



**Les nouveaux risques liés à l'évasion et à la fraude fiscale, commise par des clients belges ou sur base des conseils reçus de banques et de conseillers fiscaux**

Jean-Pierre Buyle et Pierre Bourgeois

Avocats au Barreau de Bruxelles

Finix Events

18 novembre 2015, Hôtel le Royal, Luxembourg

# Les nouveaux risques liés à l'évasion et à la fraude fiscale, commise par des clients belges ou sur base des conseils reçus de banques et de conseillers fiscaux

## Introduction- Objet du rapport- Définitions

1. Dès l'entame de notre propos, nous devons distinguer trois notions, dont la distinction n'est pas toujours aisée; la fraude fiscale, l'évasion fiscale et le choix de la voie la moins imposée.

Certains auteurs<sup>1</sup> définissent la fraude fiscale comme étant «*une infraction à la loi fiscale commise dans le but d'échapper à l'application de la loi ou d'en réduire la charge en recourant à des pratiques frauduleuses*» tout en considérant cette définition comme imparfaite. Imparfaite, car certains textes législatifs vont plus loin encore en n'exigeant plus d'intention d'éluder l'impôt dans le chef de l'auteur mais plus simplement, et seulement, l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire<sup>2</sup>.

L'évasion fiscale quant à elle peut être définie comme le fait de sortir de l'argent du pays pour le placer à l'étranger. L'évasion n'est pas punissable, à condition que les revenus de ces biens ou de ces capitaux soient déclarés régulièrement. Si l'évadé fiscal n'a normalement rien à se reprocher, il cache cependant régulièrement une fraude, qui, elle, est bien répréhensible.

La voie la moins imposée, enfin, est un « *principe (qui) se fonde sur un examen du libellé précis de la réglementation fiscale et suppose que l'évitement de l'impôt est en soi licite si les actes accomplis ne violent aucune disposition légale*<sup>3</sup> ».

En raison de la non pénalisation de l'évasion et du choix de la voie la moins imposée, nous nous concentrerons uniquement sur la fraude dans la présente contribution.

Mais si nous avons choisi de nous concentrer sur la fraude fiscale, cela reste une notion large et sujette à de nombreux développements.

En témoignent, l'insertion d'un nouveau délit y relatif en droit belge; la fraude fiscale grave, organisée ou non, par des lois du 17 juin et 15 juillet 2013, ou le projet BEPS<sup>4</sup> de l'OCDE en droit international, également lancé en 2013 et développé plus en détail ci-dessous, pour en citer deux exemples récents.

---

<sup>1</sup> J. SPREUTELS, F.ROGGEN et E. ROGER FRANCE, Droit Pénal des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.736.

<sup>2</sup> Art 449 du Code des impôts sur les revenus.

<sup>3</sup> T.LITANNIE et G. VOLANTE, « *De l'ingénierie fiscale à la fraude fiscale grave et organisée* », Droit Pénal financier, Dirigeants d'entreprise, responsables publics et professionnels du conseil face à la fraude, La collection des Ateliers du Fucam, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2008, p.56.

<sup>4</sup> Base Erosion and Profit Shifting. Ce projet développé par l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques fait partie de ses initiatives pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscale. Le projet BEPS comprend un plan composé de quinze actions à entreprendre dans une optique de lutte contre la fraude fiscale et est exposé plus en détail au point 23.

Visée par de nombreux textes légaux et encore régulièrement étendue<sup>5</sup>, la fraude fiscale entretient des liens étroits avec d'autres infractions financières<sup>6</sup>. Il a donc fallu en délimiter le champ d'application.

Plutôt qu'une approche détaillée, nous aborderons la matière sous un angle pratique, et ce à travers quatre thématiques, centrées autour des conseils donnés par les banques et les conseillers fiscaux.

Seront examinés dans un premier temps les pouvoirs d'investigation des autorités belges, afin de comprendre par quel biais elles peuvent disposer d'informations sur les contribuables<sup>7</sup> qui pourraient s'être rendus coupables de fraude fiscale (§1). Lesdits contribuables, tout comme les banques et les conseillers fiscaux internes ou externes étant susceptibles de faire l'objet de poursuites, il s'ensuivra une analyse des risques encourus par ceux-ci en droit pénal belge, sous l'angle des diverses infractions qui pourraient trouver à s'appliquer (§2). Cette approche sera approfondie lors d'une troisième partie où il sera procédé à un examen des personnes, physiques et morales, et des raisons pour lesquelles les banques et les conseillers fiscaux pourraient être inquiétés (§3) avant de conclure avec un cas d'application récent, soit la situation d'HSBC et des Swiss Leaks (§4).

---

<sup>5</sup> On pense ici à la notion de « *fraude fiscale grave, organisée ou non* », introduite dans la législation fiscale par la loi du 17 juin 2013 « *portant des dispositions fiscales et financières et des dispositions relatives au développement durable* » et par la loi du 15 juillet 2013 « *portant des dispositions urgentes en matière de lutte contre la fraude* ».

<sup>6</sup> On pense ici au blanchiment, à l'escroquerie, à l'abus de confiance, etc.

<sup>7</sup> Les « *clients belges* » visés dans le titre de cette contribution s'entendent de toute personne tombant sous l'application de la législation européenne et belge citée ci-après.

## Introduction

2. Les moyens mis à la disposition des autorités pour déjouer la fraude fiscale sont nombreux. Pas toujours équilibrés, ils rassurent surtout les partisans d'un Etat à l'affût de ses fraudeurs, et qui se donne les moyens de les débusquer.

Face à la pléthore d'outils législatifs à même de satisfaire l'Etat<sup>8</sup>, nous n'en choisirons que quelques-uns, à titre exemplatif. L'objectif poursuivi est de donner un aperçu de la matière et non d'être exhaustif.

Seront abordés, tant la recherche que l'échange de renseignements, auprès des différents acteurs que l'on peut trouver sous le vocable « d'autorités ». Ce sous l'angle de la loi belge dans un premier temps (A), avant d'examiner par la suite les dispositions internationales applicables à l'échange de renseignements en matière fiscale, et plus particulièrement la directive 2014/107/UE du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, en vigueur depuis le 5 janvier 2015 (B).

Par simple souci de concision, il ne sera pas fait mention ici, si ce n'est très brièvement, des mécanismes de défenses offerts aux contribuables, ou aux banques. On pense par exemple au secret bancaire ou à la confidentialité. Nous nous concentrerons sur les outils utilisés par les autorités elles-mêmes.

### A. Législation belge

3. La loi belge peut être abordée sous trois volets : la recherche de renseignements et d'informations par les autorités (tant dans le droit fiscal, que dans le droit de la procédure pénale et dans le droit préventif du blanchiment), l'échange de renseignements entre les administrations fiscales et les personnes visées sous l'appellation « autorités belges » dans les différents textes cités.

#### I. La recherche de renseignements et d'informations par les autorités

##### a) *En droit fiscal*

4. Le Code des Impôts sur les Revenus 1992 (CIR 92) contient plusieurs dispositions applicables en matière de renseignements<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> L'Etat s'entend ici de l'Etat en matière générale, quelle que soit le niveau de pouvoir qui entend user des instruments développés ici.

<sup>9</sup> Il existe d'autres textes légaux similaires dans d'autres domaines de la fiscalité pourra orienter ses recherches vers les articles 61, § 1, al 1<sup>er</sup> et 62 bis du Code de la TVA, les articles 96, 97 et 100 du Code des droits de succession, l'article 183 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, l'article 203, § 1<sup>er</sup> de la Loi générale sur les douanes et accises ou encore l'article 205/1 du Code des droits et taxes divers. Quant à la doctrine, nous renvoyons à T. AFSCHRIFT, « *La levée du secret bancaire fiscal* », Cahiers de fiscalité pratique, Larcier, 2011, p.9.

Avant d'examiner deux dispositions emblématiques de ce Code (les articles 318 et 327) qui concernent la recherche d'informations auprès des tiers, rappelons de manière générale, que les pouvoirs d'investigation du fisc vis-à-vis du contribuable<sup>10</sup> consistent essentiellement en la communication par le contribuable, sans déplacement, de tous les livres et documents nécessaires à la détermination du montant des revenus imposables, des dossiers d'analyse, de programmation et d'exploitation du système utilisé, la fourniture par écrit de tous les renseignements réclamés en vue de vérifier la situation fiscale du contribuable, le libre accès, à toutes les heures où une activité s'y exerce, aux locaux professionnels du contribuable, etc.<sup>11</sup>

Plus spécifiquement, l'article 318 dudit Code dispose que "(...) l'administration n'est pas autorisée à recueillir, dans les comptes, livres et documents des établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne, des renseignements en vue de l'imposition de leurs clients.

*Si cependant, l'enquête effectuée sur base des articles 315, 315bis, 315ter et 316 (relatifs aux obligations du contribuable) a fait apparaître des éléments concrets permettant de présumer l'existence ou la préparation d'un mécanisme de fraude fiscale, le fonctionnaire désigné à cette fin par le Ministre des Finances peut prescrire à un fonctionnaire du grade d'inspecteur au moins, de relever dans les comptes, livres et documents de l'établissement, les renseignements permettant de compléter l'enquête et de déterminer les impôts dus par ce client".*

5. La question s'est posée de savoir ce qu'il convenait d'entendre par « *mécanisme de fraude fiscale* ». Objet de nombreuses évolutions de définitions et d'interprétations<sup>12</sup>, qu'il s'agisse d'établir en quoi consiste un mécanisme, et sa nécessité d'avoir un comportement répété, ou de définir l'élément intentionnel, dont la présomption doit reposer sur des éléments concrets, on retiendra qu'il recouvre « *le mécanisme mis en place par un établissement de crédit ou une société de Bourse... (qui) implique une complicité de l'établissement et du client dans un but de fraude fiscale* »<sup>13</sup>.

Il n'est pas nécessaire de prouver que le mécanisme a eu pour but de favoriser la fraude fiscale ou que le tiers a méconnu ses obligations en matière d'impôts, il suffit que le mécanisme puisse avoir un tel effet. La complicité de la banque au délit n'est pas indispensable.

6. Autre disposition régulièrement utilisée par l'administration fiscale dans sa recherche de renseignements, l'article 327 CIR dispose que "*Les services administratifs de l'Etat, y compris les parquets et les greffes des Cours et de toutes les juridictions, les administrations des Communautés, (...) sont tenus, lorsqu'ils en sont requis par un fonctionnaire chargé de l'établissement ou du recouvrement des impôts, de lui fournir tous renseignements en leur possession, de lui communiquer, sans déplacement, tous actes, pièces, registres et documents quelconques qu'ils détiennent et de lui laisser prendre tous renseignements, copies ou extraits que ledit fonctionnaire juge nécessaires pour assurer l'établissement ou la perception des impôts établis par l'Etat.*

*Toutefois, les actes, pièces, registres, documents ou renseignements relatifs à des procédures judiciaires ne peuvent être communiqués ou copiés sans l'autorisation expresse du ministère public."*

---

<sup>10</sup> Repris au chapitre II du titre VII du CIR 92

<sup>11</sup> J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E ; ROGER FRANCE, « *Droit pénal des affaires* », Bruylant, Bruxelles, 2005, p.752.

<sup>12</sup> T. AFSCHRIFT, « *La levée du secret bancaire fiscal* », op.cit., p.48.

<sup>13</sup> T. AFSCHRIFT, « *La levée du secret bancaire fiscal* », op.cit., p.55.

Dans l'éventualité où un juge d'instruction ou le parquet aurait recueilli des informations dans le cadre d'une procédure répressive, il suffit donc d'une demande de l'administration fiscale et l'autorisation expresse et préalable du procureur fédéral, du procureur général ou de l'auditeur général, pour que le fisc ait accès au dossier répressif<sup>14</sup>.

Qui plus est, si l'on suit l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 octobre 1980<sup>15</sup>, la décision d'autorisation n'est même pas susceptible de recours, ni devant les tribunaux, ni devant le Conseil d'Etat<sup>16</sup>.

*b) En droit de la procédure pénale*

**7.** Outre le Code d'Impôts sur les Revenus, on peut mentionner l'article 46 quater du Code d'Instruction Criminelle pour trouver une disposition complémentaire.

Ainsi, «*en recherchant les crimes et les délits, le procureur du Roi peut requérir, s'il existe des indices sérieux que les infractions peuvent donner lieu à une peine d'emprisonnement correctionnel principal d'un an ou à une peine plus lourde, les renseignements suivants :*  
*a) la liste des comptes bancaires, des coffres bancaires ou des instruments financiers tels que définis à l'article 2, 1°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, dont le suspect est le titulaire, le mandataire ou le véritable bénéficiaire et, le cas échéant, toutes les données à ce sujet;*  
*b) les transactions bancaires qui ont été réalisées pendant une période déterminée sur un ou plusieurs de ces comptes bancaires ou instruments financiers, y inclus les renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur;*  
*c) les données concernant les titulaires ou mandataires qui, pendant une période déterminée, ont ou avaient accès à ces coffres bancaires».*

*c) En droit préventif du blanchiment*

**8.** La loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, impose aux professions financières et à certains professionnels désignés une obligation de dénonciation et de collaboration avec les autorités aux destinataires de la loi lorsque ceux-ci savent ou soupçonnent qu'une opération à exécuter est liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme.

Plus spécifiquement, l'article 28 précise cette obligation en ce qui concerne la fraude fiscale grave, organisée ou non<sup>17</sup>. Il stipule que les destinataires de la loi, lorsqu'ils soupçonnent qu'un fait ou une opération est susceptible d'être livré au blanchiment de capitaux provenant de la fraude fiscale grave,

---

<sup>14</sup> Sur le sujet : J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E ; ROGER FRANCE, « *Droit pénal des affaires* », op.cit., p.769.

<sup>15</sup> C.E., 24 octobre 1980, *Bull. Contr.*, 1981, n°596, p.1196 cité in T. AFSCHRIFF, « *La levée du secret bancaire fiscal* », op.cit., p.69.

<sup>16</sup> T. AFSCHRIFF, « *La levée du secret bancaire fiscal* », op.cit., p.69.

<sup>17</sup> Cette infraction est définie dans la deuxième partie de cette contribution, au point 38, dans la section relative à la fraude fiscale.

organisée ou non, doivent en informer immédiatement la Cellule de Traitement des Informations Financières (l'article fait également référence à une liste d'indicateurs, figurant dans l'arrêté royal du 3 juin 2007, à même d'emmener ses destinataires à avoir des soupçons).

## II. L'échange de renseignements entre les administrations fiscales

**9.** A ce panel assez large de méthodes d'investigation dont disposent les autorités, il faut aussi mentionner l'échange de renseignements prévu par l'article 335 du Code des Impôts sur les Revenus aux termes duquel *"toutes les administrations qui ressortissent du Service public fédéral Finances sont tenues de mettre à disposition de tous les agents dudit Service public régulièrement chargés de l'établissement et du recouvrement des impôts tous les renseignements adéquats, pertinents et non excessifs en leur possession, qui contribuent à la poursuite de la mission de ces agents en vue de l'établissement ou du recouvrement de n'importe quel impôt établi par l'Etat.*

*Tout agent du Service public fédéral Finances, régulièrement chargé d'effectuer un contrôle ou une enquête, est de plein droit habilité à prendre, rechercher ou recueillir les renseignements adéquats, pertinents et non excessifs, qui contribuent à assurer l'établissement ou le recouvrement de n'importe quel autre impôt établi par l'Etat".*

Il est dès lors possible pour un fonctionnaire d'investiguer sur un impôt autre que celui pour lequel il est officiellement compétent. Ainsi, n'importe quel agent de l'administration fiscale peut transmettre des informations recueillies par lui à d'autres administrations fiscales, qui pourront en faire usage pour d'autres impôts.

**10.** Cette possibilité d'échange systématique sans demande préalable soulève une question quant au respect par l'administration du droit au respect de la vie privée. Ce droit est garanti par les articles 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme, 22 de la Constitution et par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

La loi du 8 décembre 1992 impose des conditions strictes dans l'utilisation par le fisc des données à caractère personnel des contribuables<sup>18</sup>.

Il s'agit notamment de l'obligation de notification aux intéressés de l'existence de traitement de données à caractère personnel dans leur chef, du respect du principe de proportionnalité, du principe selon lequel le traitement des données doit être effectué de manière licite et loyale, que ce traitement des données ne doit être opéré que lorsqu'il est guidé par des intérêts légitimes comme l'existence de soupçons avérés dans le chef de contribuables parfaitement déterminés, etc.<sup>19</sup>

Ces conditions ne sont manifestement pas toutes respectées par l'article 335 CIR. La conformité de cette dernière disposition avec les principes du droit au respect de la vie privée pourrait être discutée.

---

<sup>18</sup> T. AFSCHRIFT, op.cit. p.75

<sup>19</sup> Voy art 4 de la loi di 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

### III. Les personnes visées sous le vocable d'« autorités belges »

**11.** Il est important de pouvoir délimiter qui est habilité à demander ou transmettre des renseignements relatifs à la situation bancaire des particuliers. Si ce vocable peut paraître simple, on constate qu'il désigne en réalité de nombreuses personnes. Ces autorités varient selon le fondement réglementaire invoqué.

*a) Dans les dispositions fiscales citées ci-dessus (n°4 à 6) pour la recherche de renseignements*

**12.** La loi-programme du 20 juillet 2006 indique que la personne compétente pour requérir les données bancaires relatives à un contribuable déterminé auprès de sa banque est un fonctionnaire de l'administration fiscale. Cette loi a mis fin au système en vigueur auparavant qui disposait que jusqu'à trois fonctionnaires différents pouvaient intervenir pour la désignation du fonctionnaire chargé de solliciter ses données.

L'arrêté ministériel du 29 août 2006<sup>20</sup> a précisé quel était le fonctionnaire de l'administration fiscale visé, à savoir « *le directeur des contributions dont relève le service qui a effectué l'enquête* ». Ce qui a fait dire à certains que le ministre avait ainsi désigné un nombre élevé de fonctionnaires, ce qui revenait à priver d'une bonne partie de son effectivité le contrôle hiérarchique initialement instauré<sup>21</sup>. Cet arrêté pourrait être considéré comme illégal, car le ministre n'a pas désigné un fonctionnaire déterminé mais un nombre important de personnes distinctes, ce que le texte légal d'habilitation ne permet pas.

**13.** En cas de contrôle de la situation fiscale de la banque elle-même, il n'est pas envisageable que des fonctionnaires demandent explicitement des renseignements quant à des clients déterminés. Si jamais cela s'avérait nécessaire pour évaluer la situation de la banque, ces renseignements ne pourraient pas être utilisés pour imposer ces clients ou des tiers, ni pour être considérés comme des indices de fraude<sup>22</sup>.

*b) Dans les dispositions en droit de la procédure pénale (n°7)*

**14.** En vertu de l'article 46 quater C.I.C., le procureur du Roi peut requérir un certain nombre de renseignements. En la matière, ces pouvoirs sont relativement importants. A condition qu'il y ait des indices sérieux que l'infraction puisse donner lieu à un emprisonnement minimum d'un an, le Parquet peut disposer de tous les renseignements bancaires relatifs à la personne suspectée.

Le Procureur peut même requérir l'observation des transactions sur un compte et le blocage de celui-ci. Les banques sont tenues de lui prêter leur concours.

Il en va de même pour le juge d'instruction. Si celui-ci entend saisir des documents relatifs aux clients du banquier, ce dernier ne peut se retrancher derrière son devoir de discrétion. Le banquier n'étant en effet, en Belgique, contrairement au Luxembourg, pas couvert par l'article 458 du Code Pénal, couvrant le secret

---

<sup>20</sup> Moniteur belge, 5 septembre 2006.

<sup>21</sup> T. AFSCHRIFT, op.cit., p.57

<sup>22</sup> T. AFSCHRIFT, op.cit., p.58.



professionnel<sup>23</sup> (et quand bien même ce serait le cas, nous sommes ici en présence d'une exception légale, autorisée par l'article 458 CP).

*c) Dans l'échange d'informations en matière de lutte contre le blanchiment (n°8)*

**15.** Une entité joue un rôle important dans la transmission d'informations sur la situation de certains contribuables : la Cellule de traitement des informations financières (CETIF).

La CETIF a été instituée par la loi du 11 janvier 1993. Elle constitue une autorité administrative indépendante, dotée de la personnalité juridique, chargée du traitement et de la transmission d'informations, en vue de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Elle peut se faire communiquer par une longue série d'organismes et d'autorités<sup>24</sup> tous les renseignements complémentaires à ceux qui lui ont déjà été transmis et qu'elle juge utiles à sa mission<sup>25</sup>.

Elle peut également interroger et questionner les personnes assujetties à cette législation.

De par son rôle préventif dans la prévention d'infractions de blanchiment, la Cellule peut, entre autres missions, si elle constate une infraction<sup>26</sup> à la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, informer les autorités de contrôles ou de tutelle ou les autorités disciplinaires afin que celles-ci puissent prendre les dispositions utiles et notamment imposer des sanctions administratives ou surtout, transmettre les informations au Parquet.

## **B. Législation internationale**

**16.** En matière de normes internationales, les outils à disposition des autorités sont également nombreux. Nous évoquerons l'échange d'informations fiscales, d'abord en droit européen, puis eu égard aux autres normes de droit internationales, et en particulier au regard des normes OCDE en la matière.

### **I. En droit européen**

*a) Considérations générales*

---

<sup>23</sup> Ce point sera abordé dans la deuxième partie de notre exposé (point n°27)

<sup>24</sup> On pense ici aux organismes étrangers accomplissant la même mission qu'elle, l'Office européen de lutte antifraude de la Commission Européenne, aux autorités judiciaires, aux services de police, etc.

<sup>25</sup> Art 22 § 2 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme. Voir également : J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E ; ROGER FRANCE, « *Droit pénal des affaires* », op.cit., p.491.

<sup>26</sup> Des indices sérieux de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme suffisent. J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E ; ROGER FRANCE, « *Droit pénal des affaires* », op.cit., p.493.

**17.** L'arsenal législatif belge n'est pas le seul à pouvoir être utilisé par nos autorités pour investiguer sur les clients belges. L'Europe a également contribué à renforcer les pouvoirs d'investigation des diverses autorités de contrôle de ses membres.

Avant d'examiner l'une des dernières directives en date<sup>27</sup> pour lutter contre la fraude fiscale<sup>28</sup>, en l'occurrence la directive 2014/107/EU<sup>29</sup>, il faut encore rappeler que si l'on pense bien souvent en premier lieu aux textes touchant à la fraude fiscale, au blanchiment, et à l'échange d'informations, d'autres règlements, tel que celui sur le terrorisme, peuvent être utilisés pour obtenir des informations sur les clients des institutions financières.

A titre d'exemple, le règlement n° 881/2002<sup>30</sup> instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées au réseau Al-Qaida ou aux dispositions nationales prises en application de la directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, pourrait être utilisé si une institution bancaire (ou une personne physique ou morale, une entité ou un organisme), pouvait être soupçonnée d'aider Al-Qaida.

*b) La Directive 2014/107/EU en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.*

*i. Introduction*

**18.** L'Organisation de coopération et de développement économique lutte depuis longtemps contre l'évasion fiscale, notamment via une Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers. La directive 2014/107/UE, en vigueur depuis le 5 janvier 2015, met en place cette norme mondiale de l'OCDE dans l'Union Européenne.

Elle amende la directive 2011/16/UE<sup>31</sup> du Conseil et pose plusieurs principes en préambule :

---

<sup>27</sup> D'autres textes auraient pu être envisagés, telle la Directive 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (J.O., 5 juin 2015) ou le Règlement 2015/847 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds, tous les deux publiés au Journal Officiel de l'Union Européenne le 5 juin 2015 (J.O., 5 juin 2015).

<sup>28</sup> Il existe de nombreux autres textes dont les commentaires doctrinaux et la jurisprudence ont contribué à développer la matière de l'échange d'informations : la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts, la directive 2005/60/EC relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ou encore la directive 2011/16/UE relative à la coopération administrative entre les Etats membres de l'Union européenne en matière fiscale.

<sup>29</sup> Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal

<sup>30</sup> J.O. 29 mai 2002, p.9

<sup>31</sup> 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 (J.O., 11 mars 2001)

- Si l'échange automatique et obligatoire d'informations entre les États membres pour certaines catégories de revenus et de capitaux, était déjà prévu, actuellement, compte tenu des possibilités accrues d'investissement à l'étranger, les instruments existant de coopération administrative dans le domaine fiscal sont devenus moins efficaces.

- Il faut anticiper l'extension de l'échange automatique d'informations en ce qui concerne les personnes résidant dans d'autres États membres. Une initiative de l'Union garantira, une approche cohérente, systématique et globale.

- Le fait que les États membres ont conclu ou sont sur le point de conclure des accords avec les États-Unis au titre de FATCA<sup>32</sup> signifie que ces États membres offrent ou offriront une coopération plus étendue.

- La conclusion d'accords parallèles et non coordonnés par les États membres pourrait conduire à des distorsions qui nuiraient au bon fonctionnement du marché intérieur. Grâce à l'extension de l'échange automatique d'informations sur la base d'un instrument législatif au niveau de l'Union, les États membres n'auraient plus besoin de conclure sur le même sujet les accords bilatéraux ou multilatéraux qu'ils jugeraient utiles en l'absence de législation européenne pertinente.

- Chaque État membre ne devrait disposer en principe que d'une seule liste d'institutions financières non déclarantes et de comptes exclus<sup>33</sup>, déterminés au niveau national, qu'il utilisera aussi bien pour mettre en œuvre la directive que pour appliquer d'autres accords mettant en œuvre la norme mondiale.

- Les informations financières qui doivent être communiquées et échangées devraient non seulement concerner tous les revenus pertinents (intérêts, dividendes et types analogues de revenus), mais aussi les soldes de comptes et produits de ventes d'actifs financiers, afin de traiter les cas de figure dans lesquels un contribuable cherche à dissimuler des capitaux qui correspondent à un revenu ou des actifs sur lesquels l'impôt a été éludé.

## ii. Les ajouts de la Directive

**19.** Au vu de ces constats, quels sont les ajouts les plus marquants, ceux qui serviront aux autorités belges dans leur recherche d'informations sur les fraudeurs ?

**Premièrement**, l'ajout d'un paragraphe 3 bis à l'article 8, lequel touche au champ d'application et aux conditions de l'échange automatique et obligatoire d'informations.

Ce paragraphe détaille, pour quatre catégories de comptes (compte déclarable, conservateur, de dépôt ou non repris dans une de ces trois catégories), les informations à fournir dans le cadre de l'échange d'informations entre les autorités compétentes de deux États membres (et ce pour les périodes d'imposition à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016).

---

<sup>32</sup> Le FATCA est une loi américaine de transmission d'informations fiscales des résidents américains, par les administrations étrangères à l'administration américaine. Il est développé au point 21.

<sup>33</sup> Sont visés ici les comptes exclus de la Directive et les institutions financières qui ne sont pas reprises dans la Directive comme des institutions devant déclarer des comptes

Parmi les informations à fournir, on retrouve, en fonction du compte, les renseignements suivants :

- Pour le compte déclarable : le nom, l'adresse, la date et le lieu de naissance, le numéro de compte, le nom et le numéro d'identification de l'Institution financière déclarante, le solde ou la valeur portée sur le compte, etc.
- Pour le compte conservateur: le montant brut total des intérêts, le montant brut total des dividendes et le montant brut total des autres revenus produits par les actifs détenus sur le compte, le produit brut total de la vente ou du rachat des Actifs financiers versés ou crédités sur le compte au cours d'une année au titre de laquelle l'Institution financière déclarante a agi en tant que dépositaire, courtier, prête-nom ou représentant du Titulaire du compte, etc.
- Pour le compte de dépôt : le montant brut total des intérêts versés ou crédités sur le compte au cours de l'année civile ou d'une autre période de référence adéquate.
- dans le cas d'un compte qui n'est pas visé aux points précédents, le montant brut total versé au Titulaire du compte ou porté à son crédit au titre de ce compte, etc.

**Deuxièmement**, l'ajout d'un paragraphe 7 bis à l'article 8, toujours en matière de champ d'application de l'échange d'informations, lequel dispose que chaque Etat Membre doit communiquer à la Commission, pour le 31 juillet 2015, la liste des entités et des comptes qui doivent être considérés respectivement comme des Institutions financières non déclarantes et des Comptes exclus.

**Troisièmement**, l'ajout d'un paragraphe 2 bis à l'article 25, lequel traite de la protection des données, qui concerne l'obligation pour les institutions financières d'informer les personnes physiques concernées par une transmission d'informations, conformément à la législation interne et dans un délai suffisant pour que le concerné puisse faire valoir ses droits.

**Enfin**, l'article 2 de la Directive dispose que pour le 31 décembre 2015 au plus tard, les États membres doivent avoir adopté et publié les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive. Ils doivent appliquer ces dispositions à partir du 1er janvier 2016<sup>34</sup>.

On le voit grâce à cette directive, l'Union poursuit ses efforts pour la coordination des législations anti-fraude fiscale et ne cesse de se donner les moyens de ses ambitions.

## II. Autres normes internationales en matière d'échange d'informations

**20.** D'autres normes méritent encore d'être mentionnées pour parfaire le tour d'horizon en la matière : le FACTA américain et la Convention Fiscale de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE).

### a) FATCA

---

<sup>34</sup> A notre connaissance, cette transposition n'a pas encore été faite ni en droit belge, ni en droit luxembourgeois.

**21.** Le FATCA<sup>35</sup> (Foreign Account Tax Compliance Act) américain du 18 mars 2010, ratifié par la Belgique et le Luxembourg respectivement le 23 avril et le 28 mars 2014<sup>36</sup>, prévoit la communication automatique à l'administration fiscale américaine des avoirs détenus par des résidents américains dans des comptes bancaires, où qu'ils soient ouverts.

Seul le Luxembourg a cependant transposé l'accord en loi, le 24 juillet 2015<sup>37</sup>. L'accord n'a pas encore été transposé en droit interne belge, bien que les autorités fiscales préparent une circulaire sur le sujet<sup>38</sup>.

En 2010, afin de combattre la fraude fiscale, l'adoption du FATCA a permis aux Etats-Unis d'imposer des sanctions efficaces contre les banques refusant de leur fournir les informations financières de leurs citoyens. Parmi ces sanctions ; le retrait pur et simple de la licence leur permettant d'exercer sur le marché bancaire américain au niveau le plus extrême ou divers degrés d'importantes amendes.

#### *b) L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques*

**22.** Nous pouvons retenir deux actions de l'OCDE : son Modèle de Convention et le Projet BEPS.

Si l'OCDE a plusieurs instruments juridiques à sa disposition pour lutter contre la fraude fiscale, tous ne sont pas juridiquement contraignants. Le Modèle de Convention Fiscale citée ci-dessous est utilisé par nombre d'Etats Membres de l'OCDE et le Modèle belge en est fort proche mais comme l'indique son nom, il s'agit d'un modèle et il n'est donc pas automatiquement contraignant (contrairement au FATCA américain<sup>39</sup>).

Les instruments adoptés par l'OCDE ont cependant suffisamment de portée, ne serait-ce que symboliquement, pour que nous les citions.

**23.** En particulier, il convient de mentionner l'Article 26 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE<sup>40</sup> sur l'échange de renseignements, qui fait figure de référence parmi les instruments internationaux

---

<sup>35</sup> Public Law- 111-147, 18 mars 2010.

<sup>36</sup> <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Belgium-4-23-2014.pdf> et <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Luxembourg-3-28-2014.pdf>.

<sup>37</sup> Et publiée le 29 juillet 2015.

<sup>38</sup> O. HERMAND, P.DELACROIX, S. MARTIN, *«Le common reporting standard de l'OCDE, partie intégrante du paysage européen (partie I)»*, R.G.F., 2015/2, p.11

<sup>39</sup> Le fait que l'accord entre les USA et la Belgique n'ait pas encore été transposé en droit interne belge ne signifie pas que cet accord n'est pas contraignant.

<sup>40</sup> « **1.** Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des États contractants, de leurs subdivisions politiques ou de leurs collectivités locales dans la mesure où l'imposition qu'elles prévoient n'est pas contraire à la Convention. L'échange de renseignements n'est pas restreint par les articles 1 et 2.

**2.** Les renseignements reçus en vertu du paragraphe 1 par un État contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet État et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'établissement ou le

d'échange d'informations fiscales<sup>41</sup>. Il régit les échanges de renseignements aux fins de recouvrement des impôts, et ce aux fins d'une procédure amiable. Malheureusement, l'efficacité de cet article a souvent été restreinte, en raison des réserves formulées par certains Etats quant à sa portée<sup>42</sup>.

Cet article ne constitue cependant qu'un pan des efforts de l'OCDE dans le domaine de la lutte contre l'évasion fiscale et l'échange de renseignements, efforts dont les développements récents méritent d'être mentionnés<sup>43</sup>. Nous nous concentrerons ici sur le projet BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) lancé par l'OCDE en 2013, et basé sur deux constats, « *les règles fiscales paraissent, sur de nombreux points, en inadéquation avec la réalité économique actuelle (...) et la conviction que certains contribuables parviennent à échapper à l'impôt est considérée comme une menace pour la stabilité des systèmes fiscaux* »<sup>44</sup>.

**24.** Le « Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfiques », caractéristique du projet BEPS, énumère quinze actions, regroupées autour de 3 piliers : la cohérence (éviter les asymétries entre les systèmes fiscaux), la substance (le déplacement des bénéfiques soumis à l'imposition dans un autre pays que celui où a lieu la majorité de l'activité du contribuable) et la transparence (la détection des abus par les administrations fiscales).

Par ailleurs, les Etats Membres de l'OCDE ont convenu le 29 octobre 2013, lors du « Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales » de mettre en œuvre une Norme d'Echange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers (Common Reporting Standards- CRS).

Cette norme, inspirée du FATCA américain, comporterait deux aspects ; la conclusion d'un traité entre Etats concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales internationales puis, pour rendre possible cet échange, la transposition des règles édictées dans la CRS dans l'ordre interne de chaque Etat<sup>45</sup>.

---

*recouvrement des impôts mentionnés au paragraphe 1, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts, par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts, ou par le contrôle de ce qui précède.*

*Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins.*

*Elles peuvent révéler ces renseignements au cours d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements.*

*Nonobstant ce qui précède, les renseignements reçus par un État contractant peuvent être utilisés à d'autres fins lorsque cette possibilité résulte des lois des deux États et lorsque l'autorité compétente de l'État qui fournit les renseignements autorise cette utilisation (...) 5. En aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux-ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent ou fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne ».*

<sup>41</sup> Pour un commentaire détaillé de cet article, nous renvoyons au site de l'OCDE et plus particulièrement à la « Mise à jour de l'article 26 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE et du commentaire s'y rapportant », Adopté par le Conseil de l'OCDE le 17 juillet 2012, OCDE, [www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/120718\\_Article\\_26-FR.pdf](http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/120718_Article_26-FR.pdf)

<sup>42</sup> T. AFSCHRIFT, op.cit., p.153

<sup>43</sup> E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « *L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents* », in Revue Générale du Contentieux Fiscal, 2015/1, p.5

<sup>44</sup> E. TRAVERSA et M. POSSOZ, op.cit., p.5

<sup>45</sup> E. TRAVERSA et M. POSSOZ, op.cit., p.21

**25.** La CRS ne prévoit que l'échange d'informations des données bancaires. Ne feront donc pas partie des comptes bancaires visés, à condition qu'une série de conditions soient remplies, les comptes de retraite ou de pension. Par ailleurs, pour les personnes morales, la CRS prévoit la déclaration des comptes d' « entité », elle-même détenue par des personnes physiques résidents de l'autre Etat.

Les renseignements suivants, à transmettre par les institutions financières à leurs Etats d'établissement, doivent être communiqués automatiquement : les noms, adresses, dates et lieux de naissance des résidents de l'autre Etat détenant un compte dans une institution financière établie sur le territoire, le numéro du compte, le solde ou la valeur portée en compte, le montant brut des intérêts, des dividendes et des revenus produits par les actifs détenus par le compte ou encore, le produit brut total de la vente ou du rachat d'un bien versé ou crédité sur le compte.

La Belgique et le Luxembourg se sont engagés à procéder aux premiers échanges d'ici 2017<sup>46</sup>.

A partir de 2017, les informations collectées à partir de l'année précédente seront transmises entre les juridictions de chaque pays compétentes pour ce faire.

Comme l'indiquent Mrs. Possoz et Traversa<sup>47</sup>, « *si elles sont mises en œuvre, ces dispositions auront un impact considérable sur l'échange d'informations transfrontalières (...) En effet, on imagine mal comment des administrations fiscales pourraient se contenter d'avoir accès aux seules informations relatives aux comptes domestiques des non-résidents et aux comptes étrangers de leurs résidents sans pouvoir faire de même pour les comptes domestiques de leurs résidents (...) (Mais) cette transposition ne se fera pas sans mal (car) l'OCDE ne tient nullement compte des obstacles juridiques internes lorsqu'elle émet des recommandations. Or ces obstacles ont, généralement, une valeur juridique supérieure aux lois que l'OCDE demande aux législateurs nationaux d'adopter* ».

**26.** Comme l'a démontré cet aperçu des normes existantes en la matière, les autorités disposent d'une gamme de choix étendue pour obtenir les informations fiscales qui les intéressent. Tant pour la recherche que pour l'échange des informations, tant en droit belge que dans les dispositions supranationales, dans le domaine du droit fiscal, de la procédure pénale ou du droit préventif du blanchiment, tout est fait pour faciliter la recherche du fraudeur.

Rien n'indique que les moyens mis à disposition des Etats sont sur le point de tarir. L'adoption de la Directive 2014/107/CE le prouve encore, avec l'extension du champ d'application de la Directive quant aux comptes qu'elle vise et quant à l'échange d'informations.

La question du « comment investiguer » posée en début de section est donc plus une question de choix du moyen le plus adéquat à utiliser qu'une question relative à la manière d'investiguer.

Les personnes pouvant avoir accès aux informations fiscales des contribuables sont nombreuses (fonctionnaire de l'administration fiscale, procureur du roi, juge d'instruction) et leurs droits toujours plus

---

<sup>46</sup> E. TRAVERSA et M. POSSOZ, op.cit., p.23

<sup>47</sup> E. TRAVERSA et M. POSSOZ, op.cit., p.23

étendus (on peut rappeler, par exemple, le fait que le procureur du roi peut requérir, sous certaines conditions, de disposer de tous les renseignements bancaires relatifs à un suspect). On peut légitimement s'inquiéter de dérives possibles lorsque tant de personnes ont tant de pouvoirs, le client belge restera donc vigilant.

La section suivante abordera les risques encourus dans l'éventualité où l'Etat se décidait à poursuivre le fraudeur ou ses conseillers.



## II. QUELS SONT LES RISQUES ENCOURUS PAR LES CONTRIBUABLES ET LEURS CONSEILLERS INTERNES ET EXTERNES EN DROIT PENAL BELGE ?

---

**27.** Dans cette section, nous nous attacherons à décrire les risques encourus par les fraudeurs et leurs conseillers au regard du droit pénal, en reprenant les diverses infractions pour lesquelles ils pourraient être poursuivis.

Tout comme pour les moyens d'investigation, la liste des infractions imputables aux contribuables ou aux conseillers est longue. Nous n'en avons donc repris que quelques-unes d'entre elles à titre exemplatif : la violation du secret professionnel, le blanchiment, la fraude fiscale et l'abus de biens sociaux.

Chacune de ces infractions mériterait un examen approfondi, ce que ne nous permet pas la présente contribution. Nous n'aborderons ici à chaque fois que le texte légal en l'entourant de quelques commentaires.

**28.** Au préalable, il convient de faire une remarque et un rappel.

Si de nombreuses lois particulières rendent applicables aux infractions qu'elles instituent les règles de la participation et les circonstances atténuantes, dérogeant en cela à l'article 100 du Code Pénal<sup>48</sup>, il n'en va pas toujours de même en droit pénal des affaires.

Là, le principe de la différenciation des sanctions entre auteur et complice, que connaît encore le droit belge, y a parfois été abandonné, aggravant ainsi la situation des complices<sup>49</sup>.

**29.** Les composantes classiques de toute infraction ne changent cependant pas. Pour exister, l'infraction pénale requiert trois éléments : l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral<sup>50</sup>.

Il faut un texte légal qui consacre l'infraction pour qu'elle existe. Cela découle du principe de légalité des délits et des peines. L'élément matériel est un comportement d'omission ou de commission perceptible de l'extérieur, considéré comme une violation ou une mise en danger des valeurs ou des biens protégés par la loi<sup>51</sup>. L'élément moral, enfin, est la composante subjective, la connaissance de ce qu'on a commis une infraction.

En certains cas, la démonstration d'un dol sera également nécessaire. Celui-ci est « *la conscience et la volonté et d'adopter le comportement incriminé et de commettre ainsi l'acte interdit par la loi* »<sup>52</sup>.

Le dol spécial quant à lui requiert en plus une intention particulière, en règle, exigée dans le texte de loi.

---

<sup>48</sup> « A défaut de dispositions contraires dans les lois et règlements particuliers, les dispositions du premier livre du présent code seront appliquées aux infractions prévues par ces lois et règlements, à l'exception du chapitre VII (...) »

<sup>49</sup> J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E ; ROGER FRANCE, « *Droit pénal des affaires* », op.cit., p.36.

<sup>50</sup> J-P BUYLE & B. DESSART, « *La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise* », in *Le Droit pénal financier en marche*, Cahiers AEDBF, Anthémis, 2008.

<sup>51</sup> Cass., 2 novembre 1993, J .T., 1994, p.248 cité par <sup>51</sup> J-P Buyle & B. Dessart, « *La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise* », op.cit.

<sup>52</sup> D. VANDERMEERSCH, « *Eléments de droit pénal et de procédure pénale* », 2èd., Bruxelles, La Charte, 2006, p.128 cité dans <sup>52</sup> J-P BUYLE & B. DESSART, « *La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise* », op.cit.

## A. Violation du secret professionnel

30. L'hypothèse à laquelle nous faisons référence est la question de savoir si le conseiller d'un contribuable peut être poursuivi pénalement en cas de transmission d'informations le concernant au fisc. Nous pensons d'abord à son banquier.

31. Reprise à l'article 458 du Code Pénal, cette infraction indique que « *Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent [euros] à cinq cents [euros].* »

Suite à l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 octobre 1978<sup>53</sup>, tout risque pour le banquier de se voir accusé de violation du secret professionnel a disparu.

En l'espèce, la Cour avait dû se prononcer sur la question de savoir si l'article 458 du Code Pénal, protégeant le secret professionnel, était ou non, applicable aux banquiers.

32. C'est par la négative que la Cour a répondu en établissant que « *l'article 458 du Code Pénal s'applique à tous ceux qui, par état ou par profession, sont dépositaires des secrets qu'on leur confie ; son application ne peut s'étendre à ceux qui sont seulement tenus à un devoir de discrétion, ni la nature des fonctions exercées par les banquiers, ni aucune disposition légale ne confère à ceux-ci la qualité de personne tenue au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code Pénal*<sup>54</sup>»

Il y a donc distinction entre les personnes dépositaires de secrets par nécessité et celles soumises à un devoir de discrétion par utilité, dont font partie les banquiers. On ne pourra donc pas imputer de faute pénale au banquier violant son devoir de discrétion, tout au plus une faute civile.

Cela ne signifie évidemment pas qu'il n'existe pas de secret bancaire, celui-ci ayant été consacré dans d'autres textes<sup>55</sup>, uniquement qu'il n'existe pas de secret professionnel consacré pour le banquier en droit pénal. Mais comme le font remarquer trois auteurs<sup>56</sup>, « *cette absence de secret professionnel au sens strict est, à priori d'une importance secondaire en matière d'impôts sur les revenus, compte tenu des règles particulières que contient le Code des impôts sur les revenus* ».

Précisons que cette absence de secret professionnel avait déjà été reconnue pour les agents de change et les conseillers fiscaux. La Cour de Cassation avait jugé en 1966 déjà que ceux-ci n'y étaient pas soumis<sup>57</sup>.

Par contre, l'avocat du contribuable pourrait être poursuivi en cas de transmission d'une information confidentielle aux autorités, sans y être autorisé.

---

<sup>53</sup> Cass., 25 octobre 1978, Pas. 1979, I, p.237

<sup>54</sup> Cass., 25 octobre 1978, op.cit., p.238

<sup>55</sup> Par exemple, en matière de T.V.A. avec les articles 61 et 62 du Code de la T.V.A., en matière de droits d'enregistrement avec l'article 183 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, ou en matière de douanes et accises avec l'article 203 de la Loi générale sur les douanes et accises.

<sup>56</sup> J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E. ROGER FRANCE, « *Droit pénal des affaires* », op.cit., p.767.

<sup>57</sup> Cass., 26 sept.1966, Pas., 1967, I, 89 ; Cass., 16 mai 1977, Pas., 1977, I, 94, cité in J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E. ROGER FRANCE, « *Droit pénal des affaires* », op.cit., p.767.

## B. Blanchiment d'argent<sup>58</sup>

**33.** Le blanchiment est repris à l'article 505 du Code Pénal et se classe en trois catégories :

« 1° ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ;

2° ceux qui auront acheté, reçu en échange ou à titre gratuit, possédé, gardé ou géré des choses visées à l'article 42, 3°, alors qu'ils connaissaient ou devaient connaître l'origine de ces choses au début de ces opérations;

3° ceux qui auront converti ou transféré des choses visées à l'article 42, 3°, dans le but de dissimuler ou de déguiser leur origine illicite ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la réalisation de l'infraction d'où proviennent ces choses, à échapper aux conséquences juridiques de ses actes ;

4° ceux qui auront dissimulé ou déguisé la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété des choses visées à l'article 42, 3°, alors qu'ils connaissaient ou devaient connaître l'origine de ces choses au début de ces opérations.

*(Sauf à l'égard de l'auteur, du coauteur ou du complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°, les infractions visées à l'alinéa 1er, 2° et 4°, ont trait exclusivement, en matière fiscale, à des faits commis dans le cadre [ de fraude fiscale grave, organisée ou non].*

*Les organismes et les personnes visés aux articles 2, 2bis et 2ter de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, peuvent se prévaloir de l'alinéa précédent dans la mesure où, à l'égard des faits y visés, ils se sont conformés à l'obligation prévue à l'[ article 28] de la loi du 11 janvier 1993 qui règle les modalités de la communication d'informations à la Cellule de traitement des Informations financières.) »*

**34.** Le blanchiment implique nécessairement la commission d'une infraction de base dont un avantage a été retiré. Pour déterminer l'objet de cette infraction, il faut se référer aux choses visées à l'article 42, 3° du Code Pénal, soit les avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction<sup>59</sup>, les biens et les valeurs qui leur ont été substitués ou les revenus de ces avantages investis.

Comme sont visés les avantages patrimoniaux tirés de toute infraction, sont également visés les avantages patrimoniaux tirés d'une infraction de fraude fiscale.

**35.** Trois types de comportement sont visés par ce délit<sup>60</sup> :

- le recel élargi proprement dit : avoir acheté, reçu en échange ou à titre gratuit, possédé, gardé ou géré les avantages patrimoniaux au sens large décrits ci-dessus, alors que l'auteur du recel connaissait ou devait en connaître l'origine (art 505 alinéa 1<sup>er</sup>, 2° C.P.).

---

<sup>58</sup> Le blanchiment ayant été abordé dans son versant préventif dans la partie précédente, il ne sera fait mention ici que de l'aspect répressif.

<sup>59</sup> Les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction ont été définis comme étant « tous les biens ou valeurs que l'auteur de l'infraction a obtenus en commettant celle-ci. Il peut s'agir du prix du crime ou du marché, de la contre-valeur de la transaction, de gains illicites (...) La nature des biens (mobiliers/ immobiliers, corporels/ incorporels) n'entre pas en considération, seul importe le lien existant entre les biens et l'infraction » in Doc. Parl., Ch. Repr., exposé des motifs, sess 1989-1990, n°987/1, p. 3 cité par S. SCARNA, « Blanchiment et fraude fiscale grave, organisée ou non », Revue Générale du Contentieux Fiscal, 2014/1

<sup>60</sup> J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E ; ROGER FRANCE, « Droit pénal des affaires », op.cit., p.462.

- la conversion ou le transfert des dits avantages patrimoniaux, dans le but de dissimuler ou de déguiser leur origine illicite ou dans le but d'aider toute personne qui est impliquée dans la réalisation de l'infraction dont proviennent les avantages patrimoniaux, à échapper aux conséquences juridiques de ses actes (art 505 alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> C.P.)

- la dissimulation ou le déguisement de la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété des avantages patrimoniaux, alors qu'on en connaissait ou devait en connaître l'origine (art 505 alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>).

**36.** Pour que l'infraction de blanchiment soit établie, l'auteur doit être animé d'un dol spécial qui varie selon le comportement répréhensible visé.

Pour l'article 505, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> par exemple, l'auteur ne pourra être poursuivi que pour autant que ce dernier connaissait ou devait connaître l'origine illicite des avantages patrimoniaux et ce, au début des opérations.

Mais pour l'article 505, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, l'élément intentionnel du délit ne sera établi que si le ministère public peut rapporter la preuve que le prévenu connaissait effectivement l'origine illicite de ces biens et qu'il a agi de la sorte dans le but de dissimuler l'origine illicite ou d'aider une personne à échapper aux conséquences juridiques de ses actes.

**37.** Par une loi du 10 mai 2007 portant diverses mesures en matière de recèlement et de saisie<sup>61</sup>, le législateur belge a introduit une nouveauté dans l'article 505 du Code Pénal, avec un nouvel alinéa 3, lorsque l'infraction de base pouvant générer par la suite un comportement de blanchiment relève de la fraude fiscale.

Cette nouveauté ne vaut ni pour la fraude fiscale grave et organisée mettant en œuvre des mécanismes complexes ou de dimension internationale, ni pour les actes de blanchiment incriminés sous l'article 505, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> C.P.

Ce nouvel alinéa 3 dispose que pour les comportements incriminés par l'article 505, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, pour les tiers à la fraude elle-même, la fraude fiscale simple est exclue comme infraction de base. Ce qui a pour conséquence que le fraudeur fiscal n'est donc pas susceptible d'être poursuivi pour blanchiment dans ces cas-là<sup>62</sup>.

**38.** Enfin, ni le ministère public, ni le juge ne sont tenus de démontrer précisément l'infraction dont proviennent les avantages patrimoniaux illicites.

Il suffit que le juge constate de manière certaine, même implicitement, que les éléments constitutifs du blanchiment sont réunis et que, sur base d'éléments de fait, il puisse exclure toute origine ou provenance légale (sauf lorsque l'infraction de base est constituée par une fraude fiscale)<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Moniteur Belge, 22 août 2007.

<sup>62</sup> J-L. JONNAERT, « *Blanchiment et fraude fiscale : aspect préventif et répressif* », in Droit Pénal de l'entreprise, 2012/4, p.239

<sup>63</sup> Cass., 21 juin 2000, Pas., 2001, n°387 et Cass., 25 septembre 2001, Pas., 2001, n°493 cité par J-L. JONNAERT, « *Blanchiment et fraude fiscale : aspect préventif et répressif* », in Droit Pénal de l'entreprise, 2012/4, p.229

**39.** Entre le dol spécial requis pour cette infraction et la possibilité de ne pas être poursuivi pour blanchiment en cas de fraude fiscale simple, on pourrait être tenté de croire que les risques sont minimes.

Il serait cependant hâtif d'oublier que cette infraction comporte de nombreuses facettes, une entité dédiée à sa prévention, la CETIF, ou encore des textes législatifs européens pour s'en prémunir, par exemple la directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

Autant d'éléments qui augmentent les risques que des poursuites soient engagées contre le contribuable, ou son conseiller.

## C. Fraude fiscale<sup>6465</sup>

**40.** Le fraudeur fiscal poursuit le but d'échapper à l'impôt en recourant à des pratiques frauduleuses, résultant soit d'un acte sciemment posé, soit d'une omission délibérée.

L'élément matériel et l'élément intentionnel se retrouvent respectivement dans l'infraction à la loi fiscale et l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire<sup>66</sup>.

Mais au-delà de cette fraude fiscale « simple », le législateur a tenu à ajouter une infraction en juin 2013 : la fraude fiscale grave et organisée.

### I. Fraude grave

**41.** Cette nouvelle infraction a été introduite dans différents codes fiscaux en 2013. Celle-ci est « aggravée » lorsqu'elle est commise dans le cadre d'une fraude grave, organisée ou non.

Ainsi, la loi du 17 juin 2013 portant des dispositions fiscales divers comporte un chapitre de lutte contre la fraude. Ont ainsi été modifiés le CIR 92, le Code de la TVA, le Code des droits et taxes divers, la loi générale sur les douanes et accises du 18 juillet 1977, la loi du 22 décembre 2009 relative au règlement général en matière d'accises, la loi du 3 avril 1997 relative au régime fiscal des tabacs manufacturés.

*« Le caractère grave de la faute porte essentiellement sur la confection et/ou l'usage de faux documents, et le montant élevé de la transaction et le caractère anormal de ce montant eu égard aux activités ou à l'état de fortune du client<sup>67</sup> ».*

### II. Fraude organisée

**42.** *« Le caractère organisé (de la fraude fiscale grave) peut être un élément aggravant et est défini comme l'utilisation d'un montage qui prévoit des transactions successives et/ou l'intervention d'un ou plusieurs intermédiaires, dans lequel sont utilisés soit des mécanismes complexes, soit des procédés à dimension internationale (même s'ils sont utilisés au niveau national). Les mécanismes complexes se traduisent par l'usage de mécanismes de simulation ou de dissimulation faisant appel notamment à des structures sociétaires et des constructions juridiques »<sup>68</sup>.*

Le banquier, le comptable, le réviseur, l'avocat, le juriste d'entreprise, qui prodigue des conseils fiscaux rencontrant les conditions imposées par les articles 66 et 67 (sur la complicité et la corréité) peut donc être considéré comme co-auteur ou comme complice des infractions fiscales commises par ses clients.

Ces aspects de complicité et de corréité seront développés dans la troisième partie de notre exposé.

---

<sup>64</sup> Pour une étude détaillée sur la notion de fraude fiscale et la notion de faute fiscale aggravée, nous renvoyons à l'article de S. SCARNA, « *Blanchiment et fraude fiscale grave, organisée ou non* », op.cit., p.75.

<sup>65</sup> Pour une approche de la compatibilité entre blanchiment et fraude fiscale, nous renvoyons à l'article de M. Jonnaert, op.cit.

<sup>66</sup> J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E ; ROGER FRANCE, « *Droit pénal des affaires* », op.cit., p736.

<sup>67</sup> Doc. Parl, Ch. Repr., sess 2012-2013, doc n°53 2756/0001, pp. 60-61 cité par S. SCARNA, op.cit.

<sup>68</sup> Doc. Parl, Ch. Repr., sess 2012-2013, doc n°53 2756/0001, pp. 60-61 cité par S. SCARNA, op.cit.

### III. Appréciation de cette nouvelle infraction<sup>69</sup>.

**43.** Ce concept de fraude fiscale grave est jugé assez subjectif par certains et sa compatibilité avec le principe de légalité en matière pénale peut poser question.

A titre d'exemple, si deux critères<sup>70</sup> sont donnés pour apprécier le caractère grave de la fraude, le concept de « fraude fiscale grave » n'est pas défini par la loi.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs souligné que « *la possibilité de faire dépendre la peine infligée ou l'incrimination de la gravité d'un comportement introduit un élément d'imprévisibilité dans la législation pénale* »<sup>71</sup>.

On peut également se demander si le principe d'égalité est respecté, car il peut ne pas y avoir de différence de traitement objective entre la fraude fiscale grave, la fraude fiscale ordinaire et les délits qui peuvent y être apparentés.

#### **D. L'abus de biens sociaux**

**44.** L'article 492 bis du Code Pénal définit l'infraction d'abus de biens sociaux : « *Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de cent euros à cinq cent mille euros, les dirigeants de droit ou de fait des sociétés commerciales et civiles ainsi que des associations sans but lucratif qui, avec une intention frauduleuse et à des fins personnelles, directement ou indirectement, ont fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage qu'ils savaient significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de celle-ci et à ceux de ses créanciers ou associés* ».

Sont visés ici sans distinction tous les dirigeants de sociétés, ayant la personnalité juridique, pour autant qu'ils gèrent réellement la personne morale, sans que l'on prête attention au fait qu'il s'agisse ou non d'organes de la société.

Il appartient au juge de déterminer in concreto qui gère la société et de vérifier avec quelle intention ce dirigeant a commis l'infraction. Une coexistence entre un dirigeant de fait et un dirigeant de droit est tout à fait possible.

**45.** Pour qu'il y ait abus, l'usage des biens de la société par le dirigeant doit être significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de la société, de ses associés ou créanciers.

On peut ainsi songer au fait de faire supporter par sa société des travaux effectués dans un immeuble personnel, de faire cautionner sa société pour une dette personnelle du dirigeant, octroyer des suretés

---

<sup>69</sup> C. BORGERS, H. VANHULLE, « *La notion de « fraude fiscale grave » est-elle inconstitutionnelle ?* », Le Fiscologue, 1349, p.1

<sup>70</sup> « (i) *La confection et/ou l'usage de faux documents* » ; (ii) « *le montant élevé de la transaction et le caractère anormal de ce montant eu égard aux activités ou à l'état de fortune* » de l'auteur de l'infraction (de base), EdM, Doc. Parl., Chambre, 2012-2013, n°53-2756/001, p.60 cité in C. BORGERS, H. VANHULLE, « *La notion de « fraude fiscale grave » est-elle inconstitutionnelle ?* », Le Fiscologue, 1349, p.2

<sup>71</sup> Avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi. Avis n°52.866/2/3, Doc. Parl., Chambre 2012-2013, n°53-2756/001, p.167 cité dans C. BORGERS, H. VANHULLE, op.cit., p.3.

par la société à ses dirigeants, déduire dans sa déclaration fiscale personnelle un bien acheté par la société, etc.

L'usage doit être significativement préjudiciable, le juge gardant une certaine marge d'appréciation.

Il faut également que l'auteur ait agi avec une intention frauduleuse, ce qui exclut, par exemple, une simple négligence. Le dirigeant doit avoir agi dans la recherche d'un intérêt personnel, qu'il soit direct ou indirect, et il doit avoir été animé d'un élément moral consistant dans l'intention de se procurer à soi-même ou à autrui un avantage illicite.

**46.** Cet intérêt personnel est une caractéristique importante de l'infraction. Un dirigeant de société ne peut être poursuivi si les biens de la société ont été utilisés dans l'intérêt de la société, même si c'est de façon illicite.

Contrairement à la situation du blanchiment, le banquier ne courra en général que rarement le risque d'être considéré comme complice ou coauteur d'une infraction d'abus de bien sociaux dont se serait rendu coupable un de ses clients, sauf à considérer qu'il a volontairement et sciemment apporté une aide telle que sans celle-ci, les infractions n'auraient pas été commises.

## **E. Autres infractions**

**47.** On citera encore parmi les infractions susceptibles de s'appliquer au banquier ou au conseiller interne ou externe, sans les développer outre mesure ;

- le faux : articles 193 à 196 du Code Pénal, le faux doit constituer une altération de la vérité, par un des modes prévus par la loi, doit porter sur un écrit protégé par la loi et porter un préjudice ou être la source d'une possibilité de préjudice ;

- l'usage de faux : articles 197 et 2013 du Code Pénal, le fait doit constituer un usage, il doit porter sur un faux en écriture au sens de la loi pénale, et il doit causer un préjudice ou être à la source d'une possibilité de préjudice ;

- l'escroquerie : articles 462, 496 et 504 du Code Pénal, l'escroquerie doit comporter une intention de s'approprier une chose appartenant à autrui, il faut une remise ou une délivrance de fonds, meubles, obligations, quittances ou décharges et il faut avoir provoqué des manœuvres frauduleuses ;

- la corruption : articles 246 et 247 du Code Pénal pour la corruption publique et 504 bis et ter du Code Pénal pour la corruption privée. Elle peut être active ou passive et nécessite une sollicitation ou une acceptation, directe ou par interposition, d'une offre, d'une promesse ou d'un avantage de toute nature.

On pourrait encore, à titre informatif, citer l'abus de confiance, les faux bilans/ les délits boursiers/ les infractions liées au Code des sociétés, l'association de malfaiteurs, etc.

**48.** Les infractions évoquées sont souvent complexes à appréhender dans leur entièreté, et ce d'autant plus quand le législateur contribue à les alourdir comme cela fut le cas avec la fraude fiscale grave et organisée.

Les risques pour le conseiller, interne ou externe, sont pourtant bien là, ne serait-ce qu'à titre de complice ou de co-auteur.



L'exemple du blanchiment, dont l'infraction de base peut-être la fraude fiscale, montre à quel point les infractions peuvent être liées. Le conseiller, ou le contribuable, qui constaterait que ses agissements ne rencontrent pas les conditions de la fraude fiscale, serait donc avisé de vérifier ceux-ci ne rentrent pas non plus dans le champ d'application des autres infractions citées ici.

La prudence doit bien évidemment être de mise au vu des pouvoirs d'investigation des autorités, elle devra l'être encore plus au vu des infractions qui pourraient s'en suivre.

### III. DANS QUELLE MESURE LES CONSEILLERS FISCAUX ET LES BANQUES PEUVENT-ILS ÊTRE INQUIETES ?

---

Une fois les principaux risques examinés, il importe de déterminer qui, précisément, peut être mis en cause, et pour quel motif. C'est là que la notion d'imputabilité prend tout son sens.

L'imputabilité consiste à déterminer qui est la personne qui doit répondre de l'infraction. Elle peut être déclinée sous quatre formes différentes. Elle est matérielle lorsque c'est le fait qui désigne l'agent, conventionnelle lorsque la personne à qui l'infraction sera imputée est désignée par convention, légale si le législateur désigne cette personne lui-même et judiciaire s'il revient au juge de déterminer la personne amenée à répondre de l'infraction.

Une fois déterminée l'identité de celui ou ceux qui devront répondre des manquements reprochés (A), nous examinerons dans l'ordre le rôle des conseillers (B) et en quoi ils pourraient être inquiétés (C), afin d'aborder la question du lieu où l'infraction se sera produite (D) et les risques, vus plus particulièrement sous l'aspect de la fraude fiscale et du blanchiment (E).

#### A. Qui peut être inquiété ?

##### I. La personne physique

**49.** C'est bien évidemment vers une personne physique que vont se tourner les regards dans un premier temps. Mais, « *il est rare en droit pénal des affaires, que le comportement culpeux soit le fait d'un seul agent* »<sup>72</sup>.

Dans l'éventualité où l'infraction n'aurait pas été commise par une personne physique aisément identifiable, deux difficultés vont se poser. Premièrement, déterminer cette ou ces personnes physiques qui pourraient être responsables. Et deuxièmement, vérifier si pour l'infraction en cause, il n'existe pas de réglementation particulière. Réglementation particulière qui aurait des dispositions contraires au droit commun<sup>73</sup>, par exemple quant au régime applicable pour les coauteurs ou les complices.

Cela étant, rien n'empêche donc que le dirigeant ou un conseiller seul soit poursuivi pénalement.

##### II. La personne morale<sup>74</sup>

**50.** La loi du 4 mai 1999 a inséré un nouvel article 5 dans le Code Pénal, lequel dispose que :

*« Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. »*

---

<sup>72</sup> in J-P BUYLE & B. DESSART, "La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise", op.cit.

<sup>73</sup> Art 100 du Code Pénal : « A défaut de dispositions contraires dans les lois et règlements particuliers, les dispositions du premier livre du présent code seront appliquées aux infractions prévues par ces lois et règlements, à l'exception du chapitre VII »

<sup>74</sup> F. ROGGEN, « La responsabilité pénale des personnes morales », Actualités de droit pénal, UB3, Bruylant 2005.

*Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable ».*

Les travaux préparatoires établissent clairement la volonté du législateur de créer une responsabilité autonome de la personne morale, laquelle, en règle générale, ne se cumulerait pas avec la responsabilité pénale de la personne physique<sup>75</sup>.

L'article 5 ne détermine pas, par contre, les personnes physiques susceptibles d'engager la responsabilité pénale des personnes morales.

**51.** Sont visées par la disposition toutes les infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de l'objet de la personne morale ou à la défense de ses intérêts ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte.

Comme pour la personne physique, pour que la responsabilité soit engagée, il faut démontrer l'existence de l'élément matériel de l'infraction et de l'élément moral.

Un lien intrinsèque doit exister entre l'infraction et la personne morale. En effet, le législateur a décidé d'exclure la responsabilité pénale de la personne morale dans l'éventualité où des personnes physiques n'useraient de la couverture fournie par la société que pour leur compte ou intérêt propre. Il n'y a donc pas de responsabilité objective de la personne morale en matière de responsabilité pénale.

Pour trouver cet élément moral, le juge devra donc chercher la volonté propre de la personne morale et se fonder sur l'attitude adoptée par ses organes (y compris, s'il échet, ses organes de fait).

Ainsi il faudra établir que la réalisation de l'infraction découle d'une décision intentionnelle, prise au sein de la personne morale ou qu'elle résulte, par un lien de causalité déterminé, d'une négligence au sein de la personne morale qui crée les conditions de la réalisation de l'infraction.

### III. Partage de responsabilités

**52.** L'article 5, al 2 prévoit que lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée<sup>76</sup>.

L'alinéa 3 prévoit que si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale.

---

<sup>75</sup> Pour une liste complète des références à cette volonté du législateur dans les travaux préparatoires, et plus généralement une liste de décisions et de commentaires de doctrine à ce sujet, voir O. CREPLET, « *Propos sur la nature de la responsabilité pénale de la personne morale* », J.T., n°6442, 18 juin 2011.

<sup>76</sup> Pour un exemple de jurisprudence récente : Cour d'Appel de Liège, 10 juin 2014, n° de rôle : 2014/co/54. Disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/JuridatSearchCombined/?lang=fr>

Une déduction est simple : en cas d'infraction intentionnelle, il y aura cumul des responsabilités pénales de la personne morale et de la personne physique tandis qu'en cas d'infraction involontaire, seule sera condamnée la personne qui aura commis la faute la plus grave.

**53.** Une controverse a vu le jour quant à l'interprétation des mots « *commettre la faute sciemment et volontairement* ». La question principale consiste à savoir si cette interprétation valait pour les infractions qui exigent un dol spécial ou aussi pour celles qui n'exigent qu'un dol général.

Cette controverse a été tranchée par un arrêt de la Cour de Cassation du 4 mars 2003, par lequel la Cour a déclaré que la faute commise sciemment et volontairement vaut tant pour les délits intentionnels que pour les délits commis par négligence<sup>77</sup>.

**54.** Concrètement, toutes les banques belges sont susceptibles de faire l'objet de poursuites en application de l'article 5 du Code Pénal<sup>78</sup>.

Les institutions financières de droit étranger devraient elles aussi pouvoir faire l'objet de poursuites sur pied de l'article 5 pour autant qu'elles aient commis des infractions sur le territoire belge ou qu'elles y participent.

Ce n'est que si nous prenons la situation d'une institution étrangère sans personnalité juridique en vertu des dispositions de son pays d'origine<sup>79</sup>, qu'elle ne devrait pas faire l'objet de poursuites en Belgique. A moins que le juge ne la considère comme une entité assimilée par l'article 5 aux personnes morales.

**55.** En conclusion, pour que la responsabilité pénale de la banque et des personnes physiques agissant en son sein soit engagée, il faut que l'infraction reprochée soit imputable à une personne morale ou physique et que cette dernière puisse être identifiée comme étant la personne devant répondre de l'infraction.

Cette dernière personne pourrait d'ailleurs faire état d'une délégation de pouvoirs<sup>80</sup> en vertu de laquelle la responsabilité pénale a été déléguée à une autre personne.

Rappelons que bien que la banque ou ses représentants puissent être les auteurs directs d'infractions pénales, leur responsabilité est, le plus souvent, mise en cause par le biais des règles relatives à la participation pénale, laquelle sera abordée ci-dessous.

---

<sup>77</sup> Conclusions de l'avocat général DESWAEF avant Cass., 4 mars 2003, RG 02.1249 cité par Y. BRULARD, L. DUMONT, « *Les incriminations pénales appliquées au comportement des dirigeants et de leurs conseils* », in Droit Pénal financier-Dirigeants d'entreprise, responsables publics et professionnels du conseil face à la fraude, Les Ateliers des Fucam, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2008.

<sup>78</sup> Tout comme les conseillers, en tant que personnes physiques.

<sup>79</sup> On pense par exemple aux organismes de placement collectif de droit étranger

<sup>80</sup> La délégation peut être définie comme « *l'acte, entendu dans une acceptation très large, par lequel la société ou son dirigeant, tenus de l'obligation de veiller au respect de la législation pénale, transfèrent à une personne physique ou morale déterminée, dotée de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, leurs pouvoirs et devoirs pour veiller, en leur lieu et place, au respect de la loi pénale* » cité in J. SPREUTELS, F. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, « *Droit pénal des affaires* », Bruxelles, Bruylant, 2005, p.92

## B. Rôles des conseillers<sup>81</sup>

56. Si l'on se pose la question de savoir si les conseillers peuvent être inquiétés, il faut cerner au mieux leurs responsabilités et leurs devoirs dans la banque<sup>82</sup>.

Les conseillers ont les devoirs suivants :

- Un devoir d'information, qui se définit comme la transmission d'une information dont le contenu est déterminé de manière objective. Il consiste parfois à rechercher cette information si celui qui doit la transmettre l'ignore. Le devoir d'information porte tout d'abord sur la communication de données ou de faits. Il ne concerne que des aspects techniques d'un service permettant au client d'en comprendre le mécanisme et la portée pour, sur cette base, orienter et déterminer son choix<sup>83</sup>.
- Un devoir de conseil, lequel est plus étendu. Il exige du banquier une appréciation subjective sur l'opportunité d'une opération. Il consiste en un avis pour orienter une action, voire un dirigisme dans ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire. Conseiller suppose l'incitation à agir dans un sens déterminé<sup>84</sup>.
- Un devoir de renseignement, qui n'est autre que la réponse à une demande d'information. Il se distingue des deux précédents dans la mesure où ceux-là doivent être fournis spontanément, en exécution d'une obligation qui incombe à celui qui doit conseiller ou informer.
- Un devoir de mise en garde quant à lui correspond à l'obligation d'attirer l'attention de l'entreprise sur les dangers qui se présentent à elle. Le contenu de l'information, à savoir le danger eu égard à certaines circonstances, peut être déterminé de manière objective et n'exige pas que le débiteur de cette obligation donne un avis personnel.

Ces rappels quant aux devoirs des conseillers mettent en lumière le risque pris par ceux-ci. On retrouve par exemple dans les cas de complicité, développée ci-après<sup>85</sup>, le fait de procurer des renseignements

---

<sup>81</sup> Ce point n'ayant vocation qu'à rappeler quelques éléments basiques quant aux devoirs des conseillers, nous n'aborderons pas toute la question de la confidentialité des avis des conseillers internes ni les rôles des conseillers externes, tels que les avocats, notaires ou professionnels du chiffre. Nous renvoyons à ce sujet à J-P BUYLE & B. DESSART, "*La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise*", op.cit.

<sup>82</sup> J-P. BUYLE et D. GOFFAUX, « *Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise* » in « *La banque dans la vie de l'entreprise* », Edition du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, p.7

<sup>83</sup> A. WILLEMS, « *Conditions générales bancaires (quelques observations en début de millénaire)* », in *Les conditions générales bancaires*, Colloque AEDBF- Belgium, 3 décembre 2004, p.6. cité in J-P. BUYLE et D. GOFFAUX, « *Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise* » in « *La banque dans la vie de l'entreprise* », Edition du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005

<sup>84</sup> J.L. RIVES-LANGES et M. CONTAMINES-RAYNAUD, « *Droit bancaire* », 5<sup>ème</sup> édition, p.213, n°173, cité in J-P. BUYLE et D. GOFFAUX, « *Les devoirs du banquier à l'égard de l'entreprise* » in « *La banque dans la vie de l'entreprise* », Edition du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, p.10

<sup>85</sup> Point 59

propres à faciliter la commission de l'infraction. Or, le devoir d'information fait partie des devoirs des conseillers. Il n'est donc guère difficile d'imaginer qu'on puisse facilement accuser d'être complice le conseiller interne qui n'aura fait que remplir son devoir.

### **C. Pour quoi peuvent-ils être inquiétés<sup>86</sup> ?**

**57.** Le conseiller peut être auteur de l'infraction, mais il faudra alors établir que tous les éléments constitutifs de celle-ci sont réunis dans son chef.

Une simple négligence même grave n'est pas constitutive de participation criminelle. L'élément intentionnel requis ne serait déduit seulement de la nature professionnelle de l'intervention du banquier. La preuve de l'intention délictueuse devra être démontrée in concreto.

A côté d'une implication directe du banquier comme auteur principal de l'infraction, se posent alors d'autres hypothèses.

**58.** Il peut y avoir une participation criminelle, domaine réglé par l'article 66 du Code Pénal. L'on vise les agents qui sans y avoir joué le rôle d'auteur, ont pris une part suffisamment efficiente à la commission de l'infraction.

Précisions que les participants peuvent être poursuivis même si le ou les exécutants matériels de l'infraction n'ont pu être identifiés ou s'ils sont acquittés, pour autant que l'exécution matérielle ou le commencement d'exécution du fait qualifié d'infraction ait pu être établi.

Dans le Code Pénal, à l'article 66, sont rangés parmi les co-auteurs de l'infraction :

- ceux qui ont apporté une aide nécessaire ou indispensable à la commission de l'infraction, c'est-à-dire une aide sans laquelle l'infraction n'aurait pu être commise de la façon concrète dont elle l'a été ;
- les agents qui ont directement provoqué l'infraction en usant de moyens particulièrement efficaces, soit par des dons, des promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoirs susceptibles de peser sur la volonté de l'exécutant, soit par des machinations ou artifices coupables, capables d'induire en erreur quant au caractère légitime ou à tout le moins non punissable du fait ;
- ceux qui ont provoqué à l'infraction par un moyen de publicité.

La notion de coauteur exclut donc les modes légaux de la participation le conseil criminel privé, l'offre, la simple approbation du projet criminel et la simple inaction.

**59.** En ce qui concerne la complicité, les différents cas sont visés par l'article 67 du Code Pénal.

Il s'agit:

---

<sup>86</sup> Pour plus d'informations sur le sujet, nous renvoyons à l'article suivant, dont provient la majeure partie de cette section : F.LEFEVRE, « *La participation du banquier à la Commission d'infractions de blanchiment, d'abus de biens sociaux et de fraude fiscale* » in « *La banque dans la vie de l'entreprise* », Edition du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, p.186

- du fait de procurer des renseignements propres à faciliter l'accomplissement de l'infraction, que l'on appelle également la fourniture d'instructions ;
- de la fourniture des instruments du crime ou du délit ;
- du fait de procurer une aide accessoire non seulement dans l'exécution de l'infraction mais également dans sa préparation.

De manière générale, on vise l'aide et l'assistance utile apportées aux auteurs du crime ou du délit dans les faits qui l'ont préparé ou facilité ou dans ceux qui l'ont consommé.

**60.** Pour qu'il y ait corréité ou complicité, il faut qu'il y ait une intention de participer à la réalisation de l'infraction principale. Il faut un élément de connaissance et un élément de volonté.

Le simple fait de donner un conseil, sans contenu concret, ne peut suffire à établir l'existence d'une participation. La Cour de cassation a donc estimé que des avis et des encouragements donnés n'avaient pas la précision nécessaire pour former des instructions constitutives de complicité<sup>87</sup>.

Mais sera complice d'une infraction celui qui donne, non pas un simple conseil mais une instruction utile à la perpétration de cette infraction. Le juge devra examiner de manière concrète la manière dont le banquier a conseillé son client.

Il est en outre nécessaire que le coauteur ait connaissance de toutes les circonstances de sa participation mais il n'est pas nécessaire qu'il ait de surcroît connaissance de toutes les modalités d'exécution particulières à l'infraction qui va être commise<sup>88</sup>.

Si un simple avis sans contenu concret ne peut pas suffire pour constituer un acte de participation, il en va autrement lorsque les renseignements fournis sont d'une telle importance qu'ils constituent en réalité un acte de participation, dans le sens où ils sont une aide nécessaire au sens de l'article 66.

Et si les informations communiquées ne revêtent pas cette caractéristique d'aide indispensable ou nécessaire, un avis peut aussi constituer un acte de complicité au sens de l'article 67, dans le sens où il fournirait une aide utile à la commission de l'infraction.

Il est également possible qu'un avis constitue une provocation au sens de l'article 66.

**61.** La jurisprudence exige que l'agent ait connaissance du caractère délictueux de l'acte principal et qu'il ait l'intention de s'y associer, de le provoquer ou de le favoriser<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Cass., 6 octobre 1947, Pas., 1947, p. 402 cité par F.LEFEVRE, « *La participation du banquier à la Commission d'infractions de blanchiment, d'abus de biens sociaux et de fraude fiscale* » » op.cit.

<sup>88</sup> En ce sens : Cass., 10 mai 2005, Pas., 2005, n°271, cité in J-P BUYLE & B. DESSART, "*La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise*", op.cit., p.477. La Cour relève qu'il suffit pour le coauteur qu'il ait apporté à l'exécution de l'infraction une aide nécessaire ou qu'il ait directement provoqué l'infraction, qu'il ait eu une connaissance positive des éléments constituant le fait principal et qu'il ait eu la volonté de s'associer de la façon prévue par loi à la réalisation de l'infraction.

<sup>89</sup> Pour un exemple contraire, dans lequel la responsabilité pénale du conseiller n'est pas retenue car il n'avait pas la connaissance et la volonté de s'associer à la réalisation de l'infraction principale: Cass., 22 juin 2004, n°334, cité in J-P BUYLE & B. DESSART, "*La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise*", op.cit., p.476

L'intention doit porter sur la participation à une infraction déterminée et non pas à une infraction quelconque.

Un acte de participation n'est punissable que s'il rentre dans une des hypothèses limitativement énumérées par les articles 66 et 67.

La participation requiert un acte antérieur ou concomitant, ce qui écarte la participation par une intervention postérieure l'infraction, sauf si celle-ci est promise avant l'exécution matérielle de l'infraction.

Il est également envisageable qu'il y ait participation par abstention, si celle-ci constitue un encouragement positif à la perpétration d'une infraction<sup>90</sup>.

#### **D. Territorialité**

**62.** Lorsqu'une infraction est commise en Belgique, les actes de participation commis à l'étranger sont réputés avoir été commis en Belgique, de sorte que l'étranger qui participe à l'étranger à une infraction commise en Belgique, tombe sous l'application de la loi pénale belge<sup>91</sup>.

Le co-auteur ou le complice d'une infraction commise en Belgique tombe donc sous la compétence des juridictions pénales belges, même si les actes de participation n'ont été commis qu'en dehors du territoire<sup>92</sup>.

Par contre, le seul acte de participation en Belgique ne confère pas de compétence aux juges belges pour connaître de l'infraction commise à l'étranger<sup>93</sup>.

#### **E. Le risque du point de vue de deux infractions : la fraude fiscale et le blanchiment<sup>94</sup>**

**63.** Après avoir abordé la question des risques de façon générale, nous avons choisi, afin de donner un éclairage plus concret, d'examiner la question en prenant deux infractions en particulier : la fraude fiscale et le blanchiment.

---

<sup>90</sup> F.KUTY, « *La participation criminelle n'est pas irréductible à toute abstention* », note sous Cass., 29 avril 2003 et Cass., 5 octobre 2005, R.C.J.B., 2006, pp 246 et s., cité in J-P BUYLE & B. DESSART, « *La responsabilité pénale des conseillers internes et externes de l'entreprise* », op.cit., p.478

<sup>91</sup> Cass., 24 mars 1998, Pas., 1998, I, 164, cité par F.LEFEVRE, « *La participation du banquier à la Commission d'infractions de blanchiment, d'abus de biens sociaux et de fraude fiscale* », op.cit., p.190

<sup>92</sup> Cass., 8 août 1994, Pas., 1994, I, 671. cité par F.LEFEVRE, « *La participation du banquier à la Commission d'infractions de blanchiment, d'abus de biens sociaux et de fraude fiscale* », op.cit., p.190

<sup>93</sup> HENNAU et VERHAEGEN, *Droit Pénal Général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.283 cité par F.LEFEVRE, « *La participation du banquier à la Commission d'infractions de blanchiment, d'abus de biens sociaux et de fraude fiscale* », op.cit., p.190

<sup>94</sup> F.LEFEVRE, « *La participation du banquier à la Commission d'infractions de blanchiment, d'abus de biens sociaux et de fraude fiscale* », op.cit., p.212



Prenant la situation du conseiller comme point de départ, nous examinerons dans chaque cas les dangers qu'il pourrait rencontrer.

### I. La fraude fiscale

**64.** Pour rappel, le conseiller qui prodigue des conseils fiscaux rencontrant les conditions imposées par les articles 66 et 67 (sur la complicité et la corréité,) peut donc être considéré comme co-auteur ou comme complice des infractions fiscales commises par ses clients.

La qualité du conseil qu'il fournit prend alors tout son sens.

Si le conseiller n'est pas au courant de tous les faits ou de toutes les circonstances dans lesquelles l'acte va être commis et qu'il donne néanmoins un conseil, il ne pourra être critiqué s'il n'est pas démontré que ceux des faits qu'il connaissait représentaient déjà des circonstances telles que, compte tenu du conseil qu'il a donné, l'infraction devait nécessairement avoir lieu.

**65.** En revanche, s'il a donné un avis en pleine connaissance de cause sur tous les éléments, sauf le montant de l'impôt qui sera éludé, la complicité devrait être établie puisque l'infraction ne dépend pas de l'importance de l'impôt fraudé.

Si le conseil qui est donné n'est suivi que partiellement, il faut déterminer si le conseil partiel tel qu'il a été suivi pouvait, en tant que tel, constituer une aide utile à l'infraction.

Il faut aussi vérifier si l'acte finalement accompli est à tout le moins inspiré du conseil donné par le conseiller : si celui-ci a conseillé quelque chose d'illégal mais que le conseil n'a finalement pas été suivi et même si un autre acte illégal a été commis, il faudra en conclure que l'infraction telle qu'elle a été réalisée n'a pas été commise avec l'aide du conseiller.

Si le conseil n'a pas été suivi ou a été mal appliqué, causant ainsi la commission d'une infraction fiscale, la responsabilité du conseiller ne devrait pas être mise en cause puisque l'intention ne devra pas être établie.

**66.** La question se pose de savoir si un conseiller cherchant délibérément à ignorer certains aspects des projets de son client pourrait se retrancher derrière le fait qu'il n'avait pas été informé de toutes les modalités de l'exécution future du conseil qu'il donnerait pour se soustraire à toute responsabilité pénale de ce chef.

Si le conseiller ne se borne pas à donner un avis juridique sur les actes que le client prévoit d'accomplir et s'il prend l'initiative de recommander d'autres actes ou des variantes aux actes prévus, son intervention ne se limite plus alors à un avis, il donne un véritable conseil, qui peut beaucoup plus facilement être considéré comme une aide au sens de l'article 66 et 67 du Code Pénal si, bien entendu, les actes finalement accomplis correspondent à la partie de l'avis du conseiller qui résulte de son initiative.

### II. Le blanchiment d'argent

**67.** L'article 505 du Code Pénal ne mentionne aucun système d'imputabilité légale mais bien celui d'une imputabilité judiciaire. Cela signifie que toute personne, physique ou morale, est théoriquement prise en considération comme auteur de l'infraction de blanchiment.

Mais une précision est apportée, la deuxième et troisième formes de blanchiment<sup>95</sup> existent même si elles sont commises par l'auteur, le co-auteur ou le complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°.

Pour ces deux formes, une personne peut donc être condamnée simultanément comme auteur du blanchiment et comme auteur de l'infraction de base.

Pour l'infraction de blanchiment, conversion ou transfert dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite, il faut un dol spécial, c'est-à-dire le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite, ou d'aider une personne impliquée dans l'infraction de base à échapper aux conséquences juridiques de ses actes. Mais un tel dol n'est pas requis pour les deux autres infractions de blanchiment.

**68.** La vigilance doit être de mise quant à la prescription et au moment où le conseiller apprend l'origine des biens.

Si nous prenons l'exemple du banquier, si au moment de l'entrée en possession des biens que celui-ci gère, il n'est pas informé de l'origine illicite, il ne sera pas coupable de blanchiment.

Mais si au cours de la détention des biens, il acquiert la connaissance de l'origine illicite, la gestion ou la détention deviendrait illégale et constitutive de blanchiment à partir de l'entrée en connaissance.

**69.** Une question peut se poser de savoir quelle attitude adopter si l'infraction n'appartient pas à la liste des infractions visées par la loi du 11 janvier 1993.

Si le banquier restitue les fonds, à leur propriétaire illégitime, il peut se trouver sous le coup d'une infraction au sens de l'article 505, al 1, 4° mais s'il continue à les gérer, il pourrait se rendre coupable d'une infraction au sens de l'article 505, al 1, 2°.

**70.** Rappelons qu'il n'y a pas blanchiment s'il n'y a pas caractère illégal des avantages patrimoniaux. Il faut comme circonstance supplémentaire que l'origine illégale des avantages patrimoniaux soit connue par l'auteur ou aurait dû être connue.

Il y a eu des discussions pour déterminer ce que l'on entendait par « devait connaître ».

Par les mots « devaient connaître », on vise surtout la preuve de l'élément constitutif moral.

Une connaissance effective de la provenance illégale des avantages patrimoniaux doit exister mais elle peut être démontrée de manière indirecte. Cela signifie que le juge du fond peut prononcer une décision de condamnation s'il estime qu'il y'a des circonstances de fait qui devaient nécessairement éveiller la méfiance de la personne concernée lors de la réception des biens en question, de sorte qu'au moment où elle a reçu les objets, la personne concernée devait en connaître la provenance illégale.

---

<sup>95</sup> Reprises au point 35, soit ; La conversion ou le transfert des dits avantages patrimoniaux, dans le but de dissimuler ou de déguiser leur origine illicite ou dans le but d'aider toute personne qui est impliquée dans la réalisation de l'infraction dont proviennent les avantages patrimoniaux, à échapper aux conséquences juridiques de ses actes et : La dissimulation ou le déguisement de la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété des avantages patrimoniaux, alors qu'on en connaissait ou devait en connaître l'origine.

Parmi les éléments visés par l'article 42, 3°, on trouve aussi les revenus des avantages investis, qui doivent être compris comme « les intérêts bancaires, dividendes et rendements de toute nature » qui découlent soit des avantages primaires soit des biens de remplacement<sup>96</sup>.

**71.** Le rôle du conseiller risque plus souvent d'être celui d'auteur que de complice.

Il ne pourra être complice d'une infraction de blanchiment réalisée par son client que dans l'hypothèse où il l'aurait conseillé sur la manière de monter une certaine opération, et ce de manière suffisamment précise pour que le conseil puisse être considéré comme une aide utile.

Le risque pour le conseiller est d'être considéré comme auteur du blanchiment dans la mesure où il est probable qu'il exécutera des actes énumérés par l'article 505 du Code Pénal, qu'il s'agisse de conversion, du transfert, de la garde ou de la gestion d'avoirs.

Ce risque est d'autant plus élevé en ce qui concerne les infractions pour lesquelles il suffit d'avoir dû avoir une connaissance du caractère illicite des biens et pour lequel aucun dol spécial n'est requis. Peu importe si seule une partie des fonds qui lui sont confiés est d'origine criminelle et n'est pas individualisable dans le montant global déposé.

**72.** Dans le cadre du blanchiment, une immunité pénale est offerte en ce qui concerne deux des trois comportements érigés en infraction par la loi<sup>97</sup>.

Aucune immunité n'est offerte en ce qui concerne l'infraction de convertir ou transférer dans le but de dissimuler ou d'aider quelqu'un à échapper aux conséquences de ces actes.

Mais cette immunité n'est pas offerte à tous.

Car le texte commence par « *sauf en ce qui concerne l'auteur, le co-auteur ou le complice de l'infraction dont proviennent les avantages patrimoniaux blanchis* ».

La limitation du champ d'application en matière de fraude fiscale à la fraude fiscale grave, organisée ou non, ne vaut donc que pour les tiers et pas pour l'auteur de l'infraction sous-jacente.

L'auteur de l'infraction de fraude fiscale « simple » peut donc être poursuivi pour blanchiment.

L'immunité de poursuites est donc conditionnée : lorsque le tiers (à l'infraction de base) est l'un des destinataires de la loi préventive du blanchiment, il ne pourra se prévaloir de l'exonération offerte par la loi que si, pour les faits visés par ladite exonération, il s'est acquitté de son obligation portée par l'article 28 de ladite loi préventive.

## **F. Sanctions des autorités prudentielles- retrait de licence ?**

**73.** Si nous prenons les banques (à titre exemplatif), au vu des éléments développés ci-dessus, celles-ci pourraient craindre de voir révoquer leur licence.

---

<sup>96</sup> Exposé des motifs, Doc. Parl, Chambre, 1989-90, n°987-1, p.3 cité in F.LEFEVRE, « *La participation du banquier à la Commission d'infractions de blanchiment, d'abus de biens sociaux et de fraude fiscale* » » in « *La banque dans la vie de l'entreprise* », Edition du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005

<sup>97</sup> Voir le point 37. Sont visés ici les comportements repris à l'article 505, alinéa 1<sup>er</sup>, 2° et 4°.

Mais comme le rappelle la Commission Européenne<sup>98</sup>, Il n'existe aucune disposition dans la législation bancaire de l'Union Européenne qui encadre explicitement les conditions de retrait d'un agrément bancaire dans le cas où la banque en question facilite l'évasion fiscale de la part de ses clients.

Il existe cependant des dispositions générales régissant les conditions de retrait d'un agrément bancaire par l'autorité compétente lorsqu'elle conclut que les instances dirigeantes de la banque ne possèdent plus l'honorabilité requise ou ne sont plus compétentes pour exercer leurs responsabilités (article 67, paragraphe 1, point p), et paragraphe 2, point c), en liaison avec l'article 91 de la directive 2013/36/UE)<sup>99</sup>.

Il est peu probable que les instances dirigeantes d'une banque qui est systématiquement mêlée à des opérations d'évasion fiscale satisfassent aux exigences d'honorabilité.

En outre, la fraude et l'évasion fiscales sont souvent liées au blanchiment de capitaux. Il est à noter à cet égard qu'une autorité compétente peut imposer des mesures appropriées, allant jusqu'au retrait de l'agrément bancaire pertinent, lorsque la banque a été déclarée responsable d'une infraction grave aux dispositions nationales adoptées en vertu de la directive 2005/60/CE relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, pourrait être utilisé si une institution bancaire était soupçonnée d'aider Al-Qaida.

**74.** Pour conclure, on perçoit ici en toile de fond une complexité dans l'imputabilité, de nature à permettre aux autorités de toujours pouvoir poursuivre le fraudeur, peu importe qu'il soit personne physique ou morale, auteur, co-auteur ou complice, ni même qu'il ait procédé à des actes de participation à l'étranger.

Les risques de poursuite des conseillers fiscaux et des banques sont donc bien réels. Particulièrement en ce qui concerne une accusation de complicité ou de corréité.

De plus, le rôle des conseillers et des banques les obligent à fournir une série de devoirs qui peut aisément les amener à être soupçonnés. Les exemples de la fraude fiscale et du blanchiment ont d'ailleurs montré l'importance de la qualité du conseil donné au client qui se révélerait être un fraudeur.

Bien que l'élément de connaissance ou de volonté de participer à l'infraction doive être établi dans leur chef, le conseiller ou le banquier devra exercer une vigilance constante sur tout mouvement suspect qui pourrait in fine lui être imputé.

---

<sup>98</sup> Réponse donnée par M. Moscovici au nom de la Commission, 16 mars 2015, Parlement Européen, P-002256/2015.

<sup>99</sup> En ce qui concerne le respect, en droit belge, de la législation européenne et le retrait de l'agrément, nous renvoyons le lecteur à la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, et plus particulièrement aux articles 134 et 233.

**75.** Afin de donner un éclairage récent à la problématique de la fraude fiscale, il nous a semblé intéressant de nous pencher sur le cas de la banque HSBC et de l'affaire dite des « Swiss Leaks »<sup>100</sup>.

La banque, active dans le monde entier, a déjà accepté des transactions à même de lui éviter un procès à de nombreuses reprises<sup>101</sup>. La dernière accusation remontant à 2015, pour une fraude estimée à 180 milliards d'euros.

Notre état des lieux de la situation sera structuré en deux parties : en premier lieu, une analyse de la situation d'HSBC (I, II, III) et en deuxième partie, les initiatives prises par des instances supranationales pour prévenir au mieux le problème de la fraude fiscale (IV, V, VI, VII)

### **A. Analyse de la situation**

#### **I. Rappel des faits**

**76.** Le 8 février 2015, plusieurs journaux, membres de l'International Consortium for Investigative Journalism, dont le journal Le Monde<sup>102</sup>, font éclater un nouveau scandale financier de fraude fiscale et ce à l'échelle mondiale.

En cause, la banque britannique HSBC et 180 milliards d'euros d'évasion fiscale qui auraient transités en Suisse entre le 9 novembre 2006 et le 31 mars 2007.

Titré « Swiss Leaks » par le quotidien, qui explique être entré en possession des données bancaires depuis début 2014 et avoir enquêté avec d'autres médias internationaux depuis, l'affaire vient rapidement remettre HSBC au-devant de l'actualité<sup>103</sup>.

**77.** En 2010 déjà, l'inspection spéciale des impôts belge avait reçu des autorités françaises un cd-rom de données sur des contribuables belges, clients chez HSBC.

---

<sup>100</sup> Cette affaire n'est bien évidemment pas la seule affaire de fraude fiscale touchant une grande banque en Belgique. Pour prendre un exemple récent : en juin 2014, le CEO de la filiale belge d'UBS avait été inculpé de blanchiment de fraude fiscale grave et organisée.

<sup>101</sup> Remboursement à des PME, avec d'autres banques britanniques, de 2.9 milliards d'euros, de 2012 à 2015, de contrats de swap présentés comme des produits d'assurance ; transaction d'1,9 milliards de dollars en décembre 2012 pour le blanchiment d'argent du cartel de Sinaloa ; transaction de 40 millions de francs suisses en juin 2015 pour blanchiment d'argent aggravé dans l'affaire Swiss Leaks évoquée ici, etc.

<sup>102</sup> « « SwissLeaks » : révélations sur un système international de fraude fiscale », Le Monde, 8 février 2015,

<sup>103</sup> Une actualité que la banque n'aura pas quitté longtemps puisqu'en 2012, c'est en tant qu'élément central de manipulation des indices du Libor qu'elle avait fait la une. Et qu'en fin de la même année, elle se faisait remarquer pour une manipulation des taux de change, de fixing de l'or ou du blanchiment des narcodollars aux États-Unis.

Le 16 février 2015, suite à une requête de l'Inspection Spéciale de l'Impôt, l'administration fiscale française transmet le 19 mai un nouveau cd-rom contenant des données bancaires HSBC.

Ces données sont toujours examinées par une équipe spécialisée au sein de l'ISI et comparées avec les données obtenues en 2010.

**78.** Comme le rappellent Mrs. Fernandez et Gardiazabal Rubial<sup>104</sup>, selon le Financial Times, HSBC a admis que «*sa banque privée basée en Suisse a peut-être tenu des comptes pour des clients esquivant l'impôt*».

Rappelons que selon M. Barroso, Président de la Commission Européenne, un trillion est perdu chaque année de par la fraude fiscale<sup>105</sup>.

## **II. Conséquences pour HSBC**

**79.** Au vu des nombreux outils législatifs à disposition des autorités belges développés ci-dessus, on peut s'interroger sur les conséquences qu'une fraude fiscale avérée pourrait avoir pour HSBC.

Mais contrairement à ce que l'on pourrait penser suite à cet exposé, la conséquence principale pour la banque sera probablement en termes d'image. Comme indiqué ci-dessus, le comportement de la banque n'est pas une surprise et les chances d'un accord amiable avec la plupart des concernés, pour éviter un procès qui serait par essence fort médiatique, sont élevées<sup>106</sup>.

**80.** En ce qui concerne les clients, il en va de même. De nombreux arrangements vont probablement survenir avec l'administration fiscale, et ce afin de payer des amendes et d'éviter des procès.

En Belgique, en 2010, toutes les données contenues sur les cd-roms n'étant pas exploitables pour une enquête fiscale poussée, 829 dossiers avaient été retenus.

Au 27 avril 2015, il avait procédé à 724 enrôlements pour un total de 518 millions d'euros à enrôler de 2011 à 2015<sup>107</sup>.

Quant aux clients vis-à-vis desquels des poursuites sont ou seront effectivement engagées, sans qu'ils ne puissent payer d'amendes donc, ils auront certainement à répondre de fraude fiscale et/ou de blanchiment d'argent. Nous renvoyons à la partie de notre exposé consacrée à ce sujet.

---

<sup>104</sup> Question de Mrs. FERNANDEZ et GARDIAZABAL RUBIAL, « *HSBC aide et encourage à la fraude fiscale* », Parlement Européen, E-002286-15.

<sup>105</sup> « *Débat sur le dernier sommet européen : croissance, évasion fiscale et Schengen* », Parlement Européen, 13 mars 2012, Communiqué de presse, REF. : 20120309STO40294.

<sup>106</sup> Rappelons qu'accusée par les autorités américaines de non-respect des règles en matière de blanchiment, HSBC avait annoncé le 11 décembre 2012 être parvenue à un accord amiable et au paiement d'une amende de 1.9 milliards de dollars (1.48 milliards d'euros).

<sup>107</sup> Extraits des questions jointes de M. B. DISPA et M. S. CRUSNIERE, au Ministre des Finances, chargé de la lutte contre la fraude fiscale, Compte-rendu analytique de la Commission des Finances et du Budget du 30 juin 2015, après-midi, CRABV 54 COM 202, Chambre des Représentants de Belgique, p.26

**81.** Malgré cette probabilité de transaction avec la banque et certains de ses clients, plusieurs autorités fiscales nationales ont eu accès aux fichiers volés depuis 2010 et certaines - comme la France<sup>108</sup>, la Belgique, les Etats-Unis ou l'Argentine<sup>109</sup> - ont commencé à prendre des mesures juridiques, toujours en cours, en conséquence contre HSBC.

Ainsi, au 15 juillet 2015, des enquêtes avaient été ouvertes au Brésil et au Royaume-Uni<sup>110</sup>, et en France, la Cour d'appel de Paris a imposé à la banque une caution de 100 millions d'euros, pour une mise en examen de complicité de blanchiment aggravé de fraude fiscale et complicité de démarchage illégal<sup>111</sup>.

En Suisse, une transaction est intervenue le 4 juin, contre une amende de 38 millions d'euros. Les magistrats ont déclaré que la procédure de blanchiment était donc close, mais ont précisé que l'accord concernait la banque, et non ses anciens employés<sup>112</sup>.

Enfin, en Belgique, les négociations entre HSBC et le parquet pour une transaction sont toujours en cours<sup>113</sup>. Des poursuites contre les citoyens ayant éludé l'impôt ont été lancées, les juridictions d'instruction ayant retenu comme charge la fraude grave organisée, le blanchiment d'argent et la participation à une organisation criminelle.

### **III. HSBC peut-elle se voir retirer sa licence bancaire ?**

**82.** C'est la question qui a été posée au Parlement Européen par M. Monot<sup>114</sup>.

Conformément à l'article 18 de la directive 2013/36/UE, les autorités de surveillance bancaire ont le pouvoir de retirer un agrément bancaire accordé aux établissements de crédit lorsque ceux-ci commettent l'une des infractions visées à l'article 67, paragraphe 1, de ladite directive.

L'article 67, § 1, dispose que l'agrément bancaire peut être retiré aux établissements qui, entre autres, ne communiquent pas des informations complètes et exactes à leurs autorités de surveillance, obtiennent un agrément au moyen de fausses déclarations, versent des dividendes aux actionnaires bien qu'il leur soit interdit de le faire ou désignent ou maintiennent des membres de l'encadrement supérieur qui ne possèdent pas l'honorabilité nécessaire (précisons que la liste des infractions susceptibles de justifier le retrait d'un agrément, telle qu'elle figure à l'article 67, paragraphe 1, n'est pas exhaustive).

---

<sup>108</sup> Où la banque a été officiellement mise en examen pour savoir si sa filiale privée suisse avait aidé les citoyens français à se soustraire à l'impôt,

<sup>109</sup> « *French court imposes €1 billion bail on HSBC* », Swissinfo, 9 avril 2015.

<sup>110</sup> « *Les députés britanniques ouvrent une enquête sur les pratiques d'HSBC* », Le Monde, 10 février 2015 ; « *SwissLeaks* » : *le Brésil ouvre une enquête* », Le Monde, 1<sup>er</sup> mars 2015.

<sup>111</sup> « *HSBC : la caution réclamée par la justice française ramenée de 1 milliard à 100 millions d'euros* », Le Monde, 15 juin 2015.

<sup>112</sup> « *HSBC paye cher pour s'épargner un procès en Suisse* », Le Monde, 5 juin 2015 ; « *SwissLeaks : clôture de l'enquête suisse sur HSBC après un accord sur une amende de 38 millions d'euros* », Le Monde, 4 juin 2015.

<sup>113</sup> « *HSBC veut éviter un procès en Belgique* », Le Monde, 5 juin 2015. L'article semble indiquer qu'un débat est en cours dans cette procédure concernant l'utilisation des preuves obtenues illégalement. L'arrêt de la Cour de Cassation mentionné dans l'article n'est cependant pas encore disponible.

<sup>114</sup> Question de Mr. MONOT, « *SwissLeaks HSBC* », Parlement Européen, E-002393-15.

L'application de cette réglementation européenne à des cas individuels relève de la responsabilité des autorités de surveillance bancaire.

Depuis le 4 novembre 2014, la Banque centrale européenne est seule compétente pour retirer les agréments bancaires des établissements de crédit de la zone euro au titre de l'article 4, paragraphe 1, point a), et de l'article 14 du règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit.

En dehors de la zone euro, les autorités nationales compétentes demeurent responsables en cette matière.

A notre connaissance, aucune procédure de retrait de licence d'HSBC n'a été entamée.

## **B. Initiatives pour prévenir la fraude fiscale**

### **IV. Dernières mesures prises au Parlement européen**

**83.** Le 24 mars 2014, la Directive sur la fiscalité de l'épargne a été révisée pour renforcer les règles existantes relatives à l'échange automatique d'informations sur les revenus de l'épargne dans le but de permettre aux États membres de mieux réprimer la fraude fiscale transfrontalière et l'évasion.

En outre, le 9 décembre 2014, la directive 2014/107/UE a été adoptée. C'est une version révisée de la directive sur la coopération administrative dans le domaine de la fiscalité. Elle permet un échange automatique d'informations entre les autorités fiscales étendu encore plus loin dans l'Union Européenne, en ligne avec les évolutions au niveau mondial, en particulier dans l'OCDE.

**84.** Afin d'éviter que des entités privées présentes dans l'Union ne tentent de recourir à la fraude fiscale via des intermédiaires dans des pays tiers, le Conseil a donné mandat à la Commission Européenne pour ouvrir des négociations avec cinq pays tiers européens, à savoir la Suisse, le Liechtenstein, Andorre, Saint-Marin et Monaco, quant à la révision des accords de fiscalité de l'épargne existants avec ces pays, avec l'objectif d'arriver à une équivalence avec l'échange automatique d'informations au sein de l'Union. Les négociations sont toujours en cours.

Grace à ces négociations, les banques et les autres institutions financières devront recueillir un large éventail d'informations financières sur leurs détenteurs de comptes non-résidents et les transmettre à leurs autorités fiscales, lesquelles transmettront ensuite ces informations aux pays de résidence des titulaires de comptes.

Ainsi sous réserve de l'aboutissement des négociations entre l'Union Européenne et la Suisse, ces obligations de déclaration s'appliqueront également aux institutions financières suisses, dont HSBC.



Plus récemment, le 8 juillet 2015, la Parlement Européen a adopté une résolution sur l'évasion fiscale et la fraude fiscale<sup>115</sup>.

Cette résolution qui comprend entre autres un Plan d'action pour lutter contre l'évasion fiscale et la fraude fiscale dans les pays en développement, doit être transmise au Conseil et à la Commission ainsi qu'aux gouvernements et aux parlements des États membres.

#### V. Dernières mesures prises par la Commission

**85.** Le 18 mars 2015, la Commission a adopté un package de transparence fiscale, en ce compris une proposition législative sur l'échange automatique d'informations entre les États membres sur les rulings fiscaux transfrontaliers, comme elle l'avait annoncé dans son programme de travail 2015.

Un plan d'action sur la fiscalité des entreprises a été présenté le 17 Juin 2015<sup>116</sup>.

Parmi les actions clés, on retrouve, pour renforcer la transparence, la publication d'une liste paneuropéenne des pays tiers et des territoires inscrits sur liste noire par les États membres. Cette liste pourra être utilisée pour passer au crible les juridictions fiscales non coopératives et mettre au point une stratégie commune au niveau de l'Union à l'égard de celles-ci.

La Commission va également lancer une consultation publique afin de recueillir des contributions sur la question de savoir si les entreprises devraient être tenues de rendre publiques certaines informations fiscales, notamment sous la forme d'informations pays par pays.

A côté de cette liste d'actions, il faut cependant noter que le Monde a révélé le 6 novembre 2015<sup>117</sup> que le Luxembourg, les Pays-bas et la Belgique avaient fait obstruction pendant dix ans, via le groupe «Code de Conduite<sup>118</sup>», aux tentatives de réforme des régimes fiscaux, plus particulièrement quant aux régimes des rulings et des patent boxes, prisés par les multinationales pour fortement alléger leurs impôts.

La coopération entre Etats, encouragée publiquement aujourd'hui, étant restée au point mort, de par la volonté de trois voire quatre pays<sup>119</sup> et ce dans la plus grande opacité, on peut s'interroger sur l'effectivité des mesures décrites plus haut.

---

<sup>115</sup> Résolution du Parlement européen du 8 juillet 2015 sur l'évasion fiscale et la fraude fiscale: des défis pour la gouvernance, la protection sociale et le développement dans les pays en développement, 2015/2058(INI).

<sup>116</sup> « *Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil- Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne: cinq domaines d'action prioritaires* », Commission Européenne, 17 juin 2015, COM(2015) 302 final; « *Réponse donnée par M. Moscovici au nom de la Commission* », 27 mai 2015, Parlement Européen, E-002083/2015.

<sup>117</sup> « *Evasion fiscale : comment l'Europe a fermé les yeux* », Le Monde, 6 novembre 2015.

<sup>118</sup> Ce groupe de travail informel est une instance qui ne rend compte qu'aux ministres des finances de l'Union Européenne et dont les débats qui s'y tiennent, entre représentants des administrations fiscales des pays membres, sont protégés par le secret. Les décisions s'y prennent à l'unanimité.

<sup>119</sup> On peut également ajouter l'Irlande, qui s'est régulièrement jointe aux trois pays précités quant à ce manque de coopération.

## VI. Mesures prises par l'OCDE<sup>120</sup>

**86.** Comme pour les autres pays tiers, l'OCDE poursuit ses efforts pour promouvoir la mise en œuvre la plus large possible de la norme mondiale sur l'échange automatique d'informations, norme que tous les États membres de l'UE se sont déjà engagés à mettre en œuvre d'ici 2017.

## VII. Tentatives de rencontre des multinationales par le Parlement Européen<sup>121</sup>

**87.** En réponse au scandale lié à la banque HSBC, une série de réunions et d'auditions publiques ont été tenues au sein du Parlement Européen par la commission des rescrits fiscaux.

De nombreux acteurs du domaine de la fiscalité ont eu l'occasion d'y fournir leur point de vue, qu'il s'agisse de représentants des Big Four, des associations fiscales, des journalistes d'investigation, des représentants de l'OCDE, des professeurs de droit fiscal, etc.<sup>122</sup>.

Les multinationales n'ont cependant jamais été capables de trouver du temps pour discuter de leurs pratiques fiscales en public, devant la commission. La plupart ont décliné leurs invitations en raison de "modalités de voyage", d'"engagements par ailleurs" ou pour d'autres raisons.

**88.** Au 9 juin 2015, date d'un communiqué de presse du Parlement à ce sujet, seule Total S.A., avait accepté de comparaître devant la commission.

Même si des négociations étaient toujours en cours avec certaines (Coca-Cola Company, Facebook, Amazon par exemple), d'autres, comme McDonalds, Ikéa, et surtout, HSBC, ont décliné l'invitation, ce qui ne manque pas de poser question quant à une amélioration de la transparence fiscale de ces sociétés.

**89.** L'affaire des Swiss Leaks illustre une certaine désinvolture d'une banque internationale importante, et des multinationales en règle générale, face à des accusations de fraude fiscale.

Malgré les moyens existants, les grands fraudeurs préfèrent, et obtiennent souvent, le paiement d'une amende pour solde de tout compte.

Aussi étendus que soient les pouvoirs de l'Etat pour débusquer puis poursuivre toute personne à qui la fraude fiscale pourrait être imputée, le cas d'HSBC montre, pour le moment, une justice qui malgré tous ses outils, ne parvient pas à mettre tous les justiciables sur le même pied.

---

<sup>120</sup> Nous renvoyons le lecteur au point 22 ou à l'article de E. TRAVERSA et M. POSSOZ, « *L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : développements récents* », in Revue Générale du Contentieux Fiscal, 2015/1

<sup>121</sup> Communiqué de presse du 9 juin 2015 du Parlement Européen, <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/content/20150609IPR64206/html/Des-soci%C3%A9t%C3%A9s-incapables-de-rencontrer-la-commission-des-rescrits-fiscaux>

<sup>122</sup> La liste complète peut être trouvée sur le site du Parlement Européen: <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/content/20150609IPR64222/html/TAXE-%28SPECIAL-COMMITEE-ON-TAX-RULINGS%29-CHRONOLOGICAL-LIST-OF-SPEAKERS>

On l'a vu, les textes existent, il faut maintenant pleinement les appliquer. On ne peut qu'espérer que, suite aux dernières révélations du Monde, la coopération entre Etats ne sera pas l'objet d'un deux poids deux mesure ; des initiatives annoncées en public mais une application de façade. Si la coopération est réelle, alors, les possibilités de poursuite qui pèsent déjà sur les plus petits fraudeurs s'appliqueront véritablement à tous, et surtout, pourront mener jusqu'à un procès les banquiers et les conseillers peu scrupuleux.

## **Conclusion**

**90.** Nous avons tâché de démontrer à travers cette contribution un pan des risques encourus par les clients et par leurs conseillers en cas de fraude fiscale, voire d'évasion fiscale. Cette vision ne pouvait qu'être parcellaire tant la matière est vaste.

Dans la première partie de cet exposé, nous avons démontré que tant en droit belge qu'en droit européen, les pouvoirs des autorités étaient tels que se procurer une information sur la situation bancaire d'un contribuable n'était pas une difficulté.

Les risques qui peuvent en résulter pour le contribuable ou son conseiller sont également bien présents. L'aperçu des infractions, présenté en deuxième partie, l'a encore démontré. En particulier pour le blanchiment et la fraude fiscale, pour lesquels une poursuite du chef de complicité ou de corréité n'est pas exceptionnelle pour le banquier ou le conseiller interne ou externe.

Nous avons précisé, dans la troisième partie de cette contribution, que ces accusations pouvaient s'appliquer tant à un conseiller ou un contribuable personne physique que personne morale. Et que les devoirs propres aux conseillers éclairent les risques qu'ils doivent supporter. La qualité et l'intégrité du conseil donné restent primordiaux si l'on veut éviter tout soupçon, même si un autre est également auteur de l'infraction.

Enfin, l'exemple de la banque HSBC et des Swiss Leaks nous démontre qu'en matière de fraude fiscale, certaines institutions bancaires « too big too fail » échappent encore régulièrement à des condamnations grâce aux transactions. Et même si l'actualité récente laisse croire que cela peut changer, il reste encore à voir si les mesures prises par les instances européennes porteront leurs fruits pour les grands fraudeurs de la même façon qu'elles peuvent porter leurs fruits pour les « petits » contribuables ou conseillers.

Jean-Pierre Buyle et Pierre Bourgeois,  
Avocats au Barreau de Bruxelles  
Buyle legal