

Anonymat des sociétés par actions et transparence : une (r)évolution juridique

Deux textes différents imposent dorénavant la constitution d'un registre des « *bénéficiaires effectifs* », obligeant les sociétés à déclarer, sous forme de liste déposée au greffe, les personnes physiques qui directement ou indirectement contrôlent plus de 25 % de leur capital ou droits de vote.

Il s'agit de l'ordonnance n°2016-1635 du 1^{er} décembre 2016, transposant la directive européenne 2015/847 du 20 mai 2015 et de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016.

Ce nouveau dispositif, qui impose des obligations strictement formelles et administratives, va en pratique modifier la pratique du droit des sociétés en France, et la logique de ses acteurs habitués à la discrétion de l'anonymat des sociétés par actions.

En effet, le droit des sociétés est caractérisé depuis près de 150 ans par la faculté offerte à ses acteurs de revêtir d'un voile d'opacité, parfaitement légal cependant, leurs opérations commerciales et financières. (I)

Le régime mis en place modifie considérablement l'état du droit en instituant un processus et un dispositif obligeant les sociétés, commerciales ou non, à une transparence permanente et circonstanciée. (II)

Enfin, la mise en œuvre de ce dispositif aura certainement en pratique des conséquences qui dépasseront son champ d'application – lutte contre le terrorisme et contre le blanchiment d'argent – ; elle risque donc de faire voler en éclats les rares espaces de discrétion qui semblaient préservés. (III)

I. L'ANONYMAT DES DÉTENTIONS CAPITALISTIQUES : UN ÉTAT DE FAIT ET DE DROIT DEPUIS 150 ANS

Depuis la création des sociétés par actions, c'est-à-dire depuis le début du XIX^e siècle, celles-ci sont caractérisées par l'anonymat de leurs souscripteurs et actionnaires. D'où l'appellation de « *sociétés anonymes* ».

Créées par le Code de commerce en 1807, les sociétés anonymes peuvent être librement créées, sans autorisation du gouvernement, depuis la loi du 24 juillet 1867.

Cette discrétion originelle va de pair avec la fongibilité des actions, leur libre cessibilité et la limitation de la responsabilité des associés à hauteur de leurs apports.

Tout a été fait, conçu, pour permettre le libre



Luc Pons

apport et la libre circulation de capitaux pour créer des entreprises commerciales.

La responsabilité des actionnaires étant limitée aux montants de leurs apports et leurs titres pouvant être librement cédés, la connaissance de leur identité était sans grande importance, sauf dans l'ordre interne notamment pour l'accès aux assemblées générales et les droits de vote.

Tel était le cas, originellement, pour les sociétés par actions qu'étaient les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions.

L'anonymat, en revanche, n'existait pas s'agissant des sociétés dites de personnes (SNC, sociétés civiles...) ou des sociétés dites « *mixtes* » (SARL). Toutefois, la connaissance de l'identité des associés desdites sociétés de personnes ne s'appliquait qu'au premier niveau de détention, c'est-à-dire aux associés directement titulaires de titres dans la structure considérée. Au-delà, dès lors qu'une société par actions était interposée, un anonymat « *de deuxième rideau* » s'appliquait.

La création et le développement fulgurant de la société par actions simplifiée a entraîné la démultiplication des effets de l'anonymat des sociétés par actions. En effet, la SAS, créée

en 1994, va rapidement constituer une forme sociétaire très utilisée par les opérateurs (56 % des sociétés créées en 2016 – Source INSEE).

Cet anonymat, historique et légal, pouvait être considéré comme légitime car discrétion ne signifie pas nécessairement dissimulation, et encore moins dissimulation frauduleuse.

On peut en effet souhaiter, légitimement, ne pas vouloir divulguer ou révéler les structures de détention, les alliances capitalistiques, les organisations patrimoniales, familiales ou successorales, qui organisent ou charpentent son patrimoine professionnel ou familial.

Les opérateurs se sont ainsi habitués, depuis des décennies, à pouvoir constituer librement, légalement, des structures sociétaires parfaitement opérantes sans que soit connu leur actionariat immédiat ou ultime.

Les dispositions récemment entrées en vigueur vont modifier totalement cet état de fait.

II. L'INSTAURATION D'UN REGISTRE DES BÉNÉFICIAIRES EFFECTIFS

Le dispositif nouvellement instauré est lourd.

Tout d'abord, sont concernées toutes les sociétés civiles et commerciales ayant leur siège dans un département français et jouissant de la personnalité morale, toutes les personnes morales dont l'immatriculation est prévue par des dispositions législatives ou réglementaires, ainsi que les GIE. Les sociétés commerciales dont le siège est situé hors d'un département français (donc de nationalité étrangère) et qui ont un établissement dans un département français sont également concernées. Les sociétés cotées sont en revanche exclues du dispositif.

Toutes les sociétés créées à partir du 1^{er} août 2017 devront établir et déposer au Registre du commerce et des sociétés un registre des bénéficiaires effectifs et toutes celles créées avant cette date devront l'avoir déposé avant le 1^{er} avril 2018.

Le registre est établi lors de l'immatriculation et doit être mis à jour chaque fois que les informations qu'il contient sont modifiées.

Ce registre doit indiquer la liste des « *bénéficiaires effectifs* ». Les bénéficiaires effectifs s'entendent des personnes physiques qui de fait ou de droit contrôlent directement ou indirectement plus de 25 % du capital et/ou

des droits de vote de la structure concernée ou bien qui « *exercent par tout moyen un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration et de direction de la société ou sur l'assemblée générale des associés* ».

L'objectif du registre des bénéficiaires effectifs est donc de déclarer qui en dernier ressort, ultimement, contrôle même indirectement la structure juridique y compris au travers d'une succession de holdings, d'accords capitalistiques, etc.

Des dispositions spécifiques existent pour traiter les détentions de type fiduciaire ou par des organismes de placements collectifs.

Ce registre est accessible :

- à la société concernée ;
 - « *sans restriction* » à différentes autorités compétentes visées par la loi : les autorités judiciaires dans le cadre de leurs missions, la cellule de renseignement financier nationale, l'administration des douanes, les agents chargés du recouvrement en matière fiscale ;
 - « *sans restriction* » également aux autorités « *de contrôle mentionnés à l'article L. 561-36 du Code Monétaire et Financier* », cet article visant une quinzaine d'organismes ou d'autorités administratives indépendantes telles l'Autorité de contrôle prudentielle et de résolution, l'AMF, les conseils de l'Ordre des barreaux, les chambre des notaires, la chambre de discipline des commissaires-priseurs judiciaires, les commissaires aux comptes, les fédérations sportives, l'ordre des experts-comptables etc. L'article R. 561-57 vient préciser pour chaque autorité concernée les personnes habilitées et les conditions d'accès aux informations ;
 - aux personnes assujetties à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme selon l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier au sein des institutions financières, des établissements de crédit, des prestataires de service d'investissements... ;
 - et enfin, à toute personne justifiant d'un intérêt légitime après autorisation du le juge commis à la surveillance du RCS. Le juge, saisi par requête et statuant sur ordonnance (donc aux termes d'une procédure non contradictoire) peut fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués dans la requête. Il peut procéder même d'office à toute investigation utile et a la faculté d'entendre sans formalités les personnes susceptibles de l'éclairer ainsi que celles dont l'intérêt risque d'être affecté par la décision. Il peut se prononcer sans débat. Sa décision est susceptible d'appel.
- Cette dernière faculté d'accès au registre par toute personne justifiant d'un intérêt légitime risque d'ouvrir, nous le verrons, des

possibilités élargies d'accès aux informations traditionnellement confidentielles, peut-être même dans des cas où seuls des intérêts privés sont en jeu.

Le non-respect du dispositif est assorti de lourdes sanctions. Le fait de ne pas déposer au RCS le registre relatif aux bénéficiaires effectifs ou de déposer un document portant des informations inexacts ou incomplètes est sanctionné pénalement ; il s'agit d'un délit correctionnel.

En outre, le président du tribunal peut par injonction demander aux sociétés concernées d'avoir à constituer et/ou compléter le registre.

Enfin, et très pratiquement, le non-dépôt dudit registre devrait entraîner un gel de toutes les formalités nécessitant une intervention du greffe du tribunal de commerce.

III. UN CHANGEMENT DE PARADIGME

L'application de ce nouveau dispositif va entraîner de nombreuses conséquences, souhaitées ou non par le législateur, dont on peut esquisser les premiers contours.

Il s'agit d'une réglementation assez lourde qui impose aux sociétés, et à ceux qui les dirigent, une vigilance constante quant à l'évolution de leur actionnariat direct, indirect et ultime, alors même que les déclarants ne sont pas toujours en mesure de connaître précisément les informations qu'elles doivent rassembler.

Tous les dirigeants connaissent la composition du capital de la société qu'il dirige, en tout cas au premier niveau de détention.

En revanche, il existe un grand nombre de cas où les dirigeants eux-mêmes ne connaissent pas précisément la structure capitalistique ultime gouvernant le capital des sociétés qu'ils dirigent voire même ne disposent pas des moyens d'obtenir rapidement ces informations (sauf à saisir eux-mêmes le Juge). On fait donc peser une responsabilité pénale sur des dirigeants qui n'ont pas toujours les moyens de remplir les obligations mises à leur charge.

Un grand nombre de sociétés en France sont notamment contrôlées ultimement, après une succession de *holdings*, par des groupes français ou étrangers, eux-mêmes contrôlés via d'autres *holdings* ou d'autres modes juridiques de détention (*trust*, *fiducie* etc.) par des personnes physiques qui, ressortissantes ou non de la Communauté européenne, souhaitent rester discrètes sur les modalités et l'étendue de la détention de leurs actifs.

En outre, nul ne peut dire si le dirigeant responsable de la déclaration sera dûment averti de modifications intervenues pour des questions successorales, commerciales, stratégiques ou financières, à l'ultime bout de la chaîne de détention.

Toutes les sociétés vont devoir donc mettre en place, avec une fiabilité incertaine, des procédures d'établissement du registre des bénéficiaires effectifs et des systèmes de veille ponctuels et/ou périodiques.

Enfin, on peut s'interroger sur l'étendue des personnes qui seront habilitées à accéder aux informations du registre.

Outre la très longue liste des autorités administratives, judiciaires ou professionnelles habilitées à avoir accès au registre, la possibilité est laissée à tout intéressé justifiant d'un motif légitime de saisir la justice, selon une procédure non contradictoire, afin d'accéder au registre des bénéficiaires effectifs d'une société.

Aucun texte ne définit la notion d'intérêt légitime dont les contours seront donc progressivement dessinés par une casuistique jurisprudentielle d'autant plus féconde qu'il existe plus de 130 tribunaux de commerce et autant de juges requis à la surveillance du registre.

Or, il y a une multitude d'intérêts parfaitement légitimes, voire même parfaitement reconnus par la loi, qui pourraient justifier un droit d'accès.

Il est probable que les salariés et/ou les institutions représentatives du personnel, au nom de la transparence du dialogue social, pourront avoir un intérêt légitime à connaître l'exacte géographie du capital des sociétés qui les emploient.

De la même manière, les concurrents, pour s'assurer du respect du droit de la concurrence et de la prohibition des pratiques abusives, pourront exciper d'un motif légitime pour solliciter un accès à ce type d'informations.

Et également les créanciers, notamment pour veiller ou prévenir le détournement d'actifs entre sociétés sœurs ou cousines préalablement à un état de cessation des paiements.

On peut aussi penser que des journalistes puissent demander, dans le cadre de leur pouvoir d'investigation, à pouvoir accéder aux registres au nom du droit à l'information des citoyens.

Enfin, notons que les informations contenues aux registres des bénéficiaires effectifs constitueront la cartographie quasi-complète de la structuration du capital et de la détention d'actifs sociaux, professionnels ou patrimoniaux, en France. Ces fichiers seront donc sensibles et les risques de détournement ou de piratage ne doivent pas être sous-estimés.

Luc Pons,

Associé,

Cabinet Racine

2017-3340

 racine
AVOCATS