

23 Identification des bénéficiaires effectifs des sociétés non cotées : des questions en suspens

Les textes sur la déclaration des bénéficiaires effectifs laissent subsister des zones d'ombre : une société contrôlée par une société cotée est-elle soumise à déclaration ? Qu'entendre par « détention indirecte » du capital ? Qui déclarer en cas de parts indivises ? Voici nos réponses.

1 Prise pour la transposition de la directive européenne anti-blanchiment 2015/849 du 20 mai 2015, l'ordonnance 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 renforçant la lutte contre le blanchiment a mis à la charge des **personnes morales immatriculées** au registre du commerce et des sociétés (RCS) autres que celles dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé (sociétés « non cotées ») une obligation d'information sur leurs « bénéficiaires effectifs » par le dépôt au greffe du tribunal d'un document identifiant ceux-ci (C. mon. fin. art. L 561-46). L'ordonnance crée à cet effet un registre des bénéficiaires effectifs tenu par le RCS. Ce dispositif, précisé par le décret du 12 juin 2017 (C. mon. fin. art. R 561-55s.; BRDA 13/17 inf. 1), suscite de nombreuses questions délicates laissées sans réponse par les textes.

Qu'est-ce qu'un bénéficiaire effectif ?

2 Le **décret définissant la notion** de bénéficiaire effectif n'est pas encore paru (il devrait être publié à partir de novembre 2017 : Communication Ansa n° 2017-043 p. 3). Quelle définition retenir en attendant ce décret ? Comme nous l'avons déjà indiqué (BRDA 13/17 inf. 1 n° 3), il y a lieu de se référer à la définition de l'actuel article R 561-1 du Code monétaire et financier en matière de réglementation sur le blanchiment : 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 les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ou sur l'assemblée générale des associés.

Sociétés concernées

3 A la **lettre du texte**, toutes les personnes morales immatriculées au RCS autres que celles dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé sont concernées par la nouvelle obligation d'information.

Cette obligation s'impose-t-elle néanmoins aux **sociétés de famille fermées** (pour l'essentiel, des SARL ou des sociétés civiles) dont les seuls associés, des personnes physiques membres de la famille, sont déjà connues du greffe du tribunal (de par leur mention dans les statuts déposés au greffe et, pour les associés de société civile, par leur déclaration au RCS : C. com. art. R 123-54, 1^o) ?

Compte tenu de la rédaction de l'article L 561-46, l'affirmative s'impose, même si le dispositif d'identification du bénéficiaire effectif fait alors double emploi avec les règles relatives aux actes à déposer au greffe ou aux mentions à déclarer au registre. Ce qui est bien regrettable.

4 L'obligation d'identification s'applique-t-elle pareillement aux **sociétés non cotées contrôlées par une société cotée** ? Les sociétés cotées n'étant pas soumises à cette obligation, il paraît incohérent d'imposer à leurs filiales non cotées le soin d'identifier leur actionnaire de référence, surtout lorsque celui-ci en détient le capital ou les droits de vote de façon indirecte, par l'intermédiaire d'une ou plusieurs autres sociétés. Cet argument est inopérant : l'objectif de la réglementation étant précisément d'identifier la personne physique qui contrôle la société non cotée, même au travers d'une société cotée, la société non cotée est bien soumise à l'obligation d'identification. L'article L 561-46 ne comporte d'ailleurs aucune dérogation sur ce point et n'autorise pas dans ce cas à déclarer la société cotée comme bénéficiaire.

Comment faire pour les sociétés en cours de constitution ?

5 On sait que l'obligation s'applique dès à présent aux sociétés en cours de constitution. Les **mentions à indiquer sur le document** identifiant leurs bénéficiaires effectifs sont les mêmes que celles concernant les sociétés existantes (qui ont jusqu'au 1^{er} avril 2018 pour déposer le document) : notamment, dénomination, forme, adresse et numéro unique d'identification de la société ; identité, nationalité et adresse des bénéficiaires et date à laquelle ceux-ci ont acquis cette qualité. Ce document doit être signé par le représentant légal de la société (C. mon. fin. art. R 561-46).

6 En cas de constitution de la société, le document peut être déposé lors de la demande d'immatriculation ou au plus tard dans les 15 jours à compter de la délivrance du récépissé de dépôt de dossier de création d'entreprise (art. R 561-55).

Dans un cas comme dans l'autre, la **société n'a pas encore la personnalité morale** ; elle n'a donc pas d'organe qui la représente légalement. Le document la concernant peut alors, à notre avis, être utilement signé par la personne (associé ou tiers) à qui les associés ont donné mandat d'accomplir les formalités d'immatriculation.

Par hypothèse, le numéro d'identification de la société (attribué à la suite de l'immatriculation) n'a pas à y être indiqué et la date à laquelle les bénéficiaires effectifs ont acquis cette qualité ne peut être que celle à laquelle la société a été constituée, à savoir la date de signature des statuts.

Détention directe ou indirecte du capital

7 Le bénéficiaire effectif est notamment la personne physique qui détient, « directement ou indirectement », plus de

25% du capital ou des droits de vote de la société. Comment apprécier la détention indirecte d'une telle fraction du capital ou des droits de vote ?

Deux méthodes sont envisageables.

8 La première consiste à se référer à la **règle prévue à l'article L 233-4 du Code de commerce** pour la détermination des participations détenues indirectement par une société d'un groupe. Aux termes de ce texte, toute participation détenue par une société que contrôle une autre société (au sens de l'article L 233-3 : Mémento Sociétés commerciales n°79013 s.) est considérée comme détenue indirectement par cette dernière.

L'**application par analogie** de ce texte à une personne physique permet, par exemple, de retenir que celle-ci est considérée comme détenant indirectement une participation dans une société lorsque cette participation figure dans le portefeuille de titres d'une autre société dont la personne physique détient la majorité des droits de vote ou dont elle détermine en fait les décisions d'assemblée ou encore dont elle a le pouvoir de nommer ou révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance (cf. art. L 233-3, I).

9 La **seconde méthode** consiste à effectuer le **produit des participations** détenues par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés dans le capital de la société appelée à identifier ses bénéficiaires (critère dit « financier »). Par application de cette méthode, une personne physique associée par exemple à hauteur de 40% dans une société détenant elle-même 70% du capital d'une autre société est considérée comme bénéficiaire effectif de celle-ci car sa participation au capital de cette société par l'intermédiaire de la première est de 28% (= 40 x 70/100).

10 Le dispositif d'information sur les bénéficiaires effectifs étant conçu dans un esprit de transparence très large, il nous paraît **prudent** de déclarer comme bénéficiaire de la société toute personne

physique détenant indirectement plus de 25% de son capital par application de l'une ou l'autre méthode.

Désignation d'un bénéficiaire effectif « par défaut »

11 Que faire lorsque l'identité des bénéficiaires effectifs est impossible à déterminer compte tenu de l'**opacité de l'actionnariat** de la société (cas, par exemple, de la détention du contrôle par une « cascade » de sociétés écrans dont certaines peuvent être situées à l'étranger) ?

A notre avis, la société peut déclarer comme bénéficiaires effectifs la ou les personnes physiques occupant la position de « **dirigeant principal** » en se prévalant de la directive européenne anti-blanchiment. Aux termes de ce texte, à la lumière duquel il convient de lire l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016 qui en assure la transposition en droit interne, les dirigeants principaux sont considérés comme bénéficiaires effectifs si, après avoir épuisé tous les moyens possibles et pour autant qu'il n'y ait pas de motif de suspicion, la société ou le groupement n'a pas identifié la personne qui, en dernier ressort, le possède ou le contrôle ou s'il n'est pas certain que cette personne est bien le bénéficiaire effectif (art. 3, §6-a). Mais le législateur européen estime qu'il s'agit là de cas « exceptionnels » (considérant 13).

Parts ou actions indivises

12 Lorsque des parts ou actions représentant plus de 25% du capital ou des droits de vote sont détenues en indivision par plusieurs **copropriétaires** (par exemple, dans le cadre de la succession d'un associé), faut-il tous les déclarer comme bénéficiaires effectifs ?

Certes, ils ne détiennent que des droits dans l'indivision et aucun d'eux ne peut exercer seul les droits attachés aux parts ou actions (sauf aux fins d'assurer leur conservation : C. civ. art. 815-2, al. 1). On peut néanmoins considérer qu'ils sont indirectement **détenteurs du capi-**

tal par le biais de l'indivision. Chacun d'eux doit donc être déclaré comme bénéficiaire effectif avec une mention tenant à sa qualité de membre de l'indivision. En revanche, celle-ci n'ayant pas la personnalité morale, il n'est pas possible, à notre avis, de la déclarer comme bénéficiaire en lieu et place de ses membres.

13 En cas de **désignation** par les coindivisaires d'un **mandataire** investi d'un mandat général d'administration sur les parts ou actions, le mandataire doit aussi être considéré comme bénéficiaire si le mandat qu'il a reçu lui permet d'exercer un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ou sur l'assemblée générale des associés (application de l'article R 561-1 du Code monétaire et financier).

Parts ou actions démembrées ou louées

14 Lorsque des parts ou actions représentant plus de 25% du capital ou des droits de vote sont démembrées entre un usufruitier et un nu-propiétaire, le **nu-propiétaire** doit, en tant que détenteur du capital, être déclaré comme bénéficiaire effectif. Mais l'**usufruitier** doit aussi être considéré comme tel puisqu'il détient des droits de vote qu'il peut exercer pour l'adoption de certaines décisions collectives (par exemple, les décisions d'assemblée générale ordinaire dans les sociétés anonymes : C. com. art. L 225-110, al. 1), voire de toutes les décisions si les statuts de la société l'y autorisent.

Le même raisonnement peut être suivi en matière de location de parts ou actions représentant plus de 25% du capital ou des droits de vote : tant le **baillleur** que le **locataire** doivent être déclarés comme bénéficiaires effectifs puisque le premier reste propriétaire des titres et que le second peut exercer le droit de vote attaché aux actions ou aux parts louées dans les assemblées autres que celles statuant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société (C. com. art. L 239-3, al. 2).