



# CONFERENCE

## 26 MARS 2015

# **OBLIGATION DE CONSEIL DU PROFESSIONNEL**

L'obligation intervient dans la relation entre client et professionnel.

Le conseil est donné à titre principal / accessoire à une autre activité.

- ❑ Le professionnel, outre l'exécution de son obligation principale, doit éclairer le client profane afin que son choix soit effectué en connaissance de cause.

Cour d'Appel 29.06.1983 : un devoir de conseil existe à charge du professionnel au cas où il existe un déséquilibre fondamental entre le partenaire et le professionnel, en particulier lorsqu'il existe une trop grande liste en proportion des connaissances entre les contractants, en raison soit de la haute compétence du professionnel, soit d'une expérience du client.

## **ENVERS QUELLE JURIDICTION DOIT ETRE APPRECIEE L'OBLIGATION DE CONSEIL DU PROFESSIONNEL ?**

Le droit applicable est celui qui régit le droit de la structure conseillée dans son interaction éventuelle avec le droit régissant la situation personnelle (physique / morale) du client.

Le conseil porte sur :

- La structure créée vue sous l'angle du droit qui la régit,
- Les implications légales et fiscales qu'entraîne la constitution de la société créée pour le client,

(est-il recommandable pour une personne située dans l'Etat B, au regard du droit qui lui est applicable du but poursuivi, de constituer une structure dans l'Etat C ?).

Conclusion:

L'obligation de conseil est globale.

# TEMPERAMENTS

- L'obligation de conseil est circonscrite par un mandat précis.
- Le service Provider assiste strictement le client à la création de la structure sans être chargé d'une appréciation plus globale de la situation du client (fourniture d'un véhicule juridique).

Par contre, un avocat / expert-comptable est tenu d'une obligation particulière d'information envers le client puisque le conseil est donné à titre principal.

- Le banquier est tenu d'une obligation d'information mais non d'une obligation de conseil (principe de non immixtion dans la gestion des affaires),
- Mandat de gestion de fonds ou mandat de conseil juridique.

# **AGISSEMENTS DELICTUEUX PUNISSABLES A L'ETRANGER**

- ❑ Actes de complicité passés au Luxembourg
- ❑ Infraction de blanchiment
- ❑ Infraction d'abus de bien social
- ❑ Infraction de fraude fiscale
- ❑ Infraction de faux et d'usage de faux

## Exemples de législations étrangères:

Belgique : article 505 du code pénal:

Seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de vingt-six euros à cent mille euros ou d'une de ces peines seulement :

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.

Les infractions visées à l'alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, existent même si leur auteur est également auteur, coauteur ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3<sup>o</sup>. Les infractions visées à l'alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup>, existent même si leur auteur est également auteur, coauteur, ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3<sup>o</sup>, lorsque cette infraction a été commise à l'étranger et ne peut pas être poursuivie en Belgique.

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<sup>o</sup>, les infractions visées à l'alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>, 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.

# **France : risque de poursuites pour des faits connexes à l'affaire principale**

Fraude fiscale (- article 1741 CGI)

Celle-ci consiste à se soustraire ou tenter de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel de l'impôt.

La loi du 6 décembre 2013 créé deux nouvelles circonstances aggravantes:

- ❑ La bande organisée,
- ❑ L'infraction a été commise en ayant recours à des comptes ou des entités détenus à l'étranger ou au moyen de certaines manœuvres, telles la falsification ou l'interposition d'entités fictives ou artificielles.

Conséquence:

Le recours à de telles structures peut constituer le délit et aggraver l'infraction.



# **CONSEILLER FISCAL ET COMPETENCE PENALE** **TERRITORIALE ETRANGERE**

- ❑ Principe général,
- ❑ Territorialité de l'application de la loi pénale,
- ❑ La juridiction compétente territorialement est celle où le fait délictueux s'est produit,
- ❑ Cependant, pour des actes de complicité même situés matériellement sur un territoire étranger, il y a compétence de la juridiction saisie du fait principal.

# **COMPETENCE TERRITORIALE**

La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire français.

L'infraction est réputée commise sur le territoire dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire, et ce, indépendamment de la nationalité de l'auteur.

La loi française est applicable pour des actes de complicité par rapport à une infraction principale en France (fraude fiscale, blanchiment d'argent, etc...).

La compétence est française même si les actes ont été posés matériellement au Luxembourg.

Les complices résidant au Luxembourg pourront être poursuivis devant la juridiction française.

# MOYENS DE DEFENSE PREVENTIFS ET JURIDIQUES

- Actions tout d'abord préventives :

Compartimenter les risques,  
Eviter le cumul de conseil fiscal / administrateur de structures,  
Eviter le recours à des structures « off shores ».

- Donner de la substance aux structures:

Privilégier la location à la domiciliation

- Demander des engagements écrits du client sur la licéité fiscale des opérations et des fonds (en cas de doute s'abstenir).
- Avoir conscience que des clauses limitatives de responsabilité sont inopérantes en matière pénale.

(Exemple : clauses des termes desquelles le client assumerait les risques de l'opération).

# **RISQUES ENCOURUS PAR LES ADMINISTRATEURS DE SOCIETES OFFSHORES / NON RESIDENTES**

- Risque d'être considéré comme coauteur ou complice.
- Un administrateur ne peut, surtout en cas de rôle actif, s'exonérer de sa responsabilité pénale en la faisant peser contractuellement sur le client.

## **Eventuellement**

- Cas d'un rôle purement passif de l'administrateur si l'opération critiquée n'a pas été faite à son initiative.

(Exemple : pouvoir général donné en faveur du client ou d'un tiers).