

Au-delà des apparences

L'UTILISATION DES ENTITÉS
JURIDIQUES A DES FINS
ILLICITES



© OCDE, 2002.

© Logiciel, 1987-1996, Acrobat, marque déposée d'ADOBE.

Tous droits du producteur et du propriétaire de ce produit sont réservés. L'OCDE autorise la reproduction d'un seul exemplaire de ce programme pour usage personnel et non commercial uniquement. Sauf autorisation, la duplication, la location, le prêt, l'utilisation de ce produit pour exécution publique sont interdits. Ce programme, les données y afférentes et d'autres éléments doivent donc être traités comme toute autre documentation sur laquelle s'exerce la protection par le droit d'auteur.

Les demandes sont à adresser au :

Chef du Service des Publications,
Service des Publications de l'OCDE,
2, rue André-Pascal,
75775 Paris Cedex 16, France.

Au-delà des apparences

L'UTILISATION DES ENTITÉS
JURIDIQUES A DES FINS ILLICITES



ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1^{er} de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays Membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus Membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

Also available in English under the title:

Behind the Corporate Veil

USING CORPORATE ENTITIES FOR ILLICIT PURPOSES

© OCDE 2002

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, tél. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : www.copyright.com. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

Avant-propos

Pratiquement tous les délits économiques impliquent l'utilisation abusive d'entités juridiques : les blanchisseurs d'argent passent par des secteurs d'activité dominés par les paiements en espèces et par d'autres moyens juridiques pour dissimuler la source de leurs gains illicites, les corrupteurs et les corrompus effectuent leurs transactions illicites par l'intermédiaire de comptes bancaires ouverts au nom de sociétés et de fondations, et les particuliers dissimulent ou protègent leur patrimoine par le truchement de fiducies et de sociétés de personnes pour le mettre hors de portée des autorités fiscales et autres créanciers, pour ne citer que quelques exemples.

Ces dernières années, le problème de l'utilisation abusive des entités juridiques à des fins illicites a suscité l'attention grandissante des décideurs publics et autres responsables. Il est reconnu que ces entités ont énormément contribué à la prospérité croissante des économies de marché, mais dans le même temps on craint de plus en plus que ces entités ne soient utilisées à des fins illicites, notamment le blanchiment d'argent, la corruption, la dissimulation d'actifs au détriment des créanciers, les pratiques fiscales illicites, la fraude sur les marchés financiers et bien d'autres actes illicites. Plus inquiétant peut-être, l'utilisation abusive des entités juridiques risque de compromettre la stabilité financière en menaçant l'intégrité des marchés.

Devant ces inquiétudes, en mai 2000, le Forum de stabilité financière a demandé à l'OCDE d'entreprendre la rédaction d'un rapport sur l'élaboration de mécanismes visant à rendre les véhicules juridiques moins vulnérables à une utilisation abusive à des fins illicites. En particulier, le Forum a souligné la nécessité de faire en sorte que les autorités de chaque juridiction soient à même d'obtenir et d'échanger des renseignements sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques établis dans leur juridiction. Le présent rapport répond à cette demande.

Le Groupe de direction de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise a pris en charge le projet, et a formé un groupe *ad hoc* d'experts pour guider le Secrétariat de l'OCDE au cours du processus de rédaction. Une fois achevé et adopté par le Groupe de direction, le « Rapport sur l'utilisation abusive des véhicules

juridiques à des fins illicites » a été soumis aux ministres des pays de l'OCDE, aux ministres des Finances du G7 et au Forum de stabilité financière. Lors de leur réunion annuelle en mai 2001, les ministres des pays de l'OCDE ont salué le rapport, ajoutant qu'il contribuera aux efforts déployés pour lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent. Dans le contexte de leurs efforts constants pour combattre les pratiques abusives à l'encontre du système financier mondial, en juillet 2001 les ministres des Finances du G7 se sont eux aussi félicités de ce rapport et ont reconnu qu'il pouvait favoriser la lutte contre le blanchiment de capitaux.

A l'OCDE même, ce rapport est utilisé dans le cadre de nos efforts pour nous attaquer aux pratiques fiscales dommageables et combattre la corruption. De plus, il devrait aider le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux dans le réexamen de ses Quarante recommandations, notamment pour les questions touchant l'utilisation abusive des entités juridiques aux fins de blanchiment d'argent. L'OCDE espère que d'autres instances nationales et internationales engagées dans des tentatives similaires, ainsi que les décideurs publics et d'autres autorités qui envisagent des mesures pour empêcher toute utilisation abusive des entités juridiques, se serviront également de ce rapport au cours de leurs travaux.

Je tiens à exprimer mes remerciements aux membres du Groupe d'experts et aux agents du Secrétariat de l'OCDE qui ont consacré de longues heures à la rédaction de ce rapport. Leur ténacité et leur dévouement ont permis de mener à bien le projet dans des délais très courts.

Ce rapport est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.



Donald J. Johnston
Secrétaire général

Table des matières

Synthèse	7
Introduction	13
Partie I. L'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites : ampleur et moyens mis en œuvre	25
Partie II. Obtention et échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques	49
Partie III. Menu d'options pour l'obtention et l'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques	89
Annexe I. Études de cas	105
Annexe II. G-7 Finance Ministers Principles on International Cooperation and Information Sharing (Principes adoptés par les ministres des Finances du G7 sur la coopération internationale et l'échange d'information)	116

Synthèse

Les véhicules juridiques sont des entités juridiques permettant d'exécuter un grand nombre d'activités commerciales et de détenir un large éventail d'actifs. Ils sont le fondement de la plupart des activités commerciales et entrepreneuriales dans les économies de marché et ont énormément contribué à la prospérité générale et à la mondialisation au cours des cinquante dernières années. Aujourd'hui, la circulation rapide des capitaux privés, des idées, des technologies, des biens et des services fait intervenir des véhicules juridiques pratiquement à tous les niveaux. Tout en jouant un rôle essentiel dans le système économique mondial, ces véhicules peuvent, dans certaines circonstances, être utilisés abusivement à des fins illicites, dont le blanchiment d'argent, la corruption, la dissimulation d'actifs au détriment de créanciers, les pratiques fiscales illicites, les opérations irrégulières pour compte propre, l'appropriation frauduleuse ou le détournement de biens, la fraude sur les marchés financiers et le contournement des obligations de publicité, et bien d'autres actes illicites.

En mai 2000, le Groupe de travail sur les centres financiers offshore du Forum de stabilité financière a demandé à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) d'étudier la mise au point de mécanismes destinés à empêcher l'utilisation abusive des véhicules juridiques en faisant en sorte que les autorités de surveillance et les autorités chargées de l'application des lois (« les autorités ») puissent obtenir en temps utile les renseignements nécessaires sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques et échanger ces renseignements avec les autorités étrangères. Suite à cette demande, le Groupe de direction de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise a décidé de rédiger un rapport sur l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites (le « rapport »). Lors de leur réunion annuelle de juin 2000, les ministres des pays Membres de l'OCDE ont noté que l'OCDE réaliserait des travaux analytiques sur « l'abus des structures sociétaires » (aujourd'hui appelées « *véhicules juridiques* »). Lors de leur réunion de juillet 2000, qui s'est tenue au Japon, les ministres des Finances du G7 se sont félicités de ces travaux à venir.

Ce rapport est consacré à l'utilisation abusive d'une série de « *véhicules juridiques* », dont les sociétés de capitaux, les fiducies (trusts), les fondations et les

sociétés de personnes à régime de responsabilité limitée. Il ne prend pas en compte les véhicules juridiques exerçant des activités dans les services financiers, ni ceux faisant publiquement appel à l'épargne ou cotés en bourse.

Ce rapport concerne toutes les juridictions, aussi bien onshore qu'offshore, mais il est plus particulièrement axé sur les centres financiers offshore (CFO) pour trois raisons. Premièrement, certaines juridictions offshore font bénéficier leurs véhicules juridiques d'un régime de secret trop extensif et créent un environnement propice à l'utilisation abusive de ces véhicules juridiques à des fins illicites. Deuxièmement, les sociétés écrans représentent une forte proportion des véhicules juridiques établis dans certains CFO. De par leurs fonctions, les sociétés écrans présentent un risque aggravé d'utilisation abusive à des fins illicites. Troisièmement, un certain nombre de juridictions offshore ont mis en place des dispositifs spécifiques, sophistiqués et fiables d'obtention et d'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques et/ou déploient de sérieux efforts pour renforcer leur réglementation, leur dispositif de surveillance et leur système juridique afin de lutter contre l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites. Les régimes en place dans ces CFO peuvent servir utilement de modèle pour les autres juridictions qui veulent améliorer le fonctionnement et la transparence de leur réglementation, de leur dispositif de surveillance et de leur système juridique et/ou renforcer les mécanismes permettant d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques.

Fondamentalement, toute juridiction qui offre certains mécanismes permettant aux personnes physiques de dissimuler leur identité derrière un véhicule juridique, tout en limitant de façon excessive les possibilités qu'ont les autorités d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle de ces véhicules juridiques à des fins de réglementation, de surveillance et d'application des lois rend ces véhicules juridiques plus vulnérables à une utilisation abusive. Dans certaines juridictions, il est possible d'utiliser des instruments qui permettent de dissimuler les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, sans mise en place de mécanismes efficaces grâce auxquels les autorités pourraient identifier les bénéficiaires effectifs et les personnes exerçant le contrôle véritable en cas de suspicion d'activité illicite ou dans l'exercice de missions de réglementation ou de surveillance. Ces instruments de dissimulation sont notamment les actions au porteur, les actionnaires mandataires, les administrateurs mandataires, les « sociétés administrateurs », les clauses dites « de migration » et les lettres de souhaits. Certaines de ces juridictions protègent en outre l'anonymat grâce à un régime strict de secret bancaire et de secret d'affaires interdisant aux services d'enregistrement des sociétés, aux institutions financières, aux avocats et aux comptables, entre autres, sous peine de sanctions civiles et pénales, de divulguer aux autorités de réglementation, de surveillance

et d'application des lois toute information concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Ces juridictions devraient examiner soigneusement si les avantages de ces pratiques l'emportent sur leurs inconvénients ou s'il ne faudrait pas autoriser ces pratiques sous certaines conditions et dans des circonstances particulières et limitées.

Pour prévenir et combattre efficacement l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites, il est indispensable que toutes les juridictions mettent en place des dispositifs qui permettent à leurs autorités d'obtenir en temps utile des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques constitués sur leur territoire, pour les enquêtes sur des activités illégales, l'exécution des missions de réglementation et de surveillance et d'échanger ces informations avec d'autres autorités, sur le plan interne ou international. Au préalable, il faut se fixer trois objectifs fondamentaux (« objectifs fondamentaux ») : 1) les autorités doivent conserver ou pouvoir obtenir les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, 2) il est nécessaire d'assurer une supervision adéquate et une stricte intégrité du système d'obtention et de conservation de ces informations, 3) dans le respect des principes juridiques fondamentaux de chaque juridiction, il doit être possible aux autorités de réglementation, de surveillance et d'application des lois, dans le cadre de leurs fonctions ou d'une investigation sur des activités illicites, d'échanger, sur le plan interne ou international, des informations non publiques sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. En outre, il est souhaitable que, dans chaque juridiction, on examine les moyens de rendre accessibles les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques aux agents que le pouvoir exécutif ou le pouvoir judiciaire ont investis des prérogatives nécessaires (par exemple, les syndicats ou administrateurs de faillite) ainsi qu'aux institutions financières recherchant des informations pour remplir leur obligation d'identification de leurs clients et de diligence raisonnable en vertu des législations contre le blanchiment d'argent.

Les mécanismes pour l'obtention des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques relèvent de trois grandes catégories. Ils peuvent s'appuyer essentiellement sur 1) la déclaration préalable aux autorités, 2) les intermédiaires (agents intervenant dans la création d'une société, sociétés fiduciaires, agents agréés, avocats, notaires, fiduciaires, sociétés mettant à disposition des services d'actionnaires, administrateurs et dirigeants mandataires) qui participent à la création et à la gestion des véhicules juridiques (« fournisseurs de services aux sociétés ») pour conserver les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques (option dite « des intermédiaires ») et 3) les mécanismes d'enquête et d'investigation. Dès lors qu'elle adhère pleinement aux objectifs fondamentaux évoqués ci-dessus, chaque juridiction, en fonc-

tion de ses spécificités, de son système juridique et de ses pratiques, peut moduler et/ou combiner ces trois options.

Si l'on opte pour la déclaration préalable, cela veut dire qu'il faudra donner largement aux autorités, au stade de la constitution, les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques et que ces informations devront obligatoirement être mises à jour en cas de modification. Avec l'option des intermédiaires, c'est aux fournisseurs de services aux sociétés qu'il incombe d'obtenir, de vérifier et de conserver les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques qu'ils créent ou administrent, ou pour lesquels ils fournissent des services fiduciaires ; ces informations devront être accessibles aux autorités dans le cadre de leurs investigations sur des activités illicites et dans le cadre de l'exécution de leurs missions de réglementation ou de surveillance. L'option des mécanismes d'enquête et d'investigation signifie que, lorsqu'il s'agit d'identifier les bénéficiaires effectifs, les autorités s'appuient essentiellement sur la coercition, les mandats de justice et d'autres mesures pour lever le voile du véhicule juridique en cas de suspicion d'activité illicite. Quelle que soit l'option retenue, il est indispensable que les autorités de chaque juridiction puissent échanger les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques avec d'autres autorités, au niveau interne ou international, dans le respect des principes juridiques fondamentaux de chaque juridiction.

Plusieurs options existent pour obtenir les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle de véhicules juridiques, mais toutes ne conviennent pas à toutes les juridictions. Un recours privilégié à la déclaration préalable convient aux juridictions qui ont 1) des mécanismes d'investigation et d'enquête généralement faibles, 2) une forte proportion de véhicules juridiques détenus par des non-résidents (en particulier des personnes physiques ou des sociétés écrans), 3) une forte proportion de sociétés écrans ou de sociétés holdings et 4) des instruments favorisant l'anonymat. Un recours privilégié à la solution des intermédiaires convient aux juridictions qui ont 1) des mécanismes adéquats d'investigation et d'enquête pour s'assurer efficacement du respect, par les fournisseurs de services aux sociétés, de leur obligation d'obtention des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, et 2) un nombre suffisant de fournisseurs de services aux sociétés disposant de l'expérience et des ressources nécessaires pour recueillir et conserver ces informations. Enfin, le recours privilégié aux mécanismes d'investigation et d'enquête convient dans les juridictions 1) dont les autorités sont dotées de solides pouvoirs de coercition et de moyens efficaces pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, 2) qui font preuve de fiabilité en matière d'application des lois, 3) dont le système judiciaire fonctionne efficacement et 4) dans lesquelles, probablement, les informations nécessaires sur les bénéficiai-

res effectifs et le contrôle des véhicules juridiques sont disponibles sur le plan interne.

Les options envisageables pour obtenir les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques étant dans une large mesure complémentaires, les juridictions qui s'appuient essentiellement sur l'une d'entre elles peuvent, en fonction de leur situation spécifique, juger hautement souhaitable et utile de la compléter par d'autres options.

En ce qui concerne l'échange d'informations, les *Dix principes clés du G7 de 1998 sur l'échange d'informations et criminalité financière et d'utilisation abusive des réglementations* (dénommés ci-après « Principes du G7 ») sont importants dans le contexte des règles, des pratiques, et des dispositifs nationaux et internationaux régissant la coopération internationale. Les principes du G7 traitent des principaux aspects de l'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques entre les autorités de réglementation, de surveillance et d'application des lois.

Introduction

A. Contexte général

Ces dernières années, plusieurs organismes internationaux ont examiné dans quelle mesure l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites avait des répercussions sur le système financier mondial. En avril 2000, le Groupe de travail du Forum de stabilité financière sur les centres financiers offshore a conclu que l'utilisation abusive des véhicules juridiques pouvait menacer la stabilité financière du point de vue de l'intégrité des marchés. Cette dernière décennie, le Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) a mis en lumière le rôle des véhicules juridiques dans les dispositifs de blanchiment d'argent. De même, le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans les transactions commerciales internationales a conclu que l'utilisation abusive des véhicules juridiques dans les centres financiers offshore (CFO)¹ pouvait faire obstacle au bon déroulement des investigations anti-corruption. Dans le cadre de ses travaux sur le gouvernement d'entreprise, l'OCDE a constaté que les véhicules juridiques peuvent être utilisés abusivement pour réaliser des opérations irrégulières pour compte propre, éluder les réglementations et manipuler les marchés de valeurs. D'autres organisations et institutions internationales, notamment les Nations Unies et la Commission européenne, ont également noté la fréquente utilisation abusive de tous les types de véhicules juridiques pour l'exercice d'activités relevant du crime organisé, et en particulier de la criminalité financière et économique. En raison des possibilités d'abus dans un système financier ouvert et mondial comme celui que nous connaissons aujourd'hui, avec toutes les conséquences qui peuvent en résulter en termes de mauvaise répartition des ressources et d'aggravation du risque systémique, la question de l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites revêt un caractère prioritaire dans l'action des gouvernants.

Dans son rapport d'avril 2000², le Groupe de travail du Forum de stabilité financière sur les centres financiers offshore a, entre autres, recommandé l'étude par une instance internationale adéquate de la question de la mise au point de mécanismes destinés à empêcher l'utilisation abusive des véhicules juridiques en faisant en sorte que les autorités de surveillance et d'application des lois (« les

autorités ») puissent obtenir en temps utile les informations nécessaires sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques et échanger ces informations avec les autorités étrangères. Le Forum de stabilité financière ayant demandé à l'OCDE d'élaborer des mécanismes visant à empêcher l'utilisation abusive des véhicules juridiques, le Groupe de direction de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise a décidé de rédiger un rapport sur l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites (le « rapport »). Lors de leur réunion annuelle de juin 2000, les ministres des pays Membres de l'OCDE ont noté que l'OCDE réaliserait des travaux analytiques sur l'abus des structures sociétaires. Lors de leur réunion de juillet 2000, qui s'est tenue au Japon, les ministres des Finances du G7 se sont félicités de ces travaux à venir.

L'objectif général du présent rapport est de contribuer aux travaux actuels et futurs des instances internationales et nationales relatifs à la lutte contre l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites. Depuis quelque temps, l'examen des mécanismes permettant d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques à des fins de réglementation, de surveillance et d'application des lois est tout particulièrement d'actualité. Le GAFI procède à un réexamen de ses quarante recommandations, notamment celles concernant l'identification des bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE élabore, dans l'action qu'il mène contre les pratiques fiscales dommageables, une note d'application pratique relative à la nécessité d'obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs pour améliorer la transparence et parvenir à un échange efficace d'informations. Lors de leur réunion ECOFIN d'octobre 2000, les ministres de l'Union européenne ont demandé l'étude spécifique de la mise au point de mécanismes d'identification des bénéficiaires effectifs d'entités juridiques. En outre, la recommandation n° 8 du Programme d'action relatif à la criminalité organisée, adopté par le Conseil de l'Union européenne le 28 avril 1997, demande aux États membres de recueillir des informations concernant les personnes physiques participant à la création, à la direction et au financement des personnes morales enregistrées dans leur pays³.

En vertu du mandat adopté par le Groupe de direction de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise, le rapport a pour but :

1. de mieux comprendre comment les véhicules juridiques peuvent être utilisés abusivement à des fins illicites ;
2. d'identifier et d'analyser les facteurs qui limitent la possibilité, pour les autorités de surveillance et d'application des lois (« les autorités »), d'obtenir en temps utile les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques et d'échanger ces informations avec d'autres autorités nationales et internationales ;

- de mettre au point un menu d'options pouvant être adoptées par les pays pour obtenir et échanger ces informations.

On examinera dans le présent rapport l'utilisation abusive d'une série de « véhicules juridiques », notamment les sociétés, les fiducies (trusts), les fondations et les sociétés de personnes à régime de responsabilité limitée. Ne seront pas pris en compte les véhicules juridiques opérant dans le secteur financier tel que les activités bancaires, l'assurance, le placement collectif et les activités connexes, bien que des véhicules juridiques puissent être utilisés en l'espèce. En outre, on a exclu les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne ou cotées en bourse⁴. En comparaison avec les sociétés non cotées ou avec les sociétés qui ne font pas partie du secteur financier, les véhicules juridiques opérant dans les secteurs financiers ou cotés en bourse sont généralement soumis à une réglementation et à une surveillance plus strictes, avec notamment l'obligation de publicité périodique des informations concernant les administrateurs et les principaux actionnaires (y compris les bénéficiaires effectifs). De plus, un grand nombre de leurs activités font l'objet de principes internationaux et de normes internationales : par exemple les Principes fondamentaux de Bâle pour un contrôle bancaire efficace, les Principes et normes de l'Association internationale des autorités de contrôle de l'assurance, les Objectifs et Principes de la régulation financière de l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV) et les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE. En revanche, les véhicules juridiques qui n'opèrent pas dans les secteurs financiers et ceux qui ne sont pas cotés sont davantage susceptibles d'être utilisés abusivement à des fins illicites parce qu'ils sont généralement soumis à une réglementation et à une surveillance moins strictes et qu'il n'existe pas, au niveau international, de principes ou de normes régissant leur constitution et leur gestion.

B. Les véhicules juridiques et leur potentiel d'utilisation abusive à des fins illicites

Les véhicules juridiques sont des entités juridiques qui permettent d'exercer un large éventail d'activités commerciales et de détenir de nombreux types d'actifs. Ils sont au cœur de la plupart des activités commerciales et entrepreneuriales dans les économies de marché. Les véhicules juridiques sont aujourd'hui un élément indispensable du paysage financier mondial et ils ont énormément contribué à la prospérité et à la mondialisation au cours des cinquante dernières années. Aujourd'hui, la circulation rapide des capitaux privés, des idées, des technologies et des biens et services fait intervenir des véhicules juridiques pratiquement à tous les niveaux.

Malgré leur importance et le rôle légitime qu'ils jouent dans le système économique mondial, les véhicules juridiques peuvent, dans certaines circonstances,

être utilisés abusivement à des fins illicites, notamment pour le blanchiment d'argent, la corruption, les opérations irrégulières pour compte propre, les pratiques fiscales illicites et d'autres formes d'actes illicites⁵. Il peut être séduisant d'utiliser des véhicules juridiques pour exercer des activités illicites, parce qu'ainsi l'auteur de l'acte illicite peut le dissimuler derrière un véhicule juridique distinct. Un rapport récent établi à la demande de la Commission européenne conclut que la possibilité, pour un véhicule juridique, de dissimuler efficacement l'identité de ses bénéficiaires effectifs favorise son utilisation à des fins criminelles⁶. Même dans les juridictions protégeant le secret bancaire, les auteurs d'actes illicites préfèrent déposer leurs gains délictueux sur un compte ouvert au nom d'un véhicule juridique, parce que le secret bancaire peut dans certaines circonstances être levé.

Toute juridiction qui offre des mécanismes permettant aux personnes physiques de dissimuler leur identité derrière un véhicule juridique tout en limitant de façon excessive la possibilité, pour les autorités, d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques à des fins de réglementation, de surveillance et d'application des lois rend ses véhicules juridiques plus vulnérables à une utilisation abusive. Certaines juridictions, par exemple, autorisent les véhicules juridiques constitués ou établis sur leur territoire à utiliser des instruments qui peuvent servir à dissimuler les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, notamment les actions au porteur ou les actionnaires et administrateurs mandataires, sans mettre en place des mécanismes efficaces grâce auxquels les autorités pourraient identifier les bénéficiaires effectifs et les personnes exerçant le contrôle en cas de suspicion d'activité illicite ou dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions de réglementation et de surveillance. Certaines de ces juridictions préservent en outre l'anonymat par des lois strictes sur le secret bancaire qui interdisent aux services d'enregistrement des sociétés, aux institutions financières, aux avocats et aux comptables, entre autres, sous peine de sanctions civiles et pénales, de divulguer aux autorités de réglementation, de surveillance et d'application des lois toute information concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques.

C. Capacité d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques

Pour combattre et empêcher efficacement l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites, il est indispensable que les autorités puissent obtenir en temps utile les informations nécessaires sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle de ces véhicules juridiques. Dans le présent rapport, on entend par « *bénéficiaire effectif* » la personne physique qui est l'ultime titulaire de la propriété. Dans certaines situations, il faut, pour détecter le bénéficiaire effectif, lever le

voile de toute une série de personnes morales ou physiques intermédiaires pour arriver à la personne physique qui est le véritable bénéficiaire. Dans le cas des sociétés de capitaux, la propriété est détenue par les actionnaires ou par les associés. Dans le cas des sociétés de personnes, elle appartient aux associés et aux commanditaires ou commandités. Lorsqu'il s'agit d'une fiducie ou d'une fondation, la propriété effective renvoie aux bénéficiaires, y compris les constituants ou les fondateurs. Dans le présent rapport, on entend par « *contrôle* » le contrôle effectif exercé par une personne physique ou un groupement de personnes physiques sur un véhicule juridique. Par conséquent, eu égard aux différents types de véhicules juridiques examinés dans le présent rapport, la question essentielle sera de déterminer qui exerce le contrôle effectif (et non le contrôle juridique) sur un véhicule juridique. Souvent, lorsqu'un véhicule juridique est utilisé d'une façon abusive, le bénéficiaire effectif ou le constituant/le fondateur contrôlent le véhicule juridique malgré l'apparence de contrôle par un tiers. Par exemple, les administrateurs d'une société de capitaux peuvent être de simples prête-noms ou mandataires qui délèguent leur responsabilité d'administrateur au bénéficiaire effectif et agissent conformément aux instructions de ce dernier. Pour les fiducies, le constituant peut continuer d'exercer le contrôle effectif sur le fiduciaire par le biais d'un « protecteur » de la fiducie et d'une lettre de souhaits (voir fiducies, partie I.B.2 pour une analyse plus détaillée de ces instruments).

Divers mécanismes sont mis en œuvre pour obtenir les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. La plupart des juridictions s'appuient sur la coercition, les mandats de justice et d'autres mesures pour percer à jour le véhicule juridique afin d'identifier les bénéficiaires effectifs en cas de suspicion d'activité illicite⁷. Dans un petit nombre de juridictions, les autorités exigent une large publicité des informations concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques au stade de leur création, et certaines obligent à mettre à jour ces informations en cas de changement. De plus en plus de juridictions complètent ces mesures en obligeant les intermédiaires⁸ intervenant dans la formation et dans la gestion des véhicules juridiques (« fournisseurs de services aux sociétés ») à obtenir, vérifier et conserver les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques et à rendre accessibles ces informations aux autorités compétentes lorsqu'elles enquêtent sur des activités illicites, exercent leurs fonctions de réglementation et de surveillance ou échangent ces informations avec d'autres autorités nationales ou étrangères.

La possibilité, pour les autorités, d'obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques doit se doubler de la possibilité corrélative d'échanger ces informations avec d'autres autorités, nationales ou internationales dans le respect des principes juridiques fondamentaux de chaque juridiction. La possibilité d'échanger des informations entre des autorités nationales telles que les autorités chargées de l'application des lois, les autorités

de surveillance boursière et de contrôle bancaire, de même que les autorités fiscales, est essentielle parce que certaines autorités d'une juridiction donnée pourraient détenir ou avoir un meilleur accès à des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques dont d'autres autorités nationales pourraient avoir besoin à des fins de réglementation, de surveillance ou d'application des lois. En outre, il est souhaitable d'examiner les moyens grâce auxquels les informations concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques seront accessibles aux agents dotés de pouvoirs délégués par l'exécutif ou le judiciaire (par exemple les syndicats ou administrateurs de faillite) et aux institutions financières ayant besoin de ces informations pour se conformer à l'obligation de diligence raisonnable et d'identification du client (« identification du client ») dans le cadre des lois contre le blanchiment d'argent. L'existence de mécanismes d'échange d'informations sur le plan interne facilite également la mise en œuvre efficace de ressources rares en évitant les doubles emplois pour l'obtention d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques.

L'anonymat étant souvent renforcé par le recours à des véhicules juridiques constitués à l'étranger, il est tout aussi crucial que les autorités puissent également échanger au niveau international les informations concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Sachant parfaitement quels sont souvent les obstacles à un échange efficace et efficient d'informations entre autorités de juridictions différentes, les auteurs d'actes illicites font souvent appel à des groupes de véhicules juridiques, chacun étant établi dans une juridiction à stricte protection du secret, afin de réduire à néant les mesures prises par les autorités pour l'identification du bénéficiaire effectif.

Récemment, plusieurs États membres de l'UE ont signalé des cas de plus en plus nombreux d'utilisation abusive, à des fins criminelles, de véhicules juridiques établis à l'étranger, et notamment dans les centres financiers offshore⁹. Les ministres de la Justice et de l'Intérieur des pays du G8 ont également fait observer que la réticence ou le refus de certaines juridictions lorsqu'il s'agit d'aider des autorités étrangères à obtenir des informations ont permis aux auteurs d'actes illicites d'utiliser d'une façon abusive des véhicules juridiques établis dans ces juridictions.¹⁰ Il importe de souligner que les autorités de toutes les juridictions doivent être dotées des prérogatives nécessaires pour obtenir et échanger ces informations en temps utile, car tout retard donne le temps aux criminels de mettre en place un écran supplémentaire d'anonymat dans une autre juridiction¹¹. Les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques peuvent être échangées grâce à plusieurs mécanismes, qui vont des dispositifs formels comme les conventions d'entraide judiciaire et les mémorandums d'accord aux dispositifs moins formels et à l'assistance *ad hoc*.

D. Méthodologie

Le Groupe de direction de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise a pris l'entière responsabilité de la rédaction du présent rapport et a créé à cet effet un Groupe d'experts *ad hoc* (« Groupe d'experts ») chargé de guider l'OCDE dans cette tâche. Tous les pays Membres ont été invités à désigner des experts à ce Groupe, qui rassemblait à sa création des experts de 12 pays Membres. De plus, le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans les transactions commerciales internationales a coopéré à la préparation du rapport. Le Secrétariat de l'OCDE a eu également des entretiens avec des représentants officiels et des praticiens du secteur privé de certaines juridictions sur la façon dont les problèmes que pose l'utilisation abusive de véhicules juridiques à des fins illicites sont pris en compte dans ces juridictions. Il a également discuté ces questions avec un certain nombre de représentants officiels des pays Membres de l'OCDE, par téléphone ou dans le cadre de réunions organisées à Paris.

Enfin, ce rapport s'appuie sur les travaux analytiques consacrés à l'utilisation abusive des véhicules juridiques ainsi qu'aux mécanismes et principes concernant l'obtention et l'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, notamment les travaux de la Commission européenne, du GAFI, du Forum de stabilité financière, des ministres des Finances du G7, de l'OICV, de l'OCDE et des Nations Unies ainsi que les rapports des gouvernements ou ceux établis sous leur égide.

Les parties I et II du rapport ne prétendent pas à l'exhaustivité. Elles sont par nature analytiques. L'objectif premier de la partie I est de mieux sensibiliser à la diversité des moyens mis en œuvre pour l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites. La finalité essentielle de la partie II est de décrire et d'analyser les principaux mécanismes auxquels ont recours les autorités pour obtenir et échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Vu le caractère analytique du rapport et la brièveté du délai imparti pour sa rédaction, le Secrétariat de l'OCDE n'a pas mené une étude complète pays par pays, et n'a d'ailleurs pas jugé nécessaire une telle étude. Il s'est néanmoins efforcé d'examiner un large échantillon de juridictions offshore ou onshore, petites ou grandes, de droit civil ou de common law. Sachant que ce rapport n'a pris en compte qu'un nombre de pays limité, il est essentiel de noter que l'utilisation d'exemples pour illustrer les problèmes rencontrés par certaines juridictions n'implique pas que ces problèmes se limitent à ces juridictions et que d'autres ne se heurtent pas à des difficultés similaires. En revanche, un problème qui se pose dans une juridiction peut ne pas se poser dans une autre parce que, entre autres, cette dernière peut être dotée d'un cadre plus efficace de réglementation des sociétés ou de plus larges prérogatives pour la surveillance et pour l'échange d'informations. Enfin, la partie III expose un menu d'options pour

l'obtention et l'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques entre les autorités concernées tant sur le plan national qu'international.

Tout en examinant un ensemble de juridictions offshore ou onshore, ce rapport est centré essentiellement sur les juridictions offshore, pour trois raisons. Premièrement, certaines juridictions offshore accordent à leurs véhicules juridiques une protection excessive du secret et créent un environnement propice à une utilisation abusive de ces véhicules juridiques à des fins illicites du fait de la conjonction d'une stricte protection du secret bancaire ne permettant pas la transmission d'informations confidentielles à des autorités nationales ou internationales sous certaines conditions, d'une réglementation laxiste de la constitution des sociétés, de dérogations aux obligations d'information périodique et d'un cadre juridique, réglementaire et de surveillance peu développé. Deuxièmement, les sociétés écrans, entités établies non pas pour exercer une activité industrielle ou commerciale légitime, mais uniquement pour dissimuler l'identité des personnes qui en sont les bénéficiaires effectifs ou qui les contrôlent, représentent une forte proportion des véhicules juridiques créés dans certains centres financiers offshore. De par leurs fonctions, les sociétés écrans font courir un plus grand risque d'utilisation abusive à des fins illicites. Troisièmement, un certain nombre d'autres juridictions offshore ont élaboré des régimes spécifiques, sophistiqués et fiables pour l'obtention et l'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques établis sur leur territoire¹². De plus, certaines juridictions offshore déploient de véritables efforts pour renforcer leur dispositif de réglementation et de surveillance afin de lutter contre l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites. Par conséquent, les régimes mis en place dans ces centres offshore peuvent constituer un modèle utile pour d'autres juridictions soucieuses d'améliorer le fonctionnement et la transparence de leur dispositif de réglementation et de surveillance et/ou de renforcer les mécanismes permettant d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques.

E. Plan du rapport

On examinera dans la partie I les moyens mis en œuvre pour l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites, et l'ampleur de ce phénomène. On verra tout d'abord quels sont les types de véhicules juridiques qui sont utilisés abusivement à des fins illicites, puis on se demandera quels sont les voies par lesquelles l'anonymat est obtenu et dans quel but les véhicules juridiques sont utilisés abusivement. La partie II sera consacrée dans un premier temps aux aspects qui déterminent la capacité, pour les autorités, d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques ; on s'attachera ensuite aux mécanismes mis en place par diverses

juridictions pour obtenir et échanger ces informations. On présentera dans la partie III un menu d'options grâce auxquelles des autorités devraient être mieux à même d'obtenir et d'échanger les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques avec d'autres autorités nationales ou étrangères. On trouvera à l'annexe I plusieurs études de cas illustrant les types d'activités illicites pouvant être exercées en utilisant abusivement les véhicules juridiques. L'annexe II reprend les *Dix principes clés du G7 de 1998 sur l'échange d'informations* et les *Dix principes clés du G7 de 1999 pour l'amélioration de la coopération internationale en matière de criminalité financière et d'utilisation abusive des réglementations* (qui constituent ensemble les « Principes du G7 »).

Notes

1. Dans son rapport d'avril 2000, le Groupe de travail du Forum de stabilité financière sur les centres financiers offshore a décrit ainsi les centres financiers offshore :
« Les centres financiers offshore (CFO) ne sont pas faciles à définir ; on peut néanmoins les caractériser comme des juridictions qui attirent une forte proportion d'activités non résidentes. Traditionnellement, on applique ce terme aux places financières présentant tout ou partie des caractéristiques suivantes, bien que tous les CFO n'opèrent pas de cette manière : 1) une fiscalité faible, voire nulle, sur les revenus tirés des activités industrielles ou commerciales et sur les revenus d'investissements ; 2) l'absence de retenue à la source ; 3) un régime allégé et souple d'enregistrement des sociétés et d'autorisation d'exercice ; 4) un régime de surveillance allégé et souple ; 5) une utilisation très flexible des fiducies et autres véhicules juridiques ad hoc ; 6) l'absence de présence physique requise pour les institutions financières et/ou les véhicules juridiques ; 7) un degré excessif de confidentialité du client résultant d'une protection absolue du secret ; 8) l'absence d'avantages similaires pour les résidents. »
2. Forum de stabilité financière, rapport du Groupe de travail sur les centres financiers offshore, 5 avril 2000 (« rapport du FSF sur les CFO »).
3. Voir également, Comité technique de l'OICV, rapport sur les problèmes que posent aux autorités de tutelle des marchés de valeurs mobilières et de contrats à terme les juridictions sous-réglémentées et non coopératives, octobre 1994 (ce rapport examine les problèmes que soulève l'accès aux informations situées dans des juridictions qui permettent à des entités juridiques de s'établir sans obligation suffisante d'enregistrement et de conservation des informations sur la propriété et dont le droit local, notamment la réglementation concernant le secret bancaire, n'autorise pas la transmission d'informations aux autorités de réglementation étrangères).
4. Dans un grand nombre de pays, les sociétés de capitaux sont subdivisées en sociétés de type fermé et de type ouvert, ces dernières pouvant faire publiquement appel à l'épargne et se faire coter en bourse. On examinera dans ce rapport l'utilisation abusive des sociétés de capitaux fermées et des sociétés de capitaux ouvertes dont les titres ne sont pas cotés.
5. Dans le présent rapport, un acte sera considéré comme « illicite » s'il est illégal dans le pays dont l'auteur est ressortissant ou a son domicile ou sa résidence.
6. T.M.C. Asser Institut, *Prévention du crime organisé : l'immatriculation des personnes morales et de leurs dirigeants et l'échange d'informations à l'échelle internationale* (rapport demandé par la Commission européenne (« Programme Falcone »), 1^{er} mars 2000, (« Rapport de 2000 de la Commission européenne sur les personnes morales »)).
7. Un grand nombre de juridictions exigent que soient soumises à leurs autorités la liste des actionnaires et certaines informations sur les administrateurs, mais elles n'imposent pas de déclaration concernant la propriété effective lorsque celle-ci diffère de la

- propriété nominale, et en particulier la publicité de la propriété effective lorsqu'elle appartient à des actionnaires qui sont des véhicules juridiques.
8. Ces intermédiaires comprennent les agents intervenant dans la création de sociétés, les sociétés fiduciaires, les agents agréés, les avocats, les notaires, les fiduciaires et les sociétés mettant à disposition des actionnaires, administrateurs et dirigeants mandataires.
 9. Rapport de la Commission de 2000 sur les personnes morales.
 10. Communiqué du G8, Moscou, 1999.
 11. Dans son rapport d'avril 2000, le Groupe de travail du Forum de stabilité financière sur les centres financiers offshore a exprimé sa crainte que « l'impossibilité de disposer en temps utile d'informations sur la propriété effective des véhicules juridiques établis dans certains centres financiers offshore menace l'action menée contre les activités industrielles ou commerciales illégales. » Le rapport de 1998-1999 du Groupe d'action financière sur les *typologies du blanchiment d'argent* signale également que les problèmes rencontrés pour obtenir des informations de certaines juridictions sur les propriétaires effectifs des sociétés écrans, des sociétés internationales d'affaires (international business corporations, IBC) et des fiducies extraterritoriales constituent le principal obstacle aux investigations sur les activités transnationales de blanchiment.
 12. La quatrième conférence des services spécialisés dans la lutte contre la corruption, qui s'est tenue à Chypre du 20 au 22 octobre 1999, note dans ses conclusions que « alors que certains centres offshore proposent le secret bancaire, la confidentialité, l'anonymat et des possibilités d'évasion fiscale et se tiennent à l'écart de la coopération internationale dans le domaine pénal, d'autres ont mis en place des mesures de supervision et de contrôle équivalentes ou parfois même plus strictes par rapport à celles existant dans des territoires onshore. ».

L'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites : ampleur et moyens mis en œuvre

A. Ampleur de l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites

Il est extrêmement difficile de quantifier avec la moindre précision l'ampleur de l'utilisation abusive qui est faite des véhicules juridiques à des fins illicites. Néanmoins, il ressort d'un certain nombre de rapports et d'études que les véhicules juridiques servent souvent à des activités délictueuses. Par exemple, une étude portant sur les États membres de l'UE a mis en évidence le fait que presque tous les délits économiques impliquent le recours à des personnes morales¹, et le rapport Euroshore a révélé que dans le monde entier des sociétés étaient utilisées pour blanchir de l'argent². Dans les pays Membres de l'OCDE, les autorités fiscales craignent aussi que le nombre d'individus qui se servent de véhicules juridiques pour dissimuler leur patrimoine et leurs activités de façon à échapper à l'impôt ne fasse qu'augmenter³. En outre, les Nations Unies ont souligné que « les principales formes de secret abusif concernent dorénavant moins les comptes bancaires de particuliers que les comptes bancaires d'entreprises et davantage encore les fiducies et autres structures juridiques pouvant être facilement acquises sans que soit exercée au départ ou par la suite la diligence de mise dans le secteur bancaire »⁴. D'après le GAFI, les sociétés écrans sont souvent utilisées pour faciliter la corruption⁵. Le montant estimé des pots-de-vin versés par des sociétés occidentales pour bénéficier de protections et obtenir des marchés est de 80 milliards de dollars américains (dollars EU) par an⁶. Dans le domaine du blanchiment d'argent, le Fonds monétaire international (FMI) a estimé le montant des capitaux blanchis dans le monde entier à un chiffre situé entre 2 et 5 pour cent du produit intérieur brut mondial, soit entre environ 600 et 1 500 milliards de dollars EU chaque année (statistiques de 1996).

B. Types de véhicules juridiques utilisés de façon abusive

Comme indiqué précédemment, l'utilisation abusive des véhicules juridiques est facilitée par la possibilité d'anonymat. Il n'est donc guère surprenant que les types de véhicules juridiques qui sont le plus souvent utilisés de façon abu-

sive à des fins illicites soient ceux qui offrent le plus haut degré d'anonymat, telles que les sociétés internationales d'affaires (International Business Corporations) (IBC), les sociétés exonérées, les fiducies et les fondations, établies dans les juridictions qui offrent une stricte protection du secret et qui ne disposent pas de mécanismes efficaces de nature à permettre aux autorités d'identifier les bénéficiaires effectifs en cas de suspicion d'activité illicite. L'utilisation de ces structures peut aussi empêcher les institutions financières de satisfaire aux exigences d'identification des clients conformément aux lois sur le blanchiment d'argent.

Des véhicules juridiques tels que les sociétés de capitaux, les fiducies, les fondations et les sociétés de personnes sont souvent utilisés conjointement pour renforcer l'anonymat. En outre, les auteurs d'actes illicites recourent fréquemment à plusieurs véhicules juridiques, respectivement établis dans des juridictions différentes, de façon à empêcher les autorités de découvrir quel est l'ultime bénéficiaire effectif et détenteur du contrôle (*cf.* étude de cas *Alan Bond*).

Cette section examinera les types de véhicules juridiques qui se prêtent le plus à une utilisation abusive à des fins illicites. Il s'agit des sociétés de capitaux, des fiducies, des fondations et des sociétés de personnes à régime de responsabilité limitée.

1. Sociétés de capitaux

Dans la plupart des pays à économie de marché, les sociétés de capitaux sont la principale entité juridique au travers de laquelle s'exercent des activités industrielles ou commerciales ; à ce titre elles représentent un fort pourcentage de l'investissement et de l'emploi. Les sociétés de capitaux ont une personnalité juridique distincte de leurs actionnaires. Le contrôle d'une société de capitaux est dévolu au conseil d'administration⁷ et les actionnaires n'ont qu'un pouvoir limité dans la gestion directe de la société⁸. D'une manière générale, une société de capitaux a une durée illimitée et ses actions sont librement négociables⁹. En principe, les actionnaires d'une société de capitaux assument une responsabilité limitée à leur participation, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent perdre que le montant de leur investissement dans la société, et que leur patrimoine personnel échappe aux créanciers et autres ayants droit de la société. Cette responsabilité limitée est largement considérée comme une caractéristique de la société de capitaux de nature à favoriser la création d'entreprises et la formation de capital en faisant appel à une large base d'investisseurs. En revanche, du fait de sa personnalité juridique et de la possibilité d'occulter l'identité de ses bénéficiaires effectifs, la société de capitaux peut être utilisée de façon abusive pour faciliter des activités délictueuses et d'autres infractions à la loi.

On évoquera ci-après les types de sociétés qui se prêtent à une utilisation abusive à des fins illicites.

a) *Sociétés de capitaux fermées et sociétés de capitaux ouvertes dont les actions ne sont pas cotées en bourse*

Dans la plupart des juridictions, les sociétés se répartissent entre sociétés de capitaux ouvertes¹⁰ et sociétés de capitaux fermées¹¹. Les principales distinctions entre sociétés de capitaux fermées et ouvertes tiennent au fait que les actions d'une société de capitaux ouverte sont librement cessibles et que le nombre des actionnaires n'est pas limité dans ce type de société. Ces deux caractéristiques permettent généralement à une société de capitaux ouverte d'émettre des actions nominatives ou des actions au porteur, de faire publiquement appel à l'épargne et d'obtenir la cotation de ses actions en bourse. En contrepartie de cette souplesse, les sociétés de capitaux ouvertes sont assujetties à une surveillance et à une réglementation rigoureuses, avec communication fréquente et détaillée de données financières et non financières et responsabilité renforcée au niveau du conseil d'administration. En revanche, les sociétés de capitaux fermées ne peuvent émettre que des actions nominatives¹², doivent limiter les possibilités de cession des parts, de même que le nombre des actionnaires, et n'ont pas le droit de faire publiquement appel à l'épargne. En raison de ces restrictions, les sociétés de capitaux fermées ne peuvent pas se faire coter en bourse. Toutefois, ces sociétés sont soumises à un régime de surveillance et de réglementation moins strict que les sociétés de capitaux ouvertes. Dans la plupart des juridictions, la majorité des sociétés sont des sociétés de capitaux fermées.

Dans l'Union européenne (UE), ce sont surtout les sociétés de capitaux fermées qui ont été utilisées à des fins illicites, en partie du fait que le capital social exigé est moins élevé (par rapport aux sociétés de capitaux ouvertes) et que l'identité des actionnaires est d'« importance secondaire »¹³. Une étude réalisée par la *Performance and Innovation Unit* du *Cabinet Office* du Royaume-Uni a révélé que des sociétés écrans britanniques ont été impliquées dans presque toutes les opérations complexes de blanchiment d'argent au Royaume-Uni¹⁴. Récemment, le *US Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN) des États-Unis a montré que des sociétés écrans constituées aux États-Unis et non cotées avaient de plus en plus tendance à être impliquées dans des activités douteuses de transfert électronique de fonds¹⁵. Des sociétés de capitaux fermées de Hong-Kong (Chine) se sont aussi révélées être des pôles d'attraction pour le blanchiment d'argent, parce qu'elles peuvent utiliser des mandataires comme actionnaires et des sociétés comme administrateurs et dirigeants, et parce qu'elles sont disponibles clés en main (préconstituées)¹⁶.

En outre, la société à responsabilité limitée, variante de celle des pays de droit romano-germanique, a été introduite récemment aux États-Unis de même que dans des centres financiers offshore relevant de la common law. La grande majorité de ces sociétés à responsabilité limitée exercent des activités tout à fait légitimes, mais elles peuvent aussi se prêter à une utilisation abusive à des fins illicites ; en effet, elles peuvent être dirigées de façon anonyme puisqu'il n'y a pas obligation de communiquer l'identité des associés¹⁷. Du fait de l'existence du régime protecteur de l'ordonnance constitutive de charge (cf. § I.B.4 *Sociétés en commandite simple et sociétés de personnes à régime de responsabilité limitée*), ces sociétés ont été aussi soupçonnées d'être utilisées pour contrecarrer, ou tout au moins différer, les demandes des créanciers et autres ayants droit. Enfin, les sociétés anonymes dont les actions ne sont pas cotées en bourse peuvent aussi faire l'objet d'une utilisation abusive à des fins illicites, parce que, dans de nombreuses juridictions, elles sont autorisées à émettre des actions au porteur sans être assujetties aux réglementations plus strictes imposées aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne.

b) *Sociétés internationales d'affaires (International Business Corporations) (IBC) et sociétés exonérées*

Les IBC et les sociétés exonérées sont les principales formes de sociétés utilisées dans les centres financiers offshore par les non-résidents. Les taxes de licence acquittées par les IBC et les sociétés exonérées constituent une source importante de recettes pour beaucoup de juridictions qui offrent ces possibilités. D'après le rapport du Forum de stabilité financière sur les centres financiers offshore, les IBC sont des sociétés de capitaux fondées dans un centre financier offshore qui peuvent servir de structure pour posséder et exploiter des entreprises, émettre des actions ou des obligations ou réunir des capitaux de toute autre manière. Dans certains centres financiers offshore, les IBC peuvent être fondées instantanément et pour une somme n'excédant pas 100 dollars EU, et elles sont généralement exonérées de tous les impôts perçus localement sur les bénéfices, sur les plus-values et sur les autres revenus ainsi que des droits de timbre, de l'impôt sur les donations et des autres impôts. Il est souvent interdit aux IBC d'exercer des activités dans la juridiction dans laquelle elles ont été constituées et avec des résidents de cette juridiction. En outre, il leur est souvent aussi interdit de faire publiquement appel à l'épargne. Dans la classification des sociétés, les IBC entrent généralement dans la catégorie des sociétés de capitaux fermées. Les sociétés exonérées présentent, pour l'essentiel, les mêmes caractéristiques que les IBC.

Les IBC sont utilisées pour exercer de nombreuses activités commerciales tout à fait légitimes, notamment détenir des droits de propriété intellectuelle, se livrer à des opérations de commerce international, obtenir légalement les avantages de conventions fiscales et servir de société holding. Dans la plupart

des juridictions, les IBC ne sont pas autorisées à fournir des services bancaires, d'assurance ou d'autres services financiers.

La vulnérabilité des IBC à une utilisation abusive à des fins illicites dépend dans une très large mesure de leurs caractéristiques « d'anonymat » et du type de régime réglementaire auquel elles sont assujetties. Dans un grand nombre de centres financiers offshore, les IBC peuvent émettre des actions au porteur et faire appel à des mandataires, tant pour les actionnaires que pour les administrateurs, afin de masquer la propriété effective et le contrôle. Bien souvent, dans le cas des IBC, il n'y a pratiquement pas de surveillance, ni obligation de présenter des comptes annuels ou de remplir une déclaration annuelle d'impôt. En revanche, certains centres financiers offshore interdisent l'utilisation d'actions au porteur ou, s'ils l'autorisent, exigent que soient préalablement fournies aux autorités les informations concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle. Dans quelques juridictions, les autorités procèdent aussi à une vérification rigoureuse des demandeurs (y compris les bénéficiaires effectifs) lors de la création de l'IBC. Néanmoins, comme ces sociétés ne sont pas autorisées à exercer des activités commerciales dans la juridiction où elles sont constituées ou avec des résidents de cette juridiction, les autorités des juridictions qui offrent la possibilité de cette structure sont probablement moins incitées à exercer une surveillance rigoureuse. De ce fait, ces sociétés se prêtent davantage à une utilisation abusive à des fins illicites, notamment comme sociétés écrans pour masquer l'identité des bénéficiaires effectifs.

Même dans les centres financiers offshore, on voit bien pourquoi les IBC et les sociétés exonérées se prêtent davantage à une utilisation abusive à des fins illicites. Dans de nombreux centres financiers offshore, il existe des régimes différents pour les sociétés résidentes et les sociétés non résidentes. Dans certaines de ces juridictions, les sociétés résidentes ne sont pas autorisées à utiliser les actions au porteur et sont assujetties à des contrôles réglementaires plus stricts, avec notamment l'obligation de fournir un rapport annuel comportant la liste des actionnaires et des informations concernant les administrateurs et les dirigeants. En revanche, les IBC et/ou les sociétés exonérées peuvent émettre des actions au porteur et ne sont pas astreintes à transmettre un rapport annuel ni à communiquer les noms des bénéficiaires effectifs. En résumé, du fait de l'anonymat effectif et de l'absence ou de la quasi-absence de surveillance, les IBC et les sociétés exonérées se prêtent davantage à une utilisation abusive à des fins illicites.

2. *Fiducies (trusts)*¹⁸

Une fiducie est un moyen important, utile et légitime, d'assurer le transfert et la gestion d'actifs. La fiducie est un mécanisme efficace pour gérer des biens appartenant à des mineurs, à des individus frappés d'incapacité et à d'autres per-

sonnes inexpérimentées en matière de gestion financière. Elle peut aussi servir à des fins caritatives et de gestion patrimoniale. Outre la gestion personnelle et financière, les fiducies sont de plus en plus utilisées dans le cadre d'opérations pour le compte d'entreprises, comme les opérations de titrisation et les dispositifs de prestations en faveur du personnel tels que les plans de retraite, les programmes de stock-options au bénéfice du personnel international et diverses formules de rémunération.

Le concept de fiducie est issu de la common law anglaise et, aujourd'hui, les fiducies sont principalement utilisées dans les juridictions de common law. C'est une institution juridique permettant de dissocier la propriété en common law et la propriété en equity (effective). Pour créer une fiducie, le fondateur (le « constituant ») transfère la propriété en common law d'un bien à une personne physique ou morale (le « fiduciaire »). Le fiduciaire détient et gère le bien, conformément aux dispositions prévues dans l'acte de fiducie, au profit des bénéficiaires, qui sont identifiés ou identifiables dans l'acte constitutif¹⁹. Pour créer valablement une fiducie, le constituant doit abandonner tout contrôle des actifs qu'il a transférés au fiduciaire²⁰. De son côté, le fiduciaire est tenu de respecter les dispositions de l'acte constitutif et a l'obligation fiduciaire d'agir honnêtement et de bonne foi pour servir les intérêts des bénéficiaires ou, s'il n'y a pas de bénéficiaire désigné, les intérêts de la fiducie. Traditionnellement, les fiducies sont d'une durée limitée, leurs conditions de fonctionnement sont fixées et les fiduciaires ne peuvent être révoqués, sauf par action en justice. Enfin, la fiducie classique ne peut profiter qu'à des personnes physiques ou à des œuvres de charité et ne doit pas servir à différer, empêcher ou frauder les demandes de créanciers (*Statute of Elizabeth*).

Toutefois, comme d'autres types de véhicules juridiques, les fiducies peuvent être utilisées abusivement à des fins illicites. Si l'on peut être tenté d'utiliser abusivement une fiducie à des fins illicites, c'est en partie parce qu'elle bénéficie d'un degré plus élevé d'autonomie et de protection du domaine privé que d'autres véhicules juridiques. Compte tenu de la nature privée des fiducies et du fait qu'une fiducie est pour l'essentiel un arrangement contractuel entre deux personnes privées, pratiquement toutes les juridictions qui reconnaissent les fiducies ont délibérément choisi de ne pas les réglementer au même titre que d'autres véhicules juridiques comme les sociétés de capitaux. Par conséquent, contrairement aux sociétés, elles ne sont pas soumises à enregistrement et aucune autorité n'est chargée de leur surveillance²¹. Cependant, dans de nombreuses juridictions, le respect des statuts des fiducies caritatives est contrôlé par le Procureur général ou une autorité équivalente. Dans la plupart des juridictions, l'identité du bénéficiaire ou du constituant n'est pas communiquée aux autorités.

On peut utiliser abusivement une fiducie à des fins illicites notamment pour dissimuler l'existence de biens aux autorités fiscales, à des créanciers, à des

ex-conjoints et autres ayants droit, ou pour dissimuler l'identité du bénéficiaire effectif des biens. La fiducie constitue souvent le dernier niveau d'anonymat pour ceux qui cherchent à dissimuler leur identité. Par exemple, le réseau complexe de sociétés que l'ancien magnat de la presse britannique, Robert Maxwell, avait créé pour masquer le fait qu'il était propriétaire de toute une série de biens était géré au sommet par deux fiducies. Les fiducies peuvent aussi être utilisées abusivement à des fins illicites pour le blanchiment d'argent, en particulier au cours des phases d'empilage et d'intégration (*cf.* point I.D.1 (*blanchiment d'argent*), qui définit ces termes).

En outre, les fiducies peuvent être utilisées à des fins frauduleuses. Par exemple, les constituants désireux d'échapper au fisc peuvent transférer des actifs à une fiducie, puis procéder à une fausse déclaration quant à leur abandon de tout contrôle sur les actifs en question. Pour créer une telle façade, il suffit à un constituant de respecter toutes les formalités nécessaires pour créer une fiducie valable, notamment en constituant une fiducie irrévocable, en désignant un tiers comme fiduciaire et en ne mentionnant pas son propre nom en tant que bénéficiaire dans l'acte constitutif. Cependant, tout en se conformant aux exigences formelles de la loi, les constituants peuvent continuer d'exercer un contrôle sur les biens ainsi transférés, grâce à une lettre de souhaits et à un protecteur. La lettre de souhaits, qui accompagne souvent la constitution d'une fiducie dite « discrétionnaire », précise les souhaits du constituant quant à la manière dont il désire que le fiduciaire s'acquitte de ses tâches et quant aux personnes dont le mandataire doit accepter les instructions, et indique les noms des bénéficiaires (parmi lesquels le constituant peut figurer lui-même). Une lettre de souhaits n'est pas juridiquement contraignante pour le fiduciaire ; mais ce dernier respecte généralement les souhaits qui y sont exprimés. Pour que le fiduciaire agisse conformément à l'acte constitutif (et à la lettre de souhaits), les lois sur les fiducies de nombreuses juridictions de common law prévoient la nomination d'un protecteur dans l'acte constitutif. Le protecteur est nommé par le constituant : il s'agit souvent d'un ami de confiance ou d'un conseiller du constituant. Le protecteur ne peut contraindre le fiduciaire à effectuer une distribution au profit d'un bénéficiaire donné, mais il peut remplacer le fiduciaire pour quelque raison que ce soit et à tout moment. Par conséquent, les fiduciaires qui ne respecteraient pas l'acte constitutif et la lettre de souhaits peuvent être rapidement remplacés.

Les constituants ont également la possibilité de transférer les actifs dans une fiducie offshore, de façon à les mettre hors de portée des créanciers et autres ayants droit (*cf.* étude de cas *Anderson*). Une fois que les biens sont transférés dans une fiducie offshore, il est très difficile et coûteux de les localiser et d'identifier leur bénéficiaire effectif. Même si les actifs de la fiducie sont repérés, les créanciers devront dépenser beaucoup de temps et d'argent pour tenter de les rapatrier.

La possibilité de se servir de fiducies pour masquer des identités et pour réaliser des opérations frauduleuses s'est trouvée facilitée par les profondes réformes intervenues ces dernières années dans le droit des fiducies de certaines juridictions, à tel point que les fiducies constituées conformément aux nouvelles lois ne ressemblent plus guère aux fiducies classiques des pays de common law. Dans certaines juridictions, telles que les îles Cook, Nevis et Niue, la loi sur les fiducies permet désormais de ne pas faire figurer les noms du constituant et des bénéficiaires dans l'acte constitutif, autorise les constituants à exercer un contrôle sur la fiducie, écarte le *Statute of Elizabeth*, reconnaît les fiducies d'intérêt général à des fins autres que caritatives et admet les fiducies perpétuelles et révocables. En outre, le nouveau droit des fiducies permet d'inclure dans l'acte constitutif une clause de migration (disposition qui prévoit le transfert des actifs du trust et des informations le concernant dans une autre juridiction et au profit de nouveaux fiduciaires, désignés à l'occasion de certains événements tels qu'une action judiciaire ou un changement dans la législation).

Les fiducies se sont toujours révélées intéressantes pour mettre des biens à l'abri de créanciers et autres ayants droit, mais certaines juridictions, notamment de nombreux centres financiers offshore et plusieurs États des États-Unis, ont introduit la notion de « fiducies de protection d'actifs », dont le but est d'assurer une protection renforcée des actifs contre les créanciers. Dans les îles Cook, l'une des premières juridictions à avoir adopté ce type de fiducie, les fiducies peuvent être perpétuelles, certaines fiducies sont jugées valides en étant censées être à objet caritatif et le constituant peut être le bénéficiaire tout en conservant un certain contrôle. En outre, ni les jugements prononcés à l'étranger, ni les règles impératives de succession à l'étranger²² ne sont reconnus. Enfin, un transfert de biens au profit d'une fiducie n'est pas jugé frauduleux s'il intervient avant le fait générateur de l'action d'un créancier ou plus de deux ans après ce fait générateur.

3. Fondations

Une fondation est dans les pays de droit civil ce qui ressemble de plus près à une fiducie en common law. Une fondation se compose d'un bien qui lui a été transféré dans un but déterminé et dispose de la personnalité juridique, sans propriétaire ni actionnaire. D'une manière générale, les fondations sont gérées par un conseil d'administration. Certaines juridictions de droit civil, comme la Belgique et la Pologne, limitent les fondations à l'intérêt public (fondations publiques), alors que d'autres juridictions, telles que l'Autriche, le Danemark, l'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Liechtenstein, les Pays-Bas, les Antilles néerlandaises, Panama et la Suisse, autorisent les fondations à des fins privées (fondations privées). Dans de nombreuses juridictions de droit civil, une fondation peut exercer des activités commerciales.

D'une manière générale, les fondations sont des entités extrêmement transparentes et fortement réglementées, qui doivent être officiellement enregistrées, sont tenues de présenter chaque année des états financiers et sont soumises au contrôle des pouvoirs publics. En outre, il existe des sauvegardes pour garantir qu'une fondation soit suffisamment indépendante de son fondateur.

La possibilité d'utiliser de façon abusive une fondation à des fins illicites est d'autant plus grande que la réglementation est inappropriée ou que la surveillance est insuffisante, ou que les fondateurs sont autorisés à exercer un large contrôle sur la fondation. Aux Pays-Bas, qui n'exigent pas une autorisation préalable de l'administration ou un enregistrement pour créer une fondation, les autorités ont fait savoir que les fondations étaient de plus en plus utilisées à des fins délictueuses²³.

Dans certains centres financiers offshore de droit civil, les fondations ne sont pas surveillées, la publicité d'informations exigée est faible, les fondateurs sont autorisés à exercer un contrôle sur la fondation et un degré élevé d'anonymat est préservé. Au Panama, par exemple, une autorisation de l'administration n'est pas nécessaire pour la création d'une fondation ou la modification de ses statuts ; d'ailleurs, il n'existe pas d'administration chargée de superviser les fondations. En outre, les documents relatifs à la fondation comportant l'identité des bénéficiaires (parmi lesquels peut figurer le fondateur lui-même) n'ont pas à être déposés auprès d'une autorité publique, et la fondation n'a pas à soumettre un rapport d'activité ou des comptes annuels. Le fondateur peut aussi utiliser un mandataire pour constituer la fondation, ce qui lui garantit que son identité ne sera pas révélée à l'extérieur.

Au Liechtenstein, en particulier, il a été signalé que les fondations auraient souvent été utilisées de façon abusive à des fins illicites, notamment pour mettre à l'abri des capitaux de chefs d'État corrompus²⁴. Au Liechtenstein, il existe aussi l'*Anstalt* (établissement), entité hybride qui tient à la fois de la société de capitaux fermée et de la fondation. Assurant à ses fondateurs une forte protection de leur anonymat, leur permettant d'exercer un contrôle effectif et n'exigeant la publicité que de très peu d'informations, l'*Anstalt* est aussi considéré comme étant souvent utilisé abusivement à des fins illicites.

4. Sociétés en commandite simple et sociétés de personnes à régime de responsabilité limitée

Une société de personnes est une association de deux ou plusieurs personnes physiques ou morales, constituée dans le but d'exercer une activité économique. Contrairement aux sociétés de capitaux, les sociétés de personnes sont des entités dans lesquelles au moins un des associés (dans le cas des sociétés en commandite simple) ou tous les associés (dans le cas des sociétés en nom collec-

tif) ont une responsabilité illimitée à l'égard des obligations de la société. Dans une société en commandite simple, les commanditaires ont une responsabilité limitée, à condition qu'ils ne participent pas activement aux décisions de gestion ou ne contrôlent pas la société. Ces dernières années, certaines juridictions ont introduit la notion de société de personnes à régime de responsabilité limitée dans laquelle tous les associés, quelle que soit leur implication dans la gestion de la société, ont une responsabilité limitée. Sur le plan fiscal, les sociétés de personnes sont censées être des véhicules transparents qui permettent la répartition et la taxation des profits et pertes au niveau des associés.

Comme les sociétés classiques de personnes sont généralement utilisées pour organiser des relations d'affaires privées et qu'un ou plusieurs associés ont une responsabilité illimitée à l'égard des obligations de la société, ces entités sont généralement moins réglementées que les sociétés de capitaux. Une réglementation plus légère confère aux sociétés de personnes une structure plus souple. D'une manière générale, les sociétés de personnes ne semblent pas être utilisées de façon abusive à des fins illicites autant que les sociétés de capitaux. Dans une étude récente portant sur l'utilisation abusive des véhicules juridiques dans les pays de l'UE, aucun pays n'a indiqué que les sociétés de personnes seraient les plus utilisées²⁵.

Les sociétés en commandite simple doivent être enregistrées pour que les commanditaires puissent bénéficier d'une responsabilité limitée à leur apport. De nombreuses juridictions exigent que les commanditaires et les commandités d'une société en commandite simple soient enregistrés, mais d'autres juridictions n'exigent l'enregistrement que pour les commandités. Dans certaines juridictions, les commandités peuvent être des personnes physiques ou morales. Dans certaines juridictions, les commanditaires ne sont pas enregistrés auprès d'une autorité publique et sont autorisés à intervenir dans les décisions de gestion, notamment en ayant qualité de dirigeant, administrateur ou actionnaire d'une société de personnes et en conseillant les commandités sur les affaires commerciales de la société, sans perdre le bénéfice de la responsabilité limitée ni être tenus de se faire enregistrer auprès de l'administration. Du fait de la préservation de l'anonymat combinée à la possibilité d'exercer une influence sur les décisions de gestion, ces types de sociétés en commandite se prêtent à une utilisation abusive à des fins illicites.

Les sociétés de personnes à régime de responsabilité limitée doivent être enregistrées auprès des autorités et l'associé bénéficie d'une responsabilité limitée, mais il encourt une responsabilité personnelle pour faute et pour acte ou conduite répréhensibles, de sa part ou de la part de personnes relevant directement de son autorité.

34

En raison de l'existence d'une protection par voie « d'ordonnance constitutive de charge », les sociétés en commandite simple et les sociétés de personnes à régime de responsabilité limitée peuvent être utilisées pour protéger des biens afin d'empêcher, ou au moins de différer, la possibilité pour un créancier bénéficiaire d'un jugement à cet effet de faire valoir ses droits sur les biens de son débiteur. Avec cette protection, un créancier bénéficiaire d'un jugement contre un associé d'une société de personnes ne peut obtenir la saisie de la participation de cet associé dans la société de personnes ni de tout bien spécifique transféré à cette société de personnes²⁶. Dans ce cas, le créancier est seulement autorisé à faire valoir une charge sur la participation de l'associé, de sorte qu'une éventuelle future distribution de la société de personnes aille au créancier et non à l'associé. Cependant, le créancier bénéficiaire d'un jugement en sa faveur ne peut contraindre la société de personnes à effectuer une distribution, et si celle-ci ne le fait pas (scénario probable puisque le débiteur contrôle souvent la société de personnes), le créancier ne pourra pas obtenir satisfaction. En outre, un créancier qui a obtenu une ordonnance constitutive de charge peut être considéré, fiscalement, comme un subrogé associé dans la société, et il doit alors payer l'impôt sur la part des bénéfices de la société revenant au débiteur, même s'il n'a été procédé à aucune distribution.

C. Mécanismes favorisant l'anonymat

La possibilité de dissimuler son identité est essentielle pour tous ceux qui souhaitent exercer une activité illicite en utilisant un véhicule juridique. Chacun des véhicules juridiques décrits ci-dessus offre un certain degré d'anonymat « naturel » à son bénéficiaire effectif, mais l'anonymat peut être renforcé par toute une série de mécanismes, tels que les actions au porteur, les actionnaires mandataires et les administrateurs mandataires. Ces mécanismes ont été conçus pour être utilisés à des fins légitimes, mais ils peuvent aussi faire l'objet d'abus pour dissimuler l'identité des bénéficiaires effectifs. Ces instruments peuvent aussi être utilisés conjointement pour renforcer l'anonymat. Les risques que présentent ces mécanismes ont conduit parfois les autorités et d'autres parties à mettre en place des contre-mesures afin de neutraliser les possibilités de dissimulation de l'identité.

Les principaux instruments favorisant l'anonymat sont les suivants :

1. Actions au porteur

Les actions au porteur sont des instruments négociables qui attribuent la propriété de tout ou partie d'une société à la personne qui possède les certificats d'action au porteur. En d'autres termes, la personne qui est physiquement en possession du certificat d'action au porteur est censée être l'actionnaire légal de

la société ayant émis cette action au porteur et est investie de tous les droits de l'actionnaire. Les actions au porteur ne mentionnent pas le nom de l'actionnaire et ne sont pas enregistrées, mais elles portent éventuellement un numéro de série. Les actions au porteur sont transférées au moment de la délivrance du certificat d'action, alors que les actions nominatives sont transférées par un instrument écrit. Par conséquent, les actions au porteur offrent un niveau élevé d'anonymat et une grande facilité de cession.

Dans certaines juridictions, les actions au porteur sont d'un usage courant et légitime, de façon à faciliter le transfert des actions et à éviter les coûts qu'entraîne le transfert d'actions nominatives (droit de timbre, frais liés à l'intervention d'un intermédiaire, coûts d'impression d'un nouveau certificat d'action nominatif, etc.). Toutefois, dans certaines juridictions, et dans certains contextes commerciaux, la préservation de l'anonymat qu'assurent les actions au porteur les rendent intéressantes à des fins délictueuses, comme le blanchiment d'argent, la fraude fiscale et d'autres actes illicites, en particulier si elles sont émises par des sociétés de capitaux fermées. Les actions au porteur sont autorisées dans de nombreuses juridictions (mais pas toutes), tant onshore qu'offshore. Dans de nombreuses juridictions d'Europe continentale, les sociétés de capitaux ouvertes sont autorisées à émettre des actions au porteur, alors que les sociétés de capitaux fermées n'y sont pas autorisées. Dans certains centres financiers offshore, les IBC/les sociétés exonérées sont autorisées à émettre des actions au porteur alors que les sociétés nationales ou résidentes ne le sont pas.

Les actions au porteur se prêtent à une utilisation abusive à des fins illicites parce qu'elles peuvent effectivement dissimuler les bénéficiaires effectifs d'un véhicule juridique tout en assurant un anonymat maximum et en rendant ces véhicules encore plus susceptibles d'être utilisés à des fins illicites. Par exemple, les sociétés qui émettent des actions au porteur sont généralement dispensées de tenir un registre concernant ces actions. Cela réduit d'autant la quantité d'informations auxquelles les autorités peuvent accéder en cas d'investigation.

Certaines des juridictions de l'OCDE qui autorisent l'émission d'actions au porteur ont mis en place des mesures pour limiter les risques que présentent ces titres. En France, aux Pays-Bas et en Espagne, par exemple, le détenteur d'actions au porteur doit se faire inscrire auprès de la société ou des autorités pour pouvoir exercer ses droits de vote et percevoir ses dividendes. En outre, la France a « dématérialisé » les titres en 1981. Par conséquent, les certificats d'action n'existent plus en France et les actions, de même que l'identité de leurs détenteurs, sont inscrites dans les registres de la société (pour les actions nominatives) ou auprès d'un intermédiaire financier agréé (pour les actions au porteur).

Face à la possibilité de dissimuler l'identité du bénéficiaire effectif d'une société, certaines juridictions offshore interdisent l'émission d'actions au porteur²⁷,

et certains centres financiers offshore tels que les Bahamas et les îles Cayman s'orientent vers la suppression des actions au porteur et/ou la mise en place de sauvegardes afin que ces instruments ne fassent pas l'objet d'une utilisation abusive. A Gibraltar, par exemple, une société exonérée peut émettre des actions au porteur, mais celles-ci doivent être déposées dans une banque de Gibraltar et les noms des bénéficiaires doivent être communiqués aux autorités. En outre, la banque qui a la garde des titres doit confirmer qu'elle détient les actions au porteur pour le compte des bénéficiaires désignés et qu'aucun changement de propriété ne se fera sans l'accord du Financial and Development Secretary. Du fait de ces restrictions, très peu de sociétés exonérées émettent des actions au porteur.

Des mesures ont également été prises dans le secteur privé pour réduire le risque d'une utilisation abusive des actions au porteur. Pressés en partie par la législation contre le blanchiment d'argent, qui exige de certains intermédiaires qu'ils communiquent l'identité de leurs clients, et en partie par les soupçons pesant sur les clients exigeant des actions au porteur, certains fournisseurs de services aux sociétés immobilisent les actions au porteur détenues par leurs clients de façon à être sûrs que ces actions ne soient pas ensuite transférées à leur insu.

2. Actionnaires mandataires

Les actionnaires mandataires sont utilisés dans la plupart des juridictions. Concernant les actions cotées en bourse, l'usage d'un mandataire (par exemple l'enregistrement des actions au nom des sociétés de bourse) est courant et légitime, pour faciliter la compensation et le règlement des titres. Cependant, dans d'autres contextes, la raison d'être de l'usage d'un mandataire est moins convaincante et des abus sont possibles. Par exemple, de nombreuses juridictions exigent des sociétés qu'elles tiennent un registre des actionnaires et soumettent des rapports annuels comportant une liste des actionnaires et des informations sur les administrateurs. Toutefois, l'utilisation de mandataires réduit l'utilité du registre ou de la liste des actionnaires parce que les personnes qui figurent sur la liste ne sont pas nécessairement les bénéficiaires effectifs.

Lorsqu'il est fait appel à des actionnaires mandataires, la plupart des juridictions utilisent des moyens d'investigation (comme interroger le responsable du registre) pour connaître l'identité des bénéficiaires effectifs. Au Royaume-Uni, l'article 212 du Companies Act de 1985 prévoit pour les entreprises une procédure leur permettant d'identifier les bénéficiaires effectifs de leurs actions. Aux termes de cet article, une société peut demander au mandataire de révéler l'identité du bénéficiaire effectif. S'il refuse, la société peut appliquer des sanctions telles que la suspension de ses droits de vote, ne pas lui distribuer de dividendes ou refuser d'enregistrer toute cession d'actions ultérieure.

3. *Administrateurs mandataires et sociétés-administrateurs*

Les administrateurs mandataires, de même que les sociétés servant d'administrateur (« sociétés-administrateurs »), peuvent aussi faire l'objet d'une utilisation abusive pour masquer l'identité du bénéficiaire effectif, de sorte que les informations sur les administrateurs contenues dans les registres des sociétés perdent de leur utilité. Les administrateurs mandataires figurent sur tous les documents de la société et dans les registres officiels (s'il y en a), mais s'en remettent pour toutes leurs responsabilités d'administrateur au bénéficiaire effectif de la société. Dans de nombreuses juridictions, l'administrateur mandataire et la société-administrateur ne sont pas tenus de détenir des actions de la société dont ils sont administrateurs.

Certaines juridictions, dont la plupart des pays Membres de l'OCDE et les centres financiers offshore tels que Chypre, l'île de Man, Jersey, Malte et les Antilles néerlandaises, ne reconnaissent pas les administrateurs mandataires. En d'autres termes, la personne qui accepte un poste d'administrateur est soumise à toutes les obligations de l'administrateur, y compris aux obligations fiduciaires, même si elle agit en tant que mandataire. Dans certaines juridictions, les administrateurs ne peuvent pas être dégagés de toute responsabilité par le bénéficiaire effectif. La non-reconnaissance de la notion d'administrateur mandataire présente un avantage indirect : ceux qui agissent en tant qu'administrateurs professionnels ou offrent leurs services à cet effet sont susceptibles de prendre davantage de précautions pour veiller à ce que leur client, le bénéficiaire effectif, n'utilise pas le véhicule juridique à des fins illicites. Dans les Antilles néerlandaises, qui ne reconnaissent pas la notion d'administrateur mandataire, les fiducies de bonne réputation auxquelles il est demandé de servir d'administrateur procèdent au préalable à une investigation rigoureuse sur leurs clients et, dans le cas de sociétés émettrices d'actions au porteur, exigent l'immobilisation de ces actions pour accepter de siéger comme administrateur. Pour limiter le recours aux administrateurs mandataires, certaines juridictions comme l'Irlande plafonnent le nombre de mandats d'administrateur qu'une même personne peut occuper. En Irlande, une même personne peut occuper au maximum 25 postes d'administrateur. Au Royaume-Uni, le Companies Act exige que soit communiquée l'identité des administrateurs de fait, définis comme les personnes dont les instructions sont habituellement suivies par les administrateurs d'une société.

Dans de nombreuses juridictions, les administrateurs peuvent être des personnes morales. Certaines juridictions, dont l'Australie, le Danemark, la Hongrie, l'Irlande, Jersey, Panama et la Suisse, n'autorisent pas les personnes morales à siéger en tant qu'administrateur, mais d'autres juridictions telles que les Pays-Bas, le Royaume-Uni et de nombreux centres financiers offshore admettent que des personnes morales puissent être administrateur²⁸. Le fait que des administra-

teurs puissent être des sociétés peut faciliter l'utilisation abusive des véhicules juridiques, si le système juridique n'est pas en mesure d'imputer efficacement et en temps utile la responsabilité d'administrateur à des personnes physiques en cas d'acte illicite commis dans le cadre d'une personne morale.

4. Chaînes de véhicules juridiques

Les auteurs d'actes illicites font souvent appel à une chaîne de sociétés, chacune des sociétés étant établie dans une juridiction différente (en particulier les juridictions où les informations concernant le bénéficiaire effectif ne sont pas consignées ou communiquées) pour préserver l'anonymat et rendre très difficile le repérage du bénéficiaire effectif par les autorités²⁹. Par exemple, une IBC établie dans la juridiction X peut être détenue par une autre IBC établie dans la juridiction Y, qui à son tour appartient à une troisième IBC établie dans la juridiction Z. La troisième société peut être la propriété d'une fiducie établie dans une autre juridiction. Les combinaisons possibles sont alors pratiquement illimitées. Par exemple, le milliardaire australien Alan Bond était accusé d'avoir utilisé toute une série de sociétés établies dans des juridictions différentes pour mettre ses biens à l'abri de ses créanciers. L'identification du bénéficiaire effectif s'est révélée tellement difficile qu'en fin de compte les créanciers de Bond ont préféré accepté un concordat pour 10.25 millions de dollars australiens pour solde de dettes s'élevant à un total de plus d'un milliard de dollars australiens (*cf.* étude de cas *Alan Bond*, pour plus de détails).

5. Intermédiaires – agents intervenant dans la création de sociétés, sociétés fiduciaires, avocats, fiduciaires et autres professionnels

Les intermédiaires, tels que les agents intervenant dans la création de sociétés, les sociétés fiduciaires, les avocats, les fiduciaires et autres professionnels, jouent un rôle important dans la constitution et la gestion des sociétés dans la plupart des centres financiers offshore. Bien sûr, ces intermédiaires existent dans les juridictions onshore, mais ils jouent un moindre rôle que leurs homologues des juridictions offshore. En outre, dans les centres financiers offshore, les intermédiaires occupent souvent une position clé dans l'occultation de l'identité des bénéficiaires effectifs des véhicules juridiques.

Couramment, les fournisseurs de services aux sociétés créent des structures destinées à faire en sorte que le bénéficiaire effectif reste anonyme et intervient souvent comme intermédiaires entre le client et les autorités de la juridiction de constitution. En outre, ils se chargent de fournir des mandataires pour les actionnaires et les administrateurs, de sorte que les noms des bénéficiaires effectifs n'apparaissent pas dans les livres de la société ou les registres officiels. D'autres intermédiaires tels que les banques privées agissant pour le compte

d'individus très fortunés interviennent aussi pour créer des entités écrans qui ont pour but d'aider leurs clients à dissimuler leur identité.

Dans de nombreuses juridictions, les lois dispensent les institutions financières de l'obligation de diligence lorsque le client est introduit par un intermédiaire (avocat, notaire ou fournisseur agréé de services aux sociétés) qui s'est assuré de l'identité du client. Dans ces juridictions, il est souvent fait appel à des intermédiaires pour ouvrir des comptes bancaires, de sorte que le bénéficiaire effectif conserve l'anonymat. Même lorsque la loi ne dispense pas expressément les institutions financières de prendre ces mesures de précaution, certaines d'entre elles ne le font pas si un intermédiaire se porte garant du client, permettant à ce dernier de garder l'anonymat.

Les fiduciaires peuvent aussi jouer un rôle dans l'occultation de l'identité du bénéficiaire effectif. Dans certaines juridictions, si une fiducie détient des actions d'une société, le fiduciaire apparaît dans les livres et n'a pas à révéler qu'il détient les actions en qualité de fiduciaire. Cela risque d'induire en erreur les autorités, qui peuvent alors croire que le fiduciaire est le bénéficiaire effectif des actions.

Les avocats, notaires et autres professionnels jouissant du privilège du secret professionnel sont des intermédiaires particulièrement intéressants, puisque l'identité de leurs clients peut parfois être protégée. Dans certaines juridictions, la loi confère aux membres de certaines professions comme les avocats et les notaires le droit de refuser de fournir des éléments de preuve aux autorités, même s'ils agissent à un titre autre que juridique. Certaines juridictions offshore étendent ce privilège aux sociétés de gestion.

D. Types d'activités illicites exercées grâce à l'utilisation de véhicules juridiques

On examinera ci-après les principaux types d'activités illicites exercées grâce à l'utilisation de véhicules juridiques.

1. Blanchiment d'argent

S'il y a blanchiment d'argent, c'est parce que les auteurs de crimes ou délits ont besoin de dissimuler l'origine de l'argent qu'ils en tirent de façon à pouvoir le soustraire à toute saisie ou confiscation et à pouvoir l'utiliser plus facilement. Le blanchiment d'argent est le processus par lequel les produits d'activités illicites subissent une transformation telle qu'à la fin du processus de blanchiment ils aient l'air de provenir d'activités licites³⁰. Fondamentalement, le blanchiment d'argent est le dernier stade de l'activité illicite. Les infractions de base qui rendent nécessaire le blanchiment d'argent sont, notamment, le trafic de drogue et d'êtres humains, l'extorsion de fonds, la corruption, les opérations d'initié, le trafic

d'armes, la fraude à la carte bancaire, la fraude fiscale, l'enlèvement, la manipulation des marchés et d'autres crimes ou délits³¹.

D'après le GAFI, le blanchiment d'argent se fait en trois étapes : le *placement* (introduction de gains illégaux dans le système financier légal ou sortie en fraude de capitaux du pays), l'*empilage* (séparation des produits de leur source par toute une série d'opérations (faisant appel à un certain nombre de véhicules établis dans diverses juridictions) destinées à éloigner les capitaux de leur source) et l'*intégration* (réinjection des capitaux blanchis dans l'économie). A ces trois stades, des véhicules juridiques peuvent faire l'objet d'une utilisation abusive.

Le besoin de blanchir de l'argent résulte de pratiquement tous les crimes ou délits générateurs de gains. Par conséquent, le blanchiment d'argent peut se produire, et d'ailleurs se produit, dans pratiquement toutes les juridictions. Toutefois, les blanchisseurs d'argent préfèrent utiliser les juridictions qui les mettent le mieux à l'abri. Les lois permettant de préserver strictement le secret, les régimes de réglementation et de surveillance laxistes et l'existence de véhicules juridiques préservant parfaitement l'anonymat dans certains centres financiers offshore attirent plus particulièrement les blanchisseurs d'argent. De fait, les IBC établies dans certaines juridictions sont couramment utilisées pour le blanchiment des capitaux, parce qu'elles offrent « une couche protectrice impénétrable autour de l'identité des propriétaires des actifs »³². Parallèlement, la stabilité politique, la dimension de l'économie et la complexité du secteur des services financiers dans de nombreux pays développés rendent ces juridictions, et leurs véhicules juridiques, vulnérables au blanchiment d'argent.

Les dispositifs de blanchiment d'argent comportent souvent le recours à des véhicules juridiques relevant de juridictions tant onshore qu'offshore. Par exemple, les produits d'une activité délictueuse dans une juridiction onshore seront transférés d'abord sur un compte d'une banque offshore ouvert au nom d'une société établie dans un centre financier offshore. Les fonds seront ensuite déplacés entre plusieurs juridictions (tant onshore qu'offshore), là encore par l'intermédiaire de véhicules juridiques, pour établir une distance entre ces capitaux et leur source illicite. Enfin, pour réinjecter l'argent dans la juridiction d'origine, on y crée une société qui va « emprunter » l'argent à l'entité offshore.

Pour conférer à leurs opérations une plus grande légitimité et réduire le risque d'être repérés, les blanchisseurs d'argent cherchent à utiliser des sociétés établies qui ont noué des relations bancaires avec des établissements financiers situés à l'étranger. Ces sociétés peuvent justifier de façon crédible l'importance de leurs dépôts et leurs transferts de fonds transfrontières. Le recours à des sociétés établies est d'autant plus intéressant que certaines juridictions qui ont récemment introduit l'obligation d'identifier le client prévoient une dérogation pour les

clients existants (*cf.* lutte contre le blanchiment d'argent (point II.C.1.b), pour plus de détails).

Un certain nombre de pratiques illicites décrites ci-dessous impliquent un blanchiment d'argent à un niveau quelconque. Ces pratiques sont commentées spécifiquement pour donner une image plus complète des types d'activités illicites qui sont exercées par le biais d'une utilisation abusive de véhicules juridiques.

2. Corruption

Les véhicules juridiques peuvent être utilisés de façon abusive à des fins illicites dans des opérations de corruption. Selon le GAFI, des sociétés écrans et des mandataires sont souvent utilisés par les corrupteurs et les corrompus pour faciliter leurs opérations illicites³³. Par exemple, la compagnie pétrolière française Elf Aquitaine aurait fait transiter des pots-de-vin versés au président du Gabon, El Hadj Omar Bongo, par l'intermédiaire de ses comptes ouverts dans des banques suisses au nom de sociétés écrans³⁴.

Les fondations et les fiducies sont aussi fréquemment utilisées abusivement dans le cadre d'opérations de corruption. Par exemple, de nombreux articles de presse ont rapporté que l'ancien président des Philippines, Marcos, utilisait des sociétés établies au Liechtenstein, notamment des fondations, pour faciliter ses opérations de corruption.

3. Dissimulation et protection d'actifs au détriment des créanciers et autres ayants droit

Des véhicules juridiques peuvent aussi être utilisés de façon abusive pour dissimuler des biens et les mettre hors de portée de créanciers et autres ayants droit tels que conjoints, héritiers et autorités fiscales. L'opacité obtenue grâce à certains types de véhicules juridiques peut servir à cacher l'existence ou la propriété de biens de façon à les mettre à l'abri de créanciers et autres ayants droit. Dans certains cas de faillite impliquant des personnes physiques, par exemple, des capitaux ont été sortis d'une juridiction par l'intermédiaire de sociétés écrans et de fiducies établies dans d'autres juridictions où il a été extrêmement difficile de retrouver le bénéficiaire effectif (*cf.* étude de cas *Alan Bond*). Dans certaines juridictions, lorsqu'une fiducie détient des actions d'une société, le fiduciaire en est le créancier bénéficiaire apparent et il n'a pas à révéler sa qualité de fiduciaire.

Les fiducies, en particulier celles qui sont constituées pour protéger des biens, peuvent aussi être utilisées de façon abusive pour mettre des biens à l'abri de toute prétention de créanciers et autres ayants droit. Les constituants qui transfèrent des biens à une fiducie pour échapper à des créanciers et autres ayants droit cherchent à donner l'apparence qu'ils ne possèdent plus les biens transférés ou n'exercent plus de contrôle sur ces biens (*cf.* étude de cas *Anderson*). Ainsi, les biens transférés (à condition qu'ils n'enfreignent pas les lois sur les

mutations frauduleuses) restent hors de portée des créanciers. Cependant, même si les constituants ont respecté toutes les obligations officielles pour créer une fiducie valide, ils peuvent en secret exercer un contrôle sur la fiducie et sur le fiduciaire par le biais de lettres de souhaits et de protecteurs.

Comme indiqué précédemment, la protection accordée aux sociétés de personnes classiques ou à régime de responsabilité limitée par le biais de l'« ordonnance constitutive de charge » en fait des véhicules intéressants pour retarder et empêcher la saisie des biens d'un débiteur par le créancier bénéficiaire d'un jugement à cet effet.

4. *Pratiques fiscales illicites*

Des pratiques fiscales illicites telles que la dissimulation de bénéfices, la double facturation, les abus en matière de prix de transfert et la dissimulation de revenus peuvent faire intervenir des véhicules juridiques et des fiducies établis dans des juridictions étrangères. Le fisc américain a relevé une prolifération de recours à des fiducies et autres véhicules juridiques établis dans des centres financiers offshore pour des opérations de fraude fiscale, du fait de la difficulté de repérage des bénéficiaires effectifs³⁵.

Les pratiques fiscales illicites peuvent s'appuyer sur de très nombreux dispositifs. Par exemple, un contribuable désireux de dissimuler des revenus de son entreprise peut créer une société dans une juridiction étrangère pour émettre des fausses factures destinées à l'entreprise contribuable dans la première juridiction. Le contribuable comptabilise et déclare en charges les paiements effectués au titre des fausses factures, dans le but de diminuer le résultat bénéficiaire et, surtout, de payer moins d'impôt.

Une fois que les capitaux sont dissimulés à l'étranger, il s'agit alors d'imaginer des mécanismes pour pouvoir utiliser ces fonds. Le « rapatriement » peut se faire par l'intermédiaire d'un véhicule juridique. Par exemple, si le transfert de capitaux a été effectué initialement *via* une fiducie étrangère, celle-ci peut ensuite transférer les fonds sur le compte bancaire d'une société émettant des actions au porteur, qui accordera ensuite un prêt au contribuable. L'utilisation des actions au porteur et d'autres instruments favorisant l'anonymat met les autorités fiscales en difficulté pour prouver qu'un tel prêt est frauduleux.

Comme cela a été dit précédemment, des personnes physiques peuvent, par l'intermédiaire d'une fiducie, essayer de dissimuler au fisc l'existence de biens et de revenus. En outre, des fiducies peuvent être utilisées de façon frauduleuse (fiducies fictives) pour tromper le fisc et lui faire croire qu'un véritable transfert de biens a eu lieu, alors qu'en fait le contrôle est conservé par le constituant.

5. Opérations irrégulières pour compte propre, approbation frauduleuse et détournement de biens

Les véhicules juridiques, en particulier ceux qui sont établis dans des juridictions où il est possible de dissimuler les bénéficiaires des véhicules juridiques, peuvent être utilisés dans des opérations pour compte propre ou des opérations frauduleuses. En effet, l'utilisation d'un véhicule juridique peut fournir une apparence de légitimité (transactions de pleine concurrence) à une transaction par ailleurs frauduleuse entre des parties apparentées d'une société. Du fait de l'utilisation d'actions au porteur et d'administrateurs mandataires, en particulier, les autorités ont beaucoup de mal à prouver qu'une transaction a été effectuée pour compte propre ou en vue d'une soustraction illégale de biens.

On observe surtout ces abus dans les économies en transition telles que la Russie. Un observateur a remarqué que « pratiquement toutes les entreprises russes, petites ou grandes, sont entourées de sociétés "indépendantes" créées par des dirigeants ou leur famille ; dans de nombreux cas, les opérations de vente et d'achat transitent par ces sociétés, épongeant ainsi les bénéfices de l'entreprise principale »³⁶. Une forte proportion de ces activités ainsi que d'autres sorties illégales de capitaux a pu avoir lieu grâce à l'utilisation de véhicules juridiques créés à l'étranger, ce qui représente plusieurs milliards de dollars sortant chaque année de Russie. En outre, l'utilisation de véhicules juridiques aux fins d'opérations pour compte propre a été couramment observée dans certains pays d'Asie.

6. Fraude boursière et contournement des obligations de publicité

Comme dans d'autres types d'activités illicites, des véhicules juridiques peuvent aussi être utilisés abusivement pour commettre des fraudes boursières et contourner les obligations de publicité. Par exemple, des dirigeants ou membres du personnel de sociétés cotées en bourse ont pu abuser de leur accès à des informations importantes non publiques en utilisant des sociétés établies dans des juridictions étrangères pour réaliser des achats et des ventes illicites d'actions. Récemment, les autorités italiennes ont relevé le recours fréquent à des véhicules juridiques établis dans des pays où il est difficile de retrouver les bénéficiaires effectifs pour commettre des délits d'initiés. En outre, des personnes physiques ont pu profiter de l'anonymat assuré par certains véhicules juridiques pour dissimuler le contrôle qu'elles exerçaient sur des véhicules utilisés pour manipuler le marché des valeurs cotées en bourse. En particulier, on peut se servir de véhicules juridiques pour diffuser de fausses informations de façon à influencer les cours des actions ou pour réaliser frauduleusement des achats et des ventes afin de faire monter artificiellement les cours. Enfin, des personnes physiques

peuvent échapper à l'obligation de déclarer leur participation dans une société au-delà de certains seuils (par exemple, 5 pour cent ou 10 pour cent des actions en circulation) en répartissant ces actions à l'intérieur d'un groupe de véhicules juridiques, chacun détenant un nombre d'actions inférieur au seuil de déclaration obligatoire.

Notes

1. Rapport de 2000 de la Commission européenne sur les personnes morales, p. 11.
2. Transcrime, *Euroshore : Protecting the EU financial system from the exploitation of financial centres and offshore facilities by organised crime*, janvier 2000, p. 118 (« rapport Euroshore »).
3. OCDE, Comité des affaires fiscales, *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales*, 2000.
4. Office des Nations Unies pour le contrôle des drogues et la prévention du crime, « Paradis financiers, secret bancaire et blanchiment de l'argent », 1998, p. 57 (« Rapport des Nations Unies de 1998 »).
5. Groupe d'action financière sur le blanchiment d'argent, Rapport du GAFI sur les pays ou territoires non coopératifs, 14 février 2000.
6. Sue Hawley, *Exporting Corruption : Privatisation, Multinationals and Bribery*, juin 2000, à www.globalpolicy.org/nations/corrupt/corner.htm.
7. Dans la plupart des juridictions, il n'y a qu'un organe à un seul niveau, le conseil d'administration. Dans d'autres pays, il y a deux organes : le conseil de surveillance et le directoire.
8. Les pouvoirs des actionnaires sont généralement le droit d'élire les administrateurs, de participer et de voter aux assemblées générales et d'approuver les opérations extraordinaires qui aboutissent à la vente de l'entreprise.
9. Par « actions », on entend dans le présent rapport les actions, parts, participations et autres formes de propriété d'une société de capitaux.
10. Dans les juridictions de droit romano-germanique, la *société anonyme* (SA) et l'*Aktiengesellschaft* (AG) sont des exemples de sociétés de capitaux ouvertes.
11. Dans les juridictions de droit romano-germanique, la *société à responsabilité limitée* (SARL) et la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) sont des exemples de sociétés de capitaux fermées.
12. Dans certaines juridictions de common law, telles que l'Irlande et le Royaume-Uni, les sociétés de capitaux fermées sont autorisées à émettre des actions au porteur.
13. Rapport 2000 de la Commission européenne sur les personnes morales.
14. United Kingdom Cabinet Office Performance and Innovation Unit, *Recovering the Proceeds of Crime*, juin 2000.
15. FinCEN, *The SAR Activity Review – Trends, Tips & Issues*, octobre 2000.
16. United States Department of State, *International Narcotics Control Strategy Report 1999*, mars 2000 (« INCSR 1999 »). Une société préconstituée est une société qui a déjà été fondée avec des statuts types et a des actionnaires, des administrateurs et un secrétaire inactifs. Lorsqu'une société préconstituée est achetée, les actionnaires

inactifs transfèrent leurs titres à l'acheteur et les administrateurs et le secrétaire présentent leur démission. D'une manière générale, les autorités n'ont pas à être informées de la vente de ce type de société.

17. Dans le Delaware, par exemple, les sociétés à responsabilité limitée présentent une caractéristique particulière en ce que leurs dirigeants peuvent être des sociétés. Dans les autres types de sociétés au Delaware, seule une personne physique peut être administrateur ou dirigeant. En outre, si la société à responsabilité limitée du Delaware choisit d'être considérée comme une société de personnes et si les associés de la société à responsabilité limitée sont exclusivement des personnes non ressortissantes des États-Unis, les déclarations fiscales annuelles ne sont pas exigées, mais les associés peuvent néanmoins avoir l'obligation de remplir une déclaration d'impôt au titre des revenus provenant de la société de personnes.
18. Un certain nombre de juridictions relevant du droit civil connaissent la notion de fiducie, mais tout ce paragraphe porte (sauf indication contraire) sur le concept de fiducie en common law, puisque les trusts établis dans des juridictions de common law (à de rares exceptions près) semblent le plus fréquemment faire l'objet d'une utilisation abusive à des fins illicites.
19. Le constituant peut aussi être bénéficiaire.
20. Dans certaines juridictions, le constituant peut aussi être co-fiduciaire.
21. Les fiducies qui exercent des activités dans le secteur des services financiers, comme les fonds communs de placement qui réunissent des capitaux provenant du grand public, sont souvent réglementés. Au Japon, juridiction de droit civil, les tribunaux supervisent toutes les fiducies privées à l'exception de celles qui exercent des activités commerciales
22. Dans certains pays, la loi précise la manière dont les biens d'une personne doivent être distribués (« règles impératives de succession »).
23. Rapport 2000 de la Commission européenne sur les personnes morales.
24. Par exemple, on a beaucoup dit que l'ancien président des Philippines, Ferdinand Marcos, s'était servi d'un certain nombre de fondations au Liechtenstein pour mettre à l'abri l'argent qu'il avait volé au Trésor philippin.
25. Rapport 2000 de la Commission européenne sur les personnes morales.
26. Cela se fonde sur le principe selon lequel les actifs transférés au profit d'une société de personnes appartiennent à la société et non aux associés eux-mêmes.
27. Les juridictions qui interdisent l'émission d'actions au porteur sont, entre autres, la Barbade, les Bermudes, Costa Rica, Chypre, Guernesey et Jersey.
28. En Italie, il est interdit *de facto* à une société d'agir comme administrateur d'une autre société.
29. L'utilisation de chaînes de véhicules juridiques peut aussi renforcer l'opacité s'il n'y a pas de règles relatives à la communication d'informations sur les activités du groupe ou si ces règles sont insuffisantes.
30. En outre, l'infraction de blanchiment s'applique également à la dissimulation des produits d'un crime ou d'un délit.
31. Selon les juridictions, les infractions de base sont différentes. Certaines appliquent l'infraction de blanchiment à tous les crimes et délits, dès lors que l'infraction a un certain degré de gravité.

32. Rapport des Nations Unies de 1998, p. 60.
33. Groupe d'action financière sur le blanchiment d'argent, *Rapport du GAFI sur les pays ou territoires non coopératifs*, 14 février 2000, p. 4.
34. Sénat des États-Unis, Minority Staff Report for Permanent Subcommittee on Investigations, *Hearing on Private Banking and Money Laundering : A Case Study of Opportunities and Vulnerabilities*, 9 novembre 1999 (qui cite plusieurs rapports concernant le fait que les autorités suisses ont gelé des comptes bancaires, y compris deux comptes ouverts au nom de sociétés écrans liées au président Bongo, à la demande des autorités françaises qui enquêtaient sur des pots-de-vin versés par Elf Aquitaine).
35. *Internal Revenue Service (United States), Summary of Abusive Trust Schemes*, octobre 2000, p. 3.
36. Patricia Kranz, *Shareholders at the Gate*, Business Week, 2 juin 1995, at 60 (in Merritt B. Fox et Michael A. Heller, *Lessons from Fiascos in Russian Corporate Governance*, Faculté de droit de l'Université du Michigan, Law and Economics Working Paper n° 99-012, octobre 1999).

Partie II

Obtention et échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques

A. Introduction

Pour prévenir et combattre l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites, il est essentiel que les autorités de toutes les juridictions aient les moyens d'obtenir et d'échanger en temps utile les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques établis sur leur territoire.

Divers mécanismes sont mis en œuvre pour obtenir les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. La plupart des juridictions s'appuient sur la coercition, les mandats de justice et d'autres mesures pour percer à jour le véhicule juridique en vue d'identifier les bénéficiaires effectifs en cas de suspicion d'activité illicite¹. Dans un petit nombre de juridictions, les autorités exigent une large publicité des bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques au stade de leur création, avec parfois obligation de mettre à jour ces informations. Les juridictions sont également de plus en plus nombreuses à compléter ces dispositifs par l'obligation, pour les intermédiaires participant à la création et à la gestion des véhicules juridiques, d'obtenir, de vérifier et de conserver les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques et de rendre accessibles ces informations à leurs autorités lorsqu'elles enquêtent sur des activités illicites, exercent leurs fonctions de réglementation ou de surveillance (voir point B) ou échangent des informations avec d'autres autorités nationales ou étrangères.

Plusieurs solutions sont possibles pour obtenir les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques, mais toutes ne conviennent pas à toutes les juridictions. En fonction de leur situation particulière (voir la partie III), certaines juridictions peuvent avoir besoin d'un mécanisme plus étendu de déclaration préalable, alors que d'autres ont la possibilité de s'appuyer essentiellement sur les dispositifs d'investigation ou d'autres procédures pour obtenir les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des

véhicules juridiques. Une série de facteurs influe sur le choix des moyens à mettre en œuvre, notamment la nature des activités exercées dans la juridiction, la proportion des entreprises détenues par des non-résidents et la façon dont ceux-ci exercent leurs droits de propriété, la législation sur les sociétés appliquée, l'existence de lois contre le blanchiment d'argent, les prérogatives des autorités de surveillance et des autorités chargées de l'application des lois et la possibilité qu'elles ont d'obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, le fonctionnement du système judiciaire et l'existence d'instruments favorisant l'anonymat. Il faut en outre établir un bon équilibre entre la réglementation et la surveillance des véhicules juridiques, d'une part, et la protection légitime du domaine privé, d'autre part. Dans les juridictions où les résidents exercent une activité industrielle ou commerciale substantielle et dont les mécanismes d'investigation et d'enquête fonctionnent bien, il faut également tenir compte du fait qu'un régime étendu de déclaration préalable peut imposer des coûts ou des charges inutiles aux véhicules juridiques, et en particulier aux petites entreprises.

La possibilité, pour les autorités, d'obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques doit également se doubler de la possibilité corrélative d'échanger ces informations avec d'autres autorités, au niveau interne ou international, tout en respectant les principes juridiques fondamentaux de chaque juridiction. La possibilité d'échanger des informations au niveau interne est essentielle parce que, dans une juridiction donnée, certaines autorités peuvent détenir les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques – ou avoir plus facilement accès à ces informations – dont ont besoin d'autres autorités de cette juridiction à des fins de surveillance ou d'application des lois. L'anonymat pouvant être renforcé par l'utilisation de véhicules juridiques constitués dans une juridiction étrangère, il est tout aussi crucial que les autorités d'une juridiction puissent échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques avec les autorités d'autres juridictions.

L'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques peut s'appuyer sur divers mécanismes, allant des mécanismes formels comme la convention d'entraide judiciaire et le memorandum d'accord jusqu'aux dispositifs moins formels et à l'assistance ponctuelle.

B. Qui a besoin d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques ?

De nombreuses autorités peuvent avoir un intérêt juridique légitime à obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques dans le cadre d'une investigation en cas de suspicion d'activités illicites.

Les autorités de police et de justice dans le cadre d'enquêtes et de poursuites concernant des opérations de blanchiment d'argent et d'autres crimes et délits ; les autorités fiscales dans le cadre du contrôle de l'application de la législation fiscale et les autorités de surveillance boursière dans le cadre d'investigations sur une manipulation du marché, sur des opérations d'initié et des opérations frauduleuses ne sont que quelques exemples des instances qui peuvent avoir besoin d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Les tribunaux peuvent également avoir besoin de ces informations pour statuer sur les actions dont ils sont saisis, par exemple lorsqu'ils ont à se prononcer sur une opération pour compte propre. Tel peut être le cas également pour d'autres agents désignés par une autorité publique ou exerçant des fonctions sous sa supervision, notamment les syndicats de faillite.

Les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques peuvent être également nécessaires pour l'exercice des fonctions de réglementation ou de surveillance. A titre d'exemple, les autorités de contrôle bancaire peuvent avoir besoin d'informations détenues par un établissement bancaire sur les comptes d'un client donné (y compris sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques au nom desquels ont été ouverts des comptes) pour vérifier si l'obligation d'identification du client a bien été respectée. Grâce aux informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques, les autorités de surveillance boursière peuvent également déterminer quelles sont les personnes physiques ou morales qui sont en mesure de manipuler le marché ou qui tireront probablement un gain substantiel d'une telle manipulation.

C. Facteurs influant sur la capacité des autorités d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques

Toute une série de facteurs influent sur la capacité des autorités d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Ces facteurs sont en particulier les suivants :

1. Le droit applicable

a) Droit des sociétés et réglementations connexes

Le droit des sociétés et les réglementations connexes peuvent influencer, en fonction de leurs caractéristiques, sur la capacité des autorités d'obtenir et d'échanger des informations concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Fondamentalement, le droit des sociétés et des fiducies, lorsqu'il autorise, favorise ou impose un faible degré de transparence,

entrave considérablement la possibilité, pour les autorités, d'identifier les bénéficiaires effectifs des véhicules juridiques et rend ceux-ci plus vulnérables à une utilisation abusive à des fins illicites.

i) Droit des sociétés

On énumérera ci-après, à titre indicatif, un certain nombre d'institutions du droit des sociétés qui influent sur la capacité des autorités d'obtenir les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques :

- Actions au porteur
- Actionnaires et administrateurs mandataires
- « Sociétés-administrateurs »
- Obligation de résidence des administrateurs
- Obligation de présence locale
- Obligation de tenir un registre des actionnaires
- Tenue d'un registre des actionnaires dans la juridiction où le véhicule juridique a été constitué
- Publicité annuelle de certains documents
- Lieu où les livres et documents sociaux doivent être conservés.

Comme indiqué précédemment, de nombreuses juridictions autorisent les actions au porteur. D'une façon générale, les actions au porteur signifient un nombre restreint de documents auxquels les autorités peuvent avoir accès pour identifier les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Dans beaucoup de pays, les sociétés ne doivent tenir un registre que pour les actions nominatives. De plus, les cessions d'actions au porteur n'ont pas à être consignées au registre des actionnaires, contrairement aux cessions d'actions nominatives. Toutefois, dans certains pays, notamment en France et en l'Espagne, les détenteurs d'actions au porteur doivent révéler leur identité à la société pour pouvoir exercer leur droit de vote. En France, les autorités fiscales obligent les détenteurs d'actions au porteur à révéler leur identité pour pouvoir percevoir des dividendes.

Un certain nombre de juridictions autorisent les actionnaires mandataires, et les administrateurs mandataires sont parfois admis. Comme mentionné précédemment, cela réduit l'utilité des registres d'actionnaires et des informations concernant les administrateurs (qui doivent être publiées ou qui sont conservées par la société) lorsqu'il s'agit d'identifier les bénéficiaires effectifs ou les personnes qui exercent le contrôle. De même, l'existence de « sociétés administrateurs » complique l'obtention d'informations relatives au contrôle d'un véhicule juridique.

Les autorités de réglementation et de surveillance ainsi que les autorités chargées de l'application des lois peuvent être mieux à même d'obtenir des informations sur un véhicule juridique faisant l'objet d'une investigation lorsqu'il existe une personne physique (dirigeant ou administrateur) ayant des liens réels (c'est-à-dire n'intervenant pas comme mandataire) avec le véhicule juridique dans la juridiction où il a été constitué. Mais, dans un grand nombre de juridictions, les dirigeants et administrateurs d'un véhicule juridique ne sont pas obligés de résider dans la juridiction où celui-ci a été constitué. Dans certaines juridictions où une obligation de résidence est imposée aux administrateurs, l'utilisation fréquente d'un mandataire fait que, souvent, les autorités ne peuvent pas compter sur la personne concernée pour leur fournir des informations utiles sur le véhicule juridique.

La plupart des juridictions imposent également la domiciliation ou la présence d'un mandataire agréé là où la société a été constituée, mais, dans certaines juridictions, le siège social de la société peut n'être qu'une simple « boîte aux lettres » où sont adressés les documents officiels. De même, un mandataire agréé peut ne pas être en possession de renseignements significatifs sur la société.

Un grand nombre de juridictions obligent également les sociétés à tenir à jour un registre des actionnaires et/ou à remettre une liste des actionnaires aux autorités lors du dépôt des documents sociaux annuels. Dans un grand nombre de juridictions, ces informations sont mises à la disposition du public (notamment *via* Internet). Dans certaines juridictions, le registre des actionnaires ne peut pas être consulté par le public ou ne peut l'être que dans des conditions très limitées, ces informations pouvant toutefois être facilement obtenues par voie de citation en justice. De plus, l'utilisation fréquente de mandataires signifie que, souvent, il n'est pas possible d'obtenir directement par ce moyen des informations sur les bénéficiaires effectifs. Dans un grand nombre de juridictions offshore, le registre des actionnaires n'a pas à être déposé auprès des autorités.

Certaines juridictions, même lorsqu'elles imposent l'établissement d'un siège social ou la désignation d'un mandataire, n'exigent pas que les documents sociaux (y compris le registre des actionnaires) soient conservés dans la juridiction où le véhicule juridique a été constitué². L'indisponibilité de ces livres et documents sociaux dans la juridiction où le véhicule juridique a été constitué empêche les autorités d'obtenir les informations dont elles ont besoin sur une société donnée. Les autorités du Royaume-Uni ont reconnu que, lorsque les livres et documents sociaux de sociétés immatriculées au Royaume-Uni sont tenus en dehors du Royaume-Uni, elles ont éprouvé des difficultés à répondre aux demandes de renseignements sur ces sociétés émanant d'autorités étrangères.

ii) Droit des fiducies (voir la partie I.B.2 pour les aspects généraux)

La notion même de fiducie et le droit applicable à ces véhicules dans certaines juridictions peuvent créer des difficultés pour les autorités lorsqu'elles veulent obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs. La caractéristique fondamentale de la fiducie, à savoir la dissociation de la propriété en common law et de la propriété en equity (effective), favorise l'anonymat, parce que le bénéficiaire effectif peut se dissimuler derrière le propriétaire en common law. La fiducie étant une structure fermée et pouvant être en définitive considérée comme un aménagement contractuel de relations entre personnes physiques, pratiquement toutes les juridictions qui reconnaissent les fiducies ont délibérément choisi de ne pas leur appliquer le même type de réglementation qu'aux autres véhicules juridiques tels que les sociétés. Cela veut dire que, contrairement aux sociétés, il n'y a pas d'obligation d'enregistrement, il n'existe pas non plus de registre central³ et aucune autorité n'est chargée de la surveillance des fiducies⁴. Toutefois, dans un grand nombre de juridictions, le Procureur général ou une autorité équivalente veille à la bonne application de l'acte constitutif des fiducies caritatives. Dans la plupart des juridictions, l'identité des bénéficiaires ou du constituant n'est pas divulguée aux autorités.

Comme indiqué précédemment, le droit des fiducies a été profondément modifié dans certaines juridictions ces dernières années, en particulier dans les centres financiers offshore. Dans certains cas, il est plus difficile désormais, du fait de ces réformes, d'identifier le bénéficiaire effectif de la fiducie ou le constituant. Dans certaines juridictions, le régime des fiducies autorise la mention dans l'acte constitutif d'une clause dite « de migration », qui oblige le fiduciaire à soumettre la fiducie à la loi d'une autre juridiction, à y transférer les actifs et documents de la fiducie et à y désigner un nouveau fiduciaire lorsque surviennent certains événements ou que la fiducie est menacée (par exemple, en cas d'assignation en justice, de modification de la réglementation ou de demande de renseignements de la part des autorités).

Dans certaines juridictions, les autorités ont pris des mesures pour obtenir plus facilement les informations concernant le bénéficiaire effectif. Par exemple, elles obligent les fiduciaires professionnels à identifier le bénéficiaire effectif et à rendre accessibles ces informations aux autorités en cas d'investigation. De plus, quelques juridictions, notamment les Bermudes, Chypre et Jersey, obligent à communiquer l'identité des bénéficiaires effectifs d'une fiducie lorsqu'ils détiennent des actions de sociétés enregistrées dans leur juridiction.

iii) Autres lois

D'autres lois peuvent influencer sur la capacité des autorités d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhi-

cules juridiques. Fondamentalement, les lois de certaines juridictions ne permettent pas aux autorités 1) d'échanger des informations non publiques avec d'autres autorités nationales ou étrangères, 2) de coopérer en matière pénale lorsque l'acte illicite en cause ne constitue pas une infraction dans la juridiction dont l'entraide est requise ou 3) de mener une investigation pour le compte d'autorités étrangères. De plus en plus, les autorités d'un certain nombre de juridictions se voient accorder des prérogatives qui renforcent leurs possibilités de coopération avec d'autres autorités. Par exemple, depuis 1988, la Securities and Exchange Commission (SEC) des États-Unis a pu faire usage de ses pouvoirs de coercition pour obtenir les informations demandées par des autorités étrangères, indépendamment de toute suspicion de violation des lois américaines. Un grand nombre d'autres autorités, notamment en Australie, en France et à Singapour, ont été dotées de prérogatives similaires.

Dans certaines juridictions, les autorités fiscales sont tenues d'aviser le contribuable lorsque des autorités étrangères demandent des renseignements qui le concernent. Toutefois, cette obligation ne vaut pas toujours en cas de fraude fiscale. L'obligation d'aviser le contribuable concerné peut être légitime dans la perspective des droits de la défense (le contribuable peut alors exercer un recours devant un tribunal contre toute décision autorisant l'échange d'information), mais elle peut aussi retarder considérablement la transmission des informations.

b) Lois contre le blanchiment d'argent

Les informations rassemblées au titre de l'obligation d'identification du client prévue dans les lois contre le blanchiment d'argent peuvent contribuer à faciliter l'action des autorités voulant identifier les bénéficiaires effectifs ou les personnes qui exercent le contrôle. Dès lors que cette obligation est pleinement respectée et que les informations recueillies peuvent être obtenues et échangées par les autorités à des fins de réglementation, de surveillance et d'application des lois, l'identification obligatoire du client peut constituer un mécanisme efficace pour les autorités des juridictions qui n'exigent pas la déclaration préalable du bénéficiaire effectif et du contrôle des véhicules juridiques.

L'obligation d'identification du client dans le cadre des lois contre le blanchiment d'argent signifie que les institutions financières sont tenues d'identifier leurs clients et de conserver et mettre à jour ces informations. Dans certaines juridictions, cette obligation vaut également pour d'autres institutions et d'autres professions comme les mandataires intervenant dans la création d'une société, les sociétés fiduciaires, les avocats et les notaires (« parties visées »)⁵. En vertu de cette obligation d'identification du client, si on l'interprète conformément aux quarante recommandations du GAFI, les institutions financières et les autres

parties visées sont tenues de déterminer le bénéficiaire effectif des véhicules juridiques⁶.

En s'appuyant sur les lois contre le blanchiment d'argent pour obtenir les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques, on peut ne pas aboutir au résultat indiqué précédemment si l'obligation d'identification du client n'est pas suffisamment stricte ou si l'on rencontre des difficultés pour la faire respecter pleinement. Par exemple, au niveau le plus élémentaire, quelques juridictions n'ont toujours pas mis en place un régime d'identification obligatoire du client. En outre, un grand nombre de pays n'appliquent l'obligation d'identification qu'aux institutions financières. Un certain nombre de juridictions appliquent également cette obligation aux fournisseurs de services aux sociétés et aux fournisseurs de services fiduciaires, aux avocats et à d'autres organismes ou professions, mais d'autres juridictions ne les obligent pas à exercer de leur propre chef la diligence requise si le client est introduit par certains types d'intermédiaires, ce qui peut poser des problèmes.

De plus, certaines juridictions ayant récemment mis en place un régime d'identification obligatoire du client ou modifié ce régime ont consenti des dérogations en faveur de la clientèle existante. Dans l'île de Man, par exemple, les institutions financières et les autres parties visées ne sont pas tenues d'appliquer le nouveau régime d'identification obligatoire à la clientèle ayant ouvert un compte ou noué des relations avec une institution financière avant décembre 1998. Des dérogations similaires sont en vigueur à Jersey et Guernesey. Récemment, les autorités de Guernesey, de l'île de Man et de Jersey ont proposé d'obliger les institutions financières et autres parties visées à recueillir les justificatifs de l'identité des clients non soumis à l'obligation d'identification, le délai pour l'exécution de cette obligation étant fixé à cinq ans.

Pour prévenir et combattre efficacement l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites, il faut rendre accessibles aux autorités les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques détenues par les institutions financières et les autres parties visées. Comme l'indique un rapport récent de l'OCDE, les recommandations du GAFI concernant l'identification du client, notamment lorsqu'il s'agit de sociétés, améliorent l'information rendue disponible pour d'autres motifs conformes à la loi si l'accès à ces informations est autorisé par la loi⁷. Malheureusement, certaines juridictions ne permettent pas l'accès des autorités, en particulier de réglementation, à ces informations.

c) Protection du secret bancaire et du secret d'affaires

Les lois qui régissent le secret bancaire et le secret d'affaires sont généralement assorties de sanctions civiles et pénales en cas de divulgation non autorisée

d'informations confidentielles, portant notamment sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Ces lois entravent la possibilité, pour les autorités, d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques lorsqu'elles ne mettent pas en place de mécanisme permettant aux autorités nationales et internationales exerçant leurs fonctions de réglementation, de surveillance ou d'application des lois d'avoir accès aux livres et documents (y compris ceux qui doivent être établis en vertu du droit des sociétés et des réglementations connexes) ainsi qu'aux personnes à même de pouvoir identifier les bénéficiaires effectifs et les personnes physiques qui contrôlent un véhicule juridique.

Les personnes physiques ou morales peuvent légitimement tabler sur la protection de leur domaine privé ou de la confidentialité de leurs affaires. Les personnes morales, en particulier, ont indéniablement le droit de ne pas voir divulguées leurs affaires à leurs concurrents, à leurs clients, à leurs fournisseurs, etc. De plus, la protection du domaine privé est essentielle pour certains individus, en particulier ceux qui sont fortunés ou qui occupent des postes très en vue et sont ainsi les victimes potentielles d'extorsions et d'enlèvements. Toutefois, la protection nécessaire et légitime du domaine privé ne justifie pas qu'on refuse aux autorités l'accès aux informations pertinentes en cas de suspicion d'activité illicite.

Dans certains pays, une stricte protection du secret écarte toute possibilité d'accès des autorités aux informations concernant une personne physique ou une personne morale qui n'a pas donné son consentement à cet effet. Dans les îles Cook, par exemple, les livres et documents sociaux ne peuvent être consultés par le Service d'enregistrement des sociétés que si la société y a consenti.

La stricte protection du secret bancaire dans certaines juridictions restreint l'accès des autorités aux informations recherchées, même en cas de suspicion d'activité illicite. A Nauru, par exemple, l'inspection des comptes des sociétés holdings est interdite à des fins de réglementation et d'application des lois. En outre, les juridictions à stricte protection du secret peuvent également interdire l'échange d'informations au niveau interne ou international.

Même si le secret peut être levé dans certaines circonstances, les retards susceptibles de se produire lorsqu'il faut se conformer aux procédures imposées peuvent empêcher une investigation (par exemple, incapacité d'obtenir des renseignements ou des livres et documents, prescription, etc.) et permettre ainsi aux auteurs d'actes illicites de transférer leurs biens dans une autre juridiction. De plus, il est fréquent que le secret bancaire ne soit levé qu'en cas d'investigation pénale, de sorte que l'accès aux informations est réservé aux autorités de police et aux autorités judiciaires et interdit aux autorités de tutelle exerçant des fonctions de réglementation, de surveillance ou d'application des lois.

2. Infrastructures institutionnelles et ressources financières et humaines

Les infrastructures institutionnelles et les ressources financières et humaines d'un pays doivent être prises en compte lorsqu'on veut évaluer la capacité des autorités d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques.

Il existe dans pratiquement toutes les juridictions un cadre réglementaire applicable aux sociétés, mais les autorités se trouvent dans une situation extrêmement variable pour ce qui est de l'exercice efficace de leurs fonctions de réglementation ou de surveillance, étant donné notamment leur manque de ressources et la faiblesse des prérogatives dont elles sont dotées pour l'application des lois. Dans la plupart des juridictions, les autorités sont soumises à certaines contraintes pour l'obtention d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, mais c'est dans certains centres financiers offshore que les problèmes auxquels se heurtent les autorités revêtent le plus d'acuité. Dans quelques CFO, il n'y a pas d'autorité de surveillance du secteur offshore. Dans certaines juridictions, notamment les îles Marshall, Niue et Ste-Lucie, les fonctions de réglementation et de surveillance ont été largement déléguées au secteur privé⁸.

Dans certains CFO, les autorités nationales n'ont que des pouvoirs très restreints pour l'application des lois. Par exemple, les autorités de réglementation ou de surveillance de certaines juridictions ne peuvent pas obtenir des informations et des documents (notamment des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques) de la part d'agents agréés et d'entités situées ou opérant dans leur juridiction. A St-Vincent-et-les-Grenadines, l'Autorité pour les opérations financières offshore ne peut s'appuyer sur aucun mécanisme pour assurer le respect, par les entités offshore, des dispositions législatives et réglementaires en vigueur. En revanche, au Royaume-Uni, une série d'autorités ont le pouvoir⁹, au titre d'obligations législatives et réglementaires ou autres, de rechercher des informations sur le bénéficiaire effectif d'actions. Aux États-Unis, la Securities and Exchange Commission (SEC) a le pouvoir, pour tout ce qui concerne les fraudes à la réglementation des valeurs, de citer à comparaître et d'obliger à produire des documents toute personne se trouvant aux États-Unis (personnes physiques et sociétés faisant ou non appel publiquement à l'épargne), qu'elle soit ou non soumise à la tutelle de la SEC. L'Autorité monétaire des îles Cayman s'est vue récemment conférer le pouvoir d'obtenir par la coercition les informations portant notamment sur la clientèle dont elle a raisonnablement besoin dans l'exercice de ses fonctions de tutelle, auprès des agents agréés, des personnes liées à ces derniers et des autres personnes en possession d'informations pertinentes. Auparavant, cette autorité ne pouvait avoir accès aux informations sur la clientèle conservées par les banques qu'avec le consentement du client.

Dans certaines juridictions, les organismes publics chargés de la surveillance des sociétés et des institutions financières manquent cruellement d'argent et de personnel. A Grenade, l'Autorité des services financiers connaît un grave problème de sous-effectif. A Aruba, l'Unité d'Information financière est réputée pour l'expertise et le dévouement de ses agents, mais son manque de personnel nuit à son efficacité.

Certaines juridictions onshore sont également victimes de cette insuffisance de ressources. Par exemple, avant les réformes récentes, les autorités irlandaises ne disposaient pas des ressources nécessaires pour assurer le respect de l'obligation annuelle de production des documents sociaux. Aux États-Unis, dans l'État du Delaware, les déclarations annuelles omettent couramment les informations concernant les administrateurs et les dirigeants, et le volume des déclarations reçues ne permet pas aux autorités du Delaware de procéder à un contrôle, sauf en cas d'investigation¹⁰. Le Delaware s'efforce de faire mieux respecter ses lois grâce à la mise en place d'un système de déclaration par Internet exigeant que toutes les rubriques soient remplies, y compris celles concernant les administrateurs et les dirigeants.

Plus précisément, les ressources consacrées par certaines juridictions à tout ce qui pourrait faciliter l'échange d'informations sont insuffisantes. Du fait d'un manque de personnel affecté à ces tâches, les informations sont souvent fournies très tardivement.

Dans certaines juridictions, l'appareil judiciaire n'a que des moyens limités et ne peut notamment pas agir en temps utile lorsqu'il s'agit de décerner un mandat, de répondre à une demande d'accès à des informations et de statuer sur l'usage de pouvoirs de coercition. En outre, la procédure de recours est si lourde et si longue dans certaines juridictions qu'en fait les autorités ne peuvent avoir accès aux informations demandées.

De plus, certaines juridictions limitent les voies par lesquelles l'échange d'informations peut se faire. La possibilité d'échanger en temps utile des informations, même si cet échange est tout à fait classique dans certains systèmes juridiques, peut se heurter à un dysfonctionnement si la voie par laquelle l'échange d'informations doit se faire n'est pas efficace (par exemple, grave encombrement du système judiciaire, effectifs insuffisants des services du Procureur ou de l'autorité réglementaire concernée, etc.). De plus, certaines autorités, en particulier de réglementation ou de surveillance, peuvent ne pas avoir accès aux informations lorsque seules les autorités pénales sont habilitées à utiliser les procédures en place pour l'échange d'informations.

Même s'il existe des pouvoirs adéquats de supervision et des moyens institutionnels suffisants, les autorités de certaines juridictions se sont montrées systématiquement réticentes à user pleinement de leurs prérogatives dans l'exercice

de leurs fonctions de réglementation, de surveillance ou d'application des lois ou pour prêter leur concours à d'autres autorités, au niveau interne ou international. Dans certaines juridictions, les autorités interprètent de façon restrictive les dispositions concernant l'échange d'informations et limitent les types d'autorités avec lesquelles les informations peuvent être échangées.

3. Intermédiaires – agents intervenant dans la création de sociétés, sociétés fiduciaires, avocats, notaires, fiduciaires et autres professionnels

Dans la plupart des juridictions, des intermédiaires comme les mandataires intervenant dans la création des sociétés, les sociétés fiduciaires, les avocats, les notaires, les fiduciaires et d'autres professionnels jouent un rôle dans la formation et la gestion des véhicules juridiques. De par l'exercice de leurs fonctions, les intermédiaires sont souvent à même de connaître les bénéficiaires effectifs et les personnes qui exercent le contrôle. Par conséquent, les intermédiaires représentent une source d'information qui peut être très précieuse lorsqu'il s'agit d'obtenir des renseignements sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle d'un véhicule juridique.

Dans un grand nombre de juridictions, les fournisseurs de services aux sociétés ont toutes chances d'être en possession d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques ou d'avoir accès à ces informations. Dans la plupart des CFO et dans certaines juridictions onshore, les fournisseurs de services aux sociétés accomplissent généralement toutes les fonctions qui se rattachent à la constitution et à la gestion d'un véhicule juridique. Les fournisseurs de services aux sociétés offrent souvent leurs services pour la création de sociétés dans un grand nombre de juridictions, mais, fréquemment, ils ne sont pas physiquement présents dans les juridictions en question ou ne conservent pas les documents sociaux dans la juridiction où le véhicule juridique a été constitué. Dès lors, les autorités d'une juridiction donnée peuvent se heurter à des difficultés pour obtenir des informations de la part d'intermédiaires qui ne sont pas présents physiquement dans la juridiction ou n'y conservent pas les documents sociaux.

Dans un grand nombre de juridictions de droit romano-germanique, les notaires interviennent dans la constitution d'une société et dans les cessions ultérieures d'actions ou de parts sociales. En Allemagne, par exemple, le notaire rédige les documents nécessaires à la constitution d'une société anonyme ou d'une SARL et consigne les informations ultérieures concernant la gestion de la société. En outre, toutes les cessions de parts d'une SARL doivent faire l'objet d'un acte notarié. Les notaires archivent également les actes notariés et sont tenus de mettre ces archives à la disposition de toute personne ayant un intérêt légitime à leur consultation, notamment les autorités concernées. Dans certaines

juridictions, le notaire a également l'obligation d'identifier ses clients¹¹, ce qui accroît la probabilité qu'il soit en possession des informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques.

Les avocats et les comptables sont une autre source d'information sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Dans certaines juridictions, une société ne peut être constituée sans l'intervention d'un avocat ou d'un comptable. Dans les juridictions où il n'y a pas d'obligation d'identification du client lorsque celui-ci est introduit par certains intermédiaires comme un avocat ou un comptable, les bénéficiaires effectifs de véhicules juridiques recourent souvent à ces intermédiaires.

Conscients de l'importance du rôle des intermédiaires dans leur juridiction, certains CFO commencent à réglementer l'activité de ces intermédiaires et les obligent à conserver des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques et à mettre ces informations à la disposition des autorités dans le cadre d'une investigation ou à des fins de contrôle. Dans l'Union européenne, la Commission a proposé d'étendre l'obligation d'identification, de tenue de livres et de déclaration de suspicion notamment aux notaires et avocats exerçant des activités financières ou des activités qui ont trait au droit des sociétés (en particulier la création, le fonctionnement ou la gestion de sociétés, de fiducies, ou de structures similaires ainsi que la manipulation de fonds, de valeurs ou autres biens de la clientèle).

4. Conservation des informations et modalités d'accès

Les modalités de conservation des informations et d'accès à ces informations peuvent également influencer sur la possibilité, pour les autorités, d'obtenir et d'échanger des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques.

Dans un grand nombre de juridictions, notamment celles qui exigent la déclaration préalable du bénéficiaire effectif, des informations sur les sociétés doivent être périodiquement communiquées aux autorités, notamment la liste des actionnaires et divers renseignements concernant les administrateurs. Comme indiqué précédemment, le recours à des mandataires peut nuire à l'utilité de ces informations lorsqu'il s'agit d'identifier le bénéficiaire effectif. Néanmoins, les autorités peuvent souhaiter obtenir ces informations parce qu'elles pourront les conduire en définitive au bénéficiaire effectif.

Dans tous les pays de l'UE et dans de nombreuses autres juridictions, les informations figurant au registre du commerce ou des sociétés peuvent être consultées par le public. Dans certaines juridictions, notamment les Antilles néerlandaises, l'Espagne, la Finlande, le Japon, le Luxembourg, Royaume-Uni et la Suisse, le registre des sociétés peut être consulté *via* Internet. La publication

d'informations par le biais de l'Internet facilite l'échange d'informations, les autorités étrangères pouvant avoir accès directement aux informations.

5. Protection des informations échangées

La protection dont bénéficient les informations échangées dans le pays qui les reçoit influe énormément sur la capacité et la volonté des autorités de procéder à un tel échange. Cela concerne à la fois les autorités nationales et les autorités étrangères recevant des informations confidentielles. Dans de nombreuses juridictions, le droit autorise l'échange d'informations confidentielles uniquement s'il a été donné une garantie suffisante pour que les informations échangées ne fassent pas l'objet d'une nouvelle divulgation. En Australie, les informations fournies par la Commission australienne des valeurs et des investissements (ASIC) à d'autres autorités nationales ou étrangères ne peuvent être utilisées qu'aux fins précisées, et l'autorisation de l'ASIC doit être préalablement obtenue avant que les informations fassent l'objet d'une nouvelle communication.

Par conséquent, le droit interne d'un grand nombre de juridictions instaure une protection contre une nouvelle divulgation des informations reçues d'autorités étrangères. Au Royaume-Uni, la loi de 1990 sur la justice pénale (coopération internationale) interdit la divulgation des renseignements reçus de l'étranger par voie de commission rogatoire sans le consentement de la juridiction qui a fourni les renseignements.

Souvent, la confidentialité des informations échangées fait l'objet d'un accord bilatéral – par exemple une convention d'entraide judiciaire, une convention fiscale ou un mémorandum d'accord – ou d'un accord multilatéral.

6. Connaissance des lois et des procédures et problèmes liés au climat de confiance

Dans de nombreuses juridictions, l'échange d'informations est autorisé par des voies formelles ou informelles. Toutefois, l'efficacité de la coopération, surtout en cas de demande d'assistance informelle, peut être entravée par une mauvaise connaissance du système juridique étranger, de ses lois et de ses procédures. De plus, la coopération peut ne pas se concrétiser comme il avait été envisagé faute de liens personnels ou de relation de confiance entre les individus concernés. Quand bien même un grand nombre de juridictions seraient prêtes à fournir une assistance ponctuelle à des autorités étrangères, la coopération peut ne pas se faire parce que les autorités sollicitées ne connaissent pas les autorités ayant demandé leur assistance ou n'ont pas confiance en celles-ci.

Sur le plan interne, les autorités ont également pris des initiatives pour faciliter l'échange d'informations. A Jersey, par exemple, la Commission pour les services financiers a créé un réseau d'information sur la fraude financière qui rassemble régulièrement les autorités réglementaires, la police, les douanes et

l'ensemble des autorités chargées de l'application des lois pour favoriser la coopération entre les autorités locales et pour élaborer une stratégie commune de lutte contre le blanchiment d'argent et la criminalité financière en général. Le Royaume-Uni a mis en place un dispositif similaire.

7. Le rôle d'Internet

Internet peut à la fois faciliter et entraver l'obtention d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. D'une part, grâce à Internet, il peut être plus facile pour un individu de dissimuler son identité parce que l'occasion lui est offerte de créer des véhicules juridiques et d'ouvrir des comptes bancaires dans diverses juridictions étrangères sans avoir à s'y rendre en personne. Une consultation rapide d'Internet montre qu'il existe un grand nombre de sites web proposant l'enregistrement en ligne d'un véhicule juridique. Ce phénomène rend plus difficile encore pour les autorités et les intermédiaires l'identification du bénéficiaire effectif.

D'un autre côté, l'Internet permet une diffusion rapide, étendue et peu coûteuse de l'information et peut également être utilisé pour réduire l'anonymat et retracer des communications. Par exemple, aux Antilles néerlandaises, en Espagne, en Finlande, au Japon, au Luxembourg, au Royaume-Uni et en Suisse, le registre des sociétés peut être consulté sur Internet. Aux Antilles néerlandaises, le site web du registre des sociétés est consulté en moyenne 30 000 fois par semaine, bien qu'il n'y ait que 32 000 sociétés enregistrées dans cette juridiction.

D. Moyens permettant d'obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques

Toute une série de mécanismes sont utilisés *ex ante* et *ex post* par les autorités nationales pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. L'examen de ces mécanismes nécessite la prise en compte des caractéristiques particulières de l'économie et du système juridique de chaque juridiction. On résumera ci-après les principaux mécanismes sur lesquels les autorités peuvent s'appuyer pour obtenir des informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques établis dans leur juridiction¹².

- **Déclaration obligatoire** – Dans un petit nombre de juridictions, les autorités exigent la communication des informations sur le bénéficiaire effectif au stade de la constitution du véhicule juridique et pour toute cession ultérieure de la propriété effective. D'autres formes de déclaration obligatoire, auprès des autorités et/ou du véhicule juridique lui-même, incluent notamment la divulgation régulière d'informations (par exemple déclaration annuelle, déclarations fiscales) et la déclaration de franchissement de seuils de participation. Certaines de ces informations sont rendues publi-

ques (par exemple, *via* le registre des sociétés), mais d'autres restent confidentielles.

- **Coercition** : Pouvoir conféré aux autorités de tutelle et aux autorités chargées de l'application des lois de contraindre à témoigner ou d'avoir accès aux livres et documents que détiennent une entité ou un agent agréé relevant de leur compétence, ce pouvoir s'appliquant dans certains cas à toute personne en possession des renseignements pertinents. Dans certaines juridictions, les autorités peuvent obtenir par la contrainte les informations sur la clientèle devant être conservées en vertu de l'obligation d'identification du client.
- **Citation à comparaître** – Un tribunal est saisi afin d'assigner une personne physique ou morale désignée en vue d'une déposition ou de la production de livres ou autres documents. Dans certaines juridictions, on ne peut avoir accès que par ordonnance d'un tribunal aux informations sur la clientèle qui doivent être conservées en vertu de l'obligation d'identification.

1. Sociétés de capitaux

La plupart des juridictions font essentiellement appel à des mécanismes d'investigation (au moyen de pouvoirs de coercition, de citations à comparaître et d'autres mesures) pour obtenir les informations relatives au bénéficiaire effectif. Un certain nombre de juridictions exigent une déclaration préalable étendue auprès des autorités pour les informations concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle des sociétés de capitaux et la mise à jour ultérieure de ces informations. Certaines juridictions complètent ce dispositif par un régime de responsabilité des fournisseurs de services aux sociétés et des autres tiers qui ont l'obligation de recueillir, de vérifier et de conserver les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des sociétés de capitaux et de donner accès aux autorités à ces informations aux fins d'investigations sur des activités illicites, de l'exercice de leurs fonctions de réglementation ou de surveillance ou de l'échange de ces informations avec d'autres autorités, au niveau national ou international.

De nombreuses juridictions exigent que soient rendus publics les noms des actionnaires et des administrateurs, mais elles n'imposent pas la déclaration des bénéficiaires effectifs lorsque ceux-ci sont différents des bénéficiaires en titre et n'obligent pas les actionnaires de véhicules juridiques à déclarer leurs propres bénéficiaires effectifs. De plus, la déclaration préalable des informations relatives aux constituants et fondateurs de la société peut également ne pas permettre d'identifier les bénéficiaires effectifs, parce que ces fonctions sont souvent exécutées par des mandataires spécialisés dans la création de sociétés et d'autres fournisseurs de services.

On présentera ci-après les types de mécanismes utilisés par les autorités pour obtenir des informations concernant les sociétés de capitaux établies dans leur juridiction :

a) Mécanisme ex ante – déclaration préalable des bénéficiaires effectifs et du contrôle des véhicules juridiques aux autorités

Quelques juridictions, surtout des CFO, imposent la communication des informations relatives aux bénéficiaires effectifs des sociétés de capitaux au stade de la constitution de la société et, dans la plupart des cas, ces informations doivent être mises à jour en cas de modification. Généralement, les informations relatives aux bénéficiaires effectifs communiquées aux autorités sont considérées comme confidentielles, bien qu'elles puissent être communiquées sous certaines conditions.

On présentera ci-après, à titre d'exemple, le régime de déclaration préalable de deux juridictions, les Bermudes et Jersey (voir encadrés) :

b) Mécanisme ex ante – autres déclarations obligatoires

Seules quelques juridictions exigent que soient communiquées préalablement aux autorités des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques au moment de la fondation des sociétés, mais de nombreuses juridictions (en particulier des juridictions onshore) ont institué des déclarations obligatoires qui obligent certaines parties à fournir des informations aux autorités¹³ ou à la société, périodiquement ou lorsque surviennent certains événements.

Dans de nombreuses juridictions, les sociétés sont tenues de fournir des listes d'actionnaires ainsi que des informations sur leurs administrateurs dans le cadre de leurs déclarations annuelles. Dans certaines juridictions, tout changement de propriété doit être notifié aux autorités, lorsqu'il se produit. Cependant, de nombreuses juridictions autorisent à faire figurer des intermédiaires dans les documents des sociétés, tels que les listes d'actionnaires. Par conséquent, les informations figurant sur les listes d'actionnaires peuvent ne pas comporter l'identité des bénéficiaires effectifs. Néanmoins, les listes d'actionnaires fournies aux autorités sont à même de leur permettre d'établir un lien pouvant les conduire en fin de compte jusqu'au bénéficiaire effectif.

Certaines juridictions ont mis en place des sauvegardes pour faire en sorte que les listes d'actionnaires communiquées aux autorités comportent l'identité des bénéficiaires effectifs. Au Royaume-Uni, le Companies Act exige de tout actionnaire d'une société de capitaux ouverte qu'il déclare à la société l'acquisition ou la

Encadré 1. Bermudes

Les Bermudes appliquent depuis les années 1950 un régime de déclaration préalable de la propriété effective des sociétés « exonérées ». La demande de constitution d'une société de droit local ou d'une société exonérée est soumise au ministère des Finances via l'Autorité monétaire des Bermudes (BMA). Cette demande doit mentionner les bénéficiaires effectifs qui détiendront plus de 5 pour cent du capital-actions de la société. Chaque bénéficiaire effectif doit signer une déclaration attestant son honorabilité. Si une société en voie de constitution doit appartenir à un véhicule juridique, les informations suivantes doivent être fournies :

- *Société dont les actions ne sont pas cotées* : l'ultime bénéficiaire effectif de cette société.
- *Société dont les actions sont cotées* : le dernier rapport annuel aux actionnaires (ce rapport n'est pas exigé lorsque les actions sont cotées sur une « bourse désignée »).
- *Fiducie* : nom de la fiducie, date de sa création et pays dans lequel elle a été créée ; renseignements complets (nom, adresse et nationalité) sur le constituant et les bénéficiaires (le cas échéant) ; nom et adresse du fiduciaire.
- *Société de personnes* : renseignements complets sur les associés, commanditaires et commandités.

A partir des informations initiales fournies, la BMA procède à une vérification en ce qui concerne les bénéficiaires effectifs avant de se prononcer sur la demande d'enregistrement. Elle consulte à cet effet les bases de données électroniques commerciales, notamment Lexis/Nexis et Dow Jones, ainsi que les autorités nationales et étrangères.

Toute cession ultérieure de la propriété effective d'une société de capitaux requiert l'autorisation préalable de la BMA, sauf si le bénéficiaire effectif détient moins de 5 pour cent du capital-actions de la société et, également, si ces titres sont appelés à faire l'objet de cessions fréquentes, par exemple lorsqu'il s'agit d'un organisme de placement collectif ou de sociétés cotées sur « une bourse acceptable ».

Par ailleurs, les Bermudes exigent la divulgation des bénéficiaires effectifs de toutes les sociétés constituées à l'étranger qui exercent des activités sur leur territoire.

Les services d'un avocat ou d'un comptable sont nécessaires pour constituer une société. Les avocats et comptables ne sont pas formellement tenus à l'obligation d'identification du client en vertu de la législation contre le blanchiment d'argent.

Les informations sur les bénéficiaires effectifs transmises à la BMA sont conservées à titre strictement confidentiel. Chaque société doit tenir un registre de ses actionnaires (mais on peut avoir recours à des mandataires) à son siège social ou en tout autre lieu situé aux Bermudes et agréé par le Service d'enregistrement des sociétés. Le registre des actionnaires peut être consulté par le public. Les actions au porteur et les « sociétés-administrateurs » ne sont pas autorisées.

Encadré 1. **Bermudes** (suite)

En mars 2000, on dénombrait au registre des sociétés 2 528 sociétés locales et 10 771 sociétés « exonérées » en activité. Sur ce total, 169 sociétés locales et 1 408 sociétés exonérées avaient été constituées au cours des 12 derniers mois.

cession de tous « droits » concernant des actions à droit de vote au-delà de seuils déterminés à partir de 3 pour cent puis par tranche de 1 pour cent. Ces droits s'entendent non seulement de la propriété en titre, mais aussi de la propriété effective et du droit de vote attaché aux parts¹⁴. En outre, une société de capitaux ouverte peut s'adresser à toute personne dont elle considère qu'elle a des « droits » sur ses actions (ou en a eu au cours des trois années passées), pour lui demander de confirmer qu'elle détient effectivement des « droits » et de lui fournir d'autres informations précises, y compris des informations sur quiconque est connu pour avoir, ou avoir eu, des « droits » sur les actions de la société.

Lorsqu'il n'est pas obligatoire de soumettre des listes d'actionnaires aux autorités, les sociétés sont souvent tenues d'avoir ce type de registre, auquel les autorités nationales peuvent accéder aussi souvent qu'elles le souhaitent à des fins de contrôle et d'application des lois. Dans certaines juridictions, les registres d'actionnaires doivent comporter des informations sur les bénéficiaires effectifs. Au Portugal, les sociétés anonymes ne sont pas tenues de communiquer la liste de leurs actionnaires aux autorités, mais elles doivent consigner l'identité et l'adresse de tous les détenteurs d'actions au porteur qui assistent à l'assemblée générale annuelle de la société. Ces informations doivent être fournies aux autorités sur demande. Aux Antilles néerlandaises, les renseignements relatifs aux bénéficiaires effectifs de sociétés résidentes doivent être consignés dans les livres de la société, mais il n'y a pas obligation de les communiquer aux autorités, sauf si celles-ci les demandent (par le biais d'un tribunal) dans le cadre d'une enquête judiciaire.

Dans certaines juridictions, y compris de nombreux pays Membres de l'OCDE, les actionnaires de sociétés de capitaux ouvertes sont tenus de faire connaître leur participation à la société lorsque certains seuils sont franchis. Au Danemark, quiconque détient des actions d'une société anonyme a l'obligation d'en aviser la société dès lors que sa participation atteint 5 pour cent ou plus des droits de vote de la société. Cet actionnaire doit également indiquer sa participation

Encadré 2. Jersey

A Jersey, toutes les sociétés (locales, exonérées et International Business Corporations) sont tenues, lors de leur constitution, de communiquer à la Commission des services financiers de Jersey (FSC) les informations concernant leurs bénéficiaires effectifs. Conformément à l'arrêté de 1958 sur le contrôle des emprunts (Jersey), la demande d'enregistrement d'une société de Jersey doit contenir les informations sur les bénéficiaires effectifs de la société à créer. Lorsqu'une société à créer doit appartenir à une autre société ou à une fiducie, les renseignements suivants doivent être fournis en vertu de cet arrêté :

- *Société dont les actions ne sont pas cotées* : l'ultime bénéficiaire effectif de cette société.
- *Société dont les actions sont cotées sur une bourse agréée* : dernier rapport annuel et derniers états financiers.
- *Société dont les actions ne sont pas cotées sur une bourse agréée* : dernier rapport annuel et derniers états financiers et informations sur les actionnaires détenant 10 pour cent ou plus du capital de la société ou sur les actionnaires apparentés (par exemple, les membres d'une même famille) dont la participation est au total de 10 pour cent ou plus.
- *Fiducie* : noms des fiduciaires, dénomination de la fiducie, nom et adresse du constituant, et confirmation que les biens de la fiducie ont été ou seront apportés uniquement par le constituant sur son patrimoine.

Dans le cadre de la procédure de constitution, la FSC vérifie les antécédents du bénéficiaire effectif (faillite antérieure, casier judiciaire et investigations antérieures). La FSC exige non seulement la communication des informations concernant le bénéficiaire effectif, mais aussi l'indication précise des activités que doit exercer la société en voie de constitution. Elle procède ensuite à diverses vérifications, notamment d'honorabilité, d'aptitude et de qualification et/ou de taille et de surface financière, avant de se prononcer sur la demande.

La demande de constitution doit être établie et signée par un avocat ou comptable agréé à Jersey, soumis à une obligation indépendante d'identification de sa clientèle.

En vertu de l'arrêté sur le contrôle des emprunts, la FSC peut (ce qu'elle fait habituellement) subordonner l'approbation de la demande de constitution 1) à l'absence de modification de l'activité projetée et 2) à l'absence de modification du bénéficiaire effectif sans son autorisation préalable. En tout état de cause, toute modification de la propriété effective d'une société exonérée ou d'une International Business Corporation doit être notifiée sur le champ à la FSC. Les sociétés locales ne sont pas tenues d'aviser la FSC des modifications de leur bénéficiaire effectif. Les informations sur le bénéficiaire effectif sont également communiquées aux autorités fiscales lors de la constitution de la fiducie et en cas de modification ultérieure.

Encadré 2. Jersey (suite)

Les informations concernant le bénéficiaire effectif transmises à la FSC sont conservées à titre strictement confidentiel et n'apparaissent pas sur le registre des sociétés. Le rapport annuel doit être accompagné d'une liste des actionnaires, mais il est possible d'utiliser des mandataires ; par conséquent, cette liste ne révèle pas nécessairement l'identité des bénéficiaires effectifs. Des informations relatives aux administrateurs doivent être communiquées au Service d'enregistrement des sociétés, mais elles ne peuvent pas être consultées par le public. Les actions au porteur ne sont pas autorisées.

Jersey a l'intention d'adopter une réglementation obligeant les sociétés constituées à l'étranger qui sont gérées à Jersey à communiquer à la FSC les informations concernant leurs bénéficiaires effectifs.

En novembre 2000, on dénombrait au registre des sociétés de Jersey 33 000 sociétés « actives » (c'est-à-dire ayant transmis dans les délais impartis leur déclaration annuelle). Sur ce total, 19 000 environ sont des sociétés exonérées, une centaine des International Business Corporations et les 14 000 autres des sociétés imposables. Chaque année, la FSC de Jersey enregistre environ 3 000 sociétés, mais l'augmentation nette est de 400 à 500 sociétés par an, car il faut tenir compte des sociétés faisant l'objet d'une dissolution volontaire, ou d'une radiation du registre pour défaut de déclaration annuelle.

par tranche supplémentaire de 5 pour cent (c'est-à-dire, 10 pour cent, 15 pour cent, etc.). La propriété porte non seulement sur les actions détenues par la personne même, mais aussi les actions détenues au nom d'une société que cette personne contrôlerait. En outre, lorsqu'un actionnaire acquiert toutes les actions en circulation d'une société, il est tenu de le faire savoir à la société. Inversement, lorsqu'un actionnaire qui détient la totalité des actions en circulation d'une société cède tout ou partie de ses actions, il est également tenu d'en aviser la société. En Allemagne, tous les actionnaires d'une société anonyme (AG) dont les actions ne sont pas cotées en bourse sont tenus de faire une déclaration à la société dès lors que l'ensemble de leurs participations dépassent 25 pour cent de la totalité des actions en circulation.

Certaines juridictions qui autorisent l'usage d'actions au porteur ont aussi imposé aux détenteurs d'actions au porteur des obligations de déclaration dans certaines circonstances. Dans certaines juridictions, notamment l'Espagne, la France et les Pays-Bas les détenteurs d'actions au porteur doivent révéler leur identité à la société pour pouvoir exercer leur droit de vote et percevoir des dividendes.

c) *Mécanisme ex ante – obligation faite aux tiers de consigner les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques*

Plusieurs juridictions font appel à des mécanismes qui exigent des tiers qu'ils consignent les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques. Ces dernières années, un nombre croissant de juridictions, en particulier les centres financiers offshore, ont étendu aux intermédiaires l'obligation d'identification des clients, conformément à la législation visant à lutter contre le blanchiment d'argent, de façon à garantir que les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques soient consignées par ceux-là mêmes qui sont impliqués dans la formation et la gestion de véhicules juridiques. Les établissements financiers, visés en premier lieu par l'obligation d'identification du client, sont également tenus de consigner l'identité de leurs clients et de conserver certains documents les concernant. Enfin, dans de nombreux pays de droit romano-germanique, les notaires sont depuis longtemps dépositaires d'informations relatives aux véhicules juridiques.

Pour éviter que des véhicules juridiques soient utilisés abusivement à des fins illicites, un certain nombre de centres financiers offshore, dont les Antilles néerlandaises, les Bahamas, les îles Cayman, l'île de Man et Jersey, ont mis en place, ou ont annoncé qu'ils allaient mettre en place, un système exigeant des intermédiaires – fournisseurs de services aux sociétés et de services fiduciaires, avocats, notaires ou fiduciaires – qu'ils recueillent, vérifient et consignent les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques qu'ils créent ou gèrent, et qu'ils permettent aux autorités d'accéder à ces informations à des fins d'investigation sur des activités illicites pour l'exécution de leurs fonctions de réglementation ou de surveillance ou pour l'échange de ces informations avec d'autres autorités au niveau national et international.

L'idée générale qui consiste à exiger des intermédiaires qu'ils connaissent leurs clients est appliquée partout, mais les mécanismes particuliers mis en œuvre ou envisagés dans chaque centre financier offshore sont différents. Par conséquent, la quantité d'informations recueillies par les intermédiaires et mises à la disposition des autorités est également différente. A Jersey, par exemple, l'obligation d'identifier le bénéficiaire effectif d'un véhicule juridique concerne une grande diversité d'intermédiaires, notamment les agents qui interviennent dans la constitution de sociétés de capitaux et de personnes, les sociétés qui fournissent des administrateurs ou des associés dans une société de personnes ou des actionnaires mandataires ; les sociétés qui fournissent un siège social ; les fiduciaires et les sociétés de domiciliation. Dans les îles Cayman, la liste des entités qui ont l'obligation d'identifier leurs clients est la même qu'à Jersey, sauf que dans les îles Cayman, la réglementation 2000 sur le

blanchiment d'argent ne s'applique pas aux agents qui constituent des sociétés de personnes, ni aux sociétés fournissant un siège social aux sociétés en commandite, exonérées ou non.

Outre les intermédiaires énumérés ci-dessus, les établissements financiers que les lois de lutte contre le blanchiment d'argent obligent à identifier leurs clients peuvent aussi fournir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Toutefois, dans certaines juridictions qui ont des lois assurant un strict secret bancaire, les autorités risquent d'avoir un accès limité à ce type d'information.

Enfin, dans de nombreuses juridictions onshore de droit romano-germanique, les notaires sont tenus de garder une trace écrite des opérations dans lesquelles ils sont intervenus, telles que la fondation d'une société et les transferts ultérieurs d'actions. En outre, les notaires ont l'obligation de communiquer ces informations à tous ceux qui sont légalement habilités à y avoir accès, tels que les autorités chargées de fonctions de réglementation, de surveillance ou d'application des lois. Dans certaines juridictions, les notaires ont l'obligation de connaître l'identité de leurs clients, et de ce fait, il est probable qu'ils détiennent aussi des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques qu'ils ont contribué à constituer ou dont les actions ont été transférées par leur intermédiaire. Par conséquent, les registres tenus par les notaires peuvent être utiles aux autorités lorsque celles-ci recherchent des informations sur les bénéficiaires effectifs.

Dans toutes les juridictions, l'efficacité de ces mécanismes dépend dans une large mesure de l'aptitude des autorités à faire respecter les obligations applicables et à imposer des sanctions en cas de non-respect de ces obligations.

d) Mécanisme ex post – investigation en cas de soupçon d'activité illicite

La plupart des juridictions, en particulier les pays de l'OCDE, recourent principalement à des moyens d'investigation tels que la coercition, les citations à comparaître et d'autres mesures, pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques en cas de soupçon d'activité illicite.

D'une manière générale, dans de nombreuses juridictions onshore, les autorités de réglementation, de surveillance ou d'application des lois possèdent d'importants pouvoirs qui leur permettent, directement ou indirectement (par exemple par l'intermédiaire de citations à comparaître), d'exiger que les individus et les entités détenant des informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle d'un véhicule juridique soupçonné de participer à des activités illégales communiquent ces informations. En Australie, la Commission des valeurs et investissements (ASIC) a le pouvoir d'obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, en vertu des dispositions

générales de l'*Australian Securities and Investments Commission Act* de 1989 (ASIC Act). En outre, les autorités compétentes en matière d'enquête pénale et d'autres autorités en Australie ont le pouvoir d'obtenir ce type d'informations dans le cadre des pouvoirs d'investigation généraux ainsi que d'autres pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. En Italie, les autorités disposent d'un accès inconditionnel aux informations non publiques concernant les bénéficiaires effectifs des véhicules juridiques lorsqu'elles mènent des investigations pénales. Dans d'autres cas, par exemple pour vérifier le respect des lois en vigueur (notamment en matière fiscale) et pour lutter contre le crime organisé, l'accès à ce type d'information est possible, mais assujéti à des règles particulières. Au Japon, les autorités d'investigation, tels que les officiers de police judiciaire et les procureurs, sont habilités à obtenir communication des documents des sociétés, y compris les listes d'actionnaires, et à interroger toute personne dans le cadre d'une investigation sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques soupçonnés d'être utilisés à des fins illicites.

Dans certaines juridictions, les lois permettent aussi aux autorités d'identifier les bénéficiaires effectifs lorsqu'elles soupçonnent qu'un actionnaire figurant dans les registres n'est qu'un mandataire. En Australie, l'ASIC Act autorise l'ASIC à exiger d'une personne physique ou morale ayant acquis ou cédé des actions qu'elle révèle si elle a acquis ou cédé ces actions en tant que fiduciaire ou pour le compte d'une autre personne et, le cas échéant, qu'elle indique le nom de la personne ainsi que toutes les instructions données à l'occasion de la transaction.

Au Royaume-Uni, l'article 442 du *Companies Act* de 1985 dispose que le ministre du Commerce et de l'Industrie nomme les inspecteurs chargés d'enquêter sur les actionnaires ou les associés d'une société « dans le but de déterminer les véritables personnes qui sont ou qui ont été financièrement intéressées à la réussite ou à l'échec (réel ou apparent) de la société ou en mesure de contrôler ou d'influencer substantiellement sa politique ». Aux termes de l'article 444, le ministre peut aussi mener une investigation sur les bénéficiaires effectifs des actions d'une société en demandant à toute personne raisonnablement censée détenir, ou être en mesure d'obtenir, des informations sur les participations présentes et passées au capital de la société (y compris la propriété effective) de fournir ce type d'information. Ces dispositions permettent aussi aux autorités britanniques ou aux sociétés de percer à jour un véhicule juridique de façon à déterminer ses bénéficiaires effectifs.

Dans certaines juridictions, les autorités sont d'autant mieux à même d'obtenir des informations qu'elles peuvent s'appuyer sur d'autres prescriptions et pratiques. En Espagne, les autorités sont davantage en mesure d'identifier les bénéficiaires effectifs du fait que les détenteurs d'actions au porteur doivent se faire enregistrer pour pouvoir exercer leur droit de vote et percevoir leurs dividendes. Au Portugal, une obligation comparable est imposée aux détenteurs

d'actions au porteur désireux d'assister à l'assemblée générale annuelle. Il reste la possibilité qu'un nouveau transfert de propriété se soit produit au moment où les autorités accèdent à l'information ou que la personne indiquée comme détentrice des actions au porteur ne soit qu'un mandataire ; néanmoins l'existence d'un nom dans le registre des actionnaires donne une piste qui peut être utile pour déterminer le bénéficiaire effectif.

Les registres d'actionnaires tenus par les sociétés sont souvent mis à la disposition du public. Lorsque ce registre est soumis à des conditions de confidentialité, il est néanmoins mis à la disposition des autorités dans la plupart des pays. Au Danemark, toutes les autorités publiques peuvent inspecter les registres d'actionnaires des sociétés danoises. En Espagne, les autorités judiciaires ont accès aux registres des actionnaires des sociétés non cotées en bourse. En Suisse, les autorités de poursuites pénales et les autorités fiscales ont directement accès au registre des actionnaires des sociétés suisses.

Dans les juridictions relevant du GAFI¹⁵, les autorités chargées de l'application des lois, les autorités de surveillance financière et les autorités judiciaires sont généralement habilitées à accéder aux informations concernant l'identité des clients (ces données peuvent comporter des informations sur les bénéficiaires effectifs des comptes ouverts au nom de véhicules juridiques) qui sont détenues par les établissements financiers. Les moyens d'accès à ce type d'information dépendent des pouvoirs accordés à l'autorité en question. D'une manière générale, les autorités pénales ont besoin d'un mandat ou d'une citation en justice pour pouvoir accéder aux informations relatives aux clients. En revanche, les autorités de surveillance financière ont généralement directement accès aux informations concernant les clients, même si dans certains cas ce ne peut être qu'à des fins de surveillance.

Dans la plupart des pays Membres de l'OCDE, les autorités fiscales peuvent aussi accéder aux informations détenues par les banques concernant les clients. En outre, tous les pays Membres de l'OCDE autorisent l'accès aux informations détenues par les banques concernant les clients en cas d'affaires criminelles et d'affaires civiles non fiscales.

Dans les juridictions qui ont des lois préservant strictement le secret bancaire et le secret d'affaires, l'accès aux informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques est généralement plus restreint.

2. Fiducies

Compte tenu de la nature fermée des fiducies, la plupart des juridictions ont délibérément choisi de ne pas mettre en place un ample système de déclaration préalable pour les fiducies. Par conséquent, dans la plupart des juridictions, les

autorités font appel à des mécanismes d'investigation pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle. Dans quelques juridictions, les fiducies sont tenues de se faire enregistrer auprès des autorités.

Lorsque les fiducies détiennent des actions dans une société de capitaux, certaines juridictions exigent que soient déclarés les noms du constituant, des bénéficiaires et/ou des fiduciaires. Comme indiqué précédemment, un nombre croissant de juridictions impose une obligation de déclaration de l'identité des clients aux fournisseurs de services fiduciaires, y compris l'obligation d'indiquer l'identité des constituants et des bénéficiaires de la fiducie ; dans ces juridictions, les autorités font appel à ces intermédiaires pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des fiducies. Cependant, dans certaines juridictions, les autorités n'ont pas directement accès à ces informations. Aux Bermudes, l'Autorité monétaire et le ministre des Finances ne peuvent accéder aux comptes individuels auprès d'une société fiduciaire que par ordonnance d'un tribunal, dans la mesure où l'information recherchée concerne un trafic de drogue, le blanchiment d'argent, le vol d'actifs d'une fiducie, ou un délit constituant une infraction à une convention internationale conclue par les Bermudes. En revanche, aux îles Cayman et à Jersey, les autorités de réglementation ont le pouvoir d'accéder aux informations concernant des clients individuels et consignées par les sociétés fiduciaires, dans le cadre de la réglementation qui leur est applicable.

3. Fondations

Dans de nombreuses juridictions de droit romano-germanique, les fondations sont des véhicules juridiques tout à fait transparents et fortement réglementés, qui sont tenus de se faire enregistrer auprès des autorités, de déposer annuellement des états financiers et de se soumettre au contrôle des pouvoirs publics. Dans ces juridictions, les autorités disposent d'un grand nombre d'informations sur ces entités.

En Norvège, par exemple, une fondation doit être inscrite au registre central et doit être gérée par un conseil d'administration, indépendant du fondateur. Au Danemark, une fondation qui détient plus de 50 pour cent des droits de vote dans une société de capitaux ou qui participe à des activités commerciales (« fondation commerciale ») doit se faire enregistrer auprès de l'Agence danoise pour le commerce et les entreprises et transmettre des rapports annuels, y compris des états financiers, à cette agence¹⁶. En outre, toutes les fondations, commerciales ou privées, doivent être gérées par un conseil d'administration indépendant du fondateur, d'une part, et ne peuvent pas distribuer de fonds au fondateur d'autre part. Enfin, les autorités danoises peuvent également exiger d'une fondation commerciale qu'elle fournisse une liste de toutes les personnes auxquelles elle verse des fonds. Toutefois, les autorités ne sont pas en mesure d'exiger que leur soit communiquée l'identité des futurs bénéficiaires.

74

Dans d'autres juridictions où les fondations ne sont pas assujetties à une surveillance rigoureuse, les autorités recourent à des moyens d'investigation pour obtenir des informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des fondations.

4. *Sociétés de personnes*

D'une manière générale, les sociétés de personnes semblent être moins utilisées à des fins frauduleuses que d'autres véhicules juridiques. Par rapport aux sociétés de capitaux, les sociétés de personnes sont moins réglementées et rares sont les juridictions qui exercent une surveillance permanente sur les sociétés de personnes, sauf si elles exercent des activités de services financiers et d'autres activités réglementées.

Les sociétés en commandite simple et les sociétés de personnes à responsabilité limitée sont tenues de se faire enregistrer, mais elles ne sont généralement assujetties à aucune obligation de publicité régulière de rapports. En ce qui concerne les sociétés en commandite simple, certaines juridictions telles que les Bermudes, la plupart des États des États-Unis, Jersey et les Antilles néerlandaises, exigent seulement que soient communiqués les noms des commandités ; en revanche, dans d'autres juridictions telles que l'Allemagne et le Royaume-Uni, les noms des commandités et des commanditaires doivent être communiqués.

Quelques juridictions exigent que soient communiqués les noms des bénéficiaires effectifs des sociétés en commandite simple. A Chypre, les sociétés en commandite simple et les sociétés en commandite internationales doivent être immatriculées au registre des sociétés de personnes et rendre publiques des informations relatives aux bénéficiaires effectifs. Lorsqu'une société de capitaux est commanditée dans une société en commandite simple à Jersey, la Commission des services financiers de Jersey exige que soient révélés les noms des bénéficiaires effectifs de la société de capitaux. En outre, la Commission des services financiers de Jersey peut refuser d'enregistrer des sociétés en commandite simple ainsi que des sociétés de personnes à responsabilité limitée. Un régime semblable est en vigueur aux Bermudes.

Lorsque les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des sociétés de personnes ne sont pas disponibles car non publiées, les autorités peuvent recourir à des moyens d'investigation pour obtenir ces informations. Dans quelques juridictions, les agents intervenant dans la constitution des sociétés de personnes ainsi que les sociétés qui domicilient des sociétés de personnes sont tenus, au regard de la législation visant à lutter contre le blanchiment d'argent, de tenir à jour les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des sociétés de personnes.

E. Échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques

La possibilité pour les autorités d'obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques doit s'accompagner de la possibilité correspondante d'échanger ces informations, en temps utile, avec d'autres autorités au niveau national et international dans le respect des principes juridiques fondamentaux de chaque juridiction. Pour lutter contre les activités illicites transfrontières, il faut une coopération efficace entre les autorités de réglementation, de surveillance ou d'application des lois, permettant l'échange d'informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques soupçonnés de mener des activités illégales. Au sein d'une même juridiction, l'échange de ce type d'informations est nécessaire parce que certaines autorités peuvent détenir ou accéder plus facilement à des informations dont auraient besoin d'autres autorités nationales à des fins de réglementation, de surveillance et d'application de la loi.

Cette section examine les mécanismes permettant l'échange d'informations et analyse les différents aspects de l'échange d'informations. Il s'agit notamment de la nature et des types d'informations à échanger, de l'usage envisagé des informations échangées, et du type d'autorités intervenant dans l'échange d'informations. La plupart de ces questions sont abordées dans les *Dix principes clés du G7 de 1998 sur l'échange d'informations* et les *Dix principes clés du G7 de 1999 pour l'amélioration de la coopération internationale en matière de criminalité financière et d'utilisation abusive des réglementations* (qui constituent ensemble les « Principes du G7 »).

1. Les fondements de l'échange d'informations

Dans la plupart des juridictions, la loi détermine les conditions dans lesquelles les autorités ont la possibilité d'échanger des informations au niveau national et international. La législation nationale et les conventions bilatérales ou multilatérales précisent en particulier, quelles autorités et dans quelle mesure ces autorités peuvent coopérer avec d'autres autorités, notamment en vue de l'échange d'informations. En outre, l'échange d'informations peut se faire selon d'autres règles, pratiques et mécanismes régissant la coopération internationale en matière judiciaire et administrative. Les exemples ci-dessous illustrent les conditions de l'échange d'informations dans quelques juridictions.

En Australie, le *Mutual Assistance in Criminal Matters Act* de 1987 définit le cadre législatif dans lequel l'Australie peut conclure des accords avec d'autres pays en cas d'entraide judiciaire en matière pénale. Parallèlement, le *Mutual Assistance in Business Regulation Act* de 1992 (MABRA) établit le cadre dans lequel les autorités australiennes de réglementation des entreprises peuvent apporter une aide à leurs homologues étrangères « à des fins relatives à l'application d'une loi étran-

gère sur les entreprises ». Cette aide peut impliquer, au nom d'une autorité de réglementation étrangère, le recours à la coercition pour obtenir des documents ou une déposition. De plus, l'ASIC Act confère à l'*Australian Securities and Investments Commission* le droit d'échanger des informations confidentielles avec d'autres autorités nationales.

Aux Bermudes, le *Criminal Justice (International Cooperation) (Bermuda) Act* de 1994 exige des Bermudes qu'elles coopèrent avec les juridictions étrangères dans tous les cas d'investigations et d'affaires criminelles. L'*Evidence Act* de 1905 et les *Supreme Court Rules* de 1985 permettent aux autorités étrangères (notamment par le biais de commissions rogatoires) d'obtenir des éléments de preuve provenant des Bermudes dans le cadre d'affaires civiles ou pénales. En outre, la Convention d'échange de renseignements fiscaux de 1988 avec les États-Unis ouvre des possibilités d'échange d'informations à des fins fiscales.

A Hong-Kong (Chine), la *Securities and Futures Commission (SFC) Ordinance* prévoit l'échange d'informations entre la SFC et des autorités de réglementation étrangères. La *Mutual Legal Assistance Ordinance*, entrée en vigueur le 20 février 1998, permet au gouvernement de Hong-Kong (Chine) d'aider des autorités étrangères dans le cadre d'investigations et de poursuites pénales. Elle prévoit une entraide notamment pour la production de documents et l'obtention de témoignages. Elle prévoit également la mise en place d'accords avec les gouvernements d'autres juridictions afin de faciliter la coopération en matière pénale. Toutefois, une entraide peut être assurée au titre de ce texte, même en l'absence de convention officielle.

En Italie, l'article 4 du décret législatif n° 58 de 1998 exige que la CONSOB (*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*), autorité de réglementation des opérations de bourse, et la Banque d'Italie coopèrent avec les autorités compétentes des États membres de l'Union européenne, et autorise ces organismes à coopérer avec les autorités compétentes de pays non membres de l'UE.

2. Les voies de l'échange d'informations

L'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques se fait principalement par quatre grandes voies. Il s'agit des conventions d'entraide judiciaire, des commissions rogatoires, des mémorandums d'accord et des dispositifs informels. Les paragraphes ci-dessous donnent une brève description de ces voies et une analyse de leur utilité pour un échange efficace d'informations en temps utile.

- **Convention d'entraide judiciaire (CEJ)** – Les conventions d'entraide judiciaire (CEJ) sont conclues entre gouvernements et permettent l'échange de preuves et d'autres informations dans le cadre de certaines affaires criminelles¹⁷. En particulier, les CEJ ouvrent la possibilité de convoquer des témoins, d'effectuer des perquisitions, de notifier un acte judiciaire et de contraindre à produire des documents

et d'autres preuves matérielles. Aux termes d'une CEJ, chaque signataire désigne une autorité centrale chargée de traiter les demandes d'entraide. En général, seules les autorités chargées de l'application des lois pénales (et non les autorités de réglementation ou de surveillance) peuvent utiliser les solutions offertes par une CEJ.

Une CEJ offre une procédure simplifiée pour obtenir l'entraide et peut éviter la nécessité d'une autorisation judiciaire, ce qui réduit le délai nécessaire pour traiter une demande. En pratique, toutefois, de nombreux retards peuvent faire obstacle à un échange d'informations dans le cadre d'une CEJ.

Comme les CEJ sont négociées bilatéralement, elles peuvent prendre en compte des questions spécifiques concernant particulièrement les deux parties (par exemple des dispositions pour lever le secret bancaire). Le processus de négociation permet aussi aux autorités des deux juridictions de connaître de façon plus approfondie le système législatif et réglementaire de l'autre partie, ce qui peut accélérer l'échange d'informations une fois la convention en vigueur.

Les CEJ peuvent constituer un instrument utile pour lever les obstacles résultant des lois sur le secret et limitant l'accès aux données bancaires et autres. À Anguilla, par exemple, les dispositions sur le secret bancaire interdisant que soit révélée l'identité d'un déposant ou d'un client sans l'accord de celui-ci ou sans l'ordonnance d'un tribunal ne s'appliquent pas aux demandes d'entraide dans le cadre d'une CEJ.

• **Commission rogatoire** – Pour les affaires qui sortent du cadre d'une CEJ, une commission rogatoire peut permettre de demander des informations à une autorité étrangère. Une commission rogatoire est une demande d'entraide adressée par le juge d'une juridiction à ses homologues d'une juridiction étrangère en vue de l'obtention de documents ou de dépositions dans la juridiction étrangère. Un juge de l'État requérant peut aussi lancer une commission rogatoire pour le compte de la police ou du ministère public de son pays. Pratiquement toutes les juridictions pratiquent la commission rogatoire.

En termes d'efficacité, l'échange d'informations par le biais d'une commission rogatoire peut prendre des mois, voire des années, puisque certaines demandes doivent parfois passer par la voie diplomatique. Lorsqu'une commission rogatoire doit suivre la voie diplomatique, le circuit est généralement le suivant : tribunal de la juridiction d'origine – ministère des Affaires étrangères de la juridiction d'origine – ministère des Affaires étrangères de la juridiction étrangère – ministère de la Justice ou bureau du Procureur général de la juridiction étrangère – tribunal de la juridiction étrangère. Si la demande est acceptée et si les informations sont fournies, l'itinéraire est le même au retour. L'incertitude est également considérable quant à la réalité de la coopération dans le cadre d'une commission rogatoire, parce que chacune des parties intervenant dans cette

procédure (par exemple, ministre des Affaires étrangères, juge dans la juridiction censée fournir l'information) peut rejeter unilatéralement la demande. De plus, les personnes censées fournir l'information peuvent aussi s'opposer à la demande.

Certains pays imposent des limites au recours aux commissions rogatoires pour échanger des informations. Dans certaines juridictions, une commission rogatoire ne peut s'exécuter avant l'établissement de l'acte d'accusation. Les pays qui ont des lois préservant strictement le secret bancaire interdisent parfois le recours à une commission rogatoire pour obtenir des données bancaires.

- **Mémoire d'accord** – Un mémoire d'accord est un accord entre deux administrations publiques qui établit le cadre d'une coopération entre des organismes de surveillance ou d'application des lois au niveau national et international. Un mémoire d'accord exprime l'intention des parties de faire le maximum pour s'apporter une entraide sur des questions déterminées et indique comment se fera l'échange d'informations. Les informations susceptibles d'être échangées aux termes d'un mémoire d'accord peuvent être des informations déjà détenues par l'autorité, des informations qui peuvent être exigées par l'autorité et des informations qui ne peuvent être obtenues que dans le cadre d'une investigation. En outre, un mémoire d'accord comporte des sauvegardes protégeant les informations confidentielles contre toute divulgation à des tiers et limitant l'usage des informations échangées à des fins déterminées.

D'une manière générale, les échanges d'informations effectués dans le cadre d'un mémoire d'accord n'impliquent pas une intervention judiciaire. Un mémoire d'accord n'est pas contraignant sur le plan juridique, mais il est pris très au sérieux par les administrations signataires. Le plus souvent, un mémoire d'accord sert à consigner par écrit des accords et des dispositions informelles existants.

Au fond, un mémoire d'accord fournit les mécanismes qui permettent aux autorités d'une juridiction d'obtenir des informations sur des activités déterminées par le biais de leurs homologues étrangers sans avoir à recourir à des mesures judiciaires. Par conséquent, l'efficacité d'un mémoire d'accord dépend des prérogatives conférées par la loi à l'organisme concerné. En outre, lorsqu'un mémoire d'accord a été conclu, les autorités de réglementation peuvent éviter d'avoir à entamer des négociations chaque fois qu'elles ont besoin d'informations. De ce fait, un mémoire d'accord est un mécanisme efficace pour assurer l'échange d'informations. Néanmoins, même lorsqu'un mémoire d'accord a été conclu, certaines juridictions mettent un temps excessif à fournir des informations en raison, notamment, de la capacité limitée des autorités compétentes à appliquer le mémoire d'accord.

- **Arrangements informels** – Outre les mécanismes ci-dessus, certaines autorités peuvent procéder à un échange d'informations, au niveau national et interna-

tional, par le biais de voies informelles. Les voies informelles constituent un moyen efficace d'assurer un échange d'informations, parce que les procédures à suivre sont le plus souvent réduites au minimum.

Pendant, les arrangements informels ne permettent pas nécessairement l'échange d'informations confidentielles. De plus, les informations échangées de façon informelle peuvent ne pas être admises en preuve par un tribunal. Compte tenu de ces limites, les autorités complètent souvent l'échange informel par des demandes d'informations selon les voies officielles. Par exemple, les autorités de l'île de Man effectuent souvent des échanges d'informations de façon informelle avant de lancer des demandes plus officielles.

Pour que les voies informelles fonctionnent bien, il faut que le droit national permette aux autorités d'obtenir des informations au nom d'autres autorités nationales et étrangères et d'échanger les informations en leur possession sans intervention judiciaire. C'est ce qui se passe souvent lorsque ces autorités ont déjà conclu un mémorandum d'accord ou une autre convention qui facilite l'entraide en dehors des voies judiciaires.

Les voies informelles fonctionnent particulièrement bien lorsque les autorités chargées de faciliter l'échange d'informations se connaissent bien à un niveau personnel. Lorsqu'une relation personnelle et une véritable confiance existent, l'acheminement de l'information se fait plus facilement.

3. Typologie des mécanismes utilisés par les juridictions pour l'échange d'informations – remarques générales

Dans la plupart des juridictions, les autorités peuvent échanger des informations par le biais de voies formelles et informelles. Par exemple, les États-Unis ont signé plus de 50 conventions d'entraide judiciaire, plus de 40 conventions fiscales et plusieurs accords d'échange d'informations fiscales. Des organismes comme la Securities and Exchange Commission sont aussi individuellement signataires d'une multitude de protocoles d'accord et d'autres conventions. Dans certaines juridictions, l'échange d'informations ne se fait que par des voies déterminées.

Quelques juridictions, notamment Niue et Samoa, n'ont pas conclu d'accord officiel d'échange d'informations, même en matière pénale.

Dans les juridictions qui ont des lois préservant strictement le secret, les voies par lesquelles peut se faire l'échange d'informations sont très variées. Aux Bahamas, les informations relatives aux bénéficiaires effectifs ne peuvent être échangées que dans le cadre d'une CEJ ou d'une commission rogatoire¹⁸. D'autres juridictions caractérisées par le secret ne permettent l'échange d'informations que dans le cadre d'une CEJ. Depuis août 2000, les autorités de surveillance des îles Cayman sont autorisées à réaliser des échanges d'informations, y compris les

informations sur la propriété effective, sans qu'une convention officielle soit signée. L'échange d'informations peut aussi se faire *via* une CEJ et une commission rogatoire. Cependant, le Bureau de renseignements financiers des îles Cayman n'est pas en mesure d'échanger des informations avec un certain nombre de ses homologues étrangers.

4. Les aspects de l'échange d'informations

La possibilité pour des autorités d'échanger des informations, au niveau national et international, dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment si les informations à échanger relèvent d'une catégorie faisant l'objet généralement d'une diffusion restreinte, si ces informations sont confidentielles ou non, si ces informations sont destinées à des fonctions d'application de la loi ou des fonctions de réglementation ou de surveillance et si les informations doivent être échangées avec des autorités exerçant des fonctions comparables ou non.

a) Informations faisant l'objet d'une diffusion restreinte

L'échange d'informations concernant les questions fiscales et l'échange d'informations détenues par des banques est souvent restreint dans certaines juridictions (y compris de nombreux centres financiers offshore), en particulier dans les juridictions qui ont des lois préservant un strict secret ou dans lesquelles la fraude fiscale ne constitue pas un délit pénal.

A Gibraltar, les autorités tiennent à jour des informations sur les bénéficiaires effectifs des sociétés exonérées, qui peuvent être communiquées, *via* une ordonnance d'un tribunal, à des autorités étrangères dans le cadre d'une affaire civile ou pénale. Cependant, ce mécanisme ne concerne que les affaires ayant trait à l'application d'une loi fiscale étrangère. Les autorités fiscales de l'île de Man n'ont pas le pouvoir de recueillir des informations pour apporter une aide à leurs homologues étrangères. Toutefois, l'île de Man s'est récemment engagée à échanger des informations dans des affaires fiscales civiles et pénales, dans le cadre de ses engagements visant à lutter contre les pratiques fiscales dommageables¹⁹.

Certaines juridictions ont, dans l'ensemble, été réticentes à signer des conventions d'échange d'informations fiscales. Ainsi les CEJ que les États-Unis ont signés avec Anguilla et les Bahamas excluent spécifiquement toute coopération en matière fiscale²⁰. Cependant, une entraide est généralement assurée pour certains délits comportant une composante fiscale (par exemple, un contribuable fait une fausse déclaration pour ses revenus illégaux d'activités délictueuses). La CEJ entre la Suisse et les États-Unis prévoit l'échange d'informations en cas de délits fiscaux lorsqu'il s'agit d'affaires concernant le crime organisé.

Certains centres financiers offshore ont signé des conventions d'échange d'informations fiscales. La convention entre les gouvernements des États-Unis

et du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord (au nom des Bermudes) pour l'échange d'informations fiscales comporte des dispositions concernant l'entraide en matière fiscale. A Jersey, le Contrôleur des impôts peut, conformément à une convention de double imposition, communiquer des informations concernant des questions fiscales.

En outre, l'échange d'informations bancaires est souvent limité du fait des lois sur le secret bancaire. A Chypre, par exemple, il est interdit à la banque centrale de fournir des informations sur les bénéficiaires effectifs et des informations bancaires à des autorités fiscales nationales si une IBC est détenue par des actionnaires mandataires ou si elle est détenue par une fiducie.

b) Nature des informations à échanger

La nature des informations a aussi une incidence sur la possibilité qu'ont les autorités d'échanger ces informations. Les informations les plus couramment échangées, au niveau national et international, y compris les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et au contrôle des véhicules juridiques, relèvent des catégories suivantes : 1) informations du domaine public, 2) informations confidentielles et non confidentielles détenues par les autorités auxquelles l'aide est demandée, et 3) informations détenues par des tiers (y compris des entités réglementées) qui peuvent être obtenues par la contrainte ou par voie de citation en justice.

D'une manière générale, les informations du domaine public peuvent être librement échangées. Dans certaines juridictions, les informations relatives aux bénéficiaires effectifs de certains véhicules juridiques peuvent être obtenues par la consultation de registres accessibles au public. Dans certaines juridictions, le registre des entreprises est consultable sur Internet. Dans ces cas, l'échange d'informations implique tout simplement le repérage de l'information demandée et son envoi sous la forme demandée. Si les autorités de la juridiction dont l'aide est demandée se trouvent dans l'incapacité d'apporter cette aide, alors les autorités requérantes peuvent généralement obtenir les informations demandées directement à la source.

De même, les informations non confidentielles détenues par les autorités de la juridiction à laquelle une aide est demandée peuvent être librement échangées, à moins que la législation nationale n'interdise l'entraide dans le domaine en question.

En ce qui concerne les informations confidentielles détenues par les autorités, il y a parfois des restrictions quant à leur usage, bien que la législation nationale ouvre généralement des possibilités d'échange de ces informations. A Jersey, les informations relatives aux bénéficiaires effectifs communiquées à la Commission des services financiers de Jersey sont confidentielles. Cependant, cette

commission peut, dans certains cas, échanger ces informations avec des autorités réglementaires étrangères et avec les autorités de Jersey chargées de l'application des lois. Les autorités étrangères chargées de l'application des lois peuvent obtenir ce type d'information en s'adressant au bureau du Procureur général de Jersey. En Suisse, les informations relatives aux bénéficiaires effectifs des sociétés anonymes, qui ne relèvent pas du domaine public, sont accessibles aux autorités nationales chargées d'investigations en matière pénale ou de fraude fiscale et peuvent être échangées entre ces autorités. Ces informations peuvent être échangées avec des autorités étrangères dans le cadre d'affaires pénales au titre de l'entraide judiciaire.

Dans certaines juridictions, la législation nationale ne permet pas aux autorités d'échanger des informations confidentielles sans l'accord des parties concernées. Dans les îles Cook, les informations sur des véhicules juridiques détenues par les autorités mais non publiques ne peuvent être échangées que si les administrateurs, les fiduciaires ou les associés (s'il y a lieu) ont donné leur accord.

Dans de nombreux cas, les informations confidentielles reçues initialement d'une autorité étrangère ne peuvent être communiquées à d'autres autorités au niveau national et international. Par exemple, lorsque le *Serious Fraud Office* du Royaume-Uni obtient de l'étranger des informations dans le cadre de commissions rogatoires, il n'a pas la possibilité de communiquer à son tour ces informations sans l'accord de la juridiction qui les a initialement fournies. Cependant, les informations confidentielles qui tombent dans le domaine public (notamment lorsque qu'elles sont données lors d'un procès) peuvent généralement être échangées.

En ce qui concerne les informations qui ne sont pas détenues par les autorités de la juridiction dont l'aide est demandée, la facilité d'accès à ces informations dépend de la nature du tiers qui les détient. D'une manière générale, les informations qui sont diffusées publiquement, comme les informations consignées dans le registre des entreprises, peuvent être librement échangées.

Lorsque les informations demandées sont détenues par un tiers privé, la loi peut autoriser les autorités nationales à accéder à ces informations et à les échanger avec des autorités étrangères. Dans les îles Cayman, la *Monetary Authority Law* autorise le CIMA à accéder à des informations concernant des clients individuels des établissements placés sur sa tutelle et à communiquer ces informations à des autorités de tutelle étrangères. A Hong-Kong (Chine), la *Securities and Futures Commission* peut user de ses vastes pouvoirs d'investigation pour aider ses homologues étrangers, et notamment pour contraindre des tiers à fournir des informations.

Cependant, l'accès à des informations détenues par un tiers n'est pas toujours autorisé par le droit national. Comme indiqué précédemment, certaines juri-

dictions restreignent l'accès aux informations détenues par des établissements financiers.

c) L'échange d'informations dans le cadre d'affaires pénales et dans le cadre d'affaires non pénales (civiles ou administratives)

Le fait que des informations demandées concernent une affaire pénale ou une affaire administrative ou civile détermine aussi le type d'informations auxquelles les autorités ont accès ainsi que les voies par lesquelles l'échange d'informations peut se faire. D'une manière générale, il est possible d'obtenir et d'échanger davantage d'informations lorsqu'elles ont trait à des affaires pénales que lorsqu'elles ont trait à des affaires administratives ou civiles.

La plupart des juridictions autorisent l'échange d'informations dans les affaires pénales et dans les affaires administratives ou civiles, mais certaines juridictions, en particulier les centres financiers offshore, autorisent l'échange d'informations exclusivement ou principalement dans le cadre d'affaires pénales. Dans les pays où le secret bancaire est strict, le secret n'est levé le plus souvent que dans le cas d'une investigation criminelle, l'accès aux informations étant accordé aux autorités pénales mais pas aux autorités de réglementation qui exercent des fonctions de surveillance ou d'application des lois.

En ce qui concerne les voies de l'échange d'informations, les CEJ et les commissions rogatoires sont généralement utilisées dans les affaires pénales.

d) L'échange d'informations, au niveau national et international, et entre autorités assurant des fonctions semblables ou différentes

Si l'échange d'informations se fait au niveau national ou international ou s'il a lieu entre des autorités assurant des fonctions semblables ou différentes, la disponibilité des informations diffère. D'une manière générale, l'échange d'informations entre autorités relève de trois catégories :

- Échange d'informations entre autorités nationales (par exemple, entre une autorité de surveillance et une autorité chargée de l'application des lois) ;
- Échange d'informations entre une autorité nationale et une autorité étrangère remplissant des fonctions semblables (par exemple, entre deux autorités de surveillance ; entre deux autorités chargées de l'application des lois) ;
- Échange d'informations entre une autorité nationale et une autorité étrangère exerçant des fonctions différentes (par exemple, entre une autorité de surveillance et une autorité chargée de l'application des lois).

Dans certaines situations, les juridictions peuvent imposer des restrictions à l'échange d'informations entre autorités nationales. Aux Bermudes, par exemple,

la police doit obtenir une ordonnance d'un tribunal pour pouvoir accéder à des informations relatives aux bénéficiaires effectifs détenues par la BMA.

Dans plusieurs juridictions, certaines autorités sont en mesure d'échanger librement des informations avec diverses autres autorités nationales. Au Royaume-Uni, le *Serious Fraud Office* (SFO) est habilité à communiquer des informations à d'autres administrations, autorités de réglementation et diverses autres autorités britanniques, créées par une loi et chargées de missions disciplinaires ou de surveillance, dans le but de les aider à remplir leurs fonctions ou obligations. Des informations peuvent aussi être communiquées à des homologues étrangers du SFO dans le même but. En outre, des informations peuvent être communiquées par le SFO à des fins de poursuites judiciaires au niveau national et international.

Au Portugal, les autorités nationales de réglementation telles que la *Comissão do Mercado de Valores Mobiliários* (Commission portugaise des opérations de bourse), la Banque du Portugal et l'Institut portugais des assurances, peuvent échanger librement des informations confidentielles et non confidentielles à des fins de réglementation ou de surveillance. Ces autorités peuvent aussi signer des mémorandums d'accord avec des autorités étrangères exerçant des fonctions comparables – par exemple, des commissions de surveillance des opérations de bourse et des autorités de contrôle en matière de banque et d'assurance – de façon à assurer une entraide permettant de mieux assumer les responsabilités de réglementation ou de surveillance. En ce qui concerne l'échange d'informations avec des autorités étrangères compétentes en matière civile ou pénale, la coopération s'effectue *via* les autorités portugaises homologues, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'autorité de réglementation nationale compétente.

Dans de nombreuses juridictions, les autorités nationales de réglementation ne sont habilitées à échanger des informations qu'avec des autorités de réglementation étrangères qui remplissent des fonctions comparables. De même, les autorités pénales nationales peuvent n'être autorisées à coopérer qu'avec des autorités pénales étrangères. Dans certaines juridictions, il est interdit aux autorités fiscales de coopérer avec leurs homologues étrangères.

Notes

1. Un grand nombre de juridictions exigent la production de listes d'actionnaires et de renseignements concernant les administrateurs, mais elles n'exigent pas une déclaration de propriété effective lorsque celle-ci diffère de la propriété nominale ; en outre, les véhicules juridiques actionnaires ne sont pas tenus de divulguer leurs bénéficiaires effectifs.
2. Dans certaines juridictions, aucun livre ou document social n'est même exigé.
3. Quelques juridictions exigent l'enregistrement des fiducies. C'est le cas, par exemple, de Labuan (Malaisie) pour les fiducies offshore.
4. Les fiducies qui exercent des activités dans le domaine des services financiers, notamment sous la forme d'organismes de placement collectif, font souvent l'objet d'une réglementation spéciale. Au Japon, pays qu'on peut considérer comme de droit civil, les tribunaux supervisent toutes les fiducies privées, sauf celles se livrant à des activités commerciales.
5. En 2001, au sein de l'Union européenne a été étendu l'identification du client, la tenue de livres et les déclarations de suspicion aux notaires et avocats, entre autres, exerçant des activités financières ou des activités se rapportant au droit des sociétés (création, fonctionnement ou gestion de sociétés, de fiducies ou de structures similaires et manipulation de fonds, valeurs mobilières et autres biens de la clientèle).
6. La recommandation 11 du GAFI précise en particulier que « les institutions financières devraient prendre des mesures raisonnables pour obtenir des informations sur l'identité véritable des personnes dans l'intérêt desquelles un compte est ouvert ou une transaction est effectuée, s'il y a le moindre doute sur le fait que ces clients pourraient ne pas agir pour leur propre compte, par exemple dans le cas de sociétés de domicile (c'est-à-dire des institutions, des sociétés, des fondations, des fiducies (trusts), etc. qui ne se livrent pas à des opérations commerciales ou industrielles, ou à toute autre forme d'activité commerciale, dans le pays où est situé leur siège social). » Dans certaines juridictions, l'obligation d'identification du client fait partie intégrante de l'obligation générale qui incombe aux institutions financières de connaître leurs clients. Cette obligation consiste également, entre autres, à s'informer des antécédents du client et à examiner périodiquement les transactions qu'il effectue afin de veiller à ce que ces transactions soient en rapport avec les antécédents et activités du client.
7. Comité des affaires fiscales de l'OCDE, *Améliorer l'accès aux informations bancaires à des fins fiscales*, 2000.
8. INCSR 1999. Voir également le rapport des Nations Unies de 1998, p. 31 (certains agents peuvent se voir déléguer la fonction d'enregistrement des sociétés).

9. Service d'investigation sur les sociétés (CIB) du ministère du Commerce et de l'industrie, Autorité pour les services financiers, Service pour la lutte contre les infractions graves, police, Parquet, Banque d'Angleterre et autorités boursières.
10. Lors d'interviews qui ont eu lieu à l'occasion d'une mission aux États-Unis en novembre 2000, les autorités du Delaware ont fait observer que, souvent, la rubrique de la déclaration annuelle concernant les administrateurs et les dirigeants n'est pas remplie et que, vu le volume des déclarations, il n'y a pas de contrôle sauf en cas d'investigation.
11. Au Luxembourg, par exemple, la loi sur le blanchiment d'argent oblige le notaire à connaître l'identité du bénéficiaire effectif de la transaction.
12. Les mécanismes utilisés pour obtenir d'autres autorités, au niveau interne ou international, les informations relatives aux bénéficiaires effectifs ou au contrôle seront examinés dans la section qui a trait à l'échange d'informations.
13. Certaines juridictions de droit romano-germanique exigent que soient communiquées des informations sur les bénéficiaires effectifs aux professionnels qui exercent des fonctions d'officier ministériel.
14. Il s'agit ici, outre des actions, des options et autres produits dérivés conférant le droit ou l'obligation d'acquérir ou de céder des actions à droit de vote. Certaines règles obligent à totaliser les droits détenus par des personnes physiques ou morales apparentées et ceux détenus par des personnes agissant de concert.
15. Les membres du GAFI sont l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Brésil, le Canada, la Commission européenne, le Conseil de coopération du Golfe, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis la Finlande, la France, la Grèce, Hong-Kong (Chine), l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, Singapour, la Suède, la Suisse et la Turquie.
16. Les autorités danoises envisagent à l'heure actuelle d'abaisser le seuil de participation, car on peut craindre qu'une fondation détenant moins de 50 pour cent du capital d'une société puisse néanmoins exercer une influence dominante sur la société en question (notamment dans le cas de grandes entreprises dont le capital est dispersé).
17. Dans le domaine fiscal, l'échange d'informations se fait généralement dans le cadre des dispositions de conventions fiscales bilatérales, de conventions multilatérales d'entraide administrative et d'accords d'échange d'informations fiscales.
18. Toutefois, les Bahamas ont adopté en 2000 une réglementation qui permet dans une très large mesure l'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs.
19. D'autres juridictions ont pris des engagements du même ordre, c'est le cas des Antilles néerlandaises, des Bermudes, des îles Cayman, de Chypre, de Malte, de l'île Maurice, de San Marin et des Seychelles.
20. Toutefois, dans le cas des Bahamas, la loi de 2000 sur la justice pénale prévoit la possibilité d'une coopération en matière d'infractions fiscales dans le cadre d'un accord d'échange d'informations fiscales.

Menu d'options pour l'obtention et l'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques

A. Introduction

Pour prévenir et combattre efficacement l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites, il est indispensable que toutes les juridictions mettent en place des dispositifs qui permettent à leurs autorités d'obtenir en temps utile, dans le cadre d'une investigation sur des activités illégales et de l'exercice de leurs fonctions de réglementation et de surveillance, des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques constitués sur leur territoire et d'échanger ces informations avec d'autres autorités au niveau national ou international. Au préalable, il faut se fixer trois objectifs fondamentaux (« objectifs fondamentaux ») : 1) les autorités doivent conserver ou pouvoir obtenir les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, 2) il est nécessaire d'assurer une supervision adéquate et la stricte intégrité du système d'obtention et de conservation de ces informations, 3) dans le respect des principes juridiques fondamentaux de chaque juridiction, il doit être possible aux autorités de réglementation, de surveillance ou d'application des lois, dans le cadre de leurs fonctions ou d'une investigation sur des activités illicites, d'échanger, sur le plan interne ou international, des informations non publiques sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques.

Cette partie décrit un menu d'options pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Comme on l'a indiqué, le présent rapport (et donc ces options) s'applique uniquement aux véhicules juridiques qui ne sont pas des fournisseurs de services financiers et qui ne sont pas cotés en bourse. Les options présentées ci-après, qui découlent des dispositifs existant dans diverses juridictions, sont regroupées en trois grandes catégories – 1) déclaration préalable aux autorités, 2) obligation pour les fournisseurs de services aux sociétés de consigner les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques (« option des intermédiaires ») et 3) recours privilégié à des mécanismes d'enquête et d'investigation. Par consé-

quent et à condition d'adhérer totalement aux objectifs fondamentaux ci-dessus, chaque juridiction peut adapter ces options aux conditions, pratiques et systèmes juridiques locaux. Chaque option fera l'objet d'une brève description et d'un récapitulatif de ses principaux avantages et inconvénients. Puis suivent une analyse des principaux facteurs qui feraient de cette option le principal mécanisme indiqué pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques dans une juridiction particulière, ainsi qu'une présentation de ses caractéristiques les plus importantes. On traitera également dans cette partie des mesures permettant de contrecarrer les instruments favorisant l'anonymat. Enfin, cette partie fait référence aux *Dix principes clés du G7 de 1998 sur l'échange d'informations* et aux *Dix principes clés du G7 de 1999 pour l'amélioration de la coopération internationale en matière de criminalité financière et d'utilisation abusive des réglementations* (qui constituent ensemble les « Principes du G7 »), importants dans le contexte des règles, pratiques et dispositifs nationaux et internationaux régissant la coopération internationale.

Dans un grand nombre de juridictions, il est possible de s'appuyer principalement sur une option pour un type de véhicule juridique et en même temps sur une deuxième option pour un autre type. Par exemple, une juridiction peut opter, dans le cas des sociétés, pour un régime de déclaration préalable, tout en choisissant d'appliquer l'option des intermédiaires ou de mettre en œuvre des mécanismes d'investigation pour les fiducies. De même, chaque juridiction peut effectuer une distinction entre les différents types de véhicules juridiques (par exemple, sociétés anonymes ou à responsabilité limitée) et mettre en place un système de déclaration préalable uniquement pour les véhicules juridiques les plus exposés à une utilisation abusive à des fins illicites.

Les options présentées ici sont, dans une large mesure, complémentaires. Selon les conditions locales, les juridictions utilisant principalement une certaine option peuvent juger extrêmement souhaitable et bénéfique de la compléter par d'autres. Par exemple, pour empêcher l'utilisation abusive des véhicules juridiques et faciliter l'obtention et l'échange par les autorités d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, une juridiction dotée d'un système d'investigation bien rodé peut également adopter un dispositif de déclaration préalable ou imposer aux fournisseurs de services aux sociétés l'obligation de consigner ces renseignements. De même, si une juridiction s'appuie principalement sur un régime de déclaration préalable, elle peut également demander aux fournisseurs de services aux sociétés de conserver ces informations de manière à leur imposer une plus grande discipline et à créer une source supplémentaire d'informations dans le cas où les informations communiquées aux autorités seraient incorrectes ou n'auraient pas été mises à jour. Dans ce cas de figure, la juridiction peut également souhaiter renforcer son mécanisme d'investigation, par exemple en élargissant les pouvoirs des autorités pour l'accès

aux informations détenues par les fournisseurs de services aux sociétés. De fait, un solide système d'investigation s'avère avantageux dans toutes les options parce que la lutte contre l'utilisation abusive des véhicules juridiques exige parfois de prendre certaines mesures telles que la collecte de preuves et l'interrogation de témoins pour enquêter sur ces activités.

Quelle que soit l'option (ou les options) choisie, il est nécessaire d'assurer une supervision adéquate et une très grande intégrité des dispositifs de conservation ou d'obtention des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. En effet, chaque juridiction doit pouvoir imposer des sanctions crédibles et suffisamment lourdes pour dissuader toute utilisation abusive et punir toute infraction, et elle doit veiller à leur application rigoureuse.

En outre, il est souhaitable que les autorités de chaque juridiction réfléchissent aux moyens de donner accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques aux agents habilités par le pouvoir exécutif ou judiciaire (cas, par exemple, des administrateurs de faillite) et aux institutions financières recherchant de telles informations pour s'acquitter de leur obligation d'identification des clients. Comme les gouvernements attendent des institutions financières qu'elles constituent la première ligne de défense contre l'utilisation abusive des systèmes financiers à des fins illicites, faciliter l'accès et lever les obstacles à l'accès de ces institutions aux informations concernant les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, dans le cas où elles existent, aux fins de l'obligation d'identification des clients dans leur juridiction respective, pourrait permettre à ces institutions de mieux s'acquitter des obligations qui leur sont imposées par leur gouvernement¹.

Enfin, il faut reconnaître que ces options ne représentent qu'un moyen de combattre et de prévenir l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites. Dans de nombreuses juridictions, d'autres dispositifs visant à exercer un contrôle adéquat sur le fonctionnement des véhicules juridiques servent également à en empêcher l'utilisation abusive. Ces mesures consistent notamment à rendre obligatoires pour les entreprises l'établissement et la publication d'états financiers certifiés, à exiger que les décisions importantes soient approuvées par au moins deux salariés autorisés et à vérifier la qualification des administrateurs. Toutefois, l'analyse approfondie de ces mesures n'entre pas dans le cadre du présent rapport.

B. Menu d'options pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques

Les mécanismes d'obtention d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques entrent dans trois grandes catégories : déclaration préalable aux autorités ; obligation pour les fournisseurs de services aux sociétés d'obtenir, de vérifier et de conserver les informations sur les bénéficiai-

res effectifs et le contrôle des véhicules juridiques ; recours privilégié aux mesures d'investigation en cas de soupçon d'activités illicites. Comme on l'a indiqué, sous réserve d'une adhésion totale aux objectifs fondamentaux, chaque juridiction peut adapter ces options et/ou les combiner en fonction des conditions locales, des pratiques locales et des systèmes juridiques locaux. Les caractéristiques fondamentales de ces options sont résumées ci-après :

1. *Option 1 : Déclaration préalable aux autorités*

Description : Dans un tel système, les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques doivent être déclarés auprès des autorités au moment de la création ou de la constitution du véhicule juridique, et ces informations doivent être mises à jour en temps utile à chaque changement. L'obligation de communiquer des informations aux autorités incombe aux véhicules juridiques, aux ultimes bénéficiaires effectifs ou aux fournisseurs de services chargés de la constitution ou de la gestion des véhicules juridiques. Les juridictions peuvent accroître la transparence d'un système de déclaration préalable en permettant au grand public d'accéder aux informations.

Principaux avantages et inconvénients : Un système de déclaration préalable permet d'accroître la transparence des véhicules juridiques et de s'assurer que certaines autorités possèdent à tout moment les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques constitués dans la juridiction. Il peut également augmenter la capacité des juridictions, en particulier – mais pas exclusivement – de celles dotées de ressources limitées et de faibles pouvoirs d'investigation, de coopérer plus rapidement et plus efficacement avec les autorités étrangères. De plus, s'il est efficace, ce système peut avoir un grand effet dissuasif, car les personnes désireuses de cacher leur identité derrière des véhicules juridiques préféreront sans doute choisir une autre juridiction où il est plus facile de garder l'anonymat. Il permettra également aux gouvernements de mettre les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques à la disposition des institutions financières (par divers moyens, notamment la mise en place d'un registre semi-public ou public) afin qu'elles puissent s'acquitter plus facilement de leurs obligations en matière d'identification de leurs clients, surtout dans un contexte de lutte contre le blanchiment d'argent. Cependant, dans les juridictions possédant un secteur commercial national développé, un système généralisé de déclaration préalable peut, dans certains cas, entraîner des coûts très élevés pour les véhicules juridiques (en particulier les petites et moyennes entreprises).

Indications : Le recours privilégié à un système de déclaration préalable conviendrait aux juridictions présentant les caractéristiques suivantes :

- **Faiblesse du système d'investigation** – Un système de déclaration préalable serait tout indiqué pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs

et le contrôle des véhicules juridiques dans les juridictions où les mécanismes d'investigation sont généralement peu développés (dont les autorités sont dotées de faibles pouvoirs de coercition, de modestes ressources pour l'exercice de leur mission de réglementation, de surveillance et d'application des lois, et dont le système judiciaire et juridique connaît des dysfonctionnements). Toutefois, l'adoption d'un tel système ne dispense pas une juridiction d'améliorer ses mécanismes d'investigation, car la lutte contre l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites exige parfois de prendre des mesures telles que la collecte de preuves et l'interrogation de témoins.

- ***Forte proportion de non-résidents bénéficiaires effectifs de véhicules juridiques*** – Les juridictions dans lesquelles les non-résidents sont les bénéficiaires effectifs ou ont le contrôle d'une forte proportion des véhicules juridiques peuvent préférer adopter un système de déclaration préalable parce que leurs autorités risquent de rencontrer de plus grandes difficultés à y voir clair en matière de propriété effective et de contrôle des véhicules juridiques. Cela est particulièrement vrai pour les véhicules juridiques dont les bénéficiaires effectifs sont des particuliers non résidents ou des sociétés écrans, et non des sociétés opérationnelles sous contrôle étranger ou cotées en Bourse. De même, ce système conviendrait aux juridictions dans lesquelles les véhicules juridiques sont pour une large part destinés tout particulièrement aux non-résidents, par exemple les IBC (international business companies ou sociétés commerciales internationales), les sociétés exonérées et les fiducies offshore.
- ***Forte proportion de sociétés écrans ou de sociétés holdings*** – Lorsqu'un pourcentage élevé de véhicules juridiques est constitué de sociétés écrans ou de sociétés créées pour détenir des actifs et non pour exercer des activités nécessitant une présence locale dans la juridiction donnée, il serait plus judicieux d'adopter un système de déclaration préalable, car il pourrait s'avérer plus difficile pour les autorités de localiser les personnes liées à ces véhicules juridiques, en particulier les bénéficiaires effectifs.
- ***Existence d'instruments favorisant l'anonymat*** – En général, plus un particulier à la possibilité de cacher efficacement son identité aux autorités grâce à des instruments favorisant l'anonymat², plus un système de déclaration préalable s'avère nécessaire. Même si les autorités finissent par connaître l'identité des bénéficiaires effectifs et des personnes qui détiennent le contrôle, l'obligation dans laquelle elles se trouvent de passer au crible plusieurs niveaux intermédiaires risque d'entraîner des retards considérables et un surcroît de dépenses.
- ***Éléments importants*** : Un système de déclaration préalable repose sur le principe de la transparence de l'identité des bénéficiaires effectifs à cha-

que étape du cycle de vie du véhicule juridique. Dans ce système, les éléments ci-après sont importants :

- **Éléments importants de transparence au stade de la constitution :**
 - a) **Société de capitaux** – Déclaration de l'identité de la personne physique constituant l'ultime bénéficiaire effectif qui est une personne physique. Si les actions sont détenues par une société non cotée en bourse, déclaration de l'identité de l'ultime bénéficiaire effectif de cette société³ Si les actions sont détenues par une fiducie ou une fondation, déclaration de l'identité des particuliers qui ont apporté des fonds dans celle-ci, des bénéficiaires (actuels et éventuels), des fiduciaires ou des membres du conseil et des protecteurs. Si les actions sont détenues par une société de personnes ou en commandite, informations détaillées sur les associés ou sur les commanditaires et commandités, y compris leurs bénéficiaires effectifs. En ce qui concerne les administrateurs, déclaration de l'identité de tous, ainsi que des administrateurs de fait et des ultimes bénéficiaires effectifs de toutes les « sociétés-administrateurs ».
 - b) **Fiducie** – Déclaration de l'identité des particuliers qui ont apporté des fonds à la fiducie, des bénéficiaires (actuels et éventuels), des fiduciaires et des protecteurs ; soumission d'un exemplaire de l'acte de fiducie et de toutes les lettres de souhaits.
 - c) **Fondation** – Déclaration de l'identité des particuliers qui ont apporté des fonds à la fondation, des bénéficiaires (actuels et éventuels) et des membres du conseil d'administration ; soumission d'un exemplaire des statuts de la fondation.
 - d) **Société de personnes** – Déclaration de l'identité des associés, des commanditaires et des commandités. Si un associé est un véhicule juridique, déclaration de l'identité de l'ultime bénéficiaire effectif.
- **Éléments importants de transparence concernant les déclarations ultérieures :**
 - e) **Mise à jour régulière et en temps utile des informations** – Les déclarations faites au moment de la constitution doivent être mises à jour en temps utile à chaque changement ultérieur.
 - f) **Déclaration annuelle** – Outre l'obligation de mettre à jour, en temps utile, les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, une juridiction peut également exiger que les véhicules juridiques soumettent une déclaration annuelle récapitulant tous les changements intervenus dans ce domaine ou confirmant l'absence de changement durant l'année en question.

- g) **Déclaration obligatoire des bénéficiaires effectifs et du contrôle des véhicules juridiques auprès de l'entreprise** – Dans le but de faciliter la procédure de déclaration obligatoire par les entreprises, une juridiction peut exiger dans un système de déclaration préalable que les bénéficiaires effectifs notifient à la société leur participation au capital à partir d'un certain niveau de contrôle (par exemple, 5 % des droits de vote) et à certains seuils par la suite (par exemple, 10 %, 15 %, 20 %, etc.). En complément, une juridiction peut accorder à ses sociétés le droit de s'informer sur les bénéficiaires effectifs de leurs propres actions.
- **Aspects institutionnels d'un système de déclaration préalable :**
 - h) **Ressources humaines et autres** – Même si une juridiction qui a adopté un système de déclaration préalable ne possède pas de solides mécanismes généraux d'investigation, elle devrait disposer de suffisamment de personnel et autres ressources pour assurer une bonne gestion d'un système de déclaration préalable (gérer les informations obtenues, vérifier celles reçues et en effectuer le suivi si nécessaire, et assurer en permanence le respect des règles (par exemple, pour la mise à jour des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques à chaque changement ultérieur)).
 - i) **Technologies de l'information** – Une juridiction qui a adopté un système de déclaration préalable devrait se doter de systèmes informatiques permettant aux autorités compétentes de gérer efficacement les informations obtenues et de rechercher et extraire des données rapidement et avec souplesse.
 - **Sanctions pour non-respect** – Pour qu'un système de déclaration préalable soit efficace, il est important que les autorités puissent imposer – et imposent effectivement – des sanctions aux véhicules juridiques qui ne remplissent pas leurs obligations. Ces sanctions doivent être suffisamment lourdes pour avoir un effet dissuasif. Elles peuvent consister, entre autres, à radier sans tarder une entreprise du registre des sociétés, à infliger une forte amende, à suspendre les droits de contrôle des bénéficiaires effectifs et à retirer le droit d'exercer une activité.
 - **Confidentialité des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques** – Les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques communiquées aux autorités peuvent être traitées confidentiellement ou non (c'est-à-dire consignées ou non dans le registre des sociétés de la juridiction et accessibles ou non au public). Si la protection légitime du domaine privé exige de respecter le caractère confidentiel de ces informations, il est nécessaire de mettre en place un dispositif efficace d'échange de celles-ci avec les autorités de

réglementation et de surveillance, tant nationales qu'internationales, dans le respect des principes juridiques fondamentaux de chaque juridiction.

- De plus, il est souhaitable que les autorités réfléchissent aux moyens de rendre ces informations accessibles aux agents habilités par le gouvernement ou les tribunaux (comme les administrateurs judiciaires) et aux institutions financières qui cherchent à s'informer sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques afin de s'acquitter de leur obligation d'identifier les clients, à condition qu'ils s'engagent à ne pas les communiquer à des tiers, et à les utiliser uniquement aux fins déclarées.
- **Déclarations relatives aux véhicules juridiques existants** – L'obtention et la consignation des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques existants devraient se faire dans un délai déterminé. Une juridiction peut aussi adopter une autre démarche, consistant à rendre ces opérations obligatoires uniquement pour les véhicules juridiques dont le risque d'utilisation abusive est le plus élevé.

2. Option 2 : Obligation pour les fournisseurs de services aux sociétés de conserver des informations sur les bénéficiaires effectifs (« option des intermédiaires »)

Description : Avec l'option des intermédiaires, les intermédiaires chargés de la constitution et de la gestion de véhicules juridiques, par exemple les agents spécialisés dans la création d'entreprises, les sociétés de fiducie, les agents agréés, les avocats, les notaires, les fiduciaires et les sociétés fournissant des mandataires actionnaires, administrateurs ou dirigeants (les « fournisseurs de services aux sociétés »), sont tenus d'obtenir, de vérifier et de conserver les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques qu'ils constituent ou gèrent, ou auxquels ils fournissent des services fiduciaires⁴.

Principaux avantages et inconvénients : L'option des intermédiaires permettrait aux juridictions dotées de ressources financières et humaines limitées de s'assurer que les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques sont disponibles, sans avoir à adopter un système complet de déclaration préalable. En complément de l'option de déclaration préalable, cette option conviendrait particulièrement aux juridictions où, en général, les personnes liées aux véhicules juridiques ne sont pas présentes dans la juridiction d'établissement et où le fournisseur de services aux sociétés sert de lien principal avec ces véhicules. L'option des intermédiaires permettrait également de maintenir un équilibre entre l'intérêt général qui commande de lutter contre l'utilisation abusive des véhicules juridiques et la protection du domaine privé légitime, à condition que les intermédiaires soient en mesure de consigner – et qu'ils le fassent – les informations obligatoires sur les véhicules juridiques, et que les autorités nationales aient la capacité de s'assurer – et s'assurent effectivement – du respect des obli-

gations réglementaires, Dans certains cas, ce mécanisme servirait également d'action préventive. Néanmoins, en exigeant des autorités qu'elles obtiennent de tiers des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, l'option des intermédiaires introduit un risque de retard dans la communication de ces renseignements.

Indications : Le recours privilégié à l'option des intermédiaires conviendrait aux juridictions présentant les caractéristiques suivantes :

- **Mécanisme d'investigation adéquat** – Les autorités des juridictions qui ont adopté cette option doivent disposer de pouvoirs coercitifs adéquats et des moyens institutionnels nécessaires pour s'assurer que les fournisseurs de service aux sociétés s'acquittent de leur obligation d'obtenir les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Pour permettre l'échange de ces informations en temps utile, la juridiction devra mettre en place des mécanismes d'échange efficaces et rapides au niveaux national et international, car les autorités requises doivent d'abord obtenir les renseignements auprès de l'intermédiaire concerné avant de les transmettre à l'autorité qui en a fait la demande.
- **Fournisseurs de services aux sociétés dotés de l'expérience nécessaire et de ressources suffisantes** – Étant donné que dans l'option des intermédiaires les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques seront consignées par des tiers, il est important de ne confier cette tâche qu'aux fournisseurs de services aux sociétés possédant l'expérience et les qualifications requises, ainsi que des ressources suffisantes. Pour assurer l'efficacité du système, la juridiction devra pouvoir disposer d'un nombre suffisant de fournisseurs de services aux sociétés de ce type, et ces derniers devront administrer une forte proportion des véhicules juridiques constitués dans la juridiction.

Éléments importants : Dans l'option des intermédiaires, les éléments suivants sont importants :

- **Éléments importants de transparence à obtenir et à conserver par les fournisseurs de services aux sociétés** – Les mêmes types d'informations qu'en cas de déclaration préalable aux autorités (voir ci-dessus Éléments importants de transparence au stade de la constitution).
- **Réglementation et régime de licence** – Pour être efficace, cette option devrait se doubler d'une réglementation et d'un régime de licence applicables aux fournisseurs de services aux sociétés. Seuls les fournisseurs agréés devraient être autorisés à constituer des véhicules juridiques ou proposer des services fiduciaires. Un tel régime permettrait de faire en sorte que seuls ceux possédant les qualifications et l'expérience nécessaires soient autorisés à exercer une activité de constitution et de gestion de véhicules

juridiques. En outre, ce régime permettrait aux autorités d'instaurer des normes adéquates en matière de procédures d'identification, de conservation des informations et de surveillance des transactions de la clientèle. Élément tout aussi important, la mise en place d'une réglementation et d'un régime de licence permettrait aux autorités d'effectuer des contrôles pour s'assurer du respect du dispositif réglementaire.

- **Sanctions pour non-respect** – Pour que cette option soit efficace, il est essentiel d'imposer des sanctions aux fournisseurs de services aux sociétés et, si nécessaire, aux véhicules juridiques qui ne rempliraient pas leurs obligations. Il peut s'agir, entre autres, de retirer sa licence au fournisseur de services aux sociétés fautif ou de le condamner à une forte amende.
- **Lieu de conservation des informations et accès par les autorités** – Dans la mesure du possible, le fournisseur de services aux sociétés devrait conserver les informations dans la juridiction où les véhicules juridiques ont été constitués. Quel que soit le lieu où les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques seraient consignées par le fournisseur de services aux sociétés, les autorités de la juridiction d'établissement devraient pouvoir accéder à ces informations à des fins de réglementation, de surveillance, d'application de la loi et d'échange d'informations, que le fournisseur de services aux sociétés relève ou non des autorités demandant les informations.
- **Déclarations relatives aux véhicules juridiques existants** – La vérification et la consignation des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques existants devraient se faire dans un délai déterminé. Une juridiction peut aussi adopter une autre démarche, consistant à rendre ces opérations obligatoires uniquement pour les véhicules juridiques dont le risque d'utilisation abusive est le plus élevé.

3. Option 3 : Recours privilégié à un mécanisme d'investigation

Description : Dans un système d'investigation, les autorités essaient d'obtenir (en usant de pouvoirs coercitifs, de citations en justice et d'autres mesures) des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques lorsqu'elles soupçonnent l'existence d'activités illicites, lorsqu'elles en ont besoin dans le cadre de leur mission de réglementation et de surveillance, ou lorsque d'autres autorités, nationales ou internationales, en ont fait la demande dans le cadre de leur mission de réglementation et de surveillance.

Principaux avantages et inconvénients : Pour les juridictions qui ont déjà mis en place un mécanisme efficace d'investigation, il pourrait être plus rationnel de continuer d'y avoir principalement recours, plutôt que de créer et d'administrer un système généralisé de déclaration préalable. Qui plus est, dans les juridictions

possédant un large secteur commercial national, cette solution permettrait, dans certaines circonstances, d'éviter des coûts ou des contraintes inutiles pour les véhicules juridiques (en particulier les petites et moyennes entreprises), qui risqueraient d'entraver une légitime création d'entreprises. S'il est efficace, le mécanisme d'investigation permettrait également aux responsables d'assurer un équilibre satisfaisant entre la nécessité de surveiller et de réglementer l'utilisation abusive des véhicules juridiques et la prise en compte du souci légitime de confidentialité. Toutefois, les autorités devront dans ce cas obtenir de tiers les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, ce qui crée un risque de retard dans l'obtention des informations.

Indications : Le recours privilégié à un système d'investigation conviendrait aux juridictions présentant les caractéristiques suivantes :

- **Autorités dotées de larges pouvoirs coercitifs et ayant les moyens d'obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques** – Un système d'investigation serait particulièrement approprié dans les juridictions où les autorités de réglementation, de surveillance et d'application des lois disposent de larges pouvoirs coercitifs et peuvent obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques à des fins de réglementation et de surveillance, d'application des lois ou d'échange d'information. Pour permettre l'échange des informations en temps utile, la juridiction concernée devra mettre en place des mécanismes d'échange rapides et efficaces, au niveau national et international, car les autorités requises devront d'abord les obtenir auprès d'un tiers avant de les transmettre aux autorités requérantes.
- **Fiabilité avérée en matière d'application des lois** – Le recours privilégié à un système d'investigation conviendrait davantage aux juridictions où les autorités ont, par le passé, démontré régulièrement leur volonté d'user de leurs pouvoirs coercitifs pour accomplir leur mission de réglementation, de surveillance et d'application des lois ou pour aider d'autres autorités nationales et étrangères à accomplir cette mission.
- **Fonctionnement efficace et efficient du système judiciaire** – Pour être efficace, un mécanisme d'investigation doit s'appuyer sur un système judiciaire hautement compétent et intègre, qui fonctionne bien et soit capable de faire exécuter les citations à comparaître et autres commandements de justice et de répondre aux demandes d'informations en temps utile.
- **Informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques aisément disponibles dans la juridiction** – L'efficacité d'un système d'investigation dépend, dans une large mesure, de la disponibilité des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques – [comme mentionné au paragraphe ci-dessus (« Éléments importants de

transparence au stade de la constitution ») – dans la juridiction où les véhicules juridiques ont été constitués]. Par conséquent, le recours privilégié à un système d'investigation conviendrait mieux aux juridictions où les résidents contrôlent une forte proportion des véhicules juridiques et en sont les bénéficiaires effectifs, où les véhicules juridiques exercent des activités nécessitant une présence locale et où il n'est pas facile de dissimuler son identité aux autorités en se servant d'instruments favorisant l'anonymat.

Éléments importants : Un système d'investigation est un mécanisme global qui s'appuie sur les caractéristiques générales du système judiciaire plutôt que sur des dispositifs spéciaux pour obtenir des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques. Par conséquent, nombre d'éléments mentionnés ci-dessus sont importants, notamment :

- **Caractéristiques institutionnelles du mécanisme d'investigation** :
 - a) **Autorités de réglementation, de surveillance ou d'application des lois dotées de ressources humaines et financières suffisantes** – Pour qu'un système d'investigation soit efficace, il faut attribuer des ressources humaines et financières suffisantes aux autorités compétentes afin qu'elles puissent exercer une surveillance efficace et conduire des investigations sur toute activité illicite. Il faut en outre consacrer les ressources nécessaires au maintien et à l'amélioration des compétences et de l'expertise du personnel.
 - b) **Autorités dotées de larges pouvoirs de coercition** – Les autorités de réglementation, de surveillance et d'application des lois d'une juridiction doivent disposer de pouvoirs qui leur permettent d'obtenir en temps utile de la part de personnes physiques ou morales les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, dans le but d'enquêter sur des activités illicites, d'accomplir leur mission de réglementation ou de surveillance et d'échanger ces informations avec d'autres autorités nationales ou étrangères. L'effort devrait porter sur la rapidité d'accès aux informations. Dans certaines juridictions un accès rapide à ces informations ne pourra être réalisé que si les autorités en question sont en mesure d'accéder aux informations sans devoir préalablement obtenir une ordonnance des tribunaux. De plus, le pouvoir de coercition peut inclure le pouvoir explicite d'enquêter sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques.
 - c) **Un système judiciaire solide, prévisible et efficace** – Un système d'investigation nécessite l'existence d'un système judiciaire hautement compétent, intègre et qui fonctionne bien, afin de permettre, entre autres, l'exécution des citations à comparaître et autres mandats de justice, de répondre aux demandes d'informations et de régler en temps utile le

contentieux relatif aux pouvoirs de coercition. Pour qu'une juridiction puisse s'appuyer principalement sur un système d'investigation, il faut que le système judiciaire permette aux tribunaux d'agir rapidement et d'une façon décisive quand la situation l'exige.

- **Consignation par les entreprises des informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques** – Afin de faciliter l'obtention, par les autorités, d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, une juridiction peut choisir d'exiger des entreprises qu'elles conservent ces renseignements. Une juridiction peut également conférer à ses sociétés le droit de s'informer sur les bénéficiaires effectifs détenteurs de leurs propres actions.

C. Contre-mesures aux instruments favorisant l'anonymat

Les personnes physiques et morales veulent légitimement préserver le caractère privé et confidentiel de leurs activités, et les juridictions adoptent différentes méthodes pour protéger ces intérêts légitimes à la protection du domaine privé. Certaines dispositions et pratiques risquent de favoriser l'utilisation abusive des véhicules juridiques en rendant très difficile, voire impossible, pour les autorités, l'identification de leurs bénéficiaires effectifs et de ceux qui en ont le contrôle. Les juridictions doivent peser soigneusement les avantages et les inconvénients de telles pratiques et se demander s'il faut ou non les autoriser, ou s'il ne faut pas les autoriser seulement sous certaines conditions précises et dans des circonstances limitées. Les instruments suivants sont des exemples de mécanismes qui permettent d'utiliser de façon abusive des véhicules juridiques et sont considérés comme particulièrement préoccupants dans le contexte du blanchissement d'argent :

- **Actions au porteur** – Dans certaines juridictions, les titres au porteur sont d'un usage courant et légitime. Cependant, le haut degré d'anonymat qu'ils procurent les rend particulièrement propices aux activités illicites, notamment dans certaines juridictions et dans certains contextes commerciaux, notamment dans le cadre de sociétés écrans et d'IBC. Pour combattre l'utilisation abusive des titres au porteur, les juridictions peuvent envisager de revoir l'utilisation de ces titres. On peut envisager comme option leur suppression ou l'introduction de mesures destinées à s'assurer : 1) de leur immobilisation (par exemple, en exigeant leur dépôt auprès des autorités ou des fournisseurs agréés de services aux sociétés ou en dématérialisant les actions) ou 2) que leurs détenteurs soient connus de la société ou des autorités (par exemple, en faisant de la déclaration obligatoire de l'identité de l'actionnaire détenteur du titre au porteur la condition préalable à

l'exercice du droit de vote, au paiement des dividendes ou à l'obtention de certains niveaux de contrôle).

- **Mandataires** – Il est couramment fait appel aux mandataires pour la compensation et le règlement des transactions sur les titres des sociétés cotées en bourse. Cependant, dans le cas des sociétés de capitaux non cotées et d'autres véhicules juridiques, l'intervention d'un mandataire peut donner lieu à des abus. Dans les juridictions où les véhicules juridiques sont détenus dans une forte proportion par des non-résidents ou ont été créés pour exercer une activité de holding et non pour exercer une activité nécessitant une présence locale, les responsables peuvent décider de n'autoriser que les fournisseurs agréés de services aux sociétés à agir en qualité de mandataire ou de fiduciaire. Une telle démarche tiendrait compte du légitime souci de confidentialité du bénéficiaire effectif, tout en permettant aux autorités de connaître plus facilement l'identité de ce dernier, si nécessaire.
- « **Sociétés-administrateurs** » – Le fait que des personnes morales exercent la fonction d'administrateur réduit la responsabilité des administrateurs en remettant en cause l'un des rôles du conseil d'administration, qui est de rendre des personnes physiques responsables des actes d'une société. Les juridictions devraient réexaminer soigneusement leur législation de manière à s'assurer que des personnes physiques ne peuvent pas échapper à leur responsabilité en faisant appel à des sociétés-administrateurs.
- **Clauses dites « de migration »** – Toute clause stipulant qu'une fiducie et les informations la concernant doivent être transférées dans une autre juridiction à la suite d'une signification d'actes de procédure ou d'investigations par les autorités ne sert qu'à favoriser et à protéger un comportement illicite. Les juridictions devraient envisager une révision de l'utilisation de ce type de clause qui permet d'échapper à des actes de procédure ou à une investigation officielle, en vue soit de l'abolir, soit d'en limiter strictement l'usage.
- **Régime strict de secret** – Les dispositions prévoyant des sanctions pénales ou civiles à l'encontre de ceux qui répondent aux demandes légitimes d'informations par les autorités de réglementation, de surveillance et d'application des lois favorisent avant tout les auteurs d'actes illicites. Les juridictions devraient envisager une révision de l'application des régimes stricts de secret, de manière à rendre possible l'obtention d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques et leur échange avec d'autres autorités dans certaines circonstances.
- **Droit des fiducies** – Les dispositions concernant les fiducies qui permettent de créer une fiducie pour retarder et entraver le règlement de créances ou

s'y soustraire frauduleusement ne servent qu'à favoriser des activités illicites. De même, les dispositions qui permettent au fiduciaire de modifier les bénéficiaires ou de désigner de nouveaux bénéficiaires d'une manière opaque favorisent l'utilisation des fiducies à des fins illicites. Les juridictions devraient revoir les aspects en question du cadre réglementaire des fiducies, en vue de limiter les possibilités d'utilisation abusive de ces institutions à des fins illicites.

D. L'échange au niveau national et international d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques

Pour combattre et prévenir efficacement l'utilisation abusive des véhicules juridiques à des fins illicites, il est indispensable que les autorités de chaque juridiction soient en mesure d'échanger les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques avec leurs homologues nationales et étrangères dans le respect des principes juridiques fondamentaux de chaque juridiction. La possibilité d'échanger des informations entre autorités nationales est importante, parce que certaines autorités, dans une juridiction donnée, peuvent posséder les informations – ou y accéder plus facilement – dont ont besoin d'autres autorités pour l'exercice de leur mission de surveillance et d'application des lois. L'existence de ces mécanismes d'échange d'informations au niveau national optimise également l'utilisation de précieuses ressources en permettant d'éviter des duplications pour l'obtention d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle. De plus, en raison de la possibilité de se servir de véhicules juridiques constitués dans des juridictions étrangères pour garder l'anonymat, il est tout aussi essentiel que les autorités soient en mesure d'échanger les informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle avec des autorités étrangères.

Depuis quelques années, les ministres des Finances du G-7 n'ont pas ménagé leurs efforts pour améliorer la coopération internationale et l'échange d'informations. Les *Dix principes clés du G7 de 1998 sur l'échange d'informations* (voir annexe II) et les *Dix principes clés du G7 de 1999 pour l'amélioration de la coopération internationale en matière de criminalité financière et d'utilisation abusive des réglementations* (voir annexe II), en particulier, traitent des principales questions relatives à l'échange d'informations sur les bénéficiaires effectifs et le contrôle des véhicules juridiques, entre autorités de réglementation, de surveillance et d'application des lois.

Notes

1. De nombreuses juridictions ont mis en place des dispositifs stricts contre le blanchiment d'argent, imposant aux institutions financières l'ultime responsabilité d'identifier les bénéficiaires effectifs des véhicules juridiques qui sont leur clients.
2. Ces instruments garantissant l'anonymat sont les titres au porteur, les actionnaires et les administrateurs mandataires, les « sociétés-administrateurs », les intermédiaires, les lettres de souhaits et les clauses de migration.
3. Si les actions sont détenues par une société cotée en bourse, il est sans doute difficile de fournir les informations sur leurs bénéficiaires effectifs car elles risquent de changer fréquemment. Par conséquent, une juridiction pourrait dispenser ce type de société de cette obligation ou ne lui demander de déclarer que les principaux actionnaires (par exemple, ceux disposant de plus de 5 % des droits de vote). En outre, une juridiction peut décider de ne dispenser de l'obligation de déclarer leurs bénéficiaires effectifs que les sociétés dont les actions se négocient sur des marchés bien établis et de bonne réputation.
4. Cela pourrait se faire, par exemple, en étendant aux fournisseurs de services aux sociétés l'obligation d'identifier les clients en vertu de la législation sur le blanchiment d'argent.

Annexe I
Études de cas

I. Études de cas de blanchiment de l'argent

Les études de cas ci-après illustrent les modalités d'utilisation de véhicules juridiques en vue du blanchiment de l'argent.

**Réacheminement de fonds par le biais d'un prêt en vue
du blanchiment d'argent**

Un délinquant néerlandais a fabriqué un lot de drogue XTC et l'a transporté au Royaume-Uni en vue de sa vente. Le produit de la vente s'est élevé à environ un million de livres sterling sous forme de petites coupures. Étant donné l'obligation des banques britanniques de signaler les transactions suspectes, l'argent a été transféré clandestinement du Royaume-Uni aux Pays-Bas par la même voie que celle utilisée pour acheminer la drogue XTC dans le pays. Un montant aussi élevé en livres sterling aurait attiré l'attention aux Pays-Bas, et son dépôt dans une banque néerlandaise aurait conduit à une déclaration de suspicion de « transaction inhabituelle ». Pour ce motif, la somme a été transférée clandestinement dans un autre pays dans lequel il n'existait guère d'obligation, voire aucune, de déclarer les transactions (paradis à régime de secret). La somme a tout d'abord été transférée dans un pays de l'ancienne Europe orientale, où elle a été convertie en dollars EU, puis a été versée au compte d'une entreprise locale dont le capital avait la forme d'actions au porteur achetées à un intermédiaire. Une fausse facture (mentionnant une commission de gestion) a été utilisée pour le transfert du montant au compte d'une société d'investissement « offshore » des Caraïbes implantée dans les Antilles néerlandaises. Les actions au porteur de cette société offshore étaient détenues par une société offshore au Panama, et les actions au porteur de cette dernière étaient détenues par un avocat local.

Entre-temps, le délinquant néerlandais avait créé une société à responsabilité limitée aux Pays-Bas dénommée Real Estate Investment, dont il était le gérant et le seul associé. Cette société avait pour objet la mobilisation de fonds en vue de l'achat et de la gestion de biens immobiliers. Le délinquant a pris contact avec la société d'investissement des Caraïbes, à laquelle son autre société (Real Estate Investment) a emprunté environ un million de livres sterling.

Réacheminement de fonds par le biais d'un prêt en vue du blanchiment d'argent (suite)

Real Estate Investment a utilisé cette somme pour acheter un vaste immeuble à usage de bureaux comprenant une habitation. En sa qualité de gérant de la société, le délinquant gère actuellement l'immeuble en question, occupe le logement et possède une voiture de fonction très coûteuse. L'immeuble est loué à des entreprises, et le gérant s'attribue un salaire très élevé sur le produit de la location des bureaux ; le reste de l'argent est consacré au service de l'emprunt (l'intérêt de cet emprunt ouvrant droit à une déduction fiscale). Bien entendu, le délinquant prête son propre argent (acquis illégalement) et est le bénéficiaire effectif de la société d'investissement des Caraïbes.

Source : Euroshore Report, p. 90.

Le rôle des sociétés écrans et des sociétés de secrétariat offshore pour le blanchiment d'argent

En 1995/1996, des institutions financières d'un pays européen ont signalé des transactions suspectes aux services de renseignements financiers compétents. D'importants dépôts d'espèces avaient été réalisés dans les banques ; ils avaient été ensuite transformés en traites bancaires payables en faveur d'une société écran basée et opérant dans une juridiction asiatique. Environ 1 600 000 dollars EU avaient été transférés de cette façon par la société écran dans une institution financière de cette juridiction. La police enquêtait simultanément sur un groupe de trafiquants de drogue basé dans ce pays et, en 1997, est parvenue à arrêter plusieurs personnes du groupe, dont le chef de l'organisation qui contrôlait la société dans la juridiction asiatique. Ces personnes ont été inculpées pour importation d'une forte quantité de cannabis. Une enquête financière a révélé que le chef avait réalisé des bénéfices considérables, dont une grande partie a été retrouvée et confisquée. Au total, environ USD 2 millions avaient été envoyés du pays européen à la juridiction asiatique et retransférés ensuite sur des comptes bancaires en Europe, où ils ont été confisqués.

Deux méthodes ont été utilisées pour blanchir l'argent. Le chef a mis en place dans la juridiction asiatique une société écran gérée par une société fournissant des services de secrétariat et des services administratifs (société de secrétariat) conformément à ses instructions. La société écran a ouvert un compte

Le rôle des sociétés écrans et des sociétés de secrétariat offshore pour le blanchiment d'argent (suite)

bancaire, qui a servi à recevoir des ordres de caisse et des traites bancaires obtenus contre des espèces dans le pays d'origine. Le chef était également aidé par une autre personne contrôlant (par l'intermédiaire de la même société de secrétariat) plusieurs entreprises qui exerçaient des activités légales et autres. Le complice blanchissait une partie du produit en envoyant les fonds dans plusieurs autres pays, et utilisait à cette fin la banque directe (instructions données par ordinateur à partir du pays d'origine).

Source : Rapport du GAFI 1997-1998 sur les typologies du blanchiment de l'argent.

II. Études de cas de corruption

Les études de cas ci-après illustrent le rôle des véhicules juridiques dans les opérations de corruption.

Affaire Abacha

Feu le dictateur militaire nigérian Sani Abacha passe pour avoir volé 4.3 milliards de dollars EU au cours des cinq années pendant lesquelles il a été au pouvoir. Une partie de cet argent a été acheminée hors du Nigeria par ses fils et ses partenaires commerciaux, pour être déposée au nom de sociétés écrans, notamment celles qui ont été mises en place par la Citibank. Environ un milliard de dollars EU a été volé au moyen de l'attribution de marchés à des sociétés écrans.

1. Source : *Guardian*, *British Banks Set to Freeze Dictator's Millions*, David Pallister et Peter Capella (8 juillet 2000) ; Sue Hawley, *Exporting Corruption : Privatisation, Multinationals and Bribery*.

Affaire Russo Cable (Affaire Guardian Bank & Trust)

L'affaire Russo Cable concernait l'utilisation d'une société offshore et d'un compte bancaire destiné à des opérations de corruption. Frank Russo était propriétaire et exploitait d'une société de Floride, dénommée Leasing Ventures, qui vendait frauduleusement des décodeurs pour la télévision câblée, permettant aux acheteurs d'accéder à des canaux payants sans paiement à leurs fournisseurs locaux de télévision câblée. Russo voulait organiser une fourniture régulière de décodeurs, car il existait une forte demande pour ces appareils. Jusqu'alors, Russo s'était procuré les décodeurs par des vols et par des razzias dans des camions et des entrepôts. Il a pris contact avec deux employés de General Instrument, un grand fabricant de décodeurs pour la télévision câblée et leur a proposé des pots-de-vin s'ils acceptaient de lui fournir des appareils. Ces deux employés, soupçonnant une opération illicite, ont signalé l'affaire au FBI. Le FBI, qui lui-même enquêtait sur des décodeurs piratés et avait même créé une société fabriquant des décodeurs, dénommée Prime Electronics and Security, Inc. pour essayer de piéger les pirates du câble, a demandé à un des employés de s'entendre avec Russo.

L'affaire conclue, Russo a commencé à verser à l'employé de General Instrument des pots-de-vin pour un montant de 10 000 dollars EU par mois. A l'origine, les versements étaient effectués en espèces. Russo a eu ensuite l'idée d'utiliser une société écran offshore des îles Cayman afin de dissimuler les paiements de pots-de-vin. En juillet 1994, il s'est rendu aux îles Cayman pour rencontrer John Mathewson, président de Guardian Bank & Trust. Il a demandé à Mathewson de constituer une société dénommée Hanson Corporation et d'ouvrir un compte en banque au nom de Hanson. Par la suite, la société Leasing Ventures de Russo a versé les pots-de-vin à l'employé de General Instrument par l'intermédiaire de Hanson. Pour que ces virements aient une apparence de légalité, Mathewson adressait à Leasing Ventures de fausses factures antidatées, du même montant que les pots-de-vin versés, pour une « vente » d'équipement pour câble par Hanson à Leasing Ventures. Les chèques que Leasing Ventures déposait chez Guardian Bank & Trust étaient envoyés aux États-Unis où une banque correspondante les endossait, de sorte qu'il n'y ait aucun lien avec les îles Cayman. Les montants des pots-de-vin étaient retirés du compte de Hanson en utilisant une carte Visa Gold émise par Guardian Bank & Trust. Le FBI a finalement arrêté Russo et Mathewson en 1996. A cette époque, Mathewson vivait aux États-Unis, après avoir quitté les îles Cayman en 1995 suite à la fermeture de la Guardian Bank & Trust par les autorités.

Sources : 1998 UN Report, p.41, « Operation Cabletrap – indictment », communiqué de presse du procureur du district de New Jersey (21 juin et 27 juin 1996) ; O'Neill, Eamonn, Notes from a Small Island, Sunday Herald (23 janvier 2000) ; Euroshore Report, p. 81 (janvier 2000) ; Cayman Banker Assists US Tax Evasion and Money Laundering Investigation, Baker & McKenzie Private Banking Newsletter, octobre 1999 ; Ronald Smothers, Banker Outlines Money Laundering in Caymans, The New York Times, 3 août 1999.

III. Études de cas relatives à la dissimulation et à la protection d'actifs au détriment de créanciers et autres ayants droit

Les études de cas ci-après révèlent la difficulté du dépistage des actifs dissimulés dans des sociétés et des fiducies étrangères et les obstacles rencontrés pour le rapatriement de gains illégaux.

Affaire Alan Bond

Cette affaire concerne l'utilisation présumée de diverses sociétés et fiducies en vue de la dissimulation d'argent aux créanciers. En 1990, l'ancien milliardaire australien Alan Bond a été déclaré en faillite, son passif personnel s'élevant à 470 millions de dollars australiens. La société privée de Bond, Dallhold Investments, et sa société anonyme, Bond Corporation Holdings (Southern Equities), étaient en liquidation, avec un passif s'élevant à plusieurs milliards de dollars australiens. Nonobstant les déclarations de Bond, qui affirmait ne détenir aucun bien à l'étranger, les autorités australiennes soupçonnaient depuis longtemps Bond de dissimuler des millions de dollars en espèces et divers actifs à ses créanciers en utilisant des fiducies et des sociétés offshore.

Le syndic de faillite de Bond a allégué que Bond dissimulait ses actifs selon les modalités exposées ci-après. A la fin des années 1970, Bond avait créé à Jersey, par l'intermédiaire de son avocat australien, une société dénommée Pianola. Cette société était la propriété de Juniper Trust, dont les autorités considéraient que Bond était le bénéficiaire effectif. Le fiduciaire initial de Juniper Trust était Walbrook Trustees Jersey Pty Ltd, une société fiduciaire créée par un cabinet d'experts comptables en vue de son utilisation par divers clients, dont Bond. Ultérieurement, Enterprise SA, société panaméenne, a remplacé Walbrook en tant que fiduciaire de Juniper. En sa qualité de fiduciaire de Juniper Trust, Enterprise SA détenait des actions du capital d'une société dénommée Kirk Holdings. Celle-ci avait son siège au Panama. Les actions au porteur Kirk Holdings ont été transférées à Jersey et une procuration a été accordée par la société à Jurg Bollag, un banquier suisse ami de Bond, ce qui lui permettait d'exercer un contrôle total sur la société et sur les comptes bancaires, sans en être actionnaire, administrateur ou dirigeant. Kirk Holdings servait de relais par lequel des millions de dollars étaient acheminés par Bond et Bond Corporation.

La plus grande partie des fonds reçus par Kirk Holdings était ultérieurement virée sur les comptes dans des banques suisses de Juno Equities, une société créée par Bollag ayant son siège au Panama et dont Bond passait également pour le bénéficiaire effectif. Non seulement ces véhicules servaient d'instrument de transfert des fonds, mais ils détenaient également des biens immobiliers, des chevaux de course et des tableaux. Bond n'intervenait jamais directement dans les transactions en cause, mais utilisait Bollag en qualité d'intermédiaire pour transmettre ses instructions. Les créanciers de Bond ont finalement accepté un concordat de 10,25 millions de dollars australiens (3,25 millions pour ses créanciers personnels et 7 millions pour les créanciers de Dallhold Investments). La faillite a été close en droit australien et les tentatives de réalisation ou de dépistage des actifs ont pris fin.

Source : [Auteur inconnu], *Loi 502 – Trusts, chapitre 10 : Maximising Business Interests* (étude de cas sur la faillite de Bond), Paul Barry, *Why Bond has the last laugh*, The Sydney Morning Herald, p. 13 (14 août 2000).

Affaire Anderson

Cette affaire concernait l'utilisation d'une fiducie offshore dans les îles Cook en vue de la dissimulation illégale d'actifs aux créanciers, facilitée par le droit des fiducies de cette juridiction, défavorable aux créanciers. Denyse et Michael Anderson géraient une entreprise de telemarketing, qui était pour l'essentiel un schéma financier à la Ponzi permettant aux investisseurs un rendement de 50 % dans un délai de 60 à 90 jours. Deux années auparavant, les Anderson avaient créé une fiducie irrévocable de protection des actifs au titre de la législation des îles Cook et s'étaient désignés eux-mêmes, ainsi qu'AsiaCiti Trust Limited, une société fiduciaire agréée dans les îles Cook, comme co-fiduciaires. L'acte de fiducie contenait une clause dite de « contrainte », qui autorisait le co-fiduciaire, AsiaCiti, à méconnaître toute instruction donnée par les Anderson si cette instruction était donnée sous la « contrainte ». En vertu de l'acte de fiducie, la survenance d'un cas de contrainte entraînait également de plein droit la perte par les Anderson de leur qualité de co-fiduciaires.

Des milliers d'investisseurs ayant subi des pertes imputables au système des Anderson, la Commission Fédérale pour le Commerce des États-Unis (Federal Trade Commission – FTC) a engagé des poursuites contre les Anderson devant une juridiction fédérale. Peu après, la juridiction fédérale a rendu une injonction préliminaire contre les Anderson, en leur ordonnant de rapatrier tous les actifs détenus à l'extérieur des États-Unis. Les Anderson ont réagi en envoyant un message télécopié à AsiaCiti, co-fiduciaire, par lequel ils lui donnaient instruction de fournir un état comptable des actifs détenus par la fiducie et de rapatrier tous les actifs aux États-Unis. AsiaCiti a notifié ensuite aux Anderson que l'injonction préliminaire était assimilable à un cas de « contrainte » au sens de l'acte de fiducie. Par conséquent, AsiaCiti ne se conformerait pas aux instructions des Anderson et, qui plus est, les Anderson perdaient leur qualité de co-fiduciaires.

En raison du manquement à leur obligation de rapatrier l'ensemble de leurs actifs aux États-Unis et de fournir un état comptable de la fiducie, la juridiction fédérale a fait emprisonner les Anderson pour outrage au tribunal. Après six mois d'emprisonnement, les Anderson ont décidé de coopérer avec la FTC et ont accepté de désigner une nouvelle société aux îles Cook, FTC, Inc. (propriété exclusive de la FTC), en qualité de fiduciaire exclusif de la fiducie Anderson. La *High Court* des îles Cook n'a pas reconnu le bien-fondé de cette désignation, en jugeant qu'en tant que « partie exclue » au sens de l'acte de fiducie, la FTC ne pouvait aucunement bénéficier de la fiducie.

Après avoir épuisé toutes les voies de recours aux États-Unis, la FTC a intenté une action dans les îles Cook, en faisant valoir que le transfert de fonds illégaux constituait en fait un acte translatif frauduleux au titre de la législation des îles Cook. Néanmoins, il est extrêmement difficile de prouver l'existence d'un acte translatif frauduleux au titre de la loi des îles Cook pour les fiducies internationales (Cook Islands International Trusts Act), qui prévoit qu'un créancier doit prouver : 1) qu'un transfert à la fiducie avait pour but d'escroquer les créanciers et 2) qu'à l'époque à laquelle la créance est née, le débiteur était insolvable. L'affaire est toujours en instance devant la High Court des îles Cook.

Source : *The Anderson Case*, Baker & McKenzie Private Banking Newsletter, octobre 1999 ; Mario A. Mata, *Offshore Trusts and Other Asset Protection Devices*, 2 avril 2000 (www.ella.org/articles/MATA.html) ; Stewart E. Sterk, *Asset Protection Trusts : Trust Law's Race to the Bottom*, Cornell Law Review, printemps 2000.

IV. Études de cas relatives à des pratiques fiscales illicites

Les exemples d'affaires exposées ci-après illustrent l'utilisation abusive de véhicules juridiques en vue de l'exécution d'actes illicites en matière fiscale.

Affaire : Utilisation de véhicules juridiques à des fins d'évasion fiscale

Les promoteurs d'un système complexe demandent à leurs clients de transférer leurs activités, y compris les revenus perçus au cours de l'exercice, à une fiducie ou à une société de gestion de biens (AMC). Ensuite, ils leur demandent de constituer une fiducie dont les administrateurs sont leurs mandataires. Tous les revenus de l'entreprise transférée à l'AMC sont ensuite transférés à la fiducie étrangère. Le fiduciaire de la fiducie étrangère est l'AMC. Les promoteurs demandent ensuite à leurs clients de constituer une deuxième fiducie étrangère également établie dans un centre financier offshore. L'ensemble des revenus, déduction faite de certaines dépenses frauduleuses, passe de la première fiducie étrangère à la deuxième fiducie étrangère. La première fiducie étrangère est le fiduciaire de la deuxième fiducie étrangère et des certificats d'intérêt bénéficiaire sont délivrés à la première fiducie étrangère ou à une autre entité étrangère sous le contrôle du contribuable. A ce stade, selon les promoteurs, les revenus transférés à la deuxième fiducie étrangère échappent désormais à la compétence fiscale des États-Unis. Les promoteurs soutiennent que, puisque la source du revenu et le bénéficiaire sont étrangers, il n'y a aucune obligation de déclaration fiscale aux États-Unis.

Source : International Narcotics Control Strategy Report, 1999

Commerce d'exportation vers la Russie – double facturation

L'Union européenne et les autorités russes se sont récemment déclarées préoccupées par l'utilisation généralisée de la double facturation visant à éluder les droits à l'importation perçus en Russie. Généralement, le système comporte l'utilisation de deux factures – une facture régulière présentée aux autorités douanières du pays d'exportation et une facture falsifiée (sous-déclarant la valeur des biens jusqu'aux deux tiers) présentée aux autorités douanières russes. Les biens à exporter en Russie sont normalement « vendus » tout d'abord à une ou plusieurs sociétés écrans de manière à brouiller les pistes. La dernière de ces sociétés écrans établit ensuite la facture falsifiée, pour présentation aux autorités douanières russes. Dès que les biens sont dédouanés, ils sont rapidement déchargés par l'intermédiaire de diverses sociétés écrans, dont certaines cessent d'exister après l'acheminement de ces biens par leur intermédiaire. Là encore, c'est là une opération destinée à rendre difficile aux autorités russes la détection de l'origine ou de la destination véritable des biens.

Ce système est très séduisant tant pour les exportateurs que pour les importateurs. Les exportateurs, qui ont habituellement à exposer des coûts élevés pour la main-d'œuvre et divers facteurs de production, ont la possibilité d'affronter la concurrence en Russie à des prix attrayants, alors que les importateurs économisent des droits à l'importation.

Source : Use of front companies and tax havens widespread in the export trade to Russia. Helsingin Sanomat (édition internationale), 26 septembre 2000.

V. Études de cas relatives à des affaires d'opérations pour compte propre, d'appropriation frauduleuse ou de détournement de biens

Les études de cas ci-après illustrent l'utilisation de véhicules juridiques pour ces types de fraude.

Russie : écrémage des bénéfiques et fuite de capitaux

Au cours des dernières années, de nombreuses entreprises extrêmement rentables ont été victimes de l'écrémage de leurs bénéfiques par leurs dirigeants et d'autres initiés. Cette opération, dénommée également « péage » ou « prix de transfert », consiste à vendre les biens à une société intermédiaire à des prix inférieurs aux prix du marché ; la société intermédiaire revend ensuite les biens aux prix du marché et s'approprie la totalité des bénéfiques. Il est fréquent que ces transactions répondent à un objectif d'évasion fiscale. Les opérations de péage deviennent des actes de dilapidation de l'actif lorsque les dirigeants ou l'actionnaire

Russie : écrémage des bénéfiques et fuite de capitaux (suite)

majoritaire d'une entreprise élaborent de tels dispositifs afin d'en bénéficier eux-mêmes (par exemple, lorsque les sociétés intermédiaires étrangères sont la propriété des dirigeants ou de l'actionnaire majoritaire). C'est ainsi qu'Avisma, un grand producteur de titane ayant son siège à Perm, en Sibérie, était une entreprise tout à fait rentable avant sa privatisation. Après l'acquisition d'une participation majoritaire au capital d'Avisma, la société a confié ses ventes à l'étranger à une société intermédiaire, TMC (Holdings), pratiquant des prix très inférieurs à ceux du marché, au lieu de vendre son titane directement à sa clientèle à l'étranger. TMC (Holdings), société enregistrée en Irlande, était la propriété de Valmet, une société de l'île de Man, qui était elle-même en partie la propriété de la Bank Menatap, l'institution financière qui avait acheté Avisma lors de sa privatisation. En avril 1999, le gouvernement russe a repris le contrôle d'Avisma, en faisant valoir que la Bank Menatap avait détourné les bénéfiques de la société et les avait dissimulés dans la comptabilité de Valmet. Dans certaines sociétés, l'écrémage des bénéfiques a revêtu une telle ampleur qu'elles ont bientôt été dans l'incapacité de payer leurs salariés ou d'investir dans de nouveaux équipements².

Des banques russes ont également la réputation d'acheminer des fonds à l'étranger en donnant aux transferts l'apparence de prêts à des sociétés écrans qui sont quelquefois contrôlées par les dirigeants de la banque russe. Les sociétés écrans transfèrent ensuite le « prêt » en passant par de multiples comptes dans différentes juridictions afin d'en obscurcir l'origine. La société écran initiale manque ensuite à ses obligations de remboursement et la banque passe le prêt par profits et pertes³. La banque russe, Inkombank, aujourd'hui disparue, a été accusée d'avoir utilisé une société au Liechtenstein, Tetra Finance Establishment, pour détourner l'argent de la banque vers une juridiction offshore. Tetra Finance Establishment est contrôlée par les dirigeants d'Inkombank⁴. Ces types d'abus tiennent au fait que la grande majorité des Russes conservent leurs économies en espèces (environ 40 milliards de dollars EU) sous la forme de « bas de laine ».

Tant que le contrôle des changes existait en Russie, divers systèmes permettaient d'éviter l'application de la réglementation. Par exemple, un Russe pouvait payer à une société étrangère dont il avait secrètement le contrôle 100 000 dollars EU pour des services de consultant.

Une partie des fonds ont été acheminés illégalement à l'étranger et sont revenus en Russie sous l'apparence d'un investissement étranger. De nombreuses entreprises qui ont « investi » en Russie étaient des sociétés constituées dans des centres financiers offshore, en particulier Chypre. En 1996 et au cours du deuxième trimestre de 1999, le quatrième investisseur en Russie était Chypre, pays de 750 000 habitants, et en 1996, le Liechtenstein, petite principauté de 31 000 habitants, occupait la neuvième place⁵. Néanmoins, certaines des sociétés en cause ont été constituées dans des pays occidentaux, tels que l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Irlande, la Suisse et les États-Unis, pour qu'elles puissent bénéficier de la protection de la législation de ces pays et pour que la probabilité de saisie par les autorités russes soit réduite⁶.

Russie : écrémage des bénéfiques et fuite de capitaux (suite)

2. Bernard S. Black, Reinier Kraakman et Anna Taraesova, Russian Privatization and Corporate Governance : What Went Wrong?, Stanford Law Review, vol. 52, 2000.
3. R.G. Gidadhubli et Rama Sampath Kumar, Causes and Consequences of Money Laundering in Russia, 27 novembre 1999, www.epw.org.in/34-48/sa3.ftm.
4. James Bone et David Lister, Fresh Claim About Banker in « Dirty Cash », London Times, 4 novembre 1999.
5. James Bone et David Lister, Fresh Claim About Banker in « Dirty Cash », London Times, 4 novembre 1999.
6. Chambre des représentants des États-Unis, Déclaration de Richard Palmer de Cachet International, audition sur l'infiltration du système financier occidental par des éléments du crime organisé russe, 21 septembre 1999.

Source : Andrew Higgins, Alan S. Cullison, Michael Allen et Paul Beckett, Brash Banker's Tangled Deals Become a Focus of Money-Laundering Probes, Wall Street Journal, 26 août 1999 ; Timothy O'Brien, Follow the Money, if you can, The New York Times, 5 septembre 1999.

Affaire Sagaz

En mars 1998, Gabriel Sagaz, l'ancien président de Domecq Importers, Inc., a plaidé coupable après avoir été inculpé d'association de malfaiteurs et d'escroquerie pour des actes commis entre 1989 et 1996. Sagaz et plusieurs collègues avaient directement détourné des fonds pour un montant de plus de 13 millions de dollars EU de la société et reçu à titre de rétrocommissions de 2 millions de dollars EU de la part de vendeurs qui émettaient des fausses factures. Sagaz approuvait les fausses factures, et, après le paiement des vendeurs par Domecq Importers, Inc. ces vendeurs émettaient des chèques en faveur de sociétés écrans contrôlées par Sagaz et ses collègues.

Source : Rapport NU 1998, p. 41 ; (« Former President of American subsidiary of world's No.2 liquor company pleads guilty to embezzlement and kickback conspiracy »), communiqué de presse du ministère de la justice des États-Unis (12 mars 1998).

VI. Étude de cas relative au contournement des obligations de publicité

L'étude de cas ci-après illustre l'utilisation de véhicules juridiques pour éluder les obligations de publicité.

Citron (SEC/Glittergrove Investments Ltd, 99 Civ. 1153 (SHS) (S.D.N.Y. 1999))

En mars 1999, la SEC des États-Unis a obtenu une injonction préliminaire contre Glittergrove, une société irlandaise ayant des adresses en Irlande, à Jersey et dans l'île de Man. Glittergrove et sept autres entités « offshore » (les « entités offshore ») avaient participé à des distributions non enregistrées du capital social des sociétés suivantes : Citron, Inc. (« Citron ») et Electronic Transfer Associates, Inc. (« ETA »). Citron et ETA étaient contrôlées par Peter Tosto. Fortress Management Ltd, conseiller pour la constitution de sociétés, avait constitué six des entités offshore dans l'île de Man.

Les entités offshore semblent avoir acquis l'essentiel des actions ordinaires en circulation de Citron et d'ETA. En janvier 1999, les cours des actions Citron et ETA ont fortement augmenté, ce qui tenait au moins en partie aux transactions massives réalisées par les entités offshore. La SEC a demandé l'aide du procureur général de l'île de Man pour la collecte d'informations, y compris des dossiers bancaires, au sujet des entités offshore constituées dans l'île de Man. Le procureur général a aidé la SEC en lui fournissant de nombreux documents, dont des documents sociaux de Fortress Management Ltd. La communication de ces documents a contribué à la constatation de l'existence d'un lien entre Tosto et les entités offshore de l'île de Man, ce qui démontrait l'existence d'un lien entre Tosto et les distributions non enregistrées de Citron et ETA. Le tribunal américain a condamné par défaut Glittergrove en juin et élabore actuellement un plan de distribution des actifs de Glittergrove gelés aux États-Unis. La SEC poursuit son enquête dans cette affaire.

Source : US Securities and Exchange Commission

Annexe II

G-7 Finance Ministers Principles on International Cooperation and Information Sharing

A. G-7 Ten Key Principles on Information Sharing (1998)

1. Authorisation to share and gather information : Each Supervisor should have general statutory authority to share its own supervisory information with foreign supervisors, in response to requests, or when the supervisor itself believes it would be beneficial to do so. The decision about whether to exchange information should be taken by the Provider, who should not have to seek permission from anyone else. A provider should also possess adequate powers (with appropriate safeguards) to gather information sought by a Requestor.

Lack of sufficient authority can impede information sharing. Without a power to gather information for other supervisors, a Provider may be limited to providing only information it already holds, or it can obtain from public files.

2. Cross-sector information sharing : Supervisors from different sectors of financial services should be able to share supervisory related information with each other both internationally (eg a securities supervisor in one jurisdiction and a banking supervisor in another) and domestically.

3. Information about systems and controls : Supervisors should co-operate in identifying and monitoring the use of management and information systems, and controls, by internationally active firms.

4. Information about individuals : Supervisors should have the authority to share objective information of supervisory interest about individuals such as owners, shareholders, directors, managers or employees of supervised firms.

Supervisors should be able to share objective information about individuals as they can about firms and other entities.

5. Information sharing between exchanges : Exchanges in one jurisdiction should be able to share supervisory information with exchanges in other jurisdictions, including information about the positions of their members.

Exchanges have a supervisory function in many jurisdictions. Where they do, they need to be able to share supervisory information to form a view on the potential impact of market events, on its members, and on the customers, counterparties, and financial instruments affected by it.

6. Confidentiality : A Provider should be expected to provide information to a Requestor that is able to maintain its confidentiality. The Requestor should be free to use such information for supervisory purposes across the range of its duties, subject to minimum confidentiality standards.

While most Providers, quite properly, require a Requestor to maintain the confidentiality of information, as a condition of providing it, they should not seek to limit its use, by the Requestor in carrying out its supervisory duties, including use in connection with (depending on legal arrangements in the country) administrative, civil or criminal cases where the Requestor, or another public authority, is a party to an action which arise from the exercise of those duties.

7. Formal agreements and written requests : The Requestor should not have to enter into a strict formal agreement in order to obtain information from a Provider. Nor should a written request be a prerequisite to the sharing of information, particularly in an emergency.

Information sharing arrangements, such as Memoranda of Understanding are often used to establish a framework among supervisors and can facilitate the efficient execution of requests. But the existence of such an agreement should not be a prerequisite for information sharing. Written requests can also be useful at times to provide an efficient and effective way of dealing with information requests, but, again, their absence should not be used to justify delaying a response.

8. Reciprocity requirements : These, too, should not be a strict precondition for the exchange of information, but the principle of reciprocity may be a consideration.

As with formal agreements, reciprocity can often be a way of encouraging and facilitating information exchange but the lack of reciprocity in a particular case should not be used by a provider as the only reason for not exchanging information that it would otherwise have been willing to share, especially in emergency cases.

9. Cases which further supervisory purposes : In order to ensure the integrity of firms and markets, the Provider should permit the Requestor to pass on information for supervisory or law enforcement purposes to other supervisory and law enforcement agencies in its jurisdiction that are charged with enforcing relevant laws, in cases which further supervisory purposes.

The criminal, civil and administrative components of a jurisdiction's securities, banking and insurance laws are sometimes enforced by a number of agencies. Restrictions should not be so onerous that they can prevent the effective sharing of information. For example, exchange of information between supervisors, in cases which further supervisory purposes, should not be subject to the constraint that it cannot be passed to criminal authorities, though this should not be used to circumvent established channels of co-operation.

10. Removal of laws preventing supervisory information exchange : to facilitate co-operation between the supervisors of internationally-active groups, each jurisdiction should take steps to remove or modify those laws and procedures that prevent or impede the exchange of necessary supervisory information.

Laws and procedures can impede information sharing unless there are suitable gateways which allow jurisdictions to share information for supervisory-related purposes.

B. G-7 Ten Key Principles for the Improvement of International Cooperation Regarding Financial Crime and Regulatory Abuse (1999)

The Denver Summit remitted countries to take steps to improve international co-operation between law enforcement authorities* and financial regulators on cases involving serious financial crime and regulatory abuse. In making these improvements, and seeking to improve spontaneous and « upon request » international information exchange in this field, countries should adhere to the key principles set out below.

* Law enforcement authorities include any authorities exercising law enforcement functions, including conducting criminal proceedings.

While remaining consistent with fundamental national and international legal principles and essential national interests, countries should :

1. ensure that their laws and systems provide for the maximum co-operation domestically between financial regulators and law enforcement authorities in both directions. In particular, when financial regulators identify suspected financial crime activity in supervised institutions or financial markets, they should share this information with law enforcement authorities or, if applicable, the national Financial Intelligence Unit;
2. ensure that there are clear definitions of the role, duty, and obligations of all the national authorities involved in tackling illicit financial activity;
3. provide accessible and transparent channels for co-operation and exchange of information on financial crime and regulatory abuse at the international level including effective and efficient gateways for the provision of information. Instruments such as Memoranda of Understanding and Mutual Legal Assistant Treaties can be very valuable in setting out the framework for co-operation but their absence should not preclude the exchange of information;
4. at the international level, either introduce or expand direct exchange of information between law enforcement authorities and financial regulators or ensure that the quality of national co-operation between law enforcement authorities and financial regulators permits a fast and efficient indirect exchange of information;
5. ensure that law enforcement authorities and financial regulators are able to supply information at the international level spontaneously as well as in response to requests and actively encourage this where it would support further action against financial crime and regulatory abuse;
6. provide that their laws and systems enable foreign financial regulators and law enforcement authorities with whom information on financial crimes or regulatory abuse is shared to use the information for the full range of their responsibilities subject to any necessary limitations established at the outset;
7. provide that foreign financial regulators and law enforcement authorities with whom information on financial crimes or regulatory abuse is shared are permitted, with prior consent, to pass the information on for regulatory or law enforcement purposes to other such authorities in that jurisdiction. Proper account should be taken of established channels of co-operation, such as mutual legal assistance statutes and treaties, judicial co-operation, Memoranda of Understanding, or informal arrangements;
8. provide that their law enforcement authorities and financial regulators maintain the confidentiality of information received from a foreign authority within the framework of key principles 6 and 7, using the information only for the purposes stated in the original request, or as otherwise agreed, and observing any limitations imposed on its supply. Where an authority wishes to use the information for purposes other than those originally stated or as otherwise previously agreed, it will seek the prior consent of the foreign authority;
9. ensure that the arrangements for supplying information within regulatory and law enforcement co-operation framework are as fast, effective and transparent as possible. Where information cannot be shared, parties should as appropriate discuss the reasons with one another;
10. keep their laws and procedures relating to international co-operation on financial crimes and regulatory abuse under review to ensure that, where circumstances change and improvements can be made, an appropriate response can be implemented as quickly as possible.

LES ÉDITIONS DE L'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
IMPRIMÉ EN FRANCE
(21 2001 13 2 P) ISBN 92-64-29543-7 – n° 52166 2002