

Lutte contre le blanchiment d'argent et transparence fiscale, plus que jamais intimement liés

Par Gérard LAURES, Partner, Head of Financial Services Tax, Emilien LEBAS, Associate Partner, Financial Services Tax (cf. portraits) et Sandrine PERIOT, Director, AML & Forensic, KPMG Luxembourg

Le 27 avril dernier, KPMG Luxembourg organisait dans ses locaux une grande conférence intitulée «*Anti-money laundering et tax transparency*». Dans le prolongement de cet événement dont le succès a montré l'intérêt fort des acteurs économiques pour ce sujet, l'objet du présent article est de revenir sur les liens de plus en plus étroits existant entre ces deux matières longtemps étrangères l'une à l'autre.



Le secteur financier au sens large fait face depuis plusieurs années à des bouleversements d'une ampleur inégalée dans son histoire.

Aux turbulences du marché dues à la crise économique est venu s'ajouter un véritable tsunami réglementaire ayant notamment deux objectifs, une lutte profonde contre le blanchiment d'argent et contre le financement du terrorisme («LBC/FT») et une lutte pour plus de transparence fiscale passant par des obligations croissantes pesant sur les acteurs du secteur financier. Le dernier élément de la réglementation désormais applicable en la matière est la circulaire CSSF («Commission de surveillance du secteur financier») 17/650 du 17 février 2017 se situant dans la lignée des nouvelles dispositions pénales prévues par la loi du 23 décembre 2016 portant exécution de la réforme fiscale 2017.

Conséquence directe de l'adoption de la réforme fiscale, l'article 506-1 du code pénal luxembourgeois a été modifié pour tenir compte dès 2017 des nouvelles infractions primaires pénales en matière fiscale dans le cadre des obligations des professionnels du secteur financier. La circulaire CSSF 17/650 du 17 février 2017 a apporté des précisions supplémentaires à propos de ces nouvelles infractions. Avant d'entrer plus avant dans le détail, il convient en premier lieu distinguer la fraude fiscale simple, réprimée administrativement, de la fraude fiscale aggravée et de l'escroquerie fiscale qui sont réprimées pénalement.

La fraude fiscale simple est punie par une amende administrative pouvant varier de 10% à 50% du montant de l'impôt éludé. La fraude fiscale prendra le caractère «aggravé» seulement si le volume du montant de l'impôt effectivement dû constitue plus de 25% de l'impôt annuel. Enfin, si des actes répréhensibles ont été commis «*par l'emploi systématique de manœuvres frauduleuses tendant à dissimuler des faits pertinents à l'autorité ou à la persuader de faits inexacts*»⁽¹⁾, ceux-ci seront constitutifs d'une escroquerie fiscale.

Tandis que la fraude fiscale aggravée est punie d'un mois à 3 ans d'emprisonnement et d'une amende minimum de 25.000 euros jusqu'à six fois le montant de l'impôt éludé ou du remboursement indûment obtenu, l'escroquerie fiscale elle, est punie d'un mois à 5 ans d'emprisonnement et d'une amende minimum de 25.000 euros jusqu'à dix fois le montant de l'impôt éludé ou du remboursement indûment obtenu. Enfin, il est à noter que dans le cas d'une fraude fiscale simple, la tentative, la complicité ou encore la participation à une fraude n'est pas répréhensible tandis que dans le cas d'une fraude fiscale aggravée ou d'une escroquerie fiscale, ces trois actes pourront être retenus par le juge à l'encontre de la personne responsable de ces actes.

Comment être en conformité fiscale (Tax Compliance) pour les professionnels

L'époque durant laquelle le secteur financier au sens large et ses conseillers pouvaient considérer ne pas être concernés par la conformité fiscale de leur client est révolue. Les règles fiscales et celles applicables en matière de LBC/FT se sont considérablement durcies au cours des dernières années et des derniers mois. Un arrêt récent de la CJUE du 5 avril

2017 a d'ailleurs montré que le principe du cumul des peines administratives et pénales pour une même infraction pouvait être envisagé dans le cas d'une fraude fiscale⁽²⁾. Concernant les entités juridiques, il y a l'obligation de déterminer le seuil minimum de participation des personnes détenant le contrôle de l'entité.

Comment prévenir les risques de blanchiment d'argent lié à une fraude fiscale

Suite à l'adoption de la LRF, la notion de blanchiment de fraude fiscale est désormais reconnue : les infractions de fraude fiscale aggravée et d'escroquerie fiscale (commises ou tentées en matière d'impôts directs, de droits d'enregistrements et de successions et de taxe sur la valeur ajoutée («TVA»)) ont été intégrées dans la liste des infractions primaires désignées sous l'article 506-1 du code pénal et peuvent être sanctionnées pénalement. La fraude fiscale simple ne constitue pas une infraction primaire fiscale en tant que telle et demeure à ce titre uniquement réprimée administrativement.

La loi générale des impôts («*Abgabenordnung*») (paragraphes 396 et 397), la loi du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession (respectivement article 29) et la loi concernant la TVA (article 80) ont par ailleurs été modifiées afin d'inclure la fraude fiscale aggravée et l'escroquerie fiscale.

Ces nouvelles dispositions seront applicables à partir de l'année 2017. En conséquence, l'infraction de blanchiment ne sera donc punissable que pour des infractions fiscales commises après le 1^{er} janvier 2017 (principe de non-rétroactivité). Ces infractions pourront avoir été perpétrées au Luxembourg ou à l'étranger sans application préalable toutefois des seuils minima requis par la LRF et sous réserve que l'infraction primaire commises à l'étranger soit punissable dans l'Etat où elle a été commise conformément au principe de double incrimination.

Les professionnels soumis à la LBC/FT devront désormais tenir compte de ces nouvelles infractions primaires fiscales dans le cadre de leur relation d'affaires avec des clients après le 1^{er} janvier 2017 mais également pour les clients existants, contribuables résidents et non-résidents, impactant de facto leurs obligations professionnelles en matière de vigilance à l'égard de ces clients.

Quels sont dès lors les moyens pour les professionnels de répondre à ces nouvelles obligations fiscales ? La circulaire CSSF 17/650 élaborée conjointement avec la CRF, apporte des précisions aux professionnels avec la mise à disposition notamment d'une liste d'indicateurs (non exhaustive) permettant d'identifier un risque de blanchiment de fraude fiscale avec une obligation de déclaration de soupçon en cas de doute raisonnable.

Des mesures complémentaires devront par ailleurs être envisagées par les professionnels telles que : la mise à jour des procédures afin d'inclure les infractions primaires fiscales, la prise en compte des indicateurs dans l'évaluation des risques, avec un impact sur le processus de vigilance (notamment en terme de documentation à demander et suivi transac-

tionnelle afin de permettre aux professionnels de démontrer que l'origine des fonds n'est pas liée à une infraction fiscale), la revue complète des clients avec une priorisation sur la base d'une approche sur les risques (clients à risque élevé, échantillon, structure complexe, etc...), l'implication d'experts fiscaux en fonction du niveau de risque et de la complexité du dossier, enfin la sensibilisation et la formation adéquate des employés.

Ceci démontre que les obligations incombant aux professionnels ne font que croître et que la responsabilité du professionnel est toujours davantage engagée. La transposition de la 4^{ème} directive et les amendements proposés par la Commission à cette directive (4^{ème} bis) ne feront que renforcer ces obligations.

Lien entre LBC/FT et la réglementation sur l'échange d'information : FATCA/CRS

La nouvelle circulaire de la CSSF a pu mettre en lumière la corrélation entre les obligations des professionnels des institutions financières concernant la LBC/FT et les réglementations concernant l'échange d'informations en matière fiscale⁽³⁾. Depuis 2014, le *Foreign Account Tax Compliance Act* («FATCA») a permis la mise en place d'un système d'échange des informations détenues par des institutions financières des juridictions ayant signé un accord intergouvernemental (*Intergovernmental Agreement* - «IGA») avec les Etats-Unis concernant leurs clients américains et permettant ainsi aux Etats-Unis de lutter plus efficacement contre l'évasion fiscale de ses ressortissants.

De même, l'Organisation de Coopération et de Développement Economique («OCDE») a voulu mettre en place un système d'échange similaire à travers la Norme Commune de Déclaration («NCD» ou «CRS» en anglais) afin de lutter contre l'évasion fiscale des titulaires de comptes des juridictions signataires/partenaires du monde entier par le biais de l'échange d'informations fiscales à leur sujet.

Néanmoins, ces nouveaux systèmes d'échange d'informations ne sont pas sans faille. Une personne mal intentionnée pourrait être tentée d'essayer de contourner les règles établies par FATCA et la NCD. La première difficulté en la matière peut provenir de la résidence des titulaires de comptes. L'échange d'informations en vertu de la NCD n'est autorisé qu'entre juridictions en ayant explicitement convenu. Ainsi, lorsqu'un titulaire de compte n'est pas considéré comme résident d'une juridiction reportable, l'Etat de source des revenus ne pourra pas obtenir d'information à son sujet, de même pour les personnes détenant le contrôle d'une entité qualifiée d'entité non financière passive («ENF Passive»).

De même, le(s) titulaire(s) dudit compte doit/doivent fournir des informations à son/leur sujet dans une auto-certification. Celles-ci sont fondamentales, mais elles peuvent être erronées, volontairement ou involontairement. Enfin, un titulaire de compte préexistant pourrait aussi refuser de fournir une telle auto-certification.

L'infraction d'échec à la prévention de la commission d'une infraction fiscale, cas particulier ou futur standard ?

Le Royaume-Uni est actuellement en train de se doter d'une nouvelle législation allant encore plus loin dans le niveau de responsabilité qu'elle fait reposer sur les épaules de tous les acteurs de la gestion patrimoniale au sens le plus large. Ceci aura pour conséquence principale une éventuelle condamnation à partir de septembre 2017 des professionnels n'ayant pas réussi à empêcher le fait qu'une personne associée à l'organisation ait facilité la commission d'une fraude fiscale.

Une illustration des situations visées par cette future législation britannique pourrait être la suivante : une personne coupable d'une infraction fiscale punissable au Royaume-Uni

se dénoncerait aux autorités fiscales britanniques (HMRC) et indiquerait que tel ou tel employé d'une banque ou d'une société de conseil l'a aidé/a facilité la commission de cette infraction.

L'objet de la future législation britannique est de pouvoir sanctionner l'employeur de l'individu en question (en plus d'une sanction de l'employeur sur la base de la complicité/facilitation à la commission d'une infraction) pour avoir échoué à empêcher celui-ci d'agir de la sorte. Une condamnation dans ce cas précis pourrait avoir comme conséquence une amende financière pour l'employeur sans limite légale de plafond et des mesures conservatoires et/ou préventives contre les crimes financiers à l'encontre du professionnel condamné.

A contrario, cette condamnation ne pourra être évitée qu'à la condition que le professionnel ait mis en place des procédures raisonnables pour prévenir et éviter une éventuelle facilitation d'évasion fiscale par l'un de ses employés. Ces procédures raisonnables se traduisent notamment par six principes directeurs tels que l'évaluation des risques, un équilibre adéquat entre le niveau de risque et la procédure préventive mise en place, un engagement de la direction, des procédures de diligence raisonnable et des procédures permettant la communication systématique des mesures LBC/FT incluant des formations et enfin des procédures de suivi et une revue des procédés existant.

Le caractère fortement extraterritorial de cette future législation britannique entrainera de manière directe un impact fort pour les professionnels financiers luxembourgeois exposés au marché britannique. La période récente ayant été marquée par l'élévation constante du niveau de contrôle et de responsabilité, il n'est pas à exclure que celle-ci donne, à terme, des idées à d'autres juridictions.

Conclusion

Face à ces défis, le secteur de la banque privée mais également celui de l'assurance-vie et tous les acteurs du conseil en gestion de patrimoine au sens large doivent s'adapter et se préparer à une évaluation globale des risques qui sont associés à leurs clients. Cette évaluation demande une documentation des clients la plus complète possible et la mise en place de procédures LBC/FT assurant une réponse «raisonnable et nécessaire» en cas de suspicion de fraude d'un client mais également qu'une trace demeure du processus de réflexion ayant conduit à l'adoption puis à la mise en œuvre de ces procédures.

Ces mesures sont primordiales car en cas de fraude fiscale par exemple, les gendarmes financiers du Luxembourg (i.e. CSSF et la Cellule de renseignement financier («CRF»)) analyseront en premier lieu si des mesures raisonnables ont été mises en œuvre. La documentation devrait donc être l'un des maîtres mots dans ce domaine. Le second est sans doute celui de la collaboration. Comme le montre, à titre d'illustration, les exemples tirés de FATCA/NCD repris dans la LBC/FT, conformité/légal d'un côté et fiscalité de l'autre se doivent de collaborer et de communiquer en permanence face à l'interaction croissante de ces deux domaines.

Fort de la conviction que règles fiscales et règles anti-blanchiment d'argent sont désormais intimement liées et requièrent une approche collaborative et coordonnée, KPMG Luxembourg a mis en place une équipe pluridisciplinaire composée de fiscalistes et d'experts dans le domaine des règles anti-blanchiment d'argent afin d'aider ses clients à retrouver leur chemin dans une problématique complexe et comportant de multiples dimensions.

Il convient par ailleurs de souligner que malgré l'arsenal de mesures réglementaires décrit ci-dessous, de nouvelles opportunités se présentent à tous les acteurs de ces secteurs d'activité jusqu'à un marché où la transparence s'accroît signifie aussi le renforcement des stratégies dans le secteur du digital, la mise en place de canaux de multidistribution, la possibilité d'un accès à de nouveaux marchés et clients et enfin l'introduction de nouveaux produits conformes aux réglementations actuelles⁽⁴⁾.

1) CSSF Circulaire 17/650 Annexe 2 p.10.

2) Arrêt CJUE C-217/15 et 350/15 Massimo Orsi et Luciano Baldetti, 5 avril 2017.

3) CSSF Circulaire 17/650 Annexe 1 p.7-9, liste d'indicateurs concernant l'obligation professionnelle de déclaration de soupçons au titre de l'infraction primaire de blanchiment de fraude fiscale aggravée ou d'escroquerie fiscale.

4) Les auteurs tiennent à remercier Pierre-Emmanuel Roux pour sa collaboration à la préparation du présent article.