

<p align="center"><b>Premier tour de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation 2016-2017 (Séance n° 1 du 7 novembre 2016)</b></p>
--

« L'article L. 228 du Livre des procédures fiscales, qui subordonne la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration, est-il contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit ? » (Cons. const., 22 juillet 2016, décision n° 2016-555 QPC).

**Marie-Paule MELKA**

(Ministère Public)

Une chambre à coucher en clair-obscur.

Une femme résiste faiblement aux ardeurs de son amant.

L'homme l'enlace vigoureusement.

Il rassure sa dulcinée sur la discrétion de leurs ébats.

En repoussant, de l'extrémité de son doigt, le loquet du verrou de la porte ... et les regards indiscrets.

Madame la Présidente,

Mesdames et Messieurs les secrétaires,

Mesdames, Messieurs,

Le verrou est une invention fort utile pour éloigner les curieux.

Il est aujourd'hui question /non du Verrou de Fragonard,

mais du « *Verrou de Bercy* ».

C'est-à-dire l'impossibilité pour le Ministère public/ de déclencher des poursuites pénales pour fraude fiscale/sans l'assentiment préalable de l'Administration.

Et la possibilité corrélatrice, pour Bercy, de faire obstacle à l'éventuelle condamnation pénale d'un fraudeur.

Ce verrou n'a rien de théorique puisque **90%** des dossiers de fraude fiscale intentionnelle ne feront pas l'objet d'une plainte.

Il s'agit donc presque d'un cadenas.

Cadenas dont le requérant,

condamné à une peine de deux ans de prison avec sursis pour fraude fiscale conteste la conformité à la Constitution.

La Cour de cassation, qui a jugé suffisamment sérieuse la question pour vous la transmettre, vous interroge donc :

*« L'article L. 228 du Livre des procédures fiscales, qui subordonne la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions fiscales à une plainte de l'administration, est-il contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit ? ».*

Ce dispositif peut sembler menaçant pour les libertés sous deux aspects : dans sa conception même, et dans ses effets.

La mécanique du verrou, d'abord, sa dynamique, ensuite.

### **La mécanique du Verrou,**

La déclaration d'impôts serait, dit-on, le contraire d'une déclaration d'amour, puisqu'il faudrait en dire ...le moins possible.

Mais la fraude fiscale n'est **pas** un jeu, c'est un mal.

*« Un mal qui répand la terreur,*

*Mal que Bercy tient en horreur*

*Créé puis sublimé pour fuir l'imposition*

*La fraude, puisqu'il faut l'appeler par son nom*

*Capable d'enrichir la Suisse, le Delaware,*

*Faisait aux sociétés la guerre.*

*Elles n'en mouraient pas toutes, mais toutes étaient frappées. »*

Que La Fontaine me pardonne, mais la fraude fiscale est bien une peste des temps modernes,

une calamité que le Verrou de Bercy empêche souvent de poursuivre pénalement.

La critique de ce mécanisme est double : c'est d'abord le principe même du filtre qui est mis en cause.

C'est ensuite l'auteur du filtre qui est vilipendé.

Le déclenchement du verrou, d'une part.

Le détenteur du verrou, d'autre part.

### Le déclenchement du verrou.

Comment fonctionne le verrou ?

Les redressements révélant une intention frauduleuse sont communiqués au Ministre du budget.

Une option s'offre alors à lui.

Il peut porter plainte et l'affaire est transmise à la Commission des infractions fiscales, qui émet un avis, généralement favorable à sa communication au Parquet.

Mais il peut, aussi, décider de ne pas porter plainte, ce qui fait alors obstacle à toute procédure pénale : **il actionne alors le verrou.**

C'est ce filtrage qui est critiqué.

Car la fraude fiscale est un délit d'une particulière gravité.

Ce n'est pas seulement une atteinte au patrimoine de l'Etat - l'escroquerie et la fraude fiscale peuvent d'ailleurs faire l'objet d'un cumul de qualifications.

Ce que sanctionne la fraude fiscale, c'est **un refus d'adhésion à la nécessaire contribution de tous aux dépenses communes :**

Les Révolutionnaires l'assuraient :

*« un peuple esclave paie des impôts, un peuple libre n'acquiesce que des contributions ».*

C'est **ce pacte social invisible** /que le Verrou de Bercy corrompt en affaiblissant la répression de la fraude.

Est-il pour autant inconstitutionnel ?

L'hésitation est permise.

D'abord, aucun principe constitutionnel n'oblige à sanctionner pénalement toutes les infractions : c'est au contraire l'appréciation de l'opportunité des poursuites qui prévaut.

Ensuite, le verrou n'a rien d'absolu puisque la Cour de cassation ne le juge applicable **qu'au délit de fraude fiscale**, et non à d'autres incriminations proches : le blanchiment de fraude fiscale peut par exemple être poursuivi sans l'assentiment de Bercy.

(...) Au grand dam d'un ancien Ministre du Budget.

En outre, le verrou n'est qu'un dispositif de consentement de la victime aux poursuites pénales, qui certes, est inhabituel, mais pas inédit pour autant – un tel mécanisme existe par exemple en matière d'atteinte à la vie privée ;

Car la victime est parfois **la mieux-à même** d'apprécier l'opportunité des poursuites.

Enfin, et surtout, un filtre est indispensable puisque vous venez de juger/ qu'au nom du principe *non bis in idem*, seules les fraudes fiscales les plus graves peuvent à la fois faire l'objet de pénalités fiscales et de sanctions pénales.

C'est donc au contraire **le déclenchement systématique** de l'action publique qui serait inconstitutionnelle.

Le principe du filtre est à l'abri de la critique.

Est-ce alors l'identité de son auteur  
qui pose problème ?

#### Le détenteur du verrou.

Tel Janus, le dieu romain des portes, l'Administration qui décide ou non de porter plainte pour fraude fiscale est bicéphale : c'est la victime de l'infraction, nous l'avons dit, mais c'est également et surtout un organe de l'exécutif.

Le Verrou de Bercy pourrait ainsi porter atteinte à l'indépendance de l'autorité judiciaire vis-à-vis de l'exécutif.

Indépendance dont le Président de la République est, **normalement**, le garant :

« *Autant proclamer que le loup est garant de la sécurité de la bergerie* », ironisait le Professeur Carcassonne.

Il n'en demeure pas moins que l'indépendance de l'autorité judiciaire est consacrée par la Constitution.

Si bien que le Parquet, en tant qu'organe de l'autorité judiciaire, doit être placé à l'abri des pressions et interventions de l'exécutif.

**Or**, subordonner le déclenchement de poursuites fiscales à une décision de l'exécutif **heurte** les prérogatives du Ministère public.

Car s'il conserve la possibilité, lorsqu'une plainte est déposée, de décider de poursuivre ou non, il ne peut en revanche déclencher l'action publique sans plainte.

Le Verrou permet donc à l'exécutif d'interdire au Parquet de poursuivre certaines fraudes.

L'inconstitutionnalité semble acquise.

Mais le Parquet est en droit français, un organe hybride.

Il participe à l'autorité judiciaire en tant que protecteur des libertés individuelles, lorsqu'il contrôle les gardes à vue ou les perquisitions. Dans ce rôle, il doit être totalement indépendant de l'exécutif.

En revanche, au stade des poursuites, le Parquet, placé sous l'autorité hiérarchique du Garde des Sceaux est un acteur de la politique pénale définie par le gouvernement.

C'est pourquoi /vous avez admis que le Ministre de la Justice adresse au Ministère public des instructions de portée générale, mais aussi des injonctions de poursuite et de réquisition individuelle.

En d'autres termes, au stade des poursuites, l'intervention de l'exécutif n'est pas une immixtion dans l'exercice du pouvoir judiciaire qui n'est alors pas en cause. La séparation des pouvoirs n'en est pas plus atteinte.

(...) La mécanique du Verrou est parfaitement réglée.

Peut-être est-ce dans

### **La dynamique du Verrou**

Qu'il faut rechercher une éventuelle contrariété à la Constitution.

Les effets du Verrou sont en effet dénoncés.

Le filtre conduirait d'abord à une méconnaissance de l'égalité de tous devant la loi pénale : le verrou serait **discriminant**.

Il serait en outre mis en œuvre de façon **tout à fait obscure** : le verrou serait dissimulant.

Un verrou discriminant, d'abord.

Pour Chateaubriand : « *Les Français n'aiment point la liberté, l'égalité seule est leur idole* ».

Le verrou de Bercy est de ce point de vue un véritable sacrilège.

Les chiffres sont éloquents.

Pour 16.000 fraudes intentionnelles par an, seules 900 plaintes sont déposées.

Renseigné sur l'ensemble des vols et larcins, le Parquet n'est en revanche pas informé des fraudes fiscales les plus graves.

Car le filtre de Bercy fonctionne comme un tamis inversé : il **retient** les petits dossiers pour leur réserver une suite pénale et **laisse s'échapper** les fraudes les plus graves.

Les montages les plus complexes, les redressements les plus importants, donnent rarement lieu au dépôt d'une plainte.

Comme dans la Fable de la Fontaine,

ce n'est

ni le lion, coupable d'intégration fiscale illicite,

ni le tigre, détenteur d'avoirs non déclarés à l'étranger,

ni l'ours, responsable d'une sous-évaluation manifeste de son patrimoine

qui est poursuivi pénalement.

Mais l'âne.

Le maraîcher d'Arpajon qui n'appliquait pas le taux de TVA en vigueur.

*« Selon que vous serez puissant ou misérable,*

*Le verrou de Bercy vous rendra blanc ou noir. ».*

Mais cette atteinte à l'égalité, aussi choquante soit-elle, pourrait se justifier par l'intérêt général.

Car si l'Administration consent si souvent à ne pas poursuivre les fraudeurs, elle ne les absout pas pour autant :

Elle les menace d'une plainte pénale pour mieux les convaincre de payer les droits éludés, assortis des pénalités.

Le procédé est d'une efficacité redoutable puisqu'il rapporte plusieurs milliards par an.

Les redressements sont acceptés, les impôts payés, l'atteinte au patrimoine réparée.

Qui pourrait s'en plaindre ?

Et ce d'autant qu'au fond,

ce n'est donc pas la loi qui crée l'inégalité,

Ce n'est pas la loi qui est discriminatoire,

mais l'usage qui en est fait.

Usage dont on connaît certes les effets, mais pas toujours les motifs.

Car le verrou est

Dissimulant.

(...)

En confiant à l'Administration fiscale la possibilité de faire obstacle aux poursuites, sans encadrer ce pouvoir, le législateur n'a-t-il pas octroyé à Bercy un pouvoir **arbitraire** ?

En n'organisant aucun contrôle, aucun contre-pouvoir à l'exercice d'une telle prérogative, le législateur n'a-t-il pas failli ?

Peut-être.

Mais pour que cette incompétence négative puisse être aujourd'hui censurée,

Encore faudrait-il que cette carence ait porté atteinte à un droit substantiel.

Que l'on peine à trouver ici.

(...)

A moins peut-être de revenir aux fondamentaux.

Car les révolutionnaires étaient des visionnaires.

*« La société est en droit de demander compte à tout agent public de son administration ».*

Près de 200 ans avant les lois sur la motivation des actes administratifs et le droit d'accès aux documents administratifs, l'article 15 de la déclaration de 1789 consacrait **un droit de regard et de contrôle des citoyens sur l'activité de l'Administration.**

C'est ce principe oublié que vous pourriez ressusciter.

Et le fruit est mûr.

Vous avez associé cet article 15 aux objectifs de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de bon emploi des deniers publics.

Vous avez récemment admis qu'il puisse être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Le gouvernement l'a encore invoqué devant vous pour défendre la publicité des déclarations d'intérêts des responsables politiques.

Selon le Doyen Jégouzo :

*« Loi après loi, s'est affirmée l'obligation pour l'administration d'ouvrir ses portes. [Elle] doit devenir une maison de verre. »*

Les citoyens doivent, directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants, pouvoir examiner la façon dont une prérogative est utilisée par l'Administration :

Sauf lorsqu'est en cause un secret protégé par la loi, **le pouvoir ne doit pas s'exercer à l'abri des regards.**

Surtout lorsqu'il s'agit d'absoudre des délits fiscaux dont les citoyens sont les victimes réelles.

Car la fraude fiscale ne préjudicie **pas tant à l'Administration,**

**Qu'au contribuable,** dont l'impôt augmente à due proportion de la fraude,

**Qu'à l'entreprise** déloyalement concurrencée par une société qui déclare un bénéfice sous-estimé,

**Qu'à la communauté nationale dans son ensemble,** privée chaque année de 60 à 80 milliards d'euros, soit le montant du déficit public annuel.

(...).

En ayant octroyé à l'Administration fiscale un Verrou sans organiser aucun droit de regard et de contrôle sur l'usage qui en est fait, le législateur l'a entaché d'inconstitutionnalité.

\*\*

C'est une lecture plus sombre du Verrou de Fragonard.

La jeune femme ne serait pas enlacée, mais ceinturée.

Son mouvement de recul serait teinté de crainte.

Le verrou, en pleine lumière, ne préserverait pas **l'intimité** des amants mais **l'impunité** de l'agresseur.

Etreinte amoureuse ou forcée, nul ne sait ce que Fragonard a voulu peindre.

C'est là l'une des forces du tableau.

Et c'est la faiblesse du Verrou de Bercy, que de dissimuler les intentions de son auteur.

Ce n'est pas le verrou qui importe.

C'est ce qu'il dissimule derrière la porte.

**Ouvrez** cette porte !

Abrogez, en l'état, l'article L 228 du livre des procédures fiscales !