



HAL
open science

Blanchiment de capitaux : à la recherche du bénéficiaire effectif

Lise Chatain

► **To cite this version:**

Lise Chatain. Blanchiment de capitaux : à la recherche du bénéficiaire effectif. La Semaine juridique. Entreprise et affaires, 2006. <hal-01871011>

HAL Id: hal-01871011

<https://hal.umontpellier.fr/hal-01871011v1>

Submitted on 10 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

A jour le 24 janvier 2006

BLANCHIMENT DE CAPITAUX :

A LA RECHERCHE DU BENEFICIAIRE EFFECTIF

Lise CHATAIN
Docteur en droit

1. La troisième¹ directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005, la « Directive »²) est aujourd'hui en vigueur. Cette Directive s'applique au secteur financier et à d'autres secteurs-clefs des services. Elle impose à certains professionnels de coopérer dans la lutte contre le blanchiment d'argent en prenant diverses mesures pour établir l'identité des clients, faire état de leurs soupçons et instituer des systèmes de prévention au sein de leur entreprise. Cette Directive devra être transposée dans les Etats membres au plus tard le 15 décembre 2007.

La principale contribution de cette Directive tient à l'identification des situations de propriété effective sur la base d'une définition claire du concept de « *bénéficiaire effectif* »³. La Directive étend notamment au bénéficiaire effectif⁴ les exigences d'identification requises de certains professionnels à l'égard de leurs clients.

Après avoir défini la notion de bénéficiaire effectif telle qu'elle est proposée par la Directive (Partie I), nous envisagerons son introduction en droit interne (Partie II).

¹ Une première directive du 10 juin 1991 (Directive 91/308/CEE) a tout d'abord imposé aux Etats membres d'interdire le blanchiment des produits du trafic de stupéfiants et d'obliger leur secteur financier à identifier les clients, installer des procédures de contrôle interne et signaler aux autorités tout indice de blanchiment. Une deuxième directive adoptée le 4 décembre 2001 (Directive 2001/97/CE) a ensuite fait entrer dans son champ d'application une série d'activités et de professions non-financières, comme les professions juridiques.

² La Directive proposée par la Commission le 30 juin 2004 (COM 2004-448) a été approuvée par le Parlement européen le 26 mai 2005 sous une forme acceptée par le Conseil des ministres le 7 juin 2005. Le texte définitif de la Directive 2005/60/CE a été publié au JOCE n° L 309 du 25/11/2005 p. 15.

³ Les projets initiaux de la Directive visaient non pas le « *bénéficiaire effectif* », mais l'« *ayant droit économique* ». Ainsi, la Commission des communautés européennes indiquait le 30 juin 2004 que l'un des objets de la nouvelle Directive est d'identifier les « *situations de propriété effective sur la base d'une définition claire du concept d'ayant droit économique* » (Commentaire de l'article 7 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux, y compris le financement du terrorisme, 2004/0137 (COD), p. 5).

⁴ La notion de bénéficiaire effectif n'est pas une spécificité communautaire. Le bénéficiaire effectif (parfois qualifié d'« *ayant droit économique* ») est issu d'un concept élaboré par le Groupement d'action financière international (GAFI – ce groupe d'études a été mis en place par la Convention de Vienne de 1971). Pour une application en droit suisse : P. Blaser, *Financement international du terrorisme : les obligations des banquiers en Suisse*, Banque et Droit n° 86 novembre/décembre 2002 p. 21 ; *Blanchiment d'argent : les nouvelles règles de diligence des banques en Suisse*, Banque et Droit n° 93 janvier/février 2004 p. 20.

Partie I : La définition du bénéficiaire effectif par la Directive

2. Le bénéficiaire effectif présente deux caractéristiques essentielles : il s'agit d'une personne physique (I) reliée à un client (II).

I/ Le bénéficiaire effectif : une personne physique

3. L'article 3 de la Directive définit le bénéficiaire effectif⁵ comme « *la ou les personnes physiques qui, en dernier lieu, possède(nt) ou contrôle(nt) le client et/ou la personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée. Le bénéficiaire effectif comprend au moins :*

a) pour les sociétés :

(i) la ou les personnes physiques qui, en dernier lieu, possède(nt) ou contrôle(nt) une entité juridique du fait qu'elle(s) possède(nt) ou contrôle(nt) directement ou indirectement un pourcentage suffisant d'actions ou de droits de vote dans cette entité juridique, y compris par le biais d'actions au porteur, autre qu'une société cotée sur un marché réglementé qui est soumise à des obligations de publicité conformes à la législation communautaire ou à des normes internationales équivalentes ; un pourcentage de 25% des actions plus une est considéré comme suffisant pour satisfaire à ce critère ;

(ii) la ou les personnes physiques qui exercent autrement le pouvoir de contrôle sur la direction d'une entité juridique ;

b) dans le cas de personnes morales, telles que les fondations, et de constructions juridiques, comme les fiducies, qui gèrent ou distribuent les fonds :

(i) lorsque les futurs bénéficiaires ont déjà été désignés, la ou les personnes physiques qui sont bénéficiaires d'au moins 25 % des biens d'un dispositif juridique ou d'une entité ;

(ii) dans la mesure où les individus qui sont les bénéficiaires de la personne morale ou de la construction juridique ou de l'entité n'ont pas encore été désignés, le groupe de personnes dans l'intérêt principal duquel la personne morale ou la construction juridique ou l'entité ont été constitués ou produisent leurs effets ;

(iii) la ou les personnes physiques qui exercent un contrôle sur au moins 25 % des biens d'une construction juridique ou d'une entité. »

Le bénéficiaire effectif se présente donc nécessairement comme une personne physique. Le droit communautaire souligne ainsi que les opérations et montages juridiques sont organisés au bénéfice ultime de personnes physiques. Par-delà la complication des techniques, le droit communautaire s'évertue à retrouver l'homme au cœur des montages.

II/ Le bénéficiaire effectif : une personne reliée à un client

⁵ Article 3 point 6 de la Directive.

4. Le bénéficiaire effectif est nécessairement relié au client du professionnel soumis par la Directive à une obligation de vigilance. Ce lien particulier du bénéficiaire effectif avec la personne du client est d'une nature soit contractuelle (A) soit structurelle (B).

A/ Le bénéficiaire effectif attaché au client par un lien contractuel

5. Le chapeau du 6^{ème} point de l'article 3 de la Directive envisage le bénéficiaire effectif comme la personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée. Quelle que soit la nature de la transaction intervenue, le bénéficiaire effectif est la personne cachée derrière le contractant affiché, l'intervenant de façade.

La dissimulation peut relever soit d'une représentation juridique comme le mandat ou la commission, soit d'une représentation plus « économique ». A ce titre, la terminologie anglaise est plus évocatrice. En effet, la version anglaise de la Directive vise « *the natural person on whose behalf a transaction or activity is being conducted* ». L'utilisation du terme « *on behalf* » qui signifie notamment « *en faveur de, dans l'intérêt de ...* »⁶ semble plus précise que la traduction française « *pour* »⁷. En effet, l'objet de la Directive n'est pas de s'arrêter aux apparences, au nom qui est divulgué : il s'agit plutôt d'identifier le bénéficiaire réel de l'opération contractuelle.

B/ Le bénéficiaire effectif attaché au client par un lien structurel

6. Dès lors que le client du professionnel visé par la Directive est une entité juridique, personne morale ou « *construction juridique qui gère ou distribue les fonds* » (comme un fonds commun de placement), il convient de faire une distinction. Dans ce cas, l'identification du bénéficiaire effectif varie selon que le client est une société (1°) ou une autre entité juridique (2°).

1°/ Le bénéficiaire effectif d'une société-cliente

7. Aux termes de la Directive, le bénéficiaire effectif d'une société-cliente est soit celui qui contrôle son capital (détient les titres ou les droits de vote), soit celui qui contrôle sa direction. La « *propriété effective* »⁸ d'une société se caractérise donc par le contrôle du capital social (a) ou de la direction de l'entreprise (b).

a/ Le contrôle du capital social comme critère du bénéficiaire effectif

8. Le bénéficiaire effectif d'une société est la personne physique qui possède ou contrôle, directement ou indirectement, un pourcentage suffisant d'actions ou de droits de vote lui

⁶ Robert et Collins, Dictionnaire bilingue, Le Robert 2^{ème} édition 1987.

⁷ La version française du projet de Directive de la Commission du 30 juin 2004 était encore moins précise puisqu'elle visait la personne physique « *au nom de laquelle* » une transaction ou une activité sont réalisées (article 3 point 8).

⁸ La « *propriété effective* » d'une société au sens communautaire se rapproche de la théorie de la « *propriété économique* » présentée par G. Blanluet. Ce dernier explique notamment que la personne morale peut constituer l'une des manières de créer une propriété économique passive sur les biens détenus par la société. L'associé n'est pas propriétaire juridique des biens sociaux, mais il en a la propriété économique puisqu'il est bénéficiaire de la substance économique du bien sous forme de revenu ou de capital : *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français – Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ 1999, p. 209 n° 328 ; p. 223 n° 360.

assurant la propriété ou le contrôle de cette société. La Directive précise à cet égard que satisfait à ce critère la détention d'un pourcentage de 25 % des actions plus une.⁹

Il faut par ailleurs souligner que la recherche du bénéficiaire effectif est délibérément écartée dès lors que la structure juridique considérée est une société cotée¹⁰. La Directive considère que la réglementation établie dans le cadre des marchés boursiers offre une transparence suffisante¹¹ pour appréhender les comportements dangereux en matière de blanchiment.

Ainsi, toute personne qui dispose de 25 % des actions d'une société non cotée est considérée par la Directive comme son bénéficiaire effectif.

b/ Le contrôle de la direction comme critère du bénéficiaire effectif

9. La Directive donne peu d'informations sur le critère lié au contrôle de la direction de la société. Elle indique seulement que, pour les sociétés, le bénéficiaire effectif est « *la ou les personnes physiques qui exercent autrement le pouvoir de contrôle sur la direction d'une entité juridique* »¹². Est donc ici visé tout dirigeant d'une société, qu'il soit associé ou non, ou toute personne susceptible de donner des ordres au dirigeant quant à la marche sociale.

Ceci est bien évidemment très flou : comment identifier celui qui exerce « *autrement* » un contrôle sur la direction d'une société ?¹³ On saisit bien l'objet du législateur : il s'agit de mettre en lumière le dirigeant réel de la société, le maître de l'affaire, celui qui « tire les ficelles » et blanchit dans l'ombre les fonds illégaux sous le couvert d'une société dirigée par un homme de paille. Si l'idée est louable, la définition élaborée pour traquer le criminel ne convainc pas. Il semble en effet difficile d'isoler et de révéler le rapport de force occulte liant l'homme de l'ombre et celui qui agit à la lumière.

2°/ Le bénéficiaire effectif d'une entité juridique-cliente

10. La Directive vise également le bénéficiaire effectif de dispositifs juridiques distincts des sociétés, bénéficiant ou non de la personnalité morale, comme par exemple les fondations et les fonds communs (de placement ou de créances). Pour ce type de structures, le critère de caractérisation de la propriété effective est l'attribution ou le contrôle des biens détenus par l'entité juridique constituée ad hoc.

⁹ Dans le projet de Directive de la Commission du 30 juin 2004, le bénéficiaire effectif, alors appelé « *ayant droit économique* », était « *la personne physique qui, en dernier lieu, possède ou contrôle directement ou indirectement au moins 10 % des actions ou des droits de vote d'une personne morale ou qui exerce autrement une influence comparable sur la direction d'une personne morale* » (article 3 point 8). L'article 43 de la Directive impose à la Commission d'établir au plus tard le 15 décembre 2010 un rapport au Parlement et au Conseil sur le pourcentage minimal visé à l'article 3 point 6 « *en accordant une attention particulière à l'éventuelle opportunité et aux conséquences possibles d'une réduction de ce pourcentage de 25 % à 20 %* ».

¹⁰ Plus exactement, sont exclues du champ de la Directive les personnes physiques qui possèdent ou contrôlent des actions dans une « *société cotée sur un marché réglementé qui est soumise à des obligations de publicité conformes à la législation communautaire ou à des normes internationales équivalentes* ». (article 3 point 6 point a).

¹¹ Sur la transparence des marchés financiers et boursiers : D. Schmidt, *Transparence et marchés financiers et boursiers*, Revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial *La Transparence*, novembre 1993 p. 168.

¹² Article 3 point 6 de la Directive.

¹³ Le projet de Directive élaboré par la Commission en juin 2004 n'était pas plus convaincant à cet égard : la définition du bénéficiaire effectif (qualifié d'« *ayant droit économique* ») visait en effet la personne physique « *qui exerce autrement une influence comparable sur la direction d'une personne morale* » (article 3 point 8).

Si le futur bénéficiaire a été désigné, le bénéficiaire effectif est la personne physique qui sera la bénéficiaire d'au moins 25 % des biens de l'entité juridique. Si le bénéficiaire n'a pas été désigné, le bénéficiaire effectif est le groupe de personnes dans l'intérêt duquel le dispositif juridique a été élaboré. En tout état de cause, la Directive qualifie de bénéficiaire effectif toute personne physique qui exerce un « *contrôle* » sur au moins 25 % des biens de l'entité juridique.

11. On ne peut qu'être frappé par le mélange des genres. La Directive ne s'embarrasse guère de subtilités : elle mêle indifféremment des notions distinctes comme le contrôle des biens de l'entité juridique, l'attribution finale des biens de l'entité juridique et l'intérêt qui a guidé sa construction, ou plus exactement la cause de l'entité juridique. Si le procédé paraît peu orthodoxe, l'objectif est clair : sous le voile tissé par l'ingéniosité juridique se trouvent des biens destinés à des bénéficiaires que le droit communautaire entend débusquer.

Partie II : L'introduction du bénéficiaire effectif en droit interne

12. Après avoir souligné les difficultés de l'identification du bénéficiaire effectif en droit interne (I), nous envisagerons les voies de transposition de la Directive (II).

I/ Les difficultés de l'identification

13. L'identification du bénéficiaire effectif en droit interne s'avère malaisée tant à l'égard du bénéficiaire effectif contractuel (A) que du bénéficiaire effectif structurel (B).

A/ L'identification du bénéficiaire effectif contractuel

14. Les difficultés d'identification du bénéficiaire effectif contractuel se révèlent différemment quand son existence est affichée (c'est le cas de la représentation (1°)) ou quand son existence est dissimulée (c'est le cas de la simulation (2°)).

1°/ Le bénéficiaire effectif affiché : le cas de la représentation

15. Notre droit connaît de nombreux contrats qui organisent la représentation d'une partie par un tiers.

Le contrat de commission, surtout pratiqué en matière commerciale, est conclu avec un intermédiaire en vue de la conclusion d'un autre contrat (article L. 132-1 du Code de commerce). Le commissionnaire agit ostensiblement comme un intermédiaire : il agit en son propre nom et pour le compte du commettant, dont il ne révèle pas le nom.¹⁴ Dans cette figure, le bénéficiaire effectif qui est le commettant peut ne jamais se révéler aux tiers.

En matière de blanchiment de capitaux, la déclaration de command dans le cadre d'une vente aux enchères est une forme particulièrement sensible. On sait que dans pareille figure, un acheteur (le command) fait acheter un bien par une autre personne (le commandé) qui déclare qu'elle agit pour autrui sans préciser immédiatement son identité. Il est souvent stipulé un

¹⁴ Cass. Com. 6 juillet 1960, Bull. Civ. III n° 257 ;
Cass. Com. 7 mai 1962, Bull. Civ. III, n° 240 ;
Cass. Com. 3 mai 1965, Bull. Civ. III n° 280.

délai pendant lequel le commandé doit révéler au vendeur le nom du command.¹⁵ Si le nom est indiqué dans le délai convenu, il y a représentation : la vente lie directement le vendeur au command. Si en revanche le nom n'est pas indiqué, la vente est conclue entre le vendeur et le commandé et le transfert de propriété ultérieur de la chose au command constitue une seconde vente.¹⁶ Cette formule peut être utilisée pour acheter en toute discrétion une œuvre d'art avec des fonds illicites.

16. Dans ces hypothèses, l'existence d'un bénéficiaire effectif distinct du contractant apparent est affichée. L'identité du bénéficiaire effectif est souvent révélée, de façon immédiate ou différée (comme dans le cas de la déclaration de command), mais elle reste parfois dissimulée (quand le commissionnaire ne révèle pas la personnalité du commettant). Le mécanisme de la représentation permet donc de dissimuler l'identité du bénéficiaire effectif, même si son existence est affichée.

2°/ Le bénéficiaire effectif dissimulé : le cas de la simulation

17. La simulation « consiste, de façon générale, à créer une fausse apparence afin de dissimuler la réalité »¹⁷. Il s'agit pour J. Carbonnier d'un « mensonge concerté entre les contractants » qui « conviennent de dissimuler leur volonté véritable derrière un contrat qui ne sera qu'une apparence »¹⁸. La convention dite de « prête-nom » est l'une des applications les plus utilisées de la théorie de la simulation.¹⁹

Notre droit ne condamne pas en principe la simulation²⁰ : la simulation n'a généralement pas de conséquences propres car « elle ne nuit ni ne profite »²¹.

¹⁵ En matière de vente judiciaire d'immeuble, la déclaration de command est prévue par l'article 707 du Code de procédure civile qui dispose : « L'avocat dernier enchérisseur est tenu, dans les trois jours de l'adjudication, de déclarer l'adjudicataire et de fournir son acceptation ou de représenter son pouvoir, lequel demeure annexé à la minute de la déclaration ; faute de ce faire, l'avocat est réputé adjudicataire en son nom. Tout adjudicataire a la faculté de déclarer command dans les vingt-quatre heures de la déclaration de l'avocat. Cette faculté appartient à l'avocat réputé adjudicataire à la charge par lui de l'exercer dans les vingt-quatre heures de l'expiration des trois jours indiqués ci-dessus, sans préjudice des dispositions de l'article 715. »

¹⁶ P. Malaurie et L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, Defrénois 2004 p. 323 n° 535.

¹⁷ J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de Droit civil – Les effets du contrat*, LGDJ 3^{ème} édition 2001 p. 928 n° 865.

¹⁸ J. Carbonnier, *Droit civil – Les obligations*, PUF 22^{ème} édition 2000 p. 172 n° 84.

On distingue traditionnellement trois formes de simulation : la fiction (la simulation porte sur l'existence même de l'acte), le déguisement (la simulation porte sur la nature de l'acte) et l'interposition de personne (la simulation porte sur la personne des contractants) : B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil – les obligations – 2. Contrat*, Litec 6^{ème} édition 1998, p. 391 n° 1110 et s ; F. Deboissy, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ 1997 p. 31 n° 77 et s.

¹⁹ J. Mestre et B. Fages, note sous Cass. Civ. 1^{ère} 28 novembre 2000, RTDCiv. 2001. 134 ; L. Arcelin, *Interposition de personne et prête-nom : deux cas de simulation ?*, Petites affiches 16 juillet 2002 n° 141 p. 20.

Contra : F. Leduc, *Réflexions sur la convention de prête-nom*, RTDCiv. 1999. 283 ; R. Libchaber, note sous Cass. Civ. 1^{ère} 28 novembre 2000, Defrénois n° 4/01 p. 237.

²⁰ Quelles que soient les réserves de certains (J. Carbonnier, *Droit civil – Les obligations*, op. cit. p. 176 n° 87), le procédé n'est pas interdit par le droit : B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil – les obligations – 2. Contrat*, op. cit. p. 388 n° 1101 et p. 393 n° 1116.

²¹ J. Carbonnier, *Droit civil – Les obligations*, op. cit. p. 173 n° 85.

La simulation n'est pas en soi une cause de nullité de l'acte secret qui a été valablement consenti par les parties. La jurisprudence affirme que la simulation n'est pas en elle-même une cause de nullité d'un contrat : Cass. Civ. 1^{ère} 22 octobre 1975, D. 1976, I.R. 6 ; Cass. Civ. 1^{ère} 11 juillet 1979, D. 1979, I.R. 548, JCP 1979, IV, 315 ; Cass. Com. 26 mars 1996, D.A. 1996. 691, RJDA 1996 n° 1054, JCP ed. E 1996, II, 884 note E. Jeuland.

18. L'objet de la simulation est souvent de dissimuler derrière un ayant droit apparent le véritable ayant droit économique d'une opération. Le bénéficiaire effectif d'un acte simulé est donc l'ayant droit économique de l'opération. C'est dans le cas de l'interposition de personne que l'on se rapproche le plus de la notion communautaire de bénéficiaire effectif. Quand la simulation porte sur la personne même du contractant, une personne figure à l'acte (une épouse ou un ami par exemple) mais c'est au profit ou l'encontre d'une autre que l'acte produit ses effets. L'intervenant réel, le bénéficiaire économique de l'opération se dissimule sous les traits d'un autre. Comme dans la Directive, le bénéficiaire effectif de l'opération est « *la personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée.* »

Le mécanisme de la simulation permet donc de dissimuler l'identité du bénéficiaire effectif dont l'existence-même reste cachée.

B/ L'identification du bénéficiaire effectif structurel

19. Diverses techniques tant françaises (1°) qu'étrangères (2°) rendent malaisée l'identification du bénéficiaire effectif en droit interne.

1°/ Les difficultés d'identification au regard de techniques françaises

20. L'identification du bénéficiaire effectif imposée par le droit communautaire peut soulever des difficultés en cas d'aménagement de la propriété de titres de société (a) ou de l'exercice des droits de vote des associés (b).

a/ L'aménagement de la propriété des titres

* Le démembrement de titres sociaux

21. L'identification du bénéficiaire effectif d'une société dont les parts ou les actions sont grevées d'un usufruit s'avère malaisée.

En vertu de l'article 1844 du Code civil, le droit de vote appartient au nu-propiétaire des parts sociales, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier. Les statuts peuvent déroger à cette règle supplétive²², à la condition toutefois que le droit du nu-propiétaire de participer aux décisions collectives ne soit pas écarté²³. Dans les sociétés par actions, le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propiétaire dans les assemblées générales extraordinaires.²⁴ Enfin, pour l'attribution des prérogatives qui ne sont pas réglées spécialement par la loi, la meilleure solution consiste pour certains auteurs à reconnaître la qualité d'associé au nu-propiétaire.²⁵

²² Alinéa 3 de l'article 1844 du Code civil.

²³ Cass. Com. 4 janvier 1994, JCP ed. E, I, 363 n° 4, observations A. Viandier et J.J. Caussain ; Bull. Joly 1994 n° 62 et 68 p. 249 et 279 note J.J. Daigre.

Cass. Com. 9 février 1999, Rev. Soc. 1999, 81, note P. Le Cannu ; JCP ed. E. 1999, I, 724 note Y. Guyon.

²⁴ Article L. 225-110 du Code de commerce.

²⁵ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Tome 1 Volume 2 *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, LGDJ 18^{ème} édition 2002 p. 67 n° 1086 ; J.J. Daigre, *Un arrêt de principe : le nu-propiétaire de droits sociaux ne peut être totalement privé de son droit de vote (à propos de Cass. Com. 4 janvier 1994)*, Bull. Joly 1994, n° 62 p. 249 ; J.P. Chazal, *L'usufruitier et l'associé*, Defrénois 2000, article 37191 p. 745 n° 4.

Contra : M. Cozian, *Du nu-propiétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ?*, JCP ed. E 1994, I, 374 ; J. Derruppé, *Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou d'actions*, Defrénois 1994, article 35894 p. 1137 ; C.

Ainsi, le nu-proprétaire bénéficie en règle générale du droit de vote, à l'exception des décisions concernant l'affectation des bénéfices qui relèvent des prérogatives de l'usufruitier.

22. Dans une première approche, on pourrait conclure que seul le nu-proprétaire est susceptible de contrôler véritablement le droit de vote dans la société : il doit donc être qualifié de bénéficiaire effectif au sens de la Directive.

Cependant, une autre analyse est possible si l'on s'attache prioritairement aux prérogatives financières : on peut en effet considérer que le bénéficiaire réel est celui qui décide de l'affectation des résultats ou bénéficie *in fine* des dividendes distribués. Dans ces conditions, le bénéficiaire effectif est celui qui dispose des droits de vote dans les décisions concernant l'affectation des bénéfices, donc l'usufruitier.

* La location d'actions

23. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 insère dans le titre III du livre II du Code de commerce un neuvième chapitre intitulé « *De la location d'actions et de parts sociales* ». Aux termes du nouvel article L. 239-1 du Code de commerce, « *les statuts peuvent prévoir que les actions des sociétés par actions ou les parts sociales des sociétés à responsabilité limitée soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option peuvent être données à bail, au sens des dispositions de l'article 1709 du Code civil, au profit d'une personne physique.* » La loi prévoit par ailleurs que cette location ne peut porter que sur des titres nominatifs non négociables sur un marché réglementé.²⁶

24. Dès lors que des titres sociaux sont loués à un tiers, qui en est le bénéficiaire effectif au sens communautaire : le locataire ou le bailleur ?

Aux termes de la Directive, le bénéficiaire effectif est « *la ou les personnes physiques qui, en dernier lieu, possède(nt) ou contrôle(nt) une entité juridique du fait qu'elles possède(nt) ou contrôle(nt) directement ou indirectement un pourcentage suffisant d'actions ou de droits de vote dans cette entité juridique* ». Dès lors, la question qui se pose est la suivante : le contrat de louage confère-t-il au locataire le contrôle d'un pourcentage suffisant d'actions ou de droits de vote dans la société ?

L'article L. 239-3 nouveau du Code de commerce dispose que « *Le droit de vote attaché à l'action ou à la part sociale 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.* »

25. Si l'on s'attache à l'exercice du droit de vote, il ressort du nouvel article L. 239-3 introduit dans le Code de commerce que le bailleur dispose du droit de vote dans les assemblées

Regnaut-Moutier, *Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ?*, Bull. Joly 1994 n° 320 p. 1155.

²⁶ L'article L. 239-1 nouveau dispose que la location d'actions ne peut porter que sur des titres nominatifs non négociables sur un marché réglementé, non inscrits aux opérations d'un dépositaire central et non soumis à l'obligation de conservation de l'article L. 225-197-1 du Code de commerce ou aux délais d'indisponibilité prévus aux chapitres II et III du titre IV du livre IV du Code du travail.

générales extraordinaires et que le locataire est titulaire du droit de vote dans les assemblées générales ordinaires.

Or la Directive ne distingue pas le droit de vote en fonction de la nature des assemblées qui sont tenues dans la société : le bénéficiaire effectif est celui qui dispose d'un pourcentage suffisant de droits de vote. Il est dès lors difficile de déterminer qui, du locataire ou du bailleur, exerce le contrôle réel sur les droits de vote : faut-il considérer que contrôle la société celui qui participe aux décisions les plus importantes (dans le cadre des assemblées extraordinaires) ou celui qui supervise la gestion sociale (dans le cadre des assemblées ordinaires) ?

26. Si l'on s'attache aux droits autres que l'exercice du vote, le bailleur exerce sur les titres sociaux les prérogatives du nu-propriétaire et le locataire celles de l'usufruitier. Aux termes de l'article 578 du Code civil, l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, à charge d'en conserver la substance. L'usufruitier a donc toutes les prérogatives de fait reconnues au propriétaire (usus et fructus) à l'exception du droit de disposer (l'abusus).

Le bénéficiaire effectif est celui qui contrôle un pourcentage suffisant d'actions. Quand les actions sont louées, qui contrôle les actions ? S'agit-il du locataire qui a le droit d'user des titres et d'en tirer les fruits ou bien du bailleur qui peut en disposer ?

27. Ainsi, que l'on s'attache au critère du contrôle des actions ou à celui du contrôle des droits de vote, il est aujourd'hui difficile d'identifier le bénéficiaire effectif d'une société quand les actions sont louées. En matière de location d'actions, compte tenu de l'approche de la Directive plus économique que politique, il nous paraît plus judicieux de s'attacher aux prérogatives économiques qu'à l'exercice du droit de vote. Donc, à ce titre, le bénéficiaire effectif serait davantage le locataire que le loueur d'actions.

b/ L'aménagement du droit de vote

28. L'aménagement de l'exercice du droit de vote dans une société découle essentiellement des conventions de vote par lesquelles les parties conviennent de voter dans un sens déterminé. Ces conventions poursuivent souvent une finalité de garantie ou de confidentialité, elles n'ont donc pas vocation à être révélées aux tiers.²⁷

En l'absence de texte, la jurisprudence valide de telles conventions dès lors qu'elles ne portent pas une atteinte grave à l'exercice du droit de vote²⁸, en manifestant un libéralisme croissant²⁹.

²⁷ D. Schmidt, *Transparence et marchés financiers*, Revue de jurisprudence commerciale, novembre 1993 p. 171.

²⁸ Sur l'évolution de la jurisprudence avant puis après le décret-loi du 31 août 1937 ayant durci les conditions de validité des conventions de vote : G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Tome 1 Volume 2 *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, op. cit. p. 383 n° 1609.

Après avoir condamné la constitution de sociétés destinées à organiser l'exercice collectif du droit de vote par les participants, la jurisprudence admet désormais la validité de sociétés holdings constituées pour définir la politique économique de leurs membres dès lors que ces derniers conservent l'exercice de leur droit de vote dans la holding commune (Cass. Com. 24 février 1987, Rev. Soc. 1988, 284 note Y. Guyon).

²⁹ Les textes récents qui reconnaissent le rôle des conventions de vote dans la définition du « *contrôle conjoint* » (article L. 233-16 du Code de commerce) ou de l'« *action de concert* » (article L. 233-10 du Code de commerce) tendent à renforcer le courant libéral de la jurisprudence actuelle.

29. Ce type de convention assure à l'associé donneur d'ordre un véritable contrôle des droits de vote dans la société. La Directive conduit donc à l'identifier comme le bénéficiaire effectif de la société. Cependant le caractère occulte de l'accord rend cette identification particulièrement délicate.

En tout état de cause, la finalité ultime de la Directive paraissant plus économique, il semble préférable de donner la priorité aux considérations financières (droit aux dividendes) plutôt que politiques (droit de vote).

2°/ Les difficultés d'identification au regard de techniques étrangères

30. Dès lors que les titres sociaux de sociétés françaises sont détenus par des associés étrangers, de nouveaux aménagements de la propriété de ces titres doivent être envisagés, qui compliquent singulièrement la question de l'identification du bénéficiaire effectif.

Il n'est évidemment pas question ici de passer en revue l'ensemble des mécanismes élaborés par les législations étrangères en la matière : nous nous bornerons à évoquer à titre d'exemple certains mécanismes utilisés par des associés anglais ou américains détenant des titres de sociétés françaises. La majorité de ces mécanismes ont pour objet la détention de titres de sociétés cotées sur un marché réglementé ; on peut toutefois parfaitement envisager qu'ils portent sur des actions ou des parts de sociétés françaises non cotées. La recherche du bénéficiaire effectif se révèle alors confuse.

Après avoir évoqué le cas du *nominee* (a), nous envisagerons celui du *partnership* (b).

a/ Le *nominee*

31. Le *nominee* est un mandataire représentant l'actionnaire et agissant pour son compte. Il s'agit essentiellement de banques étrangères, de sociétés d'investissement, de sociétés de gestion.³⁰ Une relation d'agence relie le plus souvent l'actionnaire réel et le *nominee*, mais ce dernier est parfois un véritable prête-nom de l'associé.³¹

Un auteur souligne que si le prête-nom n'est pas interdit par le droit français, l'inscription du *nominee* en compte d'actionnaire ne paraît pas souhaitable.³² Or, quand bien même elle n'est pas souhaitable, l'inscription du *nominee* en qualité d'associé dans les livres sociaux est classique. Il est dans ces conditions difficile pour la société elle-même de connaître la personnalité de ses associés véritables.

Dès lors, il semble difficile d'imposer à des tiers, qu'ils soient professionnels du droit ou du chiffre, de débusquer la personne physique propriétaire effective des titres sociaux derrière le paravent du *nominee* inscrit en compte. La recherche du bénéficiaire effectif paraît là aussi malaisée. Il appartiendra donc aux sociétés de n'accepter le recours au *nominee* que pour celui qui acceptera de dévoiler le nom de son mandant.

³⁰ A. Couret, *Actionnaires non résidents et détention de titres sur des places étrangères : la question de l'identification de l'actionnaire réel*, Droit et patrimoine n° 82 mai 2000 p. 103.

³¹ A. Couret, *ADR, EDR, nominees, trustees, partnerships, global custodians, etc.*, Rev. Soc., 1999 p. 559 n° 16.

³² A. Couret, *Actionnaires non résidents et détention de titres sur des places étrangères : la question de l'identification de l'actionnaire réel*, op. cit. p. 104.

b/ Le partnership

32. En droit anglo-saxon, la *partnership* est une société de personnes immatriculée ou non. Parfois, la *partnership* est révélée mais non immatriculée.

Quand la société est révélée sans être immatriculée, on peut tenir tout associé comme copropriétaire des titres sociaux. Si plusieurs *partners* demandent l'inscription en compte, chacun est censé agir au nom de la société et la situation est délicate.³³

La reconnaissance du bénéficiaire effectif s'avère ici encore malaisée. Si la *partnership* est dissimulée, la société et les tiers ne connaissent que le *partner* apparent. Si la *partnership* est dévoilée, l'identification du bénéficiaire effectif impose une connaissance précise des statuts de la *partnership* qui semble hautement improbable.

33. En conclusion, l'implication dans les sociétés françaises d'intervenants relevant d'un droit étranger, et particulièrement du droit anglo-saxon, complique sensiblement la recherche du bénéficiaire effectif imposée par la Directive. On comprend bien le but poursuivi par le droit communautaire de débusquer derrière le propriétaire apparent (*ownership* en droit anglais) le véritable propriétaire (*beneficial ownership*). La traduction anglaise de l'expression «*bénéficiaire effectif*» dans la Directive est d'ailleurs «*beneficial owner*» : le droit communautaire fait donc directement référence à la distinction propriété apparente/propriété réelle évoquée par le droit anglais. Cependant, l'état actuel du droit, et particulièrement les mécanismes d'inscription en compte, rend difficile toute incursion au-delà de la propriété apparente : aujourd'hui «*est actionnaire celui qui se présente comme tel et qui en a simplement la possession d'état*»³⁴. Il semble donc difficile de dévoiler efficacement la personnalité du bénéficiaire effectif d'une société.³⁵

II/ Les voies de la transposition

34. Nonobstant les difficultés posées par l'identification du bénéficiaire effectif tel qu'il est défini par la troisième Directive anti-blanchiment, le législateur français sera contraint de trouver, par les voies de la transposition, des critères d'application efficaces.

A cet égard, les deux hypothèses envisagées par la Directive doivent à nos yeux trouver une solution différente.

La notion de bénéficiaire effectif contractuel devrait pouvoir être transposée en droit interne sans difficulté théorique majeure. Notre droit pourrait en effet recevoir la définition proposée par le texte communautaire (1^{er} alinéa du 6^{ème} point de l'article 3 de la Directive) : le bénéficiaire effectif contractuel serait dès lors la personne physique pour laquelle une convention est exécutée ou une activité réalisée.

³³ A. Couret, *Actionnaires non résidents et détention de titres sur des places étrangères : la question de l'identification de l'actionnaire réel*, op. cit. p. 103.

³⁴ A. Couret, *ADR, EDR, nomines, trustees, partnerships, global custodians, etc.*, op. cit. p. 567 n° 39.

³⁵ Citons à cet égard la difficulté posée par le trust anglais. Au Royaume Uni, la loi de 1948 sur les sociétés interdit que mention soit faite de l'existence du trust sur le registre des actionnaires (les sociétés seraient sinon obligées de vérifier que chaque cession des actions concernées ne constitue pas un «*breach of trust*»). La société anglaise ignore donc le trust. Si les parts ou actions d'une société française sont détenues par une société anglaise dont un des associés est un trustee, il devient dès lors impossible de remonter jusqu'au bénéficiaire effectif, c'est-à-dire le bénéficiaire des biens du trust.

En revanche, la transposition en droit interne de la notion de bénéficiaire effectif structurel se révèle plus problématique. Trois voies semblent envisageables : la transposition au moyen des notions françaises de « *bénéficiaire* » (A), de constituant (B) ou de contrôle (C).

A/ La transposition par la notion de « *bénéficiaire* »

35. Les dispositions françaises de lutte contre le blanchiment de capitaux reposent essentiellement sur un processus de dénonciation générée par un soupçon.³⁶ En vertu de l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier, les organismes financiers sont tenus de déclarer les sommes inscrites dans leurs livres qui pourraient provenir du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées ainsi que les opérations portant sur des sommes provenant des mêmes sources illicites.

Le soupçon est renforcé dès lors que ces opérations sont effectuées par des donneurs d'ordre ou au profit de « *bénéficiaires* » dont l'identité semble douteuse. L'article L. 562-2 indique en effet : « *Les organismes financiers sont également tenus de déclarer à ce service :*

- 1. Toute opération dont l'identité du **donneur d'ordre** ou du **bénéficiaire** reste douteuse malgré les diligences effectuées conformément à l'article L. 563-1 ;*
- 2. Les opérations effectuées par les organismes financiers pour compte propre ou pour compte de tiers avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, agissant sous forme ou pour le compte de fonds fiduciaires ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation dont l'identité des **constituants** ou des **bénéficiaires** n'est pas connue. »*

La notion française de « *bénéficiaire* » dans la réglementation sur la lutte contre le blanchiment présente un intérêt évident dans le cadre d'une transposition de la Directive (1°). Toutefois, la législation française semble offrir une définition trop imprécise du « *bénéficiaire* » pour être totalement convaincante (2°).

1°/ L'intérêt de la notion française de « *bénéficiaire* »

36. Jusqu'à ce jour, la réglementation française relative à la lutte contre le blanchiment se focalise sur l'opération suspecte qui doit être dénoncée. Elle cible indirectement le « *bénéficiaire* » ou le donneur d'ordre de l'opération : si son identité est douteuse, l'opération devient suspecte et doit alors être déclarée.

Même si la perspective est légèrement différente, la réglementation française dispose donc déjà d'une notion proche du bénéficiaire effectif au sens communautaire. Les dispositions de l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier visent tout d'abord le « *bénéficiaire* » ou le donneur d'ordre d'une opération, ce qui s'apparente indubitablement au bénéficiaire effectif contractuel de la Directive. L'article L. 562-2 vise ensuite les « *bénéficiaires* » de personnes morales, de « *fonds fiduciaires ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation* ». Cette disposition rappelle évidemment la définition communautaire du bénéficiaire effectif structurel.

Ainsi, la notion de « *bénéficiaire/donneur d'ordre* » utilisée par la réglementation française en matière de lutte anti-blanchiment présente des proximités singulières avec le bénéficiaire effectif communautaire. Le droit français envisage en effet les deux types de « *bénéficiaires* »

³⁶ W. Jeandidier, *Les apports de la loi sur les nouvelles régulations économiques à la lutte contre le blanchiment*, Droit et Patrimoine n° 99 décembre 2001 p. 59.

(contractuel et structurel) ainsi qu'une large variété de personnes interposées (sociétés, fiducies...).

2°/ L'imprécision de la notion française de « bénéficiaire »

37. Si la notion de « *bénéficiaire* » proposée par l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier apparaît comme une transposition possible du bénéficiaire effectif communautaire, elle présente toutefois certaines insuffisances.

38. Le très large domaine d'application de la notion française apparaît comme un premier handicap. En effet, la réglementation française ne se limite apparemment pas aux seuls « *bénéficiaires* » personnes physiques. Dans certaines hypothèses, l'identification française du « *bénéficiaire* » ne semble donc pas assez poussée : elle peut s'arrêter à l'écran de la personnalité morale.

Par ailleurs, la notion française de « *bénéficiaire* » ne s'embarrasse pas de considérations sur le contrôle de l'entité juridique (société ou autre patrimoine d'affectation) interposée. Tout « *bénéficiaire* » d'une entité juridique, qu'il soit majoritaire ou simplement détenteur d'une petite fraction des actifs, des parts ou des droits de vote, est susceptible de rentrer dans le champ d'application de la réglementation française. Cette imprécision n'est pas satisfaisante dans la perspective communautaire : l'objet de la Directive est en effet de révéler derrière l'écran des structures juridiques les véritables détenteurs du pouvoir, les décisionnaires. Or l'état actuel de la législation française, par son imprécision, ne permet pas d'identifier le bénéficiaire effectif au sens communautaire, c'est-à-dire celui qui dispose d'un véritable pouvoir de direction sur l'entité juridique interposée.³⁷

39. L'architecture de la réglementation française, centrée sur l'opération plutôt que sur le « *bénéficiaire* », apparaît comme un second handicap. En droit interne, la lutte contre le blanchiment repose aujourd'hui d'abord sur l'identification et la déclaration d'une opération suspecte. A titre subsidiaire, les doutes sur la personnalité du « *bénéficiaire/donneur d'ordre* » d'une opération peuvent éventuellement la rendre suspecte. La logique communautaire est différente : la Directive impose en effet à certains professionnels une « *obligation de vigilance à l'égard de la clientèle* ». L'objet essentiel de ce texte, visé à l'article 8 point 1, est de contraindre les professionnels à prendre des mesures tendant à « *a) l'identification du client et la vérification de son identité sur la base de documents, de données ou d'informations de source fiable et indépendante ; b) le cas échéant, l'identification du bénéficiaire effectif et la prise de mesures adéquates et adaptées au risque pour vérifier son identité, de telle manière que l'établissement ou la personne soumis à la présente directive ait l'assurance de connaître ledit bénéficiaire effectif* ». L'utilisation de la notion française de « *bénéficiaire* » comme vecteur de la transposition du bénéficiaire effectif communautaire imposerait donc un remaniement de la construction française : il faudrait placer le « *bénéficiaire* » au centre du processus d'identification et de déclaration et non l'opération suspecte.

40. Même si la notion française de « *bénéficiaire* » se rapproche de l'esprit de la réglementation communautaire, elle paraît en l'état trop imprécise pour transposer en droit interne le concept de bénéficiaire effectif proposé par la Directive. Cependant, la définition

³⁷ L'article 8 de la Directive impose aux professionnels d'identifier le client et le cas échéant le bénéficiaire effectif : pour les personnes morales, les fiducies et les constructions juridiques similaires, cela implique « *la prise de mesures adéquates et adaptées au risque pour comprendre la structure de propriété et de contrôle du client* » (article 8 point 1).

française du « *bénéficiaire* » pourrait être le support d'une transposition assez large de la Directive, relativement floue et ouverte³⁸.

B/ La transposition par la notion de constituant

41. Outre la notion de « *bénéficiaire/donneur d'ordre* », l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier vise également le constituant d'une personne morale, d'un fonds fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation. Les organismes financiers sont tenus de déclarer les opérations intervenues avec certaines entités juridiques dès lors que leur constituant n'est pas connu.

Cette notion de constituant est intéressante car elle dépasse celle de « *bénéficiaire* » : les dispositions françaises de lutte anti-blanchiment s'attachent non seulement au « *bénéficiaire* » du montage juridique, mais également à l'initiateur de la construction. Le danger de blanchiment impose un contrôle à la fois du récipiendaire et du donateur.

Si cette approche apparaît utile, ce n'est pas celle du droit communautaire. Tout d'abord, la notion de constituant ne se justifie qu'en présence d'une entité juridique (société ou autre construction juridique) : elle n'a pas d'utilité pour qualifier un bénéficiaire effectif contractuel. Ensuite, le bénéficiaire effectif structurel au sens communautaire est l'ayant droit économique, le *beneficial owner* : le constituant de l'entité économique n'est pas envisagé. La réglementation européenne ne traque que le propriétaire de l'entité juridique ou celui qui la contrôle.

42. Ainsi, la notion de constituant telle qu'elle apparaît dans le Code monétaire et financier français se distingue nettement du bénéficiaire effectif communautaire. Elle ne saurait donc être en l'état un vecteur de transposition de la Directive. Toutefois, le concept de constituant met en lumière ce qui peut apparaître comme une faille de l'approche communautaire : la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme impose l'identification de tout intervenant suspect, qu'il agisse comme celui qui possède ou contrôle la construction juridique ou comme son initiateur.

C/ La transposition par la notion de contrôle

43. L'article L. 233-3 du Code de commerce définit la notion de contrôle au sens du droit des sociétés français.³⁹ Aux termes de cet article, une société est considérée comme en contrôlant une autre :

« 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° 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 ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans

³⁸ Or comme le souligne un auteur, la philosophie du dispositif de lutte anti-blanchiment repose sur l'évaluation du professionnel, son expérience, sa bonne connaissance du client : des définitions pré-établies et trop contraignantes ne sont donc pas souhaitables (C. Cutajar, *Rapport d'activité 2004 de la cellule de renseignement financier Tracfin*, JCP ed. G. 2005 n° 42 p. 1931 n° 559.).

³⁹ Sur la notion de contrôle : G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Tome 1 Volume 2 *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, op. cit. p. 673 n° 2002.

les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette 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. »

Une société est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Enfin, 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.

La notion française de contrôle présente un grand intérêt dans le cadre de la transposition en droit interne de la Directive : elle apporte des précisions à la définition communautaire (1°) et se révèle d'une utilité certaine (2°).

1°/ L'apport de la notion française de contrôle

44. A certains égards, la notion française de contrôle présente des traits qui la rapprochent de la définition communautaire du bénéficiaire effectif structurel. Ainsi l'article L. 233-3 du Code de commerce vise à la fois le contrôle du capital social (en termes de fraction du capital ou de droit de vote) et le contrôle de la direction de la société.

Le contrôle en droit français des sociétés vise également les accords conclus entre actionnaires permettant de bénéficier concomitamment de la majorité des droits de vote : cette disposition ajouterait une précision utile à la définition communautaire muette sur la question des conventions de vote.

La notion de contrôle en droit des sociétés français présente donc un intérêt certain dans le cadre d'une transposition en droit interne de la notion communautaire de bénéficiaire effectif.

2°/ L'utilité de la notion française de contrôle

45. Dans une première approche, la notion française du contrôle semble en l'état actuel insuffisante pour transposer en droit interne la définition communautaire de bénéficiaire effectif.

La notion française de contrôle ne concerne tout d'abord que le droit des sociétés, et plus particulièrement les sociétés commerciales. Elle ne permettrait donc de définir que partiellement le bénéficiaire effectif structurel.

Par ailleurs, le droit français envisage le contrôle exercé par une personne morale sur une autre, alors que le bénéficiaire effectif au sens communautaire est nécessairement une personne physique.

Enfin, le pourcentage retenu dans la notion française de contrôle (la majorité des droits de vote ou 40 % si aucun autre associé ne détient de fraction supérieure) est largement supérieur au quantum communautaire qui s'élève à 25 %.

Ainsi, la notion française de contrôle apparaît trop restrictive pour transposer en droit interne le concept de bénéficiaire effectif proposé par la Directive anti-blanchiment.

46. Cependant, la définition du contrôle en droit des sociétés français pourrait utilement servir de modèle pour l'élaboration d'une notion transposée de bénéficiaire effectif structurel. Même si elle est plus restrictive que la définition communautaire, la notion française de contrôle a en effet l'avantage d'être connue et largement utilisée, à défaut d'être incontestée... Si la notion de contrôle devait servir de socle à l'identification du bénéficiaire effectif structurel, il s'agirait dans cette hypothèse d'une définition précise, resserrée, du bénéficiaire effectif, une voie de transposition « dure » de la notion communautaire.

CONCLUSION

47. La recherche du bénéficiaire effectif s'annonce délicate.

D'une part, la définition proposée par la Directive est passablement floue : il est nombre d'hypothèses où la qualification du bénéficiaire effectif ne donne pas de solution ou plusieurs solutions à la fois. La Directive mêle les notions de propriété, de contrôle, voire de direction, à tel point que toute personne concernée de près ou de loin par une opération ou une entité juridique peut finalement être qualifiée de bénéficiaire effectif. A trop vouloir embrasser, la Directive ne saisit plus grand chose...

D'autre part, la détermination des personnes chargées de l'identification du bénéficiaire effectif laisse dubitatif : les professionnels du droit et de la finance, les conseils et les comptables, les agents immobiliers et autres prestataires de services se voient imposer de très lourdes obligations d'investigation. La Directive leur demande en effet de remonter aux sources des systèmes élaborés. Pour les professionnels concernés, une telle mission semble irréaliste (en termes de capacité technique, de temps, et de coût⁴⁰), voire inappropriée⁴¹ (des organismes privés peuvent-ils être des « *auxiliaires forcés du ministère public* »⁴² ?).

48. On peut cependant comprendre les nécessités de la poursuite du bénéficiaire effectif compte tenu du « *risque systémique* »⁴³ posé par le blanchiment d'argent et le terrorisme. Il faut simplement espérer que les voies de la transposition choisies par le législateur français faciliteront la tâche des professionnels en précisant les contours encore flous du bénéficiaire effectif. Réponse en décembre 2007...⁴⁴

⁴⁰ Toute information a une valeur et toute recherche a un coût (J. Carbonnier, *La transparence, Propos introductifs*, Revue de jurisprudence commerciale, novembre 1993 p. 11). L'identification du bénéficiaire effectif a donc un coût. Est-ce aux banques et aux conseils de le supporter ? En tout état de cause, ils se trouveront à terme contraints de majorer le prix de leurs prestations, ce qui entraînera un coût général pour l'économie.

⁴¹ Vérification et délation deviennent le lot des établissements financiers et des conseils : on s'éloigne fort des activités essentielles de ces entreprises...

⁴² M.A. Frison-Roche, *La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques*, D. 2001 p. 1932.

⁴³ M.A. Frison-Roche, *La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques*, D. 2001 p. 1932.

⁴⁴ Peut-être davantage si le législateur sensé devait manquer de diligence dans la transposition des textes communautaires en matière de blanchiment (le 17 octobre 2005, la Commission européenne a engagé des poursuites contre la France pour ne pas avoir transposé les règles communautaires de la 2^{ème} directive Blanchiment de 2001 : Droit et Patrimoine n° 580, 2 novembre 2005, *Echos professionnels* p. 1).