

**Master 2 de Droit des Affaires, Magistère de Juriste d'Affaires – DJCE**

Université Paris II Panthéon-Assas



**L'IDENTIFICATION DU BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF  
SUITE À LA 4<sup>ÈME</sup> DIRECTIVE EUROPÉENNE  
ANTI-BLANCHIMENT**

**Valentin Durget**

*Mémoire sous la direction de Monsieur le Professeur Antoine Gaudemet*

Année universitaire 2018-2019



## **AVERTISSEMENTS :**

L'université Paris II – Panthéon Assas droit-économie-sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Une partie des exemples illustrant les difficultés relatives à l'identification des bénéficiaires effectifs correspond à des cas réels recueillis auprès de greffiers des tribunaux de commerce. Ces officiers ministériels sont tenus dans le cadre de leur mission à une obligation stricte de secret professionnel. Afin de respecter cette obligation, les noms des personnes morales et physiques impliquées dans les situations exposées seront modifiés, et les éléments pouvant permettre leur identification ne seront pas mentionnés.



# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>9</b>
<b>CHAPITRE 1 : LE CONTENU DES NOUVELLES OBLIGATIONS EN MATIERE DE BENEFICIAIRES EFFECTIFS .....</b>	<b>13</b>
SECTION PRELIMINAIRE : UN CHAMP D'APPLICATION ELARGI.....	13
SECTION 1 : L'IDENTIFICATION DU BENEFICIAIRE EFFECTIF .....	25
SECTION 2 : LA DECLARATION DU BENEFICIAIRE EFFECTIF AU RCS.....	74
<b>CHAPITRE 2 : LES EFFETS DES NOUVELLES OBLIGATIONS EN MATIERE DE BENEFICIAIRES EFFECTIFS .....</b>	<b>85</b>
SECTION 1 : L'EFFICACITE DU DISPOSITIF DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME.....	85
SECTION 2 : UNE CONTRAINTE INEDITE POUR LES ENTITES ASSUJETTIES.....	95
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>101</b>



## ABRÉVIATIONS

**ACP** : Autorité de Contrôle Prudentiel

**AG** : Assemblée générale

**AMF** : Autorité des Marchés Financiers

**ACPR** : Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution

**ANSA** : Association Nationale des Sociétés par Actions

**BE** : Bénéficiaire(s) effectif(s)

**CA** : Cour d'appel

**Cass. com** : Chambre commerciale de la Cour de cassation

**CMF** : Code Monétaire et Financier

**CNGTC** : Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce

**DIBE** : Document d'identification des bénéficiaires effectifs

**FIA** : Fonds d'investissement alternatif

**FCP** : Fonds commun de placement

**FMI** : Fonds monétaire international

**GAFI** : Groupe d'Action Financière

**INPI** : Institut National de la Propriété Industrielle

**LCB/FT** : Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

**OPC** : Organisme de placement collectif

**RBE** : Registre des Bénéficiaires Effectifs

**RCS** : Registre du Commerce et des Sociétés

**SA** : Société anonyme

**SARL** : Société à responsabilité limitée

**SAS** : Société par actions simplifiée

**SCA** : Société en commandite par actions

**SICAV** : Société d'investissement à capital variable

**SNC** : Société en nom collectif

**TC** : Tribunal de commerce



## INTRODUCTION

« Al Capone avait un problème : il lui fallait maquiller les sommes faramineuses générées par son empire criminel en revenus légaux. Il avait donc décidé d'acheter des laveries automatiques à pièces pour pouvoir mélanger l'argent sale et l'argent propre et prétendre que tous ses gains provenaient du lavage des chemises et des chaussettes de l'Américain moyen plutôt que du jeu et de la contrebande. Presqu'un siècle plus tard, le concept de base du blanchiment est le même, seules son échelle et sa complexité sont beaucoup plus importantes »<sup>1</sup>.

C'est par ces mots que la directrice du département juridique du FMI Rhoda WEEKS-BROWN évoque un phénomène aux enjeux moraux et économiques considérables. Le blanchiment d'argent ou de capitaux, qui est l'opération par laquelle les délinquants donnent une apparence de légalité à leurs revenus provenant d'activités illicites (corruption, fraude fiscale, vol, trafics de stupéfiants et de migrants,...), représente une menace directe pour la stabilité politique, économique et financière des Etats<sup>2</sup> en ce qu'elle peut remettre en cause l'état de droit, la croissance durable, la solidité des banques, la capacité à attirer les investissements étrangers ou encore l'allocation équitable des ressources<sup>3</sup>. Le scandale des *Panama Papers*, qui a révélé en 2016 l'utilisation par de nombreuses personnalités (y compris politiques) de sociétés écrans *off-shore* à des fins de fraude fiscale et de blanchiment d'argent, prouve l'ampleur de cette pratique qui, bien qu'ancienne, reste d'actualité brûlante : en mars 2019, ce sont plusieurs banques européennes qui ont ainsi été mises en cause pour ne pas avoir vérifié l'origine de fonds qui pourraient être liés à du blanchiment<sup>4</sup>.

Parallèlement, le monde a connu depuis le début du XXIème siècle, et en particulier au cours des années 2010, les vagues d'attentats terroristes les plus meurtrières de son histoire. Si la France et l'Europe ont été très durement touchées, l'actualité démontre malheureusement qu'aucun continent n'est épargné par ce fléau. Des événements si dramatiques pourraient faire passer le blanchiment d'argent pour un mal bien secondaire : ce serait ignorer, toutefois, que les deux phénomènes peuvent être liés directement. Les organisations terroristes, qui ont besoin de ressources financières importantes (pour l'achat de leurs armes, de leur carburant ou encore pour corrompre des fonctionnaires véreux), sont financées en grande partie par de l'argent sale, passant bien souvent par des canaux de blanchiment.

Face à de tels constats, les Etats ont décidé de se donner les moyens de lutter plus efficacement contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Ce combat, amorcé

---

<sup>1</sup> Rhoda WEEKS-BROWN, « Halte au blanchiment », *Finances et développement*, décembre 2018.

<sup>2</sup> Christine LAGARDE, « Renforcer la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme », [www.imf.org](http://www.imf.org), 26 juillet 2017.

<sup>3</sup> *Financial System Abuse, Financial Crime and Money Laundering – Background Paper*, FMI, 12 février 2001.

<sup>4</sup> T. MADELIN et J.-J. FRANCK, « Blanchiment les banques européennes dans la tourmente », *Les Echos*, 6 mars 2019.

il y a trente ans à l'initiative de la France avec la création par le G7 du GAFI (Groupe d'Action Financière)<sup>1</sup> et poursuivi à l'échelle mondiale, européenne et nationale, reposait alors essentiellement sur des règles de régulation et de supervision des organismes financiers, ainsi que sur des obligations de transparence à la charge des professionnels intervenant dans des opérations pouvant dissimuler des faits de blanchiment. La 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment du 20 mai 2015<sup>2</sup>, complétée par la directive du 30 mars 2018 et dernier texte notable en la matière, a marqué une évolution intéressante en développant la notion de « bénéficiaire effectif » et en impliquant à travers elle l'ensemble des personnes morales dans le système LCB/FT.

C'est le dispositif qui découle de cette directive qui sera traité dans ce mémoire. Avant toute chose, il convient néanmoins de revenir sur les origines du concept de bénéficiaire effectif, fondamental dans l'esprit de la lutte contre le blanchiment de capitaux. Dans le langage courant, le bénéficiaire est une personne qui obtient un avantage, un droit, un profit, et l'adjectif « effectif » se définit comme ce qui se traduit dans la réalité. Plus scientifiquement, le bénéficiaire effectif serait « celui pour le compte duquel on agit, celui qui bénéficie directement ou indirectement d'un service ou d'un produit, ou encore celui qui est le détenteur du contrôle d'une entité ou d'une construction juridique »<sup>3</sup>. C'est finalement la raison d'être du droit économique dans son ensemble, à savoir l'appréhension de la réalité économique des choses derrière les montages juridiques, qui est ici en jeu.

La notion nous vient des pays de *Common Law*, qui distinguent depuis longtemps le propriétaire juridique de l'*ultimate beneficial owner*, propriétaire « réel » qui retire en dernier lieu le profit d'une activité économique. On le voit, l'idée est de « lever le voile de toute une série de personnes morales ou physiques intermédiaires pour arriver à la personne physique qui est le véritable bénéficiaire »<sup>4</sup>.

En droit français, le bénéficiaire effectif apparaît d'abord en matière fiscale, à travers la convention modèle OCDE de 1977<sup>5</sup>. Elle a depuis été reprise par de nombreuses conventions fiscales liant la France, le but étant de « réserver le bénéfice de la réduction de la retenue à la source et du crédit d'impôt correspondant aux seuls résidents ayant la qualité de bénéficiaires effectifs des revenus perçus »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> GAFI ou FATF (*Financial Action Task Force*) : Organisme international créé en 1989 qui ne dispose d'aucun pouvoir normatif mais dont les recommandations sont reconnues à l'échelle internationale (par le FMI, la Banque mondiale) et européenne (par les institutions de l'UE pour édicter leurs directives).

<sup>2</sup> 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 » - art 3, 6).

<sup>3</sup> G. BÈGUE, *Confidentialité et prévention de la criminalité financière*, Bruylant, 2017, n°59.

<sup>4</sup> Groupe de direction de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise, « Au-delà des apparences : l'utilisation des entités juridiques à des fins illicites », 2001.

<sup>5</sup> Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune, Paris, 1977.

<sup>6</sup> G. BLANLUET, « La notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal international », in *Etudes à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 513 et s.

En matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (LCB/FT), la Déclaration de Bâle du 12 décembre 1988, qui vise la prévention de l'utilisation du secteur bancaire aux fins du blanchiment de capitaux, évoque à l'origine la nécessité d'identifier le client. Ce dispositif n'ayant aucun caractère contraignant, c'est la loi française du 12 juillet 1990<sup>1</sup> (adoptée trois mois après la publication des premières recommandations du GAFI, et avant même les deux premières directives européennes anti-blanchiment<sup>2</sup>) qui a pour la première fois fait obligation aux organismes financiers de se renseigner « sur l'identité véritable des personnes au bénéfice desquelles un compte est ouvert ou une opération réalisée » lorsqu'il leur apparaît que les personnes en question « pourraient ne pas agir pour leur propre compte ». Cependant, même si l'idée était clairement présente de faire prévaloir la réalité sur les éventuelles constructions juridiques permettant la dissimulation d'un donneur d'ordre ultime, les termes étaient relativement vagues.

Il faut donc attendre la révision des recommandations du GAFI de 2003 pour voir éclore la notion de bénéficiaire effectif dans le contexte LCB/FT et en obtenir la première définition : il s'agit de « la ou les personnes physiques qui *in fine* possèdent ou contrôlent le client et/ou la personne pour laquelle une transaction est effectuée. Ceci comprend également les personnes qui exercent en dernier ressort un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique ». Ces recommandations ont entraîné une modification du droit communautaire avec la troisième directive « anti-blanchiment » du 26 octobre 2005<sup>3</sup>, qui donne à son tour une définition des bénéficiaires effectifs en son article 3,6 et préconise aux Etats membres d'introduire dans leur droit des dispositions « plus spécifiques et plus détaillées » sur leur identification. S'en est suivie, à l'occasion de la transposition de cette directive, l'intégration expresse du bénéficiaire effectif par le législateur français dans le Code monétaire et financier, avec l'ordonnance du 30 janvier 2009<sup>4</sup>.

Obligation était alors faite à une très longue série de professionnels « assujettis à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme » (au premier rang desquels les établissements bancaires et financiers, sociétés d'assurances, experts comptables, notaires et avocats<sup>5</sup>) et qui, par la nature de leur activité, pouvaient se trouver en contact avec des opérations complexes laissant soupçonner une opération de blanchiment d'argent,

---

<sup>1</sup> Loi n°90-614 du 12 juillet 1990 « relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants », JO 14 juillet 1990.

<sup>2</sup> Directive 91/308/CEE du 10 juin 1991 ; Directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001.

<sup>3</sup> Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 « relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », JOUE L 309, 25 novembre 2005, p. 15.

<sup>4</sup> Ordonnance n°2009-104 « relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme », JO 31 janvier 2009.

<sup>5</sup> Pour la liste complète des personnes assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux : voir articles L. 561-1 à L. 561-4 CMF.

d'identifier leurs clients et, le cas échéant, leurs bénéficiaires effectifs avant même d'entrer en relation d'affaires avec eux<sup>1</sup> et dans l'optique d'une éventuelle dénonciation à TRACFIN.

Ce dispositif, déjà lourd et efficace, n'a pas été jugé suffisant par le législateur européen qui a entendu encore renforcer les obligations relatives aux bénéficiaires effectifs. Ainsi, la « 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment » 2015/849 du 20 mai 2015 prévoit que l'ensemble des personnes morales (sociétés et autres entités juridiques) seront assujetties à l'obligation d'identification de leurs bénéficiaires effectifs et devront porter les informations relatives à l'identité et les modalités de contrôle de ces personnes physiques sur un registre central tenu à disposition des autorités de contrôles et de toutes les personnes intéressées. Le but de ces nouvelles règles est de garantir une transparence toujours plus grande de la vie économique et financière et de faciliter les contrôles des organes en charge de lutter contre la fraude et le blanchiment. Notons que si l'objectif des normes relatives aux bénéficiaires effectifs est de détecter ceux d'entre eux qui se rendent coupables de délits financiers, il s'agit essentiellement d'un système préventif et l'immense majorité des personnes déclarées recourt en toute honnêteté à des montages impliquant des personnes morales pour de simples raisons professionnelles ou d'optimisation patrimoniale.

Dès lors, peut-on considérer, à l'image de la Commission européenne, que le processus en matière LCB/FT est désormais abouti à travers les nouvelles obligations et la mise en place du registre des bénéficiaires effectifs?<sup>2</sup> Nous verrons au fil de cette étude que si l'ampleur inégalée du dispositif semble en faire un moyen de prévention et de contrôle efficace, ce dernier comporte encore un certain nombre d'imprécisions relatives notamment à l'identification du BE, mais aussi à sa déclaration même si cette dernière obligation est très encadrée (Chapitre 1). L'analyse de la 4<sup>ème</sup> directive et de sa transposition en droit français conduit également à s'interroger sur les effets de ces nouvelles contraintes, à savoir sa véritable efficacité et son impact sur les entités assujetties (Chapitre 2).

---

<sup>1</sup> Art L. 561-5 CMF (tel qu'issu de l'ordonnance n°2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016).

<sup>2</sup> « Véra JOUROVÀ, commissaire européenne à la justice : "La boîte à outils européenne" est complète », *Les Echos*, 20 juillet 2017.

# CHAPITRE 1 : Le contenu des nouvelles obligations en matière de bénéficiaires effectifs

L'obligation d'identification et de déclaration des bénéficiaires effectifs issue de la 4<sup>ème</sup> directive, d'une ampleur inédite, est un dispositif très encadré qui révolutionne l'approche par les pouvoirs publics de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Suite aux clarifications réglementaires et des organismes professionnels qui ont suivi les textes initiaux, les problèmes relatifs à la détermination du bénéficiaire effectif sont de moins en moins sujets à débat. Toutefois, des points importants de cette identification restent encore en suspens ce qui pourra poser problème au stade de la déclaration, d'autant que le dispositif est assorti de lourdes sanctions.

## Section préliminaire : Un champ d'application élargi

La lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme est entrée à partir de 2015 dans une logique nouvelle.

Le système préexistant, issu des normes et principes de *soft law* évoqués en introduction, reposait pour l'essentiel sur le devoir de vigilance préventive de certains professionnels l'égard de leurs clients, assorti d'une obligation de communication à un service spécialisé des faits dont ils auraient connaissance et présentant un risque de blanchiment.

Si ces obligations s'imposent toujours aux professionnels mentionnés à l'article L.561-1 du CMF et demeurent pertinentes dans le système LCB/FT actuel, il sera ici question uniquement d'une nouvelle contrainte, élaborée en premier lieu à l'échelon européen, et au champ d'application bien plus large. Désormais, c'est aux personnes morales elles-mêmes<sup>1</sup>, professionnelles ou non, clientes des personnes assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment ou non, d'identifier et de déclarer spontanément leurs bénéficiaires effectifs par le biais de leurs dirigeants, cette déclaration ayant vocation à être consignée dans un registre tenu au greffe du tribunal de commerce<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sociétés et autres « entités juridiques » : pour le champ d'application du dispositif, voir infra.

<sup>2</sup> ANSA, Communication du 6 septembre 2017, DA n° 1382, p. 2.

## ***§1. Les sources de l'obligation***

Indépendamment des origines de la notion de bénéficiaire effectif et des mécanismes antérieurs de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, il convient à présent d'examiner le dispositif régissant directement la double obligation d'identification et de déclaration des bénéficiaires effectifs, en étendant considérablement sa portée. Introduite en droit de l'Union européenne par une directive de 2015, cette nouvelle contrainte est régie en droit national par divers textes en assurant la transposition.

### **A. La 4<sup>ème</sup> directive européenne**

C'est 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 », dite « 4<sup>ème</sup> directive blanchiment », qui constitue la matrice des obligations étudiées ici, en particulier son chapitre III : Informations sur les bénéficiaires effectifs.

Les orientations du texte sur la question, affichées aux considérants n°12 à 17 de la directive, sont guidées par un souci de « *transparence effective* » (considérant n°12) sur des personnes physiques qui possèdent ou exercent leur contrôle sur une entité juridique, justifiant la publication d'informations pouvant jouer « *un rôle déterminant pour remonter jusqu'aux criminels* » (considérant n°14). L'Union estime alors que les Etats membres doivent mettre en place un « *registre central tenu en-dehors de la société* » - base de donnée, registre du commerce et des sociétés ou autre registre- (considérant n°14) et permettre l'accès le plus large possible à ces informations par les « *autorités compétentes* » et autres « *personnes pouvant justifier d'un intérêt légitime* » (considérants n°14 et n°15).

La directive prévoit ainsi en son article 30 que « *les Etats membres veillent à ce que les sociétés et autres entités juridiques constituées sur leur territoire aient l'obligation d'obtenir et de conserver des informations adéquates, exactes et actuelles sur leurs bénéficiaires effectifs, y compris des précisions sur les intérêts effectifs détenus* ».

Selon son article 67, les Etats membres devaient procéder à la transposition de la 4<sup>ème</sup> directive, c'est-à-dire mettre en vigueur toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives pour s'y conformer, avant le 26 juin 2017. Bonne élève dans cette matière, la France s'est mise en conformité avec les nouvelles exigences européennes dès la fin de l'année 2016, soit avant ses voisins belge, allemand, italien (transposition en 2017), autrichien et luxembourgeois (2018).

## B. La transposition française

Si la France s'est montrée prompte à transposer la nouvelle directive blanchiment, la méthode n'a pas manqué de surprendre les observateurs et les praticiens qui attendaient cette interprétation du législateur national pour tirer les premières conséquences de la norme européenne<sup>1</sup>. En effet, ce n'est pas d'une, mais bien de deux transpositions que la directive du 20 mai 2015 a fait l'objet : la première avec l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 « renforçant le dispositif français de lutte contre la blanchiment et le financement du terrorisme »<sup>2</sup> (suite à habilitation parlementaire du 3 juin 2016<sup>3</sup>), la seconde à travers l'article 139 de la loi *Sapin II* du 9 décembre 2016<sup>4</sup>.

L'articulation entre ces deux textes, qui instituent tous deux après l'article L. 561-45 du Code monétaire et financier une section 9 intitulée « Registre des bénéficiaires effectifs », a fait naître la confusion chez les acteurs concernés. Confusion d'autant plus grande que la loi et l'ordonnance avaient des dates d'entrée en vigueur distinctes<sup>5</sup> et comportaient des règles divergentes, sinon contradictoires concernant l'obligation d'identification des bénéficiaires effectifs. En effet, tandis que l'ordonnance vise seulement les sociétés cotées, prévoit un dépôt ponctuel au greffe d'un seul document d'identification des bénéficiaires effectifs et énonce des sanctions pénales en cas d'irrespect des règles de transparence, la loi *Sapin II* soumet à ces nouvelles obligations toutes les sociétés et entités juridiques françaises immatriculées, envisage une mise à jour régulière de la communication déposée au greffe et n'envisage aucune sanction.

Finalement, et malgré le silence du législateur sur la concurrence entre les deux textes, la question est aujourd'hui clairement tranchée en faveur de l'ordonnance et tout laisse à penser que la loi du 9 décembre 2016 n'a jamais trouvé à s'appliquer. En effet, la totalité des normes réglementaires d'application concernant le bénéficiaire effectif a été prise sur le fondement de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre, sans aucune référence à l'article 139 de la loi *Sapin II*, qui se voit ainsi abrogé implicitement.

Ces règlements sont au nombre de six :

- un décret du 12 juin 2017, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2017, précisant le délai, les modalités de dépôt, le contenu du document relatif au bénéficiaire effectif et les conditions de communication des informations aux personnes y ayant accès<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> A. et B. DONDERO, *Le bénéficiaire effectif*, JOLY éditions, 2018 : n° 7 et 8.

<sup>2</sup> Ordonnance n°2016-1635, *JO* 2 décembre 2016.

<sup>3</sup> Loi 2016-731 du 3 juin 2016 « renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale », article 118 autorisant le gouvernement à transposer la directive de 2015 dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution.

<sup>4</sup> Loi n°2016-1691 « relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », *JO* 10 décembre 2016.

<sup>5</sup> Pour la loi : le 1<sup>er</sup> avril 2017 ; pour l'ordonnance : le 2 août 2017.

<sup>6</sup> Décret n°2017-1094 relatif au registre des bénéficiaires effectifs définis à l'article L. 562-2-2 du code monétaire et financier, *JO* 14 juin 2017, codifié aux articles R. 561-55 à R. 561-63 CMF.

- un arrêté du 1<sup>er</sup> août 2017, modifié par celui du 27 février 2018, relatif aux tarifs réglementés des greffiers des tribunaux de commerce applicables aux prestations relatives au registre des bénéficiaires effectifs<sup>1</sup>
- un arrêté du 18 septembre 2017 relatif aux modalités de transmission à l'INPI du document relatif au bénéficiaire effectif mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 561-46 du Code monétaire et financier<sup>2</sup>
- un arrêté du 18 septembre 2017 relatif aux justificatifs à fournir pour accéder au document relatif au bénéficiaire effectif<sup>3</sup>
- un décret du 18 avril 2018, entré en vigueur dès le 21 avril 2018 pour les dispositions qui concernent le bénéficiaire effectif<sup>4</sup>. Très attendu, ce texte a clarifié certains aspects du régime laissés de côté par l'ordonnance, concernant surtout la définition même de la notion de « bénéficiaire effectif » et son identification dans certaines entités juridiques.

## ***§2. Une obligation quasi-universelle***

Une fois établi le droit positif en vigueur, la première étape de notre raisonnement sur l'identification du bénéficiaire effectif consiste à déterminer quels sujets de droit sont tenus de satisfaire à ces nouvelles obligations.

A cet égard, le nouveau dispositif est doté d'un champ d'application particulièrement vaste, répondant au considérant 12 de la directive européenne du 20 mai 2015 qui affirme que « *pour garantir une transparence effective, les États membres devraient veiller à ce que cela s'applique à l'éventail le plus large possible d'entités juridiques constituées ou créées par tout autre mécanisme sur leur territoire* ». Ainsi, les rédacteurs l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 ont choisi d'y assujettir la grande majorité des personnes morales de droit français, parmi lesquelles la quasi-totalité des sociétés françaises<sup>5</sup>, ainsi que de nombreuses autres formes juridiques.

On verra toutefois que le périmètre du dispositif n'est pas nettement défini et qu'un certain nombre de situations suscitent des interrogations.

---

<sup>1</sup> Arrêté ECOC1721372A, JO 3 août 2017, texte n°29 ; arrêté ECOC1802575A, JO 28 février 2018, texte n°35.

<sup>2</sup> Arrêté ECOT1722200A, JO 26 septembre 2017

<sup>3</sup> Arrêté ECOT1722222A, JO 26 septembre 2017

<sup>4</sup> Décret n° 2018-284 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, JO 20 avril 2018, modifiant les articles R. 561-1 à R. 561-3-0 CMF.

<sup>5</sup> J. QUIROGA - GALDO, « Le registre des bénéficiaires effectifs : de nouvelles obligations LAB/FT à respecter pour 99 % des sociétés ! », *Petites Affiches*, 8 décembre 2017.

## A. Sociétés soumises à l'obligation d'identification et de déclaration de leurs bénéficiaires effectifs

### 1) *Sociétés établies sur le territoire français*

L'article L. 561-46 du CMF alinéa 1, qui définit le champ d'application du dispositif, procède d'abord par renvoi en évoquant les « *les sociétés et entités juridiques mentionnées au 2° [...] du I de l'article L. 123-1 du Code de commerce autres que les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé* », c'est-à-dire les « *les sociétés ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morale conformément à l'article 1842 du Code civil* »<sup>1</sup> et non cotées.

Sont concernées ainsi au premier chef par l'obligation l'ensemble des sociétés personnes morales non cotées (qu'elles soient civiles, commerciales ou agricoles) dont le siège social statutaire est localisé dans un département français. Il est bon de préciser que le « département » doit ici se comprendre au sens strict et qu'une lecture *a contrario* de l'article amène à conclure que les sociétés ayant leur siège dans l'une des collectivités d'outre-mer définies à l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958 (Polynésie française, îles Wallis et Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Barthélemy et Saint-Martin) ne sont pas soumises à l'obligation.

Parmi les sociétés civiles se trouvent notamment les sociétés civiles immobilières (SCI) et les sociétés civiles professionnelles (SCP), auxquelles peuvent s'ajouter les sociétés à statut particulier telles que les coopératives, les sociétés mutuelles ou encore les sociétés d'exercice libéral (SEL).

Moteurs de la vie des affaires et souvent impliquées dans des montages juridico-économiques complexes, les sociétés commerciales sont naturellement débitrices de l'obligation d'identification et de déclaration des BE. Selon la classification juridique traditionnelle des sociétés, il s'agit des sociétés de personnes (sociétés en nom collectif - SNC - et sociétés en commandite simple - SCS), des sociétés à responsabilité limitée pluripersonnelles et unipersonnelles (SARL et EURL) et des sociétés de capitaux, pourvu qu'elles ne fassent pas appel public à l'épargne. Cette dernière catégorie inclut les sociétés par actions simplifiées pluripersonnelles et unipersonnelles (SAS et SASU), les sociétés en commandite par actions (SCA), les sociétés anonymes (SA) et les sociétés européennes (SE).

En tant qu'ils revêtent la forme d'une société, les placements collectifs dotés de la personnalité morale figurent également dans la liste des assujettis. A cet égard, le nouvel article R. 561-2 du CMF issu du décret du 18 avril 2018 pose des critères d'identification propres à ces

---

<sup>1</sup> Art L. 123-1, I. 2° Code de commerce.

entités, qui diffèrent légèrement de ceux des autres sociétés (voir *infra*, p. 70). Par renvoi à l'article L.214-1 I du CMF, ce nouveau texte astreint désormais à l'obligation tous les « placements collectifs » : cette notion large regroupe, outre les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)<sup>1</sup> comme les SICAV (sociétés d'investissement à capital variable), les fonds d'investissements alternatifs (FIA)<sup>2</sup> et tous les « autres placements collectifs »<sup>3</sup>. Il convient d'insister sur le fait que même si la lecture rapide de R. 561-2 du CMF peut laisser à penser que tous les placements collectifs sont tenus de respecter ces contraintes, son articulation avec l'article L.561-46 du même code et L. 123-1 du Code de commerce permet d'affirmer que les seuls placements « personnalisés » constituent des « entités concernées »<sup>4</sup>.

On peut se demander si les sociétés en procédure collective sont soumises à l'obligation. La réponse est claire pour le CNGTC : « toute société doit déposer son DIBE au greffe. Avec une lecture littérale du texte, si la société est en procédure collective, elle n'en est donc pas dispensée. Toutefois si la liquidation judiciaire de la société a été ouverte ou prononcée et si le DIBE n'a jamais été déposé antérieurement à cette décision, il n'y a plus aucun intérêt à ce qu'il soit déposé au greffe, la société étant "aux mains" du liquidateur par l'effet du dessaisissement. Le greffier n'a donc pas à provoquer son dépôt au greffe »<sup>5</sup>.

## *2) Sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français et ayant un établissement dans l'un de ces départements*

L'article L. 561-46 du CMF étend l'obligation d'identification et de déclaration du bénéficiaire effectif à des sociétés étrangères à deux égards : indirectement d'abord, par renvoi à l'article L. 123-1 -I. 3° du Code de commerce qui mentionne « *les sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français et qui ont un établissement dans l'un de ces départements* ». Directement ensuite, en précisant à la fin de son premier alinéa que les sociétés « *établies sur le territoire français conformément à l'article L. 123-11 [du Code de commerce] sont tenues d'obtenir et de conserver des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs* », c'est-à-dire les personnes morales dont le siège est situé à l'étranger et qui ont installé sur le territoire français (et immatriculé au RCS du département correspondant) une agence, une succursale ou toute autre représentation<sup>6</sup> d'où peut être exercée une activité commerciale.

---

<sup>1</sup> Agréés conformément à la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières.

<sup>2</sup> Relevant de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs.

<sup>3</sup> Art L. 214-191 CMF.

<sup>4</sup> H. LE NABASQUE, « Retour sur la notion de "bénéficiaires effectifs" », *BJS* janvier 2018, p. 8.

<sup>5</sup> CNGTC, recommandation en interne, 2018.

<sup>6</sup> Art. L. 123-11 du Code de commerce.

Ainsi, le législateur national a dépassé les recommandations de la directive qui, en son article 30,1 prescrivait aux Etats membres de veiller « à ce que les sociétés et autres entités juridiques constituées sur leur territoire » soient obligés d'obtenir et de conserver des informations sur leur bénéficiaire effectif, et ne visait donc pas les sociétés ayant seulement un établissement sur le territoire national<sup>1</sup>. On remarque cependant que cette section du champ d'application pose deux problèmes.

D'une part, il est permis de se demander ce qu'il en est des sociétés établies en France et ayant leur siège social dans un autre Etat membre de l'Union Européenne qui, du fait de la directive du 20 mai 2015, astreint ses sociétés à des obligations comparables. Le droit français allant plus loin que la directive, il pourra empiéter sur la compétence d'autres Etats membres, la société se trouvant tenue de déposer deux déclarations (dans le pays où se trouve son siège social et en France). Sur ce point, et bien qu'aucune dispense de ce genre ne figure dans les normes législatives et réglementaires en vigueur, le Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce (CNGTC) estime qu'en principe, l'obligation ne s'impose pas aux sociétés commerciales ayant leur siège social dans un autre pays membre de l'Union Européenne. Le CNGTC précise que cette dispense « suppose que l'Etat membre ait dûment procédé à la transposition de ladite directive dans son droit national ».

Survient alors une difficulté de taille : on voit mal comment les greffiers des tribunaux de commerce pourraient trouver les moyens de s'assurer de la transposition de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment par les 27 autres Etats de l'Union Européenne, et encore moins se faire juge de la conformité de ces transpositions au texte européen...

Le second problème lié à l'extension de l'obligation aux sociétés commerciales étrangères établies en France tient au fait que ces sociétés sont soumises au droit du pays de leur siège social, qui peut comporter une approche différente de la commercialité, ou même définir la société d'une toute autre manière. Ainsi, le *partnership* de droit anglo-saxon, qui consiste en une mise en commun de moyens tantôt dans un but civil, tantôt commercial, pouvant être reconnue à l'insu des « partenaires » et sans immatriculation préalable, montre bien les limites de la définition française de la société commerciale<sup>2</sup>. Une clarification serait alors bienvenue sur la question de savoir si ces entités doivent satisfaire ou non à l'obligation de déclaration des bénéficiaires effectifs.

---

<sup>1</sup> B. LECOURT, « Nouvelle obligation d'information des sociétés : mise en place du registre des bénéficiaires effectifs des personnes morales », *Revue des sociétés*, Dalloz, 2017 p. 667.

<sup>2</sup> A. COURET et B. DONDERO, *op. cit.*, n° 143.

## B. Autres personnes morales entrant dans le champ d'application de l'obligation

### 1) *GIE et GEIE*

Il faut se référer encore une fois à l'article L. 123-1 du Code de commerce, auquel renvoie l'article L. 561-46 du CMF, pour inclure les groupements d'intérêt économique (GIE) et les groupements européens d'intérêt économique (GEIE) dans le dispositif.

Sont ainsi visés expressément par l'article L. 123-1 I. 2° du Code de commerce, et donc tenus de répertorier et déclarer leurs bénéficiaires effectifs, les « *groupements d'intérêt économique ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morale conformément à (...) l'article L. 251-4 [du Code de commerce]* ».

Le GEIE, qui est une « *structure juridique européenne de coopération entre plusieurs entreprises de nationalités différentes* »<sup>1</sup> immatriculée au registre compétent de l'Etat dans lequel est situé son siège social, n'est pas nommé directement par le Code de commerce ni par le CMF dans ces articles. Toutefois les auteurs semblent rejeter ici une lecture *a contrario* des textes qui amènerait à penser que les GEIE sont exclus du dispositif car non mentionnés expressément. Premièrement en raisonnant par analogie, le GEIE ayant une structure et une utilité similaires à celles du GIE. Ensuite en rappelant la création par le droit européen de cette entité juridique, s'inscrivant tout à fait dans la logique d'une obligation posée par une directive européenne<sup>2</sup>. Enfin par l'affirmation de ce que le GEIE forme l'une des « *autres personnes morales dont l'immatriculation est prévue par les dispositions législatives et réglementaires* »<sup>3</sup> visées par l'article L. 123-1 I. 5° du Code de commerce et auquel renvoie le CMF à l'article L. 561-46 : les GEIE ayant leur siège en France seraient donc dans le champ d'application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 au même titre que les GIE<sup>4</sup>.

Les praticiens confirment ces positions doctrinales sur le GEIE, et plus particulièrement le CNGTC qui est venu affirmer que les GIE et les GEIE font partie des entités assujetties à la publicité au RBE<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> www.infogreffe.fr, Lexique juridique.

<sup>2</sup> A. COURET et B. DONDERO, *op. cit.*, n° 141.

<sup>3</sup> Art. L. 252-1 CMF.

<sup>4</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Revue des sociétés* Dalloz, 2018 p.7, n°8.

<sup>5</sup> Position du CNGTC, 2018.

## 2) *Autres personnes morales immatriculées*

Entrent enfin dans le champ du dispositif toutes « *les autres personnes morales dont l'immatriculation est prévue par les dispositions législatives ou réglementaires* »<sup>1</sup>. Outre les GEIE développés ci-dessus, il s'agit notamment des associations soumises à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 et des fonds de dotation émettant des obligations<sup>2</sup>, ainsi que des associations qui procèdent à des opérations de change manuel<sup>3</sup>.

### C. Entités hors champ du dispositif

#### 1) *L'exclusion expresse des sociétés cotées*

L'article L. 561-46 alinéa 1<sup>er</sup> du CMF rejette expressément les sociétés faisant appel public à l'épargne en précisant que seules les sociétés et entités juridiques « *autres que les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé en France ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans un autre pays tiers imposant des obligations reconnues comme équivalentes par la Commission européenne au sens de la directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013* » sont tenues d'obtenir et de conserver des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs.

Dans la mesure où il est question des « titres » financiers et non seulement des actions, l'exemption bénéficie aux sociétés dont les seules obligations sont cotées sur l'un des marchés réglementés décrits ci-dessus, au même titre que les sociétés à actions cotées. Numériquement, c'est bien sûr une infime partie des sociétés qui se voit ainsi exemptée, d'autant que la tendance est à la désaffection de la cote au profit du *private equity* : en 2017, on recense 641 sociétés françaises cotées sur les marchés principaux, Euronext et Euronext Growth, pour 733 en 2007<sup>4</sup>.

Cette dispense des sociétés cotées s'explique notamment par la préexistence de nombreuses obligations de transparence à leur endroit, jugées suffisantes par les rédacteurs de la directive au niveau européen pour répondre à l'objectif d'identification des normes LCB/FT<sup>5</sup>. Ce cadre très strict se manifeste en particulier à travers les déclarations de franchissement de seuil prévues par l'article L. 233-7 du Code de commerce et qui contraignent les investisseurs d'une société cotée à faire connaître à la société émettrice et à l'AMF leurs mouvements significatifs, à la hausse ou à la baisse, dans le capital ou les droits de vote de la société.

---

<sup>1</sup> Art. L. 123-1, I. 5° Code de commerce

<sup>2</sup> Art. L. 213-10, 1 CMF

<sup>3</sup> Art L. 524-3 CMF ; ACPR : « *Constitue une opération de change manuel l'échange immédiat de billets ou monnaies libellés en devises différentes. Constitue également une opération de change manuel le fait d'accepter, en échange des espèces délivrées à un client, un règlement par un autre moyen de paiement, sous réserve que celui-ci soit libellé dans une devise différente.* »

<sup>4</sup> P. FAY, « Bourse : la cote parisienne continue de s'appauvrir, *Les Echos*, 8 février 2018.

<sup>5</sup> ANSA, Communication actualisée en date du 19 juin 2017, 2017-II, n°17-020.

Reste alors à déterminer si les filiales<sup>1</sup> d'une société dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé sont soumises à l'obligation. En effet, l'interposition dans la chaîne de détention d'une société dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé en amont de la société assujettie peut avoir pour conséquence l'impossibilité d'obtenir avec certitude des informations sur le bénéficiaire effectif du fait de l'éclatement de l'actionnariat. Les raisons de transparence qui justifient l'exclusion des sociétés cotées du champ d'application pourraient alors aussi bien s'appliquer à leurs filiales<sup>2</sup>. Pourtant, les textes ne posent aucune distinction selon que la société non cotée est filiale de société cotée ou non : ainsi, en l'état actuel du droit positif, les filiales non cotées d'une société mère cotée n'échappent pas au dispositif et ont l'obligation d'identifier leurs bénéficiaires effectifs, en utilisant le cas échéant le document de référence de leur mère<sup>3</sup>.

Ce silence du législateur quant aux filiales de sociétés cotées a été critiqué par certains auteurs, affirmant que rechercher le bénéficiaire effectif d'une société contrôlée par une société cotée reviendrait en pratique à assujettir indirectement cette dernière aux obligations issues de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment<sup>4</sup>. Il paraîtrait ainsi plus judicieux d'aménager les textes français de façon à ce que les filiales puissent valablement leur contrôlante cotée (bien que personne morale) au registre des bénéficiaires effectifs<sup>5</sup>.

C'est cette position qui a été prise par la SAS ESSOS<sup>6</sup> dans un courrier adressé au greffe du tribunal de commerce de Paris, recueilli au cours de nos recherches. En l'espèce, cette société non cotée immatriculée au RCS de Paris procédait au dépôt de sa déclaration de bénéficiaire effectif conformément aux articles L. 561-46 et R. 561-55 du CMF. Or, cette société est contrôlée par la société anonyme WESTEROS, dont les actions sont admises aux négociations sur Euronext Paris. Il s'agit d'une société à capital dispersé, non contrôlée par un ou des actionnaires de référence. Ainsi, la filiale ESSOS se voit dans l'impossibilité de désigner les personnes physiques la contrôlant en dernier lieu parce que sa société mère ultime est cotée. Le représentant légal de la SAS ESSOS, auteur de la lettre, déclare alors :

*« Il nous semble utile de préciser que la règle subsidiaire prévue à l'article 3(6)(a)(ii) de la Directive, selon lequel doivent être désignés les mandataires sociaux en qualité de bénéficiaires effectifs, ne s'applique que lorsque des diligences suffisantes n'ont pas permis d'identifier lesdits bénéficiaires effectifs. Les filiales de sociétés cotées, comme WESTEROS SA, ne sont pas dans cette situation puisqu'elles sont en mesure d'identifier leur maison-mère (société cotée) laquelle est dispensée d'identifier ses propres bénéficiaires effectifs en application de l'article 3(6)(a)(ii) de la Directive et de l'article L. 561-46 du Code monétaire et financier.*

---

<sup>1</sup> En droit commercial, une société est filiale d'une société si 50% de son capital au moins est détenu par cette autre société.

<sup>2</sup> B. ZABALA et A. ROHMERT, « Le régime des bénéficiaires effectifs appliqué aux sociétés », *JCP E* 2017, 1585, p. 37.

<sup>3</sup> R. MORTIER et S. BOL, « Le registre des bénéficiaires effectifs », *Dr. Sociétés*, novembre 2017, p.4 et s, n°15.

<sup>4</sup> H. LE NABASQUE, *op.cit.*, n°4.

<sup>5</sup> B. ZABALA et A. ROHMERT, *op. cit.*, n°30.

<sup>6</sup> Voir « avertissements » p.3 : les noms des sociétés ont été modifiés.

*En conséquence, nous estimons qu'en l'état actuel des dispositions de la Directive et des textes de transposition de celle-ci, elle n'a pas à produire cette déclaration, ni à mentionner son dirigeant comme bénéficiaire effectif. Elle devrait soit (i) ne pas produire de déclaration de bénéficiaire effectif puisqu'elle est, à cet égard, dans la même situation que WESTEROS SA, soit (ii) mentionner dans cette déclaration qu'elle est contrôlée par WESTEROS SA, sa société mère ultime elle-même non contrôlée (...).*

*La présente déclaration est ainsi effectuée à titre conservatoire. »*

Si la SAS Essos a finalement joint à ce courrier un DIBE indiquant son représentant légal comme bénéficiaire effectif, et par là satisfait à l'obligation de déclaration à laquelle elle était tenue en tant que société non cotée, ses développements n'en restent pas moins intéressants en ce qu'ils permettent d'illustrer les limites de la réglementation et les interrogations pratiques que le dispositif suscite chez les déclarants.

## *2) Entités implicitement exclues*

Vient enfin l'ensemble des entités juridiques qui ne sont ni incluses directement ou indirectement dans le cadre de l'obligation, ni exclues expressément en tant que sociétés cotées. Une lecture *a contrario* de l'article L. 561-46 du CMF permet légitimement de les faire échapper à l'obligation.

Ainsi, ne sont pas tenues de déposer un document relatif aux bénéficiaires effectifs les sociétés en participation et les sociétés créées de fait, dans la mesure où ce type de société n'est pas immatriculée et ne possède donc pas la personnalité morale, condition *sine qua non* d'assujettissement des sociétés de droit privé selon l'article L. 561-46 du CMF.

De même, les fonds communs de placement (FCP), en tant qu'organismes de placement collectif ne revêtant pas la forme d'une société et non dotés de la personnalité morale, n'entrent pas sous le coup des dispositions des articles L. 561-45 et suivants du CMF et ne poseront problème qu'en tant qu'ils auront investi dans une « entité concernée »<sup>1</sup>, question qui sera abordée plus tard.

D'autres formes d'organisations non immatriculées au RCS ne sont pas concernées par le dispositif, comme les fondations n'ayant pas émis d'obligations et ne procédant pas à des opérations de change manuel<sup>2</sup>, ainsi que les fondations d'entreprise<sup>3</sup> et les fonds de dotation<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> H. LE NABASQUE, *op.cit.*, n°4.

<sup>2</sup> P. LAMIDON et J.-D LE MOIGNE, « Les nouvelles obligations relatives aux bénéficiaires effectifs : conseils pratiques », *Revue Lamy de Droit des affaires*, n°135, 1<sup>er</sup> mars 2018.

<sup>3</sup> [www.service-public.fr](http://www.service-public.fr) : « organisme à but non lucratif créée par une ou plusieurs entreprises pour une durée limitée afin de réaliser une œuvre d'intérêt général selon un programme d'action pluriannuel ».

Enfin, les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC), bien que tenus de s'immatriculer au RCS, n'entrent pas dans le champ du dispositif français nouveau sur les bénéficiaires effectifs<sup>2</sup>. Pour autant, les sociétés filiales des EPIC dont l'Etat est l'actionnaire demeurent soumises à l'obligation.

Ces omissions ne manquent pas d'interroger les spécialistes sur deux points : d'une part, il existe un risque de non-conformité de la transposition française à la directive 2015/849 qui précise, en son considérant n°12, que « *les Etats membres devraient veiller à ce que [ces nouvelles obligations] s'applique[nt] à l'éventail le plus large possible d'entités juridiques constituées ou créées par tout autre mécanisme sur leur territoire* », ce qui devrait englober les organisations abordées ici. Cette première critique trouve toutefois sa limite dans le fait que l'article 3, 6 de la même directive qui définit le bénéficiaire effectif dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent n'envisage que les cas des sociétés (a), des fiducies/trusts (b) et des « *entités juridiques telles que les fondations, et les constructions juridiques similaires à des fiducies/trusts* » (c)<sup>3</sup>.

D'autre part, l'exclusion (volontaire ou non ?) de ces entités par le législateur français, et en particulier des associations et des fondations non émettrices d'obligations, semble contraire à la logique de transparence du dispositif et pourrait créer une faille dans le système LCB/FT en incitant les personnes voulant véritablement réaliser des opérations de blanchiment d'argent à passer par ce types d'entités non visées.

---

<sup>1</sup> Ibid. : « *organisme de mécénat destiné à réaliser, ou à aider un autre organisme à but non lucratif à réaliser une œuvre ou une mission d'intérêt général* ».

<sup>2</sup> L. 123-1 4° Code de commerce.

<sup>3</sup> A. COURET et B. DONDERO, *op.cit.*, n°168.

## Section 1 : L'identification du bénéficiaire effectif

Une fois déterminées les entités juridiques assujetties à l'obligation d'identification de leurs bénéficiaires effectifs, il s'agit à présent d'exposer la méthode de détermination de ces personnes physiques.

De façon générale, l'article L. 561-2-2 du CMF issu de l'ordonnance du 30 janvier 2009<sup>1</sup>, modifié par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016<sup>2</sup> et auquel renvoie l'article L. 561-46 du même code définit le bénéficiaire effectif comme « *la ou les personnes physiques* :

1° *Soit qui contrôlent en dernier lieu directement ou indirectement, le client ;*

2° *Soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée. »*

Parallèlement, la directive 2015/849 du 20 mai 2015 prévoit que le bénéficiaire effectif est « *la ou les personnes physiques qui, en dernier ressort, possèdent ou contrôlent le client et/ou la ou les personnes physiques pour lesquelles une transaction est exécutée, ou une activité réalisée* »<sup>3</sup>.

Ces définitions légales, faisant référence aux notions de « client » et d'« opération », ne sont pas satisfaisantes dans le cadre des nouvelles contraintes, qui n'incombent plus seulement aux professionnels assujettis à la lutte anti-blanchiment dans le cadre de relations d'affaires mais invitent toutes les personnes morales visées par l'article L. 561-46 du CMF à s'interroger en interne sur leurs bénéficiaires effectifs<sup>4</sup>, en-dehors de tout rapport professionnel-client.

Face à cette carence de la loi, qui est regrettable, d'autres approches permettent de mieux saisir, même de façon globale, la notion de bénéficiaire effectif au sens des obligations qui nous intéressent ici. Il en va ainsi du considérant n°12 de la directive 2015/849 qui évoque « *toute personne physique qui possède une entité juridique ou exerce le contrôle sur celle-ci* » ou encore le CNGTC qui envisage le bénéficiaire effectif comme « *la ou les personnes physiques qui possèdent ou contrôlent, directement ou indirectement, une entité juridique, support d'activités économiques ou financières* »<sup>5</sup>, encore qu'il ne soit pas nécessaire que l'entité ait une véritable activité économique ou financière pour être dotée d'un bénéficiaire effectif.

Mais ces définitions demeurent abstraites et c'est finalement aux dispositions réglementaires du Code monétaire et financier, spécifiques aux différentes formes d'entités concernées, qu'il faut se référer pour trouver des critères précis d'identification. Il sera toutefois démontré que le dispositif comporte encore à ce jour des incertitudes regrettables.

---

<sup>1</sup> Ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 – art 2.

<sup>2</sup> Ordonnance n°2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 – art 2.

<sup>3</sup> 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* » - art 3, 6).

<sup>4</sup> D. PORACCHIA, « Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de l'économie du 9 décembre 2016 », *BJS* 2017, p.70.

<sup>5</sup> Position du CNGTC, 2018.

Suivant le plan des articles R. 561-1 à R. 561-3 du CMF, nous aborderons successivement la question de l'identification des bénéficiaires effectifs (ainsi que leurs difficultés d'application) dans les sociétés, les placements collectifs et les autres entités soumises au dispositif.

### *Sous-section 1 : Le bénéficiaire effectif dans les sociétés*

Les sociétés formant de loin la plus grande partie des entités assujetties, c'est naturellement ce type de personne morale qui va représenter la quantité de travail la plus importante pour les personnes en charge du contrôle des DIBE, et susciter le plus de problèmes d'application. Il en résulte que cette section constituera la partie la plus développée de notre étude.

En son alinéa 1<sup>er</sup>, l'article R. 561-1 du CMF définit le bénéficiaire effectif d'une société comme « *la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce* », le renvoi au Code de commerce pour la définition du contrôle étant un apport du décret du 18 avril 2018<sup>1</sup>.

Ce dernier texte a par ailleurs consacré, dans le second alinéa de l'article, un troisième critère d'identification, dit « par défaut », qui figurait dans la directive à l'article 3, 6), a), ii), mais n'avait pas été repris lors de la première transposition<sup>2</sup>. Désormais, « *lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères prévus au précédent alinéa (...), le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques ci-après ou, si la société n'est pas immatriculée en France, leur équivalent en droit étranger qui représente légalement la société* » : s'ensuit une liste mentionnant différents dirigeants sociaux, qui sera étudiée ultérieurement.

Afin de présenter le problème le plus clairement possible, nous procéderons donc suivant les modalités de contrôle énoncées par l'article R. 561-1 du CMF en envisageant d'abord le bénéficiaire effectif sous l'angle du critère quantitatif, avant d'aborder le contrôle par voie qualitative et le bénéficiaire effectif représentant légal. C'est cet ordonnancement qui a également été choisi dans le document relatif au bénéficiaire effectif des sociétés fourni par le site [infogreffe.fr](http://infogreffe.fr)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Décret n°2018-284 du 18 avril 2018 – art. 5.

<sup>2</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Nouveau décret du 18 avril 2018 à propos de l'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2018 p. 423.

<sup>3</sup> Voir Annexe, p. 102.

## **§1. La détention directe ou indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote**

Lorsqu'il s'agit de déterminer le bénéficiaire effectif d'une société, la première question à se poser est celle de savoir si une personne physique détient la société débitrice de l'obligation à (strictement) plus de 25%. Cette détention peut exister sous des modalités diverses : ainsi on peut détenir directement ou indirectement une société, par le biais de son capital ou de ses droits de vote, étant précisé que dans les deux cas la conjonction « ou » est inclusive et que les modalités peuvent donc être cumulées.

### **A. Détention directe ou indirecte**

#### **1) *Détention directe***

L'hypothèse la plus simple, rencontrée dans la plupart des petites structures et donc dans la majorité des sociétés en général est celle du franchissement direct du seuil de 25%. Pour les besoins de la présentation, plaçons-nous dans la situation où capital et droits de vote ne sont pas dissociés : ici donc, une personne physique possède plus de 25% des parts sociales ou des actions d'une société.

Si l'emploi du pluriel « *la ou les personnes physiques* » dans l'article R. 561-1 du CMF pourrait laisser penser que la détention directe peut être conjointe (soit deux ou plusieurs personnes détenant ensemble la même part du capital et des droits de vote), une doctrine retient que l'expression sous-entend plutôt que plusieurs personnes peuvent détenir séparément plus de 25% du capital, d'autant que l'article ne renvoie pas dans cette partie à l'article L. 233-3 du Code de commerce sur la notion de contrôle et le « contrôle conjoint », ni à l'article L. 233-10 du Code de commerce définissant l'action de concert<sup>1</sup>.

D'autres auteurs retiennent une solution intermédiaire, en affirmant que le franchissement du seuil de 25% des droits de vote doit être apprécié conjointement si les détenteurs agissent de concert au sens de l'article L. 233-10 III du Code de commerce, alors que la détention de plus de 25% du capital social doit toujours être appréciée individuellement<sup>2</sup>. Le CNGTC ne partage pas cet avis et recommande de déclarer ces modalités de contrôle conjoint au titre de la détention indirecte<sup>3</sup> ou du contrôle par tout autre moyen<sup>4</sup>.

---

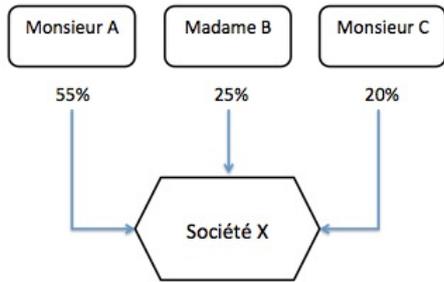
<sup>1</sup> H. LE NABASQUE, *op. cit.*, n°6.

<sup>2</sup> R. MORTIER et S. BOL, *op.cit.*, n° 5.

<sup>3</sup> *Infra*, p. 37 à 40.

<sup>4</sup> *Infra*, p. 57 à 60.

Schéma 1



Dans cette hypothèse très basique, seul Monsieur A est BE de la société X au titre de la détention du directe du capital ou des droits de vote au sens de l'article R. 561-1 du CMF.

En effet, il est le seul à détenir plus de 25% du capital et des droits de vote de la société, Madame B détenant exactement 25% (ce qui n'est pas suffisant) et Monsieur C seulement 20%.

## 2) *Détention indirecte*

Ce critère d'identification du bénéficiaire effectif recouvre plusieurs difficultés d'identification et problèmes d'interprétation. De plus, le système de la chaîne de détention et de la « société-écran » constitue l'une des méthodes les plus usitées par les bénéficiaires effectifs qui souhaitent effectivement dissimuler des infractions financières<sup>1</sup>.

### a. **Mode de calcul de la détention indirecte en présence d'une chaîne de détention**

La première question est relative à la méthode de calcul des participations. Quand une personne physique détient une quote-part du capital ou des droits de vote de la société déclarante par l'intermédiaire d'une ou plusieurs autres personnes morales, il devient nécessaire de réaliser une opération mathématique permettant de déterminer le pourcentage de détention indirecte de l'entité assujettie par la personne physique. Cependant, deux méthodes coexistent pour parvenir à cette fin.

#### *i. La méthode de la cascade*

La première, préconisée par l'ANSA<sup>2</sup>, est celle de la cascade : elle découle de l'article L. 233-4 du Code de commerce selon lequel « toute participation au capital même inférieure à 10% détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société », le contrôle étant ici entendu au sens de l'article L. 233-3 du même code.

En d'autres termes, si chacun des maillons de la chaîne de détention fait apparaître au moins l'un des éléments du contrôle figurant à l'article L. 233-3 du Code de commerce, alors la personne physique située au sommet de la chaîne pourra être considérée comme bénéficiaire effectif de la société en bas de la chaîne si l'avant-dernière société interposée détient plus de 25% du capital de la déclarante.

<sup>1</sup> Livre blanc « Le monde caché des bénéficiaires effectifs », Lexis Nexis, 2017.

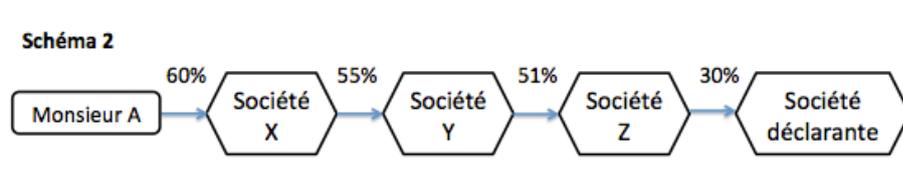
<sup>2</sup> ANSA, Communication n°17-020 du 19 juin 2017.

Ces éléments pouvant caractériser le contrôle sont :

- la détention directe ou indirecte d'une fraction du capital conférant au moins 50% des droits de vote dans les AG d'une société
- la détention de la majorité des droits de vote en vertu d'un pacte d'associés ou d'actionnaires
- le contrôle de fait de la société (pouvoir de déterminer en fait, par les droits de vote dont on dispose, les décisions dans les assemblées générales)
- pour un associé ou un actionnaire, le pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance
- la détention directe ou indirecte de plus de 40% des droits de vote lorsqu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne : le contrôle est toutefois simplement présumé dans cette hypothèse.

Une partie de la doctrine, qui défend cette méthode<sup>1</sup>, distingue deux hypothèses faisant appel aux différents critères de l'article L. 233-3 du Code de commerce et permettant de mieux comprendre sa logique.

Le premier cas est celui de la cascade « simple », mobilisant seulement les deux premiers éléments décrits ci-dessus, à savoir la détention directe ou indirecte (par quelque moyen que ce soit) de plus de 50% des droits de vote de la société à chaque étape, jusqu'à la société déclarante<sup>2</sup>. Dans le schéma 2, Monsieur A peut être considéré comme BE de la société déclarante selon la méthode de la cascade dans la mesure où cette dernière est contrôlée par la société Z, elle-même contrôlée par la société Y, elle-même contrôlée par la société X, elle-même contrôlée par Monsieur A.



Dans la seconde situation, dite de la « cascade complexe », le résultat est le même mais on envisage une succession de modes de contrôle aux différentes sections de la chaîne : on peut ainsi avoir dans le même groupe, en plus de l'hypothèse visée précédemment, des sociétés contrôlées de fait<sup>3</sup>, par pouvoir de nomination ou de révocation de ses dirigeants<sup>4</sup> ou présumées

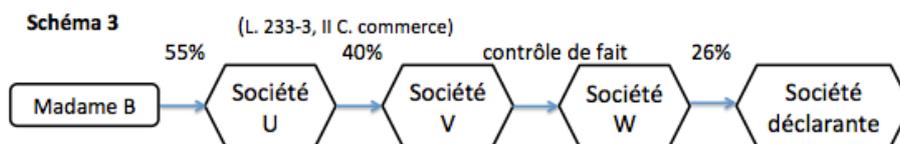
<sup>1</sup> A. COURET et B. DONDERO, *op.cit*, n°218 à 226.

<sup>2</sup> L. 233-3, I, 1° et 2° Code de commerce.

<sup>3</sup> L. 233-3, I, 3° Code de commerce.

<sup>4</sup> L. 233-3, I, 4° Code de commerce.

contrôlées par détention de plus de 40% des droits de vote<sup>1</sup>. Dans le schéma 3, Madame B est ainsi considérée comme BE de la société déclarante selon la méthode de la cascade.

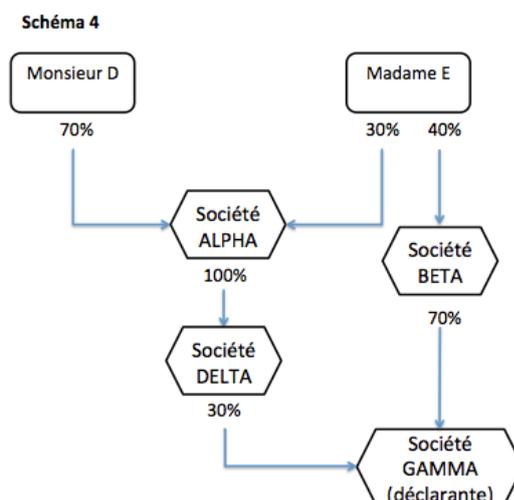


Même si la cascade demeure l'unique moyen légal d'appréciation de la détention indirecte parmi ceux envisageables dans la détermination du bénéficiaire effectif, on pourra objecter aux partisans de cette méthode que l'article L. 233-4 du Code de commerce n'envisage pas le cas du contrôle d'une société par une personne physique.

## ii. La méthode du produit de participations

Préconisée à la fois par l'ACPR (plus exactement son prédécesseur l'ACP)<sup>2</sup>, institution intégrée à la Banque de France, l'AMF<sup>3</sup> et le CNGTC<sup>4</sup>, la méthode du produit, aussi appelée *top-down*<sup>5</sup>, consiste à multiplier les taux de détention les uns aux autres en cas de chaînes de participation, tout en s'additionnant sur un même niveau de détention.

En employant la méthode du produit, qui est BE de la société GAMMA dans l'exemple présenté ci-contre ?



- Monsieur D détient indirectement  $70\% \times 100\% \times 30\% = 21\%$  de la société GAMMA, par l'intermédiaire des sociétés ALPHA et DELTA
- Madame E détient indirectement  $30\% \times 100\% \times 30\% = 9\%$  de GAMMA par l'intermédiaire d'ALPHA et DELTA, et  $40\% \times 70\% = 28\%$  par l'intermédiaire de BETA. Elle détient donc indirectement  $9\% + 28\% = 37\%$  de GAMMA.

Ainsi, Madame E est la seule à détenir indirectement plus de 25% du capital et des droits de vote de GAMMA. Elle est donc seule bénéficiaire effectif de la société déclarante.

La méthode des produits est cohérente avec une logique de flux : « pour apprécier si une personne physique "bénéficie" effectivement d'un pourcentage significatif (plus de 25 %) des remontées d'argent (dividendes) provenant d'une société servant de canal au blanchiment de

<sup>1</sup> L. 233-3, II Code de commerce.

<sup>2</sup> ACP, Lignes directrices sur les bénéficiaires effectifs, septembre 2011, p.24 (annexe 4).

<sup>3</sup> AMF, Position-recommandation n°2013-05 : « Lignes directrices relatives à la notion de bénéficiaire effectif en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ».

<sup>4</sup> CNGTC, fiche pratique : « 17 schémas pour déterminer les BE dans les sociétés », www.infogreffe.fr, mars 2018.

<sup>5</sup> Cabinet Deloitte, *Final study of the Anti-Money Laundering Directive*, 24 janvier 2011.

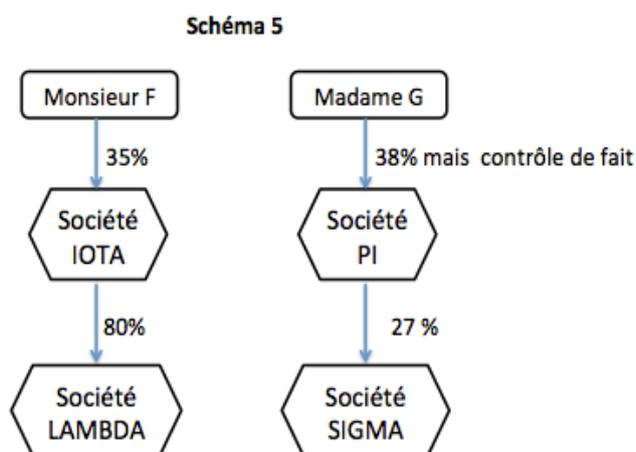
ses capitaux ou d'intermédiaire pour le financement d'attentats meurtriers, la multiplication des pourcentages de détention à chacun des maillons de la chaîne est mathématiquement exacte »<sup>1</sup>.

Néanmoins, elle peut laisser passer certains contrevenants entre les mailles du filet en ne retenant que des critères purement arithmétiques sans prendre en compte l'éventuelle influence factuelle d'une personne physique sur une société, malgré un poids économique faible. Mais cette insuffisance pourra être compensée par le contrôle par tout autre moyen.

### iii. Incertitude sur la méthode à appliquer

Dès lors, quelle méthode choisir entre la « cascade » et le « produit » ? La question, qui peut sembler abstraite *a priori*, revêt en fait un intérêt très pratique dans la mesure où une personne physique pourra être considérée comme bénéficiaire effectif selon l'une des méthodes, mais non pour l'autre.

Ainsi par exemple (les pourcentages représentent la part du capital et des droits de vote des sociétés) :



- à gauche : Monsieur F est bénéficiaire effectif de la société LAMBDA en utilisant la méthode du produit ( $35\% \times 80\% = 28\%$  de détention indirecte) mais pas selon la méthode de la cascade : IOTA contrôle LAMBDA mais Monsieur F ne contrôle pas IOTA car il n'en a pas 50% des droits de vote et n'exerce aucun des autres moyens de contrôle de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

- à droite : Madame G est bénéficiaire effectif de SIGMA par la cascade (elle contrôle de fait la société PI qui détient elle-même plus de 25% du capital de SIGMA) mais pas en effectuant le produit car  $38\% \times 27\% \approx 10\% < 25\%$ .

Très attendu sur ce point par les commentateurs, le décret du 18 avril 2018 n'a pas nettement tranché la question du mode de calcul des détentions indirectes. Ainsi qu'un professeur l'a affirmé, « laisser la détermination d'une question technique aussi structurante à l'ACPR et l'AMF ne nous semble pas de bonne méthode : il s'agit d'une décision de politique

<sup>1</sup> F. MARTIN LAPRADE, « La consultation du registre des bénéficiaires effectifs par un tiers : exemple de l'AMF », *JDS* n°168, novembre 2018

législative essentielle dans un contexte de nécessaire harmonisation européenne »<sup>1</sup>. Il est vrai que cette incertitude constitue l'une des faiblesses majeures du dispositif : si le BE déclaré au RCS, validé par le greffier lors du contrôle du DIBE, n'est pas celui que la directive ou le législateur entendait identifier car déterminé selon une méthode différente de celle attendue, quelle est l'efficacité d'un tel système normatif ?

Dans l'état actuel du droit et dans l'attente d'un nouveau décret d'application, certains considèrent que l'attitude la plus prudente serait de « déclarer comme bénéficiaire effectif toute personne physique détenant indirectement plus de 25% du capital ou des droits de vote par application successive de l'une et l'autre méthode »<sup>2</sup>. Si un choix devait malgré tout être opéré, le pragmatisme conduirait à conseiller au représentant légal de la société de déclarer en priorité les BE reconnus comme tels selon la méthode du produit, dans la mesure où il s'agit du mode de calcul recommandé par le Conseil National des greffiers de tribunaux de commerce, professionnels en charge du contrôle des déclarations. Pour plus de clarté, c'est d'ailleurs cette méthode que nous reprendrons dans les cas réels exposés ci-dessous car c'est elle qui a été utilisée par les sociétés déclarantes dans le document déposé au greffe.

## **b. cas de chaînes de détention**

### ***i. interposition de société cotée***

Comme il l'a été expliqué<sup>3</sup>, les sociétés cotées<sup>4</sup> sont dispensées de déclarer leurs BE au greffe du tribunal de commerce en raison des contraintes qui leur sont déjà imposées en matière de franchissements de seuil, mais leurs filiales demeurent soumises à cette obligation selon les textes actuellement en vigueur.

La présence d'une société cotée dans la chaîne de détention peut cependant poser problème à certains égards, du fait notamment de l'éclatement de l'actionnariat, de l'anonymat, de la part de flottant conséquente et de l'importante liquidité des titres. L'ANSA, protectrice sur ce point des intérêts des actionnaires, affirme par ailleurs que la déclaration d'une détention indirecte via une société cotée serait contraire à l'idée même d'exclure les sociétés cotées du dispositif : « *les sociétés cotées n'étant pas soumises à l'obligation d'identifier leurs bénéficiaires effectifs, il paraît incohérent d'imposer à leurs filiales et sociétés contrôlées d'identifier et d'apprécier l'actionnariat, direct mais également indirect, de leur société mère* »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> B. ZABALA, « Le régime des bénéficiaires effectifs et les sociétés : des interrogations majeures subsistent », *BJS* juin 2018, p. 368.

<sup>2</sup> P. LAMIDON et J.-D. LE MOIGNE, *op cit*.

<sup>3</sup> Voir *supra*, p. 21.

<sup>4</sup> En France ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'EEE ou dans un autre pays tiers imposant des obligations reconnues comme équivalentes à la Commission européenne au sens de la directive 1013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22/10/2013.

<sup>5</sup> ANSA, avis n° 17-043, octobre 2017.

En pratique, le CNGTC considère que la société filiale de société cotée pourra se dispenser d'une recherche de ses BE au titre des détentions ou autres moyens de contrôle et se contenter d'une identification « par défaut » en déclarant uniquement son représentant légal comme BE. Suivant une recommandation de l'ANSA<sup>1</sup>, le CNGTC précise que dans ce cas la société déclarante devra indiquer dans le formulaire qu'elle est filiale d'une société cotée, ainsi que les principaux éléments d'identification de cette dernière<sup>2</sup>. C'est ce qui avait été fait dans le DIBE de la société ESSOS dans le cas exposé plus haut<sup>3</sup>.

On pourra s'interroger sur cette solution « de facilité » et sur la pertinence de la désignation du représentant légal, qui pourrait occulter dans certains cas les véritables bénéficiaires de l'entité filiale de société cotée. En effet, dispenser ces filiales de la recherche du BE au titre de la détention directe ou indirecte et des autres moyens de contrôle revient quasiment à les exempter de l'obligation de déclaration au même titre que leurs mères, alors que l'objectif du dispositif est précisément d'identifier les personnes physiques qui pourraient se dissimuler derrière les personnes morales<sup>4</sup>. Le représentant légal, à l'inverse, figure sur l'extrait du registre du commerce et des sociétés et il est donc aisé d'obtenir son identité.

## **ii. interposition de société étrangère**

L'interposition de société étrangère dans une chaîne de détention représente un enjeu crucial du dispositif dans la mesure où le recours à des réseaux impliquant de telles sociétés, localisées en particulier dans des Etats n'ayant pas les mêmes exigences concernant la lutte contre le blanchiment d'argent (qui coïncident souvent avec les « paradis fiscaux » comme les îles vierges britanniques, le Panama, les îles Caïman), constitue l'une des techniques les plus efficaces et les plus utilisées pour dissimuler des transferts d'argent illicites : ainsi, des réseaux internationaux complexes de sociétés peuvent être spécialement créés afin de cacher des bénéficiaires effectifs<sup>5</sup>.

En-dehors de ces cas extrêmes, la mondialisation implique que de plus en plus de sociétés ayant leur siège social en France, et donc dans le champ de l'article L. 561-46 du CMF, voient leur actionnariat s'internationaliser, en particulier par l'intermédiaire d'autres sociétés ayant leur siège dans un autre Etat membre de l'UE ou en-dehors. L'identification et la déclaration de leurs bénéficiaires effectifs peuvent alors s'avérer plus complexes mais demeurent obligatoires.

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

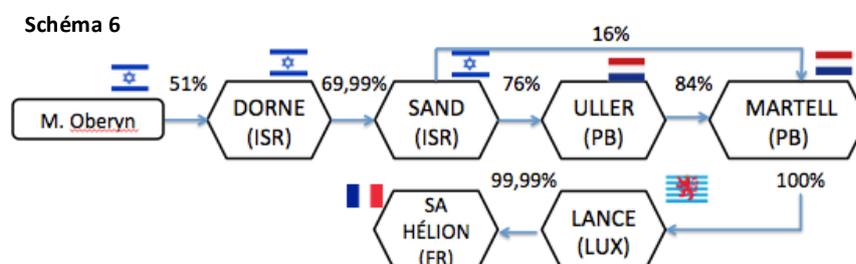
<sup>2</sup> CNGTC, « 17 schémas », cas n°17.

<sup>3</sup> Voir *supra*, p. 22.

<sup>4</sup> BRDA 21/17, n°4.

<sup>5</sup> Livre blanc « Le monde caché des bénéficiaires effectifs », *Lexis Nexis*, 2017.

Etant donné que les critères d'identification du BE peuvent varier selon les pays, la question se pose de savoir quelle loi appliquer pour apprécier les BE des entités françaises détenues ou contrôlées par des sociétés étrangères. Encore une fois, la directive comme le CMF sont silencieux sur ce point, mais la doctrine déduit de l'article L. 561-46 du CMF, qui vise expressément les « sociétés et entités juridiques [...] établies sur le territoire français », que le BE doit être déterminé selon les règles posées par la loi du lieu de l'immatriculation, indépendamment de la *lex societatis* des sociétés ou autres entités contrôlantes en amont<sup>1</sup>. Ainsi, la société déclarante en France devra respecter les règles du CMF et du Code de commerce français pour identifier ses BE en remontant la chaîne de participations, comme dans une situation purement interne, et que les sociétés interposées soient situées ou non dans l'Union européenne. Puisqu'il est question ici de la détention indirecte, on en revient à la problématique du mode de calcul des participations, qui n'a toujours pas été tranchée<sup>2</sup>.



Dans le schéma 6, et toujours en utilisant la méthode du produit, la SA HÉLION immatriculée en France a déclaré M. Oberyn (de nationalité israélienne) comme BE au titre de la détention indirecte de 28,5% du capital et des droits de vote, par l'intermédiaire des sociétés de droit israélien, néerlandais et luxembourgeois exposées ci-dessus.

En effet :  $(51\% \text{ de } 69,99\%) = 35,69\%$  de  $76\% = 27,13\%$  de  $84\% = 22,78\%$  +  $(35,69\%$  de  $16\% = 5,71\%) = 28,5\%$  de  $100\% = 28,5\%$  de  $99,99\% = 28,5\%$ .

<sup>1</sup> B. ZABALA et A. ROHMERT, *op. cit.*, n°31.

<sup>2</sup> Voir *supra*, p. 31.

### **iii. interposition de placement collectif**

A titre liminaire, il semble bon de rappeler que si l'article L. 561-46 du CMF exclut les fonds communs de placement du champ du dispositif en tant qu'ils ne sont pas dotés de la personnalité morale<sup>1</sup>, cela n'exempte pas les sociétés dont tout ou partie du capital ou des droits de vote est détenu par un FCP. Ainsi, la question de l'identification du bénéficiaire effectif au titre de la détention indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote par placement collectif interposé se pose, que la société déclarante soit détenue par un OPC constitué sous forme de société ou par un FCP.

Précisons pour la clarté du propos que les articles R. 561-2 (BE des placements collectifs) et R. 561-3 du CMF (BE des autres entités) visent l'identification des BE d'entités assujetties à leur déclaration, mais ne reçoivent pas application lorsqu'une société, soumise donc à l'article R.561-1, doit identifier ses BE. Si l'actionnaire d'une société est un placement collectif, un fonds commun de placement par exemple, l'article R. 561-2 qui traite de l'identification du BE d'un placement collectif ne reçoit pas application à la question de l'identification des BE de la société<sup>2</sup>.

S'agissant de la détention d'une société via un placement collectif doté de la personnalité morale, c'est-à-dire lui-même créé sous forme de société (à l'instar des SICAV), l'identification du bénéficiaire effectif au titre de la détention indirecte se fera suivant le schéma présenté pour l'interposition de sociétés. Toutefois, en pratique, il est rare qu'une personne physique détienne à elle seule suffisamment de parts dans un OPC pour détenir indirectement plus de 25% du capital ou des droits de vote de la société assujettie dans laquelle ce dernier a investi, quelle que soit la méthode de calcul. On passera alors aux autres critères de détermination du BE développés ci-dessous<sup>3</sup>.

Aucune disposition (législative ou réglementaire) du Code monétaire et financier n'indique la marche à suivre lorsque le seuil de 25% dans la société déclarante est dépassé par un OPC dépourvu de la personnalité juridique, tel un FCP. Précisons que « cette situation se rencontre uniquement dans le secteur très minoritaire des fonds consacrés au capital développement (ou au capital-risque) et qui bénéficient à ce titre d'une dérogation à l'obligation de répartition des risques »<sup>4</sup>. En outre, le problème n'a été abordé ni par les autorités habituellement en charge de ces questions (AMF et ACPR), ni par les associations professionnelles, ni par les greffiers des tribunaux de commerce. Il faut donc s'en référer à la doctrine pour proposer des solutions aux sociétés se trouvant dans cette situation.

---

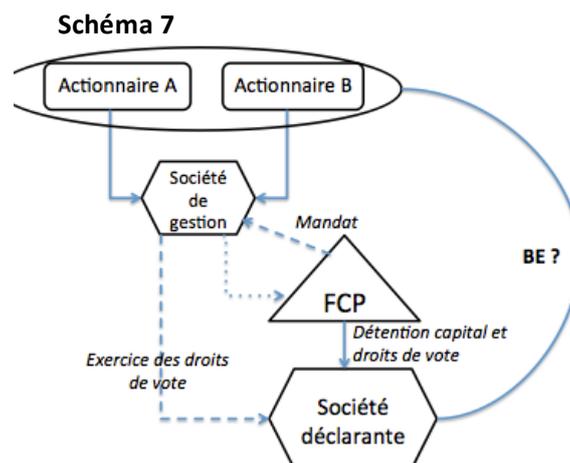
<sup>1</sup> Voir *supra*, p. 23.

<sup>2</sup> B. DONDERO, « Bénéficiaires effectifs : le décret n°2018-284 du 18 avril 2018 », *Journal des sociétés*, n°168.

<sup>3</sup> Voir *infra*, p. 50 à 68.

<sup>4</sup> *Droit des sociétés* n°3, mars 2019, Lexis Nexis, p. 5.

Puisque les FCP sont gérés par des sociétés de gestion<sup>1</sup> (organismes faisant d'une telle gestion leur activité professionnelle) qui exercent les droits de vote par mandat légal dans les sociétés détenues par le fonds et représentent ce dernier dans les rapports avec les tiers, la première possibilité serait de déclarer comme BE de la société les éventuels actionnaires personnes physiques de cette société de gestion. Cette hypothèse est « clairement exclue »<sup>2</sup> par un auteur, qui rappelle que l'exercice des droits de vote attachés aux actions ou parts sociales n'équivaut pas à la propriété de ces titres.



Le lecteur est alors invité à revenir à la définition même du fonds commun de placement, qui n'est autre qu'une copropriété de valeurs mobilières : dès lors, les règles à appliquer pour déterminer le BE seraient les mêmes qu'en cas d'indivision de parts sociales, chaque copropriétaire membre du fonds étant détenteur en copropriété des parts ou actions de la société déclarante. La doctrine se divise toutefois sur le point de savoir si les droits des copropriétaires dans la société déclarante s'apprécient à proportion de leur part dans le fonds<sup>3</sup> ou si tous les indivisaires sont considérés comme bénéficiaires effectifs dès lors qu'une indivision franchit le seuil de 25%<sup>4</sup>.

Aucune solution ne paraît parfaitement adaptée aux FCP : concernant la première hypothèse, comme on l'a vu pour les placements collectifs personnes morales, il sera exceptionnel de voir une personne physique posséder une quote-part suffisante dans le fonds pour détenir indirectement plus de 25% de l'entité assujettie et dans la grande majorité des cas, on devra se contenter d'un BE « par défaut » en la personne du dirigeant de la société.

A l'inverse, la seconde proposition pourrait conduire à déclarer une multitude de BE ce qui rendrait le dispositif complètement inopérant.

Saisi de cette question, le comité juridique de l'ANSA a quant à lui recommandé de retenir comme BE de la société détenue par un FCP le dirigeant de cette société, ne voyant pas d'alternative à la solution par défaut : « la définition du bénéficiaire effectif fixée par l'article R.561-1 du [CMF] ne permet pas dans l'immense majorité des cas de désigner comme bénéficiaires les porteurs de parts ou la société de gestion du FCP. La société déclarante n'est en effet pas en état de connaître l'identité des porteurs de parts et leur niveau de détention dans l'actif du fonds. La société de gestion, ainsi que ses dirigeants et actionnaires, sont des

<sup>1</sup> Art L. 532-9 et s. CMF.

<sup>2</sup> H. LE NABASQUE, *op.cit.*, n°10.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> R. MORTIER et S. BOL, *op.cit.*, n° 9.

professionnels agissant pour le compte de tiers. Elle est elle-même soumise à une obligation renforcée de vigilance (*C. monét. fin., art L. 561-1*), distincte de l'obligation déclarative des sociétés commerciales de droit commun. La société déclarante est donc amenée à adopter la solution par défaut, lorsque par ailleurs (indépendamment des actions détenues par le fonds), aucun BE ne peut être identifié : déclaration du représentant légal de la société »<sup>1</sup>.

On voit ainsi que la plus grande incertitude demeure sur cette question.

Si les chaînes de détention constituent une problématique phare dans l'identification des bénéficiaires effectifs au titre de la détention indirecte du capital ou des droits de vote, d'autres modalités doivent être examinées au sein de ce critère.

### **c. autres hypothèses de détention indirecte**

#### ***i. indivision***

L'indivision est la « situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose (...), entre ceux qui ont sur cette chose (...) un droit de même nature (propriété, nue-propriété, usufruit), chacun pour une quote-part (égale ou inégale), aucun n'ayant de droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout (usage, jouissance, disposition)<sup>2</sup>. Elle peut être conventionnelle ou légale, comme entre les héritiers sur les biens d'une succession.

Qui doit-on déclarer comme bénéficiaire effectif d'une société lorsque des indivisaires détiennent en copropriété plus de 25% de son capital ou de ses droits de vote ? Comme le rappelle le CNGTC, la situation peut survenir en cas de rémunération de l'apport d'un bien indivis par des parts sociales ou actions indivises, ou au cours de la vie de la société, par exemple suite au décès d'un associé<sup>3</sup>.

Sur ce point, la doctrine majoritaire estime que tous les coindivisaires personnes physiques doivent être déclarés comme BE dès lors que l'indivision détient directement ou indirectement plus de 25% des droits de vote, et ce quels que soient leurs droits (c'est-à-dire leur quote-part) dans l'indivision<sup>4</sup>. Elle s'appuie pour cela sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui considère que tous les membres de l'indivision ont la qualité d'associé<sup>5</sup>. C'est sur cette position que s'est aligné le CNGTC qui précise que « les pourcentages de détention qui seront alors renseignés dans le DIBE par chaque indivisaire seront ceux de l'indivision. On

---

<sup>1</sup> ANSA, Comité juridique, 7 novembre 2018, n°18-054 : Bulletin 2018 (IV).

<sup>2</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, PUF.

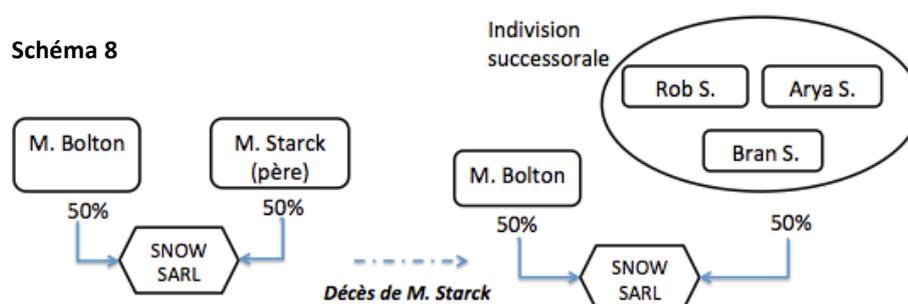
<sup>3</sup> Position du CNGTC, 2018.

<sup>4</sup> P. LAMIDON et J.-D LE MOIGNE, *op. cit.*

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 févr. 1980, n° 78-12513 : *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note A. VIANDIER.

parlera alors de détention indirecte. Il n'y aura pas lieu de les scinder en fonction par exemple des droits détenus dans une convention d'indivision souscrite par les coindivisaires ».

Cette solution n'est toutefois pas exempte de critiques : en effet, il faut garder à l'esprit qu'aucun des indivisaires ne peut exercer seul les prérogatives liées aux parts sociales ou aux actions<sup>1</sup>. De plus, on pourra s'interroger sur la pertinence de déclarer certains indivisaires titulaires d'une quote-part insignifiante et très peu impliqués dans la gestion du portefeuille de titres, ainsi que sur l'éventuelle lourdeur du dispositif dans les cas où l'on trouve de nombreux indivisaires (en-dehors même de l'hypothèse des placements collectifs<sup>2</sup>).



Le schéma 8 ci-dessus illustre un cas réel d'indivision rencontré par un greffier du tribunal de commerce, et constitue un exemple simple mais parlant. En l'espèce, Messieurs Bolton et Starck avaient fondé la SARL SNOW bien avant l'entrée en vigueur du dispositif, chacun en détenant la moitié du capital et des droits de vote. Quelques mois avant le dépôt du DIBE, M. Starck décède, laissant ses trois enfants Rob, Arya et Bran (son épouse est déjà décédée) qui recueillent 50% des parts de la SARL dans le cadre d'une indivision successorale.

Au moment du dépôt du DIBE en mars 2018, la situation est donc telle que présentée à droite : les BE de la SARL SNOW à cette date (en attendant le partage de la succession) sont donc M. Bolton au titre de la détention directe de 50%, et les trois enfants de M. Starck au titre d'une détention indirecte de 50% en indivision si l'on suit l'avis de la doctrine majoritaire et du CNGTC. En revanche, à supposer que chacun des enfants soit titulaire des mêmes droits dans l'indivision, ces derniers ne seront pas BE de la société en prenant la méthode de la quote-part. En effet dans cette hypothèse Rob, Arya et Bran détiendraient chacun  $0,33 \times 0,5 = 16,5\%$  de la société, ce qui est inférieur à 25%.

Deux autres situations peuvent également donner lieu à la déclaration de BE dans le cadre d'une indivision : il s'agit du cas où l'indivision ne franchit pas le seuil de 25% mais exerce un contrôle sur les organes sociaux, et de l'hypothèse du mandataire des indivisaires investi d'un

<sup>1</sup> A. COURET et B. DONDERO, *op. cit.*, n°235.

<sup>2</sup> Voir *supra*, p. 35.

mandat général. Cependant, ces questions relevant d'un autre critère, celui du contrôle par un autre moyen, elles seront abordées dans le paragraphe qui lui est spécialement dédié<sup>1</sup>.

## **ii. Mariage et PACS**

La question de la détention de parts sociales par un couple marié a été moins débattue en doctrine mais mérite également toute notre attention. Quand l'un des époux souscrit ou acquiert seul des parts ou actions d'une société lui conférant plus de 25% du capital ou des droits de vote, la qualité de BE doit-elle être étendue au conjoint ? Sur ce point, il faut distinguer selon que les époux sont mariés sous le régime conventionnel de la séparation de biens ou suivent le régime légal de la communauté réduite aux acquêts.

La réponse est négative dans le cadre d'un régime séparatiste : en effet, les titres appartiennent en propre à l'époux associé (sauf convention contraire)<sup>2</sup> et seul ce dernier sera considéré comme bénéficiaire effectif.

Sous un régime de communauté<sup>3</sup> « dans lequel tout ou partie des biens des époux forme une masse commune »<sup>4</sup>, et lorsque l'un des époux est BE d'une société au titre de la détention du capital ou des droits de vote, « il faut distinguer deux hypothèses : soit les droits sociaux de référence sont propres et le conjoint de l'associé bénéficiaire effectif n'est pas lui-même bénéficiaire effectif ; soit les droits sociaux de référence sont communs (quand bien même seul l'un des époux aurait par hypothèse la qualité d'associé) et le conjoint de l'associé bénéficiaire effectif est lui aussi un bénéficiaire effectif devant être déclaré comme tel ».<sup>5</sup> Cette solution s'applique en toute hypothèse, y compris lorsque l'époux a renoncé conventionnellement aux droits qui lui sont reconnus par l'article 1832-2 du Code civil<sup>6</sup>, c'est-à-dire à sa qualité d'associé.

Une subtilité s'ajoute à cela : en effet, seul l'époux associé vote aux assemblées générales et doit donc être déclaré BE au titre de la détention du capital et des droits de vote. Le conjoint non associé, qui ne dispose pas du droit de vote, sera quant à lui BE au titre de la seule détention du capital<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir *infra*, p. 51.

<sup>2</sup> Art. 1536 du Code civil.

<sup>3</sup> Pour la communauté légale : art. 1400 s. Code civil ; pour les communautés conventionnelles : art 1497 et s. Code civil.

<sup>4</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique (op. cit.)*.

<sup>5</sup> R. MORTIER et S. BOL, *op. cit.*, n°10.

<sup>6</sup> Dans les sociétés autres que par actions, quand un époux réalise seul un apport ou un achat de parts sociales avec des biens communs, son conjoint peut revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts souscrites ou acquises jusqu'à la dissolution de la communauté et même jusqu'à ce que le jugement de divorce soit passé en force de chose jugée.

<sup>7</sup> R. MORTIER et D. BRAC DE LA PERRIÈRE, « Le rôle du notaire en matière de registre des bénéficiaires effectifs », *JPC Notariale et immobilière* n°1366, Lexis Nexis, n°12.

Les commentateurs nous présentent alors l'exemple suivant : « Jacques est marié à Isabelle sous le régime de la communauté légale réduite aux acquêts. Jacques a souscrit en cours de mariage 30 % des actions d'une SAS (...). Isabelle n'ayant pas souscrit les actions, seul Jacques a la qualité d'associé de la SAS ; il vote comme tel aux assemblées et perçoit les dividendes. Cependant, les actions étant constitutives d'acquêts, elles sont communes. Autrement dit, Jacques et Isabelle détiennent 30 % du capital dans la SAS. Cela suffit à faire des deux époux des bénéficiaires effectifs de la société, en ce comprise Isabelle qui, pourtant, n'a pas la qualité d'associé de la société, et n'y exerce aucun droit de vote. »<sup>1</sup>

Ainsi, pour résumer les points abordés ci-dessus, Jacques sera ici BE de la SAS au titre de la détention directe du capital et des droits de vote, et son épouse au titre de la détention indirecte du capital.

Il paraît difficile pour le dirigeant responsable de faire ce travail de « recensement » des époux au moment de la déclaration, notamment dans les sociétés par actions où l'époux n'est mentionné ni dans les statuts ni dans les registres d'actionnaires. En pratique, le défaut de déclaration du conjoint ne sera même pas sanctionné du fait de l'impossibilité pour les greffiers des tribunaux de commerce, en charge du contrôle des déclarations, d'accéder à l'information.

Enfin, s'agissant des partenaires dans le cadre d'un Pacte civil de solidarité (PACS), le régime légal depuis la loi du 23 juin 2006<sup>2</sup> est celui de la séparation de biens<sup>3</sup> : dans ce cas on appliquera la même règle que pour le mariage sous le régime séparatiste, l'époux associé étant seul BE de la société dans la mesure où il détient les titres en propre. Néanmoins, les partenaires peuvent opter, conventionnellement et à tout moment, pour le régime de l'indivision<sup>4</sup> : si les parts ou actions souscrites ou acquises par l'un des partenaires entrent dans cette indivision et permettent de franchir le seuil de 25%, les deux partenaires seront alors déclarés comme BE de la société au titre de la détention indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote.

### 3) *Détention directe et indirecte*

Naturellement, la détention indirecte du capital ou des droits de vote, sous quelque forme que ce soit (par chaîne de personnes morales, dans le cadre d'un mariage ou d'une indivision) peut se cumuler avec une éventuelle détention directe. Il suffit alors d'additionner les pourcentages de détention directe et de détention indirecte.

---

<sup>1</sup> R. MORTIER et S. BOL, *op.cit.*, n°10.

<sup>2</sup> Loi n°2006-728 portant réforme des successions et des libéralités, article 27.

<sup>3</sup> Art. 515-5 Code civil : « *chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels* ».

<sup>4</sup> Art 515-5-1 Code civil.

Ainsi, si Monsieur T détient directement 10% du capital et des droits de vote de la société ZETA, 15% par l'intermédiaire de la société RHO, 5% dans le cadre de l'indivision qu'il forme avec ses frères et sœurs et 10% via les parts de son épouse dans la communauté, M. T sera BE de ZETA au titre de la détention directe et indirecte de 40% du capital et de la détention directe et indirecte de 30% des droits de vote (les parts du conjoint n'ouvrant droit qu'à la détention du capital).

## B. Détention du capital ou des droits de vote

La problématique de la différenciation entre la détention du capital et celle des droits de vote nécessite de rappeler que le capital social, formé par la valeur des apports en numéraire et en nature, est divisé en parts sociales ou actions qui confèrent à leurs détenteurs (c'est-à-dire les associés ou les actionnaires) des droits dans le capital proportionnels au nombre de titres détenus<sup>1</sup>. Selon les cas, ces parts sociales ou actions peuvent être attribuées en rémunération d'apports (à la constitution de la société ou ultérieurement), d'autres prestations (comme les *stock options*) ou gratuitement, ou encore acquises en cours de vie sociale.

S'agissant des droits de vote, le point de départ est le principe de proportionnalité entre le capital et les droits de vote : une part sociale ou une action vaut une voix. Cependant la loi laisse aux statuts le soin de déterminer le nombre de droits de vote attachés à chaque part sociale pour la plupart des formes sociales, notamment les SAS et les sociétés de personnes<sup>2</sup>.

Ainsi, et de façon très schématique, si une société émet 1000 actions ou parts et qu'une personne possède 280 de ces titres, cette dernière sera BE au titre de la détention de 28% du capital et de 28% des droits de vote. Cette configuration « idéale » est toutefois mise à mal dans bon nombre d'hypothèses : comme on le verra, il sera alors possible de trouver des BE présentant des pourcentages de détention différents pour les droits de vote et pour le capital, tandis que d'autres seront détenteurs d'une fraction significative du capital mais de 0% des droits de vote, et vice-versa.

Les mécanismes de pur droit des sociétés concernant la répartition des droits de vote ne posent pas de véritable difficulté quant à l'identification des bénéficiaires effectifs, l'enjeu pour le dirigeant social étant simplement de tenir compte de tous les éventuels aménagements du pouvoir dans la société afin de garantir l'exactitude des pourcentages mentionnés dans son DIBE. On rappellera juste que la répartition des droits de vote peut différer de celle du capital par différents facteurs : répartition des droits de vote par les statuts, droit de vote double attaché à l'actionnaire dans les SA, actions de préférence à droit de vote double ou multiple ou sans droit de vote...

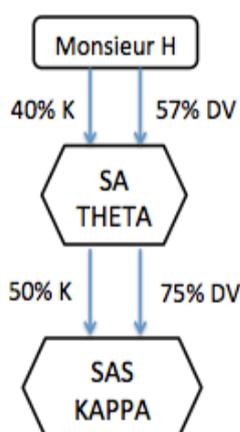
---

<sup>1</sup> Art. 1843-2 Code civil.

<sup>2</sup> B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Hypercours Dalloz 4<sup>ème</sup> édition, n°225.

Dans toutes ces hypothèses, la détermination du pourcentage des droits de vote se fait par simple multiplication : pourcentage du capital x multiple attribué à l'action ou la part sociale. Dans le cadre d'une détention indirecte par personnes morales interposées avec inégalités entre capital et droits de vote à certains échelons, et à supposer que l'on retienne la méthode du produit (la cascade prenant en compte uniquement les droits de vote, puis le capital en bas de chaîne), l'opération sera la même que celle exposée ci-dessus<sup>1</sup>, en calculant indépendamment les pourcentages de capital et de droits de vote.

**Schéma 9**



Grâce au mécanisme du droit de vote double de l'article L. 125-123 du Code de commerce pour les porteurs de parts au nominatif depuis plus de 2 ans, M. H détient désormais plus de droits de vote que de parts de capital de la SA THETA, qui bénéficie elle-même de droits de vote multiples sur certaines de ses actions dans la SAS KAPPA, ici déclarante.

Monsieur H est ici BE de la SAS KAPPA au titre de la seule détention indirecte des droits de vote, et non du capital (selon la méthode du produit).

En effet :

- $40\% \times 50\% = 20\% < 25\%$
- $57\% \times 75\% = 42,75\% > 25\%$

Mais d'autres situations conduisant à une différenciation entre capital et droits de vote s'avèrent plus complexes à traiter dans la déclaration, et méritent à ce titre de plus amples éclaircissements.

### 1) Démembrement de propriété sur les titres

Le démembrement de propriété est la « répartition des attributs du droit de propriété entre plusieurs titulaires de droits réels »<sup>2</sup>. Concrètement, par un acte juridique, le propriétaire d'une part sociale ou d'une action peut se dessaisir de l'usufruit<sup>3</sup> sur ce titre au profit d'un tiers, tout en conservant la nue-propriété, c'est-à-dire le droit de disposer de ce titre (l'*abusus*).

<sup>1</sup> Voir *supra*, p. 30.

<sup>2</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, *op. cit.*

<sup>3</sup> Art. 578 Code civil : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». C'est le droit d'utiliser le titre et d'en retirer les fruits.

S'agissant du nu-proprétaire, l'article 578 du Code civil le désigne comme propriétaire du titre<sup>1</sup> : en cette qualité, la doctrine<sup>2</sup> et le CNGTC préconisent unanimement de le déclarer comme BE au titre de la détention du capital si celle-ci dépasse les 25%. L'usufruitier ne sera jamais détenteur du capital d'une société.

Dans une question posée à son comité juridique en septembre 2017<sup>3</sup>, l'ANSA faisait remarquer que selon l'article 3 de la 4<sup>ème</sup> directive, le BE est une personne qui « possède » les actions ou les droits de vote d'une société ce qui peut laisser entendre que seul le nu-proprétaire, en tant que propriétaire des actions ou parts sociales, peut être qualifié comme BE. Pourtant, une exclusion systématique de l'usufruitier du DIBE serait surprenante étant donné que c'est lui qui perçoit les fruits civils des droits sociaux, à savoir les dividendes, et qui donc est le premier à « bénéficier » de la société au sens financier du terme.

Heureusement, le traitement de l'usufruitier à retenir est pragmatique et prend en compte cette réalité économique. « Dans tous les cas, l'usufruitier dispose du droit de voter l'affectation des bénéfices, aucune clause contraire ne pouvant le priver de ce droit. En effet, le droit d'user de la chose et d'en percevoir les fruits est une prérogative essentielle que l'article 578 [du Code civil] attache à l'usufruit (Cass. Com 31 mars 2004 n°03-16.694 publié au Bulletin). Il en résulte que l'usufruitier doit toujours apparaître dans le DIBE en qualité de BE au titre des droits de vote si bien entendu le seuil de 25% est dépassé »<sup>4</sup>.

Pour les décisions autres que celles relatives à l'affectation des bénéfices, la loi pose deux règles de répartition des droits de vote : l'article L. 225-110, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce prévoit que dans les SA (et par extension les SCA), « le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires ». L'article 1844, applicable quant à lui à toutes les autres formes sociales, dispose que le droit de vote appartient au nu-proprétaire sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices. Ces règles ne sont pas d'ordre public et dans les deux cas les associés pourront établir une répartition différente des droits de vote : contrairement à l'usufruitier, le nu-proprétaire pourra être ainsi privé de tous ses droits de vote lorsque les statuts attribuent l'intégralité de ceux-ci à l'usufruitier, la seule limite étant le droit absolu du nu-proprétaire de participer (et non de voter) à toutes les assemblées même lorsque le droit de vote est exercé par l'usufruitier<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Art 578 Code civil : « dont un autre a la propriété », l'autre étant ici le nu-proprétaire.

<sup>2</sup> R. MORTIER et S. BOL, *op. cit.*, n°8.

<sup>3</sup> ANSA, « Régime de la déclaration des bénéficiaires effectifs dans les groupes ne relevant pas du secteur financier : questions diverses », DA n° 1382, 6 septembre 2017 : question 5.

<sup>4</sup> CNGTC, « 17 schémas ».

<sup>5</sup> Cass. com 9 février 1999 « Château d'Yquem », n°96-17661, publié au Bulletin.

Le CNGTC considère que « si les statuts ne comportent pas de dérogation aux règles légales concernant les droits de vote du nu-proprétaire ou si y dérogeant, ils lui maintiennent certains droits de vote, le nu-proprétaire devra aussi apparaître dans le DIBE en qualité de BE au titre des droits de vote, si bien entendu le seuil de 25% est dépassé ». Il relève au passage que « le fait que dans le DIBE les pourcentages de détention des droits de vote soient au final supérieurs à 100% ne constitue pas une difficulté en soi puisqu'il s'agit de la résultante des règles qui viennent d'être exposées ».

A titre d'exemple, prenons le tableau de répartition des 128 500 actions de la SAS TYRELL, fourni dans le DIBE de celle-ci :

<b>ASSOCIES</b>	<b>PLEINE PROPRIETE</b>	<b>USUFRUIT</b>	<b>NUE PROPRIETE</b>
Mme Olenna	2		51 340
Mme Margaery	25 816	102 680	
M. Loras	2		51 340
<b>TOTAUX</b>	<b>25 820</b>	<b>102 680</b>	<b>102 680</b>

Qui est BE de la SAS TYRELL ?

- Mme Olenna :
  - Détention du capital : conférée par les actions en pleine propriété et celles détenues en nue-propriété. Donc  $(2 + 51\,340) / 128\,500 = 39,95\%$
  - Détention des droits de vote : par les actions en pleine propriété et celles détenues en nue-propriété (à défaut de dispositions statutaires contraires).  $51\,342 / 39,95\%$

⇒ Mme Olenna est donc BE de la SAS TYRELL au titre de la détention (directe) de 39,95% du capital et des droits de vote.
- Mme Margaery
  - Détention du capital :  $25\,816 / 128\,500 = 20\%$
  - Détention des droits de vote :  $(25\,816 + 102\,680) / 128\,500 = 99,99\%$

⇒ Mme Margaery est donc BE de la SAS TYRELL, seulement au titre de la détention (directe) de 99,99% des droits de vote.
- M. Loras (mêmes calculs que pour Mme Olenna)
  - Détention du capital à hauteur de 39,95%
  - Détention des droits de vote à hauteur de 39,95%

⇒ M. Loras est donc BE de la SAS TYRELL au titre de la détention (directe) de 39,95% du capital et des droits de vote.

Dans le cas particulier où des actions de préférence sans droit de vote seraient grevées d'usufruit, l'usufruitier alors dépourvu de tout pouvoir, y compris celui d'affecter les bénéfices (seul cas où cela est possible), semble logiquement exclu de la qualification de BE. Si la partie du capital représentée par ces actions est suffisamment importante, le nu-proprétaire sera seul BE, au titre de la détention du capital. Cette situation pose problème car elle ne correspond pas à la réalité économique, l'usufruitier percevant les dividendes qui restent de droit, même si les actions ne donnent aucun droit de vote.

Reste le cas où le nu-proprétaire ou l'usufruitier, sans jouir de l'usage de plus de 25% des droits de vote d'une société, jouit de l'usage d'une part significative de ces droits de vote qui lui permet d'exercer un contrôle de fait sur la société. Cette configuration, qui relève du critère du contrôle par tout autre moyen, sera abordée ultérieurement.

## 2) Location de droits sociaux

Le raisonnement à appliquer en matière de location de droits sociaux est similaire à celui du démembrement de propriété. L'article L. 239-3 du Code de commerce, alinéa 2 dispose en effet que « *le droit de vote attaché à l'action ou à la part sociale louée appartient au bailleur dans les assemblées statuant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société et au locataire dans les autres assemblées. Pour l'exercice des autres droits attachés aux actions et parts sociales louées, le bailleur est considéré comme le nu-proprétaire et le locataire comme l'usufruitier* ».

Ainsi, le bailleur, comme le nu-proprétaire, est le propriétaire juridique des actions ou parts louées et sera seul déclaré comme BE au titre de la détention du capital. Sauf dispositions contraires des statuts, la détention des droits de vote sera appréciée tant en la personne du bailleur que du locataire<sup>1</sup>.

Soit la société PHI, dont le capital est représenté par 100 actions. M. J détient 40 parts de cette société et en loue 20 à Mme K. Aucune clause statutaire ne traite de la location de parts sociales : les règles de l'article L. 239-3 du Code de commerce s'appliquent.

Monsieur K, propriétaire de 40 parts et bailleur de la moitié d'entre elles, est donc BE de la société PHI au titre de la détention de 40% du capital et de 40% des droits de vote (20% pour les parts non louées et 20% pour les parts louées).

Madame K, locataire de 20 parts, ne détient que 20% des droits de vote et n'est donc pas BE de la société PHI au sens de l'article R. 561-1 du CMF.

---

<sup>1</sup> R. MORTIER et S. BOL, *op. cit.*, n°8.

### 3) Personnes protégées

#### a. Mineurs

Le patrimoine des personnes qui n'ont pas encore l'âge de 18 ans accomplis<sup>1</sup> peut tout à fait être composé de parts sociales ou actions de société, parfois en nombre significatif (par donation de proches, décès des parents ou même acquisition, à condition d'être légalement représentées au contrat), ce qui en ferait des bénéficiaires effectifs au sens du premier critère posé par l'article R. 561-1 du CMF.

Une fois de plus, les règles issues de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 sont muettes sur la question des mineurs bénéficiaires effectifs. Le principe de qualification d'un mineur en tant que BE ne semble pas poser de problème en soi. Cependant, dans la mesure où les personnes de moins de 18 ans sont frappées par l'article 414 du Code civil d'une incapacité générale d'exercice de leurs droits et sont soumis au régime de l'administration légale<sup>2</sup> ou de la tutelle<sup>3</sup>, il apparaît nécessaire de mentionner l'identité de leurs représentants légaux dans la déclaration<sup>4</sup>.

Le CNGTC précise alors les conséquences de cette représentation légale sur les modalités de détention en capital et en droits de vote : selon cet organe représentatif, le mineur est BE par sa détention de plus de 25% du capital, en tant que propriétaire des parts sociales ou actions. En revanche, dans la mesure où l'incapacité d'exercice du mineur (non émancipé) implique que ce sont ses représentants légaux qui exercent les droits de vote attachés à ses titres jusqu'à sa majorité, ce sont ces représentants qui devront être déclarés comme BE au titre de la détention des droits de vote correspondants. A sa majorité, les représentants du mineur BE perdront automatiquement leur propre qualité de BE au titre de l'exercice des droits de vote et un nouveau DIBE devra être déposé<sup>5</sup>.

Toutefois, il n'est pas précisé si la détention des droits de vote à travers les titres possédés par l'enfant dont on est le représentant légal constitue une détention directe ou indirecte. Les deux qualifications semblent devoir être admises par les greffiers dans l'attente de plus de précisions.

---

<sup>1</sup> Art. 388 Code civil.

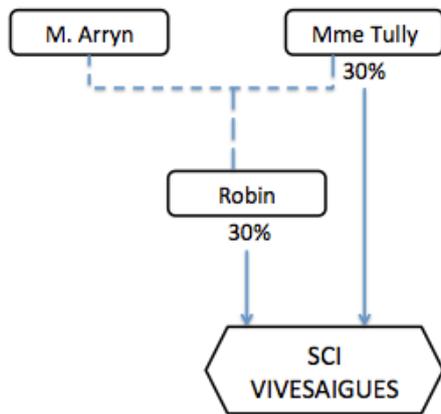
<sup>2</sup> Art 382 et s. Code civil.

<sup>3</sup> Art 390 et s. Code civil.

<sup>4</sup> S. CASTAGNÉ, « Depuis le 1<sup>er</sup> août 2018, complétez le document relatif au bénéficiaire effectif ! », *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire* n°156, novembre-décembre 2017, p. 36.

<sup>5</sup> Position du CNGTC, 2018.

Schéma 10



Dans le schéma ci-contre, tiré du cas réel du DIBE de la SCI VIVESAIGUES, M. Arryn et Mme Tully sont les parents de Robin, âgé de 7 ans. Ce dernier détient 30% des parts de la SCI VIVESAIGUES, à l'instar de sa mère. Aucun autre associé ne détient individuellement plus de 25% du capital ou des droits de vote et il n'existe pas de pacte d'associés. M. Arryn et Mme Tully ne sont ni mariés ni pacsés.

Qui est BE de la SCI VIVESAIGUES ?

- Robin est BE au titre de la détention directe de 30% du capital.
- Mme Tully est BE au titre :
  - o de la détention directe de 30% du capital
  - o de la détention de 60% des droits de vote
    - 30% directement via les parts dont elle est propriétaire
    - 30% (directement ou indirectement) via les parts détenues par son fils Robin
- M. Arryn est BE au titre de la détention (directe ou indirecte) de 30% des droits de vote via les parts détenues par Robin dont il est le père et donc le représentant légal.

## b. Majeurs protégés

S'agissant des majeurs sous tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice, le partage de leurs droits avec le tuteur varie selon la mesure de protection mise en œuvre.

Les majeurs sous tutelle faisant également l'objet d'une incapacité générale d'exercice<sup>1</sup>, on opérera la même distinction que pour les mineurs non émancipés : la personne protégée sera BE au titre de la détention du capital, et le tuteur pour celle des droits de vote.

L'associé d'une société placé en curatelle peut en principe participer aux assemblées générales et voter les décisions, sauf les cas désignés par le juge des tutelles ou pour certaines décisions lourdes de conséquences (emploi de capitaux, donations...) où il devra être assisté par son curateur<sup>2</sup>. L'intervention du curateur se limite donc à une assistance, et non une représentation : toutefois l'AMF invite à toujours relever l'identité du représentant légal lorsque le BE est un mineur ou un majeur protégé<sup>3</sup>. Le curateur devra donc figurer comme BE avec la

<sup>1</sup> Art. 440 Code civil : la personne sous tutelle « doit être représentée de manière continue dans les actes de la vie civile ».

<sup>2</sup> Art. 440 et s. Code civil.

<sup>3</sup> AMF, position-recommandation n°2013-05 *préc. cit.*, p. 11.

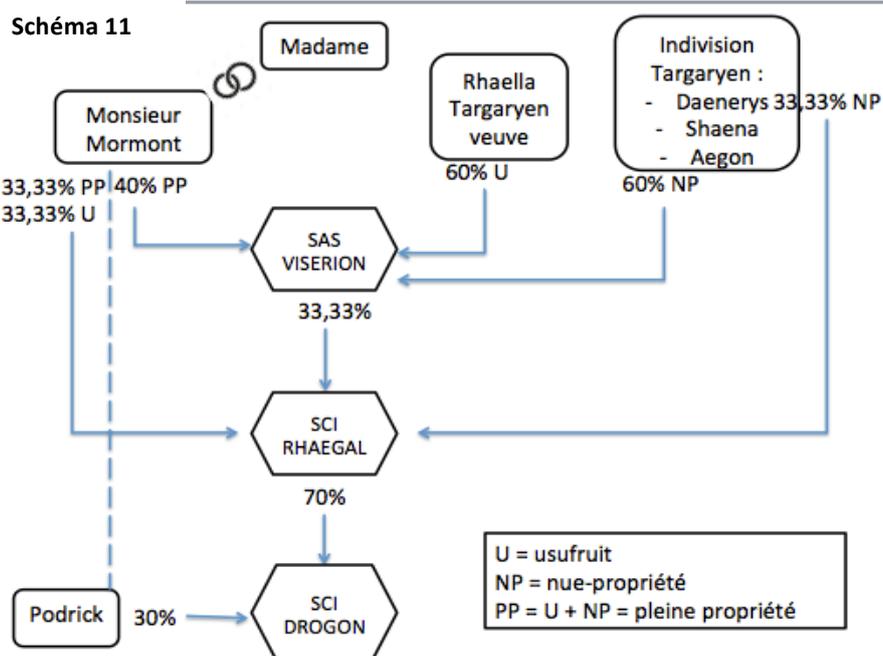
personne protégée, mais à quel titre ? Face au silence de la doctrine et des différentes autorités, on proposera de déclarer comme BE, si le seuil de 25% est franchi :

- le majeur sous curatelle détenteur des parts ou actions, au titre de la détention directe du capital et des droits de vote (dans la mesure où il vote l'ensemble des décisions, la seule limite étant l'assistance du curateur pour les plus importantes).
- son curateur, au titre de la détention indirecte des droits de vote (car il n'exerce pas à proprement parler ce droit de vote et se contente d'un rôle d'assistance).

Enfin, le majeur placé sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits, sauf si un mandataire spécial a été désigné pour le représenter sur un acte déterminé<sup>1</sup>. Ainsi, il peut assister et voter aux AG et sera donc BE au titre de la détention directe du capital et des droits de vote en cas de dépassement du seuil de 25%. Si un mandataire est désigné pour voter sur certaines décisions, ce mandataire sera considéré comme BE au titre de la détention des droits de vote pour une part égale à celle de la personne qu'elle représente. Là encore, ces précisions sur les modalités de détention du mandataire n'engagent que l'auteur, la seule recommandation en la matière étant celle très générale de l'AMF.

### C. Cumul de problèmes au sein du critère de détention directe ou indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote

Par souci de clarté, les problèmes relatifs au premier critère d'identification des BE ont été présentés successivement et, dans la mesure du possible, indépendamment les uns des autres. Néanmoins de nombreuses situations s'avèrent plus complexes et mobilisent au sein de montages plus ou moins élaborés plusieurs des difficultés relevées ci-dessus.



<sup>1</sup> Art. 435 et art. 437 Code civil.



Ne sont pas en revanche BE :

- Mme Rhaella Targaryen, qui détient indirectement seulement 14% des droits de vote de la SCI DROGON (en tant qu'usufruitière des actions de la SAS VISERION)
- Shaena et Aegon Targaryen, qui détiennent seulement 14% du capital de cette SCI (en tant que nus-proprétaires en indivision des actions de la SAS).

## **§2. L'exercice par tout autre moyen d'un pouvoir de contrôle**

Le deuxième critère d'identification des BE énoncé par l'article R. 561-1 du CMF est d'ordre qualitatif: doivent ainsi être déclarées comme BE les personnes physiques exerçant « *par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce* ».

Avant de préciser les contours de ce contrôle, il convient de rappeler que la rédaction de cette partie de l'article R. 561-1 du CMF a été modifiée par le décret du 18 avril 2018. Antérieurement, le texte évoquait en effet l'exercice, « *par tout autre moyen, [d']un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ou sur l'assemblée générale de ses associés* ». Cette définition peu précise ouvrait la voie à une conception très large de la notion de contrôle<sup>1</sup> et pouvait être comprise comme renvoyant à l'exercice des fonctions de représentant légal. Alors que la doctrine conseillait de se référer à l'ensemble de l'article L. 233-3 du Code de commerce pour apprécier cette notion<sup>2</sup> suivant le considérant n°13 de la directive 2015/849<sup>3</sup>, le décret n'a renvoyé qu'aux 3° et 4° du I de ce texte, restreignant encore plus les hypothèses du contrôle. Désormais, les bénéficiaires effectifs par un autre moyen de contrôle au sens du CMF sont donc uniquement ceux :

- qui déterminent en fait, par les droits de vote dont ils disposent, les décisions dans les assemblées générales de la société
- ou qui sont associés ou actionnaires de la société et disposent du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de la société.

Toutefois, il semble que le CNGTC et certaines institutions comme l'ACPR ne se limitent pas à la lettre du texte pour apprécier cette modalité de contrôle. Penchons-nous donc sur les cas de contrôle incontestablement visés par l'article R. 561-1 du CMF, avant de voir comment les

---

<sup>1</sup> B. DONDERO, « Décret sur le bénéficiaire effectif: ce qui change (D. n° 2018-824 du 18 avril 2018) », 20 avril 2018, [www.brunodondero.com](http://www.brunodondero.com).

<sup>2</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Revue des sociétés* Dalloz, 2018 p.7, n°22.

<sup>3</sup> « *Le contrôle par d'autres moyens peut, notamment, comprendre les critères de contrôle retenus aux fins de l'établissement des états financiers consolidés, tel que le pacte d'actionnaires, l'exercice d'une influence dominante ou le pouvoir de nommer les membres d'un niveau élevé de la hiérarchie* ».

organes chargés de l'appliquer interprètent ce texte. Enfin, il sera question de l'articulation de ce deuxième critère d'identification avec le contrôle direct ou indirect de plus de 25% du capital ou des droits de vote.

#### A. Cas directement visés par l'article R. 561-1 du CMF

Si l'article L. 233-3, I, 3° du Code de commerce rejoint le critère antérieur au 18 avril 2018 du « pouvoir de contrôle sur l'assemblée générale des associés ou actionnaires », le changement apporté s'agissant des organes de gestion est plus substantiel et peut poser des difficultés d'ordre pratique sur lesquelles il est nécessaire de s'attarder.

##### 1) *La détermination « en fait », par les droits de vote dont on dispose, des décisions dans les assemblées générales*

Par le renvoi à l'article L. 233-3, I, 3° du Code de commerce, le CMF introduit clairement la notion de contrôle de fait, appelée de ses vœux par la doctrine<sup>1</sup>, dans l'identification du bénéficiaire effectif des sociétés. Le contrôle de fait consiste ici à exercer une influence directe ou indirecte sur la prise de décisions des associés ou actionnaires.

Ainsi, pourront être d'abord considérés comme BE les titulaires d'actions de préférence ou d'avantages particuliers qui ne franchissent pas le seuil de 25% du capital ou des droits de vote dans la société mais disposent d'un droit de veto sur un certain nombre de décisions<sup>2</sup>.

Par ailleurs, certaines situations déjà abordées dans le cadre de la détention du capital ou des droits de vote peuvent également se rattacher au contrôle par tout autre moyen. Ainsi, dans le cadre d'une indivision, deux catégories de personnes pourront être désignés comme BE par l'intermédiaire du deuxième critère :

- les indivisaires eux-mêmes : si une indivision de titres ne dépasse aucun des seuils présentés précédemment, les indivisaires peuvent être déclarés comme BE s'ils détiennent ensemble des actions de préférence ou des avantages particuliers leur permettant d'influencer les votes de l'AG.
- le mandataire unique de l'indivision<sup>3</sup> : que les indivisaires soient BE au titre de la détention de plus de 25% ou au titre du contrôle par tout autre moyen, le mandataire unique de l'indivision, même s'il n'est pas membre de l'indivision, sera également déclaré comme BE de la société si son mandat s'étend à l'administration

---

<sup>1</sup> H. LE NABASQUE, « Retour sur la notion de "bénéficiaires effectifs" », *BJS* janvier 2018, p. 8, n°9.

<sup>2</sup> P. LAMIDON et J.-D LE MOIGNE, *op cit*.

<sup>3</sup> Art. 1844 Code civil : « Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux ».

générale des parts ou actions indivises ou une mission permanente dans la mesure où le mandat lui permet d'exercer un pouvoir de contrôle sur l'AG. En revanche, le mandataire ne sera pas considéré comme BE si son mandat est limité à la représentation des coïndivisaires à l'assemblée ou dans le cadre d'une autre mission ponctuelle<sup>1</sup>.

De même, dans le contexte d'un démembrement de propriété, il est tout à fait possible que l'usufruitier, même d'une seule part sociale ou action, soit BE de la société du moment que ses droits lui permettent d'exercer un contrôle de fait sur l'AG de la société<sup>2</sup>.

Ce critère permet également de couvrir certains montages de sociétés plus ou moins complexes où la personne physique ne peut être appréhendée au niveau de la détention de plus de 25% mais apparaît comme BE de manière intuitive. Le meilleur exemple en la matière est le montage permettant de s'assurer un contrôle par participations réciproques entre les sociétés (on parle de contrôle sur la boucle), exposée dans le cas n°14 des schémas du CNGTC.

*2) Le pouvoir, en étant associé ou actionnaire, de nomination ou de révocation de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance.*

#### **a. Le renvoi à l'article L. 233-3, I, 4° du Code de commerce**

En plus du contrôle de fait sur les décisions de l'assemblée, la seule modalité de contrôle à laquelle renvoie explicitement l'article R. 561-1 du CMF est celle du pouvoir, pour un associé ou un actionnaire, de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance, conformément à l'article L. 233-3, I, 4° du Code de commerce. Ce critère est limité à deux égards :

D'abord, concernant le titulaire de ce pouvoir, qui ne peut être qu'un associé ou un actionnaire de la société. Si l'on s'en tient à la lettre du texte, sont donc exclus les tiers habilités à nommer et révoquer des dirigeants dans les SAS<sup>3</sup>, les dirigeants eux-mêmes, les conjoints non associés, les représentants légaux des mineurs détenteurs de titres, les mandataires tiers à l'indivision, ou encore les usufruitiers et les locataires de parts sociales.

Ensuite, s'agissant du contenu du pouvoir, l'appréciation se limite au seul pouvoir de nomination ou de révocation de la majorité des membres des organes sociaux, à savoir des dirigeants. Concrètement, si le BE ne remplit pas le critère de détention des droits de vote, un tel

---

<sup>1</sup> CNGTC, « 17 schémas », cas n°11.

<sup>2</sup> ACPR, Lignes directrices, Annexe 3.

<sup>3</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, LGDJ, 2014, n°490.

pouvoir peut passer encore une fois par des actions de préférence qui confèrent le pouvoir de nommer ou de révoquer les dirigeants, mais ces hypothèses sont rares. De plus, l'ANSA soutient que la détention du seul pouvoir de nomination ou de révocation ne suffit pas et que les deux prérogatives doivent être réunies pour caractériser le BE<sup>1</sup>.

## **b. Difficultés posées par le resserrement du critère**

La rédaction actuelle de l'article R. 561-1 du CMF restreint donc considérablement le champ du contrôle caractérisant le BE par rapport à la version antérieure au 18 avril 2018, qui évoquait de façon générale « un pouvoir de contrôle (par tout autre moyen) sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ».

D'une part, cette modification est bienvenue car la définition, trop large, appelait une clarification. D'autre part, le critère du contrôle sur les organes de gestion, à l'évidence favorable aux sociétés, semble trop étroit et déséquilibré par rapport au contrôle sur les assemblées générales, et pourrait permettre à un certain nombre d'individus concernés par l'esprit du dispositif d'y échapper. Un commentateur note ainsi que « la directive de 2015 invitait à ce résultat mais de façon sensiblement plus généreuse et extensive. Le considérant n° 13 de la directive n° 2015-849 donne en effet une direction ambitieuse s'il en est, à savoir que *"le contrôle par d'autres moyens peut, notamment, comprendre les critères de contrôle retenus aux fins de l'établissement des états financiers consolidés, tels que le pacte d'actionnaires, l'exercice d'une influence dominante ou le pouvoir de nommer les membres d'un niveau élevé de la hiérarchie"* [...] Certes, le considérant se limite ici à proposer mais il suggère un périmètre bien plus large que celui retenu in fine par le décret »<sup>2</sup>.

Il n'est pas certain en effet que le rédacteur du décret voulait exclure l'usufruitier ou le locataire d'actions de préférence auxquelles est attaché le pouvoir de révocation (non actionnaire car non propriétaire au sens civil mais qui pourtant exerce le droit de vote), ou le mandataire de l'indivision qui possède de tels titres. De plus, la condition liée à la majorité des membres des organes paraît à la fois floue et trop restrictive : de quelle majorité s'agit-il ? Majorité organe par organe ou majorité globale des dirigeants ? Le fait de pouvoir révoquer un seul dirigeant, mais très élevé et très influent, ne caractérise-t-il pas un contrôle sur la société au même titre que le pouvoir de révocation de la majorité ? Le dispositif peut aussi perdre en efficacité dans la mesure où il n'englobe plus le pouvoir d'influencer en fait les résolutions des dirigeants, en-dehors de tout pouvoir de nomination ou de révocation (même si de tels pouvoirs permettent indirectement d'influencer les décisions).

---

<sup>1</sup> ANSA, Comité juridique, réunion du 4 juillet 2018, 2018-III, n°18-028, p.3 : « En outre, le droit de révocation, tel qu'il est décrit en l'espèce, ne suffit pas à lui seul à caractériser le contrôle au sens de l'article L. 233-3 : le "ou" utilisé dans le texte doit être compris comme inclusif et exigeant à la fois le pouvoir de révocation et le pouvoir de nomination.

<sup>2</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Nouveau décret du 18 avril 2018 à propos de l'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2018, p. 423.

On voit donc que si le second critère d'identification des BE gagne en précision avec le décret du 18 avril 2018 (ce qui est louable, notamment au regard des sanctions pénales dont le dispositif est assorti), il ne prend désormais plus en compte certaines situations qui pourraient intéresser les organes de lutte contre le blanchiment d'argent.

### 3) *Le cas de l'exercice indirect des autres moyens de contrôle*

La question se pose de savoir si la détermination en fait des décisions prises par l'AG ou le pouvoir de révocation ou de nomination des dirigeants d'une société par l'intermédiaire d'une autre personne morale caractérise le bénéficiaire effectif. En d'autres termes, peut-on être BE d'une société au titre d'un exercice indirect des « autres moyens de contrôle » ?

La situation, « très rare en pratique », a été envisagée par le Comité juridique de l'ANSA<sup>1</sup> : « soit l'hypothèse d'une SAS dont aucun actionnaire ne détient une participation supérieure à 25% du capital ou des droits de vote. L'un des actionnaires de cette société est une personne morale possédant 5% du capital, cette participation étant constituée d'actions de préférence lui donnant le pouvoir de révoquer le président. Cette personne morale actionnaire est contrôlée (à 51%) par une personne physique. » Etant donné que la personne morale actionnaire exerce un « autre moyen de contrôle » grâce à son pouvoir de révocation et qu'elle est elle-même contrôlée par une personne physique au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, on pourrait considérer que la personne physique en amont doit être déclarée comme BE au titre de l'exercice indirect d'un autre moyen de contrôle par une interprétation large du CMF.

Toutefois, ce n'est pas cette solution que retient l'ANSA : « le décret du 18 avril 2018 donne une définition précise des "autres moyens de contrôle" qu'il distingue nettement du cas de la détention directe ou indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote. Le caractère indirect du contrôle n'étant prévu que dans le cadre de la détention de plus de 25% du capital ou des droits de vote, il en résulte qu'il ne saurait y avoir d'exercice indirect des "autres moyens de contrôle", lesquels supposent une participation directe dans la société déclarante, qui fait défaut en l'espèce ».

On retiendra donc ce principe selon lequel la qualité de BE au titre du contrôle par tout autre moyen ne peut exister que dans le cas d'une participation directe.

---

<sup>1</sup> ANSA, Comité juridique, réunion du 4 juillet 2018, 2018-III, n°18-028.

## B. L'interprétation extensive par les praticiens du contrôle par tout autre moyen

Le CNGTC et l'ACPR, directement confrontés aux questions relatives au nouveau dispositif, ne se satisfont pas d'une lecture stricte de l'article R. 561-1 nouveau du CMF et rattachent un certain nombre d'hypothèses non envisagées par l'article L. 233-3, I, 3° et 4° au critère du contrôle par tout autre moyen.

Au-delà du débat sur la légitimité de ces institutions en tant que créatrices de normes, ces règles doivent être évoquées dans la mesure où elles restent suivies dans la pratique par les sociétés déclarantes qui liront davantage les recommandations des organes de contrôle que la source de l'obligation elle-même, et où elles pourront être retenues en droit positif à l'occasion d'un décret d'application futur. Quoiqu'il en soit, ce décalage entre la loi et son application remet une nouvelle fois en cause la solidité du dispositif.

### 1) *Chaîne de détention majoritaire*

Cette première situation est liée à la position du CNGTC et de l'ACPR sur la question du contrôle indirect par interposition de sociétés. Puisque ces institutions retiennent la méthode du produit pour calculer la détention indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote, elles placent logiquement le contrôle par chaîne de détention majoritaire de l'article L. 233-3, I, 1° (voir la méthode de la cascade simple, *supra*, p. 26) dans le critère de la détention d'une part significative du capital permettant d'exercer un contrôle de fait sur les organes de gestion, d'administration ou de direction ou sur l'assemblée générale de la société<sup>1</sup>.

### 2) *Pacte d'actionnaires ou d'associés*

Dans l'une de ses recommandations à destination des greffiers, le CNGTC précise que l'existence d'un pacte d'actionnaires peut conduire à l'identification d'un BE au titre du contrôle par tout autre moyen.

Un pacte d'associés ou d'actionnaires est une « convention réunissant les principaux associés d'une société [et parfois des tiers – société, dirigeants] et visant à créer à leur profit un certain nombre de prérogatives ne résultant pas de l'application de la législation des sociétés »<sup>2</sup>.

Concrètement, des associés peuvent s'accorder sur le fait de transférer à l'un d'entre eux, ou à un petit nombre, l'exercice de la majorité des droits de vote, ou à défaut de majorité le pouvoir de s'assurer de fait le contrôle sur les décisions de l'assemblée générale.

---

<sup>1</sup> ACPR, Lignes directrices, annexe 6.

<sup>2</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 2013, 20<sup>ème</sup> édition.

Un excellent exemple nous est fourni par les commentateurs : soit une société B détenue à 100% par une société A et dirigée par un Président et le Comité A. « L'associé unique, le Président et les membres du Comité A sont liés par un pacte d'actionnaires qui prévoit notamment que pour certaines décisions importantes ou stratégiques, elles ne peuvent être prises par le Président ou l'associé unique, sans avoir été au préalable autorisées par l'organe de contrôle et de surveillance (le Comité A). En conséquence, [...] les membres du Comité A doivent [...] être déclarés comme bénéficiaires effectifs de la société B, dans le cadre des dispositions de l'article R. 561-1. du CMF, du fait que les membres du Comité A, "exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du Code de commerce" »<sup>1</sup>.

Si le pacte d'associés semble entrer dans l'hypothèse de la détermination en fait, par les droits de vote dont on dispose, des décisions dans les assemblées générales et donc dans les cas prévus par les articles R. 561-1 du CMF, ce dernier ne fait toutefois pas référence au 2° du I de l'article L. 233-3 du Code de commerce qui dispose qu'une personne en contrôle une autre « lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ».

Faut-il en conclure que les rédacteurs du décret du 18 avril 2018 ont entendu exclure le pacte d'actionnaires en tant que moyen de contrôle de l'AG permettant de qualifier les bénéficiaires effectifs ? On peut en douter d'autant que le considérant n°13 de la directive européenne du 20 mai 2015 énonce que « le contrôle par d'autres moyens peut, notamment, comprendre les critères de contrôle retenus aux fins de l'établissement des états financiers consolidés, tel que le pacte d'actionnaires ». Pour autant, le renvoi aux seuls 3° et 4° de l'article du Code de commerce peut légitimement permettre à une personne physique exerçant un réel contrôle à la faveur d'un pacte d'actionnaires d'échapper à l'obligation et de se prévaloir de cette lacune du décret en cas de contentieux.

De plus, l'appréciation de la qualité de BE au regard d'un pacte d'actionnaires peut poser des difficultés quant à savoir si le pacte constitue un concert (et le cas échéant s'il faut le déclarer en tant que pacte ou en tant que concert), ou encore si les prérogatives conférées à un associé par ce pacte sont suffisantes pour en faire à elles seules un BE. Comme le relève un auteur, « tout dépend des stipulations du pacte et il ne peut y avoir de réponse générale ».<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> L. ATHLAN et K. AMAN, « Exemples pratiques sur l'identification et déclaration du/des bénéficiaire(s) effectif(s), *Journal des sociétés* n°168, novembre 2018, schéma 10.

<sup>2</sup> A. COURET et B. DONDERO, *op. cit.*, n°273.

### 3) Action de concert

La troisième situation considérée comme constitutive d'un contrôle par tout autre moyen par le CNGTC et l'ACPR est celle de l'action de concert permettant de déterminer en fait les décisions prises lors des assemblées générales. Selon le Code de commerce, « *sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société* »<sup>1</sup>. L'accord à l'origine de l'action de concert peut être exprès ou tacite : « lorsqu'il est tacite, il s'induit de comportements convergents et concomitants, l'accord des concertistes ne résultant pas de la "rencontre" de volontés que postule le consensualisme, mais de leur coexistence, tendues vers un but commun »<sup>2</sup>.

La détermination en fait des décisions de l'AG est caractérisée de manière relativement subjective, au cas par cas. Contrairement au I, 3°, le III de l'article L. 233-3 du Code de commerce est vague et ne parle pas « *des droits de vote dont on dispose* » pour influencer les AG : même si ceux-ci sont pris en compte, les relations factuelles entre associés compteront autant que les droits des concertistes dans la société. Cependant, les parties personnes physiques à l'action de concert semblent devoir être considérées comme BE de façon quasi-systématique dès lors que les concertistes détiennent ensemble la majorité absolue des droits de vote, ou qu'aucun autre associé ou actionnaire (ou groupe d'associé ou actionnaire) ne détient un pourcentage de droits de vote supérieur.

L'hypothèse se rattache donc au paragraphe III de l'article L. 233-3 du Code de commerce<sup>3</sup> plutôt qu'au I, 3° et 4° visé par le CMF. On pourrait répondre que le cas du concert est implicitement prévu par l'article R. 561-1 du CMF dans la mesure où il définit comme BE « la ou les personnes physiques » qui détiennent plus de 25% des droits de vote d'une société (accord en vue d'acquérir ou d'exercer un droit de vote) ou exercent un pouvoir de contrôle sur la société (mise en œuvre d'une politique commune). Néanmoins, l'argument paraît faible : si on l'admet, il faut aussi reconnaître le BE par franchissement conjoint du seuil de 25% du capital ou des droits de vote<sup>4</sup> (et donc le concert appliqué au premier critère), ce qui n'est pas le cas du CNGTC qui conseille de déclarer les BE concertistes au seul titre du contrôle par tout autre moyen, et uniquement lorsque le concert sert à déterminer les décisions prises aux AG.

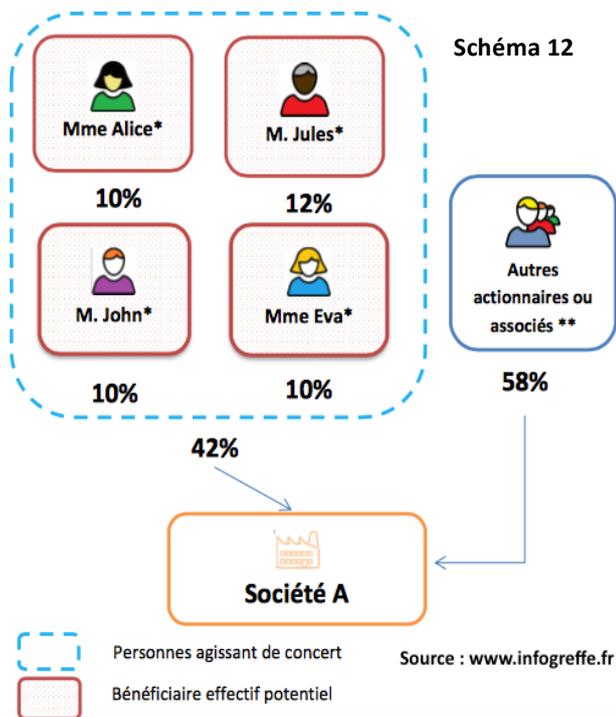
---

<sup>1</sup> L. 233-10 I Code de commerce.

<sup>2</sup> Y. PAULOT, « Action de concert et offre publique : quelques observations à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 2 avril 2008 dans l'affaire Sacyr Vallehermoso et autres c/ Eiffage SA », *JCP E* n°25, 19 juin 2008, 1828, n°15.

<sup>3</sup> « Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale. »

<sup>4</sup> H. LE NABASQUE, *op.cit.*, n°6.



Le CNGTC reconnaît donc l'action de concert entre différentes personnes comme mode de contrôle par tout autre moyen, que ce concert permette ou non la détention de plus de 50% des droits de vote. Il fournit l'exemple ci-contre sur son site Internet<sup>1</sup> :

Il y est indiqué que « si dans les faits, Mme Alice, M. Jules, M. John et Mme Eva agissent de concert et déterminent ainsi ensemble les décisions prises lors des assemblées générales, ils seront déclarés comme BE au titre des "autres moyens de contrôle" et ceci même en l'absence d'un accord exprès conclu entre eux ».

Quoique contestable au plan de l'interprétation de la loi, cette introduction du contrôle conjoint dans le champ dispositif semble cohérente au regard de l'esprit de la directive qui est d'aller vers toujours plus de transparence. Cet angle mort (ou du moins cette imprécision) du dispositif mériterait d'être corrigé pour ne pas être exploité par les BE souhaitant effectivement se dissimuler.

#### 4) Groupe familial

La dernière hypothèse de contrôle par un autre moyen est le groupe familial majoritaire. Elle découle directement de l'action de concert.

La première condition est l'existence de liens de parentés suffisants : comment se définissent-ils ? La seule source à ce sujet est une réponse ministérielle rendue le 21 avril 2015 en matière fiscale<sup>2</sup>. Selon ce document, les personnes composant un groupe familial doivent être conjoints (ou pacsés), ascendants ou descendants (le cas échéant du conjoint ou du partenaire) ou frères et sœurs (le cas échéant des époux ou partenaires). On peut donc trouver dans un groupe les personnes A, B, C et D avec A père de B, B mari (ou partenaire) de C et C mère de D.

De plus, les membres du groupe doivent remplir ensemble (par l'addition de leurs droits) l'une des conditions définies à l'article R. 561-1 du CMF : soit la détention directe ou indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote, soit l'exercice par tout autre moyen d'un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

<sup>1</sup> CNGTC, 17 schémas, cas n°9.

<sup>2</sup> Réponse ministérielle n°41145 du 21/04/2015 (Assemblée Nationale).

On retrouve ensuite les conditions du contrôle par action de concert. D'abord, l'ensemble de ces personnes apparentées doit s'entendre et agir de concert entre elles, selon la définition du concert donnée ci-dessus<sup>1</sup> (accord exprès ou tacite<sup>2</sup>). Il est ainsi précisé que toute dissension entre membres d'un même groupe fait perdre la qualité de groupe familial ; en revanche la dissension peut exister entre plusieurs groupes familiaux.

Enfin, les membres du groupe doivent déterminer en fait, et par cette action de concert, les décisions prises lors des AG de la société<sup>3</sup> : c'est pourquoi les BE dans le cadre d'un groupe familial doivent toujours être déclarés au titre des autres moyens de contrôle et non de la détention, même si, par exemple, ils détiennent ensemble plus de 25% du capital. Il est important de souligner ce critère car il a parfois été mal compris par des dirigeants qui ont déclaré un groupe familial dès lors que ses membres totalisaient plus de 25% du capital ou des droits de vote, alors que cette détention ne suffisait pas à déterminer en fait les décisions en AG.

On peut s'interroger sur l'utilité de cette forme de contrôle, qui n'est finalement qu'un dérivé du contrôle par action de concert avec des conditions plus strictes. A ce titre, le groupe familial peut faire l'objet des mêmes critiques (positives et négatives) que l'hypothèse énoncée précédemment. Il découle néanmoins des lignes directrices de l'ACPR que la présence de personnes d'une même famille satisfaisant ensemble à l'un au moins des critères de R. 561-1 du CMF permettrait de présumer l'existence de l'action de concert<sup>4</sup>. En effet, le groupe familial est rarement formalisé par un accord exprès et il peut être difficile d'identifier des comportements convergents entre associés d'une petite société familiale, notamment civile, dans laquelle bien souvent un seul associé s'implique.

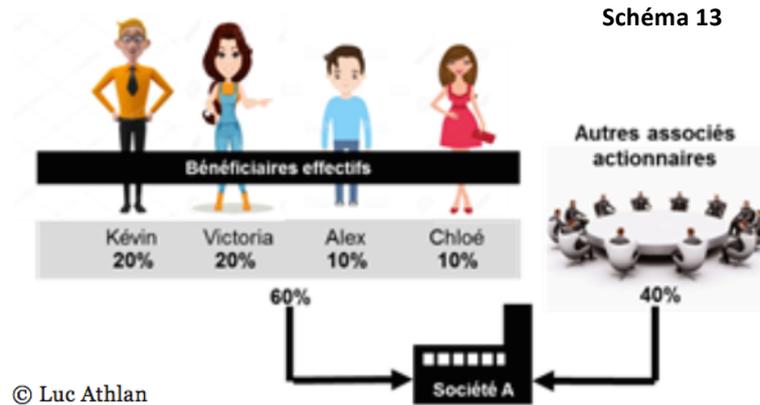
---

<sup>1</sup> Voir *supra*, p. 57 ; L. 233-10, I Code de commerce.

<sup>2</sup> ACPR, Lignes directrices, Annexe 5, n°110 : « Même en l'absence d'un accord exprès conclu entre les membres de cette famille qui serait constitutif d'une action de concert ».

<sup>3</sup> CNGTC, 17 schémas, cas n°7 et n°8.

<sup>4</sup> Annexe 5, n°110 : « sauf information qui laisserait penser que les personnes composant le groupe familial n'agiraient effectivement pas de concert dans la gestion de la société, par exemple sur la nomination des membres des organes de gestion, d'administration ou de direction, l'ACP considère que rien ne fait obstacle à ce que puissent être considérées comme bénéficiaires effectifs les différentes personnes composant ce groupe familial ».



Déroulons le raisonnement à partir du cas du schéma 13, présenté lors d'un colloque tenu à Aix-en-Provence le 27 mars 2018 sur les nouvelles contraintes des sociétés<sup>1</sup> : soient Kévin et Victoria formant un couple marié ou pacsé, Alex le fils de Kévin et Chloé la fille de Victoria.

- Ils forment ensemble un groupe familial au sens de la réponse ministérielle de 2014 (cela fonctionnerait aussi par exemple si Alex était le frère de Kévin et/ou Chloé la sœur de Victoria, ou si Alex et Chloé étaient les deux enfants de Kévin et Victoria, y compris dans ce cas si les parents ne sont ni mariés ni pacsés).
- Chacun des membres de la famille détient moins de 25% du capital ou des droits de vote de la société A, mais les quatre en détiennent ensemble 60% et remplissent donc l'une des conditions de l'article R. 561-1 du CMF.
- L'action de concert est présumée en raison de la satisfaction des deux conditions précédentes.
- Enfin, les membres déterminent les décisions prises lors des AG dans la mesure où le groupe familial est majoritaire à 60% et contrôle donc la société. Cette condition serait pareillement satisfaite si un contrôle de fait était observé, suivant les modalités énoncées ci-dessus (actions de préférence, avantages particuliers, pactes d'associés...).

Kévin, Victoria, Alex et Chloé devront donc être déclarés comme bénéficiaires effectifs au titre des autres moyens de contrôle dans le cadre du groupe familial.

### C. L'articulation incertaine des deux premiers critères d'identification

Nous venons de présenter, de la façon la plus complète possible, les différentes modalités de qualification des BE, au titre de la détention du capital ou des droits de vote et du

<sup>1</sup> I. GROSSI et L. ATHLAN, conférence « Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur le bénéficiaire effectif (sans jamais oser le demander...) », in B. BRIGNON et I. GROSSI, *Les nouvelles contraintes des sociétés*, JOLY éditions, 2018.

contrôle par tout autre moyen. Se pose désormais la question du cumul entre les deux critères de l'article R. 561-1, alinéa 1<sup>er</sup> du CMF.

Il faut d'abord rappeler qu'une seule personne peut être déclarée BE au titre du premier critère par détention directe et indirecte à la fois du capital et des droits de vote, ou que plusieurs individus peuvent figurer sur le DIBE pour la seule détention directe ou indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote (selon des modalités identiques ou différentes). De même, il semble que l'on puisse trouver pour une même société des BE au titre de la détermination en fait des décisions prises dans les AG (individuellement ou en groupe, par action de concert ou groupe familial) et d'autres au titre du pouvoir de nomination et de révocation des organes de direction. On peut très bien imaginer que les statuts (notamment dans les SAS dotées d'une forte liberté statutaire) d'une société ou un pacte d'associés ou d'actionnaires distinguent l'exercice du droit de vote selon le type de décision prise par l'AG : ainsi le cumul des influences sur les décisions des AG paraît possible, chaque entité (individu ou groupe) pouvant contrôler une certaine catégorie de décisions.<sup>1</sup>

Une fois établie la possibilité d'une pluralité de bénéficiaires effectifs au titre du premier critère et au sein du deuxième critère, qu'en est-il du cumul, pour une même société, de BE au titre de la détention et de BE au titre du contrôle par tout autre moyen ? On peut se demander si le second critère est subsidiaire au premier : autrement dit, l'identification d'un ou de plusieurs BE au titre de la détention dispense-t-elle de la recherche d'autres BE au titre des autres moyens de contrôle ? Autre question : si une personne est qualifiée de BE au titre de la détention, peut-elle également être déclarée en tant que BE au titre du contrôle ?

**a. La coexistence de BE détenteurs de plus de 25% du capital ou des droits de vote et de BE contrôlant la société par un autre moyen**

La réponse à la première question est clairement négative : dans une même société, s'il existe des BE au titre de la détention et d'autres au titre du contrôle, l'ensemble de ces personnes devra faire l'objet d'une déclaration en précisant à quel critère chacun répond.

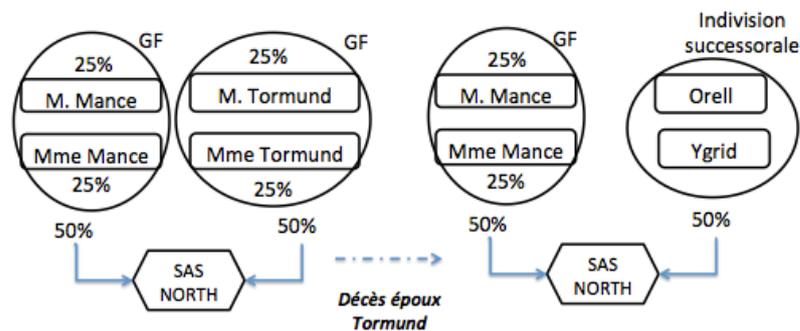
Si certaines indications fournies par le CNGTC dans ses schémas ont pu prêter à confusion dans les équipes chargées du contrôle des DIBE<sup>2</sup>, l'article R. 561-1 du CMF est très clair et décrit comme BE les personnes qui « *soit* » détiennent plus de 25% du capital ou des droits de vote, « *soit* » exercent sur la société un contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

---

<sup>1</sup> Si l'aménagement des droits de vote est réalisé par un pacte et implique un ou plusieurs groupes, on retombe sur la question de savoir si les BE membres du groupe doivent être déclarés au titre de ce pacte d'actionnaires ou de l'action de concert / groupe familial. Voir *supra*, p. 56.

<sup>2</sup> Dans les cas 6, 7, 8 et 9 de ses 17 schémas, servant d'exemples au contrôle par un autre moyen, le Conseil précise en effet qu'« aucun des autres actionnaires ou associés ne détient individuellement plus de 25% du capital ou des droits de vote ». On s'est alors demandé si cette précision signifiait que le premier critère excluait le second.

Schéma 14



La situation du schéma 14, observée dans la réalité, en est une illustration : en l'espèce, deux couples mariés avaient constitué une société, la SAS NORTH. Chacun des associés détenait précisément 25% du capital. La répartition des droits de vote permettant d'affirmer que chaque couple déterminait en fait les décisions prises à certaines assemblées générales, les quatre associés se déclaraient BE de la société, chacun au titre du groupe familial formé avec leur conjoint (le total de leurs parts dépassant les 25% du capital dans chaque groupe).

Au décès des époux Tormund, leurs enfants Orell et Ygrid recueillent dans la succession les actions de leurs parents en indivision. Orell et Ygrid deviennent donc BE à la place de M. et Mme Tormund, mais cette fois en tant que propriétaires indivis des actions de la SAS, et donc en tant que détenteurs indirects de plus de 25% du capital. L'introduction du critère de détention dans le processus d'identification n'exclut pas les époux Mance de la qualité de BE, pourvu qu'ils conservent leur ancien pouvoir de contrôle sur les AG. M. et Mme Mance, Orell et Ygrid sont donc tous les quatre déclarés comme BE de la SAS NORTH.

**b. Le cumul pour une même personne de la qualité de BE selon les deux critères**

Rien n'empêche *a priori* d'être déclaré comme BE au titre des deux critères, du moins quand une détention directe du capital ou des droits de vote est identifiée. Par exemple, une même personne pourra détenir plus de 25% du capital et exercer un pouvoir de détermination des décisions prises par les AG dans le cadre d'un groupe familial.

Cependant, dans la pratique, il n'est pas exigé que les BE déjà déclarés au titre de la détention le soient également au titre du second critère, l'essentiel étant que des BE puissent être retrouvés facilement par les organes de lutte contre le blanchiment d'argent.

Remarquons enfin qu'une personne détentrice de plus de 25% du capital ou des droits de vote pourra être prise en compte pour la détermination du contrôle par un autre moyen d'un autre BE. Soit l'exemple suivant, inspiré d'une recommandation interne du CNGTC : Monsieur M

détient 32% et son épouse Madame M 20% du capital et des droits de vote de la société EPSILON. Seul Monsieur M détient plus de 25% et pourra donc être déclaré comme BE au titre du premier critère. « Toutefois, il n'y a aucun obstacle à ce que l'époux ou le pacsé détenant 20% du capital soit également déclaré BE dans le cadre d'un "groupe familial" au titre des autres moyens de contrôle puisque lui et son conjoint marié ou pacsé, détenant 32% du capital, sont majoritaires au sein de la société (dans notre exemple 20 + 32 = 52%) et en détiennent donc ensemble le contrôle ».

Monsieur M est donc BE de la société EPSILON au titre de la détention de plus de 25% du capital (et des autres moyens de contrôle mais cette déclaration est facultative), et Madame M sera déclarée BE au titre des autres moyens de contrôle par la prise en compte des droits de son mari dans la société.

L'ensemble des méthodes de recherche des bénéficiaires effectifs a maintenant été présenté et analysé. Reste cependant le cas où aucun de ces critères n'a permis d'identifier un BE (par exemple, en cas de détention de 25% du capital par chacun des quatre associés à égalité). Doit-on en déduire qu'une société peut ne pas avoir de BE ?

### ***§3. Le représentant légal de la société, bénéficiaire effectif par défaut***

L'article 3, 6) a) de la directive du 20 mai 2015 prévoyait la désignation du dirigeant représentant légal de la société comme bénéficiaire effectif « par défaut » en cas d'impossibilité d'identifier positivement un autre BE : *« si, après avoir épuisé tous les moyens possibles et pour autant qu'il n'y ait pas de motif de suspicion, aucune des personnes visées au point i) n'est identifiée, ou s'il n'est pas certain que la ou les personnes identifiées soient les bénéficiaires effectifs, la ou les personnes physiques qui occupent la position de dirigeant principal ».*

Ce dernier élément ne se retrouvait pas dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016, ce qui laissait les entités soumises à l'obligation et qui se trouvaient dans l'impossibilité de déterminer un BE dans l'incertitude, notamment sur la notion de « dirigeant principal » : s'agissait-il du dirigeant de la société déclarante, ou de celui de la société qui la contrôle en dernier ressort ?<sup>1</sup>

Cette lacune de transposition a été corrigée par le décret du 18 avril 2018 qui insère à l'article R. 561-1 du CMF un second alinéa<sup>2</sup> : le texte prévoit clairement que le BE par défaut est le représentant légal de la société déclarante. Le corollaire de cet ajout est que désormais, toute société a nécessairement un BE.

---

<sup>1</sup> ANSA, DA n°1382, 6 septembre 2017 : question 4.

Comme il l'a été vu, la désignation du représentant légal comme BE s'applique en particulier (mais pas seulement) aux filiales de sociétés cotées, filles ou petites-filles, même si un détenteur indirect de plus de 25% du capital ou des droits de vote peut être identifié.

Exemple : M. A est actionnaire à 30% de la SA X, cotée sur EURONEXT. Elle détient la SAS Y à 100%, détenant elle-même la SAS Z à 100%. Qui est le BE de la SAS Z ? M. A est détenteur indirect de 30% du capital de la SAS Z (via X et Y) mais il est « protégé » par le fait que la SA est cotée. Le BE de la SAS Z est donc son représentant légal.

Ce dernier critère d'identification des BE, plus simple *a priori* que ceux de la détention et du contrôle par un autre moyen, présente toutefois quelques difficultés : on verra malgré tout que la plupart des questions qui se posent sont résolues par l'article du CMF, très clair et complet sur ce sujet.

## A. Complications liées aux modalités de gouvernance

### 1) *Pluralité de dirigeants sociaux*

Si le premier alinéa de l'article R. 561-1 du CMF n'a pas permis de dégager un BE, l'ensemble (et non pas un seul) des représentants légaux de la société, associés/actionnaires ou non, se verront attribuer cette qualité<sup>1</sup>.

Si une société est dotée d'un seul dirigeant, ce dernier est aussi son représentant légal et sera déclaré comme BE de la société. En cas de pluralité de dirigeants dans une même société (plusieurs gérants, président et directeur...), le(s) BE seront dirigeants, mais tous les dirigeants n'auront pas nécessairement la qualité de mandataire social : cela dépendra de la forme sociale et des statuts de la société.

Cette problématique, qui s'inscrit dans une thématique plus large de droit des sociétés, trouve néanmoins une réponse claire à l'article R. 561-1 du CMF. Les représentants légaux des sociétés sont :

- Pour les sociétés civiles, SNC, SARL, SCS, SCA : l'ensemble des co-gérants,
- pour les SA à conseil d'administration : le directeur général,
- Pour les SA à directoire et conseil de surveillance : le directeur général unique<sup>2</sup> ou le président du directoire,
- pour les SAS : le président et, si les statuts lui ont conféré un pouvoir de représentation analogue à celui du président, le directeur général

---

<sup>1</sup> Position du CNGTC, 2018.

<sup>2</sup> Lorsque le capital social de la SA est inférieur à 150 000 €, le directoire pourra n'être composé que d'une seule personne qui prendra alors le titre de directeur général unique.

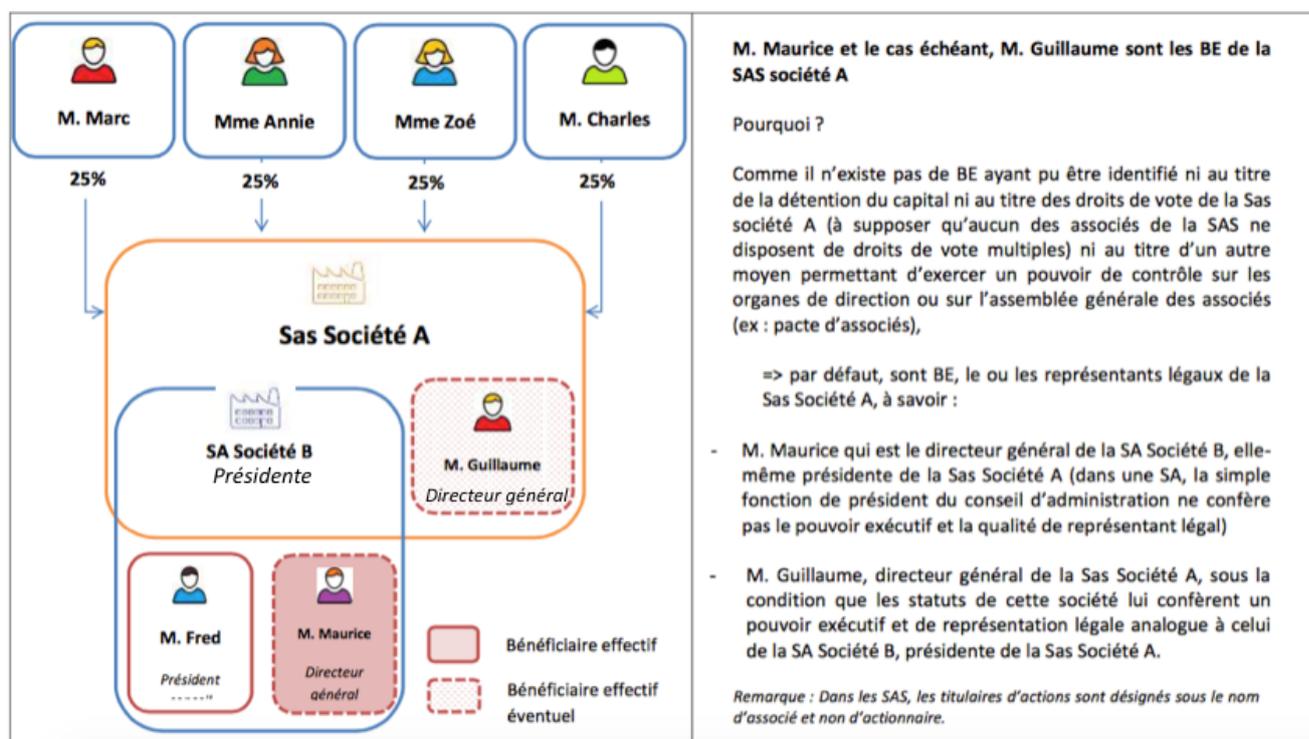
« On observera que le droit français a fait le choix d’interpréter les termes ”dirigeant principal” à travers le prisme du pouvoir de représentation légale dans une acception toutefois restreinte. La liste précitée reprend pour l’essentiel les personnes ayant le pouvoir d’engager la société à l’égard des tiers, en omettant de viser les directeurs généraux délégués dans les SA et les détenteurs auxquels les statuts peuvent conférer ce pouvoir (il en va ainsi par exemple des directeurs généraux et des directeurs généraux délégués dans les SAS) »<sup>1</sup>.

## 2) Personne morale représentant légal de la société déclarante

Il arrive fréquemment qu’une société ou une autre personne morale (association, syndicat) exerce les fonctions de représentant légal d’une société déclarante : une personne morale peut ainsi être gérant - de société civile, en commandite, SARL ou SNC - ou président ou directeur général de SAS. En revanche, les représentants légaux des SA sont toujours des personnes physiques.

L’article R. 561-1 du CMF indique que « si les représentants légaux [...] sont des personnes morales, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques qui représentent légalement ces personnes morales ».

Schéma 15



Source : [www.infogreffe.fr](http://www.infogreffe.fr)

<sup>1</sup> B. ZABALA, « Le régime des bénéficiaires effectifs et les sociétés : des interrogations majeures subsistent », *BJS* juin 2018, p. 368.

En cas de chaîne de personnes morales dirigeantes les unes des autres, c'est-à-dire si une société représentant légal de la société déclarante a elle-même pour représentant légal une personne morale (et ainsi de suite), il convient de remonter jusqu'à la première personne physique représentant légal. Tel était le cas dans cette situation rencontrée par un greffe : en l'espèce, M. Balon était identifié comme BE de la SAS GREYJOY en tant que président du directoire de la SA IRON , elle-même présidente de la SAS PYK, elle-même présidente de la SAS GREYJOY.

### 3) *Représentant permanent dans une SAS*

La possibilité pour le représentant légal d'une personne morale présidente de SAS de déléguer ses pouvoirs à un représentant permanent n'est pas envisagée par la loi mais a été affirmée par l'ANSA<sup>1</sup>, reprise en doctrine<sup>2</sup> et validée en jurisprudence<sup>3</sup>. Dans cette hypothèse, le mandataire désigné par les représentants légaux de la personne morale présidente de la SAS reçoit l'intégralité des pouvoirs dont dispose le président de SAS aux fins de gérer la société et de la représenter à l'égard des tiers : le président ne délègue pas ses pouvoirs, c'est le représentant légal de la personne morale président qui désigne son représentant<sup>4</sup>. Ce représentant permanent peut être inscrit au RCS<sup>5</sup>.

L'ANSA propose alors l'exemple suivant : « Examinons le cas d'une SAS 1 qui a pour président une autre SAS, la SAS 2 présidée par une personne physique P. En l'absence d'identification de BE, c'est P qui selon l'article R561-1 devrait être mentionnée au registre des BE. Mais P a délégué à une autre personne physique, dite en pratique "représentant permanent" ses pouvoirs pour diriger effectivement la SAS 1 et exercer les fonctions de président dont est investie la personne morale SAS 2. La question se pose de savoir dans une telle hypothèse quelle personne physique doit être désignée comme bénéficiaire effectif : le représentant légal de la SAS président et/ou le "représentant permanent" qui exerce les fonctions de président ? ». <sup>6</sup>

Finalement, le Comité juridique se prononce en faveur de la déclaration du seul président de la SAS 2 (P) comme BE de la SAS 1 : il « constate que le décret vise précisément "*la ou les personnes physiques qui représentent légalement ces personnes morales*" (art. R 561-1 du [CMF]) et que l'obligation de mentionner les BE est sanctionnée pénalement. Il en résulte qu'une interprétation stricte s'impose et que seuls les représentants légaux de la personne morale

---

<sup>1</sup> ANSA, Comité juridique, communication n°2974-7 « Personne morale président d'une SAS : désignation d'un représentant », 4 mars 1998.

<sup>2</sup> M. GERMAIN et P.-L. PERRIN, *La SAS*, JOLY, n°513 ; J.-P. DOM, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n°1011.

<sup>3</sup> CA Paris, 01/07/2014, Bull. Joly soc. 2014, note P.-L. PERRIN ; CA Versailles, 3 février 2015, n°14-06747.

<sup>4</sup> ANSA, Comité juridique, n°18-042 : « Déclaration des bénéficiaires effectifs – Désignation du représentant légal en l'absence d'identification d'un BE : cas du dirigeant personne morale désignant un "représentant permanent" dans une SAS, 2018-III, réunion du 5 septembre 2018.

<sup>5</sup> CA Paris 1-7-2014 n° 14/04237 : BRDA 15-16/14 inf. 3.

<sup>6</sup> *Ibid.*

présidente sont à déclarer ; le "représentant permanent" ayant été désigné sur une base exclusivement conventionnelle, n'est pas visé par cette obligation déclarative ».

## B. Complications liées à la situation de la société

### 1) *Société non immatriculée en France*

Rappelons d'abord que les sociétés étrangères (au moins pour celles situées dans un Etat non membre de l'UE) ayant un établissement en France sont tenues d'identifier et de déclarer leurs bénéficiaires effectifs en France<sup>1</sup>. Si l'une de ces sociétés se trouve dans la situation de devoir désigner un BE par défaut, elle se heurte à la définition des représentants légaux donnée par l'article R. 561-1 du CMF qui ne traite que des formes sociales françaises. Ainsi par exemple, doit-on considérer comme représentant légal d'une *Corporation* américaine son *President* (ou *CEO*) ?

Dans ce cas de figure, l'article R. 561-1 prévoit que sera déclaré comme BE de la société immatriculée hors de France la personne physique ayant des fonctions équivalentes à celles visées dans l'article : « *leur équivalent en droit étranger qui représente légalement la société* ». A charge pour les déclarants, et sans plus de précisions, de déterminer quelle fonction doit être considérée comme équivalente à celles énumérées par l'article...

### 2) *Société en procédure collective*

Quid enfin de la société en procédure collective qui, comme on l'a vu, est également tenue de satisfaire à l'obligation ? Si cette société ne peut identifier de BE selon les deux premiers critères, doit-elle désigner son administrateur ou son liquidateur en tant que BE ?

Les commentateurs de tous ordres ne se sont pas à ce jour prononcés sur la question, qui a pourtant été soulevée à plusieurs reprises par des courriers adressés au greffe de Paris. La solution peut s'obtenir par retour au droit des procédures collectives : si le redressement<sup>2</sup> et la sauvegarde<sup>3</sup> peuvent entraîner, outre le dessaisissement partiel ou total du débiteur de la gestion de son entreprise, sa surveillance ou son assistance par l'administrateur, ces procédures collectives ne sauraient destituer le dirigeant de sa qualité de représentant légal. En vertu de l'article 1844-7, 7° du Code civil, la liquidation judiciaire emporte dissolution de plein droit de la société et met immédiatement fin aux pouvoirs des dirigeants sociaux, mais cela ne fait pas automatiquement du liquidateur le représentant légal de la société. La société en liquidation sera le plus souvent dépourvue de représentant légal, sauf mandataire spécialement désigné par le tribunal de commerce.

---

<sup>1</sup> Voir *supra*, p. 18 ; L. 561-46 CMF.

<sup>2</sup> L. 631-12 Code de commerce.

<sup>3</sup> L. 621-4 Code de commerce.

En toute rigueur, le BE par défaut de la société en sauvegarde ou en redressement reste donc le représentant légal tel que désigné par l'article R. 561-1 du CMF, tandis que le BE de la société en liquidation est le représentant légal désigné par le juge le cas échéant.

Si l'ajout du représentant légal comme bénéficiaire effectif en dernier recours permet à toutes les sociétés de remplir leur obligation déclarative, une telle déclaration est d'un intérêt très limité puisque les représentants légaux figurent de toute manière au RCS : leur qualité de représentant et donc de BE est donc aisément accessible à tout intéressé.

#### ***§4. Un cas particulier : le bénéficiaire effectif dans le cadre d'une fiducie ou d'un équivalent étranger.***

Par la variété des critères donnés à l'article R. 561-3-0 du CMF pour identifier le BE d'une société dans le cadre d'un patrimoine d'affectation comme la fiducie<sup>1</sup> ou des mécanismes de droit étranger comparables comme le *trust*, et sans précision donnée par la doctrine, le CNGTC ou les autres institutions sur les modalités de détention, cette situation ne peut être rattachée exclusivement à aucun des critères vus précédemment et doit faire l'objet d'un paragraphe dédié.

Insistons sur le fait que ce n'est pas ici la fiducie (dépourvue de personnalité morale) qui déclare ses propres BE, mais bien la société dont tout ou partie des titres sont placés dans une fiducie ou dispositif similaire de droit étranger<sup>2</sup> comme le *trust*.

Le dispositif antérieur au décret, figurant à l'époque à l'article R. 561-3 du CMF, était très vague car englobant à la fois les fiducies et les autres entités comme les GIE, les associations et les fondations. Fallait-il alors déclarer comme BE le constituant de la fiducie contenant les parts ou actions ? Le fiduciaire ? Le bénéficiaire ? Des tiers ?<sup>3</sup>

Le nouvel article R. 561-3-0 du CMF, désormais spécialement consacré à ce cas de figure, montre un grand effort de précision sur la définition des BE. Est désormais considérée comme BE de la société dont les titres sont détenus par une fiducie ou une institution comparable de droit étranger toute personne physique :

- ayant la qualité de constituant, de fiduciaire, de bénéficiaire ou de tiers protecteur

---

<sup>1</sup> L'article 2011 du Code civil définit la fiducie comme « [...] l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. ».

<sup>2</sup> P. LAMIDON et J.-D LE MOIGNE, *op cit*.

<sup>3</sup> R. MORTIER et S. BOL, *op. cit*, n° 11 ; P. LAMIDON et J.-D LE MOIGNE, *op cit*.

- ou détenant (ou ayant vocation à détenir par l'effet d'un acte juridique), directement ou indirectement, plus de 25 % des biens, des droits ou des sûretés compris dans un patrimoine fiduciaire
- ou appartenant à la catégorie de personnes dans l'intérêt principal de laquelle la fiducie a été constituée
- ou exerçant par d'autres moyens un pouvoir de contrôle sur les biens, les droits ou les sûretés compris dans un patrimoine fiduciaire.

Précisons que la détention de plus de 25% ou le pouvoir de contrôle sur les biens, droits et sûretés peut s'exercer sur l'ensemble de ces éléments compris dans la fiducie qui enveloppe les parts ou actions. Il peut donc s'agir, en plus de ces parts ou actions, de tout autre bien, droit ou sûreté contenus dans le patrimoine. Un autre moyen de contrôle peut être exercé, par exemple, par une personne qui détient plus de 25% d'une société qui gère des actifs compris dans la fiducie<sup>1</sup>.

L'analyse de l'ensemble de ces cinq critères révèle une acception très large de la notion de bénéficiaire effectif, à tel point que l'on peut se demander si les rédacteurs du décret n'ont pas profité de l'identification des BE des sociétés détenues par des fiducies ou dispositifs similaires pour faire révéler à ces institutions l'ensemble des personnes qui y sont impliquées. Le procédé peut faire penser à une tentative de remise en place du registre public des *trusts* qui, on le rappelle, avait été censuré par le Conseil constitutionnel le 21 octobre 2016<sup>2</sup> pour atteinte au droit au respect de la vie privée alors qu'il ne prévoyait que l'identification du bénéficiaire, du constituant et de l'administrateur.

Si précis et exhaustif soit-il, l'article R. 561-3-0 du CMF ne répond pas à certaines questions fondamentales, notamment sur le point de savoir si la part des titres de la société compris dans le patrimoine fiduciaire doit dépasser un certain seuil de significativité pour déclencher l'identification des acteurs de la fiducie, et selon quelle modalité de l'article R. 561-1 déclarer ces BE. Certains auteurs envisageaient, avant le décret du 18 avril 2018, que la fiducie devait détenir plus de 25% du capital ou des droits de vote de la société concernée pour aboutir à cette identification<sup>3</sup>. Néanmoins, les textes en leur état actuel ne permettent pas de confirmer cette approche et le CNGTC n'a pour l'instant pas pris de position claire sur le sujet. De manière plus générale, on peut aussi s'interroger sur la notion de « dispositif juridique comparable relevant d'un droit étranger » : le trust, institution résultant d'un acte unilatéral, est-il vraiment comparable à une fiducie à la française, simple contrat ?

---

<sup>1</sup> L. ATHLAN et K. AMAN, *op.cit*, schéma 18.

<sup>2</sup> Décision n° 2016-591 QPC du 21 octobre 2016

<sup>3</sup> L. VARACHAS, « Le "bénéficiaire effectif" dans les sociétés non cotées », *JDS* n°158, décembre 2017.

Nous avons donc présenté l'ensemble des méthodes permettant d'aboutir à la détection des bénéficiaires effectifs dans les sociétés de droit commun et essayé de surmonter le plus possible de difficultés liées à l'application du dispositif tout en gardant du recul par rapport aux différentes solutions, parfois divergentes, proposées par la doctrine et les différentes organisations, institutions et autorités en charge d'interpréter les textes.

Tâchons à présent d'identifier le bénéficiaire effectif dans une certaine catégorie de sociétés faisant l'objet d'un dispositif dérogatoire dans le CMF, tout en conservant à l'esprit que plusieurs problèmes abordés pour les sociétés de l'article R. 561-1 se présenteront de nouveau pour ces entités. Nous renverrons donc aux analyses et solutions apportées précédemment.

### *Sous-section 2 : Le bénéficiaire effectif dans les placements collectifs*

La question de l'interposition d'un placement collectif dans la chaîne de détention d'une société a été abordée, mais qu'en est-il des bénéficiaires effectifs des placements eux-mêmes ?

L'article R. 561-2 du CMF, qui s'applique aux OPCVM, FIA et autres placements collectifs dotés de la personnalité morale (donc pas aux FCP), est construit de façon très similaire à l'article R. 561-1 qui définit le BE dans les sociétés. Suivant le principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale, les placements collectifs constitués sous forme de sociétés (comme les SICAV) ne se référeront qu'à l'article R.561-2 pour déterminer leurs BE.

Remarquons par ailleurs qu'à l'instar de l'article précédent, l'article R. 561-2 parle de « client », ce qui n'est pas cohérent avec le nouveau dispositif qui s'applique à tous les placements en-dehors de toute relation avec des entités assujetties à la lutte anti-blanchiment.

#### ***§1. Détention directe ou indirecte de plus de 25% des parts, actions ou droits de vote***

Selon l'article R. 561-2 du CMF, on entend d'abord par bénéficiaire effectif dans les placements collectifs la ou les personnes physiques qui « *détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % des parts, actions ou droits de vote du placement collectif* ». Le calcul de ce pourcentage prend en compte la chaîne de détention.

La notion de détention de parts ou actions, qui équivaut strictement à celle du capital pour les sociétés, existait préalablement à l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016, dans la rédaction de R. 561-2 telle qu'issue du décret du 2 septembre 2009<sup>1</sup>. La détention de plus de 25% des

---

<sup>1</sup> Décret n°2009-1087 du 2 septembre 2009 – article 1.

droits de vote a quant à elle été ajoutée par le décret du 18 avril 2018, pour s'aligner avec le régime des sociétés. Toutefois, suite à une recommandation de l'ACPR<sup>1</sup>, les droits de vote étaient déjà pris en compte par les organismes financiers assujettis à la lutte LCB/FT dans le cadre de l'ancien dispositif.

Considérant le principe même des placements collectifs, qui est de rassembler un maximum de petits investisseurs pour diversifier les risques, il sera en pratique très rare de trouver des cas de concentration dans les mains d'un seul actionnaire de plus de 25% du capital ou des droits de vote d'une SICAV ou d'un FIA.

## ***§2. Exercice par tout autre moyen d'un pouvoir de contrôle sur la société de placement collectif ou la société de gestion la représentant***

Comme pour les sociétés, le critère du contrôle par un autre moyen est envisagé et est placé sur le même plan que le critère de la détention. Ainsi, sont également considérées comme BE les personnes qui exercent par tout autre moyen un pouvoir de contrôle au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du Code de commerce :

- soit, si le placement est constitué sous forme de société (SICAV), sur le placement collectif lui-même,
- soit sur la société de gestion le représentant si le placement n'est pas une société (FIA).

Le décret du 18 avril 2018 a apporté les mêmes précisions que pour les sociétés de l'article R. 561-1 s'agissant du contrôle, en faisant référence aux mêmes dispositions précises du Code de commerce tandis que l'ancien dispositif évoquait le « *pouvoir de contrôle sur les organes d'administration ou de direction* ». L'évolution des textes en la matière est donc en cohérence avec les modifications intéressant les sociétés<sup>2</sup>.

L'originalité de ce critère repose sur la désignation de bénéficiaires effectifs par l'intermédiaire de la société de gestion, lorsque le placement n'est pas une société (ne sont concernées ici que les FIA, dans la mesure où les FCP ne sont pas dans le champ de l'obligation). Contrairement aux sociétés, on reconnaît ici une forme de pouvoir de contrôle indirect par un autre moyen<sup>3</sup>, ce qui est remarquable. On reviendra aux méthodes présentées pour les sociétés afin d'apprécier le contrôle par tout autre moyen sur la société de gestion.

Attention : la société de gestion n'est pas prise en compte pour le critère de détention de plus de 25% du capital ou des droits de vote.

---

<sup>1</sup> ACPR, « Principes d'application sectoriels sur les bénéficiaires effectifs d'organismes de placements collectifs », mars 2013, n°23 et 24.

<sup>2</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Nouveau décret du 18 avril 2018 à propos de l'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2018 p. 423, n°13.

<sup>3</sup> Voir *supra*, p. 54 - avis ANSA.

### **§3. Le représentant légal, bénéficiaire effectif par défaut du placement collectif**

L'article R. 561-2 du CMF dispose enfin, en son alinéa 2 entièrement ajouté par le décret du 18 avril 2018, que « *lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères prévus au précédent alinéa, et que la personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'a pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à l'encontre du client mentionné au précédent alinéa, le bénéficiaire effectif est* » :

- si le placement collectif est une société (SICAV ou FIA prenant la forme de société)
  - ... qui assure elle-même sa propre représentation à l'égard des tiers<sup>1</sup> : la ou les personnes physiques représentants légaux déterminées conformément aux dispositions de l'article R. 561-1
  - ...dont la représentation à l'égard des tiers est assurée par une société de gestion : la ou les personnes physiques dirigeant effectivement cette société de gestion au sens du 4 du II de l'article L. 532-9 CMF<sup>2</sup>.
- si le placement n'a pas la forme de société (autres FIA et autres placements) : la ou les personnes physiques dirigeant effectivement cette société de gestion au sens du 4 du II de l'article L. 532-9 CMF.

Si le contrôle par un autre moyen est plus probable que la détention de plus de 25% des parts ou des droits de vote dans un placement collectif, c'est bien au bénéficiaire effectif par défaut que l'on recourra le plus souvent dans ce cas de figure. Ce critère peut parfois poser problème, notamment lorsque la notion de direction effective de la société de gestion est en jeu.

C'était le cas de la SICAV LANNISTER, qui déposait début 2018 son document relatif au bénéficiaire effectif au greffe de Paris. En l'espèce, le placement collectif, constitué sous forme de SICAV, était dirigé par la société de gestion de portefeuille SAS CASTRAL. M. Tyrion, président de la société de gestion, se déclarait donc BE de la SICAV LANNISTER en tant que personne dirigeant effectivement la société de gestion.

Cependant, le problème lié à cette déclaration venait du fait que la société de gestion, pourtant ancienne, ne figurait pas au RCS. Au-delà de la nécessité de régulariser la situation, le

---

<sup>2</sup> L. 532-9, II, 4 CMF : « *Est dirigée effectivement par deux personnes au moins possédant l'honorabilité nécessaire et l'expérience adéquate à leur fonction, en vue de garantir sa gestion saine et prudente. Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers fixe les conditions dans lesquelles une société de gestion de portefeuille peut, par dérogation, être dirigée effectivement par une seule personne. Il précise les mesures qui doivent être prises pour garantir la gestion saine et prudente de la société concernée* » ;

Article 312-6 règlement général AMF : *L'une au moins de ces deux personnes doit être un mandataire social habilité à représenter la société dans ses rapports avec les tiers. / L'autre personne peut être le président du conseil d'administration, ou une personne spécialement habilitée par les organes sociaux collégiaux ou les statuts pour diriger et déterminer l'orientation de la société* ».

greffier ne pouvait pas, du fait de cette absence d'enregistrement des documents de la SAS CASTRAL, vérifier la qualité de président et donc de directeur effectif de M. Tyrion au sein de cette société de gestion. Dans une SAS, et suivant la définition du règlement général de l'AMF, M. Tyrion devait être soit mandataire social habilité à représenter la société dans ses rapports avec les tiers (ce qui est le cas du président de SAS), soit spécialement habilité par les statuts pour diriger et déterminer l'orientation de la société. Le DIBE avait donc fait l'objet d'un renvoi aux fins de régularisation de la société de gestion.

### *Sous-section 3 : Le bénéficiaire effectif dans les autres entités*

C'est l'article R. 561-3 du CMF, refondu par le décret du 18 avril 2018, qui définit le BE des personnes morales qui ne sont ni des sociétés ni des placements collectifs : il s'agit des GIE, GEIE, associations (et donc syndicats), fondations et fonds de dotations. L'évolution apportée par le décret est louable : en effet la rédaction issue du décret de 2009, qui visait également la fiducie, était très confuse et appelait une clarification.

On entend alors par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2 du CMF, la ou les personnes physiques qui satisfont à l'une des conditions suivantes :

- elles sont titulaires, directement ou indirectement, de plus de 25 % du capital de la personne morale,
- elles ont vocation, par l'effet d'un acte juridique les ayant désignées à cette fin, à devenir titulaires, directement ou indirectement, de plus de 25 % du capital de la personne morale,
- elles disposent d'un pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de gestion, de direction ou de surveillance de la personne morale,
- elles exercent par d'autres moyens un pouvoir de contrôle sur les organes d'administration, de gestion, de direction ou de surveillance de la personne morale.

Les deux premières conditions ne concernent naturellement que les entités dotées d'un capital comme les GIE, GEIE et les fondations. L'entité n'étant pas une société, il n'est pas question de renvoyer à l'article L. 233-3 du Code de commerce pour définir les modalités du contrôle. On en revient alors, comme pour les sociétés avant le décret, au critère plus subjectif du contrôle par d'autres moyens sur les organes de d'administration, de gestion, de direction ou de surveillance. Il est toutefois cité un cas particulier de ce contrôle : le pouvoir de nomination ou de révocation. Ces quatre critères s'appliquent de manière cumulative et non subsidiaire.

Le décret a également ajouté la notion de BE représentant légal par défaut à l'article R. 561-3 du CMF : lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères

précédents, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques qui représentent légalement la personne morale.

Nous venons donc d'expliquer comment satisfaire à l'obligation d'identification du bénéficiaire effectif dans l'ensemble des hypothèses envisagées par les textes et les institutions en charge de les mettre en œuvre, pour les sociétés et les autres entités juridiques concernées par le dispositif. Malgré les différents éclairages apportés par les organismes professionnels, de fortes incertitudes perdurent dans plusieurs situations, ce qui affaiblit le dispositif.

On l'a constaté : la recherche de ces bénéficiaires effectifs peut s'avérer particulièrement complexe dans certains cas, en particulier dans des situations impliquant des entités étrangères (absence de registre des sociétés dans certains Etats, statuts rédigés en langue étrangère, non publiés ou perdus, actes modificatifs ou de cessions de parts perdus et non enregistrés...) : ce n'est donc pas une obligation de résultat mais de moyen qui pèse sur le représentant de la société déclarante, « qui doit mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose *ès qualité* pour alimenter du chef de sa société le registre des bénéficiaires effectifs. À défaut, le dirigeant engagera sa responsabilité. Nous conseillons donc vivement à ce dernier, notamment en présence d'une chaîne de détention, de se réserver les preuves permettant d'attester des démarches entreprises à l'effet d'obtenir les informations ». <sup>1</sup>

## **Section 2 : La déclaration du bénéficiaire effectif au RCS**

Une fois ses bénéficiaires effectifs correctement identifiés, l'entité déclarante devra procéder à la déclaration de ces personnes physiques au sein d'un registre central.

La mise en place d'un registre des bénéficiaires effectifs dans les Etats membres, figurant à l'article 30, 3 de la directive du 20 mai 2015, constituait une innovation majeure dans le cadre européen LCB/FT, permettant de favoriser la transparence économique et de faciliter l'accès à l'information par les organismes financiers assujettis à la lutte contre le blanchiment et les autorités de contrôle des fraudes et de répression de la délinquance financière.

A l'occasion de la transposition en droit français, les pouvoirs publics ont confié aux greffiers des tribunaux de commerce la responsabilité de consigner les déclarations de bénéficiaires effectifs au sein du RCS, qui joue le rôle de RBE en France. L'article R. 561-46 du CMF dispose désormais en son alinéa 2 que les sociétés et autres entités assujetties « *déposent au greffe du tribunal, pour être annexé au registre du commerce et des sociétés, un document relatif au bénéficiaire effectif* ».

---

<sup>1</sup> R. MORTIER et S. BOL, *op. cit.*, n°14.

Quelles sont les modalités de cette déclaration ? Quelles sont les informations qui doivent y figurer, les formalités à accomplir et l'étendue du contrôle du greffier sur le document? Qui pourra accéder aux informations enregistrées au RCS et quelles sont les sanctions prévues en cas de défaut de déclaration ? Les réponses à ces questions sont d'un grand intérêt pratique pour les entités assujetties : cependant, et même si cette réglementation suscite moins d'interrogations que celle relative à l'identification du fait de sa nature formelle, on verra que certaines modalités de la déclaration demeurent sujettes à discussion.

### ***§1. Le contenu de l'information***

Le document d'identification relatif au bénéficiaire effectif (DIBE) compte un certain nombre de mentions obligatoires figurant aux articles R. 561-55 et R. 561-56 du CMF et qu'il convient ici de lister.

#### **A. Identification de l'entité déclarante**

L'article R. 561-55, 1° du CMF précise d'abord que le DIBE de la société ou de l'entité juridique déclarante doit faire figurer sa dénomination ou sa raison sociale, sa forme juridique, l'adresse du siège social et, le cas échéant, le numéro unique d'identification (n° SIREN) complété par la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où elle est immatriculée.

#### **B. Renseignements propres à chaque bénéficiaire effectif**

C'est la partie centrale du DIBE : il s'agit ici de renseigner les BE identifiés lors de la première étape, ainsi que les informations les concernant, listées à l'article R. 561-55, 2°.

##### ***1) Identification du BE***

Le document doit préciser le nom de chaque BE, le cas échéant son nom d'usage ou son pseudonyme, ses prénoms, sa date et son lieu de naissance, sa nationalité et son adresse. Si ces informations figurent déjà dans l'extrait K-Bis (si le BE est représentant légal, ou associé de société civile par exemple), il faudra veiller à ce que les informations fournies dans le DIBE correspondent à ce document, et le cas échéant procéder à une formalité modificative au RCS, en cas de changement d'adresse du domicile personnel par exemple.

##### ***2) Modalités de contrôle***

Le formulaire doit ensuite préciser selon quel(s) critère(s) vus précédemment la ou les personnes physiques identifiées sont BE de l'entité.

En cas de détention de plus de 25% du capital ou des droits de vote, le CMF ne pose pas expressément d'obligation de préciser les pourcentages de détention, ni de mentionner l'ensemble des personnes morales intervenant dans la chaîne de participation (avec les pourcentages de chacun) si la détention est indirecte. Cependant, le CNGTC considère que le(s) pourcentage(s) de détention (du capital et/ou des droits de vote) dépassant le niveau de 25% doi(ven)t impérativement être renseigné(s), ainsi que les personnes morales interposées<sup>1</sup>.

Ce décalage entre la lecture stricte du texte et la position du CNGTC a récemment fait l'objet d'un contentieux aboutissant à la toute première jurisprudence relative aux nouvelles obligations en matière de bénéficiaires effectifs<sup>2</sup>. En l'espèce, une SAS détenue directement et indirectement à plus de 25% par une personne physique n'avait pas précisé dans son DIBE les pourcentages de capital et de droits de vote effectivement détenus par son BE, ni identifié les sociétés intervenant dans la chaîne de détention.

Dans son ordonnance rendue le 18 mai 2018, le juge commis à la surveillance du RCS rattaché au Tribunal de commerce de Bobigny retient l'interprétation des greffiers de tribunaux de commerce : au regard de l'objectif de transparence de la directive, en vue de lutter contre le blanchiment de capitaux, la fraude et le financement du terrorisme, la juridiction a considéré que *« l'obligation d'identifier le bénéficiaire effectif ne peut être réputée satisfaite [...] en l'absence de l'indication du pourcentage exact de détention du capital et/ou des droits de vote par le bénéficiaire effectif dans la société déclarante »*. Par ailleurs, *« le greffier doit, de la même manière, refuser le dépôt du document relatif au bénéficiaire effectif au motif [...] d'une absence de détail des modalités de détention indirecte »*.

Si les greffiers ont salué l'« œuvre de clarification »<sup>3</sup> de la juridiction sur ces questions, la décision a rapidement fait l'objet de critiques de la part de certains commentateurs, soutenant que l'objectif des directives et des textes de transposition n'avait jamais été d'établir la transparence sur l'entière chaîne de contrôle des sociétés et craignant que la précision des pourcentages n'entraîne l'obligation de « faire une nouvelle déclaration lors de tout changement à quelque étage que ce soit, alors même que le bénéficiaire effectif resterait lui-même inchangé »<sup>4</sup>.

La doctrine invoque les sanctions pénales assorties à l'obligation pour critiquer l'ordonnance judiciaire : « cependant le juge commis à la surveillance du RCS oublie une règle fondamentale en matière pénale : celle de la légalité des délits et des peines, dont découle leur

---

<sup>1</sup> Position du CNGTC, 2018.

<sup>2</sup> Tribunal de commerce de Bobigny, 18 mai 2018, n° 2018S07031.

<sup>3</sup> D. DA et A. TOURNIER, « Une première décision sur le contrôle des bénéficiaires effectifs faisant œuvre de clarification », *BJS*, n°07-08, p. 397.

<sup>4</sup> P.-L. PÉRIN, « Premier retour judiciaire sur le contenu de la déclaration du bénéficiaire effectif : faut-il déclarer les holdings intermédiaires ? », *JDS* n°168, novembre 2018.

interprétation stricte. [...] La présente décision foule au pied la loi, et bien davantage un principe tout à la fois constitutionnel [...] et conventionnel »<sup>1</sup>.

Dans tous les cas, le CNGTC indique qu'il n'est pas nécessaire pour l'assujetti de renseigner le décimal de pourcentage de détention. Deux exceptions peuvent toutefois être apportées à ce principe :

- si la décimale permet de dépasser le seuil de 25%
- même si cela n'est pas précisé par le CNGTC, il peut être important de préciser la décimale lorsque le pourcentage de détention avoisine les 100% sans les atteindre, ce qui permet de voir que le BE n'est pas le seul associé ou actionnaire (exemple : éviter d'arrondir à 100% quand on détient 99,90% du capital, indiquer soit 99% soit 99,90%).

### *3) Date à laquelle le bénéficiaire effectif a acquis cette qualité*

L'article R. 561-56 2° c) du CMF dispose que le DIBE contient « *la date à laquelle la ou les personnes physiques sont devenues le bénéficiaire effectif de la société ou de l'entité juridique* ». Il s'agit de la date depuis laquelle la personne physique est devenue BE sans discontinuité jusqu'à la date de signature du document relatif au BE : ce principe de continuité est essentiel.

Passons par un exemple pour comprendre la règle : le 05/05/1989, M. R est devenu associé à 28% de la SA OMEGA, puis retombe à 20% le 18/03/1995 suite à une augmentation de capital social. Le 06/06/2003, suite à une cession d'actions d'une autre actionnaire, Mme S, M. R porte sa participation dans OMEGA à 26%. Le 29/06/2006, M. R acquiert encore de nouvelles actions et devient actionnaire à 30%, pourcentage qu'il détient toujours.

Puisque la date à indiquer est celle à partir de laquelle M. R est devenu BE de la société sans discontinuité, on retiendra la date du 06/06/2003. En effet, M. R a perdu la qualité de BE entre le 18/03/1995 et le 06/06/2003. Le fait que M. R soit arrivé à son pourcentage de détention actuel le 29/06/2006 n'importe pas : seule compte la qualité de BE elle-même.

Le changement de modalité de contrôle n'importe pas non plus dans l'appréciation de la date : si M. R est BE d'une société au titre du contrôle par tout autre moyen depuis le 01/01/2014, puis en devient associé à 30% mais perd son contrôle par un autre moyen le 31/12/2016, M. R sera déclaré comme BE au titre de la détention de 30% du capital ou des droits de vote depuis le 01/01/2014, même si à cette date M. R n'était en réalité BE qu'au titre du contrôle.

---

<sup>1</sup> R. MORTIER, « Bénéficiaires effectifs : une première décision regrettable », *Droit des sociétés* n° 10, Octobre 2018, comm. 161.

Enfin, si le BE possède cette qualité depuis la création de la société, trois possibilités s'offrent à la déclarante pour le CNGTC : soit indiquer la date de l'immatriculation au RCS, soit celle du commencement d'activité (les deux figurant en principe sur l'extrait K-Bis de la société), soit enfin la date des statuts constitutifs.

### C. Date et signature du représentant légal

Enfin, R. 561-56 prévoit que « *le document relatif au bénéficiaire effectif est daté et signé par le représentant légal de la société ou de l'entité juridique qui procède au dépôt* ».

S'agissant de la définition du représentant légal et du pouvoir d'engager la société ou l'entité à l'égard des tiers, on en reviendra aux développements réalisés dans le cadre des BE « par défaut »<sup>1</sup>. S'il existe plusieurs représentants légaux, il suffit de la signature d'un seul sauf lorsqu'ils n'ont pas le pouvoir d'agir séparément d'après les statuts. Le représentant légal devra ajouter son nom et son prénom à côté de sa signature.

## ***§2. Dépôt de la déclaration***

Une fois rempli, le DIBE doit être déposé au greffe du tribunal de commerce, où il fera l'objet d'un contrôle par le greffier.

### A. Formalités de dépôt

Précisions que selon l'ordonnance rendue par le tribunal de commerce de Bobigny le 18 mai 2018, le modèle de déclaration fourni par le CNGTC<sup>2</sup> n'est pas obligatoire et le déclarant pourra utiliser son propre modèle, pourvu que l'ensemble des mentions obligatoires figurent sur le document. Ce dernier peut être remis par voie papier ou électronique (depuis le décret du 18 avril 2018). Aucune pièce justificative ne doit être produite par l'assujetti.

**Personnes habilitées au dépôt.** Selon l'article R. 561-56 du CMF, c'est l'un des représentants légaux de l'entité déclarante qui procède au dépôt du DIBE.

Le CNGTC prévoit également la possibilité pour une entité déclarante de faire déposer son document par un mandataire. Lorsqu'une profession réglementée (notaire, huissier de justice, avocat, expert-comptable) ou un mandataire professionnel en formalités procède à l'envoi ou au dépôt du DIBE, son mandat est présumé ou apparent et il n'a pas à en justifier. Dans les autres cas, à défaut de mandat apparent, le mandataire doit justifier de sa procuration<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir *supra*, p. 63 (sociétés), 72 (placements) et 73 (autres entités).

<sup>2</sup> Pour le document relatif aux sociétés : voir en Annexe, p. 102.

<sup>3</sup> Position du CNGTC, 2018.

**Lieu du dépôt.** Les articles L. 561-46 et R. 561-55 du CMF disposent que le DIBE est déposé au greffe du lieu du siège social (ou de l'établissement pour les entités étrangères assujetties) pour être annexé au registre du commerce et des sociétés, base de données dont les greffiers avaient déjà la charge et qui fait désormais office de registre des bénéficiaires effectifs.

**Date du dépôt.** L'article 5 du décret du 12 juin 2017, codifié à l'article R. 561-55 du CMF, distingue deux cas de figure :

- pour les sociétés ou entités immatriculées à compter du 1<sup>er</sup> août 2017 (date d'entrée en vigueur du décret), le premier DIBE doit être déposé au greffe lors de la demande d'immatriculation au RCS ou au plus tard dans un délai de 15 jours suivant la délivrance d'un récépissé de dépôt de dossier de création d'entreprise délivré par les centres de formalité des entreprises
- les sociétés ou entités immatriculées avant le 1<sup>er</sup> août 2017 devaient déposer leur DIBE avant le 1<sup>er</sup> avril 2018.

Le décret du 18 avril 2018 a ajouté à l'article R. 561-55 du CMF un second alinéa qui pose une exception : les placements collectifs ayant la forme de sociétés disposent ainsi d'un délai de 180 jours ouvrés (au lieu de 15 jours calendaires) à compter de la date d'immatriculation (et non plus de la délivrance du récépissé) pour déposer leur DIBE.

**Modification du dépôt.** Divers événements peuvent justifier le dépôt d'un DIBE modificatif : il peut s'agir de faits ou actes affectant la société ou l'entité juridique elle-même (changement de dénomination, changement de la forme juridique, transfert du siège social), ou de faits ou actes affectant le ou les BE précédemment déclarés (perte d'un BE ou nouveau BE, changement de domicile personnel ou de nom d'usage, modification significative des modalités de contrôle). Le CNGTC considère qu'une modification non significative du pourcentage de détention n'impose pas un nouveau dépôt.

Selon l'article R. 561-55 du CMF, un nouveau DIBE doit être déposé dans les 30 jours suivant l'événement rendant nécessaire la rectification ou le complément des informations qui y sont mentionnées. Une simple actualisation du document ne suffit pas et il faut procéder au dépôt d'un nouveau document complet : cette précision est importante, la communication du DIBE aux personnes autorisées ou habilitées s'opérant toujours sur le dernier document.

#### **B. Sanctions du défaut de dépôt ou d'un dépôt inexact ou incomplet**

Le ou les représentants légaux de l'entité assujettie peuvent manquer à leur obligation d'identification, qui est de moyens, en commettant une erreur volontaire dans la détermination des BE ou en n'effectuant pas l'ensemble des diligences nécessaires à l'établissement de leur

identité. Ces erreurs entraîneront un dépôt inexact ou incomplet. L'obligation de déclaration, qui est de résultat, est également violée si le DIBE n'est pas déposé au greffe.

Pour contraindre ces débiteurs à satisfaire à ces deux impératifs, la loi assortit aux articles L. 561-48 et L. 561-49 du CMF le dispositif de sanctions civiles et pénales, ces dernières constituant l'originalité de la nouvelle obligation.

### 1) Sanctions civiles

L'article L. 561-48 du CMF dispose que le président « *du tribunal* » (le CNGTC confirme qu'il s'agit bien ici du président du tribunal de commerce) peut enjoindre par ordonnance<sup>1</sup>, au besoin sous astreinte, à toute société ou entité juridique concernée par l'obligation de procéder ou faire procéder au dépôt d'un DIBE.

Le procureur de la République et « *toute personne justifiant y avoir intérêt* » (TRACFIN par exemple) peut saisir par requête le président du tribunal de commerce aux fins d'injonction de dépôt du DIBE. La personne justifiant avoir un intérêt précise dans sa requête le fondement de sa demande<sup>2</sup>. Le président a aussi la faculté de se saisir d'office.

La doctrine relève toutefois une incertitude s'agissant des sanctions civiles : « concernant les sociétés devant s'immatriculer, le manquement à l'obligation de dépôt du document identifiant les bénéficiaires effectifs est-il de nature à justifier un refus d'immatriculation au RCS ? La loi ne dit rien sur ce point, et la doctrine est hésitante. Selon nous, en l'état des textes, un tel manquement ne devrait pas pouvoir empêcher l'immatriculation en question. Nous ne sommes pas, en effet, en présence de pièces conditionnant cette dernière. Il serait cependant heureux que le législateur soit plus explicite sur ce point »<sup>3</sup>. En pratique, les greffiers se refusent pour l'instant à bloquer l'immatriculation au RCS en cas de DIBE manquant, mais incitent le déclarant à régulariser la situation sous quinze jours.

Lorsque la personne ne défère pas à l'injonction délivrée par le président, le greffier en avise le procureur de la République et lui adresse une expédition de la décision. Il s'agit d'un mécanisme similaire à l'injonction du dépôt des comptes. « Conformément au principe d'opportunité des poursuites, il revient au magistrat du parquet de décider des suites qu'il entend donner à l'affaire »<sup>4</sup>, le tout pouvant aboutir à la mise en œuvre d'une procédure pénale.

---

<sup>1</sup> R. 561-2 CMF.

<sup>2</sup> R. 561-60 CMF.

<sup>3</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », n°49.

<sup>4</sup> J. QUIROGA – GALDO, *op. cit.*

## 2) Sanctions pénales

C'est assurément l'un des éléments les plus remarquables du dispositif. En effet, l'article L. 561-49 du CMF instaure un délit d'absence de dépôt ou de dépôt inexact ou incomplet du DIBE au greffe du tribunal de commerce et le punit :

- pour les personnes physiques (représentants légaux des entités assujetties) : de 6 mois d'emprisonnement et de 7500€ d'amende, assortie éventuellement des peines complémentaires d'interdiction de gérer<sup>1</sup> et de privation partielle des droits civiques<sup>2</sup>,
- pour les personnes morales (représentants légaux des entités assujetties et/ou entités assujetties elles-mêmes) : d'une amende de 37 500€<sup>3</sup>, assortie éventuellement de la dissolution, du placement sous surveillance, de la fermeture de ses établissements, de l'exclusion des marchés publics, de l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement ou encore de l'affichage de décision<sup>4</sup>.

La sanction aussi lourde d'une simple omission de dépôt d'un document administratif s'explique par l'objectif d'intérêt général, particulièrement mis en avant ces dernières années par les pouvoirs publics, de lutte contre le blanchiment d'argent sale et le financement du terrorisme. La sanction pénale n'est nullement prévue par la directive de 2015 : ainsi la transposition italienne n'a prévu qu'une sanction pécuniaire administrative en cas de défaut de dépôt au *Registro delle imprese*<sup>5</sup>. C'est dire que le législateur français a entendu donner une force particulière à ces nouvelles obligations.

### **§3. Missions des greffiers des tribunaux de commerce**

Officier public et ministériel chargé de la gestion des RCS, le greffier s'est vu confier par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 et ses décrets d'application une mission de contrôle du respect des nouvelles obligations en matière de bénéficiaire effectif et de vérification des DIBE.

Cette nouvelle responsabilité s'inscrit dans un mouvement général conduisant les politiques publiques à lui confier progressivement un rôle éminent à jouer en matière de lutte contre la délinquance en col blanc : ainsi, en plus de leurs missions historiques de surveillance et de contrôle dans le cadre du RCS, les greffiers se sont récemment vu confier la gestion du fichier

---

<sup>1</sup> L. 131-27 Code pénal.

<sup>2</sup> L. 131-26 2° Code pénal.

<sup>3</sup> L. 131-38 Code pénal : quintuple de l'amende encourue par la personne physique.

<sup>4</sup> L. 131-39, 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 9° Code pénal.

<sup>5</sup> *Decreto legislativo* du 25 mai 2017, article 40.

national des interdits de gérer (FNIG<sup>1</sup>). Le dernier congrès du CNGTC, tenu au Havre du 11 au 12 octobre 2018, avait d'ailleurs pour thème « les nouveaux enjeux de la police économique ».

#### A. Contrôle juridique du greffier sur le DIBE

Les modalités du contrôle par le greffier des DIBE sont définies par la loi à l'article L.561-47 du CMF, ce qui ne fait que souligner l'importance que le législateur a entendu conférer à ce contrôle.

Ainsi, le greffier procède à la fois à un contrôle de forme et de fond : il vérifie que les informations obligatoires sont complètes et conformes aux dispositions législatives et réglementaires, que ces informations correspondent aux pièces justificatives et pièces déposées en annexe au RCS (cessions de parts, statuts, etc...) et que les informations sont compatibles, dans le cas d'une demande de modification, avec l'état du dossier (c'est-à-dire avec l'état actuel des inscriptions et dépôts dans le dossier de la personne morale concernée).

Le CNGTC conclut que « le greffier ne saurait s'abriter derrière le caractère déclaratif du document relatif au bénéficiaire effectif pour ne pas exercer le contrôle qui lui est imparti par la loi »<sup>2</sup>. En plus du dossier RCS de l'entité déclarante, le greffier étendra son contrôle aux autres personnes morales liées à elle et de son ressort lorsque cela est nécessaire (notamment en cas de détention indirecte du capital ou des droits de vote).

En outre, cette mission de contrôle implique que le greffier a compétence pour solliciter le dépôt du DIBE (et le cas échéant de relancer le mandataire social) et de le rejeter s'il est non conforme ou incomplet – étant précisé que l'erreur ou l'oubli doit être suffisamment important pour justifier le rejet.

L'ordonnance du tribunal de commerce de Bobigny a réaffirmé cette prérogative des greffiers : *« le document relatif aux bénéficiaires effectifs est déposé au greffe du tribunal de commerce pour être annexé au [RCS], de sorte que le registre des bénéficiaires effectifs n'a pas d'existence distincte du [RCS] ; qu'il en résulte que le greffier dispose des mêmes pouvoirs de contrôle du registre des bénéficiaires effectifs que ceux qui lui sont reconnus s'agissant du [RCS] [...] En conséquence, le greffier doit, de la même manière, refuser le dépôt du document relatif aux bénéficiaires effectifs au motif de l'insuffisance des informations relatives aux modalités de contrôle ».*

---

<sup>1</sup> P. BOBET, « Le rôle du greffier dans le contrôle du registre des bénéficiaires effectifs », *JDS* n°168, novembre 2018.

<sup>2</sup> Position du CNGTC, 2018.

## B. Transmission de l'information

Une fois le travail de contrôle réalisé par le greffier, ce dernier annexe le document au RBE et transmet les informations par voie électronique à l'Institut national de la propriété industrielle (INPI). Cette transmission est encadrée par l'arrêté du 18 septembre 2017.

L'article L. 561-46 du CMF confie par ailleurs au greffier une seconde mission : celle de communiquer le DIBE, sans autorisation de justice nécessaire, aux entités habilitées à le consulter. Ces personnes sont :

- sur demande par simple courrier au greffe : la société ou l'entité l'ayant déposé.
- sur simple réquisition, les personnes mentionnées à l'article R. 561-57 1° à 4° du CMF : magistrats de l'ordre judiciaire, TRACFIN, les douanes, la direction générale des finances publiques, les personnes visées aux articles L. 561-36 et R. 561-57 5° à 18° du CMF (liste très longue incluant l'ACPR, l'AMF, le conseil de l'ordre des barreaux, la chambre des notaires, les huissiers de justice inspecteurs, le Conseil des mandataires et administrateur...)
- sur demande de communication précisant que la personne dont le DIBE est demandé fait l'objet d'une mesure de vigilance, assortie d'une déclaration<sup>1</sup> : les personnes assujetties à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme mentionnées à l'article L. 561-2 du CMF.

Enfin, toute autre personne justifiant d'un intérêt légitime et autorisée par le juge commis à la surveillance du RCS auprès duquel est immatriculée la société ou l'entité juridique peut demander communication du DIBE au greffe.

## C. La gestion des DIBE : aubaine ou fardeau pour les greffiers ?

Certains commentateurs ont pu affirmer que la réforme avait été accueillie « avec un enthousiasme certain »<sup>2</sup> par les greffes. Il est vrai que le dernier arrêté en la matière<sup>3</sup> fixe le tarif de dépôt d'un DIBE à 54,42€ TTC (dont une taxe perçue pour le compte de l'INPI) pour les entités immatriculées avant le 1<sup>er</sup> août 2017, et 23,62€ pour les sociétés immatriculées à compter de cette date, le DIBE modificatif étant fixé à 46,41€. Le tout, multiplié par le nombre de personnes morales présentes sur le territoire, promettait aux greffiers des tribunaux de

---

<sup>1</sup> R. 561-58 CMF.

<sup>2</sup> A. COURET et B. DONDERO.

<sup>3</sup> Arrêté du 1<sup>er</sup> août 2017, modifié par celui du 27 février 2018.

commerce une hausse substantielle de leur chiffre d'affaires<sup>1</sup>. En plus de l'intérêt strictement financier de l'opération, cette nouvelle mission d'intérêt général confiée aux greffiers montrait une nouvelle fois leur importance dans la diffusion de l'information des entreprises et leur rôle clé dans la police économique nationale<sup>2</sup>.

Cependant, ces officiers ministériels ont constaté en pratique une croissance exponentielle de leur charge de travail liée directement à cette nouvelle responsabilité, conduisant certains greffes à embaucher des équipes entières pour traiter l'arrivée massive des DIBE et ne pas être débordé par la tâche, en particulier à l'approche de l'échéance du 1<sup>er</sup> avril 2018. L'ensemble des sociétés et autres personnes morales situées en France étant concerné par le dispositif, il faut imaginer des salles entières remplies de documents relatifs aux bénéficiaires effectifs dans les greffes les plus importants, le tout devant faire l'objet du contrôle assez lourd décrit précédemment (d'autant que le CNGTC a lui-même étendu le contrôle par rapport à ce qui est exigé par le CMF), sous peine pour le greffier d'engager sa responsabilité<sup>3</sup>. Malgré une numérisation systématique des actes des sociétés depuis de nombreuses années, les greffiers et leurs collaborateurs ont été amenés à rechercher et consulter, pour une part non négligeable, les archives papiers pour les statuts et actes les plus anciens.

Une bonne nouvelle, la mise en place du RBE l'est sans doute pour les greffiers des tribunaux de commerce. Néanmoins ces professionnels devront attendre la fin du traitement de l'ensemble du stock des entités déjà constituées au moment de l'entrée en vigueur du dispositif et du travail de relance engagé auprès des sociétés qui n'ont pas régularisé leur situation pour en prendre véritablement la mesure : au début de l'année 2019, le CNGTC estimait que seulement 50% des sociétés avaient procédé au dépôt. Pour les DIBE modificatifs et les sociétés et entités nouvellement créées, le dépôt ne constituera qu'une formalité supplémentaire d'inscription au RCS, relativement facile à gérer.

---

<sup>1</sup> P.-L PÉRIN, *op.cit.*

<sup>2</sup> E. PHILIPPE (Premier ministre), S. JONVAL (Présidente du CNGTC) et P. GOURLAOUEN, discours au 130<sup>ème</sup> Congrès du CNGTC, le Havre, 2018.

<sup>3</sup> Selon les témoignages recueillis auprès des greffes de Paris et de Vesoul (70).

## **CHAPITRE 2 : Les effets des nouvelles obligations en matière de bénéficiaires effectifs**

Le premier chapitre a révélé que les dispositions de la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment du 20 mai 2015 et de ses différentes transpositions en droit français soulevaient encore de nombreux questionnements s'agissant du contenu des nouvelles obligations relatives au bénéficiaire effectif, notamment en ce qui concerne son identification.

Mais ce premier constat s'accompagne d'importantes interrogations sur la mise en œuvre du dispositif. En effet, l'analyse de l'environnement normatif et des insuffisances des textes nationaux met en cause leur aptitude même à atteindre les objectifs LCB/FT posés par la directive. De plus, les contraintes liées à l'identification, la conservation des informations sur les bénéficiaires effectifs et leur déclaration ont fait l'objet de critiques par la doctrine et les professionnels, certains y voyant une pure contrainte administrative susceptible de porter atteinte aux principes de base du droit des sociétés, aux libertés des entreprises et à la vie des affaires. Nous aborderons donc successivement ces deux aspects critiques.

### **Section 1 : L'efficacité du dispositif dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme**

L'esprit de l'ensemble des normes européennes et nationales relatives à l'identification des bénéficiaires tend vers un seul objectif, qui découle des recommandations du GAFI : lutter contre le blanchissement de capitaux et le financement du terrorisme en empêchant l'utilisation illicite de montages juridiques par les auteurs de ces délits<sup>1</sup>. La mise en place du RBE, impulsée par la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment, était censée aller encore plus loin vers cet objectif de transparence.

On peut toutefois douter du fait que le droit positif français en la matière, issu de la transposition de la directive du 20 mai 2015 et qui présente un certain nombre de lacunes, permette un véritable renforcement de l'efficacité de la lutte contre ce type de délinquance. Ses insuffisances substantielles, qui s'accompagnent de complications liées à sa mise en œuvre, se traduisent en partie dans les premiers résultats du nouveau dispositif, bien qu'il soit encore trop tôt pour en tirer un bilan définitif.

---

<sup>1</sup> Position-recommandation AMF n°2013-05 du 12 février 2013.

## ***§1. Les insuffisances substantielles du dispositif***

Rappelons d'abord que les nombreuses hésitations concernant l'identification des BE relevées dans le premier chapitre peuvent profiter aux personnes directement visées par le dispositif : ainsi, un délinquant financier pourra passer sous les écrans radars, par exemple au gré du choix d'une certaine méthode de calcul de la détention indirecte plutôt qu'une autre, d'une interposition de FCP ou de fiducie ou encore d'un type de contrôle non visé par l'article R. 561-1 du CMF.

### **A. Montages non pris en compte favorisant la dissimulation**

En plus de ces points incertains, certaines hypothèses ne sont tout simplement pas prises en compte par le CMF ou le CNGTC, y compris après le décret du 18 avril 2018. Ces angles morts peuvent alors être utilisés par des contrevenants habiles pour échapper à l'identification et au contrôle des greffiers.

#### *1) Situations juridiques internes*

Ces montages qui demeurent ignorés du dispositif sont d'abord de droit français : il s'agit notamment des cas de transfert temporaire de titres, de sûretés sur des parts ou actions et de promesses de vente. On remarque également que la fiducie échappe pour l'heure à l'obligation.

##### **a. Transfert temporaire de titres**

Le premier cas auquel on songe est celui du portage : en droit des sociétés, la « convention de portage » est celle par laquelle un « donneur d'ordre » remet des titres de société à un « porteur », sous la condition que ce dernier s'engage à les revendre à une époque et dans des conditions prévues au contrat à un tiers désigné dans la convention, lequel peut être le donneur d'ordre lui-même<sup>1</sup>. On peut très bien imaginer que le portage concerne plus de 25% des parts d'une société ou d'une autre entité, ou implique des parts permettant d'exercer un contrôle par tout autre moyen.

En toute rigueur, la personne à désigner comme BE dans cette situation est le porteur, le seul ayant la qualité d'associé dans cette relation. Cependant la convention de portage peut prévoir que le donneur d'ordre ou le tiers bénéficiaire sera consulté avant la tenue de l'AG, ou qu'il percevra les dividendes des parts. Comme le relèvent des auteurs, si le donneur d'ordre ou le tiers n'est pas identifié et déclaré, « l'objectif de la loi risquerait alors de ne pas être atteint »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Dictionnaire juridique de Serge Braudot : [www.dictionnaire-juridique.com](http://www.dictionnaire-juridique.com).

<sup>2</sup> A. COURET et B. DONDERO, *op. cit.*, n°262.

Par ailleurs, le prêt à usage ou de consommation<sup>1</sup> de plus de 25% des parts ou actions d'une société doit être envisagé, y compris dans les SA<sup>2</sup>. Selon la définition légale, le BE est le prêteur, qui reste propriétaire des actions, mais comme pour le portage une telle déclaration pourrait ne pas correspondre à la réalité : il faut alors s'en référer aux termes du contrat de prêt pour savoir qui exerce effectivement le droit de vote, perçoit les dividendes... contrairement à la location de droits sociaux, où les prérogatives de chaque partie sont déterminées par la loi. Le CNGTC ne s'est à ce jour pas positionné sur le sujet et le prêt constitue dès lors un autre véhicule intéressant de dissimulation.

L'article 1659 du Code civil prévoit la vente avec faculté de rachat (anciennement vente à réméré) par laquelle le cédant se réserve le droit de racheter la chose vendue dans un délai maximum de cinq ans. Une telle vente peut tout à fait porter sur des droits sociaux : « il n'y a pas de raison indiscutable pour traiter le vendeur à réméré comme BE [...] Reste que la pratique a imaginé des montages douteux au regard de cette figure juridique : ainsi de contre-lettres signées le jour de la vente par lesquelles le vendeur s'engage à racheter. Comme dans le cas de la convention de portage, il convient d'examiner le contenu de la contre-lettre »<sup>3</sup>. Une fois de plus, le CMF et les organismes professionnels sont muets sur ce point.

Enfin, la convention de prête-nom, par laquelle le propriétaire réel de plus de 25% de parts ou actions chargera une autre personne de se faire passer pour telle (en apposant son nom sur le contrat d'acquisition des titres par exemple), constitue un cas typique de dissimulation du bénéficiaire effectif, pourtant toléré en droit des sociétés<sup>4</sup>. Ici, le propriétaire juridique est clairement distinct du « *beneficial owner* ». Malheureusement, rien ne fait mention de cette situation dans les directives du CNGTC. On peut alors légitimement se demander si la désignation d'un prête-nom comme BE pourra valablement être remise en cause et faire l'objet de sanctions dans la mesure où elle répondrait strictement à la définition légale du BE : cette dernière évoque en effet la simple « détention » de plus de 25% du capital ou des droits de vote, sans préciser que cette détention doit être effective ou économique.

---

<sup>1</sup> « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi » (Art. 1875 Code civil) ; « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité » (Art. 1892 Code civil).

<sup>2</sup> Tribunal de commerce de Paris, 19 juin 2015 : affaire du prêt de consommation consenti par la SA Bouygues à l'Etat français, et portant sur 20% des actions de la société Alstom.

<sup>3</sup> A. COURET et B. DONDERO, *op. cit.*, n°266.

<sup>4</sup> Cass. com. 30 janvier 1961, Bulletin civil III, n°54 ; *JCP G* 1962.II.12527, note LE GALCHER-BARON.

## **b. Nantissement de droits sociaux**

Le nantissement de droits sociaux est « l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs »<sup>1</sup>, en l'occurrence des actions ou des parts sociales. Il y a lieu de considérer cette hypothèse dans la mesure où cette garantie peut porter sur plus de 25% des titres d'une société, ou sur des titres permettant d'exercer un pouvoir de contrôle sur l'entité. La question n'étant pas tranchée en pratique, on pourra se demander si le créancier garanti ne pourra pas être considéré comme BE avec le débiteur propriétaire en toute hypothèse, ou simplement si le gage a de fortes chances de se réaliser, ce qui transférerait la propriété des titres au créancier.

Si telle était la position retenue par les organismes de contrôle ou des décrets futurs, la question se poserait de savoir comment évaluer ce risque et quel seuil de probabilité retenir dans ce cas. Si à l'inverse le créancier nanti était formellement exclu de la qualité de BE, ce mécanisme de sûreté représenterait une autre possibilité de dissimulation, d'autant que le créancier peut exercer par le nantissement un pouvoir de contrôle sur la société.

## **c. Promesse de cession de droits sociaux**

Par une promesse de cession de droits sociaux, le propriétaire actuel s'engage à vendre ses parts ou actions de société à un bénéficiaire déterminé dans un certain délai. La promesse peut aussi être synallagmatique (le bénéficiaire s'engage à acquérir les titres) : dans cette situation, le futur acquéreur, qui a « vocation » à détenir plus de 25% du capital ou des droits de vote de la société (ce qui rejoindrait la définition de l'article R. 561-3), pourrait être considéré comme un BE. Cependant, la rare doctrine sur le sujet n'y est pas favorable<sup>2</sup>.

## **d. Le non-assujettissement des fiducies**

L'article 31 de la 4<sup>ème</sup> directive prévoit que les Etats membres devront exiger l'identification et la déclaration de leurs BE par les fiducies et les *trusts* régis par leur droit. A l'heure actuelle, l'article R. 561-3-0 du CMF ne s'applique pourtant que dans l'hypothèse où des titres d'une entité assujettie sont détenus dans le cadre d'un patrimoine d'affectation.

Contrairement à ce qui est prévu par le droit européen, le CMF n'impose donc pas à ce type d'entité (non dotée de la personnalité morale) de déclarer ses BE. Ce décalage s'explique peut-être par le souvenir du registre public des *trusts*, déclaré inconstitutionnel par les juges de la rue Montpensier en octobre 2016.

---

<sup>1</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, *op. cit.*

<sup>2</sup> A. COURET et B. DONDERO, *op.cit.*, n°270.

## 2) Notions juridiques de droit étranger

On constate ensuite l'absence de prise de position claire par le législateur, le gouvernement, les autres pouvoirs publics ou les greffiers sur un certain nombre d'hypothèses de droit international intéressant le dispositif sur les BE. Ces lacunes sont d'autant plus regrettables que les montages comprenant un ou plusieurs éléments d'extranéité constituent le cadre privilégié des opérations de blanchiment.

Peut ainsi poser problème, dans l'identification du BE, l'intervention de concepts juridiques n'existant pas en France. Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité : en voici quelques exemples qui nous paraissent pertinents :

- doit-on considérer le *nominee* actionnaire de droit anglais comme BE direct ou indirect, alors que cette personne n'est qu'un mandataire jouant en quelque sorte le rôle d'un « homme de paille » ?
- dans la mesure où le *partnership* de droit anglais et américain peut aussi bien être qualifié de contrat que de société, doit-on considérer cette entité comme une société interposée dans une chaîne de détention, comme une indivision, comme une action de concert ou éventuellement comme un groupe familial ?
- si les rôles de constituant, de bénéficiaire et d'administrateur peuvent être assimilés respectivement à ceux de *settlor*, *beneficiary* et *trustee* dans le *trust* anglo-saxon, ces notions se retrouvent-elles aussi clairement dans d'autres institutions comme la *Treuhand* allemande, la *fideicomiso* mexicaine, la fiducie suisse, la fiducie canadienne ou la fondation du Liechtenstein<sup>1</sup> ?

### B. La pertinence des critères de contrôle en question

La faiblesse du dispositif est également liée aux critères établis pour identifier le bénéficiaire effectif.

#### 1) *Le seuil de 25% de détention du capital ou des droits de vote*

C'est d'abord le chiffre de 25%, fixé par la directive pour qualifier un BE au titre de la détention directe ou indirecte du capital ou des droits de vote, qui pose question. En effet, il paraît peu probable qu'un opérateur souhaitant effectivement dissimuler des opérations de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme acquière dans une société ou une autre entité assujettie une part aussi significative du capital ou des droits de vote (quel que soit le mode de calcul). Bruno DALLES, président de TRACFIN, déclarait lors du 130<sup>ème</sup> congrès du

---

<sup>1</sup> ACPR, Lignes directrices, p.7, 1.2.5.

CNGTC : « si on cherche une efficacité opérationnelle, c'est-à-dire est-ce que ce seuil comptable de 25% correspond à des seuils criminologiques de vrais bénéficiaires effectifs qui contrôlent vraiment les entreprises, on est loin du compte »<sup>1</sup>.

Ce chiffre n'est pourtant pas une vérité absolue : au moment de la transposition de la 3<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment<sup>2</sup> introduisant la notion de BE en droit européen, Chypre avait utilisé un seuil de 10%, tandis que certains Etats membres n'avaient même pas eu recours à un seuil chiffré de détention, jugeant ce critère trop automatique et formel. Aux Etats-Unis, *le Foreign Account Tax Compliance* de 2013 qui impose aux banques de déclarer au Trésor certaines informations en vue d'un prélèvement à la source, retient également le dépassement de 10% de participation pour qualifier le « *substantial US owner* ».

Dans sa proposition de directive du 5 juillet 2016 COM/2016/450/FINAL, la Commission européenne évoquait cette facilité pour les opérateurs de contourner le dispositif et suggérait un abaissement du seuil à 10% pour les entités présentant un risque spécifique. Il semble toutefois que cette mesure n'ait pas été retenue puisqu'elle ne figure pas dans le texte définitif de la 5<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment du 30 mai 2018 « modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE »<sup>3</sup>.

## 2) Une transposition imparfaite de la directive

Ont également pu être critiqués les choix (ou les non-choix) de transposition de la directive. On ne reviendra pas ici sur les éléments de questionnements développés dans le premier chapitre, ainsi que sur le problème de la double transposition, mais une partie des auteurs regrette notamment que les modalités de calcul de la détention indirecte ne soient toujours pas précisées près de deux ans et demi après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016.

La doctrine souligne également l'interprétation restrictive par les auteurs du décret de 2018 de la notion de « dirigeant principal » apparaissant dans la directive au sujet du BE par défaut, le flou persistant sur la notion de contrôle par tout autre moyen ou encore l'absence de renvoi au III de l'article L.123-3 du Code de commerce, qui semble exclure l'hypothèse du contrôle conjoint<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> CNGTC, *Les Actes du 130<sup>ème</sup> congrès*, 2018, p. 93.

<sup>2</sup> Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005.

<sup>3</sup> Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du conseil du 30 mai 2018.

<sup>4</sup> B. ZABALA, « Le régime des bénéficiaires effectifs et les sociétés : des interrogations majeures subsistent », *op.cit.*

Le fait que les différents décrets d'application (et notamment celui du 18 avril 2018) aient parfois modifié les règles d'identification des BE, sur la définition du contrôle par un autre moyen par exemple, peut conduire par ailleurs à se demander si les entités assujetties s'étant fondées sur le droit existant avant les décrets seront tenues de déposer un nouveau DIBE en cas de changement dans la liste de leurs BE. Il paraîtrait injuste d'imposer un tel dépôt à ces personnes qui ont satisfait de bonne foi et dans les meilleurs délais à l'obligation.

Enfin, l'une des difficultés inhérentes à la création de normes par directive est la diversité des transpositions, qui peut aboutir à des incohérences. Par exemple, « au Royaume-Uni, le mode de calcul retenu utilise [...] la chaîne interrompue de contrôles successifs »<sup>1</sup>. De même, la Grande-Bretagne emploie la notion de « pouvoirs significatifs sur l'entreprise », qui n'est pas exactement identique à celle du contrôle par tout autre moyen. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, « une société française contrôlée par une société britannique et cette dernière seront donc susceptibles de ne pas identifier les mêmes bénéficiaires effectifs au sein de leur registre national respectif »<sup>2</sup>.

Un tel décalage dans la définition du BE entre les Etats membres nuit à l'efficacité du dispositif appliqué aux groupes de sociétés internationaux. Peut-être eût-il été plus judicieux de recourir à un règlement pour garantir une meilleure harmonisation à l'échelle européenne.

## ***§2. Les difficultés relatives à la mise en œuvre du dispositif***

Parallèlement à ces problèmes de fond, la bonne application du dispositif est également susceptible de se heurter à des difficultés au moment de sa mise en œuvre. En effet, le dispositif ne paraît pas doté d'un système de contrôle et de sanction suffisant pour mettre en place un RBE pleinement efficace. De plus, des questions se posent quant à l'exploitation et l'utilité des informations recueillies dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent.

### **A. Un manque de garanties concernant la mise en place du registre des bénéficiaires effectifs**

#### ***1) Un contrôle restreint des DIBE par les greffiers***

Le dispositif reposant sur un système déclaratif, les greffiers des tribunaux de commerce se voient doter par l'article L. 561-47 du CMF d'un certain nombre de prérogatives s'agissant du contrôle et du rejet des éventuels DIBE incorrects, et ce afin de s'assurer du sérieux des informations portées au RBE<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> B. ZABALA et A. ROHMERT, *op. cit.*, n°31.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Voir *supra*, p. 81.

Cependant, les vérifications du greffier s'arrêtent dès lors qu'une éventuelle personne interposée n'est pas du ressort de son RCS (entité immatriculée dans un autre département ou dans un pays étranger), mais aussi pour des raisons liées à la forme juridique de l'entité déclarante ou interposée (ainsi, les statuts des sociétés de capitaux n'identifient pas leurs actionnaires). Dans ces cas, le greffier s'en remettra à la bonne foi du déclarant. On voit donc que ce contrôle sera très limité pour les montages complexes internationaux, alors même que ce sont ces situations qui présentent le plus de risques de blanchiment ou de fraude.

Limité quant au critère de la détention directe ou indirecte, le contrôle est même inexistant pour la plupart des hypothèses de contrôle « par tout autre moyen ». Ainsi, l'indication d'un groupe familial, d'une action de concert ou d'un pacte d'actionnaires est purement déclarative : dans le cadre de ses vérifications, le greffier n'a ni à en présumer l'existence ni à demander de justificatifs sur ces modalités de contrôle de l'entité assujettie<sup>1</sup>.

C'est dire que le système est bien faible pour les délinquants visés par le dispositif et qui souhaitent effectivement le contourner. Bien entendu, l'omission de certains BE pourra ensuite être détectée par d'autres organes de contrôle comme TRACFIN et punie par la justice, ce qui incite à se soumettre à l'obligation en toute bonne foi. Mais si l'on considère l'objectif initial du RBE, qui est précisément d'aider ces organes administratifs et judiciaires à identifier les véritables BE dans le cadre LCB/FT en leur fournissant des informations fiables, le serpent se mord la queue et le registre est voué à l'échec si les greffiers, ou d'autres organes de vérification des DIBE institués à cet effet, ne se voient pas dotés de moyens de contrôle plus étendus.

## *2) Des incertitudes sur les sanctions pénales*

Par la répression pénale de l'absence de dépôt ou de DIBE incorrect ou incomplet, le législateur a entendu mettre l'accent sur ses nouvelles priorités dans la lutte contre le blanchiment d'argent et donner une force particulière aux obligations issues de la 4<sup>ème</sup> directive en matière de BE. L'article L. 561-49 du CMF, sans équivalent dans ce domaine, a fait couler beaucoup d'encre et l'on peut croire *a priori* que la mise en place de telles sanctions (6 mois d'emprisonnement et 7500€ d'amende pour les personnes physiques, 37 500€ pour les personnes morales) garantira le respect scrupuleux du dispositif par les entités assujetties. Toutefois, l'efficacité des sanctions pénales prévues par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 peut être remise en cause pour deux raisons.

D'abord, l'amende maximale encourue par les personnes morales est insuffisante pour être véritablement coercitive par rapport à de grandes sociétés, pour lesquelles il sera largement plus intéressant de prendre le risque de payer 37 500€ que de faire toute la lumière sur les bénéficiaires ultimes de leurs éventuelles opérations douteuses. Certes, la peine

---

<sup>1</sup> Position du CNGTC, 2018.

d'emprisonnement prévue pour les personnes physiques semble efficace : outre l'épreuve morale de l'incarcération, la prison ferme peut ruiner la réputation d'un dirigeant dans le monde des affaires. Encore faudrait-il que de telles peines soient vraiment appliquées pour remplir pleinement leur rôle, ce qui n'est pas toujours assuré en particulier dans le domaine de la criminalité en col blanc<sup>1</sup>. De plus, comme le souligne justement un avocat, si un chef d'entreprise fait effectivement partie d'un réseau criminel, « on peut douter que la menace des six mois d'emprisonnement le convainque d'aller sagement révéler au greffe l'identité et l'adresse exactes de son donneur d'ordre ultime »<sup>2</sup>.

La seconde fragilité du dispositif a trait au principe de légalité des délits et des peines *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, consacré à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Ainsi, le champ d'application et les événements susceptibles de déclencher une sanction pénale doivent être définis très précisément, sans quoi la peine ne pourra s'appliquer.

En l'espèce, on constate que le dispositif ne se caractérise pas par sa rigueur : s'agissant des éléments constitutifs du délit, les nombreuses incertitudes évoquées au sujet de l'identification des BE laissent penser qu'ils ne sont pas circonscrits de manière suffisamment précise pour justifier une condamnation. De plus, l'article L. 561-49 du CMF contient une imprécision majeure quant à la « personne morale » qui encourt la sanction de ne pas déposer<sup>3</sup> : s'agit-il de la personne morale représentant légal de l'entité assujettie, de l'entité (non-) déclarante elle-même, des deux ? Si les auteurs estiment que la sanction doit être comprise comme concernant d'une part les entités concernées (personnes morales) et d'autre part, les dirigeants (personnes physiques comme personnes morales)<sup>4</sup>, le doute n'est pas permis en matière pénale et la loi doit se montrer plus explicite.

Si l'article L. 561-49 du CMF venait à tomber pour inconstitutionnalité, plus rien ne pourrait alors contraindre les sociétés et autres personnes assujetties à déclarer leurs bénéficiaires au RBE. Une telle issue n'est pas à exclure, au regard de la jurisprudence du juge constitutionnel<sup>5</sup>, si une Question Prioritaire de Constitutionnalité venait à lui être posée par un non-déposant récalcitrant au gré d'une procédure devant le tribunal correctionnel.

---

<sup>1</sup> Selon le casier judiciaire national, pour l'année 2016, le taux de condamnation à la prison ferme pour manquements à la probité (favoritisme, corruption, prise illégale d'intérêts...) est de 22%, 21% pour la fraude fiscale, 3,5% pour l'abus de biens sociaux (contre 32% en moyenne pour l'ensemble du contentieux).

<sup>2</sup> D. BOMPOINT, « Le "bénéficiaire effectif" ? C'est le fisc ! », *Les Echos*, 18 décembre 2016.

<sup>3</sup> R. MORTIER et D. BRAC DE LA PERRIÈRE, *op.cit* - n°3, note 5.

<sup>4</sup> R. MORTIER et S. BOL, *op. cit*, n°17.

<sup>5</sup> Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 10 : « *Que l'article 34 de la Constitution dispose : " La loi fixe les règles concernant... la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables..." ; qu'il résulte de ces dispositions que le législateur est tenu de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ».*

## B. L'utilité du dispositif par rapport aux règles concurrentes en matière de vigilance LCB/FT

La mise en place du RBE trouvera-t-elle sa place et sa véritable utilité parmi les dispositifs préexistants de lutte anti-blanchiment ?

On pense d'abord aux dispositions du CMF issues de l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009, qui imposent à tous les professionnels visés à l'article L. 561-2 du CMF (en particulier les banques, assurances, intermédiaires financiers, avocats, notaires, experts-comptables) d'identifier les bénéficiaires effectifs de leurs clients<sup>1</sup>, de conserver les informations relatives à leurs relations d'affaires et de signaler à TRACFIN toute opération de leurs clients laissant soupçonner un risque de blanchiment d'argent ou de fraude fiscale<sup>2</sup>.

Depuis sa mise en place, ce système a fait preuve d'une grande efficacité, en partie grâce aux précisions apportées au dispositif par les lignes directrices de l'ACPR et de l'AMF<sup>3</sup> ainsi que par les procédures de contrôle interne et externe qui pèsent sur les organismes financiers assujettis. Ces derniers sont en effet tenus de mettre en place en interne des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment et de financement du terrorisme et la diffusion de procédures et d'informations régulières à l'ensemble des membres de leurs personnels concernés<sup>4</sup>. Ils sont par ailleurs soumis, selon les cas, à un contrôle strict du respect de leurs obligations par l'ACPR, l'AMF ou les ordres professionnels.

Dans la mesure où la vaste majorité des entités assujetties ne dispose pas des mêmes moyens que les professionnels de L.561-2 et ne sont pas soumis à de tels contrôles, on voit mal comment les obligations issues de la 4<sup>ème</sup> directive pourraient faire mieux dans le domaine LCB/FT. L'intérêt principal du RBE est de répertorier les BE de l'ensemble des personnes morales situées sur le territoire, mais les entités présentant un véritable risque de blanchiment ne sont-elles pas précisément celles qui recourent aux services des organismes financiers ?

On constate par ailleurs que le RCS tel qu'il existait avant l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016, et déjà accessible aux autorités de contrôle, aux personnes assujetties aux obligations LCB-FT et à toute personne intéressée, contenait la plupart des informations (et plus) mentionnées dans les DIBE. Enfin, des dispositifs efficaces d'identification des BE existent depuis

---

<sup>1</sup> L. 561-5 et s. CMF.

<sup>2</sup> L. 561-15 et s. CMF.

<sup>3</sup> ACP, Lignes directrices sur les bénéficiaires effectifs, septembre 2011 ; AMF, Position-recommandation n°2013-05 : « Lignes directrices relatives à la notion de bénéficiaire effectif en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ».

<sup>4</sup> *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018, n°361 et 362.

plusieurs années dans d'autres domaines du droit, notamment en matière fiscale (interne<sup>1</sup> et internationale<sup>2</sup>) et pénale.

Ces nouvelles règles venant s'ajouter à un système LCB/FT déjà performant posent donc de vraies questions aux commentateurs. Certains vont même jusqu'à émettre l'hypothèse que, sous couvert de lutte contre le terrorisme, le RBE n'est en fait qu'un outil supplémentaire à la disposition de l'administration fiscale pour détecter les fraudeurs. L'un d'entre eux fait d'ailleurs valoir au soutien de son propos que l'analyse des études du GAFI montre qu'aucune des attaques terroristes subies par l'Europe au XXI<sup>e</sup> siècle n'a été rendue possible par des écheveaux de sociétés écrans immatriculées sur le territoire des Etats membres<sup>3</sup>.

Sans tomber dans le complotisme, il est effectivement permis de s'interroger sur l'utilité réelle du dispositif. Il est vrai qu'aucune affaire de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme n'a encore été résolue en faisant intervenir le RBE. Cependant il faut garder à l'esprit, avant d'en tirer des conclusions hâtives, que l'obligation est récente (les greffes étant actuellement au stade des relances des petites sociétés ignorant encore l'obligation) et que les communications de DIBE par les greffes à TRACFIN sont confidentielles.

## **Section 2 : Une contrainte inédite pour les entités assujetties**

Quelles que soient son efficacité et son utilité réelles, la mise en place du RBE représente assurément pour les personnes assujetties une lourde charge et un véritable « casse-tête » pouvant avoir des conséquences financières importantes. Bien que réel, cet impact des nouvelles obligations en matière de bénéficiaires effectifs sur les entités qui y sont soumises serait finalement minime si on ne constatait pas en plus que le dispositif peut porter directement atteinte aux intérêts juridiques des entreprises, ainsi que restreindre les libertés de leurs membres.

On pourra donc craindre que le nouveau régime des bénéficiaires effectifs ne constitue un frein aux affaires et ne résulte en une perte d'attractivité du droit français et plus largement européen, déjà perçus comme trop contraignants pour les entreprises.

### ***§1. L'importance des moyens nécessaires à la mise en conformité***

Pour des raisons liées à l'anonymat des sociétés, à la perte de documents sociaux (statuts constitutifs ou modificatifs, actes de cession de parts...), à la difficulté d'accès aux locaux

---

<sup>1</sup> Art 182 B Bis Code Général des Impôts.

<sup>2</sup> A. MADEC, « La clause de bénéficiaire effectif à la lumière de la révision 2014 des conventions OCDE ».

<sup>3</sup> D. BOMPOINT, *op. cit.*

ou aux serveurs d'une entreprise, ou pour des complications liées à la présence de sociétés étrangères dans un groupe (documents en langue étrangère, titres au porteur dans des pays sans dématérialisation, fiabilité des pièces...), la recherche des BE peut devenir un véritable parcours du combattant pour les personnes en charge de la déclaration.

Si l'identification des BE est présentée officiellement comme une obligation de moyens, il y a fort à parier que les juges, à l'occasion de litiges futurs, soumettent les sociétés dotées de ressources importantes à une obligation de moyens renforcée, avec une barre potentiellement très haute, proche de l'obligation de résultat.

Or, ni le CMF ni le CNGTC ne fournissent d'indications sur la façon concrète de procéder à ces recherches quand l'identification du BE s'annonce très complexe. De plus, la loi ne donne pas les moyens aux dirigeants d'obtenir les informations : elle pourrait pourtant obliger les bénéficiaires effectifs à se déclarer comme tels auprès de la société quand ils ont connaissance de leur qualité<sup>1</sup>, ce qui serait simple à mettre en œuvre et faciliterait grandement les recherches du représentant dans beaucoup d'hypothèses. Aucun moyen de vérifier les données obtenues ne leur est non plus fourni, comme l'accès aux fichiers d'état civil ou au fichier des documents d'identité. Dès lors la vérification des pièces qui leurs sont soumises concernant les personnes physiques ne peut porter que sur leur apparente authenticité.

Face à ces difficultés, comment l'entité assujettie va-t-elle se mettre en conformité avec les dispositions du CMF ? Le représentant légal n'aura bien souvent ni le temps ni les moyens pour s'atteler à la tâche. Concrètement, il s'agira de mener une « enquête » en interne, et éventuellement auprès des autres entités du groupe : recenser les actionnaires et les clients, interroger les holdings, les sœurs et les filiales, aller dans leurs locaux, examiner toutes sortes d'actes (statuts, cessions de parts, contrats avec les fournisseurs...) feront partie intégrante du processus de détermination des BE. Bien souvent en effet, la consultation des registres officiels ne suffira pas à établir les bénéficiaires ultimes : pour les trusts et les constructions juridiques assimilées par exemple, nombreux sont encore les Etats où aucune publication du contrôle de la structure n'est requise, y compris en Europe et même au sein de l'UE. Il en est ainsi à Chypre, en Irlande, au Liechtenstein ou encore au Royaume-Uni. De même, certains pays sont à ce jour dépourvus de RCS ou de base de données équivalente et il va sans dire que les registres centraux des bénéficiaires effectifs ne se sont pas généralisés à travers le monde (même si on constate l'établissement de tels registres dans des pays comme la Russie ou les territoires ultra-marins britanniques comme les Bermudes, Gibraltar et les îles Caïmans d'ici 2020).

La recherche des BE va donc nécessiter de mettre en place en interne, au sein de la déclarante, des équipes spécialement en charge de cette mission, ou de confier la tâche au

---

<sup>1</sup> D. BOMPOINT, *op.cit.*

service de *compliance*<sup>1</sup> déjà en place. Dans tous les cas, la personne morale devra organiser la formation de ces personnes, ce qui pourra représenter pour elle des dépenses importantes.

D'autres situations justifieront le recours à des intervenants externes : experts en *compliance*, avocats ou professeurs de droit étrangers, banquiers, traducteurs, informaticiens pour l'archivage et la sécurité des recherches... là encore, ces solutions auront un coût pour la déclarante, avec des frais ou honoraires parfois très élevés<sup>2</sup>.

Une fois que les informations relatives aux BE seront obtenues, le travail ne sera pas terminé car les entités assujetties doivent veiller à mettre à jour le RBE à chaque modification significative de l'identité, des éléments d'identification et des modalités de contrôle des BE. L'article L. 561-46 alinéa 1<sup>er</sup> du CMF dispose que les entités assujetties « *sont tenues d'obtenir et de conserver des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs* ». Dès lors, dans les grandes sociétés dépendant de montages complexes, la recherche des BE devra être relancée régulièrement pour s'assurer du respect des obligations.

De plus, la conservation des informations collectées, également imposée par L. 561-46, implique des coûts supplémentaires : en effet la déclarante doit être en mesure de présenter à tout moment aux organes de contrôle les informations obtenues sur les bénéficiaires effectifs, tout en garantissant la sécurité et la confidentialité de ces données. Il faudra alors mettre en place des systèmes de sécurité informatique adéquats.

## ***§2. Les atteintes aux droits des personnes physiques et morales***

Au-delà de la charge de travail et du coût représenté par la recherche des bénéficiaires effectifs, l'instauration du RBE touche à des principes juridiques plus profonds. Il est ainsi porté atteinte à la fois aux droits des entités assujetties, par l'altération de l'anonymat et du secret des affaires notamment, et aux libertés fondamentales des personnes qui seront inscrites au registre en tant que BE.

### **A. La remise en cause de principes fondamentaux du droit des sociétés**

Si les effets du nouveau dispositif ici étudié sont moindres en la matière, il est bon de noter que l'ordonnance du 30 janvier 2009, qui impose aux organismes financiers et autres professionnels assujettis d'identifier les BE de leurs clients, de recueillir et conserver des informations importantes à leur sujet et de dénoncer d'éventuels comportements douteux, avait porté à son entrée en vigueur un coup sérieux au secret des affaires. La relation entre les clients

---

<sup>1</sup> Selon la définition du Cercle de la *compliance*, la *compliance* est « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables ».

<sup>2</sup> Voir G. DRACOURT (Altares), « Webinar recherche bénéficiaires effectifs ».

et ce type de professionnels est essentiellement bâtie sur un rapport de confiance, et une telle obligation pouvait légitimement être perçue comme une forme d'incitation à la « trahison » de cette confiance que les clients portaient à leurs conseils.

Du côté des assujettis, et même si l'information était en principe réservée aux autorités judiciaires, administratives et de contrôle, le dispositif conduisait à révéler l'ensemble du fichier client, ce qui pouvait être déroutant dans certaines opérations nécessitant une certaine confidentialité, au moins temporaire.

Mais c'est un autre principe essentiel du droit des sociétés, l'anonymat, qui est affaibli de façon plus évidente par la 4<sup>ème</sup> directive européenne et sa transposition. En droit français, les SA, les SCA et les SAS se classent dans les catégories de sociétés par actions, de sociétés de capitaux et de sociétés anonymes. Ce dernier qualificatif consiste en « l'absence totale d'obligation de communiquer au public le fait que l'on détient des actions dans telle ou telle société ; le nom de l'actionnaire n'a pas à figurer dans les statuts rendus publics de la société. En somme, l'actionnaire est traditionnellement traité comme l'est le détenteur d'argent liquide » : historiquement, les actionnaires possédaient d'ailleurs des titres papiers dits « au porteur » qui circulaient de la main à la main<sup>1</sup>.

Par son objectif même, qui est de répertorier les personnes physiques dissimulées derrière les sociétés, le RBE semble donc annoncer la prochaine disparition de la société anonyme<sup>2</sup>. Sans vouloir nécessairement cacher des informations, les sociétés pouvaient pourtant avoir intérêt à ne pas divulguer certains liens capitalistiques ou structures de détention et l'on pourra regretter que la loi tende de plus en plus à créer une sorte de présomption de mauvaise foi dès lors que les personnes cherchent simplement la discrétion.

Cette régression de l'anonymat, désormais consacrée, s'inscrit dans un mouvement amorcé au début des années 1980 avec la dématérialisation des titres au porteur et renforcé par les diverses obligations à la charge des sociétés cotées en matière de franchissements de seuils. La mort de l'anonymat était donc annoncée, sacrifiée peu à peu sur l'autel de la modernité puis sur celui, encore plus noble, de la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme<sup>3</sup>. Si le seuil de 25% de détention pour qualifier les BE semble pour l'heure se maintenir<sup>4</sup>, un abaissement de ce palier pour englober encore plus d'actionnaires, voire une suppression totale du seuil, ne sont pas à exclure définitivement.

Toutefois, certains auteurs se refusent à voir dans le registre des BE la fin de l'anonymat. A une autre conférence tenue lors du colloque sur les nouvelles contraintes des

---

<sup>1</sup> R. MORTIER, « Requiem pour l'anonymat », *Recueil Dalloz* 2018, p. 1977.

<sup>2</sup> J. MESTRE, A.-S. MESTRE-CHAMI et D. VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, édition 2018, n°50.

<sup>3</sup> R. MORTIER, « Requiem pour l'anonymat », *op. cit.*

<sup>4</sup> Voir *supra*, p. 89-90.

sociétés précédemment évoqué, il a effectivement été affirmé que l'obligation d'identification ne remettait pas véritablement en cause le caractère déjà relatif de l'anonymat ni la signification originelle des sociétés anonymes : « l'adjectif anonyme ne visait donc pas à préserver l'identité des actionnaires de ces sociétés mais à souligner l'idée qu'aucune personne ne prendrait *in fine* la responsabilité éventuelle du passif de la société [...] Dès l'origine et encore aujourd'hui, ce caractère d'anonymat exprime donc une idée différente de l'objectif de transparence de la nouvelle loi sur le régime des bénéficiaires effectifs. Il ne s'agit pas de dissimuler en soi le nom des actionnaires mais simplement d'indiquer que la connaissance par les tiers n'a aucune importance. »<sup>1</sup>

## B. L'atteinte à la vie privée des personnes physiques

Enfin, le RBE risque de restreindre le droit à la vie privée des personnes physiques inscrites sur le registre dans la mesure où des données personnelles y seront portées, c'est-à-dire des éléments permettant d'identifier directement ou indirectement une personne physique.

La protection croissante de ces données à caractère personnel, amorcée très tôt en France avec la loi « Informatique et Libertés » de 1978<sup>2</sup> et consacrée en droit de l'Union européenne par le récent Règlement Général de Protection des Données (RGPD)<sup>3</sup>, semble en effet entrer en contradiction avec les objectifs de transparence de la 4<sup>ème</sup> directive. Le risque d'atteinte est d'ailleurs d'autant plus inquiétant que la 5<sup>ème</sup> directive européenne anti-blanchiment du 30 mai 2018 impose désormais aux Etats membres de veiller à ce que les informations sur les BE « *soient accessibles [...] à tout membre du grand public* »<sup>4</sup>. Plus loin, la directive définit les informations qu'elle entend rendre publiques : il s'agira « *au moins* » du nom, du mois et de l'année de naissance, du pays de résidence et de la nationalité du bénéficiaire effectif, ainsi que de la nature et de l'étendue des intérêts effectifs détenus, mais les Etats pourront s'ils le souhaitent donner accès à certaines informations supplémentaires. Ces indications devront être mises en œuvre dans les Etats membres le 20 janvier 2020 au plus tard.

Certes, la directive énonce en son considérant 28 que « *quand ils fixent le niveau de transparence des informations sur les bénéficiaires effectifs de ces fiducies/trusts ou constructions juridiques similaires, les États membres devraient dûment tenir compte de la protection des droits fondamentaux des personnes, notamment du droit à la vie privée et du droit à la protection des données à caractère personnel* ». Cependant, cela a tout d'un vœu pieu et l'on se demande

---

<sup>1</sup> T. LASSERRE, « Le bénéficiaire effectif, élément perturbateur du droit des sociétés ? » in *Les nouvelles contraintes des sociétés*, *op. cit.*

<sup>2</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>3</sup> 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, et abrogeant la directive 95/46/CE.

<sup>4</sup> Article 30, 5, c) nouveau.

comment l'accès aux données sur les BE par le grand public pourra être conciliée en pratique avec la vie privée de ces derniers.

Même si les modalités de transposition la 5<sup>ème</sup> directive ne sont pas encore connues, « on frémit évidemment à l'idée qu'un pays - pourquoi pas la France ? - puisse choisir de laisser le grand public accéder à l'adresse du domicile personnel du bénéficiaire effectif. Le préjudice qui pourrait en résulter pour le bénéficiaire effectif, et, tout spécialement l'atteinte à sa vie privée, pourrait être considérable »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> R. MORTIER, « Requiem pour l'anonymat », *op. cit.*

## CONCLUSION

Nous avons donc, tout au long de ce mémoire, tenté de déterminer si les dispositions issues de la directive du 20 mai 2015 relatives aux bénéficiaires effectifs constituaient un mécanisme précis et performant dans la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Il résulte de cette réflexion que même si les nouvelles obligations vont « dans le bon sens » (selon les termes de Bruno DALLES, directeur de TRACFIN, au Congrès des greffiers des tribunaux de commerce tenu en 2018), les défauts de la directive elle-même et de sa transposition française les empêchent de jouer pleinement leur rôle. Ainsi, un double reproche peut être fait au dispositif mis en place : d'une part, le caractère excessivement lourd et intrusif des obligations (accentué par la 5<sup>ème</sup> directive de mars 2018 prête à être transposée) pouvant freiner l'activité économique et porter atteinte à l'attractivité du droit français et européen. D'autre part, des imprécisions et des lacunes persistantes et notoires sur le champ d'application des normes, la notion de bénéficiaire effectif même et l'obligation de déclaration au registre, que les efforts des autorités de contrôle et organisations professionnelles ne suffisent pas à pallier. Ces fragilités nuisent à l'efficacité de la réglementation et interrogent sur son utilité par rapport aux normes préexistantes.

Les règles d'identification du bénéficiaire effectif suite à la 4<sup>ème</sup> directive anti-blanchiment sont donc nettement perfectibles. Il revient alors aux institutions européennes et aux pouvoirs publics nationaux d'assumer leurs responsabilités en réfléchissant à une réforme ambitieuse du système LCB/FT, qui passe indiscutablement par la clarification de la définition des bénéficiaires effectifs et un meilleur ciblage des personnes qui sont véritablement délinquantes.

**DOCUMENT RELATIF AU BENEFICIAIRE EFFECTIF D'UNE SOCIETE**

(L. 561-46, R. 561-55 et suivants du code monétaire et financier)

**I. INFORMATIONS RELATIVES A LA SOCIETE DECLARANTE**

Dénomination sociale :

N° unique d'identification (SIREN) :

Immatriculation au RCS du greffe de :

Forme juridique :

Adresse du siège social :

Code postal

Commune

Pays

**II. INFORMATIONS SUR LE BENEFICIAIRE EFFECTIF DE LA SOCIETE****1) Informations sur l'identité du bénéficiaire effectif :**

Civilité :

Madame Monsieur 

Nom de naissance :

Nom d'usage :

Pseudonyme :

Prénom principal :

Autres prénoms :

Né(e) le : à :

Département / Pays :

Nationalité :

Adresse du domicile :

Code postal

Commune

Pays

**2) Informations sur les modalités du contrôle exercé par le bénéficiaire effectif sur la société (R. 561-1 du code monétaire et financier) :** a) Détention : directe et/ou  indirecte\* de plus de 25% du capital. Précisez le pourcentage total : % directe et/ou  indirecte\* de plus de 25% des droits de vote. Précisez le pourcentage total : %

\* En cas de démembrement de propriété ou de détention indirecte, précisez les modalités (les personnes agissant en qualité d'usufruitier ou de nu-propriétaire, chaîne(s) de personnes morales, indivision...) sur le feuillet DBE-S-bis (au III 1) à joindre au présent document.

 b) Exercice, par tout autre moyen {autre que le a)}, d'un pouvoir de contrôle par le bénéficiaire effectif sur la société déclarante au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce (soit en déterminant en fait, par les droits de vote dont il dispose, les décisions dans les A.G. / soit en disposant, en étant associé ou actionnaire, du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance) \*\*

\*\* Précisez les modalités de ce contrôle (pacte d'associés, groupe familial...) sur le feuillet DBE-S-bis (au III 2) à joindre au présent document.

Ou, à défaut {uniquement si aucune personne physique ne remplit les conditions des cas a) et b)} :

 c) Représentant légal <sup>1</sup>**3) Date à laquelle la personne est devenue bénéficiaire effectif de la société :** **III. AUTRES INFORMATIONS** Il n'existe pas de bénéficiaire effectif autre que celui mentionné dans ce document.

Ou

 Il est joint à ce document (nombre) document(s) annexe(s), (DBE-S-2), soit autant de documents annexes (DBE-S-2) que de bénéficiaires effectifs supplémentaires, dont le contenu est approuvé par ma signature ci-après.**ATTENTION** : Le fait de ne pas déposer au greffe ou de déposer, de manière inexacte ou incomplète le document relatif au bénéficiaire effectif constitue un délit pénal (article L. 561-49 du code monétaire et financier).

Fait à

, le

Nom, prénom du représentant légal :

Signature :

<sup>1</sup> Aucun des moyens définis aux a) ou b) du 2) n'a permis d'identifier un bénéficiaire effectif. En conséquence, le ou les bénéficiaires effectifs sont la ou les personnes physiques qui occupent directement ou indirectement (par l'intermédiaire d'une personne morale) la position de représentant légal de la société déclarante.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages

Bastien BRIGNON et Isabelle GROSSI, *Les nouvelles contraintes des sociétés*, JOLY éditions, 2018.

Alain COURET et Bruno DONDERO, *Le bénéficiaire effectif*, JOLY éditions, 2018.

Chantal CUTAJAR, *Blanchiment d'argent : Prévention et répression*, Editions Francis Lefebvre, 2018.

CNGTC, *Les Actes du 130<sup>ème</sup> congrès*, 2018.

### Revues

Luc ATHLAN et Karla AMAN, « Exemples pratiques sur l'identification et déclaration du/des bénéficiaire(s) effectif(s) », *Journal des sociétés* n°168, novembre 2018.

Philippe BOBET, « Le rôle du greffier dans le contrôle du registre des bénéficiaires effectifs », *JDS* n°168, novembre 2018.

Dominique BOMPOINT, « Le "bénéficiaire effectif" ? C'est le fisc ! », *Les Echos*, 18 décembre 2016

Bruno DONDERO, « Bénéficiaires effectifs : le décret n°2018-284 du 18 avril 2018 », *Journal des sociétés*, n°168.

Pierre LAMIDON et Jean-Denis LE MOIGNE, « Les nouvelles obligations relatives aux bénéficiaires effectifs : conseils pratiques », *Revue Lamy de Droit des affaires*, n°135, 1<sup>er</sup> mars 2018.

Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Revue des sociétés* Dalloz, 2018 p.7, n°8 et « Nouveau décret du 18 avril 2018 à propos de l'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », *Revue des sociétés*, 2018 p. 423.

Arnaud LECOURT, « Information sur les bénéficiaires effectifs des sociétés immatriculées », *RTD com.* 2017, p. 377.

Benoît LECOURT, « Nouvelle obligation d'information des sociétés : mise en place du registre des bénéficiaires effectifs des personnes morales », *Revue des sociétés*, Dalloz, 2017 p. 667.

Hervé LE NABASQUE, « Retour sur la notion de "bénéficiaires effectifs" », *BJS* janvier 2018, p. 8.

Pierre-Louis PÉRIN, « Premier retour judiciaire sur le contenu de la déclaration du bénéficiaire effectif : faut-il déclarer les holdings intermédiaires ? », *JDS* n°168, novembre 2018.

Jonathan QUIROGA - GALDO, « Le registre des bénéficiaires effectifs : de nouvelles obligations LAB/FT à respecter pour 99 % des sociétés ! », *Petites Affiches*, 8 décembre 2017.

R. MORTIER, « Requiem pour l'anonymat », *Recueil Dalloz* 2018, p. 1977

Renaud MORTIER et Sabrina BOL, « Le registre des bénéficiaires effectifs », *Dr. Sociétés*, novembre 2017, p.4 et s.

Renaud MORTIER et Damien BRAC DE LA PERRIÈRE, « Le rôle du notaire en matière de registre des bénéficiaires effectifs », *JPC Notariale et immobilière* n°1366, Lexis Nexis, n°12.

Laure VARACHAS, « Le "bénéficiaire effectif" dans les sociétés non cotées », *JDS* n°158, décembre 2017.

Bruno ZABALA, « Le régime des bénéficiaires effectifs et les sociétés : des interrogations majeures subsistent », *BJS* juin 2018, p. 368.

Bruno ZABALA et Alexandra ROHMERT, « Le régime des bénéficiaires effectifs appliqué aux sociétés », *JCP E* 2017, 1585, p. 37.

## **Documents officiels**

ACP, Lignes directrices sur les bénéficiaires effectifs, septembre 2011.

AMF, Position-recommandation n°2013-05 : Lignes directrices relatives à la notion de bénéficiaire effectif en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ».

CNGTC, document bibliothèque n°169 : « 17 schémas pour déterminer les bénéficiaires effectifs dans les sociétés », mars 2018.

Livre blanc « Le monde caché des bénéficiaires effectifs », *Lexis Nexis*, 2017.

## **Sites Internet**

Site des greffes des tribunaux de commerce : [www.infogreffe.fr](http://www.infogreffe.fr)

Support vidéo : Gérard DRANCOURT (consultant *compliance* chez ALTARES) : « Webinar Altares / La recherche du bénéficiaire effectif », 9 mai 2016 : [www.youtube.com](http://www.youtube.com)

Bruno DONDERO, « Décret sur le bénéficiaire effectif : ce qui change (D. n° 2018-824 du 18 avril 2018) », 20 avril 2018, [www.brunodondero.com](http://www.brunodondero.com).

# TABLE DES MATIERES

<b>ABREVIATIONS.....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>9</b>
<b>CHAPITRE 1 : LE CONTENU DES NOUVELLES OBLIGATIONS EN MATIERE DE BENEFICIAIRES EFFECTIFS .....</b>	<b>13</b>
SECTION PRELIMINAIRE : UN CHAMP D'APPLICATION ELARGI .....	13
§1. Les sources de l'obligation .....	14
A. La 4 <sup>ème</sup> directive européenne .....	14
B. La transposition française .....	15
§2. Une obligation quasi-universelle.....	16
A. Sociétés soumises à l'obligation d'identification et de déclaration de leurs bénéficiaires effectifs.....	17
1) Sociétés établies sur le territoire français .....	17
2) Sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français et ayant un établissement dans l'un de ces départements .....	18
B. Autres personnes morales entrant dans le champ d'application de l'obligation .....	20
1) GIE et GEIE .....	20
2) Autres personnes morales immatriculées.....	21
C. Entités hors champ du dispositif.....	21
1) L'exclusion expresse des sociétés cotées.....	21
2) Entités implicitement exclues .....	23
SECTION 1 : L'IDENTIFICATION DU BENEFICIAIRE EFFECTIF.....	25
<i>Sous-section 1 : Le bénéficiaire effectif dans les sociétés .....</i>	<i>26</i>
§1. La détention directe ou indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote .....	27
A. Détention directe ou indirecte .....	27
1) Détention directe .....	27
2) Détention indirecte .....	28
3) Détention directe et indirecte.....	40
B. Détention du capital ou des droits de vote .....	41
1) Démembrement de propriété sur les titres.....	42
2) Location de droits sociaux .....	45
3) Personnes protégées .....	46
C. Cumul de problèmes au sein du critère de détention directe ou indirecte de plus de 25% du capital ou des droits de vote .....	48
§2. L'exercice par tout autre moyen d'un pouvoir de contrôle .....	50
A. Cas directement visés par l'article R. 561-1 du CMF .....	51
1) La détermination en fait, par les droits de vote dont on dispose, des décisions dans les assemblées générales.....	51
2) Le pouvoir, en étant associé ou actionnaire, de nomination ou de révocation de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance. ....	52
3) Le cas de l'exercice indirect des autres moyens de contrôle .....	54
B. L'interprétation extensive par les praticiens du contrôle par tout autre moyen.....	55
1) Chaîne de détention majoritaire.....	55
2) Pacte d'actionnaires ou d'associés .....	55
3) Action de concert .....	57

4) Groupe familial.....	58
C. L'articulation incertaine des deux premiers critères d'identification.....	60
§3. Le représentant légal de la société, bénéficiaire effectif par défaut.....	63
A. Complications liées aux modalités de gouvernance .....	64
1) Pluralité de dirigeants sociaux.....	64
2) Personne morale représentant légal de la société déclarante.....	65
3) Représentant permanent dans une SAS.....	66
B. Complications liées à la situation de la société .....	67
1) Société non immatriculée en France .....	67
2) Société en procédure collective.....	67
§4. Un cas particulier : le bénéficiaire effectif dans le cadre d'une fiducie ou d'un équivalent étranger.....	68
<i>Sous-section 2 : Le bénéficiaire effectif dans les placements collectifs.....</i>	<i>70</i>
§1. Détention directe ou indirecte de plus de 25% des parts, actions ou droits de vote.....	70
§2. Exercice par tout autre moyen d'un pouvoir de contrôle sur la société de placement collectif ou la société de gestion la représentant .....	71
§3. Le représentant légal, bénéficiaire effectif par défaut du placement collectif .....	72
<i>Sous-section 3 : Le bénéficiaire effectif dans les autres entités .....</i>	<i>73</i>
SECTION 2 : LA DECLARATION DU BENEFICIAIRE EFFECTIF AU RCS .....	74
§1. Le contenu de l'information .....	75
A. Identification de l'entité déclarante.....	75
B. Renseignements propres à chaque bénéficiaire effectif.....	75
1) Identification du BE .....	75
2) Modalités de contrôle.....	75
3) Date à laquelle le bénéficiaire effectif a acquis cette qualité .....	77
C. Date et signature du représentant légal .....	78
§2. Dépôt de la déclaration.....	78
A. Formalités de dépôt .....	78
B. Sanctions du défaut de dépôt ou d'un dépôt inexact ou incomplet.....	79
1) Sanctions civiles.....	80
2) Sanctions pénales.....	81
§3. Missions des greffiers des tribunaux de commerce.....	81
A. Contrôle juridique du greffier sur le DIBE .....	82
B. Transmission de l'information .....	83
C. La gestion des DIBE : aubaine ou fardeau pour les greffiers ? .....	83

## **CHAPITRE 2 : LES EFFETS DES NOUVELLES OBLIGATIONS EN MATIERE DE BENEFICIAIRES EFFECTIFS ..... 85**

SECTION 1 : L'EFFICACITE DU DISPOSITIF DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT DE CAPITAUX ET LE FINANCEMENT DU TERRORISME.....	85
§1. Les insuffisances substantielles du dispositif.....	86
A. Montages non pris en compte favorisant la dissimulation .....	86
1) Situations juridiques internes .....	86
2) Notions juridiques de droit étranger .....	89
B. La pertinence des critères de contrôle en question .....	89
1) Le seuil de 25% de détention du capital ou des droits de vote.....	89
2) Une transposition imparfaite de la directive .....	90
§2. Les difficultés relatives à la mise en œuvre du dispositif .....	91

A. Un manque de garanties concernant la mise en place du registre des bénéficiaires effectifs.....	91
1) Un contrôle restreint des DIBE par les greffiers .....	91
2) Des incertitudes sur les sanctions pénales.....	92
B. L'utilité du dispositif par rapport aux règles concurrentes en matière de vigilance LCB/FT .....	94
SECTION 2 : UNE CONTRAINTE INEDITE POUR LES ENTITES ASSUJETTIES .....	95
§1. L'importance des moyens nécessaires à la mise en conformité .....	95
§2. Les atteintes aux droits des personnes physiques et morales .....	97
A. La remise en cause de principes fondamentaux du droit des sociétés.....	97
B. L'atteinte à la vie privée des personnes physiques .....	99
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>101</b>
<b>ANNEXE.....</b>	<b>102</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>103</b>



## REMERCIEMENTS

M'ont apporté leur aide dans la réalisation de ce mémoire :

Me Philippe BOBET, Président honoraire du CNGTC et greffier associé au tribunal de commerce de Paris ;

Son équipe affectée au contrôle des documents relatifs aux bénéficiaires effectifs, en particulier sa collaboratrice Mme Malika BERDISSI ;

M. Dominique BUREAU, Professeur en Droit privé à l'Université Paris II - Panthéon Assas ;

Me Valérie GOUYET-BINDA, greffier associé au tribunal de commerce de Vesoul (70), ainsi que toute l'équipe du greffe ;

Qu'ils soient remerciés pour leur disponibilité, l'apport de leur expertise et les documents qu'ils m'ont généreusement permis de consulter.

Mes remerciements les plus sincères vont également à M. le Professeur Antoine GAUDEMET pour avoir accepté de diriger ce projet, pour sa bienveillance et pour le temps qu'il m'a très aimablement consacré.

