



Bruxelles, le 16.9.2020
COM(2020) 560 final

RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL

**évaluant si les États membres ont dûment identifié et soumis aux obligations énoncées
dans la directive (UE) 2015/849 l'ensemble des fiducies/trusts et des constructions
juridiques similaires régis par leur droit**

I. Introduction

Depuis des décennies, les criminels profitent de la mondialisation du système financier et des échanges ainsi que des innovations technologiques pour dissimuler et faire circuler des fonds illicites à travers le monde. Les entités et constructions juridiques sont les principales structures employées pour faire passer le blanchiment de capitaux pour des échanges licites entre sociétés, souvent via des montages et des réseaux complexes; elles peuvent également servir à commettre des infractions sous-jacentes comme des infractions fiscales pénales.

Après les «Panama Papers» et les «Lux Leaks», l'Union européenne a pris des mesures visant à garantir la transparence des bénéficiaires effectifs des entités et constructions juridiques, y compris des constructions juridiques régies par le droit ou la coutume des États membres et qui présentent une structure ou des fonctions similaires à celles des fiducies/trusts.

En vertu de l'article 31 de la directive (UE) 2015/849¹ (la «directive anti-blanchiment»), les fiduciaires/trustees ou les personnes occupant des positions équivalentes dans des constructions juridiques similaires ont l'obligation:

- d'obtenir et de conserver des informations adéquates, exactes et actuelles sur les bénéficiaires effectifs de la construction juridique;
- de déclarer leur statut et de fournir, en temps utile, les informations sur les bénéficiaires effectifs de la construction juridique aux entités assujetties;
- de fournir des informations sur les bénéficiaires effectifs de la construction juridique dans le registre central concernant les bénéficiaires effectifs mis en place par le pays dans lequel est établi ou réside le fiduciaire/trustee, ou le pays dans lequel la construction juridique noue une relation d'affaires ou acquiert un bien immobilier lorsque le lieu d'établissement ou de résidence du fiduciaire/trustee est situé en dehors de l'Union; et
- d'apporter la preuve de l'enregistrement dans le registre central ou un extrait lorsqu'ils souhaitent nouer une relation d'affaires dans un autre État membre².

La directive anti-blanchiment impose également aux États membres de prévoir des sanctions ou des mesures effectives, proportionnées et dissuasives en cas d'infraction aux obligations précitées.

Compte tenu de la variété de fiducies/trusts et de constructions juridiques existant dans l'Union européenne, l'article 31, paragraphe 10, de la directive anti-blanchiment dispose que les États membres identifient les constructions juridiques qui présentent une structure ou des fonctions similaires à celles des fiducies/trusts et communiquent à la Commission les

¹ Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (JO L 141 du 5.6.2015, p. 73), telle qu'elle a été modifiée par la directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 (JO L 156 du 19.6.2018, p. 43).

² L'article 30 de la directive anti-blanchiment contient des dispositions similaires en matière de transparence des bénéficiaires effectifs d'entités juridiques.

catégories, les caractéristiques, la dénomination et, le cas échéant, la base juridique de ces constructions. La Commission est tenue de publier ces notifications au *Journal officiel de l'Union européenne*.

En vertu de l'article 31, paragraphe 10, de la directive anti-blanchiment, la Commission est également tenue d'évaluer si les États membres ont dûment identifié et soumis aux obligations énoncées dans la directive les fiducies/trusts et les constructions juridiques similaires régis par leur droit. Elle s'acquiesce de cette obligation en publiant le présent rapport; celui-ci est fondé sur les notifications des États membres, sur leurs contributions orales et écrites apportées par le canal du groupe d'expert sur la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, sur les analyses réalisées par le Groupe d'action financière (GAFI) et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), ainsi que sur des recherches universitaires.

II. Notifications des États membres

Une première liste de notifications d'États membres a été publiée le 24 octobre 2019³ et a fait l'objet de deux révisions; la liste la plus récente a été publiée le 27 avril 2020⁴. C'est sur cette troisième liste qu'est fondée l'analyse contenue dans le présent rapport.

Seize États membres⁵ ont indiqué qu'aucune fiducie/aucun trust ou construction juridique similaire n'était régie par leur droit⁶.

Les autres États membres ont notifié des fiducies/trusts ou des constructions juridiques similaires régis par leur droit:

- trois États membres⁷ et le Royaume-Uni ont notifié que les fiducies/trusts étaient régis par leurs systèmes juridiques, et trois autres⁸ ont notifié que les fiducies/trusts étaient reconnus sur leur territoire sur la base des dispositions de la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance⁹;
- sept États membres¹⁰ ont notifié des constructions similaires régies par leur droit national;
- deux États membres¹¹ ont notifié des constructions juridiques qui ne sont pas expressément régies par leur droit national, mais qui respectent le principe général de l'autonomie des parties contractantes et sont limitées par la jurisprudence et la

³ JO 2019/C 360/05, p. 28.

⁴ JO 2020/C 136/05, p. 5.

⁵ Autriche, Belgique, Bulgarie, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, Grèce, Lettonie, Lituanie, Pologne, Portugal, Slovaquie, Slovénie et Suède.

⁶ Bien que le Portugal soit également concerné, une disposition particulière du droit portugais reconnaît les fiducies/trusts étrangers et autorise ceux-ci à exercer des activités professionnelles, mais exclusivement dans la zone franche de Madère (décret-loi n° 352-A/88, modifié par le décret-loi n° 264/90).

⁷ Chypre, Irlande, Malte.

⁸ L'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas ont notifié avoir ratifié la convention de La Haye. Note: Chypre, Malte et le Royaume-Uni ont également ratifié la convention de La Haye de 1985.

⁹ <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=59>

¹⁰ France, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Roumanie et Tchéquie.

¹¹ Allemagne et Italie.

doctrine. Aux fins de la transposition de l'article 31 de la directive anti-blanchiment, l'Allemagne a explicitement mentionné les constructions juridiques de ce type dans sa loi sur le blanchiment des capitaux.

Ces notifications sont analysées au chapitre suivant.

III. Présentation générale des constructions juridiques

Les règles en matière de LBC/FT ne définissent pas les constructions juridiques en tant que telles, mais citent comme exemple le «common law trust» (fiducie/trust de common law). D'autres constructions peuvent entrer en considération en raison de la similitude de leur structure ou fonction avec celles d'une fiducie/d'un trust. Comme les fiducies/trusts, ces constructions permettent la séparation ou la dissociation du propriétaire légal et du bénéficiaire effectif des actifs. Cela ne revient pas nécessairement à dire que la propriété peut être divisée, cette notion propre à la common law n'étant pas reconnue par le droit civil¹². Généralement, ces constructions juridiques similaires désignent plutôt un mécanisme par lequel les biens sont confiés à une personne qui en détient le titre ou qui les gère dans l'intérêt d'une ou de plusieurs autres personnes ou dans un but déterminé¹³.

Ce chapitre passe en revue les principales caractéristiques des fiducies/trusts et autres grandes constructions qui présentent une structure ou une fonction similaire à celles des fiducies/trusts. Cette liste ne se veut pas exhaustive.

III.1 Fiducies/trusts

Les fiducies/trusts sont des constructions juridiques qui ont vu le jour au sein des pays de common law et par lesquelles un constituant transfère des actifs à un fiduciaire/trustee, qui exerce sur ceux-ci un contrôle au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires désignés par le constituant. Les actifs détenus par la fiducie/le trust constituent un patrimoine distinct de celui du fiduciaire/trustee, tandis que les autres parties (le constituant et le protecteur, par exemple) peuvent également exercer un certain contrôle/une certaine influence sur ceux-ci. La structure complexe des fiducies/trusts rend délicate l'identification des bénéficiaires effectifs et demande des efforts plus importants pour déterminer la véritable nature de la relation¹⁴. Les affaires de blanchiment montrent, à l'analyse, que les risques d'utilisation abusive des fiducies/trusts augmentent lorsque plusieurs participants à la fiducie/au trust correspondent à une seule et même personne physique/morale, ou lorsque les fiducies/trusts sont constitués sur des territoires étrangers.

Les trois États membres précités et le Royaume-Uni ont notifié que les fiducies/trusts sont régis par leur système juridique fondé en tout ou partie sur la common law. L'Irlande et le Royaume-Uni ont mentionné spécifiquement les trusts exprès (*express trusts*), tandis que

¹² Sandor, I., «The legal institution of the trust in the economy and law of Eastern European countries», dans *European Scientific Journal*, avril 2015, édition spéciale 1857 – 7881, p. 139-149.

¹³ Sepp, K., «Legal Arrangements Similar to Trusts in Estonia under the EU's Anti-money-laundering Directive», dans *Juridica International*, 26 (56-65), 2017.

¹⁴ GAFI et Groupe Egmont, *Concealment of Beneficial Ownership*, juillet 2018.

Chypre¹⁵ et Malte¹⁶ ont fait référence aux fiducies/trusts en général. Chypre a également notifié une sous-catégorie de fiducies/trusts, les *international trusts*¹⁷.

Ces quatre pays mettent en avant des fiducies/trusts mis en place par les parties de leur plein gré, ce qui exclut les fiducies/trusts imposés de plein droit ou qui sont le résultat d'un trust exprès avorté; ces derniers sont généralement définis comme des fiducies d'origine législative (*statutory trusts*), constructives (*constructive trusts*) ou réversives (*resulting trusts*). Cela est conforme aux dispositions de la directive anti-blanchiment.

Les fiducies/trusts peuvent toutefois être reconnus également dans d'autres États membres. Par exemple, en dépit du fait que la Lituanie n'ait pas notifié de fiducie/trust ou de construction juridique similaire qui serait reconnue dans son droit national, il ressort de la littérature que le code civil lituanien [Livre quatre (Droit matériel), Partie I (Biens corporels), Chapitre VI (Droit des fiducies/trusts)] introduit la notion de fiducie/trust dans le droit national. En particulier, l'article 4.106 confère au fiduciaire/trustee de nombreux droits sur les actifs, en grande partie comparables aux droits du propriétaire. Dans cette construction, le propriétaire et le fiduciaire/trustee disposent tous deux de droits réels sur les actifs, ce qui en fait une construction très comparable à une fiducie/un trust de common law¹⁸.

Trois autres États membres (l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas) ont notifié que, si les fiducies/trusts n'étaient pas régis par leur droit national, ils étaient néanmoins reconnus dans leur système juridique en vertu des dispositions de la convention de La Haye de 1985, qu'ils ont ratifiée. Alors que la Belgique n'a notifié aucune construction juridique reconnue par son droit, la littérature permet de croire que le pays adopte la même position que les trois États membres précédents puisque la notion de fiducie/trust est intégrée dans son code de droit international privé (chapitre XII). Ces dispositions ne permettent pas de créer des fiducies/trusts en vertu du droit belge, mais bien de reconnaître les fiducies/trusts valablement sur base d'un droit étranger¹⁹.

III.2 Constructions juridiques similaires à des fiducies/trusts identifiés en vertu de la directive anti-blanchiment et notifiées par les États membres

Si les fiducies/trusts de common law ne peuvent être reproduits en tant que tels dans le droit civil, d'autres constructions juridiques présentent avec ceux-ci, de par leur fonction ou leur structure, de grandes similitudes²⁰. Dans ces constructions, la séparation entre propriétaire légal et bénéficiaire effectif n'est pas nécessairement aussi marquée que dans les

¹⁵ Trustee Law (CAP 193).

¹⁶ Trusts and Trustees Act (chapitre 331 du droit maltais).

¹⁷ International Trusts Law [loi n° 69(I)/92, modifiée par la loi n° 20(I)/2012, et loi n° 98(I)/2013].

¹⁸ Sandor, I., «Different Types of Trust from an Ownership Aspect», dans *European Review of Private Law*, 6-2016, p. 1189-1216.

¹⁹ Wautelet, P., «Le nouveau droit international privé belge», dans *Euredia: Revue de droit bancaire et financier*, p. 111-134, 2005.

²⁰ Schmidt, K., «Trust as a Legislative Challenge: Bipolar Relation vs Quasi-Corporate Status? – Basic Trust Models in Legal Practice, Theory, and Legislation», dans *European Review of Private Law* 6, p. 995-1010, 2016.

fiducies/trusts, mais un lien fiduciaire existe néanmoins qui peut être assimilé au lien existant dans une fiducie/un trust.

III.2.a Fiducies

Les *fiducies* comptent parmi les constructions juridiques spécifiquement citées par le GAFI et dans la directive anti-blanchiment comme étant similaires aux fiducies/trusts. Ces constructions juridiques reposent généralement sur un mécanisme qui fait intervenir trois parties, parmi lesquelles un ou plusieurs donneurs d'ordre transfèrent des actifs vers un fiduciaire, au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires identifiés. Ce mécanisme prévoit la dissociation des actifs des actifs personnels du donneur d'ordre. Dans cette construction, le fiduciaire a l'obligation de gérer les actifs conformément aux dispositions de l'accord conclu avec le donneur d'ordre.

Les *fiducies* sont une construction juridique plutôt courante en Europe, surtout dans les pays francophones et latins. Les caractéristiques qui leur sont propres peuvent varier et être adaptées selon l'État membre et le système juridique national en vigueur. Trois États membres ont notifié des constructions de ce type, régies directement par le droit national. C'est le cas des *fiducies* en France (article 2013 du code civil français), des *contrats fiduciaires* au Luxembourg (loi du 27 juillet 2003) et des *fiducia* en Roumanie (articles 773 à 791 du code civil roumain).

Dans d'autres cas, une construction similaire repose sur le principe général de l'autonomie des parties contractantes et est limitée par la jurisprudence et la doctrine. C'est le cas, notamment, du *mandato fiduciario* (mandat fiduciaire) notifié par l'Italie. Bien qu'aucune disposition nationale ne régisse ce type de contrat, son mécanisme correspond habituellement à celui d'une *fiducie* et produit les mêmes effets en ce qui concerne la séparation et le transfert des actifs vers un fiduciaire au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires.

À l'instar du *mandato fiduciario* italien, la *fiducia* espagnole respecte également l'autonomie des parties contractantes énoncée à l'article 1255 du code civil espagnol. En vertu de cette construction, le fiduciaire détient le titre des actifs, ce qui ne veut pas dire que la propriété lui est transférée, mais qu'il peut agir comme un propriétaire vis-à-vis des tiers et qu'il dispose des pleins pouvoirs pour administrer les biens²¹. Cette construction n'a pas été notifiée par l'Espagne, qui considère que ce type de contrat ne saurait être assimilé à une fiducie/un trust, étant donné que la propriété du fiduciaire est purement formelle et qu'il n'y a aucun transfert de biens à proprement parler. La construction confère néanmoins au fiduciaire un titre effectif, mais limité, sur les biens, comparable à celui qui prévaut dans les autres constructions similaires analysées dans le présent rapport. Le plus faible niveau de protection des droits du bénéficiaire comparé à une fiducie/un trust est également comparable à celui des autres constructions similaires analysées ici. En outre, l'absence d'une forme publique de notification de l'existence d'un titre détenu par le fiduciaire donne aux tiers de bonne foi l'impression que ce dernier est le seul propriétaire des actifs.

²¹ Martin, S., «Trusts in American law and some of their substitutes in Spanish law: Part II», dans *Trusts & Trustees*, vol. 13, n° 7, p. 242-251, 2007.

Toutes ces similitudes donnent à penser que la *fiducia* espagnole présente une fonction similaire à celle d'une fiducie/d'un trust, ce qui aurait justifié une notification en vertu de l'article 31, paragraphe 10, de la directive anti-blanchiment. Il importe de souligner qu'il ne s'agit pas d'un cas isolé. Un autre exemple dans lequel la littérature considère que, à moins d'être interdites par la loi, des constructions fondées sur le mot latin *fiducia* sont similaires aux fiducies/trusts nous vient des Pays-Bas, qui n'ont pas notifié non plus cette construction²².

Cette catégorie pourrait être élargie à d'autres constructions juridiques reconnues par le droit national et qui présentent des caractéristiques similaires malgré quelques différences, par exemple dans la nature du lien noué entre les parties. À cet égard, la construction *bizalmi vagyonkezelő* notifiée par la Hongrie (acte V de 2013 relatif au code civil et acte XV de 2014 relatif aux fiduciaires/trustees et aux règles régissant leurs activités) est un exemple intéressant²³. Dans cette construction, le fiduciaire/trustee a le devoir de gérer les biens dont la propriété lui est transférée par le constituant en son nom propre, au profit du bénéficiaire, en échange de quoi le constituant est tenu de s'acquitter d'une redevance.

Le *vincolo di destinazione* notifié par l'Italie (article 2645 *ter* du code civil italien) est un autre exemple: il s'agit d'un mécanisme par lequel un lien se crée entre le propriétaire d'actifs ou de biens immeubles enregistrés dans des registres publics et les biens en question. En vertu de ce lien, les actifs peuvent être gérés et utilisés seulement dans un but déterminé, défini par le propriétaire.

²² van Veen, W. J.M., et Duin, H. M.C., «Dutch Trusts and Trust-Like Arrangements», dans *European Review of Private Law*, 6-2016, p. 973-994, 2016.

²³ Voir Sandor (2016).

III.2.b *Treuhand*

Le terme *Treuhand* désigne une construction juridique explicitement nommée parmi les constructions similaires aux fiducies/trusts cités dans les normes du GAFI et dans la directive anti-blanchiment. Il s'agit d'une construction juridique sans aucune personnalité juridique, inspirée du principe de l'autonomie des parties contractantes propre aux systèmes juridiques allemand et autrichien. Selon ce mécanisme, une personne (*Treugeber*) transfère certains actifs ou droits de propriété à une autre (*Treuhänder*), laquelle est autorisée à gérer ces actifs conformément au contrat passé entre les deux parties. Une telle relation contractuelle peut remplir différentes fonctions. Le plus souvent, comme le reconnaît également l'OCDE²⁴, elle fait office de convention d'entiercement, ce qui donne à penser que ces types de *Treuhand* ne devraient pas être assimilés aux fiducies/trusts.

Néanmoins, le *Treuhand* laisse suffisamment de marge de manœuvre pour être organisé de manière à remplir une fonction similaire à celle d'une fiducie/d'un trust. C'est le cas, par exemple, d'un *Treuhand* utilisé pour transférer et gérer les actions d'une société²⁵. L'OCDE²⁶ a confirmé l'intérêt de ce type de *Treuhand* dans le cadre de la LBC/FT et a fait observer que cette construction devait être soumise à des obligations en matière de transparence des bénéficiaires effectifs.

Aucun État membre n'a notifié de *Treuhand*. Les États membres ont souligné l'absence de comparabilité entre un *Treuhand* et une fiducie/un trust, notamment du fait que le *Treuhänder* ne peut dissocier les actifs de son propre patrimoine et que ces constructions font plus souvent office de relation d'entiercement.

Il ressort de la littérature que le *Treuhand* présente des caractéristiques similaires à celles des fiducies/trusts, malgré certaines différences structurelles dues au fait que le *Treuhand* trouve son origine dans le droit civil. Le recours fréquent au *Treuhand* en tant que relation d'entiercement est également attesté. Pour autant, comme nous l'avons vu précédemment, cela ne semble pas être la seule fonction d'un *Treuhand*, lequel peut également servir de mécanisme de gestion de patrimoine privé, par exemple²⁷. Toutes ces informations, outre le fait que l'Autriche et l'Allemagne ont toutes deux imposé l'obligation pour un *Treuhand* détenant les actifs d'une société de déclarer les bénéficiaires effectifs, donnent à penser que les *Treuhänder* devraient être considérés comme étant des constructions juridiques similaires à des fiducies/trusts.

III.2.c *Fideicomiso*

²⁴ OCDE – Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales – Rapport d'examen par les pairs sur l'échange de renseignements à la demande – Autriche 2018.

²⁵ Dans ces cas-là, tant l'Autriche que l'Allemagne ont prévu dans leur droit national des dispositions relatives à la divulgation des parties au *Treuhand*. Par exemple, le registre autrichien concernant les bénéficiaires effectifs d'entités juridiques contient des informations sur les *Treugeber* et les *Treuhänder* lorsque le *Treuhand* détient plus de 25 % d'une entité juridique.

²⁶ OCDE – Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales – Rapport d'examen par les pairs sur l'échange de renseignements à la demande – Autriche et Allemagne 2018.

²⁷ Voir Schmidt (2016).

Le terme *fideicomiso* désigne une construction juridique explicitement nommée parmi les constructions similaires aux fiducies/trusts citées dans les normes du GAFI et dans la directive anti-blanchiment. Cette construction est très courante en Amérique latine, où elle équivaut à une fiducie/un trust de common law entre vifs. Compte tenu de sa particularité géographique, cette construction ne présente aucun intérêt pour l'Union européenne.

D'autres constructions juridiques dans l'Union ont la même origine latine (*fideicommissum*) que le *fideicomiso* (à savoir, *fideicommissis*, *fedecommissio*, *familienfideikommiss*). Dans la plupart des cas, ces constructions ont été abolies ou permettent uniquement aux tuteurs légaux de gérer les actifs d'un mineur ou d'une personne atteinte de troubles du développement. La littérature²⁸ reconnaît que ces constructions, dans lesquelles un testateur désigne un tuteur pour gérer certains actifs au profit d'un bénéficiaire, présentent des similitudes structurelles avec les fiducies/trusts de common law. Pour cette raison, elles devraient relever du champ d'application de l'article 31. Pourtant, aucune de ces constructions n'a été notifiée par les États membres.

D'autre part, dans le cas d'une substitution fidéicommissaire ou de constructions telles que le fidéicommiss de residuo, le destinataire des actifs en est le seul propriétaire et les actifs (ou ce qu'il en reste) ne sont transférés à un bénéficiaire qu'au décès du premier. Dans ces cas, le gestionnaire des actifs peut jouir pleinement de leur propriété, sans les limites qui caractérisent habituellement un accord fiduciaire. Ainsi, une telle construction s'écarte à la fois de la structure et de la fonction d'une fiducie/d'un trust, à savoir dissocier la propriété de certains actifs, ou leur gestion, du bénéficiaire effectif. Qu'un autre bénéficiaire obtienne (éventuellement) la propriété des actifs restants n'a aucun effet sur la construction, car elle ne devient effective qu'au décès du premier bénéficiaire. Par conséquent, comme l'ont fait observer plusieurs États membres, ces constructions ne doivent pas être considérées comme étant similaires à des fiducies/trusts.

III.2.d Svěřenský fond

La République tchèque a notifié un *svěřenský fond* (articles 1448 et suivants du code civil tchèque). Il s'agit d'une construction juridique sui generis qui n'a aucun équivalent dans les autres États membres. Dans cette construction, ni le constituant ni le fiduciaire/trustee n'ont la propriété des actifs. Ces actifs deviennent des biens sans propriétaire et seront gérés par le fiduciaire/trustee au profit des bénéficiaires. En dépit de ces particularités, cette construction remplit la même fonction qu'une fiducie/un trust de common law, à savoir dissocier propriétaire légal et bénéficiaire effectif²⁹.

III.2.e Fonds

L'Union européenne n'impose aucune règle normative quant à la structure juridique que les fonds d'investissement peuvent avoir. Par conséquent, les fonds d'investissement peuvent prendre la forme de sociétés d'investissement, de fiducies/trusts ou de constructions

²⁸ Honoré, T., «On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions», *University of Oxford Legal Research Paper Series*, Paper No 27/2008, 2008.

²⁹ Voir Sandor (2016).

juridiques similaires. Les fonds d'investissement partagent des similitudes fonctionnelles avec les fiducies/trusts en ce que, dans ces constructions, les investisseurs renoncent à leur droit de décision qui est alors exercé par un professionnel qualifié³⁰. Un État membre a notifié des fonds relevant de cette catégorie: les Pays-Bas, qui ont signalé le «*fonds voor gemene rekening* (article 2 de la loi sur l'impôt des sociétés de 1969), un type particulier de fonds à capital fermé.

D'autres États membres ont leur propre conception des fonds d'investissement. Le Luxembourg, par exemple, impose aux *fonds communs de placement* et aux *sociétés d'investissement à capital variable* de déclarer les bénéficiaires effectifs en vertu de l'article 30 de la directive anti-blanchiment. Les informations disponibles montrent qu'il n'existe pas de conception commune des fonds (fonds de pension inclus) et que la manière de traiter ces fonds qui prennent une forme contractuelle pose encore question.

III.2.f Fondations

Les fondations sont l'équivalent, en droit civil, d'une fiducie/d'un trust de common law, car elles peuvent viser des buts similaires³¹. La directive anti-blanchiment tient compte de cette équivalence et impose aux fondations les mêmes exigences en matière de bénéficiaires effectifs qu'aux fiducies/trusts et constructions juridiques similaires. Pourtant, les fondations sont dotées de la personnalité juridique et, à ce titre, elles ne sauraient appartenir à la catégorie des constructions juridiques similaires aux fiducies/trusts. Seule une notification de fondations dotées de la personnalité juridique a été transmise et retirée depuis.

L'Allemagne a notifié les *nichtrechtsfähige Stiftungen*, un type de fondation sans personnalité juridique, à condition que celle-ci ait pour objet de servir les intérêts du fondateur, et «d'autres structures juridiques qui correspondent, par leur structure et leur fonction, à de telles fondations». Selon l'analyse de l'OCDE, les *nichtrechtsfähige Stiftungen* peuvent être assimilées à la *Treuhand*, indépendamment de leur objet. Cela justifie la notification de cette construction, même si les informations disponibles ne permettent pas de justifier qu'elle soit limitée aux cas dans lesquels la fondation sert les intérêts du fondateur uniquement. La notification «d'autres structures juridiques qui correspondent, par leur structure et leur fonction, à de telles fondations» paraît trop vague pour remplir l'objectif de la directive anti-blanchiment³², à savoir garantir la sécurité juridique et des conditions identiques pour tous, en indiquant clairement quelles constructions juridiques établies dans l'Union devraient être considérées comme étant similaires à des fiducies/trusts.

III.3 Autres constructions juridiques

La littérature cite également des constructions juridiques qui peuvent être considérées comme étant similaires aux fiducies/trusts du fait de leur structure, comme la tutelle, la curatelle et

³⁰ Kulms, R., «Trusts as Vehicles for Investment», dans *European Review of Private Law*, 6-2016, p. 1091-1118, 2016.

³¹ GAFI, *The misuse of corporate vehicles, including trust and company service providers*, octobre 2006.

³² Considérant 29 de la directive (UE) 2018/843.

l'administration successorale de patrimoine. Néanmoins, ces constructions n'ont pas été notifiées par les États membres.

D'autre part, ainsi que le constate le GAFI, plusieurs autres constructions peuvent servir à dissimuler la relation entre le bénéficiaire effectif et les actifs³³, mais ne peuvent être considérées comme étant similaires aux fiducies/trusts pour ce qui est de leur structure et de leur fonction. On peut citer à titre d'exemple:

- les *life insurance contracts* (contrats d'assurance vie), qui remplissent une fonction similaire à celle d'une fiducie/un trust³⁴. Toutefois, la directive anti-blanchiment contient déjà des dispositions propres à ces produits, de même que la directive «Solvabilité II»³⁵, et ces contrats devraient dès lors être traités séparément;
- les *escrow agreements* (conventions d'entiercement), qui visent à fixer les détails d'une procédure de transfert d'actifs. L'agent d'entiercement intervient en tant que garant pour les deux parties à l'opération dont il n'est pas lui-même partie;
- les *nominees* (mandataires), qui agissent conformément aux instructions reçues pour certains actifs au nom d'un bénéficiaire effectif. Le transfert des actifs nécessite une fiducie/un trust, une construction juridique similaire ou un contrat de droit civil pour encadrer la relation avec le mandataire;
- pour les autres constructions, comme les *silent partnerships* (participations tacites), les informations disponibles ne permettent pas de conclure s'il y a lieu de les considérer comme étant similaires aux fiducies/trusts.

IV. Soumission des constructions juridiques aux obligations énoncées dans la directive anti-blanchiment

L'article 31 de la directive anti-blanchiment dispose que les fiduciaires/trustees ou les personnes occupant des positions équivalentes dans des constructions juridiques similaires soient soumis à un ensemble d'obligations relatives à la conservation et à la présentation des informations sur les bénéficiaires effectifs. En ce qui concerne le contrôle du respect de ces obligations, le bilan des notifications des États membres donne une image fragmentée qui reflète la complexité de la tâche d'identification et de classement des constructions juridiques en cause.

La synthèse qui suit repose sur des informations recueillies auprès des États membres avant l'expiration du délai de transposition de la 5^e directive anti-blanchiment³⁶, ou peu de temps après. Ces contributions n'incluaient pas toujours les dispositions juridiques applicables et ne permettent pas de déterminer si les États membres ont correctement transposé les dispositions de l'article 31 de la directive anti-blanchiment. Tout manquement de la part d'un État

³³ GAFI et Groupe Egmont, *Concealment of Beneficial Ownership*, juillet 2018.

³⁴ Ibid.

³⁵ Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JO L 335 du 17.12.2009, p. 1).

³⁶ Directive (UE) 2018/843 (voir note de bas de page 1).

membre à l'obligation de les transposer correctement sera traité selon la procédure appropriée.

Les États membres qui ont notifié que les fiducies/trusts ou des constructions juridiques similaires étaient régis par leur droit ont généralement adopté une législation qui impose à ces structures d'obtenir et de conserver des informations suffisantes sur les bénéficiaires effectifs. Dans quelques États membres, cette législation n'est pas encore entrée en vigueur. Ces obligations incombent généralement au fiduciaire/trustee et, dans certains cas, il est précisé que les informations doivent inclure l'identité des participants à la fiducie/au trust, conformément à l'article 31 de la directive. La plupart des États membres cités plus haut appliquent les mêmes obligations à d'autres constructions juridiques similaires aux fiducies/trusts. Dans certains cas, ces constructions sont clairement énoncées (par exemple, les *fiducies*).

En ce qui concerne les États membres qui ont déclaré qu'aucune fiducie/aucun trust ou aucune construction juridique similaire n'était régie par leur système juridique, la plupart ont adopté une législation qui impose aux fiducies/trusts et aux constructions juridiques similaires étrangères d'obtenir et de communiquer des informations suffisantes sur les bénéficiaires effectifs. Dans l'ensemble, l'étendue et l'ambiguïté des notifications trahissent les difficultés que représente l'analyse des différents types de constructions juridiques concernées. Dans certains cas, les informations relatives aux obligations imposées aux fiducies/trusts étrangers sont vagues, imprécises (elles font référence à des personnes morales) ou manquantes.

Quant aux sanctions et autres mesures dissuasives signalées en cas de manquement à l'obligation d'obtenir et de conserver des informations suffisantes sur les bénéficiaires effectifs, les informations transmises par les États membres renvoient une image fragmentée. Dans l'ensemble, les États membres qui imposent aux fiducies/trusts et aux constructions juridiques similaires d'obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs appliquent des sanctions pécuniaires de nature administrative (des montants forfaitaires ou des amendes calculées par jour, par exemple). Les montants varient considérablement (de quelques milliers d'euros à un million ou plus) et peuvent être fixés ou augmentés selon différents paramètres. Une minorité d'États membres ont également fait état de sanctions d'ordre pénal, dont l'emprisonnement, bien qu'il soit difficile de savoir si les informations fournies font référence aux exigences en matière d'enregistrement imposées aux entreprises en général ou à la communication d'informations sur les bénéficiaires effectifs. Les mêmes considérations s'appliquent aux mesures telles que l'interdiction d'exercer des activités ou la suppression du registre des sociétés. Dans quelques rares cas, le manquement aux règles nationales en matière de transparence et aux obligations d'enregistrement entraîne la nullité des constructions.

Les États membres qui ont adopté des règles imposant aux fiducies/trusts et aux constructions juridiques similaires d'obtenir et de conserver des informations sur les bénéficiaires effectifs ont également obligé les fiducies/trusts et constructions juridiques similaires à divulguer ces informations aux entités assujetties. La manière de procéder des États membres semble toutefois fragmentée. Plusieurs États membres ont indiqué avoir une législation nationale en

accord avec les dispositions de l'article 31 de la directive anti-blanchiment. Dans certains cas, les États membres ont simplement signalé que les fiducies/trusts tenus de fournir des informations sur les bénéficiaires effectifs étaient ceux qui se lançaient dans une activité professionnelle dans l'État concerné, sans égard à la question de la résidence du fiduciaire/trustee, qui reste donc ambiguë. Enfin, dans d'autres cas, les États membres ont fourni des informations générales ou imprécises qui ne concernaient pas la situation particulière des fiducies/trusts ou des constructions similaires.

La majorité des États membres n'ont pas fourni suffisamment d'informations pour donner une idée claire de la situation en ce qui concerne l'obligation pour les fiducies/trusts qui résident dans un autre État membre de fournir la preuve de l'enregistrement lorsqu'ils exercent leurs activités sur leur territoire. Dans plusieurs cas, soit les contributions apportées à ce sujet étaient trop générales (faisant référence, par exemple, à l'interconnexion des registres centraux nationaux concernant les bénéficiaires effectifs, prévue pour mars 2021), ambiguës, manquantes, soit la législation pertinente n'était pas encore entrée en vigueur.

V. Conclusions

Dans le milieu de la LBC/FT au niveau international, aucune analyse concluante ne permet de savoir à quoi correspond une construction juridique similaire à une fiducie/un trust. Le présent rapport est une première ébauche européenne d'analyse des constructions juridiques qui pourraient être considérées comme étant similaires à une fiducie/un trust de common law dans le droit et la coutume des États membres, fondée sur les contributions de ces derniers et sur les analyses menées dans les milieux universitaires.

L'analyse montre que de nombreuses constructions présentent des similitudes avec une fiducie/un trust de common law, conformément aux conditions énoncées à l'article 31 de la directive anti-blanchiment. Les constructions juridiques telles que le *Treuhand* ou la *fiducie* peuvent être considérées comme étant similaires aux fiducies/trusts du fait de leur fonction, tandis que d'autres constructions telles que la tutelle, la curatelle et l'administration successorale de patrimoine peuvent être considérées comme leur étant similaires du fait de leur structure.

Les notifications des États membres au titre de l'article 31, paragraphe 10, de la directive anti-blanchiment n'ont pas couvert toutes les constructions précitées, ce qui témoigne de l'absence d'une conception commune de ce qui définit la similitude avec la fiducie/le trust de common law. Ces notifications ne sont dès lors qu'une première ébauche d'identification des constructions juridiques similaires aux fiducies/trusts qui sont régis par le droit des États membres.

Parallèlement, ce manque de cohésion dans la façon d'identifier les constructions similaires aux fiducies/trusts ne garantit pas la sécurité juridique ni des conditions identiques pour tous et pourrait ouvrir des brèches par lesquelles des constructions peu connues serviraient au

blanchiment de capitaux, comme cela a été le cas avec des entités juridiques³⁷. Pour s'attaquer à ce problème, la Commission envisagera la possibilité de mettre en place un groupe de travail informel composé de chercheurs, de professionnels du terrain, des cellules de renseignement financier et des autorités compétentes, dont la mission consistera à définir des critères communs objectifs et cohérents pour identifier les constructions juridiques concernées régies par le droit. Ce groupe pourrait publier un document technique à l'issue de ses travaux.

En outre, une analyse préliminaire des obligations imposées à ces constructions juridiques par les États membres montre que l'objectif visant à mettre en place un cadre cohérent de contrôle et d'enregistrement n'a peut-être pas encore été atteint.

Parallèlement, l'analyse montre que, dans le domaine des fonds, la transparence des informations relatives aux bénéficiaires effectifs varie d'un État membre à l'autre en fonction de la forme juridique. Cette situation est une source d'inégalité en ce qui concerne le niveau de transparence, qui mériterait d'être corrigée grâce à l'adoption de règles communes propres aux fonds, à l'instar de ce que la directive anti-blanchiment fait déjà pour les fondations.

³⁷ <https://www.globalwitness.org/en/blog/three-ways-uks-register-real-owners-companies-already-proving-its-worth/>.