



ARTICLE

MISE EN PLACE DU REGISTRE DES BENEFICIAIRES EFFECTIFS DES PERSONNES MORALES DEPUIS LE 1ER AOUT : JUSQU'OU IRA LA TRANSPARENCE ?

Private Equity Private Clients Droit fiscal | 09/10/17 | Xavier Rohmer

Les premières obligations relatives au bénéficiaire effectif ont été introduites en droit français, antérieurement à l'adoption de la directive du Conseil n°91/308/CEE du 10 juin 1991, par la 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 de stupéfiants. Ces obligations ont ensuite été substantiellement enrichies dans le cadre de la transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil n°2005/60/CE par l'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme [LCB-FT].

L'ordonnance n°2016-1635 du 1^{er} décembre 2016, portant transposition en droit interne[1] de la 4^{ème} directive européenne n°2015/849 du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (« 4^{ème} Directive »), crée une nouvelle obligation à la charge des sociétés et autres entités tenues de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés (RCS)[2]. Ainsi, depuis le 1^{er} août, les sociétés (à l'exception des sociétés cotées) sont tenues d'identifier leurs «bénéficiaires effectifs» et de communiquer ces informations au greffe du tribunal de commerce.

Cette ordonnance a été complétée par le décret n°2017-1094 du 12 juin 2017 (D n°2017-1094)[1] qui a précisé les modalités de dépôt et le contenu du document relatif au bénéficiaire effectif, ainsi que les conditions de communication du document.

Les registres de bénéficiaires effectifs ainsi mis en place dans les Etats membres, seront interconnectés via une plate-forme centrale européenne[3].

Autre mesure de transposition de la 4^{ème} Directive, l'article 10 de l'ordonnance a porté création d'un registre national des trusts, géré par le Ministère de l'Economie et des Finances et recensant les informations déclarées dans le cadre des obligations déclaratives déjà existantes (déclaration d'existence, déclaration événementielle et déclaration annuelle de valeur vénale), en ce compris notamment les noms des bénéficiaires des trusts[4][5].

Vade-mecum du registre des bénéficiaires effectifs en 10 points :

1- Qu'entend-on par « bénéficiaire effectif » au sens de cette nouvelle formalité ?

La notion de « *bénéficiaire effectif* » ou « *UBO – ultimate beneficial owner* » existe déjà en droit fiscal depuis plusieurs années, souvent associée aux problématiques liées à la « substance ». En particulier, cette notion est essentielle dans le cadre de la mise en œuvre des clauses anti-abus de limitation des avantages conventionnels, prévues dans la plupart des conventions fiscales conclues par la France.

Le décret du 12 juin 2017 n'ayant pas donné de définition du « *bénéficiaire effectif* », il convient de s'en référer, pour l'instant, à celle déjà prévue par les articles R.561-1 et s. du Code monétaire et financier - «CMF»[6] relative aux obligations de vigilance pesant sur les organismes financiers assujettis au dispositif de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Cependant, l'ANSA a précisé que cette définition sera précisée dans un autre décret d'application en attente de publication[7].

Ainsi, dans le cadre du dispositif relatif au registre des bénéficiaires effectifs, c'est la révélation de l'identité des détenteurs ultimes personnes physiques, définies par l'article L561-2-2 du CMF comme étant celles « *qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement*[8] » l'entité en cause, qui est requise.

En ce qui concerne les sociétés, l'article R561-1 du CMF précise que le(s) bénéficiaire(s) effectif(s) est (sont) « *la ou les personnes physiques qui :*

- *soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25% du capital ou des droits de vote de la société* » (critère de seuil de 25%),

- « *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 de ses associés* » (critère de contrôle de fait).

Il ressort que cette définition vise la (les) personne(s) physique(s) qui, sans détenir plus de 25% du capital ou des droits de vote de la société, détiennent une part significative de ce capital ou de ces droits de vote qui lui(leur) permet(tent) d'exercer un contrôle de fait sur les organes de gestion ou de décision de la société.



Un second décret à paraître devrait préciser que le pouvoir de contrôle de fait retenu aux fins de l'application de ces dispositions, sera celui visé aux 3[9] et 4[10] de l'article L.233-3 du Code de commerce, définissant le contrôle de fait par le pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des dirigeants, ou de déterminer les décisions en assemblée générale, ce qui serait bienvenu, en ce que cet article a été précisé par la jurisprudence et est bien maîtrisé des praticiens.

Ce décret à intervenir prévoirait également que dans le cas où aucune personne physique ne pourra être identifiée en application de ces critères, le bénéficiaire effectif serait le représentant légal de la société, conformément aux dispositions de la 4^{ème} Directive. [11]

2- Quelles sont les sociétés ou entités juridiques assujetties au registre des bénéficiaires effectifs ?

Par renvoi de l'article L561-46 du CMF aux 2°, 3° et 5° du I de l'article L123-1 du Code de commerce, sont visées les personnes morales suivantes : (i) les sociétés non cotées[12] ou GIE ayant leur siège en France ; (ii) les sociétés commerciales dont le siège est situé hors de France et qui ont un établissement dans un des départements français et (iii) les autres personnes morales dont l'immatriculation est prévue par les dispositions législatives ou réglementaires.

Ainsi, les entités concernées par cette nouvelle obligation de révélation de leur(s) bénéficiaire(s) effectif(s) sont nombreuses puisque, outre les sociétés commerciales, les sociétés civiles et les GIE, sont assujettis, de même que les succursales françaises de sociétés étrangères, les associations tenues de s'immatriculer au RCS, mais aussi les filiales non cotées de sociétés cotées (ces dernières étant pourtant exclues du régime) et les organismes de placement collectif.

3- Quelles sont les modalités déclaratives ?

Les sociétés françaises non cotées sont d'abord tenues « *d'obtenir et de conserver des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs* ». En outre, lors de leur demande d'immatriculation au RCS ou au plus tard dans un délai de 15 jours à compter de la délivrance du récépissé de dépôt de dossier de création d'entreprise, les sociétés doivent déposer au greffe du tribunal de commerce, un document relatif au bénéficiaire effectif » qui sera annexé au RCS[13].

Un nouveau document devra également être déposé dans les 30 jours suivant tout fait ou acte rendant nécessaire la rectification ou le complément des informations qui y sont mentionnées[14]. Le document devra être daté et signé par le représentant légal de la société ou de l'entité juridique qui procède au dépôt[15].

Concernant les sociétés et entités qui étaient immatriculées au RCS avant le 1^{er} août 2017, elles ont jusqu'au 1^{er} avril 2018 pour se conformer à cette nouvelle obligation déclarative (article L561-46 du CMF).

Les informations contenues dans les registres des bénéficiaires effectifs, seront centralisées à l'INPI dans le registre national du commerce et des sociétés[16].

4- Quelles informations relatives au bénéficiaire effectif, doivent être communiquées ?

L'identification précise du bénéficiaire effectif, ainsi que le lieu de son domicile personnel (i), devront être obligatoirement indiqués (noms de naissance et d'usage, prénoms, date et lieu de naissance, nationalité, adresse du domicile personnel). En outre, devront être indiquées : les modalités du contrôle (ii) exercé sur la société (contrôle juridique ou contrôle de fait), ainsi que la date (iii) à laquelle cette personne est devenue bénéficiaire effectif de la société[17].

5- A qui est réservé le droit d'accès au registre des bénéficiaires effectifs ?

L'article R561-57 du CMF pris pour l'application de l'article L561-46 du CMF, fournit la liste limitative des personnes auxquelles le document relatif au bénéficiaire effectif, peut être communiqué.

Ainsi, le document relatif au bénéficiaire effectif, peut être consulté (i) par le représentant légal de la société ou de l'entité l'ayant déposé et (ii) sans restriction, par les autorités compétentes concernées par la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, telles que notamment, les autorités judiciaires, TRACFIN, l'administration fiscale et douanière, l'ACPR et l'AMF, ainsi que par d'autres membres de professions réglementées tels que les mandataires judiciaires et le Haut Conseil du commissariat aux comptes.

Le droit de communication du registre est également ouvert aux (iii) personnes assujetties à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme[18], dans le cadre de la mise en œuvre des mesures de vigilance auxquelles elles sont soumises, à l'égard de leur clientèle[19], tels que les établissements bancaires, la Banque de France ou encore les prestataires de services d'investissement.

Enfin, les informations contenues dans les registres de bénéficiaires effectifs des sociétés et des trusts pourront être échangées dans le cadre de la coopération entre les Etats membres puisque les autorités précitées (ii), pourront non seulement obtenir communication des informations mentionnées sur le document relatif au bénéficiaire effectif, mais également les communiquer aux autorités compétentes des Etats membres de l'Union européenne sur demande de celles-ci ou à leur initiative[20].



6- Extension du droit d'accès aux tiers sur autorisation judiciaire[21].

Au-delà de l'accès aux informations relatives aux bénéficiaires effectifs, par les autorités et professions réglementées, toute autre personne justifiant d'un intérêt légitime, pourra également avoir accès au registre, à condition d'y être autorisée par ordonnance du juge commis à la surveillance du RCS auprès duquel est immatriculée la société. *A cette fin, les tiers devront déposer une requête au greffe du tribunal de commerce, qui devra préciser, à peine d'irrecevabilité, « l'objet et le fondement de la demande, ainsi que l'indication des pièces sur lesquelles elle est fondée ».*

Suite à sa saine, le juge pourra alors fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués. Le décret du 12 juin 2017 prévoit en outre, la possibilité pour lui de « *procéder, même d'office, à toutes les investigations utiles* ». A cette occasion, « *il a la faculté d'entendre sans formalités les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision* ». Le décret prévoit aussi qu'il puisse se prononcer sans débat.

7- Quelles sont les modalités de recours contre l'ordonnance ?

L'ordonnance sera notifiée par lettre RAR au requérant et au bénéficiaire effectif et pourra faire l'objet d'un appel par le requérant et le bénéficiaire effectif, cet appel étant formé, instruit et jugé conformément à la procédure gracieuse lorsqu'il émane du requérant (appel dans les 15 jours de la notification avec représentation obligatoire), conformément à la procédure contentieuse lorsqu'il émane du bénéficiaire effectif[22](appel dans le mois suivant la notification de la décision, sans représentation obligatoire).

8- Injonction de déférer à l'obligation de transmission des informations[23]

Le président du tribunal de commerce peut, (i) d'office, (ii) sur requête du procureur de la République ou (iii) de toute personne justifiant avoir intérêt –dont TRACFIN- enjoindre par ordonnance non susceptible de recours[24], à toute société ou entité soumise à cette obligation, sous astreinte le cas échéant, de procéder au dépôt du document relatif au bénéficiaire effectif dans un délai qu'il déterminera.

Là encore, la requête des tiers se prévalant d'un intérêt légitime à en disposer (iii) devra comporter, à peine d'irrecevabilité, « *l'objet et le fondement de la demande, ainsi que l'indication des pièces sur lesquelles elle est fondée* ».

9- Quelles sanctions en cas de défaillance déclarative ?

En cas d'inexécution d'une injonction, le président du Tribunal statuera sur les mesures à prendre et, le cas échéant, liquidera l'astreinte. Dans tous les cas, le registre des bénéficiaires effectifs donne l'occasion d'une nouvelle pénalisation des assujettis puisque le fait de ne pas déposer au RCS le document relatif au bénéficiaire effectif ou de déposer un document comportant des informations inexactes ou incomplètes, est passible de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende (jusqu'à 37 500 € pour les personnes morales), ainsi que de peines complémentaires[25].

10- Quels sont les enjeux de cette nouvelle obligation déclarative ?

Sans être exhaustifs, plusieurs remarques et enjeux substantiels émergent de ces nouvelles dispositions:

(i) Au-delà des précisions annoncées par l'ANSA dans le second décret d'application à paraître, sur la notion de contrôle de fait, les modalités concrètes de détermination du niveau de 25% de participation indirecte, devront être précisées : s'agira-t-il de multiplier les taux de participations détenus dans la chaîne de sociétés ou d'appliquer les autres méthodes applicables en droit des sociétés[26] ?

(ii) Au regard des conséquences potentiellement préjudiciables pour le bénéficiaire effectif que représente l'ouverture du droit d'accès au registre à tout tiers qui se prévaudrait d'un intérêt légitime, ne serait-ce qu'au regard de la confidentialité de la vie des affaires, l'absence de précision sur certains termes du dispositif, pourrait poser problème du point de vue des droits du bénéficiaire effectif : quid des « *fondements* » légitimement invocables dans leur requête par les tiers, de la qualité des « *personnes (pouvant éclairer)* » le juge ou encore des « *investigations utiles* » pouvant être mises désormais en œuvre par le juge ?

On se souvient que dans le cadre de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et en application également de la 4^{ème} Directive, le législateur a récemment essayé de favoriser la transparence sur les trusts en prévoyant un registre des trusts (ancien alinéa 2 de l'article 1649 AB du CGI), accessible au public et mentionnant les noms du constituant, des bénéficiaires et de l'administrateur du trust. Cependant, aucune précision n'avait été fournie sur la qualité ou les motifs justifiant la consultation du registre. Le Conseil constitutionnel avait cependant déclaré les dispositions correspondantes contraires à la Constitution (Conseil constitutionnel 21 octobre 2016 n°2016-591 QPC) en ce qu'elles portaient une atteinte manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée, ce droit recouvrant la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine...Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'ordonnance a prévu l'accès aux tiers se prévalant d'un intérêt légitime pour le seul registre des bénéficiaires effectifs des sociétés et autres personnes morales mais non pour le registre national des trusts[27].

(iii) De même, les requêtes de demande d'accès au document relatif au bénéficiaire effectif, pourraient être utilisées en pratique, par l'administration fiscale, comme un moyen d'alerte fiscale sur les structures de détention de biens français[28]. Ainsi, le registre des bénéficiaires effectifs pourrait accentuer la pression concernant l'identification et la situation



déclarative des bénéficiaires « réels » de revenus ou/et de certaines structures plus particulièrement présentes dans le viseur de l'administration fiscale ces dernières années, telles que les sociétés comprises dans des chaînes de participations (souvent qualifiées de « sociétés-écran »), les trusts étrangers détenant indirectement des biens en France ou encore les sociétés à prépondérance immobilière françaises.

Toutefois, l'impact réel de ces nouvelles dispositions pour les bénéficiaires effectifs, dépendra de leur mise en œuvre concrète par le juge, de la fluidité concrète des échanges d'informations entre les différentes administrations, et du niveau de filtrage qui sera opposé (ou non) par le juge, aux demandes d'accès au registre par les tiers.

Xavier Rohmer, Associé

Emilie Lecomte, Avocat Senior

[1] Sur le fondement de l'article 118 de la loi n° 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, qui a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance, les mesures législatives de transposition de la directive.

[2] Articles 8 et 10 de l'ordonnance. Via l'insertion des articles R.561-55 à R.561-63 dans le CMF.

[3] Article 30 § 10 de la 4^{ème} Directive 2015/849

[4] Article 1649 AB, alinéa 4 nouveau du CGI

[5] Cette ordonnance, qui tend à favoriser la circulation de l'information au plan national mais aussi international, a créé les articles L.561-46 à L.561-50 du CMF relatifs au registre des bénéficiaires effectifs.

[6] Dans leur rédaction issue du décret n°2009-1087 du 2 septembre 2009

[7] ANSA, communication actualisée du 19 juin 2017, n°17-020

[8] Article L561-2-2, 1° du CMF modifié par l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016

[9] Lorsque la personne détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société

[10] Lorsque cette personne est associée ou actionnaire de la société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

[11] Lignes directrices sur les bénéficiaires effectifs, Autorité de Contrôle prudentiel, septembre 2011, §32 et 33. Lorsque ce représentant légal est une personne morale, le bénéficiaire effectif est le représentant légal de cette dernière (jusqu'à remonter à une personne physique). ANSA, communication actualisée du 19 juin 2017, I, n°17-020 ; Article 3, 6) a) ii) de la 4^{ème} Directive n°2015/849 du 20 mai 2015

[12] Il a en effet été considéré au niveau européen, que les obligations de transparence applicables aux sociétés cotées rendaient inutile l'adoption de nouvelles contraintes à leur égard.

[13] Un modèle spécifique de document, directement téléchargeable sur Infogreffe, devra être utilisé en fonction du type d'entité déclarante et devra être signé par le représentant légal de la société.

[14] Article R 561-55 du CMF

[15] Article R.561-56, alinéa 1 du CMF

[16] Article L561-46 à L.561-50 du CMF

[17] Article R 561-56 du CMF

[18] Mentionnées à l'article L.561-2 du CMF

[19] Articles L.561-4-1 à L. 561-14-2 du CMF

[20] Article L561-46, alinéa 4 du CMF ; article 1649 AB, alinéa 7 du CGI.



[21] Article R 561-59 du CMF

[22] Article R 561-59 du CMF

[23] Articles L. 561-48 et R 561-60 du CMF

[24] Article R561-62 du CMF

[25] Interdiction de gérer ou d'une privation partielle des droits civils et civiques ; Article L561-49 du CMF

[26] Article L233-4 du Code de commerce

[27] Article L561-46, 4° du CMF ; article 1649 AB du CGI. Les informations contenues dans le registre public des trusts, ne sont accessibles qu'à certaines autorités dans le cadre de leurs missions (notamment, la cellule de renseignement financier national TRACFIN, les autorités judiciaires, les agents habilités des douanes et des finances publiques, l'ACPR ou l'AMF) ou encore aux établissements de crédit, à la Banque de France et aux prestataires de services d'investissement.

[28] A fortiori si après vérification, il s'avère que le bénéficiaire effectif de la structure en question est difficilement identifiable, voire inconnu de ses services en cas de défaillance déclarative antérieure (au titre de la taxe 3% sur la valeur vénale des immeubles détenus en France ou de l'ISF notamment), nul doute que des investigations fiscales ciblées seront mises en œuvre.
