

Comment la banque peut-elle continuer à faire du conseil fiscal pour ses clients sans prendre de risque ?

**Par Maître Alain LORANG,
avocat au barreau de Luxembourg**

Notion de risque

- **Risque Pénal**

Violation d'une norme légale sanctionnée pénalement

- **Risque Civil**

Mise en cause de la responsabilité de la banque dans la mesure où le conseil fiscal a causé fautivement un préjudice à client/tiers

Responsabilité

- Pénal

La loi applicable peut permettre la poursuite d'une personne morale
Les faits délictueux sont commis par une personne physique

- Banque / employé
- Personne morale / Personne physique

- Civil

C'est essentiellement la personne morale qui est mise en cause
Application du principe de la responsabilité du chef des personnes qu'on
emploie (art.1384 al.3 du code civil luxembourgeois)

Responsabilité pénale

- Implique délit primaire

Agissements conseillés au client sont identifiés comme constituant la violation d'une mesure pénale

- LU - Loi 22 décembre 1993
- FR - art. 1741 Code Général Impôts
- BE - définition art. 449, 450 CIR
- SUI - art. 186 LIFD; art. 59 al 1 LHID

Complicité

Textes qui sanctionnent l'acte de complicité

- FR 121-6,7
- BE art. 67 CP
- LU art. 67–69 CP
- SUI art. 25 CP

Territorialité

Loi pénale applicable sur le territoire de l'état qui l'a édictée.
(La loi pénale luxembourgeoise est applicable sur le territoire luxembourgeois)

La loi pénale peut-elle s'appliquer hors de son état d'origine
Question centrale pour évaluer le risque au sens pénal

EXAMPLES

Cas no 1

- Monsieur Lemalin cadre à la Banque ABC à Luxembourg reçoit Monsieur Riche à son siège. Monsieur Riche, résident fiscal français, possède une importante entreprise en France de matériel électrique qui possède de nombreux clients de part le monde. Monsieur Riche désire pouvoir soustraire une partie des revenus générés au fisc français.
- Monsieur Lemalin lui propose de constituer une société dans un état à fiscalité privilégiée qui jouera le rôle d'intermédiaire commercial. Les fonds menés à cette société seront ensuite transférés sur des comptes personnels gérés par ABC Luxembourg. Monsieur Lemalin remet à Monsieur Riche une note chiffrant le coût du montage.
- Lors d'un contrôle fiscal approfondi le fisc français découvre que les facturations sont fictives. Monsieur Riche fait valoir qu'il est de bonne foi et n'a fait que suivre les conseils de la banque. Il verse à cette occasion la note de Monsieur Lemalin au fisc.
- Monsieur Lemalin se demande s'il peut être inquiété dans cette affaire?
- Délit principal
- Acte de complicité passé au Luxembourg
- Loi française applicable? (Voir Cass. Crim. 13 mars 1981)
- Personne physique ou morale?

Cas no 2

- Monsieur Lemalin reçoit à Luxembourg Monsieur Triche, un entrepreneur résident belge. Il lui ouvre un compte non déclaré pour rapatrier au Luxembourg d'importants montants en liquide et les lui gérer.
- Sur les conseils de Monsieur Lemalin, Monsieur Triche constitue une société pour facturer à sa société belge des prestations de recherche de clientèle qui sont largement fictives.
- Suite à un contrôle, le fisc belge trouve un dossier dévoilant le mécanisme mis en place. Monsieur Triche incrimine les mauvais conseils de Monsieur Lemalin.
- Infraction primaire
- Infraction de complicité?
- Acte commis hors du territoire belge
- Art. 3,66,67 du code pénal
- Cour de cassation 8 août 1994 (Le coauteur ou le complice d'une infraction commise en Belgique est justiciable des juridictions pénales belges, même si les actes de participation n'ont été commis qu'en dehors du territoire du Royaume).

Responsabilité civile

- Contractuelle (par rapport au client)
- Etendue de l'obligation de conseil (éléments contractuels, rémunération)
- Lieu de l'exécution du contrat (Loi luxembourgeoise)
- Obligation de la banque / Pas de l'employé

- Vis-à-vis de ses cocontractants, la personne morale agit au travers de ses préposés, l'acte répréhensible commis par le préposé est donc à considérer comme acte commis par la personne morale elle-même (cour d'Appel de Luxembourg, 11 mai 2005)

Responsabilité civile

- Existence d'un préjudice – impôts
- Comme le paiement de la dette fiscale ne constituerait pas un appauvrissement, la confirmation étrangère du redressement fiscal ne pourrait être constitutive d'un préjudice dans le chef de X.
- Poursuites
- Les poursuites régulières exercées par le fisc étranger en vue de recouvrer des impôts et amendes, à considérer comme faisant partie intégrante d'une situation de dette née régulièrement à l'étranger, ne sont pas susceptibles d'être constitutives d'un préjudice moral.