

onwettige wijze werden verkregen en de op basis van deze gegevens gevestigde aanslagen nietig zijn.

Grievens

Artikel 318 WIB 1992 houdt een beperking in ten aanzien van artikel 317 WIB 1992 en moet bijgevolg limitatief worden geïnterpreteerd zodat ten aanzien van de NV Banksys, waarvan het bestreden arrest erkent dat zij niet valt onder de instellingen beoogd in artikel 318 WIB 1992, de verbodsbepaling van artikel 318 WIB 1992 niet kan worden aangevoerd en het bestuur met volledige toepassing van artikel 322 WIB 1992 van de NV Banksys met betrekking tot een bepaalde belastingplichtige alle inlichtingen kan vorderen die het bestuur nodig heeft om de juiste heffing van de belasting te verzekeren, zelfs indien de NV Banksys geen eigenaar is van de gevorderde inlichtingen, nu artikel 322 WIB 1992 geen voorwaarde ter zake bevat en geen onderscheid moet worden gemaakt waar de wetgever geen onderscheid invoert.

Hieruit volgt dat, door te beslissen dat alle inlichtingen in verband met het elektronisch betalingsverkeer op onwettige wijze werden verkregen en de op basis van die gegevens gevestigde aanslagen nietig zijn, het bestreden arrest artikel 322 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 schendt en voor zover als nodig artikel 318 van datzelfde wetboek.

IV. Beslissing van het Hof

Overwegende dat, overeenkomstig artikel 322 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992, de administratie, wat een bepaalde belastingplichtige betreft, geschreven attesten mag inzamelen, derden horen, een onderzoek instellen en binnen de door haar bepaalde termijn van natuurlijke of rechtspersonen, alsook van verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, alle inlichtingen vorderen die zij nodig acht om de juiste heffing van de belasting te verzekeren;

Dat behoudens de toepassing van artikel 318 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 en in de gevallen waar hij door het beroepsgeheim is gehouden, de derde tot wie de administratie zich wendt de gevraagde inlichtingen moet verschaffen ongeacht het feit of hij al dan niet eigenaar is van de opgevraagde gegevens;

Overwegende dat de appèlrechters vaststellen dat:

1. de administratie een vraag tot inlichting heeft gericht aan de NV Banksys, te weten “Gelieve op te geven op welk rekeningnummer de gestorte sommen door Uw maatschappij ontvangen, moeten doorgestort worden, alsook een overzicht te geven van deze stortingen”;
2. de NV Banksys geen financiële instelling is, maar een overkoepelende organisatie die zich louter bezighoudt met het beschikbaar stellen van de betreffende apparatuur en instaat voor het effectieve verloop van het betalingsverkeer langs die apparatuur;
3. de NV Banksys als systeembeheerder geen eigenaar is van de elektronische gegevens die via haar installatie worden verwerkt;

Dat de appèlrechters op grond hiervan oordelen dat het de NV Banksys verboden is de gevraagde inlichtingen aan derden door te geven, zodat de administratie de gevraagde gegevens op onwettige wijze heeft verkregen en de op basis van die gegevens gevestigde aanslagen nietig zijn;

Dat de appèlrechters door aldus te oordelen, artikel 322 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 schenden;

Dat het middel gegrond is;

Om die redenen,

Het Hof,

(...)

Note

Le secret bancaire fiscal dans la société de l'information

Philippe Malherbe
Maître de conférences à l'UCL

1. Par l'arrêt annoté, sur conclusions conformes de M. l'avocat général délégué D. Thijs¹, la Cour de cassation met à néant l'arrêt de fond² qui avait décidé que l'administration

des contributions directes ne pouvait demander des renseignements à Banksys. Cet arrêt peut-il être approuvé?

¹ Publiées et traduites sur le site de la Cour.

² Publié notamment sur www.fisconet.be; F.J.F. 2001, N° 259. adde F. DE CLIPPELE, “De elektronische betaling beschermd tegen de inzage door de fiscus?”, R.W. 2002-03, pp. 7-15; D. JAECQUES, “Fiscale Administratie mag geen bankgegevens opvragen via ‘Banksys’”, T.F.R. 2002, 35-37.

I. FAITS

2. Les faits ressortant de l'arrêt annoté, fort elliptique, sont complétés à la lumière de l'arrêt de fond. En vertu de l'article 322 du Code des impôts sur les revenus³, l'administration adresse une demande de renseignements à Banksys: "Gelieve op te geven op welk rekeningnummer de gestorte sommen door Uw maatschappij ontvangen, moeten door-gestort worden, alsook een overzicht te geven van deze stortingen"⁴; l'on comprend que la demande visait la société en nom collectif "T" et concernait donc bien un "contribuable déterminé" au vœu de la loi.

Banksys y défère. L'administration constate que certaines recettes ont été versées sur le compte du gérant et non sur celui de la société; elle taxe celle-ci pour les exercices 1995 et 1996.

Devant la cour d'appel, le contribuable conteste la légalité de la procédure: l'administration ne pouvait demander de tels renseignements à Banksys, car l'article 318 du Code⁵ interdit à l'administration de recueillir des renseignements auprès des institutions financières.

Par un arrêt du 23 octobre 2001⁶, la cour d'appel d'Anvers annule l'imposition: "Overwegende dat de administratie het verbod om inlichtingen te verzamelen over transacties via een bankrekening bij een bankinstelling tracht te omzeilen, door te trachten dezelfde inlichtingen te bekomen via het systeembeheer van het elektronisch betalingsverkeer.

Overwegende dat de N.V. BANKSYS weliswaar niet kan beschouwd worden als een financiële instelling, die zoals door de onderzoekende ambtenaar gesteld gestorte sommen ontvangt en doorstort, maar anderzijds als systeembeheerder geen eigenaar is van de elektronische gegevens die via haar installatie worden verwerkt en het haar dan ook verboden is deze inlichtingen aan derden door te geven.

Overwegende dat alle inlichtingen in verband met het elektronisch betalingsstelsel dan ook op een onwettige wijze werden verkregen en de op basis van deze gegevens gevestigde aanslagen nietig zijn"⁷.

L'administration forme un pourvoi et invoque la violation des articles 318 et 322 du code; le contribuable ne répond pas.

II. L'ARRÊT

3. L'arrêt note que, pour annuler la cotisation, les juges d'appel constatent que Banksys n'est pas une institution financière au sens de l'article 318 et qu'en tant que gestion-

naire du système, elle n'est pas propriétaire des données électroniques traitées par ses installations. Il conclut à la violation de l'article 322.

III. ANALYSE CRITIQUE

A. Observation préalable

4. La fraude commise apparaît patente et totalement répréhensible. Il n'est cependant pas contestable que, si le gérant avait apporté la recette à la banque sous forme de sacs

d'écus et l'avait versée en partie sur son compte personnel, l'administration n'aurait pu chercher à le découvrir en inspectant les livres de la banque. C'est donc la loi qui prive le fisc d'un moyen d'investigation. Il nous appartient de cerner les limites de cette privation.

³ Art. 322, al. 1^{er}: "L'administration peut, en ce qui concerne un contribuable déterminé, recueillir des attestations écrites, entendre des tiers, procéder à des enquêtes et requérir, dans le délai qu'elle fixe, ce délai pouvant être prolongé pour de justes motifs, des personnes physiques ou morales, ainsi que des associations n'ayant pas la personnalité juridique, la production de tous renseignements qu'elle juge nécessaires à l'effet d'assurer la juste perception de l'impôt".

⁴ Traduction libre: "Veuillez nous indiquer sur quel compte les sommes versées reçues par votre société doivent être transférées, ainsi que nous donner un aperçu des versements".

⁵ Art. 318, al. 1^{er}: "Par dérogation aux dispositions de l'article 317, et sans préjudice de l'application des articles 315, 315bis 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".

⁶ F.J.F. 2001, N° 259; *Le Courrier Fiscal* 2001/437; www.fisconet.be.

⁷ Traduction libre: "Attendu que l'administration tente de contourner l'interdiction d'obtenir auprès d'une institution bancaire des renseignements sur des opérations via un compte bancaire, en essayant d'obtenir les mêmes renseignements via la gestion du système du trafic électronique de paiement; Attendu que la s.a. Banksys ne peut certes être considérée comme une institution financière, qui, comme argué par le fonctionnaire investigateur reçoit et transfère les sommes versées, mais par ailleurs en tant que gestionnaire du système n'est pas propriétaire des données électroniques qui sont manipulées via ses installations et qu'il lui est donc interdit de transférer ces renseignements à des tiers; Attendu que tous les renseignements en relation avec le système de paiement électronique ont dès lors été obtenus de façon illicite et que les cotisations établies sur la base de ces données sont nulles."

La fin ne justifie pas les moyens, puisque c'est le législateur qui prohibe les moyens.

Nous ne nous prononçons pas ici sur le fondement ou l'avenir du secret bancaire en matière fiscale, à l'heure où notamment l'OCDE modifie l'article 26 de la convention modèle pour prévoir que le secret bancaire ne fait pas obstacle à l'échange de renseignements⁸.

B. La société de l'information

5. La directive 95/46/CE⁹ énonce le principe de la confidentialité du traitement des données électroniques concernant les personnes physiques¹⁰, mais prévoit des dérogations notamment pour le contrôle dans le domaine fiscal¹¹.

Le Code pénal réprime les "Infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des systèmes informatiques et des données qui sont stockées, traitées ou transmises par ces systèmes". Ainsi, l'article 550bis punit "celui qui, avec une intention frauduleuse ou dans le but de nuire, outre-passe son pouvoir d'accès à un système informatique" ou "reprend, de quelque manière que ce soit, les données stockées, traitées ou transmises par le système informatique". Certes, cette disposition, introduite par la loi du 28 novembre 2000, ne pouvait influencer directement la solution de l'espèce.

La directive sur le commerce électronique¹², qui certes n'est pas applicable au domaine fiscal¹³, prescrit notamment la validité des contrats conclus par voie électronique¹⁴.

Il nous paraît devoir être retenu de cet *ex cursus* que les données électroniques sont dignes de protection et qu'une information électronique doit être assimilée à un document.

C. Banksys

6. Sur son site internet, Banksys décrit son activité comme suit: "Activité principale: gestion du réseau de paie-

ment belge. Banksys développe et gère les systèmes de paiement au détail pour les banques, les commerçants et les consommateurs belges. Il s'agit ici, entre autres, de la gestion et du développement de moyens de paiement tels que Bancontact/Mister Cash et Proton, et du traitement des transactions de paiement électronique"¹⁵.

Dès lors, au regard du droit européen sur l'activité des établissements de crédit, Banksys est à tout le moins une "entreprise de services bancaires auxiliaires", étant une "entreprise dont l'activité principale consiste en la (...) gestion de services informatiques, ou en toute autre activité similaire ayant un caractère auxiliaire par rapport à l'activité principale d'un ou de plusieurs établissements de crédit"¹⁶.

7. Eu égard à la nature même du contrôle de la Cour de cassation, celle-ci ne pouvait remettre en cause l'analyse faite par la cour d'appel d'Anvers: Banksys ne serait pas une institution financière, mais une organisation "de coupole" qui s'occupe uniquement de la mise à disposition de l'équipement et est chargée de la réalisation effective des paiements via cet équipement.

L'analyse du paiement par carte n'est pas encore achevée. L'on y a vu un "virement électronique" ou une "technique d'exécution nouvelle d'une opération bancaire traditionnelle"¹⁷. L'analyse escamote largement le gestionnaire du réseau¹⁸, ce qui ne peut s'expliquer que parce qu'on y voit un mandataire transparent.

8. Enfin, selon la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, les "opérations de paiement"¹⁹ entrent dans la définition des établissements de crédit en vue de la reconnaissance mutuelle sur la base de la directive n° 2000/12/CE. Or un "établissement financier", est une "entreprise autre qu'un établissement de crédit, dont l'activité principale consiste (...) à exercer une ou plusieurs des activités visées aux points 2 à 12 de la liste" incluant ces opérations de paiement²⁰, si bien que, si

8. Nouveau § 5: "En aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un État contractant de refuser de communiquer des renseignements uniquement 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 au droit de propriété d'une personne".

9. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O. L 281* du 23 novembre 1995, p. 31.

10. Art. 16: "Toute personne agissant sous l'autorité du responsable du traitement ou celle du sous-traitant, ainsi que le sous-traitant lui-même, qui accède à des données à caractère personnel ne peut les traiter que sur instruction du responsable du traitement, sauf en vertu d'obligations légales".

11. Art. 13.1, (e) et (f).

12. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), *J.O. L 178* du 17 juillet 2000, p. 1.

13. Art. 1.5.a.

14. Art. 9.1.

15. http://www.banksys.be/bkscomwt/FR/A_propos_de_Banksys/Banksys/L_entreprise/index.asp.

16. Art. 1.23, directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *J.O. L 126* du 26 mai 2000, p. 1.

17. X. THUNIS et M. SCHAUSS, *Aspects juridiques du paiement par carte*, 1988, n°s 23 et 24.

18. *Idem*, n° 29.

19. Art. 3, § 2, 4.

20. Art. 3, § 1^{er}, 5°.

Banksys effectue les opérations de paiement, elle est un établissement financier.

Est-ce le cas? Dans un arrêt du 22 décembre 2002²¹, la cour d'appel de Bruxelles, statuant en référé, a ordonné à Banksys, sous peine d'astreinte²², "om alle orders tot overdracht correct en tijdig uit te voeren, en derhalve de continue werking van haar elektronisch betaalsysteem te leveren"²³. Il est cependant possible que cet arrêt au provisoire soit allé trop loin et que ce ne soit pas Banksys qui exécute les instructions mais qu'elle se borne à les acheminer. De toute façon, dans notre espèce, on l'a dit, la Cour de cassation était tenue par les constatations de fait du juge du fond.

D. Le secret bancaire fiscal

9. Le législateur a tranché le conflit de valeurs entre l'intérêt public à l'exacte perception de l'impôt et l'intérêt public à la confiance dans le système bancaire.

Il a aménagé un moyen terme: pas d'investigations chez le banquier sur ses clients au stade de l'établissement de l'impôt, mais levée de cette limitation dès le stade de la réclamation ainsi qu'en cas de "mécanisme particulier"²⁴. Au sens fiscal du terme, le secret bancaire ne vaut que pour la taxation du client à l'impôt sur les revenus. Cette limitation aux pouvoirs d'investigation très étendus du fisc ne joue

pas pour les autres impôts tels la TVA, les droits de succession, les droits d'enregistrements et les douanes et accises.

1. Texte

10. Introduit en 1980²⁵ et révisé en 1996²⁶, l'article 318, alinéa 1^{er}, du code dispose que "par dérogation aux dispositions de l'article 317 et sans préjudice de l'application des articles 315, 315bis et 316²⁷, l'administration n'est pas autorisée à recueillir dans les comptes, livres et documents des établissements de banques, de change, de crédit et d'épargne les renseignements en vue de l'imposition de leurs clients"²⁸. Cette disposition vise "plus particulièrement: les banques et caisses d'épargne belges; les établissements belges de crédit, les sociétés belges de prêt et de crédit hypothécaire et les entreprises belges de capitalisation, la Caisse des dépôts et consignations et l'Office des chèques postaux²⁹, les sociétés belges de financement des ventes à tempérament; les entreprises belges et les particuliers qui s'occupent d'opérations de change; les établissements belges des entreprises étrangères qui exercent des activités du même genre que celles qui sont décrites ci-dessus"³⁰. Le ministre des finances a en outre précisé qu'elle s'applique également aux sociétés émettrices de cartes de crédit³¹.

La banque, au sens large ainsi défini, doit donc refuser, en vertu de son devoir de discrétion professionnelle, de donner au fisc des renseignements relatifs aux opérations financiè-

21. Voy. not. F. PETILLON, "Het Banksys arrest, een instinker?", *Comp. Recht*, 2002, p. 366.

22. L'arrêt a été cassé partiellement en tant qu'il statuait sur l'astreinte (Cass. 6 décembre 2002, n° JC02C62_1).

23. Traduction libre: d'effectuer correctement et ponctuellement tous ordres de transfert et dès lors de fournir le fonctionnement continu de son système de paiement électronique.

24. T. DELAHAYE, "Le secret, la vie privée et la taxation des revenus", *R.G.F.* 1984, p. 135; D. MAREELS et M. BIHAIN, "Le secret bancaire en droit fiscal belge", *J.D.F.* 1996, p. 203; W. DIERICK, "Le fisc et le secret bancaire", *R.G.F.* 3/83, p. 53; Ph. MALHERBE en collaboration avec S. VAN OUTRYVE D'YDEWALLE, "Le secret bancaire en Belgique et en Europe", *R.G.F.* 1996, 351 et 397; A. BRUYNEEL, "Secret bancaire et fiscalité", *Rev. not. b.* 1973, p. 6; H.R. DEPRET et L. DEKLERCK, *Le secret bancaire*, éd. Quorum, 1991; M. DASSESE et P. MINNE, *Droit fiscal - Principes généraux et impôts sur les revenus*, 3^e éd., p. 108; J. MALHERBE et A. VISSCHERS, "Het bankgeheim in het Belgisch fiscaal recht onder vuur", *R.G.C.F.* 2003, pp. 83-98.

25. Loi du 8 août 1980, relative aux propositions budgétaires 1979-80, art. 34, *Pasin.* 1980, p. 1061. Ce texte posait en fait une limite au secret bancaire qui était jusque là admis de façon générale: D. GARABEDIAN, "L'investigation fiscale et la banque", *La banque et le fisc*, Bruylant, 2004, p. 77.

26. Introduit par l'art. 41 de l'arrêté royal du 20 décembre 1996, portant des mesures fiscales diverses en application des artt. 2, § 1^{er}, et 3, 2^o et 3^o, de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, *M.B.* 31 décembre 1996, 4^{ème} éd.

L'art. 3, 2^o et 3^o, de cette loi se lit: "Le Roi peut prendre des mesures pour: "2^o "adopter, abroger, modifier ou remplacer les impôts, taxes, droits, rétributions, accises, amendes et autres recettes, et, en particulier, la base, les taux, les modalités de prélèvement et de perception et la procédure, à l'exclusion des procédures juridictionnelles"; 3^o "lutter contre toute forme d'usage impropre et d'abus et garantir une perception correcte des recettes et un contrôle efficace des recettes et des dépenses".

La loi du 13 juin 1997 portant confirmation des arrêtés royaux pris en application de la loi du 26 juillet 1996 visant à réaliser les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne, a confirmé l'arrêté royal du 20 décembre 1996 (*M.B.* 19 juin 1997, 16.399).

27. Ces dispositions prévoient en substance l'obligation pour tout contribuable de communiquer à l'administration, même en l'absence de réclamation, "... tous les livres et documents nécessaires à la détermination du montant de ses revenus imposables" ainsi que les traitements informatiques et "de fournir par écrit [à l'administration]... tous renseignements... réclamés aux fins de vérifier sa situation fiscale".

28. Auparavant, se basant sur les travaux préparatoires de la loi de réforme fiscale du 20 novembre 1962, le commentaire administratif du CIR précisait que "pour garantir le secret bancaire, aucun renseignement concernant les tiers ne peut, au stade de l'examen de la déclaration être requis des établissements privés de crédit concernant les opérations financières rentrant normalement dans le cadre de leur activité". L'administration a étendu cette règle aux établissements publics de crédit et aux agents de change (*Doc. parl.* Ch. 1961-62, n° 264, p. 110; J. PARDON, "Quelques normes propres au secteur bancaire", *Le droit des normes professionnelles et techniques*, éd. Commission droit et vie des affaires, Bruylant, 1985, p. 18; H.R. DEPRET, "Le secret bancaire dans le cadre des pouvoirs d'investigation du fisc", *Fiscalité européenne* 1981, vol. 6, p. 21).

29. Voy. spécialement l'art. 327, § 3, al. 2, CIR. L'activité a été reprise par "La Poste".

30. Com. I.R. 92, art. 318/4; concernant le cas des succursales étrangères liées dans le pays de leur siège social par un secret bancaire pénalement réprimé, l'on se référera utilement à S. GEUBEL, "Les succursales bancaires et les impôts sur les revenus", *Les succursales bancaires, Actes du Colloque de l'AEBDF du 9 mai 1995*, Bruylant, 1996, n° 70 et seq.

31. *Q. R. parl.* Ch. 1995-96, n° 398, p. 5128 (24 avril 1996).

res entrant dans le cadre normal de l'activité bancaire, lorsque la demande de renseignements ne vise pas à vérifier sa propre situation fiscale, mais à imposer ses clients. Par conséquent, l'administration ne peut, lors du contrôle de la situation fiscale propre de la banque, ni prendre connaissance de renseignements sur les clients, même si elle n'entend pas les "utiliser"³², ni demander au banquier des informations nominatives au sujet de ses clients³³.

À cette règle existe cependant une exception – plutôt théorique, en ce qui concerne les personnes physiques – lorsque la banque opère une réduction de valeur sur une créance suite à un ébranlement de la solvabilité d'un client. Dans cette mesure, le fisc a le droit d'accéder au dossier nominatif de ce client pour vérifier le caractère fiscalement admissible de la réduction de valeur dans la mesure où ce renseignement est indispensable pour déterminer la situation fiscale de la banque elle-même. Les renseignements se trouvant dans le dossier crédit, ne peuvent cependant pas être fiscalement recueillis et utilisés en vue de vérifier la situation fiscale du client et, le cas échéant, d'imposer celui-ci³⁴.

11. Rappelons que l'article 334 du code qui, en cas d'objection déduite du secret professionnel, donne au fisc une sorte de recours devant l'autorité disciplinaire, ne s'applique pas à l'égard des organismes bancaires et établissements de crédit. Il n'existe en effet pas, pour les banques, d'"autorité disciplinaire territorialement compétente" qui pourrait apprécier le caractère secret des renseignements demandés par le fisc et ainsi déterminer si la communication de ces renseignements est indispensable pour la vérification de la déclaration fiscale de la banque³⁵. Le contrôle prudentiel de la Commission bancaire, financière et des assurances ne constitue en effet pas un contrôle disciplinaire.

2. Limite aux investigations

12. L'article 318 ne brille pas par sa clarté.

Il déroge à l'article 317, qui permet d'utiliser des renseignements recueillis chez un contribuable afin de taxer des tiers, mais pas expressément à l'article 322, qui organise les demandes de renseignements adressées aux tiers. Contre d'autres³⁶, un excellent auteur a cru pouvoir en déduire que la demande de renseignements resterait permise³⁷; il n'a pas convaincu³⁸. La cour tranche définitivement la controverse: l'article 318 déroge bien à l'article 322³⁹.

3. Investigations chez le client

13. L'administration admet que l'interdiction s'applique également aux documents bancaires détenus par le client dans la mesure où ces documents ne constituent pas des pièces de sa comptabilité, c'est-à-dire que les comptes sont utilisés exclusivement à des fins privées⁴⁰. Il est remarquable que cette extension ne découle pas d'un texte distinct exprès, mais d'une interprétation donnant à l'article 318 son plein effet utile.

4. Institutions visées

14. Selon l'exposé du secrétaire d'État au Sénat, "cet article introduit, dans le Code des impôts sur les revenus, le principe du secret bancaire, en faisant exception, au profit des organismes financiers, au droit du fisc d'utiliser pour les taxations des clients, les renseignements recueillis dans les documents de ces organismes"⁴¹.

a) Analyse fonctionnelle

15. Le secret bancaire fiscal n'est pas limité aux banques. L'article 318 énumère divers types d'établissements finan-

^{32.} Il est à cet égard significatif de constater que le terme "utiliser" des travaux préparatoires de la loi du 8 août 1980 (*Doc. parl.* Ch., 323/73, p. 18; *Doc. parl.* Sénat, 483/9, p. 25) est remplacé par le terme "recueillir" de l'art. 224, al. 1 (nouvel art. 318 CIR 92); H.R. DEPRET et L. DEKLERCK, *Le secret bancaire*, p. 19; Th. DELAHAYE, "Le secret de la vie privée et la taxation des revenus", *R.G.F.* 1984, p. 131.

^{33.} M. DASSESE, *La banque, le client et le fisc dans la vie quotidienne, o.c.*, p. 136; M. DASSESE et P. MINNE, *Droit fiscal*, 3^e éd., p. 110. Dans le même ordre d'idée, les fonctionnaires chargés du contrôle ne pourraient pas visiter les locaux professionnels conformément à l'art. 319 CIR et en profiter pour pénétrer dans le bureau d'un préposé de la banque au moment où il reçoit un client (H.R. DEPRET et L. DEKLERCK, *Le secret bancaire*, p. 29).

^{34.} Civ. Bruxelles (réf.) 10 octobre 1988, *F.J.F.*, N° 89/196. Le tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant en référé, a confirmé cette règle en "interdisant à l'administration fiscale d'utiliser les données recueillies à l'occasion du contrôle d'une banque d'une part, et dans le cadre de poursuites pénales avec l'autorisation du procureur général, en vue de l'imposition des clients de cette banque d'autre part".

^{35.} Pour plus de développements, H.R. DEPRET et L. DEKLERCK, *Le secret bancaire*, p. 42.

^{36.} S. GEUBEL, "Les succursales bancaires et les impôts sur les revenus", *Les succursales bancaires, Actes du Colloque de l'AEBDF du 9 mai 1995*, Bruylant, 1996, n° 64 et les réf. cit.; E. DE BAENST, "La protection de la confidentialité en matière fiscale", *Cahiers de droit fiscal international*, vol. LXXVI, 1991, p. 203; *adde* Anvers 12 novembre 1992, *R.G.F.* 1993, p. 166 et note M. LOOCKX.

^{37.} A. ZENNER, "Les limites du devoir de discrétion du banquier vis-à-vis du fisc", *R.G.F.* 2002, 227.

^{38.} D. GARABEDIAN, "L'investigation fiscale et la banque", *La banque et le fisc*, Bruylant, 2004, p. 81. Les mêmes limites s'appliquent aux demandes sur la base de l'art. 319bis: Civ. Liège 9 octobre 2002, *T.F.R.* 2003, 277, n. M. WAUMAN.

^{39.} L'avis du ministère public va dans le même sens: "il faut remarquer que l'arrêt attaqué s'appuie manifestement sur un passage du Com. I.R. n° 322/7 où il est affirmé que les dispositions de l'article 318, alinéa 1^{er}, C.I.R. 1992, qui interdisent de recueillir dans les comptes, livres et documents des établissements financiers, des renseignements en vue de l'imposition de leurs clients, ne peuvent pas être contournées par un recours à celles de l'article 322, C.I.R. 1992". Comme il ressort de son contexte, ce passage entend que l'administration ne peut se prévaloir de l'art. 322 du Code des impôts sur les revenus pour recueillir des renseignements auprès des établissements financiers en vue de l'imposition de leurs clients. En d'autres termes, la disposition de prohibition de l'art. 318, al. 1^{er}, prime l'art. 322 du Code des impôts sur les revenus.

^{40.} Com. I.R. 315/6 et 7.

^{41.} Rapport Sénat, *Pasin.* 1980, p. 1209.

ciers: “établissements de banque, de change, de crédit et d’épargne”. L’article 327, § 3, étend le système aux établissements et organismes publics de crédit et à l’Office des chèques postaux “pour ce qui concerne les opérations financières entrant dans le cadre de leur activité”. Il faut interpréter cette énumération, puisqu’elle ne renvoie pas à des établissements définis et réglementés par des lois particulières, mais à des établissements exerçant certaines fonctions ou à certaines fonctions de certains établissements.

Il a ainsi été jugé que le secret s’appliquait aux établissements de leasing, puisque le leasing est un contrat de crédit, si bien que la société de leasing est un établissement de crédit⁴². Il a été admis que le secret s’appliquait aux émetteurs de cartes de crédit⁴³. Le secret ne s’appliquera pas à l’activité d’agence de voyage, fût-elle exercée dans la succursale bancaire⁴⁴: la protection est fonctionnelle, comme le démontre encore la précision rappelée portée dans l’article 327, § 3.

Qu’en est-il de Banksys? Certes, eu égard à la description de son activité, elle ne semble pas répondre à la définition d’un établissement de crédit, mais nous avons vu qu’il s’agissait d’un établissement auxiliaire. Il faut bien dire que l’objectif légal de renforcement de la confiance dans le système bancaire ne serait guère servi si l’auxiliaire aujourd’hui indispensable de tout système bancaire avait pour le secret bancaire la fonction exactement inverse de celle d’un pare-feu (*firewall*), celle d’une passoire.

b) Fraude à la loi?

16. La cour d’appel avait raisonné en termes de fraude à la loi (“*tracht te omzeilen*”).

Ce raisonnement a été confronté par la doctrine à la jurisprudence que l’administration pouvait utiliser des documents bancaires une fois que ceux-ci se trouvaient dans un dossier pénal⁴⁵. Il semble ne pas y avoir d’incompatibilité⁴⁶; dans ces espèces, il ne s’agissait pas de demandes de renseignements en vertu de l’article 318.

Dans ses conclusions sous l’arrêt annoté, le ministère public écrit cependant que “[r]ien n’empêche l’administration de recueillir des renseignements sur les transactions par un compte bancaire auprès de tiers. La jurisprudence fiscale des cours d’appel est d’ailleurs établie en ce sens que le secret bancaire ne vaut que pour les renseignements qui sont

recueillis auprès de l’établissement financier sur place, mais non pour les documents bancaires que l’administration fiscale a obtenus régulièrement d’une autre façon (Anvers 17 décembre 1996, *F.J.F.* N° 97/76 et *R.W.* 1997-98, 405-407; Gand 22 janvier 1998, *F.J.F.* N° 98-172; Gand, 19 novembre 1997, *F.J.F.* N° 98/82 (Réf.); Gand 22 novembre 1985, *F.J.F.* N° 87/23⁴⁷”).

Tous ces arrêts décident que l’administration peut utiliser des documents bancaires se trouvant dans un dossier répressif auquel elle a reçu accès; il est vrai que l’arrêt de la cour d’appel d’Anvers du 17 décembre 1996 énonce (traduction libre): “que l’article 224 du CIR ‘64 ne concerne pas la nature des pièces, mais l’endroit où les pièces sont saisies”. Cette thèse nous paraît erronée, comme nous pensons l’avoir démontré à propos des agences de voyage exploitées par les banques.

Il nous paraît exister une différence fondamentale entre l’hypothèse où un document a été soustrait à la banque pour entrer dans un dossier répressif et celle où un document est confié par la banque à un tiers dans le cadre de l’exploitation de l’activité bancaire. Doit également être distinguée l’hypothèse où un document bancaire serait entré en possession d’une autre administration, fiscale ou non, et où l’administration des contributions directes voudrait en prendre connaissance en vertu de l’article 336 du code⁴⁸.

Mais un raisonnement de fraude à la loi ne doit constituer que l’*ultima ratio*: avant de voir si l’administration fraude la loi, ce qui suppose qu’elle paraisse la respecter, il faut se demander si elle ne l’a pas violée, ce qui requiert d’interpréter la loi.

c) Discrimination?

17. Le contribuable semble avoir voulu faire poser une question préjudicielle pour voir s’il n’y avait pas de discrimination à appliquer l’interdiction aux seuls émetteurs de cartes de crédit, ce que la cour d’appel avait rejeté dans les termes suivants: “*dat er geen redenen aanwijsbaar zijn tot het stellen van een prejudiciële vraag; dat de N.V. BANKSYS in tegenstelling tot de maatschappijen die kredietkaarten uitgeven geen kredieten op korte termijn verschaff[t]*”⁴⁹. Est-il légitime de distinguer ainsi crédit et paiement, deux fonctions traditionnelles et essentielles des banques? Le paie-

⁴². Civ. Bruxelles 3 mai 2002, *F.J.F.* 2002, N° 224; Namur 23 octobre 2002, *F.J.F.* 2003, N° 48; *R.G.C.F.* 2003, 62, n. R. FORESTINI; *contra* Civ. Liège 18 mars 2002, *F.J.F.* 2004/15; Civ. Bruxelles 4 janvier 2002, *T.F.R.* 2002, 658, n. critique F. JACOBS.

⁴³. *Supra*, n. 31.

⁴⁴. Com. I.R. 318/8.

⁴⁵. Gand 19 novembre 1997, *F.J.F.* 1998, N° 82; Gand 22 janvier 1998, *F.J.F.* 1998, N° 172; *A.J.T.* 1998-99, 308, n. A. VERBIST; *adde* A. HAELTERMAN et D.E. PHILIPPE, “Le devoir d’information fiscale du banquier: obligations générales de droit belge”, *La banque et le fisc*, Bruylant, 2004, p. 24.

⁴⁶. D. JAECQUES, n. sous Anvers 23 octobre 2001, *T.F.R.* 2002, 36.

⁴⁷. Lisez: “87/17, p. 23”.

⁴⁸. Dans le sens de la primauté de l’art. 318 en cette hypothèse, non encore tranchée en jurisprudence, A. HAELTERMAN et D.E. PHILIPPE, “Le devoir d’information fiscale du banquier: obligations générales de droit belge”, *La banque et le fisc*, Bruylant, 2004, p. 25.

⁴⁹. Traduction libre: “Qu’il n’y a pas de raison démontrable pour poser une question préjudicielle; que la s.a. Banksys à la différence des sociétés émettrices de cartes de crédit n’octroie pas de crédits à court terme”.

ment n'est-il pas l'élément essentiel du change, qu'il soit manuel ou tiré⁵⁰?

La méthode d'interprétation de la loi a subi une profonde modification, sous l'impulsion notamment de l'instauration de la Cour d'arbitrage, ainsi que d'autres juridictions chargées de censurer les discriminations: il convient de donner à la loi l'interprétation qui évite la discrimination, celle qui assure que des situations comparables ne sont traitées différemment que s'il existe un critère objectif et pertinent justifiant une différenciation proportionnée de traitement.

La Poste, telle qu'elle est réorganisée par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, a pour objet social "l'exploitation de services postaux et des services financiers postaux"⁵¹, ces derniers étant définis comme "les opérations en monnaie fiduciaire, scripturale ou électronique, gratuites ou rétribuées, effectuées par La Poste, tant pour son propre compte que pour le compte de tiers"⁵². La Poste a repris les attributions de l'Office des chèques postaux⁵³. Jusqu'à la loi-programme du 2 juillet 1981⁵⁴, celui-ci ne faisait pas crédit et avait une pure fonction de paiement.

Il nous paraît s'en déduire qu'une interprétation fonctionnelle correcte commande de conclure, sous peine de discrimination, qu'un organisme privé ayant pour fonction d'assurer des opérations de paiement électronique pour compte de tiers, tel Banksys, est visé par l'énumération légale.

Mais la discussion ne s'arrête pas là.

d) Cercle de protection

18. Que faut-il penser de la thèse du ministère public que "le secret bancaire ne vau[drai]t que pour les renseignements qui sont recueillis *auprès de l'établissement financier sur place*"⁵⁵? Le fisc peut-il interroger des tiers?

N'est-il pas évident que le fisc ne peut interroger un employé de la banque? Mais nombre de gérants de succursales bancaires sont indépendants: le fisc pourrait-il interroger ces mandataires? Pourrait-il interroger le comptable extérieur de la banque? La doctrine enseigne: "*la question se pose également pour les sociétés auxquelles les banques font appel pour l'exécution de certaines tâches matérielles ou juridiques. Il faut décider, à notre avis, que le secret couvre toutes les activités qui participent au service bancaire fourni au client, quelle que soit la personne qui les fournit*"⁵⁶. Cette

thèse nous paraît conforme à l'analyse fonctionnelle que nous avons préconisée.

Le secret couvre les "comptes, livres et documents" des banques. Pourrait-on soutenir qu'il ne couvre pas les documents que la banque archiverait chez un dépositaire? Nous ne le pensons pas: le secret ne protège pas le local de la banque, mais les documents de celle-ci, où qu'ils se trouvent⁵⁷. Or, Banksys achemine les instructions des clients à la banque.

Peut-on concevoir de protéger le secret des instructions bancaires sans protéger leur acheminement? Certes, le secret des lettres est protégé par la Constitution de manière absolue, mais l'on sait que cette protection constitutionnelle ne s'étend pas aux autres moyens de communication, tel le réseau informatique, ce que l'on peut regretter⁵⁸. Peut-on concevoir que le fisc fasse mettre une banque sur écoute pour percer le secret des instructions qu'elle reçoit par téléphone⁵⁹? Peut-on concevoir que le fisc demande à nos amis américains de lui donner accès à leur dispositif "Echelon" pour intercepter les instructions données par courrier électronique?

En outre, Banksys n'est pas un simple moyen de communication *omnibus*: elle est le mandataire de la banque pour recevoir des instructions bancaires. Quand le client utilise le guichet électronique "*Mister Cash*", géré par Banksys, plutôt que le guichet électronique "*Self Bank*", géré par hypothèse de façon propriétaire par la banque, est-il raisonnable de soutenir que l'opération ne serait protégée que dans le second cas?

Il ne paraît guère contestable que les informations que Banksys détient sont des documents de la banque. C'est ce que la cour d'appel a constaté: Banksys n'est pas propriétaire des données électroniques. L'ordre du client de verser des fonds sur le compte n° x plutôt que sur le compte n° y nous paraît couvert par le secret bancaire qu'il soit donné à la banque par courrier, par téléphone, par courriel ou via un mandataire, tel Banksys.

E. Technique de cassation

19. L'article 318 déroge à l'article 322. Quand un juge du fond donne un champ trop large à une exception, viole-t-il la disposition prévoyant l'exception ou celle prévoyant la règle? Il nous paraît que l'arrêt aurait plutôt dû casser pour violation de l'article 318.

⁵⁰. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, 2^e éd., 1976, n° 422.

⁵¹. Art. 140, 1^o, loi du 21 mars 1991.

⁵². Art. 131, 19^o.

⁵³. Art. 3, loi 26 décembre 1956 sur le Service des Postes.

⁵⁴. Art. 31.

⁵⁵. Nous mettons en italique.

⁵⁶. D. GARABEDIAN, "L'investigation fiscale et la banque", *La banque et le fisc*, Bruylant, 2004, p. 81.

⁵⁷. Sous la réserve mentionnée *supra*, n. 45.

⁵⁸. F. DELPÉRIE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, 2000, n° 206.

⁵⁹. Art. 90ter, C.I.Cr.

Plus fondamentalement, la cour devait, à notre avis, soit juger que le juge du fond avait justement décidé que le secret couvrait les informations détenues par le mandataire de la banque, soit corriger l'analyse de l'article 318 pour décider que Banksys était un établissement visé. La cour a préféré se retrancher derrière les constatations du juge du fond, ce qui l'empêchait d'exercer pleinement sa censure. Il n'est pas exclu qu'une analyse affinée et approfondie du rôle de Banksys permette d'aboutir à la solution inverse, tant devant le juge du fond que devant la Cour de cassation.

La cour était-elle tenue de poser la question préjudicielle que la cour d'appel avait estimée inutile? L'on sait que les juridictions peuvent poser de telles questions d'office, mais ne doivent le faire que si la question leur est posée et sauf les exceptions prévues⁶⁰; il ne semble pas que le fait que le contribuable ait posé la question à la cour d'appel en saisissant la Cour de cassation si le contribuable ne répète pas sa question dans un mémoire en réponse. Sur ce plan, l'arrêt n'encourt pas de critique.

IV. CONCLUSION

20. Le secret bancaire fiscal qui n'est ni secret, ni bancaire, nous paraît couvrir les établissements assurant les paiements électroniques ainsi que les dépositaires de documents bancaires.

Nous ne pouvons donc approuver les conséquences pratiques de l'arrêt annoté qui a pour effet de priver de protection les informations financières détenues par Banksys, qui nous paraît cumuler ces deux qualités: elle gère un système de paiement électronique et est mandataire des banques pour la

réception de documents consistant en instructions électroniques. Ce résultat apparaît inconciliable avec le but de l'article 318, qui est de renforcer la confiance dans le système bancaire, alors qu'un système bancaire ne se conçoit plus sans un réseau électronique interconnecté et donc nécessairement géré par un tiers. Mais nous ne préjugerons pas ici de l'avenir du secret bancaire en matière fiscale, dont la pertinence est remise en question.

⁶⁰ Art. 26, § 2, loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.