

Propos sur la circulaire de la BNB en matière de rapatriement de fonds

Thierry AFSCHRIFT

Professeur ordinaire ém. à l'Université libre de Bruxelles

TABLE DES MATIÈRES

I.	L'objet de la question	2
II.	Le contenu réel de la circulaire	2
III.	La BNB a-t-elle la compétence d'émettre une telle circulaire ?	3
IV.	La circulaire est-elle conforme au prescrit légal ?	3
V.	Conclusion	5

I. L'objet de la question

1. L'on connaît le problème, récurrent depuis plusieurs années, qui se pose aux personnes qui rapatrient dans une banque ou un autre organisme financier belge, des fonds qui se trouvaient à l'étranger depuis un certain temps, et parfois depuis une très longue période. Cette question se pose même, et parfois surtout, aux personnes qui ont procédé à une régularisation dans le cas des DLU 1, 2 et même parfois 3.

Lors des DLU 1 et 2, les contribuables ne pouvaient régulariser que les « *revenus* » qu'ils avaient perçus au cours des sept dernières années. Il n'était ni permis, ni juridiquement possible, de régulariser les capitaux ou les revenus d'une période imposable à la septième précédant celle de la régularisation. Le délai de taxation de ces derniers revenus était en effet échu pour cause de prescription, tandis que les capitaux n'étaient pas régularisables, s'agissant d'un impôt sur les *revenus*, sauf s'ils résultaient eux-mêmes de revenus perçus au cours des sept dernières années. L'administration n'aurait d'ailleurs pas pu, de manière légale, accepter une telle régularisation, ni établir un prélèvement sur des sommes autres que les revenus des sept dernières années.

2. Ces contribuables pensaient par conséquent ne plus risquer d'ennuis, une fois cette régularisation faite. Et effectivement, pour autant qu'ils aient respecté, à partir de la régularisation, leur obligation de déclarer désormais leur compte à l'étranger et les revenus perçus et imposables de ce compte, l'administration fiscale n'avait, en règle plus cherché émettre le moindre reproche, puisque tous les revenus qui pouvaient être taxés l'avaient été et continuaient à l'être.

Toutefois, les premiers ennuis se sont présentés pour eux lorsqu'ils ont voulu – ce qui n'est pas le cas de tous – verser les fonds provenant de l'étranger sur leur compte bancaire belge. C'est ce qu'on appelle les « *rapatriements* » de capitaux.

Suivant une doctrine que nous considérons comme contestable, la plupart des banques, puis la totalité d'entre elles, ont considéré que de telles régularisations n'étaient pas complètes, et qu'elles pouvaient se trouver dans une situation de « *soupçon* » de blanchiment à l'égard de ces capitaux. Elles ont dès lors fréquemment refusé ceux-ci, ou alors les ont acceptés et ont bloqué le compte, parfois en adressant une déclaration de soupçon à la Cellule de traitement des informations financières (CETIF).

La Banque Nationale de Belgique (BNB) vient de prendre position dans une circulaire sur cette question.

Nous reviendrons ci-dessous sur la controverse doctrinale existant quant à la question de savoir si de tels capitaux pouvaient, en règle, faire l'objet de soupçons de blanchiment, dans des circonstances autres qu'exceptionnelles.

II. Le contenu réel de la circulaire

3. Faisant écho à des préoccupations des milieux politiques, la BNB, organe régulateur du secteur financier a émis, le 8 juin 2021, une circulaire sur « *les devoirs de vigilance à l'égard des rapatriements de fonds depuis l'étranger et la prise en compte des procédures de régularisation fiscale pour l'application de la loi anti-blanchiment* ».

La BNB ne donne pas à proprement parler d'« *instructions* » aux banques et aux autres organismes dont elle est l'organisme régulateur. Mais, chargée de contrôler, notamment, le respect par ceux-ci des règles de la législation anti-blanchiment, la BNB y expose ses « *attentes* ». Elle précise en particulier les conditions auxquelles elle s'abstiendra d'exiger des banques « *un nouveau contrôle systématique de tous les rapatriements passés qu'elles auraient acceptés* »¹.

1. Circulaire, n° 1, p. 5.

4. Elle exige en particulier que le service d'audit interne des banques procède à un certain nombre de vérifications. Celles-ci portent non seulement sur les nouveaux rapatriements, mais aussi sur tous ceux qui ont déjà été acceptés par les banques², y compris ceux qui ont fait l'objet, à l'époque, d'une régularisation portant exclusivement sur les revenus.

La BNB s'y montre exigeante, en requérant un véritable « *examen de la licéité* » des fonds, sur le plan fiscal³. Ce contrôle doit même, en cas de fonds reçus par donation par le client de la banque, porter sur les fonds initiaux reçus par le donateur, quand bien même celui-ci n'aurait jamais été client de la banque.

A défaut de justification par le client du caractère licite des fonds sur le plan fiscal, la banque doit l'inviter à réaliser une régularisation des capitaux suivant le régime de déclaration libératoire existant, mais dont l'on sait qu'il implique un coût de 40 % des montants régularisés.

5. La BNB rappelle que dans le cadre de la « *DLU quater* », la charge de la preuve du caractère licite des fonds incombe au contribuable⁴.

En revanche, elle admet que la situation n'est pas nécessairement la même dans le cadre des relations entre celui-ci et sa banque.

Elle admet en effet que dans l'hypothèse où le contribuable n'a pas procédé à une « *DLU quater* » parce qu'il n'était pas en mesure d'apporter les preuves écrites requises par l'article 11 de la loi du 21 juillet 2016, « *l'établissement financier peut décider de ne pas adresser de déclaration de soupçon à la CETIF, sur la base d'autres éléments de justification apportés par le client afin de décider s'ils peuvent être raisonnablement considérés comme suffisants pour dissiper le soupçon que ces fonds sont le produit d'une fraude fiscale grave* »⁵.

6. Cette considération est importante parce qu'elle laisse la place à une discussion possible entre le contribuable et sa banque, en dehors des critères extrêmement sévères de la régularisation légale. Mais l'on sait qu'en pratique il est parfois extrêmement difficile, sachant que la BNB ne se contente jamais de la simple déclaration de la licéité par le contribuable ou son conseil⁶, de fournir, même la « *preuve raisonnable* » de la licéité de fonds provenant de comptes ouverts parfois il y a 40 ou 50 ans. L'on sait que les banques ne sont pas tenues de conserver les documents de leurs clients au-delà d'une période de 10 ans, et il est donc clair qu'il est impossible, pour un

client d'une banque, d'obtenir des documents probants remontant aussi loin dans le temps, même pour faire une preuve « *raisonnable* ».

7. La circulaire présente par ailleurs une réelle utilité pour les banques, parce qu'elle précise, dans de nombreuses hypothèses pratiques, de quels éléments celles-ci doivent disposer, et leur donne la garantie qu'en cas de respect de ses « *attentes* », la BNB ne procédera pas à des contrôles supplémentaires.

III. La BNB a-t-elle la compétence d'émettre une telle circulaire ?

8. Des critiques ont parfois été émises sur le principe même, pour la BNB, d'émettre une circulaire précisant ses « *attentes* » dans ce domaine. Il est vrai qu'en pratique lorsqu'un régulateur fait part de telles « *attentes* », cela implique pratiquement le fait de donner des instructions aux banques, eu égard au pouvoir très important dont dispose la BNB en tant qu'autorité de contrôle.

Toutefois, formellement, on ne peut trouver, dans la circulaire ici commentée, de véritables instructions.

De plus, cette circulaire, dont nous avons souligné le caractère utile pour les banques, entre pleinement dans le domaine dans lequel la BNB est compétente en matière de contrôle, s'agissant de la législation anti-blanchiment (article 85 de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces).

L'article 86, § 2, de la même loi, ajoute d'ailleurs que les autorités de contrôle « *adressent aux entités assujetties des circulaires, recommandations ou autres formes de communications visant à clarifier la portée des obligations qui découlent, pour ces entités* » des dispositions légales.

Il n'y a donc guère de doute quant au pouvoir dont dispose la BNB d'émettre une telle circulaire.

IV. La circulaire est-elle conforme au prescrit légal ?

9. La circulaire a bien sûr raison lorsqu'elle demande aux banques de « *vérifier la licéité fiscale* » des capitaux qu'elles reçoivent.

2. Circulaire, p. 6.
3. Circulaire, n° 53 et s.
4. Circulaire, n° 68.
5. Circulaire, n° 68, C3, c.
6. Circulaire n° 67.

Toutefois, elle semble faire une confusion systématique, entre cette notion et celle du respect par le contribuable de ses obligations fiscales.

Le rôle des banques n'est en effet pas de vérifier, comme le ferait l'administration fiscale, si le contribuable a payé tous les impôts qu'il devait. Or, en l'espèce, ce que demande concrètement la BNB, c'est bien de vérifier si les impôts ont été payés, et ce même au-delà de ce que pourrait faire l'administration, puisqu'il s'agit de vérifier si les impôts ont été payés non seulement pendant les périodes imposables encore sujettes à vérification, mais aussi au-delà de cette période, pour des revenus pour lesquels l'action de l'administration est prescrite ou même pour des capitaux qui ne constituent *a priori* pas des revenus.

10. Certes, la législation pénale anti-blanchiment s'applique à toutes les sommes qui constituent « *des avantages patrimoniaux* » susceptibles d'être confisqués en vertu de l'article 42, 3°, du Code pénal⁷. Or, pour qu'il s'agisse d'un avantage en nature sujet à confiscation en cas de condamnation pour blanchiment, la somme doit « *provenir* » de l'infraction commise⁸.

Pour être clair, un capital dont les revenus n'ont pas été correctement déclarés n'est pas le produit d'un délit de fraude fiscale. Ce qui est le produit de cette fraude, ce n'est ni le capital, ni même le revenu, mais seulement le montant de l'impôt qui aurait dû être payé sur ce revenu, et qui n'a pas été payé.

L'on sait que cette thèse a été contestée par une partie, surtout néerlandophone, de la doctrine, à laquelle la BNB semble subitement se rallier, sans la citer. On citera par exemple le très intéressant article de Gerd Goyvaerts⁹.

11. Or, la Cour de cassation paraît avoir clairement montré que l'analyse de la doctrine assimilant capitaux provenant de l'étranger et « *produits de l'infraction* » n'était pas correcte.

Certes, il n'est pas requis, pour condamner pour blanchiment provenant d'une fraude fiscale, que le juge connaisse l'infraction précise d'où proviennent les choses confisquées¹⁰. Il suffit que le juge se prononce sur l'infraction de blanchiment dans la mesure où elle

a pour objet l'avantage patrimonial qui provient de l'infraction (*ibid.*).

12. Mais dans un arrêt de principe du 23 septembre 2015, la Cour décide que certes, l'évitement punissable d'une dette d'impôt peut entrer dans le champ d'application de l'article 42, 3°, du Code pénal, et que dans ce cas l'avantage patrimonial résulte d'une diminution de charges pécuniaires qui se répercutent sur l'ensemble de la fortune du débiteur. Mais elle ajoute que lorsque le montant de l'impôt éludé ne peut être spécifiquement retrouvé dans l'ensemble de son patrimoine, il ne peut faire l'objet d'un acte de blanchiment, qui suppose que « *l'avantage tiré de la fraude fiscale reste identifiable* »¹¹.

Pour la Cour de cassation, en l'absence d'« *identification spécifique de l'avantage patrimonial* » tiré de l'infraction fiscale, il ne peut y avoir de blanchiment. La Cour statue ainsi sur conclusions conformes de son Avocat général M. Vandermeersch, qui avait déclaré « *il me semble que tant que l'avantage patrimonial provenant de l'évitement d'une dette fiscale n'est pas identifiable en tant que tel, il ne peut faire l'objet d'actes de blanchiment* ».

13. Il faut bien se rendre compte que, si l'on suit cette jurisprudence, il n'est pratiquement pas possible, en fait, de se retrouver concrètement dans une situation de blanchiment de fraude fiscale. Une banque peut parfaitement recevoir de son client des fonds, en capital, qui n'ont jamais fait l'objet d'aucune déclaration pendant une très longue période, mais ce n'est jamais ce capital-là qui aura échappé frauduleusement à l'impôt. En général c'est seulement le revenu de ce capital qui n'aura, certes en raison d'une fraude fiscale, pas été déclaré ni taxé, mais il est plutôt rare qu'un contribuable isole le revenu du capital. Et, en outre, ce n'est toujours pas le revenu du capital qui constitue « *l'avantage patrimonial* » résultant de l'infraction fiscale : c'est seulement l'impôt qui aurait dû être payé qui constitue un tel avantage patrimonial.

On imagine difficilement un contribuable qui se donnerait la peine d'isoler spécifiquement son avantage patrimonial, c'est-à-dire un montant égal à l'impôt qu'il a fraudé, donc celui qu'il n'a pas payé, sur un compte déterminé. Or, en l'absence d'une telle possibilité d'identifier le montant de l'avantage patrimonial,

7. Art. 505 du C. pén.

8. BEERNAERT, « Fraude fiscale, confiscation et blanchiment : le point sur des questions très controversées », *R.C.J.B.*, 2005, p. 128 ; voir aussi AFSCHRIFT, « Les effets d'ordre fiscal et pénal d'une régularisation de revenus mobiliers d'origine étrangère pour leurs bénéficiaires et les conseillers de ceux-ci », *R.C.J.B.*, 2005, p. 101 et s., spécialement p. 110.

9. « Fiscale regularisatie anno 2017 voor privévermogen. Een kritische beschouwing », *T.F.R.*, 2017, p. 641 et s. ; voir aussi WAETERINKX et GOYVAERTS, « Over de beweerdelijke fiscale valsheid in geschriften ter zake fiscale regularisatie », *T.F.R.*, 2021, p. 315 et s. ; contra : DE FOY, « La régularisation fiscale, sociale et pénale, DLU quater, enfin sur les rails... mais à quel prix », *Rec. gén. enr. not.*, 2017, p. 312 et s. ; MAILOT et COLLON, « Le rapatriement de fonds dans le cadre de la DLU quater : le compliance officer deviendrait-il un agent du fisc ? », *Bank en financieel recht*, 2017, p. 64 et s. ; SCARNA et MAUFORT, « DLU et blanchiment : l'union sacrée », *Dr. pén. entr.*, 2018, p. 335 et s. ; GODIN et BLAFFART, « Blanchiment de l'économie de l'évitement de la dette d'impôts : vers une solution pratique ? Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2015 », *Dr. pén. entr.*, 2016, p. 107 et s., THONET et SCARNA, « La régularisation fiscale – DLU quater », *R.P.P.*, 2018, p.p. 201 et s.

10. Cass., 5 février 2019, *Pas.*, I, 258.

11. Cass., 23 septembre 2015, RGP 13.1451.F.

il ne peut y avoir ni confiscation en vertu de l'article 42, 3°, du Code, ni, par voie de conséquence, blanchiment au sens de l'article 505 du Code pénal.

14. Il est dommage que la BNB n'ait pas poussé son étude juridique suffisamment loin pour se rendre compte de cette situation. Elle oblige ainsi les banques à procéder à des vérifications sur des capitaux qui ne sont, pratiquement jamais, des produits de l'infraction, alors que, sur la base de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2015, de telles recherches sont en général dépourvues d'intérêt,

sauf dans l'hypothèse, en général très théorique, où le contribuable aurait isolé le montant de la fraude d'une manière spécifique et identifiable.

V. Conclusion

15. En conclusion, il nous semble que la circulaire de la BNB repose sur des bases juridiques inexactes, et qu'elle reproduit à tort une conception dépassée de la notion de blanchiment en matière de fraude fiscale.