

Ce texte a été publié dans l'ouvrage de la Commission de la CUP (Université de Liège), sous le titre général « Actualités en droit fiscal. Les effets de la crise bancaire et dix ans de réforme de la procédure fiscale. » (Anthemis, 2009)

Etendue et limites, tant en Belgique qu'à l'étranger, des pouvoirs d'investigation du fisc belge¹

Jean-Pierre BOURS

Cette étude a été publiée in : *Actualités en droit fiscal. Les effets de la crise bancaire et dix ans de réforme de la procédure*. CUP. Anthemis, 2009, pp 77 et s.

Table des matières

I.- LE PRINCIPE EN DROIT FISCAL : DU DEVOIR DE COLLABORATION

1.- Le devoir de collaboration du contribuable lui-même

2.- Le devoir de collaboration des tiers

A.- Existe-t-il un devoir de « délation » ?

B.- L'obligation de collaboration des tiers « à la demande »

II.- COROLLAIRES DU PRINCIPE : LE SECRET PROFESSIONNEL ET LA « POLYVALENCE » DES AGENTS DU FISC

A. Le secret professionnel des agents du fisc

1.- Nature du principe

¹ Le travail qui suit reprend certains passages des études suivantes : J.-P. BOURS. *La notion de secret dans ses rapports avec le droit fiscal*. Réflexions offertes à Paul SIBILLE, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 233 et ss. ; J.-P. BOURS. *Investigations fiscales et droit au secret*. In: *Droits et devoirs du pouvoir taxateur*. Actualités du droit, 1993-2, pp. 381 à 398 ; J.-P. BOURS. *Investigations fiscales et droit au secret*. In : *Le droit fiscal au quotidien*. Ouvrage collectif. Editions du Jeune Barreau de Mons, 2003 ; J.-P. BOURS. *Le secret professionnel et le respect de la vie privée*. RGCF, 2003/5, pp. 99 et ss.

2.- Qui n'est pas « tiers » ?

- a) Le principe de « non-cloisonnement » des administrations
- b) Les administrations fiscales étrangères
- c) Le conjoint

B.- La « polyvalence » des agents du fisc

III.- LE HEURT DES PRINCIPES

- A.- Le droit au silence, ou « droit de se taire »
- B.- Le secret professionnel du tiers
- C.- Le secret de l'instruction
- D.- Le secret des affaires
- E.- Le droit au respect de la vie privée
- F.- Le « secret bancaire »

IV.- LES DROITS D'INVESTIGATION DU FISC BELGE A L'ETRANGER

- A. – Les principes
- B.- Les droits d'investigation du fisc belge à l'égard des banques luxembourgeoises
- C.- Les droits d'investigation du fisc belge à l'égard des banques allemandes. L'affaire du Liechtenstein.

V.- LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

CONCLUSION

Quelles sont, aujourd'hui, les limites aux pouvoirs d'investigation de l'administration fiscale belge ? Le devoir de collaboration auquel sont astreints les contribuables - et les tiers eux-mêmes - est-il illimité ? Comment concilier ce devoir, dont la nécessité n'est guère contestable, avec les droits du contribuable lui-même : droits au silence, au respect de sa vie privée, du secret de ses affaires, de son secret professionnel, ou de l'instruction ?

Déjà nanti des privilèges du "préalable" et de l'"exécution d'office", qui lui permettent de se conférer à lui-même un titre exécutoire, l'Etat, nous allons le voir, jouit d'importantes prérogatives dans le domaine de l'investigation.

Le citoyen, de son côté, se voit reconnaître de plus en plus fréquemment le droit à la protection de sa vie privée.² Mais d'autres droits sont apparus, qui contribuent à limiter, sinon à préciser, ce que sont aujourd'hui les pouvoirs d'investigation de l'administration fiscale.

I.- LE PRINCIPE EN DROIT FISCAL : DU DEVOIR DE COLLABORATION

1.- Le devoir de collaboration du contribuable lui-même

Le principe en droit fiscal est très clair : le citoyen doit collaborer avec l'administration, afin de permettre à celle-ci de calculer avec une précision maximale sa dette d'impôt. Il est obligé, sous peine de sanction, de communiquer toute information de nature à permettre que soit contrôlée la déclaration qu'il a été tenu de remplir.

En matière d'impôts sur les revenus, ce principe est énoncé par les articles 315 et 316 C.I.R., ce dernier s'exprimant comme suit : "Sans préjudice du droit de l'administration de demander des renseignements verbaux, toute personne

² Sur le problème général du droit à la protection de la vie privée, voir F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant et L.G.D.J., 1990. – J. STEENWINCKEL. *Les avancées en matière de protection des droits des contribuables à la lumière de la jurisprudence récente*. RGCF 2000, Dossier spécial, 1 et ss.

passible de l'impôt des personnes physiques, de l'impôt des sociétés, de l'impôt des personnes morales et de l'impôt des non-résidents a l'obligation, lorsqu'elle en est requise par l'administration, de lui fournir, par écrit, dans le mois de la date de l'envoi de la demande, ce délai pouvant être prolongé pour de justes motifs, tous renseignements qui lui sont réclamés aux fins de vérifier sa situation fiscale”.

L'on trouvera des dispositions équivalentes dans le Code T.V.A. (art. 61 et suivants), le Code des droits d'enregistrement, le Code des droits de succession, ou la loi générale sur les douanes et accises.

Les sanctions sont la taxation d'office, ou l'application d'une amende administrative, voire même d'une sanction pénale (voir, pour le C.I.R., l'article 449).

Les moyens mis à disposition de l'administration sont d'ordres divers :

- a) obligation impartie au contribuable de communiquer « tous les livres et documents nécessaires à la détermination du montant (des) revenus imposables » (315 CIR ; voir 315 bis pour les systèmes informatisés ; voir aussi 61 CTVA) ;
- b) obligation plus générale de communiquer tous renseignements demandés par l'administration (316 CIR ; voir aussi 62 CTVA) ;
- c) libre accès aux locaux professionnels « à toutes les heures où une activité s'y exerce », de même qu'à tous autres locaux « où des activités sont effectuées ou sont présumées être effectuées » (319 CIR ; voir aussi 63 CTVA).

L'on relèvera de regrettables divergences entre les différents codes, notamment au niveau d'une éventuelle obligation de se dessaisir des livres et documents. L'article 315 CIR contient l'expression « sans déplacement », qui n'a pas son équivalent dans le Code de la TVA.³

³ R. WINAND. *Les droits et les obligations du contribuable et de l'administration fiscale*. In : *Les pouvoirs d'investigation du fisc et les délais d'imposition*. Anthemis, 2006, pp. 23 et ss. ; F. KONING. *Le redressement fiscal à l'impôt sur les revenus*. Kluwer, 2003, p. 154 ; M. DE JONCKHEERE, M. MAUS et M. DELANOTE. *Fiscale procedure*. Die Keure, 2007 ; M. MAUS. *De fiscale Contrôle*. Die Keure, 2005.

2.- Le devoir de collaboration des tiers

Même les tiers peuvent se voir contraints de communiquer à l'administration des informations au sujet d'un contribuable déterminé.

A.- Existe-t-il un devoir de « délation » ?

Sans doute - fort heureusement - n'existe-t-il aucune obligation de porter "spontanément" à la connaissance du fisc des faits qui rendraient des tiers redevables d'impôts⁴.

Mais ce principe souffre d'innombrables exceptions, dont les principales sont les suivantes :

- les obligations imposées au notaire en matière de contributions directes (art. 433 et 442 C.I.R.) et de droits de succession (art. 97, 98 et 99 C. succ.)⁵ ;
- l'article 57 C.I.R., qui précise que les rémunérations, les commissions, honoraires, etc, ne peuvent être déduits par le débiteur à titre de charges, si le nom et l'adresse des bénéficiaires ne sont pas communiqués, et si les fiches individuelles et les relevés récapitulatifs ne sont pas produits;
- la taxation, au taux de 309 %, des "commissions secrètes" c'est-à-dire des sommes allouées ou attribuées par une société à un "bénéficiaire non identifié" (art. 219, 197 et 57 C.I.R.) ;
- l'obligation, imposée par le Code TVA aux assujettis, de "faire connaître chaque année avant le 31 mars, par écrit, à l'administration, pour chaque assujetti auquel ils ont livré des biens ou fourni des services au cours de l'année précédente, le montant total de ces livraisons et prestations, ainsi que le montant total des taxes portées en compte" (art. 53 quinquies, C.T.V.A.) ;
- les communications d'office imposées aux banques en matière de droits de succession (art. 96 à 99 et 101 C. succ.)⁶.

⁴ J. VAN HOUTTE, *Le secret professionnel et le fisc. Solutions du droit belge*. Extrait des rapports belges au VIIIème Congrès International de droit comparé, publié in *Rev. fisc.*, 1970, pp. 487 et s. ; CLAEYS-BOUUAERT, *Le secret en droit fiscal*. Travaux de l'association Henri CAPITANT, 1974, publiés in *Rép. Fisc.*, 1974, pp. 141 et s.

On observera par ailleurs que les dénonciations, anonymes ou non, sont fréquentes en Belgique, et suivies d'effet.⁷ Contrairement à ce qui se passe en France, les délateurs ne sont rémunérés.

B.- L'obligation de collaboration des tiers « à la demande »

Par contre, lorsqu'il en est requis, tout tiers doit communiquer à l'administration les informations dont il dispose au sujet d'un contribuable déterminé. Ainsi le rappellent très clairement les articles 317, 322, 323 et 324 CIR.

Ce droit d'investigation auprès des tiers - prérogative considérable - autorise l'administration à interroger, au sujet d'un contribuable, toute personne en rapport avec lui : fournisseurs, clients, sous-traitants, voisins, parents, et ceci malgré les conséquences défavorables que semblable enquête ne peut manquer d'entraîner quant à la "réputation" du contribuable.

Le tiers qui refuserait de répondre encourt le risque d'une sanction pénale en sus d'une amende administrative (art. 449 et 452 CIR).

Les moyens mis à disposition de l'administration sont ici les suivants :

- a) possibilité de recueillir auprès des tiers des attestations écrites (art. 322 et 323 CIR et 62 CTVA);
- b) possibilité d'exiger d'eux la production de tous renseignements jugés nécessaires (mêmes articles);

⁵ Pour plus de précisions, voir HARMEL, *Les lois fiscales et le secret professionnel des notaires*. En hommage au Professeur BAUGNIET, pp. 355 et s.

⁶ Voir A. BRUYNEEL, *Secret bancaire et fiscalité*. Rev. not. belge, 1973, pp. 6 et s.

⁷ Par arrêts du 21.9.1993 (FJF 94/88), du 14.3.1994 (RGF 1994, 227, et note LOOCKX), et du 17.6.2003 (FJF 2004/82) la cour d'appel d'Anvers a estimé que « l'établissement d'une cotisation sur base d'une dénonciation était inacceptable d'un point de vue éthico-juridique », et contraire au principe général des droits de la défense. Jadis, le site officiel de l'administration fiscale indiquait lui-même... la marche à suivre pour envoyer une dénonciation ! (J.-P. BOURS. *Le secret professionnel et le respect de la vie privée*. RGCF, 2003/5, p. 100.)

- c) possibilité d'entendre des témoins (voir les articles 325 et 326 CIR, offrant des garanties au contribuable dans cette hypothèse, sans équivalent dans le code de la TVA).

II.- COROLLAIRES DU PRINCIPE : LE SECRET PROFESSIONNEL ET LA « POLYVALENCE » DES AGENTS DU FISC

A. Le secret professionnel des agents du fisc⁸

1.- Nature du principe

1.- En matière d'impôt sur les revenus, le principe est énoncé par l'article 337 CIR, des textes similaires figurant dans les autres codes : "Celui qui intervient, à quelque titre que ce soit, dans l'application des lois fiscales ou qui a accès dans les bureaux de l'administration des contributions directes, est tenu de garder, en dehors de l'exercice de ses fonctions, le secret le plus absolu au sujet de tout ce dont il a eu connaissance par suite de l'exécution de sa mission".

Il s'agit là d'un juste corollaire de l'obligation de collaboration : les informations communiquées par le contribuable ou les tiers doivent être tenues pour secrètes, sous peine de sanctions pénales (art. 453 CIR et 458 du Code pénal).

2.- Cette obligation au secret est à ce point contraignante que l'administration ne pourrait s'en faire délier par une décision judiciaire.

La cour d'appel de Mons l'a clairement rappelé dans un arrêt du 4 décembre 1986 : "Aucun texte légal n'autorise le juge à délier l'administration du secret professionnel, lorsque celle-ci tente d'établir le revenu imposable d'un contribuable en se fondant sur une présomption de l'homme, et notamment demande à produire le dossier fiscal de contribuables similaires"⁹.

⁸ Sur le sujet : L. ORBAN. *Le secret professionnel des agents du fisc*. RGCF, 2007/3, pp. 167 et ss.

⁹ J.L.M.B., 1987, p. 201, note AFSCHRIFT.

3.- C'est en application de cette obligation de secret professionnel que l'administration refusera de communiquer des renseignements concernant la situation fiscale d'un contribuable à toute personne tierce : mais ni le tuteur, ni le curateur, ni les héritiers du contribuable n'en sont.

La cour d'appel de Bruxelles a été amenée à rappeler ce principe de l'obligation au secret, par arrêt du 27 avril 1991 : "Lorsque l'administration fiscale impute à faute à un liquidateur d'une société de n'avoir pas poursuivi un débiteur de cette société avec la conséquence que des impôts dus par celle-ci n'ont pu être payés, l'administration ne peut, sans violer le secret qui lui est imposé, établir la solvabilité du débiteur en donnant des renseignements extraits du dossier fiscal de celui-ci"¹⁰.

2.- Qui n'est pas « tiers » ?

a) Le principe de « non-cloisonnement » des administrations

1.- Si l'administration ne peut communiquer à des tiers les informations confidentielles qu'elle détient, encore faut-il s'entendre sur le sens exact à conférer au mot "tiers".

Le deuxième alinéa de l'article 337 s'exprime en effet comme suit : "Les fonctionnaires de l'administration des contributions directes et de l'administration du cadastre restent dans l'exercice de leurs fonctions, lorsqu'ils communiquent aux autres services administratifs de l'Etat, y compris les parquets et les greffes des cours et de toutes les juridictions, aux Communautés, aux Régions et aux établissements ou organismes publics visés à l'article 329, les renseignements qui sont nécessaires à ces services pour assurer l'exécution des dispositions légales ou réglementaires dont ils sont chargés".

Cette disposition, qui a été modifiée dans ce sens par la loi du 3 novembre 1976, consacre le principe du "non cloisonnement" entre les administrations fiscales et

les autres services publics administratifs. L'existence ou non de ce principe avait été âprement controversée avant l'entrée en vigueur de la loi de 1976 ¹¹. C'est en application dudit principe que des informations sont communiquées par l'administration fiscale à l'INASTI ¹², au Comité supérieur de contrôle ¹³, aux C.P.A.S. ¹⁴, ou même à la sûreté de l'Etat ¹⁵.

2.- Encore faut-il que les renseignements communiqués soient "nécessaires à ces services, établissements ou organismes pour assurer l'exécution des dispositions légales ou réglementaires dont ils sont chargés". On est loin d'avoir la certitude que cette condition est toujours remplie... En 1987, révélation a été faite de ce que, sur simple présentation de leur carte de service, des membres des corps de police se voyaient autorisés à prendre connaissance de dossiers fiscaux. Le ministre des Finances a bien voulu admettre que cette pratique était intolérable ¹⁶.

3.- Le plus inquiétant reste toutefois l'extraordinaire laxisme avec lequel cette liste d'organismes "non tiers" est dressée. Les "établissements ou organismes publics" sont, selon l'article 329 C.I.R., "les institutions, sociétés, associations, établissements et offices à l'administration desquels l'Etat, une Communauté ou une Région participe, auxquels l'Etat, une Communauté ou une Région fournit une garantie, sur l'activité desquels l'Etat, une Communauté ou une Région exerce une surveillance ou dont le personnel de direction est désigné par le Gouvernement fédéral ou un Gouvernement de Communauté ou de Région, sur sa proposition ou moyennant son approbation". Une liste d'"établissements ou organismes publics" était autrefois donnée dans le commentaire administratif du CIR, sous le numéro 94/34 : elle était qualifiée de "non exhaustive", mais contenait 152 exemples, depuis l'Académie royale de langue et de littérature française jusqu'aux Wateringues, en passant notamment par le Banc d'épreuve des armes à feu à Liège (sic) ou le Mémorial national du fort de Breendonk...

¹⁰ Journ. nat. dr. fisc. fin., 1972, p. 58.

¹¹ Sur la question, voir : J.P. BOURS, *La notion de secret dans ses rapports avec le droit fiscal*. Réflexions offertes à Paul SIBILLE, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 233 et s.

¹² Il est vrai qu'il existe ici une disposition légale spécifique : art. 23 de l'A.R. n° 38 du 27 juill. 1967.

¹³ Bruxelles, 19 févr. 1975, Pas., 1975, II, p. 111.

¹⁴ Q. R., Parl., n° 20 du 24 févr. 1987, Sénat, Question n° 132.

¹⁵ Q. R., Ch. Repr., Question n° 10 du 11 janv. 1977, p. 499, in B.C.D., 1977, p. 591.

La lecture du nouvel article 314 C.I.R., procédant de l'article 36 de la loi du 7 décembre 1988, n'est certainement pas de nature à rassurer : "L'administration des contributions directes attribue un numéro fiscal d'identification aux contribuables (...). Pour les personnes physiques, ce numéro fiscal correspond à leur numéro d'identification dans le Registre national des personnes physiques (...) ... le numéro fiscal d'identification des personnes physiques peut être utilisé, au seul titre d'identifiant, dans les relations externes mentionnées ci-dessous et qui sont nécessaires pour l'exécution des dispositions législatives et réglementaires dont l'administration des contributions directes est chargée (...) 5° avec les personnes physiques ou morales et les associations de fait qui sont tenues de fournir des renseignements au sujet du titulaire de ce numéro d'identification, dans le cadre des obligations qui leur sont imposées par une disposition législative ou réglementaire relative aux impôts sur les revenus". L'évolution de l'informatique et l'interconnection des banques de données sont de nature à susciter ici des inquiétudes particulièrement vives.

4.- On relèvera de surcroît que le principe de "non cloisonnement" des administrations a été interprété comme ne s'appliquant qu'en faveur de l'administration seule, et jamais du contribuable.

L'article 358, 4°, C.I.R. dispose que, lorsqu'elle est mise en possession d'"éléments probants", l'"administration" peut établir un supplément d'impôt en remontant cinq ans en arrière, pour autant que ce supplément d'impôt soit établi dans les douze mois "à compter de la date à laquelle (...) les éléments probants (...) sont venus à la connaissance de l'administration".

Dans une hypothèse où l'administration de la T.V.A., de l'enregistrement et des domaines avait obtenu des "éléments probants" à propos d'un contribuable, les avait transmis à l'administration des contributions directes, et où celle-ci avait enrôlé le supplément d'impôt plus de douze mois après que l'élément ait été découvert par la première administration, le contribuable concerné avait soutenu

¹⁶ Ch. Repr., Commission des finances, 14 oct. 1987, p. 28, C.R.A., cité par le Fiscologue, 1987, n° 183, p. 12.

que, compte tenu du principe de “non cloisonnement”, le terme “administration” doit s’entendre comme visant l’administration en général, non celle des contributions directes seule. La cour d’appel de Liège lui a donné tort, par arrêt du 19 février 1986 ¹⁷.

b) Les administrations fiscales étrangères

L’administration peut enfin communiquer “tous renseignements susceptibles de permettre l’établissement correct des impôts sur les revenus et sur la fortune” aux administrations fiscales des autres Etats membres de la C.E.E. (art. 338), de même qu’elle peut transmettre des renseignements à tout pays tiers signataire d’une convention préventive de double imposition (art. 26 de la convention type O.C.D.E.), ceci sans aucune obligation corrélative d’informer le contribuable concerné de ce que le renseignement a été transmis. Cette absence d’information empêche le contribuable de faire valoir ses droits.

c) Le conjoint

Le conjoint du contribuable est-il un tiers par rapport à ce dernier, ce qui interdirait à l’administration de lui communiquer des informations concernant la situation fiscale de son époux ou de son épouse ?

La Cour de cassation a répondu par l’affirmative dans un arrêt du 19 mai 1995, et ce dans une hypothèse où, cependant, la contribuable voulait introduire une réclamation contre un impôt dû par son époux, parce que le receveur prétendait lui faire payer les dettes fiscales de ce dernier.¹⁸

Cette interprétation de l’article 366 CIR a été jugée incompatible avec le principe d’égalité, par arrêt du 27 juin 1996 de la Cour constitutionnelle.¹⁹ C’est ce qui a amené le législateur, par la loi du 15.3.1999, à réécrire l’article 337 CIR : « Les fonctionnaires de l’administration des contributions directes restent également

¹⁷ J.D.F., 1987, p. 204.

¹⁸ Cass. 19.5.1995. Pas., 1995, p. 520. P. MARTENS stigmatise cette décision dans son ouvrage *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*. Larcier, 2003, p. 173.

¹⁹ Arrêt n° 39/96.

dans l'exercice de leurs fonctions, lorsqu'ils accueillent une demande de consultation, d'explication ou de communication relative à la situation fiscale d'un contribuable, émanant de son conjoint sur les biens duquel l'imposition est mise en recouvrement. »²⁰.

B.- La « polyvalence » des agents du fisc

L'article 335 CIR dispose que : « Tout agent d'une administration fiscale de l'Etat régulièrement chargé d'effectuer, chez une personne physique ou morale, un contrôle ou une enquête se rapportant à l'application d'un impôt déterminé, est de plein droit habilité à prendre, rechercher ou recueillir tous renseignements propres à assurer l'exacte perception de tous autres impôts dus par cette personne. »

Et l'article 336 poursuit dans les termes suivants : « Tout renseignement, pièce, procès-verbal ou acte, découvert ou obtenu dans l'exercice de ses fonctions par un agent d'une administration fiscale de l'Etat, soit directement, soit par l'entremise d'un des services, administrations, sociétés, associations, établissements ou organismes désignés aux articles 327 et 328 peut être invoqué par l'Etat pour la recherche de toute somme due en vertu des lois d'impôts. »

Ces deux dispositions, et surtout la seconde, sont des conséquences du principe de « non-cloisonnement » des administrations.

Mais elles ne peuvent faire perdre de vue qu'un fonctionnaire ne peut agir qu'en respectant strictement les dispositions légales applicables à l'administration dont il dépend. Si l'administration des contributions directes ne peut interroger, au sujet de leurs clients, les organismes bancaires, et que l'administration de la TVA peut le faire, il ne pourrait être admis que cette dernière, sur demande de l'administration des contributions directes, interroge une banque à propos d'un contribuable, puis lui communique le renseignement. Ceci serait de toute évidence constitutif d'un détournement de procédure. Ce problème est examiné infra.

²⁰ Voir aussi Cass. 2 févr. 1977, Pas., 1977, I, p. 600 ; Conseil d'Etat, 9.7.1999. FJF n° 2000/239 ; J.P. BOURS, *Les conséquences fiscales du divorce*, R.G.F., 1992, pp. 107 et s. ; DE BAENST, *La protection de la confidentialité en matière fiscale*, J.D.F., 1991, p. 221.

Il ne se pourrait admettre non plus qu'un agent de l'administration des contributions directes procède à des investigations au profit de l'administration de la TVA -ceci même s'il fait partie de l'administration de l'Inspection spéciale des impôts (I.S.I.), ou de celle de la Fiscalité des entreprises et de revenus (AFER)- ceci en violation les dispositions légales du code dont il dépend, par exemple en interrogeant une banque (violation de l'article 318 CIR –voir infra).

Ces deux manières d'agir constituent des violations du principe de « finalité », en vertu duquel un contrôle effectué par un agent d'une administration tend à une régularisation dans la matière relevant de la compétence de cet agent. Ce principe est induit par la division de l'administration fiscale en administrations distinctes, et par la division du *corpus* fiscal en différents Codes contenant des règles et des principes parfois inconciliables ; il est de surcroît une conséquence du principe de la légalité de l'impôt (article 170 de la Constitution). L'article 335 CIR constitue une exception à ce principe, nécessairement de stricte interprétation. De quelque administration dont il relève, un agent ne peut jamais, ni violer les dispositions du Code régissant la matière qui relève de sa compétence, ni violer celles de tout autre Code régissant une matière dans laquelle, en application de l'article 335, il prétend indiquer.

Ce principe a été justement rappelé par un jugement du tribunal de première Instance de Leuven du 21 septembre 2007 : « Les articles 335 CIR (règle de l'extension subsidiaire de l'enquête fiscale) et 336 CIR (règle de l'utilisation universelle des informations fiscales recueillies régulièrement) dérogent au principe de finalité du contrôle fiscal. Ce principe, qui est un corollaire du principe de la légalité de l'impôt, interdit à l'administration fiscale de mettre en œuvre ses pouvoirs légaux d'investigation d'une manière non prévue par le législateur. »²¹

III.- LE HEURT DES PRINCIPES

²¹ Rb. Leuven, 21 septembre 2007, FJF n° 2008/287.

Une fois posés le principe (le devoir de collaboration incombant au contribuable et aux tiers) et ses corollaires (le devoir de secret professionnel des agents de l'administration, et leur « polyvalence »), il reste à constater que ce principe, économiquement fondamental (l'Etat doit compter sur la collaboration des contribuables pour pouvoir lever l'impôt), se heurte à bien d'autres, en apparence aussi fondamentaux. C'est de ces affrontements fréquents, véritables « conflits de valeurs », que rend compte une importante partie de la jurisprudence fiscale.

A.- Le droit au silence, ou « droit de se taire »²²

1.- Le droit de se taire, et de n'avoir pas à contribuer à sa propre incrimination, se déduit de l'article 6.2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ; il est un élément constitutif de la présomption d'innocence.²³ Il était déjà consacré par l'adage latin *Nemo tenetur edere contra se*, et est aujourd'hui une pierre angulaire du droit pénal.²⁴

Il n'est donc, à priori, rien de plus étranger au droit fiscal que ce principe. Le contribuable est obligé de contribuer aux efforts que consent l'administration pour le taxer, et toute information qu'il donne de la sorte pourra être utilisée contre lui. C'est dire à quel point divergent droit fiscal et droit pénal.

2.- Ceci n'est pas sans poser de sérieux problèmes, lorsqu'un contribuable est tout à la fois sous le coup d'une procédure fiscale et d'une procédure pénale.²⁵ Il dispose, en droit pénal belge, de droits similaires à ceux mis en oeuvre par la procédure anglo-saxonne du *Nolo contendere* : le droit de se taire et même de mentir. Or, si les mêmes questions lui sont posées par l'administration fiscale, il

²² Sur le sujet : P. QUARRE, *Le droit au silence*, J.T., 1974, 525 ; P. QUARRE, *Actualité du droit au silence*, Journ. Proc., 1988, n° 135, p. 1 ; V. SEPULCHRE, *L'article 6 de la C.E.D.H. et le droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination en droit fiscal*. RGF 2002, pp. 172 et ss ; M. MORRIS, *Le fisc et la protection de la vie privée*. In : *L'évolution des principes généraux du droit fiscal*. Larcier, 2009, pp. 252 et ss ; F. KUTY, *Le droit au silence, les investigations de l'administration fiscale et l'enquête pénale*. J.T., 2008, pp. 386 et ss.

²³ M. MORRIS. Loc. cit. p. 233.

²⁴ Voir : M. MAUS. Op. cit. pp. 695 et ss.

²⁵ Ce qui a tendance à devenir de plus en plus fréquent. Voir J.-P. BOMBAERTS, *Le contentieux fiscal passe de plus en plus par le pénal*. L'Echo du 10.1.2009.

est obligé, cette fois, non seulement de répondre, mais de dire la vérité, sous peine de sanctions.

Cette problématique a été rencontrée par une très intéressante ordonnance de Monsieur le président du tribunal de première instance de Liège siégeant en référés, amené à se prononcer dans l'espèce suivante. Un gérant de banque était soupçonné d'avoir établi un faux en écritures au profit d'un client. Il était par ailleurs l'objet d'une procédure fiscale de rectification. Il a été convoqué pour une audition comme témoin par l'inspection spéciale des impôts, la convocation rappelant les dispositions des articles 341 et 342 (anciens) C.I.R., punissant le faux témoignage. Il a réagi en assignant l'administration en référés afin qu'il lui soit fait défense de procéder à son audition sous serment, aussi longtemps que l'information pénale ne sera pas définitivement close à l'égard des poursuites le concernant personnellement. Par ordonnance du 6 juin 1986, le tribunal a rappelé que : "Les droits européens continentaux aussi bien que les droits anglo-saxons ne permettent pas de contraindre une personne à témoigner dans sa propre cause", en déduisant qu'à partir du moment où elle a déposé plainte, l'I.S.I. ne peut plus prétendre demander à quelqu'un de témoigner contre soi-même²⁶.

3.- L'on peut aller plus loin encore, et stigmatiser le comportement de l'administration fiscale, prétendant obtenir des informations d'un contribuable, en le menaçant de sanctions pénales s'il ne répond pas.²⁷ Par voie de conséquence, il ne se peut admettre non plus que des fonctionnaires de l'administration fiscale promettent à un contribuable qu'il ne sera pas poursuivi pénalement s'il avoue avoir fraudé.²⁸

4.- Dès que le litige se meut hors de la sphère du fiscal « pur » et prend une coloration pénale, le « droit au silence » retrouve toute sa pertinence, et peut être invoqué par le contribuable.

²⁶ F.J.F. n° 1986/146.

²⁷ Dans ce sens : Cass. 13.1.1999. FJF n° 99/125.

²⁸ Cass. 13.5.1986. FJF n° 86/144.

Ceci pose l'intéressante question de savoir si un contribuable est contraint de répondre à une demande de renseignements le menaçant, en cas d'absence de réponse, de sanctions pénales ou administratives.

S'il y a menaces de sanctions pénales, il est clair que le contribuable peut se prévaloir du droit au silence. Si les sanctions invoquées sont administratives, se pose alors la question de savoir si certaines sanctions dites administratives ne doivent pas, en raison même de leur gravité, être assimilées à des sanctions pénales.

Dans son arrêt *Funke* du 25.2.1993, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme a fait valoir que, dès lors que des sanctions administratives fiscales revêtent un caractère pénal, elles rentrent dans le champ de l'article 6.1 de la Convention.²⁹

Il ne semble plus pouvoir être contesté aujourd'hui que les accroissements d'impôt prévus par l'article 444 CIR revêtent le caractère de sanction pénale au sens de l'article 6 CEDH, de même que les amendes fiscales non proportionnelles édictées par les articles 446 CIR et 70 §4 CTVA.³⁰

Par des jugements du 30 novembre 2004 et du 23 mars 2006, le tribunal de première instance de Liège a annulé, pour cause de violation du droit au silence, une taxation d'office notifiée à un contribuable ayant refusé de répondre à une demande de renseignements, parce que cette demande invoquait l'existence d'indices de fraude fiscale et en concluait à la prolongation de deux ans du délai d'investigations.³¹

²⁹ Cour.eur.D.H. 25.2.1993, *Funke/France*. FJF 1993, 490. Voir aussi : Cour. Eur. D.H. 3.5.2001. *JB/Suisse*. TFR 2002, 776. ; Cour. Eur. D.H. 4.3.2004. *SHS/Belgique*. FJF n° 2004/157 ; F. KONING. *Demande de renseignements sur fond de suspicion de fraude et droit au silence*. RGF, 2006, n° 8, p. 14. ; K. SPAGNOLI. *Le droit au silence l'emporte parfois sur l'obligation de parler*. *Fiscologue* n° 804, p. 2. ; M. ELOY. *Le contribuable interrogé par le fisc peut-il garder le silence ?* *L'Echo* du 13.11.2001.

³⁰ Cass. 25.5.1999. Pas. 1999, I, 307. Sur la question du caractère pénal des amendes fiscales : M. MORRIS. *Loc. cit.* pp. 242 et ss.

³¹ Liège, 30.11.2004, T.F.R. 2005, p. 590 et FJF n° 2006/275 ; Liège, 23.3.2006, *Fiscologue* n° 1027, p. 4 et FJF n° 2007/183 ; KONING. *Op. cit.* p. 18. Pour un autre commentaire : *Fiscologue* n° 1027, p. 4, par M. MAUS. Voir aussi : *Corr. Liège*, 14.4.2005. FJF n° 2005/215 ; Liège, 2.3.2006, FJF n° 2007/97 ; Mons, 28.4.2004. FJF n° 2005/281. *Contra* : Mons 12.1.2005, 14.9.2005. (celui-ci cité par KONING, *op. cit.* p. 17) et 15.1.2008 (*FiscalNet*).

Ce n'est donc que lorsque le contribuable est « accusé d'une infraction » qu'il peut se retrancher derrière le droit au silence ; tel est le cas lorsque l'administration se prévaut des délais prolongés de l'article 258 CIR, ou lorsqu'elle menace de faire application d'une amende fiscale revêtant le caractère d'une pénalité.³²

5.- Par ailleurs, un arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 novembre 2008³³ lève un lièvre d'importance, en décidant que l'article 70 CTVA, portant sur les amendes fiscales, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il ne permet pas au tribunal de première instance d'assortir d'un sursis l'amende prévue par cette disposition.³⁴

6.- Il est évident que cette problématique nécessite une réforme. L'on ne peut accepter qu'un contribuable, simultanément impliqué dans des procédures fiscale et pénale, puisse se taire ou ait à parler, selon qu'il est entendu par des agents de l'administration fiscale ou par des officiers de police judiciaire. L'on devrait faire admettre le principe en vertu duquel, dans cette hypothèse, ce sont les règles de celui des deux droits qui est le plus respectueux des droits de l'homme (le droit pénal) qui trouvent à s'appliquer. Par une sorte d'application de l'ancien adage *Electa una via, recursus ad alteram non datur*, tout dépôt d'une plainte, voire même toute menace de dépôt, fait automatiquement primer les principes du droit pénal sur ceux du droit fiscal, et réinvestit l'intéressé du droit de se taire.³⁵

B.- Le secret professionnel du tiers

1.- Il peut arriver qu'une demande de renseignement concernant un contribuable, et adressée à un tiers, mette en cause le devoir de secret

³² M. MORRIS. Loc. cit. pp. 267 et ss.

³³ Arrêt n° 157/2008.

³⁴ JVD. *Le juge doit pouvoir accorder un « sursis » pour des amendes fiscales*. Fiscologue n° 1137, p. 10.

professionnel incombant à ce dernier. Ce problème peut également se poser à l'occasion d'un contrôle chez ce tiers. Imaginons, pour prendre un exemple extrême, qu'un médecin spécialisé en chirurgie plastique se voie demander par l'administration production de la liste de tous ses clients et clientes ayant subi, au cours des trois dernières années, une opération leur ayant coûté plus de 10.000 EUR.

Aussi l'article 334 C.I.R. s'exprime-t-il comme suit : "Lorsque la personne requise en vertu des articles 315, alinéas 1er et 2, 316 et 322 à 324, se prévaut du secret professionnel, l'administration sollicite l'intervention de l'autorité disciplinaire territorialement compétente à l'effet d'apprécier si, et éventuellement dans quelle mesure, la demande de renseignements ou de production de livres et documents se concilie avec le respect du secret professionnel".

Le secret professionnel ne peut évidemment être invoqué que pour protéger un tiers contre les investigations du fisc, non pour se soustraire soi-même à ses obligations fiscales ³⁶.

2.- Certaines personnes se trouvent nommément désignées par l'article 458 du Code pénal comme tenues au secret professionnel : ce sont les médecins, chirurgiens et officiers de santé, les pharmaciens et les sage femmes. D'autres sont visés par des lois particulières : agents des postes, employés ou agents des caisses publiques de prêt, employés du fisc, réviseurs et membres de la commission bancaire. D'autres enfin, considérés comme "confidents nécessaires", sont tenus au secret professionnel sans avoir été expressément nommés dans un texte légal : il s'agit des notaires, des avocats, des magistrats, et de leurs collaborateurs : greffiers, huissiers, employés et auxiliaires des avocats et notaires.

³⁵ Pour une autre acception du principe *Una via*, voir le rapport d'enquête parlementaire sur les grands dossiers de fraude fiscale, Chambre. 7 mai 2009. Doc. 52 – 0034/004. p. 222.

³⁶ Dans ce sens, notamment : Bruxelles, 15 janv. 1986, F.J.F., n° 86/211.

Il s'agit aussi des réviseurs d'entreprises et des experts-comptables (art. 61 et 97 de la loi du 21 févr. 1985), mais pas des banquiers, astreints à un simple devoir de discrétion³⁷ (voir infra).

3.- La jurisprudence a été amenée à plusieurs reprises à définir les limites de ce secret professionnel en matière fiscale :

- “Le contribuable exerçant une profession libérale ne viole pas le secret professionnel, en communiquant à l’administration des contributions directes, sur la demande qui en est faite par celle-ci, aux fins d’évaluer le montant des revenus imposables de ce contribuable, les avis émanant de l’Office des chèques postaux relatifs à sa profession”³⁸ ;
- par contre :
 - “Des cotisations doivent être annulées lorsque la communication à l’administration des contributions directes des données sur lesquelles elles sont assises constitue une violation du secret professionnel de l’avocat auquel elles ont été confiées par le contribuable, en vue de sa défense dans une affaire correctionnelle. Est indifférente à cet égard la circonstance que ces données proviennent de l’administration des douanes et accises, et qu’il n’existe pas de secret professionnel entre l’administration des contributions directes et celle des douanes et accises, parce que toutes deux font partie du même ministère des Finances”³⁹ ;
- de même, un arrêt de la cour d’appel de Gand a admis qu’un notaire, dont la comptabilité était régulière, pouvait refuser de produire au contrôleur des contributions le “registre des balances” imposé par la comptabilité notariale, parce que ce livre révélait des données personnelles à des tiers⁴⁰.

Si le tiers intéressé se prévaut du secret professionnel, l’administration doit donc solliciter l’intervention de l’autorité disciplinaire. L’expérience révèle qu’en

³⁷ Cass., 25 oct. 1978, J.T., 1979, 371 et note BRUYNEEL.

³⁸ Cass., 17 juin 1969, Pas., 1969, I, p. 960.

³⁹ Gand, 13 mai 1977, Journ. prat. dr. fisc. fin., 1977, p. 286.

général, elle se rallie à l'avis exprimé par celle-ci... On observera que le texte de la loi ne lui impose pas de le faire. Si tel n'était pas le cas, le litige relèverait de la compétence des tribunaux, par application de l'article 632 du Code judiciaire (« toute contestation relative à l'application d'une loi d'impôt... »). Mais les tribunaux peuvent-ils se prétendre compétents en matière de déontologie ?

4.- Le secret professionnel de l'avocat a été souvent mis en cause à l'occasion d'investigations fiscales.

Un contrôleur ne pourrait “relever dans les livres de l'avocat que ce dernier a reçu une provision importante et interpellé après coup le client en lui posant la question de l'origine des fonds”, ce qui implique que l'avocat ne puisse laisser à la disposition du contrôleur ses livres comptables, et doive exiger qu'ils soient consultés en son cabinet, ce que permet d'ailleurs l'article 315 CIR (« sans déplacement »)⁴¹.

Un avocat ne pourrait, non plus, par exemple, répondre à la question de savoir si les honoraires qui lui ont été payés par un client l'ont été pour une procédure de divorce ou pour un litige à caractère commercial.

L'administration ne pourra jamais se fonder sur une correspondance échangée entre un avocat et son client pour taxer ce dernier ⁴².

Tiers saisi, l'avocat doit refuser toute information sur le montant qu'il détient pour compte d'un client. Le règlement du 15 mars 2004 pris par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone impose aux membres du barreau de se prévaloir

⁴⁰ 11 juin 1957, *Rev. prat. not.*, 1958, p. 333. Pour le cas d'un expert-comptable externe : Brxlles, 30.11.2006. FJF n° 2007/266. Pour le cas d'un huissier : Mons, 13.5.2004. FJF n° 2005/17. Et pour un notaire : Cass. 4.1.2008. RGCF, 2008/4, p. 303.

⁴¹ Sur la question, voir : Table ronde : le secret professionnel et ses aspects fiscaux, in *Omnia Fraterne*, n° 6, pp. 2 et s. ; P. HARMEL, *Le secret professionnel de l'avocat dans la perspective de l'association pluridisciplinaire*, Congrès tenu à Liège le 20 mars 1992 sur le Barreau et les autres professions juridiques.

⁴² Pour un cas d'application en matière pénale, Bruxelles, 21 juin 1978, J.T., 1979, p. 29.

du secret professionnel lorsqu'une saisie-arrêt est pratiquée entre leurs mains, ce règlement étant obligatoire en vertu de l'article 500 du Code Judiciaire⁴³.

C.- Le secret de l'instruction

L'article 2 de la loi du 28.4.1999 (remplaçant l'article 327 §4 CIR) s'exprime comme suit : "Les officiers du ministère public près les cours et tribunaux qui sont saisis d'une information, dont l'examen fait apparaître des indices de fraude en matière d'impôts directs ou indirects, en informeront immédiatement le ministre des Finances".

Faut-il y voir un texte levant expressément - au seul profit de l'administration - le secret de l'instruction, ou doit-on considérer que l'administration ne pourra être autorisée à prendre connaissance du dossier qu'après la clôture de l'instruction ? Si l'article 327 §4 CIR laissait planer un doute, le texte même de cette nouvelle disposition est sans équivoque.

La cour d'appel de Gand, par arrêt du 13 avril 1984⁴⁴, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1986⁴⁵, s'était déjà prononcée en faveur de la levée du secret de l'instruction, ce principe ayant pour objectif de rendre l'instruction plus aisée, non de protéger l'inculpé.

Plusieurs auteurs se sont prononcés en sens contraire⁴⁶. Une levée du secret de l'instruction en faveur de l'administration seule serait d'ailleurs de nature à violer les droits de la défense et, plus précisément, le principe d'« égalité des armes », le contribuable étant contraint de répondre à un avis de rectification faisant état de pièces d'un dossier auquel il n'a pas accès. Sans doute peut-il en demander préalablement copie à l'administration, mais celle-ci peut n'avoir photocopié au

⁴³ Bruxelles, 14 févr. 1991, J.L.M.B., 1991, 423. Cette décision fait suite à une très longue controverse. On en trouvera les références en bas de p. 423 dans la J.L.M.B. de 1991.

⁴⁴ J.D.F., 1987, p. 174.

⁴⁵ R.W., 1986-1987, pp. 1572-1573.

⁴⁶ V. PAULUS de CHATELET. *La communication du dossier en cours d'instruction à l'administration fiscale est-elle compatible avec le secret de l'instruction?* R.D.P., 1985, p. 747 ; T. AFSCHRIFT. *La loi du 4 août 1986 portant des dispositions fiscales.* J.T., 1986, p. 680.

dossier répressif que les pièces à même de l'intéresser. Le contribuable est alors contraint de demander copie du dossier au procureur général. Tout refus de celui-ci entraînerait violation du principe d'égalité des armes (*Audi alteram partem*).⁴⁷

Il a par ailleurs fallu la loi du 4 août 1986 (« Charte du contribuable ») pour empêcher la présence de fonctionnaires de l'administration fiscale au côté d'officiers de police judiciaire, dans le cadre de poursuites pour fraude fiscale⁴⁸. Cette avancée due à la loi de 1986 semble aujourd'hui remise en cause par le parti Ecolo, qui voudrait doter les agents de l'administration fiscale du droit de procéder à des perquisitions.⁴⁹ Le rapport de la Commission d'enquête parlementaire sur les grands dossiers de fraude fiscale conclut à la nécessité d'abandonner le secret bancaire fiscal, et de doter certains agents du fisc d'un statut d'officier de police judiciaire et d'un pouvoir de perquisition.⁵⁰ Il s'agirait là d'un inquiétant recul.

D.- Le secret des affaires

Il existe peu de cas où le droit au secret des affaires ait été reconnu - et même invoqué - dans ses rapports avec le droit d'investigation de l'administration du fisc⁵¹.

Par jugement du 17 novembre 1987, le tribunal de première instance d'Anvers a estimé qu'un négociant en appareillage électronique était fondé à refuser d'envoyer à l'administration de la T.V.A. le listing de ses clients, au motif que les

⁴⁷ Sur l'obligation incombant à l'administration de communiquer son dossier, en application du principe de *fair-play* : Bruxelles, 8.10.2004. FJF n° 2005/212. Voir aussi : T. AFSCHRIFT. *Le rôle du fisc dans la procédure pénale*. RGCF, 2006/5, p. 295.

⁴⁸ M. DASSESE. *La participation de fonctionnaires à une instruction pénale est-elle contraire au respect des droits de la défense?* R.G.F., 1987, pp. 19 et s. ; Cass., 27 mars 1985, F.J.F., N° 85/208. Par arrêt du 27.9.1988 (FJF n° 89/162), la cour d'appel d'Anvers a estimé que les droits de la défense d'un contribuable étaient violés, parce que les fonctionnaires de l'ISI avaient pris une part active à l'instruction pénale.

⁴⁹ Sur une éventuelle réforme de la « Charte du contribuable » : *La charte du contribuable sera reliftée*. L'Echo du 24.4.2009 ; D. VANOVERBEKE. *Veut-on freiner la réforme ?* Le Soir du 6.5.2009 ; voir aussi l'interview de J.-M. NOLLET dans Paris-Match du 14.5.2009, p. 106. Pour un commentaire, formulé dès 1999 : F. VANISTENDAEL. *Droit de perquisition pour l'I.S.I.* RGF, 1999, p. 191.

⁵⁰ Chambre. 7.5.2009. Doc. 52 – 0034/004, notamment p. 232 et 242.

⁵¹ Sur la notion de « secret des affaires » : D. DESSARD et N. SIMAR, *Le secret des affaires : une vie privée des entreprises?*, Journées d'étude du Barreau de Liège, 9 et 10 mai 1980.

ordinateurs du ministère des Finances étaient programmés, commandés et entretenus par un concurrent. Ce commerçant avait, a estimé le tribunal, le droit d'assurer la survie de son entreprise en empêchant que la liste de ses clients ne tombe aux mains de ses concurrents⁵². Ce point de vue n'a pas été partagé par le tribunal de première instance de Bruxelles qui, dans une décision (inédite) du 26 juillet 1990, statuant sur une demande visant à faire interdire à l'administration de procéder à des investigations auprès de clients d'une société donnant en location du matériel informatique, s'est exprimé dans les termes suivants :

“Attendu que l'intérêt pour la collectivité d'une juste et correcte perception de l'impôt n'est pas, en soi et de façon automatique, de nature à prévaloir sur le respect de droits individuels même économiques notamment lorsqu'il apparaît que ceux-ci seraient abusivement atteints, lésés ou susceptibles de l'être ; qu'en l'espèce la correspondance adressée par l'administration fiscale ne comporte aucune connotation critique à l'égard de la S.A. E., mais vise de façon concise la précision de fait demandée à ses clients ; que par sa nature elle ne présente pas de caractère incongru, inadapté ou disproportionné au regard de sa finalité qui elle-même ne manque pas de justification intrinsèque raisonnable...”

On peut par ailleurs s'interroger sur le point de savoir si la généralisation progressive de la procédure de « ruling » n'est pas de nature à ébrécher le droit au secret des affaires, dans la mesure où, pour justifier du fait qu'une opération répond aux “besoins légitimes de caractère financier ou économique “ exigés par certains textes, il faut en faire connaître à l'administration toutes les motivations.

Enfin, les mésaventures subies en 1998 par les agences de voyage ne sont pas sans rapport avec le problème. L'administration de l'Inspection spéciale des impôts avait prétendu obtenir de plusieurs agences, sur support informatique, le relevé des voyages de plus de 50.000 francs souscrits par leurs clients. Interpellé par la Fédération de l'industrie touristique, le ministre des Finances a fait valoir que la

⁵² F.J.F., N° 88/86.

demande était légale mais que, pour des raisons d'opportunité, il n'en demandait pas moins à ses agents de faire preuve de modération.⁵³

Et la controverse, née en 2001, à propos des magasins « grandes surfaces », n'est pas, non plus, sans rapports avec la question. Cette année-là, des agents du fisc ont « sollicité » plusieurs magasins « grandes surfaces », aux fins d'obtenir des renseignements sur leurs clients, récoltés grâce aux cartes de fidélité. La FEDIS, fédération professionnelle de la distribution, s'en était émue. Ici aussi, le ministre des Finances a fait valoir que la demande était légale, mais les tracasseries ont cessé.⁵⁴

On peut difficilement se départir de l'idée que ces questionnaires à caractère général, envoyés par l'administration à diverses entreprises, devraient être prohibés, parce qu'ils constituent une violation du caractère confidentiel de la vie des affaires et, plus généralement, du droit au respect de la vie privée (infra). Ces procédés, que les anglo-saxons connaissent –et généralement proscrivent- sous la dénomination de « *fishing* » sont attentatoires aux principes de « spécialité » et de « finalité », eux-mêmes corollaires du principe de « légalité de l'impôt » (supra). Si l'administration veut obtenir des informations, qu'elle le fasse à propos d'un contribuable nommément désigné, et sur base d'indices de fraude qu'elle peut justifier, mais non à propos d'un groupe de personnes ou d'un ensemble de comportements.

E.- Le droit au respect de la vie privée⁵⁵

1.- Il est malaisé de concilier le droit au respect de la vie privée avec les pouvoirs d'investigation du fisc. Innombrables sont les exemples de heurts entre ces deux sphères de prérogatives.

⁵³ J. THILMANY. *Faits d'hiver. Petite chronique fiscale (janvier-mars 1998)*. RGF, 1998, 139. – *Des cow-boys de l'ISI font peur aux voyageurs*. L'Echo du 12.2.1998. – *L'ISI doit mieux « cibler » ses enquêtes*. L'Echo du 13.2.1998.

⁵⁴ *Il y a un agent du fisc dans vos caddies*. La Meuse du 19 octobre 2001.

⁵⁵ Pour un exposé général sur la question : M. MAUS. Op. cit. pp. 721 et ss.

En 1983, l'administration avait pris l'habitude d'envoyer aux jeunes mariés un questionnaire leur demandant de communiquer les noms du traiteur, du photographe, du chauffeur, etc, ayant officié durant la cérémonie. Le ministre a dû reconnaître que cette façon d'agir était abusive ⁵⁶.

La même année, un contrôleur avait été jusqu'à demander des attestations de l'école où les enfants de contribuables suivaient les cours. Le ministre s'était contenté de répondre qu'"à l'effet d'assurer l'exacte perception de l'impôt, l'administration reste dans la légalité lorsqu'elle requiert la production de tous renseignements, fussent ils relatifs à la vie privée des contribuables"⁵⁷

La même année encore, il a été révélé que l'administration, à l'occasion de la vérification des relevés de la R.T.T., demandait des explications lorsque les numéros d'appel correspondaient à des communications internationales avec le Luxembourg ou la Suisse. Le ministre n'a pas condamné cette pratique ⁵⁸. Aujourd'hui, c'est *Facebook* que scrute le fisc.⁵⁹

A la frontière, des personnes parfois âgées faisaient jadis l'objet de fouilles systématiques et, lorsqu'elles étaient trouvées porteuses de bordereaux bancaires, ces bordereaux étaient photocopiés et transmis à l'administration des contributions. Cette pratique a été condamnée par la doctrine, et a donné lieu à une jurisprudence partagée ⁶⁰.

Le tribunal de Liège a dû, par une décision du 3 décembre 2001, rappeler que le droit au libre accès aux locaux professionnels, reconnu à l'administration par

⁵⁶ Q. R., Parl., question n° 17 du 1er mars 1983. Pour un cas similaire, voir : DELAHAYE, *Le secret, la vie privée et la taxation des revenus*, R.G.F., 1984, p. 143.

⁵⁷ Q. R., Sén., 22 mars 1983, n°24 ; Q. R., Sén., 2 mai 1983, n° 30.

⁵⁸ Q. R., Sén., 21 déc. 1982, n°71 ; Q. R., Sén., 5 sept. 1989, n° 46, pp. 2263-2264 ; *Le Soir* du 8 janv. 1983, p. 25.

⁵⁹ *Les impôts scrutent Facebook*. L'Echo du 16.12.2008 ; F. LEDAIN. *L'utilisation des données Facebook par l'administration fiscale*. FiscalNet. Sur l'utilisation d'internet par le fisc : Q.P., n° 4-786 du 11.4.2008, par M. WILLE, et réponse du 2.9.2008.

⁶⁰ Q. R., Sén., 17 août 1982, n° 31. En faveur des contrôles : Cass. 28.5.1993. FJF 93/222 ; Cass. 18.3.1994. FJF 94/86. Contre, *in specie* : Cass. 23.4.1993. JDF 1994, 81 et Note BALTUS ; idem. RGF 1993, 297 et note AMAND. Voir : *La Cour de cassation et les contrôles douaniers en matière de contributions directes*. Le Fiscologue du 31.5.1993 ; *Cassation : jurisprudence contradictoire en matière de contrôles frontaliers ?* Le Fiscologue du 28.6.1993 ; *Les contrôles douaniers peuvent constituer un détournement de pouvoir*. Le Fiscologue du 26.8.1991.

l'article 319 CIR, n'incluait pas le droit d'ouvrir des armoires ni de consulter des archives.⁶¹

Enfin il a fallu un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 9 septembre 1991 pour attirer l'attention de l'administration sur le fait que : "La simple constatation que la contribuable est domiciliée dans une maison où des prostituées exercent leur activité et qu'elle a été domiciliée auparavant dans un quartier chaud ne permet pas de conclure qu'elle est elle-même une prostituée."⁶² Il y avait eu là application de la "présomption de l'homme"... dans tous les sens du terme.

2.- La procédure d'établissement d'une situation indiciaria donne fréquemment lieu à des problèmes. Ainsi de cette jeune femme, mannequin, à qui l'administration demandait de justifier l'origine des revenus lui permettant de mener le train de vie qui était sien, et qui affirmait avoir été aidée par un ami au sujet duquel elle estimait "devoir rester discrète". La cour d'appel de Bruxelles a invité l'administration à "corriger son évaluation"⁶³.

Ce type de procédure implique d'ailleurs une estimation par l'administration des "dépenses de ménage" du contribuable, ce qui donne souvent ouverture à l'arbitraire⁶⁴.

3.- L'article 108 du code des droits de succession est, lui aussi, redoutable en la matière. Il présume que les biens dont le défunt a été propriétaire dans les trois ans précédant le décès, figurent encore, sauf preuve contraire, dans le patrimoine successoral. Ceci a pour conséquence qu'en cas d'enquête en banque effectuée par l'administration, les héritiers peuvent se voir astreints à faire des recherches, afin de démontrer ce qu'a fait le de cujus avec les divers retraits auxquels il a procédé dans les trente-sis mois précédant sa mort.

⁶¹ Liège, 3.12.2001. FJF 2002/168. Dans le même sens : Anvers, 13.3.2001. Courrier fiscal 2001, 195.

⁶² F.J.F., N° 91/216.

⁶³ Bruxelles, 27 nov. 1974, Journ. prat. dr. fisc. fin., 1975, p. 218.

⁶⁴ Q. R., 9 nov. 1978, B.C.D., 1979, p. 300.

4.- Mais c'est à l'occasion d'un cas particulier d'application de la "présomption de placement" qu'a été plaidée l'affaire HARDY-SPIRLET, qui semble avoir conforté la position administrative, et réduit à peu de chose le droit du contribuable au respect de sa vie privée.

Les conjoints HARDY-SPIRLET - dont les noms sont, de surcroît, devenus à jamais célèbres dans l'histoire de la fiscalité belge - avaient réalisé des biens immobiliers pour un montant de quelques millions de francs belges. Interrogés par l'administration sur l'affectation réservée à ces fonds, ils donnèrent des réponses successives et contradictoires, avant de se retrancher derrière le droit au respect de la vie privée, invoquant l'article 8.I de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La cour d'appel de Liège leur a donné tort ⁶⁵, puis la Cour de cassation ⁶⁶, avant que la Commission européenne des droits de l'homme ne déclare leur requête irrecevable, par décision du 7 décembre 1982 ⁶⁷.

Après avoir admis qu'il y avait eu ingérence dans la vie privée du contribuable, la Commission, se fondant sur le paragraphe 2 de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, s'est interrogée sur la question de savoir si cette ingérence était "prévue par la loi", "inspirée par un ou des buts légitimes" et "nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de ces buts".

La commission répond par l'affirmative aux trois questions. On sera tout particulièrement attentif aux considérations suivantes, développées dans la décision:

"La Commission ne voit pas de raison de douter que l'ingérence alléguée constitue une mesure nécessaire au bien-être économique de la Belgique. Le problème principal à trancher en l'espèce est de savoir si et jusqu'à quel point l'exacte perception de l'impôt rend nécessaire dans une société démocratique, que

⁶⁵ 28 janv. 1981, R.G.F., 1981, p. 127.

⁶⁶ 19 nov. 1981, B.C.D., 1983, p. 148 et J.D.F., 1982, p. 25 ; ZONDERVAN, *Un arrêt historique. De la présomption de rentabilité au non respect du droit à la vie privée*, J.D.F., 1982, pp. 5 et s.

⁶⁷ J.T., 1983, p. 359, note DASSESSE.

le requérant en tant que contribuable révèle à l'administration fiscale et, le cas échéant, expose en audience publique, l'emploi qu'il a fait à des fins privées de ses avoirs. Se basant sur les principes dégagés par la Cour européenne dans l'affaire DUDGEON précitée (...) la Commission doit rechercher si la mesure de contrôle fiscale critiquée par le requérant est proportionnée au but d'intérêt général poursuivi par la législation.

Ce faisant, la Commission tient compte du fait que la somme en argent liquide, dont le requérant n'a pu ou pas voulu prouver qu'il s'en était dessaisi, était importante et estime dès lors qu'il n'est pas déraisonnable que l'administration fiscale ait pu exiger du requérant qu'il fournisse des renseignements, fussent ils relatifs à sa vie privée, justifiant que le capital envisagé avait reçu une affectation non productive d'intérêts. La Commission constate par ailleurs que le requérant ne se plaint pas devant elle des appréciations portées par un agent du fisc sur divers éléments de sa vie privée et familiale et qui ont joué un rôle dans l'attitude portée à son égard par les autorités fiscales.

Au surplus, la Commission considère que la procédure suivie par l'administration fiscale pour redresser la déclaration du requérant est proportionnée au but recherché”.

Dans une note commentant cette décision, M. DASSESSE a relevé les points suivants comme particulièrement dignes d'intérêt :

- a) le principe de proportionnalité est donc considéré par la Commission comme s'appliquant aussi en matière fiscale ;
- b) il faudra donc rechercher, dans chaque cas, “eu égard aux circonstances de fait qui lui sont propres”, si ces pouvoirs d'investigation - et les sanctions dont ils sont assortis - sont proportionnés au but poursuivi ;
- c) au vu des motifs de la décision de la Commission (et notamment l'importance de la somme en argent liquide dont le contribuable n'a pu ou n'a pas voulu prouver qu'il s'en était dessaisi), “on ne peut (...) exclure que dans des circonstances de fait différentes la Commission, voire une juridiction nationale, puisse considérer que certains pouvoirs d'investigation reconnus au fisc - ou les sanctions dont ces pouvoirs sont

assortis - sont hors de proportion avec le but d'intérêt général poursuivi"⁶⁸.

F.- Le « secret bancaire »⁶⁹

1.- De récents évènements ne permettent plus d'ignorer que le secret bancaire est loin d'être un principe reconnu par l'ensemble des pays membres de l'Union européenne... Non seulement il fait actuellement l'objet d'âpres discussions, mais notre ministre des finances a récemment déclaré que ce « secret », en Belgique, était appelé à disparaître à la date du 1^{er} janvier 2010.⁷⁰

Les dispositions de droit belge en la matière sont, il faut en convenir, d'une regrettable incohérence.

2.- Le Code de la TVA ne contient, sur ce sujet, qu'une restriction toute formelle. L'article 62 bis s'exprime en effet dans les termes suivants : « ... les agents de l'administration qui a la taxe sur la valeur ajoutée dans ses attributions ne peuvent exiger, en vue de vérifier la correcte application de la taxe à charge de tiers, la communication des livres et documents (...) et la fourniture de renseignements de la Banque de La Poste, des établissements de banque, de change, de crédit et d'épargne, que lorsqu'ils agissent en vertu d'une autorisation délivrée par le fonctionnaire désigné à cet effet par le Ministre des Finances. »

Le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe prévoit, quant à lui que les banquiers, notamment, sont tenus de fournir aux agents de l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'enregistrement et des

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ P. MALHERBE. *Le secret bancaire en Belgique et en Europe*. RGF 1996, 351. – P. MIHAIL. *La portée et les raisons du secret bancaire en Belgique*. RGF, 2003, 2.

⁷⁰ A. FALJAOUI. *Secret bancaire. De nouvelles brèches en vue ?* Tendances, 27.4.2000, 31 ; P. MINNE. *Régularisation fiscale : nouvelles expériences et directive sur l'épargne*. L'Echo du 5.3.2003 ; F. SMET. *La Commission européenne s'engage contre le secret bancaire*. Fiscologue n° 1148, p. 16 ; *Le secret bancaire supprimé en 2010*. L'Echo du 13.3.2009 ; D. MIEVILLE. *Le secret bancaire s'effiloche*. Le Soir du 14.3.2009 p. 47 ; F. THERIN. *La crise a provoqué un décliv*. L'Echo du 14.3.2009 ; J.-P. BOMBAERTS. *Le secret bancaire belge est condamné*. L'Echo du 14.3.2009.

domaines, avec communication éventuelle des pièces à l'appui, tous les renseignements jugés par ceux-ci nécessaires à l'effet d'assurer la juste perception des droits d'enregistrement exigibles à leur charge ou à la charge des tiers.⁷¹

Le Code des droits de succession va plus loin encore : non seulement il impose une communication obligatoire similaire, par les organismes de crédit à l'administration, de tous les renseignements nécessaires à l'imposition d'un client⁷², mais il impose au banquier, informé du décès d'un client, de transmettre à l'administration cette information, et de bloquer le compte du défunt.⁷³

Ce n'est que dans le domaine de l'impôt sur le revenu que l'on trouve trace de ce qui serait un « secret bancaire fiscal »⁷⁴. L'article 318 CIR s'exprime comme suit: "Par dérogation aux dispositions de l'article 317, et sans préjudice de l'application des articles 315, 315 bis et 316, 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".⁷⁵

Cette divergence de textes n'est pas sans poser de curieux problèmes. Confronté à l'interdiction qui lui est faite d'interroger une banque, un contrôleur des contributions directes pourrait-il demander à un collègue de la TVA de solliciter cette information puis de la lui transmettre ? La réponse nous paraît devoir être négative : il y aurait de toute évidence "détournement de procédure"⁷⁶.

⁷¹ Article 183 CDE.

⁷² Article 100 CDS. Voir aussi l'article 101 pour les coffres-forts.

⁷³ Articles 96 et suivants du CDS.

⁷⁴ Voir, sur la question : DIERICK, *Le fisc et le secret bancaire*, R.G.F., 1983, pp. 53 et s. ; plus généralement : DEPRET et DEKLERCK, *Le secret bancaire*, Ed. Quorum et Jurifi, 1991 ; voir aussi : A. BRUYNEEL, *Secret bancaire et fiscalité*, Rev. not. belge, 1973, pp. 6 et ss.

⁷⁵ Par arrêt du 16.3.2007 (FJF 2007/225), la Cour de cassation a décidé que les sociétés de leasing étaient visées par l'article 318. Par contre, son arrêt du 1.10.2004 (FJF 2005/42) ne se prononce pas sur le point de savoir s'il en va de même pour Banksys.

⁷⁶ Dans ce sens, voir : DEPRET et DEKLERCK, *o.c.*, p. 44 ; DASSESSE, *Pouvoirs d'investigation du fisc : situation actuelle et perspective*, R.G.F., 1986, 183 ; DASSESSE et MINNE, *Droit fiscal*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 89 ; sur la notion de détournement de procédure en droit fiscal : J.P. BOURS, *Le mythe de Sisyphe en droit fiscal ou quelques réflexions sur l'article 260 C.I.R.*, Ann. Dr. Lg., 1986, pp. 473 et s.; D. MAREELS et M. BIHAIN. *Le secret bancaire en droit fiscal belge*. J.D.F. 1996, 193. Pour un exemple de détournement de procédure : Liège, 2 octobre 2007, FJF n° 2008/234 (utilisation, en matière d'impôt sur le revenu, d'une enquête effectuée par l'administration de l'enregistrement dans le domaine des TOB). Dans le

3.- Le secret bancaire, tel que consacré par l'article 318, est levé dans certaines hypothèses :

- a) il y a levée du secret bancaire lorsque l'enquête effectuée a fait apparaître « des éléments concrets » permettant de présumer l' « existence » ou la « préparation » d'un « mécanisme de fraude fiscale » (art. 318, alinéa 2, C.I.R.) ⁷⁷ ; en application de l'article 38bis de l'AR du 9.7.1935, la Commission bancaire et financière doit dénoncer aux autorités judiciaires les « mécanismes particuliers » ayant pour but ou pour effet de favoriser la fraude fiscale dans le chef de tiers par un établissement de crédit ;⁷⁸
- b) le secret bancaire est levé en cas d'introduction par le contribuable d'une réclamation (374 al. 2) ; il va de soi cependant que l'administration pourra uniquement demander des renseignements au sujet des griefs invoqués dans cette réclamation ⁷⁹ ;
- c) l'administration peut toujours exiger du contribuable lui-même qu'il produise les bordereaux de ses comptes professionnels ; il n'en va pas de même pour les comptes privés, ceci sous deux réserves : l'obligation de faire connaître le montant des revenus mobiliers produits par ces comptes, et celle de communiquer le montant des sommes se trouvant en compte au 1er janvier et au 31 décembre de l'année, et de justifier l'origine des fonds dont ces comptes ont été crédités ⁸⁰.

On observera en outre que, de plus en plus fréquemment, les contrôleurs des contributions directes demandent production de la totalité des bordereaux des comptes privés, aux fins de vérifier si les opérations qu'ils révèlent ne dissimulent pas des opérations à caractères professionnel. En présence de déclarations du contribuable affirmant que ces comptes sont exclusivement privés, et d'une

même sens : Cass. 14 septembre 2007. FJF 2008/15, confirmant Appel Mons 21.9.2005 (FiscalNet).

⁷⁷ Pour plus de précisions sur cette notion, voir DEPRET et DEKLERCK, *o.c.*, pp. 22 et s.

⁷⁸ Ce texte a été introduit dans l'AR de 1935 par la loi du 15.3.1999. Sur la question : J.MALHERBE et V.SCORIELS. *Les nouvelles circulaires de la Commission bancaire et financière sur les mécanismes particuliers*. RGF, 1998, 59. M. ELOY. *La dénonciation des mécanismes particuliers*. L'Echo du 10.8.1999.

⁷⁹ *Id.*, p. 47.

⁸⁰ DASSESSE, *o.c.*, p.141 ; J.P. BOURS, *o.c.*, p. 247.

comptabilité confirmant la sincérité de ces affirmations, on ne peut que contester la légitimité de cette manière d'agir, qui constitue une ingérence dans la vie privée du contribuable (nature et importance de ses dépenses, etc.).

Et on relèvera que, dans une ordonnance du 10 octobre 1988, le président du tribunal de première instance de Bruxelles a interdit à l'administration des contributions de se servir de données recueillies dans des livres et comptes d'une institution financière, qui lui avaient été communiqués dans le cadre d'une procédure pénale avec l'autorisation du Procureur Général, en vue de la taxation des clients de cette institution. Le tribunal a estimé que le droit au secret bancaire (art. 224 à l'époque) ne pouvait être contourné par le biais du recours à l'ancien article 235, § 4, C.I.R., devenu 327, § 4⁸¹.

4.- Le « secret bancaire fiscal belge », dont l'unique point d'ancrage en droit positif est le fragile article 318 CIR, est destiné à disparaître le 1^{er} janvier 2010. Mais de quelle manière ? Et à quel point ?

Depuis quelque temps, le législateur avait déjà introduit dans le code de nouvelles limitations à ce « secret ». L'article 319 bis CIR dispose ce qui suit : « Les fonctionnaires chargés du recouvrement disposent de tous les pouvoirs d'investigations prévus par le présent Code en vue d'établir la situation patrimoniale du débiteur pour assurer le recouvrement des impôts et des précomptes dus en principal et additionnels, des accroissements d'impôts et des amendes administratives, des intérêts et des frais. »⁸² La jurisprudence s'étant divisée sur la question de savoir si le secret bancaire de l'article 318 était ou non opposable au receveur,⁸³ la loi du 27 décembre 2006 a réglé la question, en ajoutant à la disposition de l'article 319bis l'alinéa suivant: « Les pouvoirs des fonctionnaires chargés du recouvrement visés à l'alinéa 1^{er} s'exercent également sans les limitations prévues à l'égard des établissements visés à l'article 318. »⁸⁴ Le fonctionnaire taxateur à l'impôt sur le revenu, qui ne peut collecter des

⁸¹ F.J.F., N° 89/196.

⁸² Cette disposition a été introduite dans le code par la loi du 12 décembre 1996, article 2 (M.B. du 31.12.1996), entrée en vigueur le 10 janvier 1997.

⁸³ G. POPPE. *Le secret bancaire ne vaut pas pour le receveur !* Fiscalnet du 27 mai 2006. – C. NOIRET. *Pouvoir du receveur face aux banques.* Fiscalnet du 26 mars 2005.

renseignements auprès des banquiers, est entouré de collègues ayant pouvoir de le faire...

Par ailleurs, la procédure visant à obtenir une « surséance indéfinie au recouvrement », et donc une remise partielle de l'impôt, implique, de la part du requérant connaissant des difficultés financières, qu'il renonce lui aussi à la protection du secret bancaire.⁸⁵ L'article 413quater CIR dispose en effet que l'instruction de cette demande est confiée au fonctionnaire chargé du recouvrement, lequel, nous venons de le voir, a pouvoir d' « exiger des établissements de crédit soumis à la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit tous renseignements à leur connaissance qui peuvent être utiles à établir la situation patrimoniale du demandeur. »

Bien d'autres dispositions récentes démontrent que tout se met en place pour assurer un maximum de transparence au niveau patrimonial : disparition programmée des titres au porteur⁸⁶, législation sur l'enregistrement obligatoire des contrats de bail⁸⁷, lois sur le transport et l'usage de liquidités⁸⁸, instauration d'un cadastre des pensions complémentaires⁸⁹, Directive européenne sur les

⁸⁴ Article 8 de la loi. M.B. du 28.12.2006.

⁸⁵ Cette matière est régie par les articles 413bis à 413octies CIR, introduits dans le code par la loi programme du 27 décembre 2004, article 332, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. (M.B. du 31.12.2004)

⁸⁶ Sur la question : J.-P. BOURS. *Suppression des titres au porteur et disparition du « secret bancaire » : quelles perspectives d'avenir pour la taxation de l'épargne en Belgique ?* J.T. 2008, pp. 444 et ss.

⁸⁷ Loi-programme du 27 décembre 2006, article 62. M.B. du 28.12.2006, p. 75.189.

⁸⁸ 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, et AR du 5 octobre 2006 portant certaines mesures relatives au contrôle du transport transfrontalier d'argent liquide.

⁸⁹ Article 306 de la loi-programme du 27 décembre 2006, créant une banque de données « Constitution de pensions complémentaires ». Cette banque de données est un outil entre les mains de l'administration, et les affiliés concernés n'y ont aucun accès direct, pas plus que les organismes de pension et les organisateurs, ce qui est en contrariété évidente avec les principes de protection de la vie privée et l'article 32 de la Constitution. Sur la question : J.-P. BOURS et C. DEVOET. *Le régime fiscal des plans de pension complémentaire pour indépendants*. Larcier, 2008, p. 132.

marchés d'instruments financiers (MiFID)⁹⁰, lois régissant le sort à réserver aux comptes « dormant » dans les banques et les compagnies d'assurances.⁹¹

Mais ce n'est pas qu'en droit fiscal interne que le secret bancaire est appliqué par la Belgique. Il l'est dans les conventions préventives de double imposition (voir infra). Il a aussi incité la Belgique à n'accepter d'adhérer à la Directive européenne sur le fiscalité de l'épargne, qu'à la condition de n'avoir pas à contraindre ses banques de devoir communiquer des informations aux administrations fiscales étrangères.

Dés le 27 novembre 2006 toutefois⁹², la Belgique signait avec les Etats-Unis d'Amérique une nouvelle convention préventive de double imposition, destinée à se substituer à celle signée le 9 juillet 1970. Son article 25, 5 est libellé comme suit : « Les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent en aucun cas être interprétées comme permettant à un Etat contractant de refuser de communiquer des renseignements demandés par l'autre Etat contractant 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. En vue d'obtenir ces renseignements, l'administration fiscale de l'Etat contractant requis a le pouvoir de demander la communication de renseignements et de procéder à des investigations et à des auditions, nonobstant toute disposition contraire de sa législation fiscale interne. » Le fisc américain peut donc obtenir aujourd'hui, auprès des banques belges, des informations que l'administration fiscale locale n'est pas en droit de solliciter.⁹³

⁹⁰ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, entrée en vigueur en Belgique le 1^{er} novembre 2007 ; J.-P. BOURS. *Dresser le profil de l'investisseur. Pour qui ?* L'Echo du 24.6.2003.

⁹¹ Loi du 25 avril 2007, modifiée par les articles 27 et suivants de la loi du 24.7.2008 portant des dispositions diverses (MB du 7.8.2008) ; J.-P. BUYLE. *Tentative de réveil des avoirs dormants*. L'Echo du 17.9.2008.

⁹² Entrée en vigueur le 28.12.2007. M.B. du 9.1.2008.

⁹³ F. SMET. *Des précisions sur les échanges de données bancaires avec les E.-U.* Fiscologue n° 1105, p. 7.

Cette abrogation du secret bancaire est demandée depuis peu, avec insistance, par les instances européennes.⁹⁴ Des déclarations gouvernementales réitérées annoncent la disparition prochaine de ce « secret ».⁹⁵ Par ailleurs, un réexamen, au niveau européen, de la Directive du 3 juin 2003 a eu lieu au cours de l'année 2008 ; la rentrée du rapport attendu a été avancée de septembre à mai suite aux événements opposant l'Allemagne au Liechtenstein⁹⁶. Une extension de la Directive est envisagée, aux assurances-vie, aux trusts et fondations.⁹⁷

En avril 2009, l'OCDE a élaboré une liste « grise » de « paradis fiscaux », dans laquelle figurait la Belgique. Celle-ci n'en a obtenu le retrait, qu'après avoir signé des conventions fiscales avec douze nations autorisant l'échange d'informations bancaires « à la demande »,⁹⁸ à l'image de ce qui a été convenu avec les Etats-Unis.⁹⁹ Et un dispositif informatique d'échange automatique de renseignements fiscaux au plan international vient d'être mis en service.¹⁰⁰

La lutte contre le blanchiment, d'où est issue la loi du 14 décembre 2005, incitait elle-même à l'éradication du secret. Quoique l'on se trouve en présence ici d'un curieux paradoxe. Les banques se sont vues imposer par la loi d'importantes contraintes en matière de prévention du blanchiment ; ce sont elles, pourtant, qui

⁹⁴ A. LECOCQ et G. BRACHET. *Secret bancaire belge et Monaco : interactions ?* RGF 2009, n° 4, pp. 11 et ss ; P. MARTIN. *Rien n'est épargné, même pas la Suisse*. Le Soir du 15.5.2008, p. 16. ; E. POMPEN. *L'impact de la Directive européenne sur l'épargne. Plus d'échappatoire*. Moneytalk, novembre 2008, p. 32 ; F. MATHIEU. *Lutte contre la fraude fiscale : l'Europe durcit le ton*. Mon Argent, 20.2.2008, p. 18 ; C.G. *Nouvel assaut contre le secret bancaire*. L'Echo du 3.2.2009. ; P.-H. THOMAS. *Secret bancaire : les tabous se lèvent*. Le Soir du 4.2.2009.

⁹⁵ J. VAN DYCK. *Lente agonie du secret bancaire fiscal*. Trends du 7 décembre 2006 ; J.-P. BOURS. *L'agonie du secret bancaire*. L'Echo du 27.12.2006.

⁹⁶ J.-P. BOURS. *Apprendre la leçon « Liechtenstein »*. L'Echo du 25 mars 2008. ; C. GEUZAIN. *Un verrou du secret bancaire a sauté, les clients tremblent*. L'Echo du 19.2.2008.

⁹⁷ G. MATHER et K. BOYFIELD. *Challenges facing the EU Savings Tax*. EPF, novembre 2008. www.epfld.org ; P.-H. THOMAS. *L'Europe resserre son filet fiscal*. Le Soir du 8.4.2009 ; G. LEGRAND. *Après le secret bancaire, sus à l'assurance !* Trends du 16.4.2009, p. 20 ; D. COVELIERS. *Assurances-vie des branches 21 et 23 : soumises à la directive de l'épargne ?* Fiscologue du 21.11.2008, p. 1.

⁹⁸ La Belgique a revu les conventions signées respectivement avec les USA, Saint-Marin, les Seychelles, le Danemark, la France, l'Australie, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, Monaco, le Luxembourg, Singapour et l'île de Man. Voir : P.-H. THOMAS. *La Belgique n'est plus paradisiaque*. Le Soir du 17.7.2009. Il est piquant de relever que, parmi les douze conventions que notre pays a dû signer pour se refaire une virginité en quittant la « liste grise », cinq au moins d'entre elles aient été conclues avec des pays qui sont, notoirement, des paradis fiscaux (Saint-Marin, les Seychelles, Monaco, Singapour et l'île de Man, ceci sans même évoquer le Luxembourg).

⁹⁹ P.-H. THOMAS. *La Belgique veut quitter le « paradis fiscal »*. Le Soir du 5.6.2009.

sont chargées d'assurer la conversion des titres au porteur en actions dématérialisées ; on leur demande donc à la fois d'être collaboratrices et méfiantes, d'inciter l'épargnant à leur faire confiance puis de le dénoncer sans ambages au moindre soupçon de fraude. Aussi ont-elles demandé que soit revue la législation sur le blanchiment, et particulièrement la définition que celle-ci contient de la « fraude fiscale ». La loi du 27 avril 2007 tend à leur donner satisfaction, mais a été complétée par un AR du 3 juin 2007 donnant une liste de treize « indicateurs » permettant de subodorer une fraude¹⁰¹. Ces « indicateurs » sont-ils « autonomes » ou « auxiliaires » ? La présence d'un seul d'entre eux suffit-elle pour que la banque soit contrainte à dénoncer ? Selon la ministre, oui, mais à tort. Son interprétation a pour effet d'aggraver la situation, en la rendant plus confuse encore, alors que les banques demandaient d'avantage de sécurité juridique.¹⁰²

Reste à savoir si la disparition du « secret bancaire fiscal belge » va entraîner une abrogation pure et simple de l'article 318 CIR. N'est-il pas souhaitable que, comme en de certains autres pays¹⁰³, soit préservée une certaine forme de confidentialité ? Lever le secret bancaire, c'est en effet accepter que se multiplient les atteintes au droit au respect de la vie privée. Faut-il permettre à l'administration fiscale belge de se livrer à des opérations de « *fishing* » (supra), en posant aux banques des questions à caractère général visant des catégories entières de contribuables, ou faut-il subordonner le droit d'interroger les banques à la condition que l'administration dispose d'indices concrets de suspicion de fraude fiscale, tout contrôle à caractère préventif ou systématique « aux fins de surveillance générale » étant exclu (application du principe de « spécialité ») ? Cette importante question est au cœur du conflit latent opposant levée du secret bancaire et droit au respect de la vie privée.¹⁰⁴

¹⁰⁰ *La Belgique se met à jour en matière d'échange de renseignements fiscaux*. L'Echo du 10.3.2009.

¹⁰¹ M.B., 13 juin 2007, p. 31.896.

¹⁰² Le Fiscologue du 26.10.2007 : *Liste d'indicateurs : interprétation « autonome » ou « auxiliaire » ?* Plus généralement : M. MORRIS. *Impôts, argent noir et blanchiment*. RGF, 1998, pp. 413 et ss. ; X. GILLOT et S. SCARNA. *Blanchiment, infractions graves et fraude fiscale*. RGF, 2004, pp. 2 et ss. ; J. HAVERALS. *Nouvel arrêté royal en matière de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme*. Comptabilité et fiscalité pratiques, 2007, pp. 208 et ss.

¹⁰³ L'Allemagne, par exemple. Voir infra.

¹⁰⁴ Sur la question : J.-P. BOURS. *Les quelques débris du secret bancaire et Les deux pôles du secret bancaire*, in L'Echo des 18 et 21.3.2009.

IV.- LES DROITS D'INVESTIGATION DU FISC BELGE A L'ETRANGER

A. – Les principes¹⁰⁵

a) C'est l'article 338 CIR qui, en matière d'impôt sur le revenu, précise quels sont les moyens d'investigation dont dispose à l'étranger le fisc belge, ceci sous l'intitulé : « Assistance mutuelle ». Cet article contient notamment le passage suivant : « L'autorité belge compétente peut demander à l'autorité compétente d'un autre Etat de lui communiquer les informations susceptibles de lui permettre d'établir correctement l'impôt en ce qui concerne un cas précis ».

L'article 358 §1^{er} 2^o CIR dispose par ailleurs que : « L'impôt ou le supplément d'impôt peut être établi, même après l'expiration du délai prévu à l'article 354 (7 ans en cas de fraude caractérisée, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 22.12.2008), dans les cas où: (...) 2^o. un contrôle ou une enquête effectués par les autorités compétentes d'un pays avec lequel la Belgique a conclu une convention préventive de la double imposition et se rapportant à un impôt visé par cette convention, font apparaître que des revenus imposables n'ont pas été déclarés en Belgique au cours d'une des cinq années qui précèdent celle pendant laquelle les résultats de ce contrôle ou de cette enquête sont venus à la connaissance de l'administration belge. »

b) Au niveau européen, la Directive du Conseil du 19 décembre 1977 « concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs et des taxes sur les primes d'assurance » reprend diverses obligations imposées aux Etats membres en matière d'échange d'informations. Une convention OCDE du 25 janvier 1988 a été consacrée au

¹⁰⁵ Sur la question : M. MAUS. Op. cit. pp. 609 et ss.

même sujet (« *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* »).¹⁰⁶

c) Par ailleurs, l'article 26 du Modèle OCDE de convention fiscale sur le revenu et la fortune est lui aussi consacré à la question (« Echange de renseignements »). Mais, alors que le premier paragraphe de ce texte consacre le principe de l'échange de renseignements, le paragraphe 3 contient les restrictions suivantes :

« Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne peuvent en aucun cas être interprétées comme imposant à un État contractant l'obligation :

a) de prendre des mesures administratives dérogeant à sa législation et à sa pratique administrative ou à celles de l'autre État contractant ;

b) de fournir des renseignements qui ne pourraient être obtenus sur la base de sa législation ou dans le cadre de sa pratique administrative normale ou de celles de l'autre État contractant ;

c) de fournir des renseignements qui révéleraient un secret commercial, industriel, professionnel ou un procédé commercial ou des renseignements dont la communication serait contraire à l'ordre public. »¹⁰⁷

Cette clause, présente dans quasi toutes les conventions préventives de double imposition, est appelée « clause de législation ». Nous avons vu qu'elle avait été « aménagée » dans la convention belgo-américaine.

Elle autorise un Etat à se refuser de communiquer des renseignements, lorsque cette communication serait, en droit interne, prohibée. Ainsi en irait-il, pour la Belgique, d'une demande de renseignements adressée par une administration fiscale étrangère, portant sur l'impôt sur les revenus, et adressée à une banque belge. Obliger la banque à y répondre serait contraire au prescrit de l'article 318 CIR (supra).

¹⁰⁶ Sur l'évolution de la matière : F. FOGLI. *Le réseau de coopération fiscale s'étend*. L'Echo du 20.2.2008. ; S. BURON. *La Belgique intensifie sa chasse internationale aux fraudeurs*. Trends du 1.5.2008, p. 26. Sur le « Modèle Standard belge », voir : C. DOCCLO. *L'événement récent marquant en droit fiscal international belge. Le standard belge pour la négociation des conventions*. ULB. Séance de recyclage du 16 février 2009. MAC en Droit fiscal.

¹⁰⁷ Texte accessible sur www.oecd.org/document/34.

d) Enfin, la Belgique a conclu des accords administratifs portant sur les modalités pratiques des échanges d'informations, avec des pays tels que l'Italie (1997), les Pays-Bas (1998 et 2008), la France (2002 et 2006) et l'Ukraine (2003). Des accords récents ont été conclus avec la Lituanie, la Lettonie, les USA et la Tchéquie. Des négociations sont en cours avec le Canada, l'Estonie, la Hongrie et le Portugal. Par contre, les pourparlers avec l'Allemagne, la Pologne, l'Espagne et la Russie ne progressent guère. C'est avec les Pays-Bas, la France et l'Italie que la collaboration fiscale fonctionne le mieux.¹⁰⁸

e) Une controverse est née concernant l'article 338 bis CIR. Cette disposition a été introduite dans le CIR par l'article 13 de la loi du 17 mai 2004 « transposant en droit belge la directive 2003/48/CE du 3 juin 2003 du Conseil de l'Union européenne en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts et modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en matière de précompte mobilier ».¹⁰⁹

Cet article 338bis règle la matière des échanges de renseignements entre Etats signataires de la Directive du 3 juin 2003, et contient un paragraphe 4 libellé comme suit : « L'article 318 (secret bancaire, voir supra) n'est pas applicable à l'échange de renseignements réglé par les §§ 1^{er} et 2. »

Mais l'article 17 de la même loi du 17 mai 2004 dispose que : « Le Roi fixe la date d'entrée en vigueur du présent titre. » Or, l'AR d'entrée en vigueur est daté du 12 novembre... 2008, et a été publié dans le Moniteur du 20 novembre, avec effet immédiat.¹¹⁰

Il s'ensuit que tous les renseignements adressés à l'administration fiscale belge par les banques de pays signataires de la Directive du 3 juin 2003 étaient, jusqu'à

¹⁰⁸ Voir : F. FOGLI. *Le réseau de coopération fiscale s'étend*. L'Echo du 20.2.2008. ; S. BURON. *La Belgique intensifie sa chasse internationale aux fraudeurs*. Trends du 1.5.2008, p. 26 ; *Secret bancaire : la Belgique sollicite 32 pays*. L'Echo du 8.4.2009 ; *La Belgique se met à jour en matière d'échange de renseignements fiscaux*. L'Echo du 10.3.2009 ; *Un nouveau traité belgo-néerlandais*. Le Soir du 24.6.2009 ; S. BURON. *La Belgique intensifie son échange d'infos fiscales*. Trends du 2.7.2009 ; P.-H. THOMAS. *Un nouveau traité sur l'échange d'information signé avec le Luxembourg*. *La Belgique n'est plus paradisiaque*. Le Soir du 17.7.2009.

¹⁰⁹ M.B. du 25 mai 2004, édition 2, p. 41.328.

¹¹⁰ M.B. du 20 novembre 2008, édition 2, p. 61.733.

ce jour, inutilisables. L'entrée en vigueur de l'AR du 12 novembre 2008 va-t-il avoir pour effet de les rendre utilisables a posteriori, ou ne permet-il d'utiliser que les renseignements recueillis après le 20 novembre 2008 ?¹¹¹

B.- Les droits d'investigation du fisc belge à l'égard des banques luxembourgeoises

L'article 26 de la convention préventive de double imposition belgo-luxembourgeoise est conforme à la convention-modèle OCDE, et reprend donc la clause dite « de législation ».

Il s'ensuit que les banques luxembourgeoises ne répondront pas aux demandes de renseignements qui leur sont adressées par le fisc belge, et ce de quelque administration qu'il s'agisse. Le secret bancaire luxembourgeois, véritable secret professionnel du banquier, est consacré par les lois des 23 avril 1981 (article 16) et 5 avril 1993 (article 41), qui excluent tout droit d'investigation du fisc à l'égard des organismes bancaires.¹¹²

Il en va autrement sur le plan pénal. Encore faut-il qu'il ne s'agisse pas d'une fraude fiscale « primaire ». La coopération internationale ne sera possible qu'en présence d'une « escroquerie fiscale », définie comme suit : « Si la fraude porte sur un montant significatif d'impôt soit en montant absolu soit en rapport avec l'impôt annuel dû et a été commise par l'emploi systématique de manoeuvres frauduleuses tendant à dissimuler des faits pertinents à l'autorité ou à lui persuader des faits inexacts, elle sera punie comme escroquerie fiscale... ».¹¹³

¹¹¹ Sur cette controverse : F. SMET et H. SYMOENS. *Les renseignements recueillis précédemment l'ont-ils été illégalement ?* Fiscologue n° 1140, p. 5.

¹¹² D. SPIELMANN. *Le secret bancaire et l'entraide judiciaire internationale pénale au Grand-Duché de Luxembourg*. Larcier, 2007, p. 19. Dans l'affaire dite de la KBLux, la Kredietbank Luxembourg a été condamnée à indemniser certains contribuables belges pour le préjudice résultant de l'infraction commise par ses préposés : Luxembourg, 2.4.2003. JT, 2003, p. 310.

¹¹³ Loi générale des impôts § 396, nouvel alinéa 5 introduit par l'article 1 de la loi du 22.12.1993. Sur le plan international, c'est le protocole additionnel du 17 mars 1978 à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 qui fait référence à la notion d'« escroquerie fiscale ». SPIELMANN. Op. cit. pp. 113 et ss.

Ne constitue pas une « escroquerie fiscale » le simple fait d'être détenteur d'un compte ouvert auprès d'une banque luxembourgeoise.

Il est également exclu, par application du principe de « spécialité », qu'une demande soit adressée, par une autorité étrangère, à l'ensemble des banques luxembourgeoises, ou qu'elle porte sur un groupe de personnes non expressément défini.¹¹⁴

C.- Les droits d'investigation du fisc belge à l'égard des banques allemandes. L'affaire du Liechtenstein.

1.- L'article 26 de la convention préventive de double imposition belgo-allemande est conforme à la convention-modèle OCDE, et reprend donc la clause dite « de législation ».

L'Allemagne ne connaissant pas le secret bancaire, des renseignements devraient pouvoir être obtenus des banques allemandes.

L'on observera toutefois que le paragraphe 2 de l'article 26 de la CPDI dispose que l'Etat allemand ne pourrait se voir imposer l'obligation « de prendre des dispositions administratives dérogeant (à la législation ou aux pratiques administratives) de l'autre Etat contractant. » L'administration ou les banques allemandes pourraient donc se retrancher derrière le prescrit de l'article 318 CIR,

¹¹⁴ Sur les perspectives d'évolution du secret bancaire luxembourgeois : P.-H. THOMAS. *Luxembourg n'abandonne pas le secret bancaire*. Le Soir du 12.3.2009 ; S. BURON. *La place luxembourgeoise en danger*. Trends du 12.3.2009, p. 20 ; P.H. THOMAS. *Secret bancaire : les tabous se lèvent. A Luxembourg, le Premier ministre Jean-Claude Juncker se dit prêt à discuter de l'abolition du secret bancaire*. Le Soir du 4.2.2009. Pour ce qui concerne la Suisse, un important litige opposant la Suisse à l'Etat américain devant un tribunal de Miami risque d'être déterminant pour l'avenir. *Assaut sur le secret bancaire suisse*. Le Soir du 22.2.2009 ; *UBS face à la justice américaine*. Le Soir du 11.7.2009 ; J.-Y. KLEIN. *UBS : le secret bancaire devant les tribunaux*. L'Echo du 13.7.2009 ; J.-C. PAYE. *L'affaire UBS : un acte de souveraineté impériale*. Le Soir du 7.3.2009 ; *Le secret bancaire s'effiloche. La Suisse, l'Autriche et le Luxembourg font aussi des ouvertures*. Le Soir du 14.3.2009 ; F. THERIN. « *La crise a provoqué un déclic*. » L'Echo du 14.3.2009. Ce litige semble aujourd'hui en voie de règlement. D.Li. *UBS éviterait l'amende aux Etats-Unis*. L'Echo du 4.8.2009.

pour refuser de communiquer des informations, à tout le moins si elles portent sur l'impôt sur le revenu.

Par ailleurs, une certaine forme de confidentialité a été consacrée par la loi de réforme du 2 août 1988 (« *Steuerreformgesetz* »), introduisant un § 30a dans le Code général des impôts, obligeant l'administration fiscale à respecter la confidentialité des relations entre banques et clients, ce en vertu du principe de proportionnalité. Ainsi, des renseignements ne pourront être demandés si l'administration ne dispose pas d'indices concrets de suspicion de fraude fiscale, tout contrôle à caractère préventif ou systématique « aux fins de surveillance générale » étant exclu.¹¹⁵

2.- L'**affaire du Liechtenstein** se présente de la façon suivante.¹¹⁶

a) Il y a peu, l'Etat allemand a fait acquisition de DVD, sur lesquels avaient été recopiés les dossiers bancaires des clients de la *Liechtenstein Global Trust* (LGT), banque de la famille princière du Liechtenstein. Ce « piratage » est le fait d'un certain Heinrich Kieber, informaticien de 42 ans, ayant déjà connu des ennuis avec la justice espagnole avant de se réfugier en Argentine, puis d'être engagé par la LGT où, calmement, il a mené son œuvre de « copiste », non sans avoir tenté ensuite de faire chanter la banque...

L'administration fiscale allemande a négocié avec ce personnage, moyennant paiement de la somme de 5 millions d'euros, diminuée d'un impôt forfaitaire de 10 % (!) et des frais annexes, rendus nécessaires par la fabrication de sa nouvelle identité, soit un versement total de 4,2 millions d'euros !¹¹⁷

¹¹⁵ P. MALHERBE. *Le secret bancaire en Belgique et en Europe*. RGF 1996, 400.

¹¹⁶ Sur le sujet : J.-P. BOURS. *Apprendre la leçon « Liechtenstein »*. L'Echo du 25.3.2008 ; V.-A. de BRAUWERE. *Scandale liechtensteinois : le fisc à l'assaut*. L'Echo du 13.10.2008.

¹¹⁷ Pour une relation des faits : G. MARION. *L'homme par qui le scandale est arrivé*. Nouvel Observateur, 6-12 mars 2008, p. 74 ; C. BOURDOISEAU. *Liechtenstein : l'Allemagne va donner des noms*. Le Soir du 26 février 2008, p. 19 ; M.L. *Liechtenstein, le scandale qui grossit de jour en jour*. L'Echo du 27 février 2008, p. 2 ; M. ZAKI. *Coup de blues à Vaduz*. Le Soir du 6 mars 2008, p. 23 ; S. BURON. *Le fisc belge au pays des milliards cachés*. Trends du 6 mars 2008, p. 41.

Qu'en l'espèce il y ait eu vol (commis par Kieber), suivi d'un recel (imputable à l'administration allemande), voilà qui ne semble guère contestable. L'article 505 du code pénal belge dispose que sont passibles de sanctions pénales du chef de « recèlement » « 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 ».

b) Depuis lors, l'administration allemande a communiqué les informations en sa possession notamment aux administrations françaises, néerlandaises (avec la bénédiction du Hoge Raad¹¹⁸) puis, il y a peu, belges.¹¹⁹

La question à poser s'impose à l'esprit. L'administration fiscale peut-elle faire usage de ces documents, ou la double infraction commise « en amont » est-elle de nature à contaminer l'ensemble de la procédure ?¹²⁰

On devrait pouvoir espérer qu'il en fût ainsi. Mais rien n'est moins sûr.

c) Dans un arrêt daté du 17 janvier 1990, la Cour de cassation a émis l'avis que : « du seul fait qu'un document a été frauduleusement soustrait à son propriétaire, il ne se déduit pas nécessairement que sa production en justice soit illégale. »¹²¹ Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt de la même Cour du 17 avril 1991 : l'action publique est recevable dès lors que les enquêteurs sont entrés en possession des documents à la suite de perquisitions régulières, et il n'existe aucun lien entre le vol des documents litigieux et leur remise aux enquêteurs.¹²²

Il est vrai que, dans un arrêt du 4 janvier 1994, la Cour de cassation s'est ensuite exprimée comme suit : « Le juge ne peut déclarer établie une infraction, si la preuve en a été obtenue à la suite d'un acte punissable ou d'une autre manière irrégulière, soit de la part de l'autorité chargée de la recherche, de la constatation

¹¹⁸ Dans un arrêt du 21.3.2008, le Hoge Raad a décidé que des informations en provenance d'une administration fiscale étrangère sont utilisables, si l'administration qui les envoie n'a formulé aucune réserve quant à la licéité des dites informations...FiscalNet.

¹¹⁹ *Enquête belge sur une fraude au Liechtenstein*. L'Echo du 8.5.2009 ; *Une cinquantaine de comptes secrets belges*. Le Soir du 8.5.2009.

¹²⁰ Voir : S. BURON. *Scandale du Liechtenstein : une bombe fiscale pour les Belges ?* Trends, 28 février 2008, p, 26,

¹²¹ Cass. 17.1.1990. Pas, 1990, I, 588.

et des poursuites en matière d'infractions, soit de la part du dénonciateur de cette infraction. »¹²³ Mais les faits même de la cause incitent à la prudence.¹²⁴

Un arrêt de la Cour de cassation du 21 novembre 2006¹²⁵, après avoir rappelé le principe (« L'usage d'une preuve recueillie à la suite d'une infraction n'est pas autorisé. »), y ajoutait de telles limitations que ce principe s'en trouvait totalement éterné ; il fallait :

- que l'irrégularité commise ait entaché la fiabilité ou la crédibilité de la preuve ;
- que l'usage de cette preuve ne permette pas de garantir le droit à un procès équitable.

Mais c'est surtout l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008¹²⁶ qui est de nature à susciter des inquiétudes. Rendu en matière sociale, cet arrêt fait grief à la cour du travail d'Anvers d'avoir écarté des éléments de preuve illicitement recueillis, sans avoir veillé à leur faire application du principe de proportionnalité (« La gravité de l'infraction n'excède-t-elle pas manifestement celle de l'irrégularité ? »)

Selon T. AFSCHRIFT, la règle à respecter devrait être la suivante. Il y a utilisation irrégulière de documents lorsque :

- a) ceux-ci ont été obtenus à la suite d'un délit ou d'une faute, par exemple la violation d'un engagement de confidentialité ;
- b) il existe un lien entre cette irrégularité et l'action du parquet (action pénale) ou de l'administration (action fiscale).

¹²² Cass. 17.4.1991. Rev. Dr. Pén. 1992, p. 94. Cité par T. AFSCHRIFT. *Traité de la preuve en droit fiscal*. Larcier, 2004, p. 187.

¹²³ Cass. 4.1.1994. Pas, 1994, I, 1.

¹²⁴ AFSCHRIFT. Op. cit. p. 188.

¹²⁵ Cass. 21.11.2006. Pas., I, 2437.

¹²⁶ Cass. 10.3.2008. JLMB 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER. Pour une autre application en droit social : Cass. 2.3.2005. JT 2005, p. 211. Voir aussi : *Lidl espionnait son personnel*. Le Soir du 8.4.2009 ; P. BONBLED. *Le détective de l'employeur*. L'Echo du 17.7.2009. La cour d'appel de Mons a fait application de cette jurisprudence, et donc du principe de proportionnalité, dans un arrêt du 20.6.2008. JLMB, 2008/70, p. 476.

Une fois écartées les pièces irrégulières, il reste à se demander si l'infraction n'est pas établie (action pénale) ou l'impôt justifié (action fiscale) par d'autres éléments du dossier, obtenus quant à eux par voie régulière.¹²⁷

Dans l'affaire de la KBLux, le tribunal correctionnel de Hasselt a conclu au caractère illicite des poursuites, les preuves ayant été obtenues de manière irrégulière.¹²⁸ Mais il est vrai que, dans la même affaire, la cour d'appel de Mons, statuant en matière fiscale, par décision du 20 juin 2008, a décidé que « un juge fiscal peut prendre en considération des éléments de preuve obtenus de manière illicite ou irrégulière, dès lors que l'illicéité commise –à la supposer établie- est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction (...), ce qui pourrait être le cas en l'espèce dans une affaire de fraude fiscale présumée où l'absence de déclaration de revenus mobiliers élevés d'origine étrangère taxables à l'impôt des personnes physiques serait de nature à engendrer, sur une longue période, de très importantes pertes de recettes fiscales pour le Trésor public, l'empêchant ainsi de réaliser l'ensemble de ses missions d'intérêt général ». Toutefois, la cour poursuit en relevant que les pièces invoquées, figurant dans le dossier répressif, sont dépourvues de toute force probante, dans la mesure où elles sont de simples listings, sur papier libre et non signés.¹²⁹

Dans l'affaire dite « du Liechtenstein », l'on relèvera qu'il n'y a pas seulement infraction commise par un tiers par rapport à l'administration, mais par l'administration allemande elle-même. Le simple fait que l'administration belge n'ait pas commis d'infraction pourrait-il suffire pour décider, au besoin par application du principe de proportionnalité, que les pièces produites sont utilisables (à les supposer probantes) ? L'on ose espérer qu'une réponse négative doive être donnée à cette question, l'infraction de recèlement commise par l'administration allemande devant nécessairement contaminer toute procédure subséquente. Il nous paraît qu'il y aurait là lieu à application de l'adage *Nemo*

¹²⁷ T. AFSCHRIFT. Op. cit. p. 193. R. de BAERDEMAEKER. *Une preuve illicite n'est pas écartée d'office*. L'Echo du 12.12.2008. F. KUTY. *Le droit au silence, les investigations de l'administration fiscale et l'enquête pénale*. JT 2008, p. 386. Sur la question, voir aussi : M. MAUS. Op. cit. pp. 50 et ss.

¹²⁸ Hasselt, 30.4.2003. Courrier Fiscal, 2003, p. 394. Pour les Pays-Bas, et dans le même sens : Breda, 11.12.2003. Courrier fiscal, 2004, p. 347.

auditur propriam turpitudinem allegans, de même qu'au principe de « saine gestion par l'administration », la connaissance par le fisc belge de l'infraction commise par l'administration allemande étant indéniable.¹³⁰

V.- LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

L'exposé qui précède révèle que, de plus en plus, toute solution d'un problème reposant sur le heurt de deux grands principes passe par une application du « principe de proportionnalité ».

Ainsi en va-t-il des conflits opposant devoir de collaboration et droit au respect de la vie privée (supra), de même, aux dires mêmes de la Cour de cassation, que du conflit entre devoir d'imposer et interdiction d'utiliser des pièces illégalement recueillies. Mais c'est aussi par le biais d'un recours à ce principe que le législateur allemand a réglé le problème opposant devoir de collaboration et secret bancaire (supra).

Le « principe de proportionnalité » a fait l'objet d'études savantes et, à ce titre, a été longuement décrit.¹³¹ Il s'agit aujourd'hui, non seulement d'un principe général de droit, mais d'une « pierre angulaire du raisonnement juridique contemporain ».¹³²

Selon VAN GERVEN, l'application de ce principe à une mesure consiste à analyser successivement si elle est « nécessaire », c'est-à-dire « pertinente », « indispensable », enfin « proportionnelle » au but poursuivi. C'est en ce dernier contrôle que réside essentiellement l'exigence de proportionnalité.

¹²⁹ Appel Mons, 20 juin 2008. RGCF, 2008, p. 476. Les inculpés en cette affaire ont été renvoyés devant les juridictions de fond par arrêt de la Chambre des mises en accusation du 24.10.2008.

¹³⁰ Pour une théorie, inspirée du droit néerlandais, sur la question : P. DHAEYER. *Mais où est donc passée la nullité ?* RGCF, 2007/3, pp. 155 et ss.

¹³¹ Voir, notamment, W. VAN GERVEN. *Principe de proportionnalité. Abus de droit et droits fondamentaux*. JT 1992, pp. 305 et ss ; M. WATHELET. *Principe de proportionnalité : utilisation disproportionnée ?* JT 2007, pp. 313 et ss.

Mais lorsque deux principes aussi fondamentaux que le devoir de collaboration et le droit au respect de la vie privée sont en conflit, comme ce fut le cas dans l'affaire HARDY-SPIRLET (supra), sur quels critères se fonder pour inférer de la primauté de l'un sur l'autre ? Force est de reconnaître que la décision de la Cour européenne des Droits de l'homme du 7 décembre 1982 n'est guère éclairante sur ce point. Elle se fonde sur le fait que la somme en cause était importante. Mais à partir de quel montant l'est-elle ? Et par rapport à quoi ? Au budget de l'Etat ? A la fortune du contribuable ? Abstraitement ?

La lecture de cette décision révèle qu'en l'espèce, la commission a estimé devoir faire primer le devoir de collaboration sur le droit au respect de la vie privée. La lecture de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 (supra) révèle que la Cour suprême a considéré que la gravité de l'infraction fiscale commise excédait celle de l'irrégularité affectant les modes de preuve utilisés.

Ce genre de raisonnement n'est-il pas inquiétant à un double titre ? D'abord parce que la solution de ce genre de test dépendra nécessairement de la sensibilité particulière de celui qui s'y livre. Ensuite parce que, ouvrant la porte à toutes les subjectivités, le principe de proportionnalité constitue lui-même une violation du principe de « sécurité juridique ». Quelle solution espérer à un litige, quand on lui fait application, pour le résoudre, d'un principe exprimé en termes aussi vagues ? M. WATHELET insiste pour que le « principe de proportionnalité » soit appliqué d'une manière... proportionnée, au motif qu'il posséderait une face cachée « qui serait la dénégation même du principe de la sécurité juridique », allant jusqu'à violer celui de la « séparation des pouvoirs ». ¹³³

La « proportionnalité » ne serait alors autre chose qu'une conceptualisation de l'image de la « balance », qui penche tantôt à gauche et tantôt à droite, en proportion des poids respectifs des principes en jeu, balance dont nous savons qu'elle est l'un des apanages de la Justice, - au même titre que le bandeau qu'elle porte sur les yeux.

¹³² M. WATHELET. Loc. cit. 313.

¹³³ M. WATHELET. Loc. cit., 316.

CONCLUSION

Investigation fiscale et confidentialité sont, par nature, antinomiques.

Le droit d'investigation des agents du fisc est une prérogative essentielle, nécessaire au bien-être économique du pays.

Le droit au secret et au respect de la vie privée est un droit tout aussi essentiel, fondement même d'un régime démocratique soucieux du bien-être de ses citoyens. Et ceci sans même parler du secret professionnel, du secret des affaires, ou du droit du justiciable au respect du principe de l'égalité des armes.

Concilier ces divers droits ne se peut qu'à la condition d'être attentif à leur importance respective, à leurs objectifs et à leur raison d'être. La tendance qui se dégage aujourd'hui consiste à faire application de ce principe, de plus en plus fréquemment invoqué, ancré au coeur même de notre système juridique: le principe de proportionnalité.

Mais faut-il vraiment y voir une panacée ? Ou son imprécision même ne viole-t-elle pas le droit du contribuable à la sécurité juridique ? Ce principe est-il vraiment « la plus haute expression » de notre droit, ou ne serait-il autre chose qu'un pompeux travestissement, dont s'affuble aujourd'hui la « langue de bois » du juriste ?

Jean-Pierre BOURS

Avocat

Chargé de cours ULg/HEC