

## Doctrine

# Réglementation anti-blanchiment : le nouveau fer de lance de la lutte contre l'évasion fiscale ? Une « note d'humeur » luxembourgeoise

**Yann PAYEN<sup>1</sup>**

*Avocat à la Cour, Wildgen S.A.*

**Fatiha MEHRAZ**

*Chief Compliance Officer, Wildgen S.A.*

**Vincent MICHEL**

*Avocat, Wildgen S.A.*

« Big Brother is watching you »

Georges Orwell – 1984

Selon les données de la Commission européenne, environ 1 000 milliards d'euros<sup>2</sup> sont perdus chaque année « en raison de l'évasion fiscale et de l'évitement fiscal »<sup>3</sup>. De source journalistique, « rien que l'optimisation fiscale des entreprises coûterait entre 50 et 70 milliards d'euros aux citoyens européens »<sup>4</sup>. Face à l'ampleur – et aux enjeux – de ce phénomène, les États membres tentent de s'organiser au mieux, notamment par la mise en place d'outils de coopération administrative et d'échanges d'informations, que ce soit au niveau bilatéral, communautaire<sup>5</sup> ou par le biais de l'Organisation de Coopération et de Développement économiques et du G20, à l'origine de nouvelles règles visant à lutter contre l'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices<sup>6</sup>.

Si ces mesures – appelées à s'intensifier – marquent une prise de conscience indéniable et une volonté certaine des institutions européennes (et internationales) d'enrayer cette « hémorragie fiscale », elles ne suffisent pas, à elles seules, en l'absence d'harmonisation plus poussée. Or, jusqu'à présent, la fiscalité relève du domaine réservé des États en ce qu'elle est une composante essentielle de leur souveraineté : de ce fait, il s'avère difficile de mettre en place des règles d'imposition harmonisées (plus particulièrement en matière d'impôts directs) même si la « lutte contre la concurrence fiscale dommageable et la planification fiscale agressive est l'un des objectifs majeurs de la coopération au niveau de l'Union [européenne], notamment en matière d'impôt sur les sociétés [...] »<sup>7</sup>.

C'est ainsi que le Parlement européen et le Conseil semblent mener depuis quelques années – et l'adoption de la Directive (UE) 2015/849 du 20 mai 2015 (la « 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT ») – une stratégie de lutte « oblique » contre l'évasion fiscale, en s'appuyant sur

1. Les points de vue, opinions et avis exprimés dans cette note n'engagent que leurs auteurs et ne reflètent pas nécessairement ceux de leur employeur, l'Étude WILDGEN S.A. et de ses associés.
2. Soit 2 000 euros par citoyen européen ou encore 20 % du PIB de l'Union européenne.
3. Cf. [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/fight-against-tax-fraud-tax-evasion/a-huge-problem\\_fr](https://ec.europa.eu/taxation_customs/fight-against-tax-fraud-tax-evasion/a-huge-problem_fr). La notion d'évasion fiscale est une notion relativement complexe qui pourrait toutefois se définir comme l'ensemble des comportements d'un contribuable visant à réduire le montant des prélèvements dont il doit normalement s'acquitter. Si ce dernier a recours à des moyens légaux, l'évasion entre alors dans la catégorie de l'optimisation. À l'inverse, si elle s'appuie sur des techniques illégales ou dissimule la portée véritable de ses acteurs, l'évasion s'apparente à la fraude fiscale. C'est bien évidemment sous cette acception que l'évasion fiscale sera abordée dans le cadre du présent article.
4. Cf. article « Les chiffres astronomiques de l'évasion fiscale » paru dans *Le Figaro* le 7 novembre 2017 ([www.lefigaro.fr/conjoncture/2017/11/07/20002-20171107ARTFIG00163-les-chiffres-astronomiques-de-l-evasion-fiscale.php](http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2017/11/07/20002-20171107ARTFIG00163-les-chiffres-astronomiques-de-l-evasion-fiscale.php)).
5. Cf. Directive 2016/881 du Conseil de l'Union européenne du 25 mai 2016 modifiant la Directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (transposée au Luxembourg par la loi du 23 décembre 2016) qui prévoit un échange obligatoire d'informations dans le domaine fiscal telles que les revenus, profits, taxes payées, nombre d'employés etc. pour les entreprises multinationales dont le siège social est situé dans ou hors l'Union européenne et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 750 millions d'euros. On peut également citer la proposition de Directive 2018/822 modifiant la Directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en relation avec les arrangements transfrontaliers à signaler, laquelle entend introduire une obligation pour les intermédiaires de déclarer les structures de planification fiscale agressive qui implique plus d'un État membre ou un État membre et un pays tiers.
6. Plus connu sous l'acronyme anglais « BEPS » pour « base erosion and profit shifting » : le plan d'action BEPS vise ainsi à s'assurer que les bénéfices générés par les groupes multinationaux soient imposés sur le lieu de réalisation des activités économiques et de création de valeur et non plus déplacés artificiellement vers des juridictions aux taux d'imposition plus faibles.
7. Cf. C. REMEUR, *Politique fiscale de l'Union européenne – enjeux et défis*, Service de recherche du Parlement Européen, février 2015 (disponible sur [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/549001/EPRS\\_IDA\(2015\)549001\\_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/549001/EPRS_IDA(2015)549001_FR.pdf)).

une réglementation anti-blanchiment de plus en plus orientée<sup>8</sup>. Dans un communiqué en date du 5 juillet 2016, la Commission laissait en effet entendre que la lutte contre le blanchiment, la lutte contre le financement du terrorisme et la lutte contre l'évasion fiscale devraient faire partie d'un même plan d'action, la mise à jour de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT permettant à cet égard « d'éviter les vides juridiques en Europe et d'empêcher ainsi que les terroristes, les criminels ou quiconque n'exploite les règles d'imposition pour financer leurs activités »<sup>9</sup>. Plus encore, la Commission annonçait en filigrane que la lutte contre le blanchiment ne peut s'inscrire que dans « une démarche plus large visant à accroître la transparence fiscale et à lutter contre les pratiques fiscales abusives »<sup>10</sup>.

Initialement mis en place aux fins de prévenir l'utilisation des circuits financiers dans le recyclage de l'argent issu du trafic de stupéfiants<sup>11</sup>, le cadre légal en matière de lutte contre le blanchiment n'a de fait cessé d'évoluer, sous l'impulsion première du Groupe d'action financière (GAFI)<sup>12</sup>, pour englober d'autres types d'activités criminelles susceptibles de générer des sommes importantes (e.g. extorsion, enlèvement, proxénétisme, exploitation et traite d'humains, fraude à l'État, corruption, trafic illicite d'armes et munitions, etc.). En février 2012, le GAFI devait ainsi adopter de nouvelles recommandations appelant à étendre l'infraction de blanchiment aux « infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs et indirects) »<sup>13</sup>.

Cet appel fut entendu par le législateur européen qui, à l'occasion de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT, invita les États membres à introduire l'infraction de blanchiment de fraude fiscale dans leur législation nationale<sup>14</sup>. Répondant à cette exigence, le Luxembourg a incorporé dans son droit interne<sup>15</sup> – par une loi du 23 décembre 2016 portant mise en œuvre de la réforme fiscale 2017 – deux « infractions primaires fiscales au blanchiment », à savoir la fraude fiscale « aggravée »<sup>16</sup> et l'escroquerie fiscale<sup>17</sup>. Les professionnels soumis aux obligations de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme<sup>18</sup> sont donc tenus de vérifier la conformité fiscale de leurs clients ou prospects (du moins, leur vraisemblance) et déclarer tout soupçon qu'ils pourraient avoir en cas d'indice de fraude fiscale aggravée ou d'escroquerie fiscale<sup>19</sup>, y compris lorsque ces infractions sont commises à l'étranger<sup>20</sup>, sous peine de sanctions administratives pénales extrêmement sévères<sup>21</sup>. Ce faisant, les professionnels assujettis sont invités à seconder les administrations fiscales dans leur « chasse » aux évadés fiscaux.

En sus de ces nouvelles obligations, la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT requiert de chaque État membre d'instaurer des registres centralisés des bénéficiaires effectifs<sup>22</sup>, ainsi qu'un registre des (seuls) fiducies et trusts qui génèrent des « conséquences fiscales »<sup>23</sup>, identifiant les bénéficiaires effectifs<sup>24</sup> de toutes les personnes morales ou constructions juridiques établies sur leur territoire<sup>25</sup>. Ces registres nationaux – qui seront « interconnectés » pour faciliter la coopération (et l'échange

8. D'aucuns pourraient parler d'une véritable « coloration fiscale » donnée aux dispositifs de lutte contre le blanchiment.

9. Cf. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2380\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2380_fr.htm).

10. Il faut dire que cette communication intervenait en pleine affaire dite des « Panama Papers », relative à la fuite de plus de 11,5 millions de documents du cabinet d'avocats panaméen Mossack Fonseca, mettant en exergue un prétendu scandale d'évasion fiscale via des montages *offshores*. Toutefois, comme devait le souligner T. POULIQUEN « le législateur de l'Union européenne justifie et initie [ce faisant] un train de mesures sur la base d'une divulgation non autorisée de données qui, jusqu'à preuve du contraire, ne semble pas encore avoir eu de répercussions judiciaires, ni n'a mis à jour un schéma de blanchiment patenté ou un cas de financement du terrorisme » (cf. T. POULIQUEN, « Les registres de bénéficiaires effectifs : encore un excès au nom de la lutte anti-blanchiment ? », *JurisNews – Droit des Assurances et de la Responsabilité*, vol. 5 – n° 4/2016).

11. Les premiers textes en la matière furent la déclaration de principe du Comité de Bâle du 12 décembre 1988 et la Convention des Nations unies contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes du 19 décembre 1988.

12. Le GAFI est un organisme intergouvernemental créé en 1989 avec pour mission première d'élaborer et de promouvoir « des mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces liées pour l'intégrité du système financier international » ([www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/](http://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/)).

13. Cf. Standard révisé du GAFI 2012/2013 ([www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations\\_GAFI.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations_GAFI.pdf)).

14. Plus précisément, l'article 3.4, f), de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT prévoit désormais que « toutes les infractions, y compris les infractions fiscales pénales liées aux impôts directs et indirects et telles que définies par le droit national des États membres, qui sont punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an ou, dans les États membres dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, toutes les infractions qui sont punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois » constituent des infractions primaires au blanchiment de capitaux.

15. En modifiant notamment l'article 506-1 du Code pénal, lequel définit l'infraction de blanchiment.

16. La fraude fiscale aggravée est le fait pour un contribuable d'éluder l'impôt au moyen d'artifices juridiques, pour un montant significatif. En revanche, la fraude fiscale « simple » n'étant pas réprimée pénalement, elle ne constitue pas une infraction primaire fiscale.

17. Pour reprendre la définition de J. SCHAFFNER, « l'escroquerie fiscale est définie comme une fraude portant sur un montant significatif d'impôts, commise par l'emploi systématique de manœuvres frauduleuses destinées à dissimuler les faits pertinents pour une imposition correcte » (cf. J. SCHAFFNER, *Droit Fiscal International*, Promoculture-Larcier, 2014).

18. Tels que visés à l'article 2 de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, telle qu'amendée.

19. Sur le sujet, cf. C. BOURIN et J. LEROY, « Les nouvelles obligations du banquier suite à l'adoption des dispositifs législatifs transposant la 4<sup>ème</sup> Directive anti-blanchiment : morceaux choisis », *ALJB – Bulletin Droit & Banque*, n° 62, juin 2018.

20. Cf. la circulaire 17/650 en date du 17 février 2017 coécrite par la Commission de Surveillance du secteur financier (CSSF) et la Cellule de Renseignement financier ([www.alco.lu/SiteAssets/Lists/News/listNews/cssf17\\_650%20fraude%20fiscale%20aggrav%C3%A9e-escroquerie%20fiscale.pdf](http://www.alco.lu/SiteAssets/Lists/News/listNews/cssf17_650%20fraude%20fiscale%20aggrav%C3%A9e-escroquerie%20fiscale.pdf)).

21. Cf. art. 8-4 et 9 de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

22. Art. 30 de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT.

23. La précision, mentionnée à l'article 31 de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT, est intéressante en ce qu'elle démontre clairement que l'objectif poursuivi n'est pas tant de prévenir l'utilisation d'une structure réputée opaque par des criminels pour blanchir leurs avoirs, mais de recenser les seuls fiducies et trusts à visée fiscale (sans d'ailleurs que l'on comprenne bien sur quels critères opérer cette identification). Cette limitation devrait toutefois disparaître sous la Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT (la « 5<sup>ème</sup> Directive LCB-FT »). Dans cette attente, le Luxembourg n'a que partiellement transposé l'article 31 précité de sorte qu'il n'y a, à l'heure actuelle, pas de registre des fiducies luxembourgeoises (cf. note de bas de page n°28).

24. Dont une définition nous est donnée à l'article 3, 6), de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT.

25. Sur la genèse de l'instauration de ces registres, cf. T. POULIQUEN, « Les registres de bénéficiaires effectifs : d'une chimère à la réalité », *ACE*, 2018/2, pour qui « les registres sont une création *ex nihilo* issue d'une idée soutenue par une cinquantaine d'eurodéputés idéologues » et ne relève d'aucune recommandation quelconque du GAFI contrairement à ce que laisse entendre la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT.

d'informations) entre les États membres<sup>26</sup> – sont notamment censés renseigner le nom, prénom, nationalité, lieu de naissance et adresse des bénéficiaires effectifs. Or, ces informations pourront non seulement être consultées par un certain nombre d'autorités administratives, policières et judiciaires, organismes d'autorégulation et professionnels impliqués dans la lutte contre le blanchiment mais seront également accessibles au grand public<sup>27</sup> !

Là encore, sous prétexte de lutter contre le blanchiment<sup>28</sup>, c'est l'évasion fiscale qui est en fait visée, ce que reconnaît d'ailleurs la Commission pour qui « la publication des informations relatives aux bénéficiaires effectifs des entreprises et des fiducies devrait également avoir un effet dissuasif puissant auprès des fraudeurs fiscaux potentiels »<sup>29</sup>... de là à voir ces registres comme un « annuaire des évadés fiscaux » qu'il suffirait de consulter pour débusquer les fraudeurs... Au Luxembourg, la loi du 13 janvier 2019 vient tout juste d'instituer un Registre des bénéficiaires effectifs (RBE), lequel devrait être mis en place à compter du 1<sup>er</sup> mars 2019 suite à l'entrée à vigueur de la loi<sup>30</sup>. En revanche, l'introduction d'un registre des fiducies<sup>31</sup> demeure encore à l'état de projet.

Les inflexions données à la législation anti-blanchiment tendent à amalgamer les luttes contre le blanchiment et contre l'évasion fiscale, dévoyant par là même le but premier de la lutte contre le blanchiment, i.e. celui de préserver l'intégrité des systèmes

financiers en empêchant leur utilisation par les organisations criminelles. Or, bien que certains rapprochements puissent être effectués entre blanchiment et évasion fiscale<sup>32</sup>, il nous semble que ces activités relèvent d'une logique diamétralement opposée : là où la première cherche avant tout à conférer un aspect légal à des fonds d'origine criminelle (quitte à ce que ces fonds soient fiscalisés par la suite pour une plus grande légitimation), la seconde vise au contraire à dissimuler des fonds d'origine licite aux autorités fiscales. Ce faisant, l'on peut se demander si la méthodologie retenue – i.e. de mener la lutte contre l'évasion fiscale conjointement et/ou à travers la lutte contre le blanchiment<sup>33</sup> – n'est pas excessive : en criminalisant le blanchiment de fraude fiscale au même titre que le blanchiment d'activités criminelles ou délictuelles autrement plus dommageables pour nos démocraties et la sécurité de nos concitoyens, se pose ici une question de proportionnalité entre l'objectif poursuivi – éradiquer la fraude fiscale et le manque à gagner que cette dernière engendre pour les recettes des États – et les moyens mis en œuvre à cette fin (e.g. divulguer le nom des bénéficiaires effectifs de structures juridiques parfaitement légales pour l'immense majorité d'entre elles), notamment au regard des atteintes portées aux libertés individuelles et plus particulièrement au droit au respect de la vie privée... que le législateur européen prétend pourtant vouloir renforcer<sup>34</sup>.

26. Art. 30.10 et 31.10 de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT.

27. Alors que la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT indiquait que seules les personnes ou organisations démontrant un « intérêt légitime » à connaître les détails d'un bénéficiaire effectif (sans d'ailleurs que cette notion d'intérêt légitime ne soit définie) peuvent accéder au registre, la 5<sup>ème</sup> Directive LCB-FT supprime cette condition, ouvrant *de facto* l'accès au registre à tout *quidam*, sans autre restriction. Nous avions pu dire, en conclusion d'un précédent article, que cet élargissement est difficilement compréhensible sauf à voir en chaque citoyen un délateur en puissance, à même de servir d'auxiliaire zélé aux administrations fiscales (cf. Y. PAYEN, F. MEHRAZ et S. VIARD, « Impacts of the new requirements on personal data protection on Luxembourg anti-money laundering and combatting the terrorism financing environment », *ALJB – Bulletin Droit & Banque*, n°62, juin 2018). Ce sentiment transparaissait déjà à la lecture du considérant 14 de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT, lequel invite les États membres à ouvrir l'accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs « à d'autres personnes pouvant justifier d'un intérêt légitime en ce qui concerne [entre autres choses], les infractions fiscales pénales et la fraude ». On ne saurait être plus clair quant l'orientation donnée...

28. Le considérant 14 de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT évoque à ce sujet « le rôle déterminant » que joue la collecte « d'informations exactes et actualisées » sur le bénéficiaire effectif « pour remonter jusqu'aux criminels, qui pourraient autrement masquer leur identité derrière une structure de société ». La motivation avancée nous laisse quelque peu songeurs en ce que nous ne voyons pas en quoi la création de tels registres centralisés permettra de mieux identifier les « criminels » et/ou déjouer leur tentative de dissimulation, par rapport aux procédures de vigilance déjà existantes au niveau des professionnels assujettis. Nous partageons ici l'avis de T. POULIQUEN pour qui « l'effet dissuasif à l'endroit des criminels est un leurre » (cf. T. POULIQUEN, « Les registres de bénéficiaires effectifs : encore un excès au nom de la lutte anti-blanchiment ? », *op. cit.*).

29. Cf. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2380\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2380_fr.htm), *op. cit.* Pour T. POULIQUEN, très critique sur cette initiative, « la mise en place des registres de bénéficiaires effectifs a clairement une visée uniquement fiscale » et se demande ce faisant si « l'Union Européenne [n'a pas] sonné le glas de l'attractivité juridique et économique des sociétés créées sur son territoire » (cf. T. POULIQUEN, « Les registres de bénéficiaires effectifs : encore un excès au nom de la lutte anti-blanchiment ? », *op. cit.*).

30. Loi du 13 janvier 2019 instituant un Registre des bénéficiaires effectifs, *Mémorial A*, n° 15, 15 janvier 2019.

31. À noter en effet que la loi du 10 août 2018 relative aux informations à obtenir et à conserver par les fiduciaires et portant transposition de l'article 31 de la Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la Directive 2006/70/CE de la Commission ne porte pas création d'un registre centralisé des bénéficiaires effectifs des fiducies et autres constructions juridiques assimilées, mais se contente de lister (i) les informations que tout fiduciaire doit collecter et conserver en la matière (le Projet de loi 7216 qui prévoyait initialement la mise en place d'un « registre des fiducies » conformément aux vœux de l'article 31 de la 4<sup>ème</sup> Directive LCB-FT a en effet été scindé en deux en juillet 2018, l'instauration d'un tel registre faisant désormais l'objet d'un Projet de loi 7216 B). Point important également, seuls les autorités nationales et, dans les cas fixés à l'article 6 de loi du 10 août précitée, les professionnels assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment peuvent obtenir de la part des fiduciaires les informations sur les bénéficiaires effectifs des fiducies dans lesquelles ces derniers sont impliqués.

32. À ce sujet, cf. A. BLUM, M. LEVI, R.T. NAYLOR et Ph. WILLIAMS, *Paradis financiers, secret bancaire et blanchiment d'argent*, Nations Unies, Office pour le contrôle des drogues et la prévention du crime, New York, 1999.

33. Faisant dire à T. POULIQUEN que « la lutte contre le blanchiment est définitivement à qualifier de 'Cheval de Troie fiscal' » (cf. T. POULIQUEN, « Les registres de bénéficiaires effectifs : encore un excès au nom de la lutte anti-blanchiment ? », *op. cit.*).

34. Cf. notamment l'adoption du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dit « RGPD ».