PRESENTATION 03/12/2015

LES RISQUES DE POURSUITES PÉNALES AUXQUELLES SONT EXPOSÉS DES CONSEILLERS FISCAUX BASÉS AU LUXEMBOURG PAR RAPPORT À DES POURSUITES INTENTÉES A L'ÉTRANGER

CONSEILLER FISCAL ET COMPÉTENCES PÉNALES TERRITORIALES ÉTRANGÈRES

Question :

Dans quelle mesure la loi pénale étrangère peut-elle s'appliquer à des faits dont la commission est territorialement localisée au Luxembourg ?

Principe général : Territorialité de l'application de la loi pénale.

La loi pénale est en principe applicable aux infractions commises sur le territoire de l'Etat qui a édicté la norme pénale, et qui y exerce sa souveraineté.

A contrario, la loi pénale d'un Etat ne devrait pas s'exercer sur le territoire dont elle n'a pas la souveraineté.

Si un acte est passé au Luxembourg, il tombe sous la législation pénale luxembourgeoise et ne peut faire l'objet de poursuites fondés sur une législation étrangère

LES INFRACTIONS COMMISES SUR LE TERRITOIRE NATIONAL

L'infraction commise sur le territoire national est celle dont tous les éléments constitutifs y ont été exécutés.

Exemple : article 113-2 du code pénal français:

« La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République ».

Quid des infractions partiellement commises sur le territoire d'un Etat : les éléments constitutifs sont répartis sur plusieurs Etats

Le principe souvent adopté est qu'une infraction dont un des éléments constitutifs a été commis sur le territoire d'un Etat est réputée être commise sur le territoire de celui-ci.

Solutions que l'on trouve en droit belge, droit français, droit luxembourgeois, etc…,

Exemples : (escroquerie), (fraude fiscale) : prise en compte d'actes préparatoires commis sur le territoire d'un autre Etat, au motif qu'ils constituent l'une des composantes nécessaires des manœuvres frauduleuses.

Rattachement à des faits commis sur le territoire national : Principes

Compétence territoriale d'un Etat pour des faits qui n'ont pas été commis sur son territoire national, mais qui sont rattachables à une infraction qui a été réalisée sur celui.ci

1) Rattachement d'une infraction par l'indivisibilité :

« La juridiction française est compétente pour connaître des faits commis à l'étranger dès lors que ces faits apparaissent comme formant un tout indivisible » avec des infractions réalisées en France.
(Crime. 23 avr.1981)

L'infraction commise à l'étranger est rattachée à une infraction réalisée en France si les faits sont indivisibles (même solution en droit belge).

Notions d'indivisibilité :

« *Un lien tellement intime que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres, l'ensemble formant un tout indivisible* ».
(Crime, 29 juil,1875)

L'ensemble des agissements répartis sur deux territoires procède du cadre de la même entreprise criminelle.

2) Le rattachement par la complicité :

L'acte de complicité commis sur le territoire du Luxembourg peut relever de la compétence d'un Etat étranger dans la mesure où il se rattache à une infraction principale commise sur le territoire de cet autre Etat.

Ce rattachement découle de la nature de l'acte de complicité dont le caractère punissable découle d'un fait délictueux principal.

Solution courante sur laquelle repose le plus grand nombre de poursuites selon la formule de la Cour de Cassation Française :

« Le délit commis sur le territoire français donne compétence à la juridiction française à l'égard des complices, bien que ceux-ci soient de nationalité étrangère et que les actes de complicité se soient accomplis à l'étranger » (Crime, 13 mars 1891, Bul.Crime,)

Définition de la complicité (Article 121- du Code Pénal Français):

« Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui, sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation.

Est également complice la personne qui, par dons, promesses, menaces, ordres, abus d'autorité ou de pouvoir, aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

Le caractère exclusif de la compétence pénale

Il s'agit de l'application de la règle *non bis idem* : peut-on être poursuivi pour les mêmes faits dans plusieurs Etats ?

Ce principe est appliqué largement s'agissant de décisions civiles. En matière pénale il existe une forte réticence.

Les Etats ne sauraient se remettre à une juridiction étrangère pour sanctionner l'atteinte causée à leur propre système pénal.

Il s'agit d'une conséquence de la souveraineté de l'Etat sur son propre territoire.

Néanmoins, l'article 54 de la convention de Schengen du 19 juin 1990 stipule :

« une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour le même fait, être poursuivie par une autre partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction a été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la partie contractante de condamnation »

Cependant des réserves contenues dans l'article 55 peuvent écarter la stipulation de l'article 54 quand :

« les faits visés par le jugement étranger ont eu lieu, soit en tout, soit en partie sur son territoire »

L'exception est très large mais peut faire écarter la compétence par rattachement comme le cas de complicité.

Attention, il doit s'agir « des mêmes faits ». L'exception ne joue pas quand les faits jugés par la juridiction d'un Etat sont distinct de ceux poursuivis dans l'autre Etat (exemple : faux et usage de faux)

BILAN GÉNÉRAL EN MATIÈRE DE COMPÉTENCE TERRITORIALE

- Les Etats veulent une exclusivité pour appliquer leurs normes pénales sur leur propre territoire.

- Refus de reconnaître des compétences concurrentes pour des faits commis sur leur territoire
(règle *non bis idem* appliquée très restrictivement)

- En même temps, tendance à l'extension de la compétence pénale hors du territoire par des mécanismes de rattachement

- Certains Etats ont même une revendication de compétence quasi-universelle (USA fondent leur compétence sur le $)

LES POURSUITES FONDÉES SUR LA LÉGISLATION BELGE

FRAUDE FISCALE

Définition : la fraude fiscale peut être définie comme étant *« une violation de la loi fiscale qui comporte généralement une altération de la vérité et qui est commise dans le but d'éviter ou de diminuer une charge fiscale ».*

Donc deux éléments constitutifs : - un élément matériel, la violation de la loi fiscale.
- un élément intentionnel, à savoir l'intention frauduleuse

En droit belge, la fraude n'existe que si la loi est enfreinte et ce dans une intention frauduleuse.

Celle-ci se définit par *« le dessein de se procurer à soi-même ou à autrui un profit ou un avantage illicite ».*
(Cass.25 avr.1960)

Depuis le 15 juillet 2013, il existe une infraction nouvelle : *« fraude fiscale grave organisée ou non »*

Il n'existe pas de présomption de fraude.

« Il ne peut être présumé qu'un spécialiste du droit fiscal, lorsqu'il commet une erreur ou une inexactitude, le fait nécessairement dans l'intention d'éluder l'impôt ou de mauvaise foi, vu la complexité de la législation fiscale et son évolution rapide »(Liège, 12 mai 1993)

Faux fiscal :

Il s'agit d'un faux document, (facture, bilan, pièce comptable, etc,,,) falsifié aux fins de tromper le fisc.

Le professionnel qui a connaissance que le document est un faux et qui aide le contribuable dans sa fraude devient le complice dans la commission de l'infraction de faux fiscal

LA COMPÉTENCE TERRITORIALE DU DROIT BELGE EN MATIÈRE PÉNALE

Exemple : L'AFFAIRE KBL

Contexte de l'affaire.

Il était reproché à des dirigeants ou employés de la KREDIETBANK et de la KBL Lux d'avoir mis en place des mécanismes financiers ou sociétaires qui permettaient à des clients belges d'éluder tout ou partie de leurs avoirs vis-à-vis du fisc belge.

Les types de mécanisme critiqués sont des prêts « back to back », des montages sociétaires type Trust ou holding.

Certains de ces agissements étaient clairement situés au Luxembourg.

Quid du principe de l'application territoriale de la loi pénale

Des poursuites peuvent-elles être intentées en Belgique par rapport à des agissements commis à l'étranger ?
Dans son réquisitoire, le Parquet belge entame des poursuites avec le libellé suivant :

« *Pour avoir exécuté les infractions ou coopéré directement à leur exécution ;*
Pour avoir, par un fait quelconque, prêté pour leur exécution, une aide telle que sans leur assistance, les crimes ou délits n'eussent pu être commis »

Les types d'infractions sont :

- Le faux en écriture,
- des infractions fiscales (fraudes sur les droits de succession, sur l'impôt sur le revenu, sur les opérations de bourse) le blanchiment,
- l'association de malfaiteurs

Qui est territorialement visé ?

Dans son réquisitoire, le Parquet vise des personnes vivant « dans le Royaume » et « à l'étranger ».

Le Parquet poursuit de façon indifférente des personnes ayant commis des faits qu'il estime constituer des infractions pénales, qu'elles aient été commises sur le territoire belge ou à l'étranger, et ce, que ce soit en qualité de co-auteurs ou de complices.

POSITION DE LA JURIDICTION BELGE PAR RAPPORT A SA COMPÉTENCE

Les inculpés contestent la compétence territoriale belge au motif que les agissements prétendus illicites se fondent sur des documents qui ont été établis à l'étranger (Luxembourg)

« *Cependant, la jurisprudence et la doctrine, de façon constante, enseignent qu'il suffit qu'un des éléments constitutifs de l'infraction ait été réalisé sur le territoire du Royaume ou que les faits produits en Belgique et ceux commis à l'étranger forment un tout indivisible pour que les juridictions belges soient compétentes pour en connaître.*

En l'espèce, les faits reprochés, à les supposer établis, ayant été commis en vue de frauder le fisc belge, les juridictions belges sont compétentes pour en connaître ».

En d'autres termes, du moment que l'autorité poursuivante allègue une infraction à la loi pénale belge, la circonstance fait qu'un certain nombre de faits conduisant ou permettant cette infraction ait été commis à l'extérieur du territoire belge ne fait pas obstacle à la compétence territoriale belge.

Si une personne est complice ou co-auteur d'une infraction à la législation belge, elle sera traitée de la même façon que ses agissements aient été localisés de fait territorialement en Belgique ou à l'étranger.

A partir du moment où une personne a, en connaissance de cause, posé à l'étranger un acte de participation à une fraude fiscale commise en Belgique, celle-ci peut être poursuivie en Belgique en qualité de co-auteur ou de complice.

Cette solution a été retenue dans d'autres affaires, ainsi celle dite "Renault VILVORDE" :

« En l'espèce, un président français du groupe RENAULT qui est installé en France donne des instructions visant au licenciement collectif d'ouvriers, ce en méconnaissance des règles du droit social belge. Ce qui constitue, a priori une infraction. »

Il est poursuivi en tant que co-auteur de l'infraction pour avoir donné un ordre même si celui-ci a été donné à l'étranger dans la mesure où celui-ci a abouti à une infraction pénale en Belgique.

<u>Conclusion en droit belge</u>

Soit :

- Le conseil fiscal se borne à donner des avis.
- Le conseil intervient activement dans la réalisation des actes incriminés

Dans tous les cas la responsabilité du conseil n'est retenue que dans la mesure où celui-ci a conscience au vu des éléments factuels de l'affaire que ses conseils vont permettre au client de violer la loi fiscale.

DROIT FRANÇAIS - SANCTIONS PÉNALES

DELIT DE FRAUDE FISCALE

Une personne est coupable du délit de fraude fiscale lorsqu'elle s'est frauduleusement soustraite ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'impôt.

Peu importe la nature du procédé utilisé.

Peine : - amende de 500.000 € (cinq cent mille euros) et emprisonnement de 5 ans,

- 750.000 € (sept cent cinquante mille euros) si la fraude est réalisée au moyen d'achat ou de vente sans facture.

- 7 ans d'emprisonnement à 1.000.000 € (un million d'euros) d'amende si la fraude présente un lien avec un Etat non coopératif.

L'article 1691 du CGI (alinéa 1) énonce *que les individus qui en application de l'article 1742 ont été condamnés comme complices de contribuables s'étant frauduleusement soustraits ou ayant tenté de se soustraire frauduleusement au paiement de leurs impôts , soit en organisant leur insolvabilité , soit en mettant obstacle, par d'autres manœuvres, au paiement de l'impôt, sont tenus solidairement avec les contribuables au paiement des dits impôts.*

Au plan pénal, le complice de l'infraction est puni comme l'auteur.

Les complices du délit prévu à l'article 1741 du CGI sont passibles des mêmes peines que l'auteur de l'infraction.

Les personnes susceptibles d'être tenues par la solidarité pénale sont tous les auteurs, co-auteurs ou complices d'une même infraction, qui ne sont pas le redevable légal de l'impôt fraudé.

La solidarité prévue à l'article 1745 du CGI est une mesure distincte, sur laquelle le juge est appelé à statuer, à condition qu'elle soit expressément demandée par l'administration.

Le juge répressif apprécie souverainement s'il y a lieu de mettre à la charge de la personne condamnée l'obligation solidaire pour le paiement des droits fraudés et des pénalités.

<u>Infraction commise par les comptables (CGI Art. 1772)</u>

Les experts-comptables et professionnels assimilés encourent une amende pénale d'un montant de 4.500 € et/ou un emprisonnement de 5 ans s'ils participent à l'établissement de documents comptables falsifiés.

BLANCHIMENT DE FRAUDE FISCALE

Il s'agit d'une infraction hybride entre le blanchiment et la fraude fiscale.

Les sommes soustraites au Fisc sont réintégrés dans le circuit légal.

D'un point de vue du conseil, celui-ci n'apporte pas d'aide à l'infraction primaire de fraude, mais son assistance à l'utilisation des sommes préalablement fraudées.

En France décret n° 2009-864.

En France les professionnels sont tenus de faire une déclaration de soupçon de blanchiment de fraude fiscale sur une liste de 16 critères.

Exemple :
- utilisation de prête-noms
- utilisation de comptes de passage
- utilisation de sociétés écran
- organisation d'insolvabilité
- utilisation atypique de comptes bancaires
- transfert de fonds vers un pays étranger suivi du rapatriement sous la forme de prêts etc…

AFFAIRE RICCI

LES FAITS :

Mme Arlette RICCI est poursuivie pour :

- non déclaration de fonds bancaires en Suisse (18,7 M€) hérité du père décédé en 1988.
- création de SCI en France pour organisation d'insolvabilité

LE REQUISITOIRE :

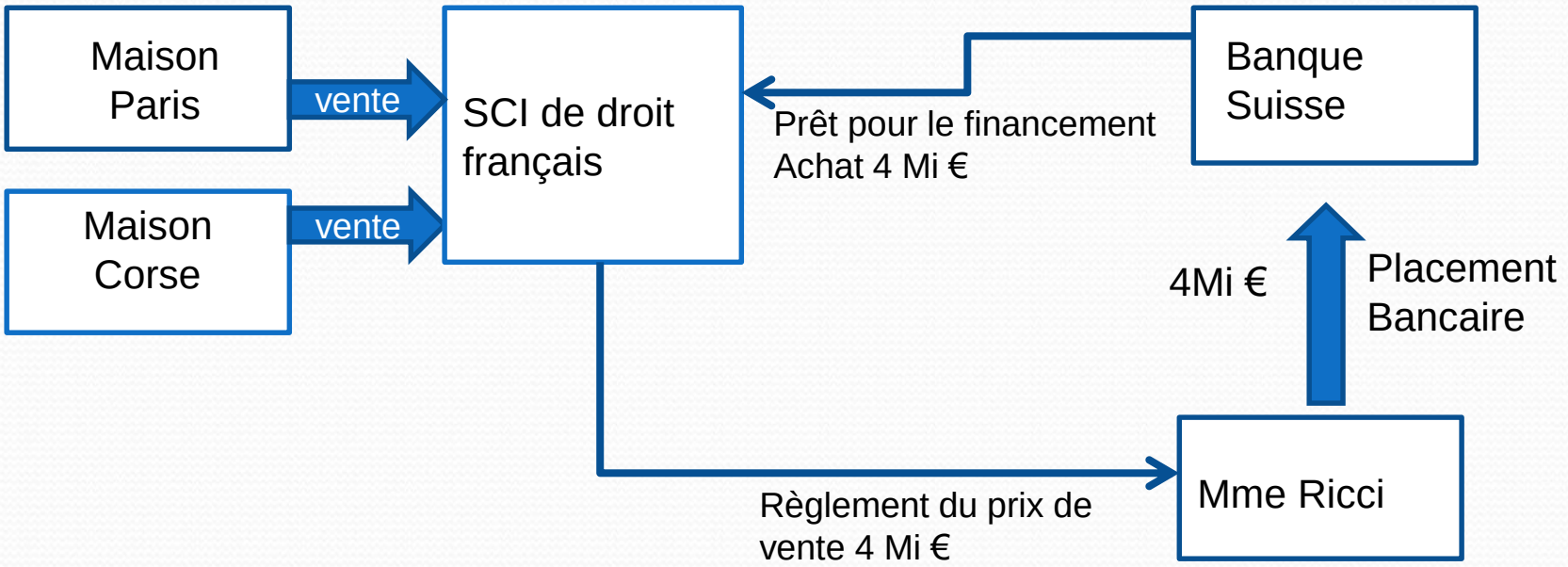
- Délit de fraude fiscale
- Blanchiment de fraude fiscale
- Organisation frauduleuse d'insolvabilité

Son avocat fiscaliste est poursuivi pour :

- Complicité d'organisation d'insolvabilité

Le fisc réclame à Madame RICCI

- 6 545 004 € au titre de l'IR
- 3 545 044 € de pénalités de l'ISF
- 200 000 € amende



- Valeur de SCI + ou – 0
- Immeubles sortis du patrimoine français de Ricci
- ISF Français = 0
- Effet levier sur les 4 Mi €

LES PEINES:

Madame RICCI est condamné à :

- 3 ans de prison (2 avec sursis)
- amende 1,04 M pour fraude fiscale
- confiscation des immeubles en France

Le conseiller fiscal est condamné à :

- 1 an de prison avec sursis
- 10 000€ d'amende
- devra assumer solidairement le montant des impôts éludés

APPRÉCIATION

Affirmation de la gravité particulière du délit de fraude fiscale (poursuites contre les complices)

« La gravité des faits portent une atteinte exceptionnelle à l'ordre public, économique et au pacte républicain"

- multiplicité des infractions
- retenu l'organisation d'insolvabilité
- Complicité de fraude fiscale ?
- Complicité de blanchiment de fraude fiscale ?
- Suspicion à l'égard du conseil fiscal (écrits justificatifs inopérants – principe *fraus omnia corrumpit*)
- introduction d'une présomption selon laquelle le conseil est censé avoir saisi l'intention frauduleuse du client dès qu'il est en présence de certains indices.
- sanctions extrêmement lourdes pour le conseil : pénales, pécuniaires en attendant les disciplinaires

RAPPEL : le conseil étranger se trouve strictement dans la même situation de risque de poursuites que le conseil national.

OBLIGATION DE VIGILANCE DU CONSEIL LUXEMBOURGEOIS PAR RAPPORT À LA FRAUDE FISCALE OU LE BLANCHIMENT DE FRAUDE FISCALE

ATTENTION :

Les professionnels luxembourgeois sont également soumis à des déclarations de soupçons dans le cadre de la lutte contre le blanchiment (qui ne correspond pas à la fraude fiscale)

Les éléments factuels sur lesquels reposent ces déclarations peuvent différer de ceux retenus par des Etats étrangers du fait de la différence sur la définition légale des infractions fiscales.

Le Luxembourg fait la différence entre la simple omission de déclarer et l'escroquerie fiscale .

Conséquences :

- Le même fait est éventuellement non délictueux au Luxembourg mais délictueux selon la législation étrangère.
- Par rapport à un client résident fiscal étranger et en termes de gestion du risque pénal, il est plus prudent de raisonner sur le fondement de la législation pénale applicable au lieu de résidence fiscale du client.

ATTENTION :

La directive 2015/849 du 20 mai 2015 « rebat les cartes ».

L'article 4 énonce :

« Il y a blanchiment de capitaux même si les activités qui sont à l'origine des biens à blanchir sont exercées sur le territoire d'un autre Etat membre ou sur celui d'un pays tiers »

D'autre part l'article 4 F stipule:

'l'activité criminelle' vise *« toutes les infractions, y compris les infractions fiscales pénales liées aux impôts directs et indirects et telles que définies par le droit national des Etats membres, qui sont punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à 1 an ou , dans les Etats membres dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, toutes les infractions qui sont punissables d'une peine de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à 6 mois».*

Cette inclusion de l'infraction fiscale pénale est conforme aux recommandations du GAFI.

La directive énonce dans son préambule que tout en ayant conscience que *« les définitions des infractions fiscales pénales peuvent différer d'un droit national à l'autre ».*

Même si l'objectif visé n'est pas une harmonisation des définitions des infractions fiscales pénales dans les droits des Etats membres, ces derniers devraient, dans la plus grande mesure possible en vertu de leur droit national, autoriser l'échange d'informations ou la fourniture d'une assistance entre les cellules de renseignement financier de l'Union »

Conclusion

La déclaration de soupçon pourrait bien s'appliquer sur un blanchiment de fraude fiscale avec infraction primaire dans un autre Etat membre indépendamment de la définition donnée en droit national Luxembourgeois.

COOPÉRATION INTERNATIONALE

1° Mandat d'arrêt européen

Matière régie au Luxembourg par la loi du 17 mars 2004 modifiée par la loi du 12 avril 2015.

Il s'agit d'une substitution à l'extradition .

- La procédure est réservée aux infractions graves (1 an d'emprisonnement)
- Le mandat est transmis aux autorités judiciaires (au Luxembourg le Procureur Général d'Etat) pour exécution

Mesures

- Arrestation et remise de personnes recherchées pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sureté privative de liberté entre le Luxembourg et les autres états membres de l'UE.
- Le mandat européen est refusé si le fait ne constitue pas une infraction au regard du droit luxembourgeois.
- En matière de taxes et d'impôts l'exécution du mandat ne peut être refusé pour le motif que la loi n'impose pas le même type de taxes ou d'impôts.
- Pas d'exigence de double incrimination dans le cas de blanchiment, fraude, participation à une entreprise criminelle entres autres.

2° La loi du 12 avril 2015 prévoit également en application de la décision du 27 novembre 2008, la reconnaissance des jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures de sureté privatives de liberté.

3° Entraide judiciaire internationale (voir Loi du 27 octobre 2010)

Des demandes d'entraides judiciaires émanant d'autorités judiciaires d'Etats étrangers peuvent être adressé au Luxembourg au service du Procureur Général.

Ces mesures visent à faire opérer des saisies d'objets, de documents, de fonds et de biens de toute nature.

Les mesures doivent mentionner l'objet, le motif de la demande, la date et le lieu de la commission des faits ainsi que le lien entre ceux-ci et l'objet de l'acte d'instruction sollicité.

Les motifs de refus sont rares :

- atteinte à l'ordre public
- le fait à la base de la demande doit être également qualifié de crime ou de délit au Luxembourg et punissable d'une peine d'au moins une année (exigence de double incrimination).

Il n'existe cependant pas de contrôle d'opportunité de la mesure.

MOYENS DE DÉFENSES PRÉVENTIFS

- Compartimenter les risques.
- Eviter le cumul de conseil fiscal avec d'autres types de mandat (notamment administrateur de structure).
- Eviter d'intervenir dans des schémas fiscaux où se trouvent des structures sensibles.
- Donner de la substance aux structures : privilégier la location à la domiciliation.
- Demander des engagements écrits ainsi que des preuves aux clients sur la licéité fiscale des fonds utilisés.
- Avoir recours à des descriptifs très précis de missionnement et se ménager la preuve vis-à-vis du client que le respect de la législation fiscale a été central dans la communication (avec toutes les limites que cela comporte en matière pénale)
- D'une façon générale tous les éléments pouvant indiquer l'absence d'intention frauduleuse dans le chef de conseiller fiscal.
- Contrôler ses garanties en matière d'assurance.

Cependant :

- D'une façon générale , les poursuites sont liées à des dissimulations d'actifs
- Les exigences de transparence devraient mécaniquement diminuer les risques de poursuites