

Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013

Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière

La loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, définitivement adoptée le 5 novembre 2013, a été déférée le lendemain par plus de soixante sénateurs, qui contestaient certaines dispositions des articles 1^{er}, 3, 5, 9, 15, 37, 38, 44, 57, 61 et 65.

Dans sa décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a examiné d'office les articles 39 et 40, conjointement avec les articles 37 et 38. Il a déclaré contraires à la Constitution les articles 3, 38, 40 et 57 et certaines dispositions des articles 15, 16, 44 et 66. Il a déclaré conformes à la Constitution le surplus des dispositions qui étaient contestées devant lui et l'article 39, tout en émettant une réserve d'interprétation sur ce dernier article et l'article 37. Il a examiné d'office la procédure d'adoption de l'article 29 et censuré cet article.

I. – Article 1^{er} (associations agréées de lutte contre la corruption)

Les requérants contestaient la conformité à la Constitution du paragraphe I de l'article 1^{er} qui insère dans le code de procédure pénale (CPP) un article 2-23 afin de reconnaître à toute association agréée déclarée depuis au moins cinq ans « *se proposant par ses statuts de lutter contre la corruption* » la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne une liste d'infractions (manquements à la probité, corruption et trafic d'influence, blanchiment de ces délits et corruption électorale).

On sait qu'après les articles 1^{er} et 2 du CPP, qui consacrent notamment le droit de la victime d'une infraction d'exercer l'action civile devant les juridictions répressives (article 2) et, dans certaines conditions, de mettre en mouvement l'action publique (article 1^{er}, alinéa 2), ce code énumère une liste, fréquemment complétée par le législateur, d'associations agréées habilitées à exercer les droits de la partie civile pour certaines infractions liées à leur objet social. Dans certains cas, l'exercice de ces droits par une association est conditionné à l'accord de la victime.

Les requérants dénonçaient une forme de « *privatisation de l'action publique* ». Ils mettaient en cause l'insuffisance des garanties encadrant le droit reconnu à une association de mettre en œuvre l'action publique et invoquaient la méconnaissance du droit au respect de la vie privée ainsi que de la présomption d'innocence.

Le Conseil constitutionnel a déclaré ce dernier grief inopérant (cons. 4). Les conditions de mise en œuvre de l'action publique sont sans conséquence sur la présomption d'innocence. Le Conseil a également jugé inopérant le grief tiré de la méconnaissance du droit au respect de la vie privée, compte tenu des infractions pour lesquelles le droit d'agir des associations était reconnu. Il n'est pas impossible que, pour des infractions mettant en cause la vie privée, la possibilité donnée à une association, c'est-à-dire une personne morale de droit privé, de mettre en œuvre l'action publique et, partant, d'imposer une procédure judiciaire sur ces faits, mérite un examen au regard du droit au respect de la vie privée. Toutefois, en l'espèce, s'agissant de faits de corruption et de manquements à la probité, la question du droit au respect de la vie privée ne se posait pas (cons. 4).

Le grief tiré de l'absence de garanties encadrant le droit reconnu à des associations d'exercer les droits de la partie civile n'était pour sa part pas étayé par l'invocation précise d'un principe constitutionnel. Toutefois, le Conseil constitutionnel a estimé que c'est au regard des exigences de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (droit à une procédure juste et équitable, droits de la défense) que ce grief méritait d'être examiné.

Ce grief manquait toutefois en fait : d'une part, l'accès au bénéfice du dispositif est subordonné à une procédure d'agrément dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. À l'occasion de la délivrance de cet agrément, sera contrôlé le respect, par l'association, des obligations auxquelles, en cette qualité, elle est soumise. D'autre part, comme le Conseil constitutionnel l'a relevé, nombreuses sont les dispositions du code de procédure pénale qui, soit responsabilisent la victime qui a mis en mouvement l'action publique lorsque la procédure ne se termine pas par une condamnation, soit sanctionnent l'usage imprudent ou abusif du droit reconnu à la partie civile de mettre en mouvement les poursuites (cons. 5).

L'article 1^{er} a donc été déclaré conforme à la Constitution.

II. – Article 3 (maximum des peines criminelles ou délictuelles encourues par les personnes morales)

A. – L’instauration d’un nouveau maximum des peines d’amende encourues par les personnes morales

L’article 3, introduit par un amendement de MM. Dominique Raimbourg et Yves Goasdoué à l’Assemblée nationale, visait à augmenter le montant du maximum de l’amende encourue par les personnes morales et à introduire en droit pénal la possibilité d’une amende proportionnelle au chiffre d’affaires.

Actuellement la responsabilité pénale des personnes morales est fixée aux articles 131-37 et suivants du code pénal. Ces personnes encourent des peines d’amende ainsi que les peines complémentaires énumérées à l’article 131-39 (dissolution, interdiction d’exercer une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, exclusion des marchés publics...). L’article 131-38 précise : « *Le taux maximum de l’amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l’infraction. / Lorsqu’il s’agit d’un crime pour lequel aucune peine d’amende n’est prévue à l’encontre des personnes physiques, l’amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 euros.* »

L’article 3 de la loi déferée complétait les deux alinéas de l’article 131-38, afin de prévoir une alternative au maximum actuel de l’amende applicable aux personnes morales :

– s’il s’agit d’un crime ou d’un délit puni d’au moins cinq ans d’emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, le critère de calcul alternatif du maximum de l’amende est le « *dixième du chiffre d’affaires moyen annuel de la personne morale prévenue, calculé sur les trois derniers chiffres d’affaires annuels connus à la date des faits* ».

– s’il s’agit d’un crime pour lequel aucune peine d’amende n’est prévue à l’encontre des personnes physiques et ayant procuré un profit direct ou indirect, le critère de calcul alternatif du maximum de l’amende est le « *cinquième du chiffre d’affaires moyen annuel de la personne morale accusée, calculé sur les trois derniers chiffres d’affaires annuels connus à la date des faits* ».

Les sénateurs requérants soulevaient plusieurs griefs à l’encontre de ces nouvelles dispositions. Ils avançaient tout d’abord que le nouveau mode de calcul du quantum des peines délictuelles et criminelles encourues par les personnes morales, fondé uniquement sur leurs capacités financières, est à la fois contraire au principe de proportionnalité des peines et au principe

d'individualisation des peines, qui découlent tous deux de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Ils faisaient également valoir que la différence de traitement entre les personnes morales était contraire au principe d'égalité devant la loi. Enfin, ils invoquaient le fait qu'en ne déterminant pas avec suffisamment de précision les cas dans lesquels le critère alternatif de calcul du quantum de la peine est applicable, les dispositions de l'article 3 ne respecteraient pas l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et le fait que le législateur aurait également ainsi méconnu l'étendue de sa compétence.

B. – L'exigence de proportionnalité des peines

L'exigence de la proportionnalité des peines procède de l'article 8 de la Déclaration de 1789, selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Cette jurisprudence reconnaît l'unité du contrôle de la nécessité des peines pour tout le droit répressif, qu'il soit pénal ou non pénal (sanctions disciplinaires, sanctions administratives).

Dans son contrôle de l'adéquation de la sanction à l'infraction, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de l'erreur manifeste en vérifiant « *l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »¹. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel a conduit à quelques censures :

– de l'amende fiscale encourue en cas de divulgation du montant du revenu d'une personne et fixée, en toute hypothèse, au montant des revenus divulgués² ;

– de la disposition de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France qui prévoyait que « *tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée* »³ ;

– du fait de qualifier d'acte terroriste le « *simple comportement d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière* »⁴.

¹ Décisions n^{os} 86-215 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, cons. 7 ; 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 14.

² Décision n^o 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 16 et 17.

³ Décision n^o 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 49.

⁴ Décision n^o 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. 7 à 9.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, a également censuré une sanction fiscale manifestement disproportionnée. S'agissant du nouvel article 1740 *ter* A du code général des impôts (CGI) sanctionnant d'une amende de 100 F toute omission ou inexactitude dans la facturation et d'une amende de 10 000 F le défaut de présentation d'une facture, le Conseil a jugé que, nonobstant les garanties de procédure dont elle était assortie, cette disposition pouvait, dans nombre de cas, donner lieu à l'application de sanctions manifestement hors de proportion avec la gravité de l'omission ou de l'inexactitude constatée, comme d'ailleurs avec l'avantage qui en a été retiré, et il l'a déclarée inconstitutionnelle⁵.

En revanche, dans la même décision du 30 décembre 1997, le Conseil a validé la sanction de la délivrance d'une facture ne correspondant pas à une livraison ou à une prestation de service réelle par une amende égale à 50 % du montant de la facture. Il a estimé, alors que les requérants faisaient grief à cet article de ne permettre aucune marge d'appréciation quant au montant de la sanction, que « *le législateur n'a pas établi une amende fiscale manifestement disproportionnée au manquement* » et « *qu'il n'a pas méconnu, ce faisant, les exigences de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »⁶.

Selon la même logique, dans sa décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003⁷, le Conseil constitutionnel a considéré, à propos de l'amende administrative prévue par l'article 1665 *bis* du CGI, en cas de demandes formulées sur la base de renseignements inexacts en vue d'obtenir le paiement d'un acompte de prime pour l'emploi, « *qu'en fixant l'amende à 100 euros, soit 40 % du montant de l'acompte indûment perçu, lorsque la mauvaise foi de l'intéressé est établie, le législateur n'a pas prévu une sanction manifestement disproportionnée à la gravité des manquements constatés.* »

De même, la majoration prévue par l'article L. 520-11 du code de l'urbanisme a pour fonction de punir les infractions au paiement de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux dans la région Île de France. Le taux maximal de cette sanction fiscale est de 100 % du montant de l'impôt dû. Cette disposition n'est pas contraire au principe de nécessité des peines⁸.

La majoration de la redevance d'occupation du domaine public fluvial prévue par l'article L. 2125-8 du code général de la propriété des personnes publiques, à hauteur de 100 % du montant de la redevance due pour un stationnement

⁵ Décision n° 97-395 DC, *Loi de finances pour 1998*, cons. 39.

⁶ *Ibid.*, cons. 40.

⁷ Décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, cons. 8 à 13.

⁸ Décision n° 2012-225 QPC du 30 mars 2012, *Société Unibail Rodamco (Majorations de la redevance pour création de locaux à usage de bureaux en Île-de-France)*, cons. 7.

régulier, a également été jugée comme ne revêtant pas, en elle-même, un caractère manifestement disproportionné⁹.

C. – La référence au chiffre d'affaires pour le calcul du maximum de l'amende

Le critère d'une amende calculée en pourcentage du chiffre d'affaires n'est pas, en lui-même, inconstitutionnel. Le Conseil constitutionnel l'a déjà jugé à propos de l'Autorité de la concurrence¹⁰. Dans cette QPC, le Conseil était notamment saisi du paragraphe IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, dont le 1^o renvoie aux sanctions prévues au paragraphe I du même article. Ce paragraphe I prévoit que l'Autorité de la concurrence peut infliger une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise. Le Conseil constitutionnel a jugé, y compris dans ce renvoi aux sanctions du paragraphe I, le paragraphe IV de l'article L. 430-8 conforme à la Constitution.

Depuis lors, en vertu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, l'Autorité de la concurrence voit les sanctions en cas de pratiques anticoncurrentielles fixées à l'article L. 464-2 du code de commerce. Le quatrième alinéa de cet article prévoit que, pour une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

Cet exemple de l'Autorité de la concurrence s'inscrit parfaitement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la proportionnalité des peines. Le Conseil vérifie l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. L'infraction – les pratiques anticoncurrentielles – est bien identifiée et elle est en lien avec la peine, puisque ces pratiques ont pour effet d'augmenter marge et chiffre d'affaires. La loi prévoit elle-même que la sanction pécuniaire est proportionnée « *à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées* » (3^{ème} alinéa de l'article L. 464-2 du code de commerce).

⁹ Décision n° 2013-341 QPC du 27 septembre 2013, *M. Smaïn Q. et autre (Majoration de la redevance d'occupation du domaine public fluvial pour stationnement sans autorisation)*, cons. 7.

¹⁰ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*

Le droit français connaît d'autres peines qui ne se bornent pas à prévoir un montant maximum d'amende correspondant à une valeur numérique absolue. À chaque fois, les dispositions qui fixent ces peines veillent à la proportion entre l'infraction identifiée et la peine encourue. Il en va par exemple ainsi à l'article 321-3 du code pénal, qui prévoit que les peines d'amende encourues en matière de recel « *peuvent être élevées au-delà de 375 000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés* ». De même, l'article 324-3 du code pénal dispose que la peine d'amende encourue pour blanchiment peut s'élever « *jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment* ». De même encore, l'article L. 465-1 du code monétaire et financier permet de prononcer une amende dont « *le montant peut être porté... jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit* ».

D. – La censure de l'article 3

Le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions de l'article 3 n'étaient pas conformes aux exigences du principe de proportionnalité des peines.

D'une part, l'article 3 vise tous les crimes ou tous les délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect. Cet article 3 ne vise pas spécifiquement certaines infractions, mais vise au contraire de manière indistincte un groupe d'infractions défini de façon très large. Afin de parer à cette difficulté constitutionnelle, le Sénat avait, sur la proposition de son rapporteur, M. Alain Anziani, souhaité préciser que ne pouvaient faire l'objet d'un tel calcul de la peine maximale en fonction du chiffre d'affaires que les crimes et délits ayant procuré un profit direct ou indirect¹¹. Cependant cet ajout ne suffisait pas à considérer qu'étaient désignées avec la précision nécessaire les seules infractions qui auraient pu être en adéquation avec le critère du chiffre d'affaires.

D'autre part, l'article 3 utilise comme critère d'amende le chiffre d'affaires. Ce critère est souvent utilisé par le législateur pour définir des seuils d'obligations, y compris financières, ou des règles fiscales. Un quantum de peine dont le maximum n'est pas défini de façon fixe par le législateur mais en fonction d'un critère variant non selon la gravité de l'infraction mais selon la personnalité de l'auteur doit présenter un lien avec la nature de l'infraction en cause. À défaut, le principe de proportionnalité des peines ne peut être satisfait.

¹¹ M. Alain Anziani avait ainsi expliqué : « *Nous avons cadré un peu plus les dispositions de l'Assemblée nationale, d'ailleurs pour des considérations de constitutionnalité, en indiquant que l'infraction devait avoir procuré un profit direct ou indirect* » (Sénat, débats, 17 juillet 2013).

Au total, il apparaît possible pour le législateur de retenir une sanction en proportion du chiffre d'affaires pour telle ou telle infraction précisément identifiée s'il existe un lien entre sanction et infraction. Tel n'est pas le cas à l'article 3, du fait de la généralité des infractions visées, ce qui rend la sanction inadéquate et ne permet pas d'évaluer sa proportionnalité. Le Conseil a donc relevé que « *le législateur a retenu un critère de fixation du montant maximum de la peine encourue qui ne dépend pas du lien entre l'infraction à laquelle il s'applique et le chiffre d'affaires et est susceptible de revêtir un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de l'infraction constatée ; que, par suite, les dispositions de l'article 3 méconnaissent les exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789* » (cons. 10). Il a donc censuré l'ensemble de l'article 3 pour ce motif, sans même examiner les autres griefs soulevés par les requérants.

III. – Article 5 (régime des « repentis »)

L'article 5, issu d'un amendement de M. Yann Galut à l'Assemblée nationale, vise, selon son auteur, à étendre le statut de « *repenti* » en matière d'infraction de corruption et de trafic d'influence. Il institue une exemption ou une réduction de peine en cas de coopération avec la justice par l'auteur ou le complice de faits de blanchiment (article 324-6-1 du code pénal) et de corruption ou trafic d'influence (articles 432-11, 433-1 et suivants, 434-9 et 434-9-1 ainsi que 435-1 à 435-4 et 435-7 à 435-10 du code pénal).

Le dispositif de l'article 5 met en œuvre, de façon spéciale, pour ces délits, les dispositions générales de l'article 132-78 du code pénal dont les deux premiers alinéas disposent : « *La personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices.*

« *Dans les cas prévus par la loi, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices* ».

Cette exemption ou cette réduction de peine n'est applicable que lorsque la loi le prévoit expressément. Tel est notamment le cas en matière d'assassinat ou d'empoisonnement (article 221-5-3 du code pénal), d'actes de tortures ou de barbarie (article 222-6-2 du code pénal), de trafic de stupéfiants (article 222-43 du code pénal), de traite des êtres humains (article 225-4-9 du code pénal),

d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation (articles 414-2 et 414-3 du code pénal), de terrorisme (articles 422-1 et 422-2 du code pénal) ou encore d'association de malfaiteurs (article 450-2 du code pénal).

L'article 706-63-1 du code de procédure pénale organise par ailleurs les conditions dans lesquelles ces « repentis » peuvent bénéficier d'une protection destinée à assurer leur sécurité ainsi que, en cas de besoin, d'une « *identité d'emprunt* ».

L'article 132-78 du code pénal est issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Le Conseil constitutionnel n'avait pas examiné cet article lorsqu'il a statué sur certaines dispositions de cette loi¹².

En l'espèce, l'article 5 met en œuvre les deux premiers alinéas de l'article 132-78 pour le délit de blanchiment, alors que, pour les autres délits (corruption et trafic d'influence), il ne met en œuvre que le deuxième.

Les requérants dénonçaient la violation du principe d'égalité devant la loi et la justice résultant de l'atténuation de la peine qui résultera de ces dispositions. Ils mettaient aussi en cause la menace, pour les droits de la défense et le droit à un procès équitable, que constitueraient des poursuites fondées sur les témoignages de repentis – témoignages dont la fiabilité serait particulièrement discutable.

S'agissant du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel a estimé que la cause légale d'atténuation de la peine résultant de la diminution de moitié de la peine encourue, lorsque l'auteur des faits a averti les autorités administratives ou judiciaires dans des conditions ayant permis de faire cesser l'infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices, est justifiée par l'objectif de favoriser l'amendement des auteurs ou complices d'infraction et poursuit l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction. Elle repose sur des critères objectifs et rationnels en lien direct avec les objectifs poursuivis. Ce grief a donc été écarté (cons. 16).

S'agissant du respect des droits de la défense, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'il n'est pas dérogé aux règles relatives à l'audition des témoins (notamment le serment et les peines encourues en cas de faux témoignage). En particulier, s'appliquent les dispositions du dernier alinéa de l'article 132-78 du code pénal qui précise : « *Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des*

¹² Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*.

dispositions du présent article. » En outre, les « repentis » étant des personnes qui ont commis ou tenté de commettre une infraction, elles ne peuvent témoigner sans que leur identité apparaisse dans la procédure en application des dispositions de l'article 706-58. En effet, cet article n'est applicable qu'aux personnes qui témoignent alors qu'elles ne sont pas suspectes d'avoir commis une infraction. Enfin, il n'est pas dérogé au principe de liberté de la preuve débattue contradictoirement devant le juge. Le Conseil en a déduit que sont instituées des garanties assurant le respect des droits de la défense et du droit à une procédure juste et équitable (cons. 17). Il a donc écarté les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et déclaré les dispositions de l'article 5 conformes à la Constitution.

IV. – Paragraphe I de l'article 9 (délit de fraude fiscale aggravée)

Le paragraphe I de l'article 9 modifie l'article 1741 du code général des impôts (CGI) afin que soit considéré comme circonstance aggravante de fraude fiscale le fait de la commettre en bande organisée, ou en ayant recours à des comptes bancaires ou des entités détenus à l'étranger ou au moyen de certaines manœuvres (falsification, interposition d'entité fictive...).

Ainsi, d'une part, la liste des circonstances aggravantes est allongée et, d'autre part, le montant de la peine d'amende maximale pour fraude fiscale aggravée est porté d'un à deux millions d'euros (la peine d'emprisonnement demeurant fixée à 7 ans).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la nécessité et la proportionnalité des peines a déjà été rappelée (cf. supra B. du II.). En outre, le Conseil constitutionnel a déjà jugé que la notion de bande organisée n'était « *ni obscure, ni ambiguë* »¹³. Le Conseil constitutionnel a jugé que le recours, en matière de fraude fiscale, à cette circonstance aggravante, définie par l'article 132-71 du code pénal, ne met pas en cause le principe de nécessité des délits.

Les dispositions de l'article 9 ont été vivement critiquées en raison de l'introduction dans les circonstances aggravantes de l'existence d'un compte bancaire à l'étranger alors que la détention d'un tel compte n'est pas répréhensible. Toutefois, le fait que le comportement ne soit pas en lui-même répréhensible n'interdit pas qu'il puisse être retenu par le législateur au nombre des circonstances aggravantes. Ce qui est répréhensible, c'est l'utilisation d'un compte ou de contrats à l'étranger pour faciliter ou dissimuler la fraude. Comme le relèvent M. Anziani et Mme Klès : « *Il lui paraît légitime que les faits de*

¹³ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 précitée, cons. 13 et 14.

fraude fiscale commis au moyen de montages juridiques complexes dans des territoires dans lesquels ne s'exerce pas la souveraineté de la France, plus difficiles à détecter et à sanctionner (...) soient plus sévèrement sanctionnés que les faits de fraude fiscale simple »¹⁴.

Le Conseil constitutionnel a relevé que « *le législateur a estimé que le recours à des comptes ou des contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger pouvait être de nature à faciliter la commission et la dissimulation du délit de fraude fiscale* », avant de juger que le fait de retenir cette circonstance aggravante du délit de fraude fiscale ne conduisait pas à méconnaître le principe de nécessité des délits (cons. 22).

S'agissant de la peine encourue pour fraude fiscale aggravée, le Conseil a confirmé le caractère restreint de son contrôle en jugeant qu'elle n'était pas manifestement disproportionnée. Les griefs tirés de l'atteinte au principe de nécessité et de proportionnalité des peines ont donc été écartés et les dispositions du paragraphe I de l'article 9 ont été déclarées conformes à la Constitution (cons. 23).

V. – 1° de l'article 15 (transaction sur les pénalités fiscales)

Le 1° de l'article 15 complète l'article L. 247 du livre des procédures fiscales (LPF) qui reconnaît actuellement à l'administration fiscale le pouvoir d'accorder : « *3° Par voie de transaction, une atténuation d'amendes fiscales ou de majorations d'impôts lorsque ces pénalités et, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent ne sont pas définitives.* »

Le 1° de l'article 15 ajoute à l'article L. 247 du LPF trois alinéas ainsi rédigés :

« *L'administration ne peut transiger :*

« *a) lorsqu'elle envisage de mettre en mouvement l'action publique pour les infractions mentionnées au code général des impôts ;*

« *b) Lorsque le contribuable met en œuvre des manœuvres dilatoires visant à nuire au bon déroulement du contrôle.* »

¹⁴ M. Alain Anziani et Mme Virginie Klès, Rapport sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et sur le projet de loi organique, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif au procureur de la République financier, Sénat, n° 738 (session extraordinaire 2012-2013), 10 juillet 2013, p. 64.

Ces dispositions résultent d'un amendement de Mme Sandrine Mazetier à l'Assemblée nationale qui était ainsi motivé :

« Cet amendement a pour but d'améliorer la transparence et la compréhension de la politique transactionnelle menée par l'administration fiscale et de garantir l'égalité des citoyens. »

« Il inscrit dans le livre des procédures fiscales les principes structurants de cette politique, afin d'en clarifier les contours pour l'ensemble des contribuables. »

« Ainsi, est inscrit dans la loi que l'administration ne peut transiger lorsqu'elle envisage d'engager des poursuites correctionnelles, ou lorsque le contribuable adopte un comportement d'obstruction au contrôle (...). »

Les requérants contestaient d'abord l'imprécision de la loi, et en particulier la formulation *«envisage de mettre en mouvement l'action publique»*.

Le Conseil a estimé que l'objectif poursuivi par le législateur était d'interdire une transaction sur les amendes et majorations fiscales, soit après que l'administration a saisi directement la juridiction répressive (dans les cas où cette mise en mouvement directe de l'action publique est possible), soit après qu'elle a saisi la commission des infractions fiscales (dans le cas où la mise en mouvement de l'action publique implique une plainte du ministre adressée au procureur de la République après avis de cette commission).

Cette précision étant apportée, le Conseil constitutionnel a écarté les griefs qui mettaient en cause le principe même d'une limitation des pouvoirs de l'administration de transiger, au motif qu'aucune exigence constitutionnelle ne peut faire obstacle à une telle limitation (cons. 28). Il n'y a d'ailleurs pas de droit, pour les contribuables, à obtenir une transaction.

VI. – Articles 37, 38, 39 et 40 (utilisation des documents portés à la connaissance de l'administration fiscale ou douanière)

Les requérants contestaient les seuls articles 37 et 38, relatifs à l'administration fiscale, et soutenaient que les dispositions de ces articles portent atteinte au droit au respect de la vie privée et aux droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Compte tenu de la similitude des dispositions adoptées par le législateur pour l'administration des douanes, le Conseil constitutionnel a également examiné, d'office, les articles 39 et 40.

A. – Les articles 37 et 39

Les articles 37 et 39 prévoient que, dans le cadre des procédures fiscales et douanières, les documents que l'administration utilise et qui ont été régulièrement portés à sa connaissance ne peuvent être écartés au seul motif de leur origine, reprenant ainsi les principes posés par la jurisprudence du Conseil d'État en vertu de laquelle, dès lors que l'administration fiscale a obtenu régulièrement communication de pièces détenues par l'autorité judiciaire, « *la circonstance que ces pièces auraient été ultérieurement annulées par le juge pénal n'a pas pour effet de priver l'administration du droit de s'en prévaloir pour établir les impositions* »¹⁵.

L'article 37 insère, après l'article L. 10 du livre des procédures fiscales (LPF), un article L. 10-0 AA ainsi rédigé :

« Dans le cadre des procédures prévues au présent titre II, à l'exception de celles mentionnées aux articles L. 16 B et L. 38, ne peuvent être écartés au seul motif de leur origine les documents, pièces ou informations que l'administration utilise et qui sont régulièrement portés à sa connaissance soit dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre II ou aux articles L. 114 et L. 114 A, soit en application des droits de communication qui lui sont dévolus par d'autres textes, soit en application des dispositions relatives à l'assistance administrative par les autorités compétentes des États étrangers. »

L'article 39 insère dans le titre II du code des douanes un chapitre VI intitulé « *Sécurisation des contrôles et enquêtes* ». L'article 67 E de ce chapitre prévoit l'équivalent, pour l'administration des douanes, de l'article L. 10-0 AA du LPF pour l'administration fiscale :

« Dans le cadre des contrôles et enquêtes prévus au présent code, à l'exception de ceux prévus à l'article 64, ne peuvent être écartés au seul motif de leur origine les documents, pièces ou informations que les agents des douanes utilisent et qui sont régulièrement portés à leur connaissance dans les conditions prévues aux articles 59 quater à 59 sexies, 64 A à 65 ter, 343 bis et 455 ou en application des droits de communication qui leur sont dévolus par d'autres textes ou en application des dispositions relatives à l'assistance administrative par les autorités compétentes des États étrangers. »

¹⁵ CE, Section, 6 décembre 1995, *Navon*, n° 90914.

Ces articles visent deux situations différentes :

– La première est celle dans laquelle une personne s’est procuré irrégulièrement des documents et les a transmis à une autorité publique. L’administration fiscale ou douanière, qui en prend connaissance dans le cadre de son droit de communication, n’est nullement responsable de cette irrégularité et a accédé à ces documents par des voies légales. Cette première hypothèse ne posait pas de difficulté constitutionnelle.

– La seconde hypothèse est celle dans laquelle l’administration fiscale ou douanière a, en application de l’article L. 101 du LPF¹⁶, pu accéder à des pièces saisies lors d’une perquisition et détenues par l’autorité judiciaire. Or, ultérieurement, le juge pénal annule la perquisition et déclare nulles lesdites pièces. Pourtant l’administration fiscale ou douanière peut continuer à se servir de ces pièces dans le calcul, le recouvrement et le contentieux de l’impôt.

M. Gilles Bachelier, dans ses conclusions sous la décision *Navon* rendue par le Conseil d’État le 6 décembre 1995¹⁷, considérait « *qu’un principe simple devrait être retenu : une pièce issue d’une procédure annulée par le juge pénal ne constitue pas un mode de preuve valable et est inopposable pour fonder à elle seule une imposition ou plus généralement une décision administrative.*

« Ce principe s’inspire de considérations qui tiennent à la déontologie du juge administratif. Celui-ci ne peut pas, en se retranchant derrière la séparation des ordres juridictionnels et le principe de l’indépendance des procédures, ignorer les décisions définitives du juge répressif même si elles ne s’imposent pas à lui. Il s’agit selon nous d’une question de crédit du service public de la justice vis-à-vis des citoyens. Il s’agit aussi dans une certaine mesure d’une question de respect des droits de la défense ou plus précisément de veiller à ce que les droits respectifs des parties ne soient pas manifestement disproportionnés. »

Le Conseil d’État n’avait alors pas suivi les conclusions du commissaire du gouvernement.

Le Conseil constitutionnel a examiné la portée des dispositions contestées, après avoir rappelé « *qu’il appartient au législateur d’assurer la conciliation entre, d’une part, l’exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre*

¹⁶ Article L. 101 du LPF : « *L’autorité judiciaire 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 manoeuvre quelconque ayant eu pour objet ou ayant eu pour résultat de frauder ou de compromettre un impôt, qu’il s’agisse d’une instance civile ou commerciale ou d’une information criminelle ou correctionnelle même terminée par un non-lieu.* »

¹⁷ Décision précitée.

desquelles figurent le droit au respect de la vie privée qui découle de l'article 2 de la Déclaration de 1789 et les droits de la défense, et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la lutte contre la fraude fiscale qui constituent des objectifs de valeur constitutionnelle » (cons. 32).

Le Conseil a d'abord relevé que les dispositions des articles 37 et 39 sont relatives à l'utilisation des documents, pièces ou informations portés à la connaissance de l'administration fiscale ou de celle des douanes, dans le cadre des procédures de contrôle, à l'exception de celles relatives aux visites en tous lieux, même privés. Les articles L. 16 B et L. 38 du LPF, visés par l'article 37 de la loi, sont en effet relatifs aux visites des agents de l'administration des impôts, le premier dans le cadre des procédures relatives à l'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices et à la taxe sur la valeur ajoutée, le second dans le cadre des procédures particulières aux contributions indirectes, au timbre et aux législations assimilées. L'article 64 du code des douanes, visé par l'article 39 de la loi, porte sur le droit d'accès des agents des douanes aux locaux et lieux à usage professionnel et les visites domiciliaires.

Ensuite, le Conseil a relevé que si ces documents, pièces ou informations ne peuvent être écartés au seul motif de leur origine, il faut toutefois qu'ils aient été régulièrement portés à la connaissance de l'administration fiscale, ou de celle des douanes. Cette communication des documents, pièces ou informations peut avoir été faite soit dans le cadre du droit de communication prévu par le LPF¹⁸ ou le code des douanes¹⁹, soit en application des droits de communication prévus par d'autres textes, soit encore en application des dispositions relatives à l'assistance administrative par les autorités compétentes des États étrangers.

De l'article 16 de la Déclaration de 1789, le Conseil a déduit que le respect du principe des droits de la défense « *implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* »²⁰. Les droits de la défense et le bénéfice d'une procédure juste et équitable font l'objet d'une protection étendue par sa jurisprudence, y compris dès le stade de l'instruction²¹ et celui de l'enquête²². Dans ce cadre, le Conseil rappelle

¹⁸ En particulier, voir les articles L. 81 à L. 102 A du LPF.

¹⁹ Notamment, articles 59 *quater* et 343 *bis* (autorité judiciaire), 59 *quinquies*, 59 *septies*, 64 A à 65 *ter* (services et établissements de l'État et des collectivités territoriales), 59 *sexies* (organismes de sécurité sociale) et 65 *ter* (Autorité de régulation des jeux en ligne) du code des douanes.

²⁰ Notamment, décisions n^{os} 2010-612 DC du 5 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale* ; 2011-112 QPC du 1^{er} avril 2011, *Mme Marielle D. (Frais irrépétibles devant la Cour de cassation)* ; 2011-113/115 QPC du 1^{er} avril 2011, *M. Xavier P. et autre [Motivation des arrêts d'assises]* ; 2011-156 QPC du 22 juillet 2011, *M. Stéphane P. (Dépaysement de l'enquête)*, 2011-191/194/195/196/197 du 18 novembre 2011, *Mme Élise A. et autres (Garde à vue II)*.

²¹ Décision n^o 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres (Article 575 du code de procédure pénale)*

²² Décision n^o 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*.

notamment le « *respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve* »²³.

Dans sa décision du 4 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions des articles 37 et 39 conformes à la Constitution, tout en formulant une réserve d'interprétation : « *ces dispositions ne sauraient, sans porter atteinte aux exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, permettre aux services fiscaux et douaniers de se prévaloir de pièces ou documents obtenus par une autorité administrative ou judiciaire dans des conditions déclarées ultérieurement illégales par le juge ; que, sous cette réserve, le législateur n'a, en adoptant ces dispositions, ni porté atteinte au droit au respect de la vie privée ni méconnu les droits de la défense* » (cons. 33).

B. – Les articles 38 et 40

Ces deux articles modifient, le premier le LPF, le second le code des douanes, pour permettre à l'administration fiscale ou à celle des douanes de demander au juge des libertés et de la détention l'autorisation de procéder à des visites domiciliaires sur le fondement de toute information qu'elle qu'en soit l'origine.

L'article 38 modifie le LPF en insérant, après le deuxième alinéa du paragraphe II de l'article L. 16 B, relatif aux visites des agents de l'administration des impôts, dans le cadre des procédures relatives à l'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices et à la TVA, ainsi qu'après le deuxième alinéa du 2 de l'article L. 38, relatif aux visites des agents de l'administration des impôts, dans le cadre des procédures relatives aux contributions indirectes, au timbre et aux législations assimilées, un paragraphe ainsi rédigé : « *À titre exceptionnel, le juge peut prendre en compte les documents, pièces ou informations mentionnés à l'article L. 10-0 AA, lesquels ne peuvent être écartés au seul motif de leur origine, lorsqu'il apparaît que leur utilisation par l'administration est proportionnée à l'objectif de recherche et de répression des infractions prévues par le code général des impôts* ».

L'article 38 insère en outre après le paragraphe V de l'article L. 16 B du LPF un paragraphe V bis aux termes duquel : « *Dans l'hypothèse où la visite concerne le cabinet ou le domicile d'un avocat, les locaux de l'ordre des avocats ou les locaux des caisses de règlement pécuniaire des avocats, il est fait application de l'article 56-1 du code de procédure pénale* »²⁴.

²³ Décision n° 2011-191/194/195/196/197 du 18 novembre 2011, précitée.

²⁴ L'article 56-1 du CPP fixe les règles applicables aux perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile. Il prévoit en particulier que les perquisitions ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué.

L'article 40 modifie l'article 64 du code des douanes en insérant après le septième alinéa du a du 2 un alinéa ainsi rédigé : « À titre exceptionnel, le juge peut prendre en compte les documents, pièces ou informations mentionnés à l'article 67 E, lesquels ne peuvent être écartés au seul motif de leur origine, lorsqu'il apparaît que leur utilisation par l'administration est proportionnée à l'objectif de recherche et de répression des infractions prévues au présent code. » Il complète le même 2 par un d) relatif à l'hypothèse où la visite concerne le cabinet ou le domicile d'un avocat, les locaux de l'ordre des avocats ou les locaux des caisses de règlement pécuniaire des avocats (CARPA).

Le Conseil constitutionnel après avoir repris son considérant au terme duquel « la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile »²⁵ (cons. 38), a jugé que le législateur, par les dispositions contestées, avait méconnu ces exigences. Même si, en effet, la visite domiciliaire doit être autorisée par le juge, même si ce n'est qu'à titre exceptionnel que le juge peut prendre en compte les documents, pièces ou informations mentionnés, selon les cas, à l'article L. 10-0 AA du LPF ou 67 E du code des douanes, même si l'utilisation de ces informations doit être « proportionnée à l'objectif de recherche et de répression des infractions prévues » selon les cas dans le LPF ou le code des douanes, le législateur a permis au juge d'autoriser l'administration à procéder à des visites domiciliaires sur le fondement de documents quelle que soit leur origine, même illégale. Le Conseil a estimé que, ce faisant, le législateur a privé de garanties légales les exigences du droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile et il a déclaré les articles 38 et 40 contraires à la Constitution (cons. 39 et 40).

VII. – Article 44

L'article 44, introduit par amendement de Mme Sandrine Mazetier à l'Assemblée nationale, est relatif à la prise de copie de documents soumis au droit de communication de l'administration fiscale.

Le paragraphe II de cet article 44 crée un nouvel article L. 13 F au sein du LPF, en vertu duquel les agents de l'administration peuvent, sans que le contribuable puisse s'y opposer, prendre copie des documents dont ils ont connaissance dans le cadre des procédures d'examen contradictoire de la situation fiscale des personnes physiques et des procédures de vérification de la comptabilité.

²⁵ Dans sa rédaction issue de la décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, *Société Wesgate Charters Ltd (Visite des navires par les agents des douanes)*, cons. 6.

Son paragraphe I prévoit la sanction du refus de fournir la copie de documents soumis au droit de communication de l'administration fiscale. Actuellement l'article 1734 du CGI dispose : « *L'absence de tenue, la destruction avant les délais prescrits ou le refus de communiquer les documents soumis au droit de communication de l'administration entraîne l'application d'une amende de 1 500 €* ». Le paragraphe I de l'article 44 le complète par un alinéa ainsi rédigé : « *Cette amende est applicable, pour chaque document, sans que le total des amendes puisse être supérieur à 10 000 € ou, si ce montant est supérieur, à 1 % du chiffre d'affaires déclaré par exercice soumis à contrôle ou à 1 % du montant des recettes brutes déclaré par année soumise à contrôle, en cas d'opposition à la prise de copie mentionnée à l'article L. 13 F du livre des procédures fiscales.* »

Comme l'expliquait l'auteur de l'amendement à l'Assemblée nationale, il s'agit « *de mettre fin à une pratique non coopérative de certaines entreprises qui refusent de donner des copies ou l'autorisation de prendre ces copies au service vérificateur* ».

Dans sa rédaction initiale, l'article prévoyait une amende de 1 500 € par document non communiqué. Le Sénat, estimant qu'un tel niveau d'amende était excessif, car pouvant être multiplié par le nombre de documents, avait souhaité prévoir un plafonnement global de ces amendes, à hauteur de 10 000 €. En nouvelle lecture, l'Assemblée nationale, sur proposition de son rapporteur, M. Yann Galut, a introduit une alternative à ce plafonnement forfaitaire : un plafond proportionnel au chiffre d'affaires ou au montant des recettes brutes.

Les requérants invoquaient à l'encontre des dispositions de l'article 44 la méconnaissance des exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 en raison de la disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue.

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord relevé que, par le paragraphe I, « *le législateur a entendu réprimer les agissements faisant obstacle au droit de l'administration d'obtenir copie de documents en vertu du paragraphe II de l'article 44* » (cons. 43). Il a alors examiné le montant forfaitaire de l'amende ainsi que la règle de plafonnement global des amendes au regard des exigences du principe de proportionnalité des peines.

Le Conseil avait déjà censuré une disposition proche dans la décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997²⁶. L'article 85 de cette loi avait pour objet de renforcer le contrôle et la répression des facturations manquantes, incomplètes ou inexacts pour l'établissement de la taxe sur la valeur ajoutée. Le

²⁶ Décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, cons. 33 à 41.

paragraphe IV de l'article 85 insérait dans le CGI un nouvel article 1740 *ter* A sanctionnant d'une amende de 100 F toute omission ou inexactitude dans la facturation et d'une amende de 10 000 F le défaut de présentation d'une facture. Le Conseil avait jugé que, nonobstant les garanties de procédure dont elle était assortie, cette disposition pouvait, dans nombre de cas, donner lieu à l'application de sanctions manifestement hors de proportion avec la gravité de l'omission ou de l'inexactitude constatée, comme d'ailleurs avec l'avantage qui en a été retiré, et il l'avait déclarée inconstitutionnelle.

En l'espèce, toutefois, l'existence d'un plafonnement global à 10 000 euros, par exception au principe de cumul des peines en matière contraventionnelle, traduisait une différence avec le régime qui avait été censuré en 1997.

Le Conseil constitutionnel a ainsi d'abord considéré « *qu'en prévoyant une amende de 1 500 euros par document dont la copie serait refusée, dans la limite d'un total des amendes ne pouvant être supérieur à 10 000 euros, le législateur n'a pas établi une amende fiscale manifestement disproportionnée au regard du manquement* ». Il a toutefois considéré que « *pour l'instauration d'un plafonnement global du montant des sanctions pouvant être encourues, le législateur a retenu des critères de calcul, alternatifs au seuil de 10 000 euros, en proportion du chiffre d'affaires ou du montant des recettes brutes déclaré, sans lien avec les infractions, et qui revêtent un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité des infractions réprimées* » (cons 43).

Dès lors, il a procédé à une censure partielle des dispositions introduites dans l'article 1734 du CGI par le paragraphe I de l'article 44. Seuls les mots : « *ou, si ce montant est supérieur, à 1 % du chiffre d'affaires déclaré par exercice soumis à contrôle ou à 1 % du montant des recettes brutes déclaré par année soumise à contrôle* » ont été censurés, le plafond alternatif de 10 000 euros étant pour sa part conforme aux exigences constitutionnelles.

Pour le surplus, le Conseil a donc déclaré l'article 44 conforme à la Constitution.

VIII. – Article 57 (critères définissant les États et territoires non coopératifs)

Issu d'un amendement du Gouvernement, cet article proposait d'élargir la liste des États et territoires non coopératifs (ETNC) aux États et territoires qui refuseraient de s'engager dans la pratique de l'échange automatique d'informations.

La notion d'« État ou territoire non coopératif » a été introduite dans le droit français par l'article 22 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009. Cet article 22 a inséré avant l'article 238 A du CGI un article 238-0 A ainsi rédigé :

« 1. Sont considérés comme non coopératifs, à la date du 1^{er} janvier 2010, les États et territoires non membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'Organisation de coopération et de développement économiques et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze États ou territoires une telle convention.

« La liste des États et territoires non coopératifs est fixée par un arrêté des ministres chargés de l'économie et du budget après avis du ministre des affaires étrangères.

« 2. À compter du 1^{er} janvier 2011, la liste mentionnée au 1 est mise à jour, au 1^{er} janvier de chaque année, dans les conditions suivantes :

« a) En sont retirés les États ou territoires ayant, à cette date, conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant d'échanger tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties ;

« b) Y sont ajoutés ceux des États ou territoires ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative dont les stipulations ou la mise en œuvre n'ont pas permis à l'administration des impôts d'obtenir les renseignements nécessaires à l'application de la législation fiscale française, ainsi que les États et territoires qui n'ont pas conclu avec la France de convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties et auxquels la France avait proposé, avant le 1^{er} janvier de l'année précédente, la conclusion d'une telle convention ;

« c) En sont retirés ou y sont ajoutés les États ou territoires n'ayant pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative, auxquels la France n'avait pas proposé la conclusion d'une telle convention avant le 1^{er} janvier de l'année précédente, et dont le forum mondial sur la transparence et l'échange d'informations en matière fiscale, créé par la décision du conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques en date du 17 septembre 2009, considère, selon le cas, qu'ils procèdent, ou non, à

l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application des législations fiscales.

« L'arrêté des ministres chargés de l'économie et du budget modifiant la liste, pris après avis du ministre des affaires étrangères, indique le motif qui, en application des a, b et c, justifie l'ajout ou le retrait d'un État ou territoire. »

« 3. Les dispositions du présent code relatives aux États ou territoires non coopératifs ne s'appliquent à ceux qui sont ajoutés à cette liste au 1^{er} janvier d'une année, en application du 2, qu'au 1^{er} janvier de l'année suivante. Elles cessent immédiatement de s'appliquer à ceux qui sont retirés de la liste. »

Ainsi que le relève M. François Marc, rapporteur pour avis de la commission des Finances du Sénat, cette notion d'État ou territoire non coopératif *« qui s'est ensuite assimilée à celle de "paradis fiscal", désigne les entités politiques qui ne respectent pas les standards internationaux d'échanges d'informations en matière fiscale »*²⁷.

La liste des ETNC est mise à jour chaque année par arrêté des ministres chargés de l'économie et du budget, après avis du ministre des affaires étrangères, cet avis se justifiant par les conséquences que peut avoir l'inscription ou sur cette liste²⁸. L'arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa de l'article 238-0-A du CGI comprenait à l'origine une liste de dix-huit États ou territoires. Depuis le dernier arrêté du 21 août 2013 modifiant l'arrêté du 12 février 2010, cette liste comprend dix États ou territoires : Bermudes, Botswana, Brunei, Guatemala, Îles Marshall, Îles vierges britanniques, Jersey, Montserrat, Nauru, Niue.

L'inscription sur la liste des ETNC a des conséquences très importantes sur le plan fiscal pour les résidents en France qui réalisent des transactions avec une société établie dans un ETNC mais aussi pour les personnes physiques ou morales et les revenus domiciliés ou situés dans les ETNC. L'article 238-0-A du CGI instaure la présomption irréfragable que toute activité dans un de ces États a un objet d'évasion et de fraude fiscales et prévoit en conséquence de strictes mesures fiscales pour ces activités.

Il en va ainsi, notamment, s'agissant des opérations réalisées par les personnes localisées dans ces ETNC :

²⁷ Avis n° 730, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, Sénat, p. 124.

²⁸ Arrêtés du 12 février 2010, du 14 avril 2011, 4 avril 2012 et 21 août 2013.

- de la majoration des prélèvements sur les revenus et plus-values de cession en vertu des articles 244 *bis*, 244 *bis A* et 244 *bis B* du CGI ;
- de la majoration des taux de retenue à la source sur les intérêts et dividendes en vertu des articles 125-0 A, 125 A et 187 du même code ;
- de la majoration des taux de retenue à la source sur certains gains et rémunérations en vertu des articles 182 A *bis*, 182 A *ter* et 187 du même code.

Il en va également ainsi, cette fois pour les transactions réalisées avec des sociétés établies dans ces ETNC par des résidents en France :

- de l'exclusion du régime des « sociétés mères » prévu par l'article 145 du CGI ;
- des restrictions au régime de déduction des charges en vertu de l'article 238 A du même code ;
- de l'alourdissement du régime d'imposition des plus-values de cession de titres de sociétés domiciliées dans les ETNC, en vertu des articles 39 *duodecies* et 219 du même code ;
- de l'élargissement de la base minimum d'imposition forfaitaire dans le cadre de l'article 123 *bis* du même code ;
- des restrictions apportées aux conditions d'imputation des retenues à la source dans le cadre de l'article 209 B du même code.

En outre, certaines amendes fiscales sont également majorées lorsqu'elles concernent des ETNC. Il en va ainsi, notamment, des amendes prévues par les articles 1736 et 1766 du CGI.

En 2013, le législateur a entendu favoriser l'assistance entre États dans le domaine de l'échange d'informations entre administrations fiscales.

L'OCDE recommande en effet que les conventions fiscales ne comportent plus seulement des clauses d'échange de renseignements à la demande mais aussi des échanges automatiques d'information. L'idée est qu'automatiquement, une à plusieurs fois par an, l'interconnexion des systèmes informatiques entre administrations fiscales permette les échanges d'information notamment sur les résidents d'un État dans un autre État²⁹.

²⁹ Voir notamment la « Mise à jour de l'article 26 du modèle de convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant », adoptée par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2012.

Deux directives européennes ont retenu ce dispositif. La première, du 3 juin 2003, en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts³⁰ et la seconde, du 15 février 2011, relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal³¹. Ces textes comprennent des dispositions longues et précises quant aux informations faisant l'objet d'un échange automatique. Par exemple, l'article 8 de la directive de 2011 dispose que l'autorité compétente de chaque État membre communique à celle d'un autre État membre les informations au sujet des personnes résidant dans cet autre État sur les revenus professionnels, les jetons de présence, les produits d'assurance sur la vie, les pensions et la propriété et les revenus de biens immobiliers.

L'objectif des pays de l'OCDE et de la France est de généraliser avec les autres États dans le monde ce type d'échanges automatiques. À ce jour, la France n'a conclu aucune convention de ce type. L'objectif est de renforcer l'assistance interétatique en matière fiscale au moyen de telles conventions.

L'article 57 de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière modifiait l'article 238-0 A du CGI en précisant que les conventions d'assistance administrative visées à cet article devaient porter à la fois sur l'échange à la demande et sur l'échange automatique d'informations. Plus précisément, cet article 57 modifiait le paragraphe 2 de l'article 238-0 A pour permettre d'ajouter à la liste des ETNC, les États et territoires non membres de l'Union européenne qui n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative dont les stipulations ou la mise en œuvre assurent l'obtention des renseignements nécessaires par la voie de l'échange sur demande ou automatique ainsi que des États et territoires non membres de l'Union européenne qui n'ont pas pris l'engagement de mettre en place un échange tant sur demande que par voie automatique d'informations avec la France. Ces dispositions devaient être applicables à compter du 1^{er} janvier 2016.

Les sénateurs requérants soutenaient qu'en fixant un tel critère pour élaborer cette liste des ETNC, le législateur avait retenu « *un critère impossible à définir à ce jour en l'absence de consensus international sur les modalités d'un échange automatique d'informations* ». Dès lors, selon les requérants, ces dispositions font peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive et méconnaissent le principe d'égalité devant les charges publiques posé par l'article 13 de la Déclaration de 1789.

³⁰ Directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts.

³¹ Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE.

Le Conseil constitutionnel a retenu ce grief et déclaré contraires à la Constitution les dispositions de l'article 57 de la loi déferée. Pour ce faire, et après avoir mentionné que cet article « *a entendu promouvoir l'assistance entre États dans le domaine fiscal* » (cons. 50), le Conseil a relevé que la France n'a, à ce jour, et selon les informations communiquées par le Gouvernement, conclu aucune convention bilatérale comportant une clause particulière sur l'échange automatique d'informations répondant aux conditions posées par les dispositions contestées. Par conséquent, un nombre important d'États ou territoires pourraient, en application des dispositions de l'article 57, et « *en l'absence de conventions passées au 1^{er} janvier 2016 ou en l'absence d'engagement de passer de telles conventions ou en l'absence d'interprétations des conventions existantes comme permettant l'échange automatique d'informations* », figurer sur cette liste des ETNC.

Le Conseil a donc jugé « *qu'en l'état, les conséquences qui résultent des nouveaux critères d'inscription d'un État ou d'un territoire sur cette liste revêtent, pour les entreprises qui y ont une activité, un caractère disproportionné à l'objectif poursuivi et sont de nature à entraîner une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* » (cons. 51).

L'inconstitutionnalité, résultant de la méconnaissance des exigences découlant de l'article 13 de la Déclaration de 1789, provient du rapprochement du nouveau critère d'automaticité des échanges d'informations et de ses conséquences pour les contribuables. Tant que l'objectif poursuivi par le législateur était strictement limité à la lutte contre les paradis fiscaux, il était possible qu'il attache des conséquences très fortes à l'inclusion dans la liste des États et territoires non coopératifs. La poursuite d'un nouvel objectif, plus large, de promotion des échanges d'informations entre administrations fiscales, ne pouvait se faire à cadre législatif inchangé. Soit les conséquences de l'inclusion dans une liste selon les nouveaux critères d'échanges d'informations auraient dû être aménagées, soit il aurait fallu ouvrir une possibilité pour les contribuables concernés de pouvoir obtenir un traitement fiscal de droit commun en l'absence de toute fraude fiscale. L'inclusion de dizaines de nouveaux États sans aucune adaptation des conséquences pouvant en résulter était manifestement disproportionnée.

IX. – Article 61 (sanction en cas de défaut de réponse ou de réponse partielle à une mise en demeure de produire certains éléments déclaratifs)

L'article 61, introduit par amendement de M. François Marc au Sénat, instaure des sanctions en cas de défaut de réponse ou de réponse partielle à une mise en

demeure de produire certains éléments déclaratifs relatifs aux actionnaires, aux filiales et aux participations.

Le 1° de son paragraphe I introduit un nouveau paragraphe IV dans l'article 1763 du CGI prévoyant une amende de 1 500 euros, ou 10 % des droits rappelés si ce dernier montant est plus élevé, pour chaque manquement constaté par personne ou groupements de personnes au titre d'un exercice, lorsque le défaut de réponse ou la réponse partielle à une mise en demeure de produire porte sur les listes des personnes ou groupements de personnes prévues en application des dispositions des articles 53 A, 172, 172 *bis* et 223 du CGI.

Le 2° de son paragraphe I rétablit un article 1763 A du CGI prévoyant une amende de même montant, pour chaque manquement constaté par entité au titre d'un exercice, lorsque le défaut de réponse ou la réponse partielle porte sur la déclaration prévue au paragraphe IV de l'article 209 B du CGI.

Le paragraphe II de l'article 61 prévoit une application de ces nouvelles sanctions aux déclarations dont l'obligation de dépôt arrive à échéance à compter de l'entrée en vigueur de la loi.

Les requérants faisaient grief à ces dispositions de méconnaître à la fois le principe de légalité des délits, en retenant des critères insuffisamment objectifs et précis pour caractériser les manquements, et le principe de proportionnalité des peines, en raison de l'importance des sanctions encourues en cas d'absence de communication des documents demandés.

En réponse au premier grief, le Conseil constitutionnel a relevé que les sanctions instituées par les dispositions du paragraphe I se fondaient sur l'absence de réponse ou la réponse partielle à une mise en demeure de produire certains documents formulée par l'administration fiscale. Ainsi, alors même que les documents que les contribuables pouvaient être mis en demeure de produire n'étaient pas directement prévus par des dispositions législatives, mais uniquement par les dispositions réglementaires d'application de ces dispositions législatives, le Conseil constitutionnel a pu considérer que « *le législateur a défini lui-même les comportements constitutifs de ces infractions sans méconnaître le principe de la légalité des délits* » (cons. 55).

En réponse au second grief, le Conseil constitutionnel a considéré « *qu'en prévoyant de réprimer le défaut de réponse ou la réponse partielle à une mise en demeure de produire certains documents d'une amende de 1 500 euros ou 10 % des droits rappelés si ce dernier montant est plus élevé, pour chaque manquement constaté au titre d'un exercice, le législateur n'a pas établi une amende fiscale manifestement disproportionnée au regard du manquement et*

des conséquences qui peuvent en résulter au regard des impôts à acquitter par le contribuable » (cons. 56).

Par contraste avec les dispositions examinées et censurées aux articles 3 (cf. supra II) et 44 (cf. supra VII) sur le fondement de la méconnaissance du principe de proportionnalité, le fait que soit retenue une amende en pourcentage des droits rappelés pour une infraction qui correspond à l'absence de communication de documents à partir desquels sont calculées et contrôlées certaines impositions établit bien une proportion entre le manquement et la sanction.

En conséquence, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions de l'article 61 conformes à la Constitution.

X. – Article 65 (compétence du procureur de la République financier)

Les articles 62 à 70 et l'article 73 sont relatifs à la réorganisation judiciaire destinée à renforcer la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. En particulier, l'article 65 insère dans le code de procédure pénale un chapitre consacré aux compétences particulières du tribunal de grande instance de Paris et du procureur de la République financier. Il s'agit de créer en particulier un procureur de la République financier, exerçant une compétence nationale et compétent pour poursuivre certaines infractions concurremment avec les procureurs territorialement compétents (corruption, trafic d'influence, favoritisme, prise illégale d'intérêts « *dans les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent* », escroquerie à la TVA, fraude fiscale en bande organisée et blanchiment de ces délits). Une compétence exclusive lui est également reconnue en matière de délits boursiers.

L'étude d'impact accompagnant la lettre rectificative au projet de loi indique que la création du procureur de la République financier permettra « *d'améliorer le traitement des infractions présentant un haut degré de complexité, en particulier en matière de lutte contre la corruption et la fraude fiscale, qui nécessitent de conduire des investigations très techniques, souvent dans un contexte international. (...) Cette organisation permettra une concentration des moyens et de l'expertise nécessaires à l'efficacité de la lutte contre ces formes particulières de délinquance financière* »³².

³² Étude d'impact accompagnant la lettre rectificative au projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière n° 1011 (n° 1021) du 7 mai 2013, p. 14

M. Yann Galut, rapporteur à l'Assemblée nationale, indique les « *quatre intérêts majeurs* » qu'emportera, selon lui, la création du procureur de la République financier :

« Premièrement, la création d'un procureur autonome donnera une vraie visibilité à la politique de lutte contre la fraude fiscale et la délinquance économique et financière.

« Deuxièmement, l'existence de ce procureur autonome permettra de garantir l'autonomie des moyens consacrés à cette lutte.

« Troisièmement, le procureur de la République financier sera un interlocuteur privilégié pour les services d'enquête nationaux et les autorités judiciaires étrangères, ce qui améliorera la mise en œuvre de l'entraide pénale pour les affaires complexes. En outre, lorsque le procureur européen aura été créé, le procureur de la République financier pourra constituer un interlocuteur adapté.

« Enfin, quatrièmement, le procureur financier aura sa propre légitimité pour mettre en œuvre les instructions générales décidées par le garde des Sceaux, en déterminant l'action publique en matière de lutte contre la fraude fiscale et la corruption de grande complexité »³³.

L'opportunité de créer un second procureur de la République exerçant ses fonctions au tribunal de grande instance de Paris, de même que l'opportunité de créer un procureur de la République exerçant une compétence nationale en matière financière, ont fait l'objet d'importants débats. Le Conseil constitutionnel n'a pas à substituer son appréciation à celle du Parlement sur les avantages et les inconvénients de la création d'un procureur de la République financier.

La Constitution mentionne les « magistrats du parquet » mais elle n'en désigne qu'un seul : le procureur général près la Cour de cassation (articles 65 et 68-2). Il n'y a donc pas d'obstacle constitutionnel à ce que la loi organique organise une pluralité de procureurs de la République avec des compétences distinctes auprès d'un même tribunal. La définition de ces compétences relève du domaine de la loi.

La seule question de conformité à la Constitution posée par cette organisation nouvelle tenait à la compétence concurrente entre le procureur de la République financier et les autres procureurs de la République.

³³ M. Yann Galut, Rapport n^{os} 1130 et 1131 précité, p. 26.

La loi déferée prévoit seulement, au nouvel article 705-4 du CPP, que :

« Le procureur général près la cour d'appel de Paris anime et coordonne, en concertation avec les autres procureurs généraux, la conduite de la politique d'action publique pour l'application de l'article 705 ».

Cette rédaction de l'article 705-4 du CPP est celle de la lettre rectificative du Gouvernement. Selon l'étude d'impact l'accompagnant, ces conflits de compétence entre parquets devaient être prévenus, *« indépendamment de toute affaire individuelle »*, par des instructions générales du garde des Sceaux, qui auraient dû fixer *« des critères objectifs précis et déterminés par l'intérêt général (à savoir par exemple la nécessaire spécialisation en la matière) de nature à justifier le dessaisissement des procureurs locaux au cas d'espèce »*. Dans l'hypothèse où aurait surgi un conflit entre deux parquets sur une affaire précise, c'est au procureur général de Paris qu'il serait revenu *« d'orienter le débat et d'apporter une solution au conflit »*, en application de l'article 705-4 précité. À l'appui de la solution retenue pour régler ce type de difficultés entre parquets, l'étude d'impact accompagnant la lettre rectificative au projet de loi faisait valoir qu'elle *« est la plus souple, la plus sûre juridiquement et que son efficacité est garantie par l'intervention du garde des Sceaux qui est légitime à définir, en la matière, la politique pénale (en donnant des orientations générales sur le type d'affaires, non nominatives) »*.

Au Sénat, M. Alain Anziani avait estimé *« qu'une circulaire, aussi précise soit-elle, ne pourra à elle seule prévenir tout conflit de compétence »*, donnant l'exemple du traitement des affaires terroristes, *« domaine dans lequel il est d'usage d'affirmer que le TGI de Paris n'a aucun mal à faire valoir sa compétence nationale »* mais qui a connu, dans *« les premiers temps de fonctionnement du pôle antiterroriste parisien (...) des difficultés de cet ordre »*³⁴.

Pour encadrer le règlement de ces difficultés, la commission des lois du Sénat avait adopté, à l'initiative de son rapporteur, un amendement conférant au procureur général près la cour d'appel de Paris une autorité lui permettant de trancher les éventuels conflits de compétence. Ainsi, dans le cadre d'une enquête préliminaire, le procureur général de Paris aurait pu décider, après concertation avec le procureur général concerné, qu'une affaire devait être traitée par le procureur de la République financier. Lorsqu'une instruction est ouverte, le texte adopté par la commission des Lois du Sénat prévoyait que, concurremment avec les procureurs de la République du ressort où se trouve le

³⁴ M. Alain Anziani et Mme Virginie Klès, Rapport n° 738 précité, p. 149.

juge d'instruction saisi, le procureur général près la cour d'appel de Paris aurait pu engager la procédure de dessaisissement au profit du procureur de la République financier et, le cas échéant, contester l'ordonnance du juge d'instruction devant la chambre criminelle de la Cour de cassation.

L'Assemblée nationale n'a pas retenu cette modification consistant à mettre en place une procédure de règlement des conflits de compétence entre parquets sur l'attribution d'une affaire économique et financière. Selon M. Galut : *« la solution retenue par la commission des Lois du Sénat présenterait l'inconvénient de donner au procureur général près la cour d'appel de Paris une forme de prééminence sur les autres procureurs généraux. La solution initialement retenue par le Gouvernement, privilégiant la prévention des conflits de compétence au travers d'instructions générales du garde des Sceaux fixant les critères généraux de répartition des affaires financières entre les parquets locaux, ceux des JIRS et le procureur de la République financier, apparaît préférable. Comme en matière de terrorisme, où le procureur de la République de Paris dispose d'une compétence concurrente de celle du parquet territorialement compétent, votre rapporteur considère que le dialogue entre magistrats et le sens de l'intérêt général des chefs de parquet permettra de résoudre de façon satisfaisante les éventuels conflits de compétence »*³⁵.

La question de la concurrence des compétences a été largement traitée dans les débats parlementaires notamment dans sa dimension constitutionnelle. M. Pillet a ainsi relevé :

*« Le dispositif bouleverse complètement notre organisation judiciaire. Il ne faudra donc pas sous-estimer à cet égard le risque d'une censure du Conseil constitutionnel (...). Que se passera-t-il dans la cadre de la concertation prévue entre le procureur de Paris et un autre procureur général, si le second refuse de se dessaisir d'un dossier ? Là encore, le texte reste silencieux. Or nous savons, par expérience, que le Conseil constitutionnel a horreur du vide juridique. (...) Monsieur le ministre, vous ouvrez fortuitement une brèche dans l'organisation judiciaire. Vous le voyez, il y a beaucoup d'imprécisions et de spéculations, ce qui cadre mal avec la bonne administration de notre justice »*³⁶.

³⁵ M. Yann Galut, *Rapport en nouvelle lecture sur le projet de loi (n°1293), modifié par le Sénat, relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, et sur le projet de loi organique (n°1294), rejeté par le Sénat, relatif au procureur de la République financière*, Assemblée nationale, XIV^{ème} législature, n^{os} 1348 et 1349, 11 septembre 2013, pp. 66 et 67.

³⁶ Compte rendu de la séance publique du 8 octobre 2013, J.O. Débats, Sénat, p.9362.

De même, M. Mercier a indiqué :

« N’y a-t-il pas là un risque de confusion des compétences ? La difficulté n’a pas échappé à notre rapporteur, qui a cherché à éviter cet écueil.

« Pour sortir d’une telle confusion, il est prévu dans le texte, notamment dans l’étude d’impact, qu’il incombera au garde des sceaux, par voie d’instruction non pas individuelle, mais générale, de fixer les règles selon lesquelles la compétence du procureur financier jouera.

« Notre rapporteur a bien compris qu’il était un peu bancal de confier au garde des sceaux le soin de désigner par voie de circulaire qui, du procureur de la JIRS ou du procureur financier, serait compétent. Voilà pourquoi il a voulu que le système devienne un peu juridictionnel et préféré confier la compétence au procureur général de Paris.

« Qu’il me soit permis de mettre l’accent sur un point tout simple : la procédure pénale est une compétence du législateur, comme l’a rappelé à de nombreuses reprises le Conseil constitutionnel. Par conséquent, ce n’est ni à la garde des sceaux, par des textes qui ne sont même pas de niveau réglementaire, ni au procureur général de Paris, de décider qui est compétent. C’est au législateur. Or le texte ne nous permet pas, bien au contraire, de la faire. Cela pose un vrai problème »³⁷.

La question de la concurrence de compétence des parquets n’est pas nouvelle, puisque le code de procédure pénale reconnaît une pluralité de compétence pour les parquets – comme d’ailleurs pour la juridiction d’instruction ou de jugement. Toutefois, on pouvait considérer que la question se posait différemment jusqu’à la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l’action publique. Cette loi a prohibé les instructions individuelles interdisant à un Procureur de la République de poursuivre et clarifié les attributions des procureurs généraux et des procureurs de la République dans le code de procédure pénale. Elle n’a pas été soumise au Conseil constitutionnel. Désormais, l’article 30 du CPP dispose :

« Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République.

³⁷ *Ibid*, pp. 9362 et 9363.

« À cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales.

« Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles.

« Chaque année, il publie un rapport sur l'application de la politique pénale déterminée par le Gouvernement, précisant les conditions de mise en œuvre de cette politique et des instructions générales adressées en application du deuxième alinéa. Ce rapport est transmis au Parlement. Il peut donner lieu à un débat à l'Assemblée nationale et au Sénat ».

Les requérants dénonçaient l'incompétence négative du législateur et invoquaient le principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, le principe d'égalité devant la justice et l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice.

Le Conseil constitutionnel a raisonné en trois temps. Il a d'abord rappelé, d'une part, la compétence du garde des sceaux, définie à l'article 30 du CPP précitée : il « conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République ». D'autre part, il a rappelé la compétence du procureur général, en application de l'article 35 du même code, notamment pour animer et coordonner l'action des procureurs de la République de son ressort. Le Conseil a jugé que « la mise en œuvre de l'action publique dans le cadre de ces dispositions doit permettre, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de faire obstacle à l'exercice concurrent des compétences définies par les dispositions contestées » (cons. 62).

Dans un second temps, il a jugé que la circonstance que des faits identiques puissent donner lieu à plusieurs enquêtes placées sous la direction de différents procureurs de la République ne méconnaît pas en elle-même le principe d'égalité devant la justice (cons. 63). La pluralité de compétences des autorités de poursuite ne constitue pas une « distinction injustifiée » et ne conduit pas à ce que des personnes ne bénéficient pas de garanties égales ou voient leurs droits dans la procédure atteints. En réalité, l'hypothèse de pluralité d'enquêtes sur des mêmes faits ou sur des faits connexes n'est pas rare et trouve un règlement soit lorsque cette information parvient à l'information des enquêteurs ou des parquets, soit, au plus tard lorsque des juridictions d'instruction ou de jugement sont saisies.

En troisième lieu, en effet, en cas de pluralité de saisines d'une juridiction de jugement ou d'instruction, le code de procédure pénale prévoit une procédure de règlement des juges, tranchée le cas échéant par la chambre criminelle de la Cour de cassation (article 657 et suivants du CPP).

En définitive, le Conseil constitutionnel a écarté les griefs visant la concurrence des compétences du procureur de la République financier et des autres procureurs de la République, notamment celui de Paris. Il a donc déclaré l'article 705 du CPP dans sa rédaction résultant de l'article 66 conforme à la Constitution.

XI. – Paragraphes IV et VI de l'article 66 (pouvoirs spéciaux d'enquête et d'instruction)

L'article 66 de la loi vient en complément de son article 9. Pour les infractions, visées à ce dernier article, de fraude fiscale en bande organisée ou commise dans des circonstances particulières, et pour leur blanchiment, l'article 66 permet de recourir aux « *techniques spéciales d'enquête* » : la surveillance (article 706-80 du CPP), l'infiltration (articles 706-81 à 706-87 du CPP), la garde à vue de 96 heures, avec possibilité de différer l'intervention de l'avocat si certaines circonstances particulières l'exigent (article 706-88 du CPP), les écoutes téléphoniques sur autorisation du juge des libertés et de la détention en cours d'enquête (article 706-95 du CPP), les sonorisations et fixations d'images de certains lieux ou véhicules par décision du juge d'instruction (articles 706-96 à 706-102 du CPP), la captation de données informatiques (article 706-102-1 à 706-102-9 du CPP) et la possibilité d'ordonner des mesures conservatoires (article 706-103 du CPP).

En revanche, les perquisitions nocturnes sont exclues (articles 706-89 à 706-94 du CPP).

À la suite de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, l'actuel article 706-1-3 du CPP permet aujourd'hui l'utilisation de ces « *techniques spéciales d'enquête* » applicables en matière de criminalité organisée à quelques infractions d'atteintes à la probité. Ces infractions sont les suivantes :

- la corruption passive et le trafic d'influence commis par une personne exerçant une fonction publique (article 432-11 du code pénal) ;
- la corruption active et le trafic d'influence commis par un particulier (articles 433-1 et 433-2 du même code) ;
- la corruption active ou passive d'une personne exerçant des fonctions juridictionnelles (article 434-9 du même code) ;

– le trafic d’influence en vue de l’obtention d’une décision judiciaire favorable (article 434-9-1 du même code) ;

– la corruption ou le trafic d’influence actifs ou passifs impliquant un agent public d’un État étranger ou d’une organisation internationale (articles 435-1 à 435-4 et 435-7 à 435-10 du même code).

Pour tous ces délits, les techniques spéciales d’enquête prévues pour les enquêtes en matière de criminalité organisée peuvent être utilisées, à l’exception de deux d’entre elles : la garde à vue prolongée avec possibilité de différer l’intervention de l’avocat (article 706-88 du CPP) ; les perquisitions de nuit ou en l’absence de la personne placée en garde à vue ou détenue (articles 706-89 à 706-94 du CPP).

Avec l’article 66, l’extension est donc double. D’une part, l’article permet l’utilisation des techniques spéciales d’enquête pour des délits de fraude fiscale commis en bande organisée ou aggravés et l’étend à des délits douaniers. D’autre part, il est aussi permis de procéder à des gardes à vue prolongées avec intervention différée de l’avocat.

Dans leur saisine, improprement dirigée contre les dispositions de l’article 9, les requérants soutenaient qu’une atteinte inconstitutionnelle était portée au principe de « *rigueur nécessaire* » qui préside aux mesures d’investigation et de contrainte dans la procédure pénale.

Dans la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel a fixé le cadre de sa jurisprudence :

« Considérant qu’il résulte de l’ensemble de ces dispositions que, si le législateur peut prévoir des mesures d’investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d’une gravité et d’une complexité particulières, d’en rassembler les preuves et d’en rechercher les auteurs, c’est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l’autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, et que les restrictions qu’elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n’introduisent pas de discriminations injustifiées ; qu’il appartient à l’autorité judiciaire de veiller au respect de ces principes, rappelés à l’article préliminaire du code de procédure pénale, dans l’application des règles de procédure pénale spéciales instituées par la loi »³⁸.

³⁸ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 précitée, cons. 6.

Le Conseil a ensuite appliqué ces principes à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui lui était soumise. Celle-ci comportait une liste de quinze infractions pouvant donner lieu à l'application de pouvoirs spécifiques d'enquête. Le Conseil constitutionnel a jugé :

« Considérant, d'une façon générale, que la difficulté d'appréhender les auteurs des infractions mentionnées à l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale tient à l'existence d'un groupement ou d'un réseau dont l'identification, la connaissance et le démantèlement posent des problèmes complexes ;

« Considérant que les infractions retenues par l'article 706-73 sont susceptibles, pour la plupart, de porter une atteinte grave à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes ; qu'il en est ainsi de l'extorsion, mentionnée au 8° de cet article, dont la violence, la menace de violences ou la contrainte sont des éléments constitutifs en vertu de l'article 312-1 du code pénal ; qu'il en est de même des destructions, dégradations ou détériorations mentionnées au 9° de cet article, qui, aux termes de l'article 322-6 du code pénal, sont provoquées par une substance explosive, un incendie ou tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes ;

« Considérant que, parmi les infractions ne portant pas nécessairement atteinte aux personnes, figure le vol lorsqu'il est qualifié de crime ; que, toutefois, si le vol commis en bande organisée trouve sa place dans cette liste, il ne saurait en être ainsi que s'il présente des éléments de gravité suffisants pour justifier les mesures dérogatoires en matière de procédure pénale prévues à l'article 1er de la loi déferée ; que, dans le cas contraire, ces procédures spéciales imposeraient une rigueur non nécessaire au sens de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ; qu'il appartiendra à l'autorité judiciaire d'apprécier l'existence de tels éléments de gravité dans le cadre de l'application de la loi déferée ;

« Considérant qu'il ressort des termes mêmes de l'article 706-73 nouveau du code de procédure pénale que le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée ne saurait concerner les organismes humanitaires d'aide aux étrangers ; que, de plus, s'applique à la qualification d'une telle infraction le principe énoncé à l'article 121-3 du même code, selon lequel il n'y a point de délit sans intention de le commettre ;

« Considérant que, sous les réserves énoncées aux deux considérants précédents, les infractions retenues par l'article 706-73 sont suffisamment graves et complexes pour que le législateur ait pu fixer, en ce qui les concerne,

des règles spéciales de procédure pénale ; qu'il s'ensuit que les griefs dirigés contre l'article 706-73 doivent être rejetés »³⁹

Dans la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010⁴⁰, le Conseil a jugé qu'en l'absence de changement de circonstances, il n'y avait pas lieu pour lui à statuer à nouveau sur le régime de la garde à vue en matière de criminalité et délinquance organisée.

Dans sa décision n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010⁴¹, il a examiné et déclaré conforme à la Constitution la possibilité de porter la durée de la garde à vue à six jours en matière de terrorisme.

Le contrôle du Conseil constitutionnel s'exerce ainsi au regard du principe dit « de rigueur nécessaire » qui résulte de l'article 9 de la Déclaration de 1789. Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité entre la gravité des mesures portant atteinte à la liberté individuelle et les objectifs qui motivent ces atteintes. S'agissant de la garde à vue, le contrôle de la rigueur nécessaire est donc le principe cardinal de contrôle. C'est dans le cadre de ce contrôle de proportionnalité que le Conseil examine si, au regard des objectifs poursuivis, les atteintes portées aux droits de la défense et à la liberté individuelle ne sont pas excessives.

S'agissant de la sauvegarde de l'ordre public, le Conseil reconnaît qu'elle constitue un objectif à valeur constitutionnelle⁴². Il en va de même de la lutte contre la fraude fiscale⁴³. Quant à la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, le Conseil constitutionnel reconnaît qu'elles constituent un objectif nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle⁴⁴.

Le respect des droits de la défense est une exigence constitutionnelle reconnue par le Conseil constitutionnel de longue date. Le Conseil rattache le respect des droits de la défense à l'article 16 de la Déclaration de 1789⁴⁵, auquel il a rattaché l'ensemble des exigences qui garantissent le droit à une procédure juste et

³⁹ Ibid., cons. 15 à 19.

⁴⁰ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*.

⁴¹ Décision n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent A. et autres (Garde à vue terrorisme)*.

⁴² Décisions n°s 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. 12, et 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 11.

⁴³ Décision n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, cons. 52.

⁴⁴ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 3.

⁴⁵ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 11.

équitable : garantie des droits et séparation des pouvoirs⁴⁶, droit à un recours effectif, droits de la défense⁴⁷, droit à un procès équitable⁴⁸, impartialité et indépendance des juridictions⁴⁹. Il a, dans la décision HADOPI II, ainsi jugé que le « *respect du principe des droits de la défense (...) implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable* »⁵⁰.

La transposition du raisonnement retenu dans la décision n° 2004-492 DC n'était pas évidente pour l'article 66 de la loi déferée qui ne vise pas des atteintes graves à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes. Le Conseil avait pourtant expressément relevé ce point en 2004 pour apprécier la conformité à la Constitution. Il ne s'agit ici que d'atteintes à des biens. Une lecture littérale de la décision du 2 mars 2004 pouvait conduire à estimer que pour de telles infractions, les « *techniques spéciales d'enquête* » et, notamment, une garde à vue de 96 heures constituent des mesures d'une rigueur non nécessaire.

Pour autant, le Conseil n'a pas censuré en 2004 l'application des techniques spéciales d'enquête au vol, qualifié de crime, commis en bande organisée. Deux exigences peuvent se détacher de sa décision. D'une part, la justice se heurte à des problèmes complexes pour identifier, connaître et démanteler ces bandes organisées. D'autre part, il s'agit d'infractions graves. En outre, le Conseil n'a alors retenu que ces deux éléments relatifs aux infractions pour juger conforme la prolongation de la garde à vue, indépendamment des garanties liées aux conditions et au renouvellement par un juge de la garde à vue

En l'espèce, le Conseil constitutionnel a opéré, dans sa décision du 4 décembre 2013 commentée, un *distinguo* entre, d'une part, les mesures de garde à vue et, d'autre part, les autres pouvoirs spéciaux d'enquête et de surveillance.

S'agissant des seconds, il a jugé : « *le législateur a estimé que la difficulté d'appréhender les auteurs de ces infractions tient à des éléments d'extranéité ou à l'existence d'un groupement ou d'un réseau dont l'identification, la connaissance et le démantèlement posent des problèmes complexes ; qu'eu égard à la gravité des infractions qu'il a retenues, le législateur a pu, à cette fin, fixer des règles spéciales de surveillance et d'investigation ; que, compte tenu des garanties encadrant la mise en œuvre de ces mesures spéciales d'enquête et*

⁴⁶ Décision n° 2007-547 DC du 15 février 2007, *Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, cons. 51.

⁴⁷ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

⁴⁸ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, précité, cons. 11.

⁴⁹ Décision n° 2007-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 24.

⁵⁰ Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 10.

d’instruction, les atteintes au respect de la vie privée et au droit de propriété résultant de leur mise en œuvre ne revêtent pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi » (cons. 75).

En revanche, pour la garde à vue, il a jugé que « *qu’en permettant de recourir à la garde à vue selon les modalités fixées par l’article 706-88 du code de procédure pénale au cours des enquêtes ou des instructions portant sur ces délits, le législateur a permis qu’il soit porté à la liberté individuelle et aux droits de la défense une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi » (cons. 77).*

Ainsi, l’argument de la complexité et de la gravité des infractions en cause l’a emporté pour examiner la proportionnalité des pouvoirs d’enquête qui ne portent atteinte ni aux droits de la défense ni à la liberté individuelle. En revanche, pour ces infractions, qui ne constituent ni des crimes ni des atteintes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes, le recours à la garde à vue exceptionnelle prolongée jusqu’à 96 heures avec possibilité de reporter l’intervention de l’avocat jusqu’à la 48^{ème} heure, le Conseil constitutionnel a jugé l’atteinte disproportionnée. Il a donc censuré l’extension de l’article 706-88 du CPP à ces infractions.

XII. – Les dispositions examinées d’office par le Conseil constitutionnel

A. – La censure d’une disposition sans lien avec le projet de loi

Alors que l’objet initial des douze articles du projet de loi déposé sur le bureau de l’Assemblée nationale était de prévoir des dispositions visant à renforcer la poursuite et la répression des infractions en matière de délinquance économique, financière et fiscale, et que la lettre rectificative avait complété le projet par neuf articles ayant pour objet de créer un parquet financier à compétence nationale en matière de lutte contre la corruption et la fraude fiscale, de nombreuses dispositions ont été introduites par amendements lors de la discussion parlementaire (53 au total).

La plupart de ces dispositions avaient manifestement un lien, même s’il était dans certains cas indirect, avec les dispositions initiales du projet.

Toutefois, tel n’était pas le cas de l’article 29, introduit par amendement de M. Yann Galut à l’Assemblée nationale, qui allonge de trente à soixante jours le délai de contestation de la transmission universelle de patrimoine d’une société par ses créanciers, en modifiant l’article 1844-5 du code civil, alors qu’aucune disposition de ce code n’était modifiée par le projet initial et que les dispositions

législatives modifiées n'étaient pas plus particulièrement en lien avec les questions de délinquance économique et financière.

Le Conseil constitutionnel, faisant application de sa jurisprudence sur les dispositions introduites par amendement qui ne présentent aucun lien avec le texte initial, a donc censuré l'article 29 (cons. 81).

B – La censure de dispositions contraires au principe de la séparation des pouvoirs

À l'article 15, introduit à l'Assemblée nationale sur proposition de Mme Sandrine Mazetier, il est rétabli (au 3^o) un article L. 251 A dans le livre des procédures fiscales ainsi rédigé :

« Chaque année, le ministre chargé du budget publie un rapport sur l'application de la politique de remises et de transactions à titre gracieux par l'administration fiscale. Ce rapport peut faire l'objet d'un débat chaque année devant les commissions permanentes compétentes en matière de finances de l'Assemblée nationale et du Sénat, en présence du ministre chargé du budget. »

De même, à l'article 16, relatif au rapport d'activité annuel de la commission des infractions fiscales remis au Gouvernement et au Parlement, introduit à l'Assemblée nationale sur proposition de Mme Sandrine Mazetier, il est prévu au deuxième alinéa du nouvel article L. 228 B du livre des procédures fiscales :

« Les conditions du déclenchement des poursuites pénales en matière de fraude fiscale et les critères définis par la commission des infractions fiscales en la matière font l'objet d'un débat chaque année devant les commissions permanentes compétentes en matière de finances de l'Assemblée nationale et du Sénat, en présence du ministre chargé du budget. »

En soi, le fait qu'une disposition législative fasse référence à un débat devant une commission permanente d'une assemblée ne pose pas de difficulté.

En revanche, exiger que ce débat, s'il est organisé, ait lieu « *en présence du ministre chargé du budget* » revient à formuler une injonction à l'un des membres du Gouvernement. Une telle injonction n'est pas conforme au principe de la séparation des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel, à l'occasion du contrôle d'une disposition supprimant la transmission par le Président de l'Assemblée nationale au Premier ministre de la demande d'un président de commission sollicitant l'audition d'un membre du Gouvernement, a considéré qu'elle ne mettait pas en cause la mission incombant au Premier ministre en

vertu de l'article 21 de la Constitution⁵¹. Pour autant, le Conseil constitutionnel a déjà censuré une disposition du règlement d'une assemblée qui subordonnait l'intervention d'un membre du Gouvernement autre que le ministre techniquement compétent à l'accord du parlementaire auteur de la question⁵². En prévoyant l'organisation d'un débat annuel, qu'il soit facultatif ou obligatoire, devant une commission parlementaire, le législateur ne saurait imposer la présence d'un membre du Gouvernement et encore moins désigner celui des membres du Gouvernement dont la présence serait requise.

Le Conseil constitutionnel, qui a relevé d'office cette inconstitutionnalité, a donc déclaré contraires à la Constitution les mots : « *en présence du ministre en charge du budget* » figurant au second alinéa du 3^o de l'article 15 et au dernier alinéa de l'article 16 de la loi déferée (cons. 79).

⁵¹ Décision n° 94-338 DC du 10 mars 1994, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 10.

⁵² Décision n° 63-25 DC du 21 janvier 1964, *Résolution modifiant les articles 36, 39, 41, 50, 134, 135, 136 et 137 du règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 3.