la défense d'un avocat relève par nature d'un exercice complexe et délicat ;

**RAPPELLE** que la levée par un avocat de son secret professionnel doit être réservée exclusivement aux hypothèses les plus graves pour lesquelles l'avocat est soit poursuivi pénalement comme auteur ou complice d'une fraude, soit assigné en responsabilité civile par son client (cf. Art. 2 du règlement intérieur national de la profession d'avocat) ;

**EXCLUT** que l'avocat soit mis dans l'obligation de divulguer des informations couvertes par secret professionnel pour contester la pertinence d'une amende administrative en l'absence de toute décision de justice irrévocable ayant validé le bien-fondé de la pénalité administrative infligée au contribuable ;

**CONSTATE** que le projet de texte porte donc ainsi atteinte aux droits de la défense de l'avocat sauf pour ce dernier à violer son secret professionnel de manière totalement disproportionnée ;

**SOUTIENT**, pour le surplus, l'analyse du Conseil d'Etat dans son avis du 22 mars 2018 sur le risque général d'atteinte au secret professionnel de l'avocat et sur les incertitudes qui pèsent sur les garanties procédurales offertes à l'avocat notamment dans l'hypothèse où le contribuable déciderait ne de pas contester la pénalité administrative ou de transiger avec l'administration ;



**DEMANDE** en conclusion que le retrait pur et simple du texte de l'article 7 pour que l'avocat ne puisse être poursuivi que selon les règles de droit commun de la complicité en matière pénale.

\* \*

Fait à Paris le 8 juin 2018