



La Propriété effective en droit : Définitions et seuils

Note d'orientation politique

Janvier 2022 (publié en anglais en octobre 2020)

Aperçu 2

Projet de définition de la propriété effective 4

Définition de la propriété effective 5

Recommandations pour une définition solide 7

Seuils 12

Opérationnalisation des définitions et des seuils 20

Conclusion 22



Aperçu

Il est important de minimiser les failles et de rendre les données aussi utiles que possible pour maximiser l'impact des registres de propriété effective. Une définition juridique de la propriété effective et des seuils y afférents constituent la base sur laquelle repose un régime de divulgation. Cette définition est nécessaire pour que les personnes qui détiennent des participations importantes dans des entités juridiques soient considérées comme des bénéficiaires effectifs et aient l'obligation légale de déclarer leurs participations. Les recherches menées auprès des exécutants et des experts en matière de transparence de la propriété effective ont montré qu'un cadre législatif solide en la matière, y compris une bonne définition juridique de la propriété effective, constitue l'un des principaux facteurs permettant à la transparence de la propriété effective d'atteindre son impact politique.¹ La notion de propriété effective devrait être clairement et solidement définie dans la loi, avec des seuils bas permettant de déterminer quand la propriété et le contrôle devraient être divulgués.

Les principales définitions politiques de la propriété effective ont convergé ces dernières années, et il est possible de commencer à identifier les éléments de meilleures pratiques des définitions. L'élaboration d'une définition solide implique de s'assurer que ces éléments sont inclus dans la définition, et de les adapter à un contexte local spécifique. Les seuils à partir desquels la divulgation du bénéficiaire effectif devient une obligation légale font souvent partie des définitions juridiques et sont des sujets de débat controversés. Des seuils bas sont importants

pour garantir que la plupart ou la totalité des personnes contrôlant l'entreprise ou détenant des parts dans l'entreprise sont identifiées dans les divulgations.

Il est essentiel d'examiner attentivement les définitions et les seuils, car des décisions apparemment mineures au cours des premières étapes de la mise en œuvre pourraient avoir des conséquences importantes sur le développement des systèmes et la publication des données. Comme l'illustre la présente note d'orientation, une définition juridique non précise pourrait laisser un grand nombre d'ayant-droit économiques invisibles, sapant ainsi les objectifs de la réforme sur la transparence de la propriété effective. Les seuils qui ne sont pas proportionnels au niveau de risque que représente un individu, une entreprise ou un secteur pourraient également laisser de grands angles morts dans les régimes de divulgation.

La présente note d'orientation politique a pour but d'aider les décideurs politiques et les exécutant(e)s ou les promoteurs/trices de la transparence de la propriété effective à analyser en détail les décisions nécessaires pour définir la notion de propriété effective et fixer des seuils appropriés, ainsi qu'aux moyens de les rendre opérationnels. La note d'orientation souligne les principes politiques clés, explique pourquoi ils sont importants et met en évidence les bonnes pratiques émergentes de différents pays. La note d'orientation ne concerne que la propriété effective des sociétés, et non les fiducies ou autres dispositions juridiques.²

¹ Initiative pour la transparence dans les industries extractives et Open Ownership, « Catalysing transformative change in beneficial ownership transparency » (Catalyser un changement transformateur dans la transparence de la propriété effective). Août 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.openownership.org/uploads/Opening%20Extractives%20Research%20Report.pdf> [Consulté le 29 septembre 2020].

² Il existe des questions spécifiques en matière de divulgation du bénéficiaire effectif qui concernent les trusts et d'autres outils juridiques qui ne sont pas traitées dans cette note d'orientation. Pour les trusts, il existe un consensus général dans les sphères politiques internationales selon lequel la/le(s) constituant(es), la/le(s) fiduciaire(s), la/le(s) protecteur (rices), les bénéficiaires et toute autre personne exerçant un contrôle ultime par le biais d'une propriété directe ou indirecte ou par tout autre moyen, seraient considérés comme des bénéficiaires effectifs. Voir, par exemple, Union européenne, la « Directive (UE) 2018/843 », 30 mai 2018, article 1, paragraphe (2) (b). Disponible à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN> [consulté le 28 août 2020]; GAFI, « Guidance on Transparency and Beneficial Ownership » (Orientations sur la transparence et la propriété effective), octobre 2014, p30. Disponible à l'adresse : <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf> [Consulté le 28 août 2020]; OCDE, « Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters » (Norme d'échange automatique d'informations fiscales), 2018, p22. Disponible à l'adresse : <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-information-in-tax-matters.pdf> [consulté le 28 août 2020].



Une définition claire et solide — y compris des seuils bas utilisés pour déterminer quand la propriété et le contrôle sont publiés — constitue un élément fondamental [des Principes de Open Ownership](#). Les Principes fixent la norme pour une divulgation efficace du bénéficiaire effectif et établissent des approches pour la publication des données sur la propriété effective. Ils rendent les données publiées utilisables, précises et interopérables.



Projet de définition de la propriété effective

Un bénéficiaire effectif est une personne physique^b qui détient une certaine part ou qui bénéficie des revenus ou des actifs d'une entité juridique (propriété^c) ou qui dispose du droit de diriger ou d'influencer les activités de l'entité (contrôle^c). La propriété et le contrôle peuvent être exercés directement ou indirectement^d.

La propriété effective devrait être révélée lorsque le contrôle global d'un individu sur une société, ou les avantages économiques qu'il en retire, atteignent ou dépassent :

- 5 %^f des actions, des votes, des bénéfices ou des actifs de la société ; ou
- Le droit de nommer les membres du conseil d'administration ou les dirigeant(e)s de l'entreprise.

Le seuil de 5 %^g s'applique notamment, mais pas uniquement, aux types de participations économiques ou de contrôle suivants :

- **La propriété d'actions**
- **Le contrôle des droits de vote**
- **Le droit aux bénéfices ou à la distribution d'actifs**
- **Le droit à la jouissance des actifs de la société**^h
- **Toute autre influence ou contrôle** sur la société
- **Autres avantages économiques** tirés de la société.

Les participations d'un bénéficiaire effectif pourraient être maintenues directement ou indirectement par le biais de mécanismes incluant, mais sans s'y limiter, les éléments suivants :

- Une influence ou **un contrôle accordé par le règlement ou des statuts de la société ou par le biais d'une catégorie spéciale d'actions**.
- Un **instrument juridique** (c'est-à-dire un contrat ou un accord) qui accorde à un individu un contrôle ou un avantage financier, tel qu'un accord de participation aux bénéfices.
- Un **accord informel** qui confère à un individu le contrôle de la société ou un avantage financier provenant de la société, tel que l'exercice du contrôle par le biais d'un membre de la famille ou d'un associé sans contrat légalⁱ.
- Un **instrument financier** qui accorde des droits de propriété ou de contrôle, comme les conditions liées à un prêt.
- Une **disposition ou une structure juridique** qui permet à un individu d'exercer un contrôle par le biais d'un intermédiaire désigné, tel qu'une disposition d'actionnariat par prête-nom ou un parent exerçant un contrôle au nom d'un mineur.

Lorsqu'aucun bénéficiaire effectif d'une société n'atteint les seuils de déclaration, tous les membres du conseil d'administration et les hauts cadres devraient être déclarés comme étant les parties responsables de la déclaration.

- ^a La législation d'une juridiction devrait inclure une définition unique et unifiée de ce qui constitue la propriété effective (page 9) consistant en une définition générale polyvalente, complétée par une liste non exhaustive d'exemples des moyens par lesquels la propriété effective peut être détenue (page 9)
- ^b La définition devrait préciser qu'un bénéficiaire effectif est une personne physique (page 7)
- ^c La définition devrait couvrir à la fois les participations de propriété et de contrôle (page 7)
- ^d La définition devrait englober les participations directes et indirectes (page 7)
- ^e Les gouvernements devraient exiger la divulgation et la publication des moyens par lesquels un individu détient la propriété effective sur une société, y compris le pourcentage exact de propriété et de contrôle (page 20)
- ^f Les seuils devraient être fixés à un niveau bas afin de s'assurer que la plupart ou la totalité des personnes détenant la propriété effective et des participations de contrôle sont identifiées dans les divulgations (page 12)
- ^g Les pays devraient appliquer une approche axée sur le risque pour les seuils, et envisager d'appliquer des seuils encore plus bas aux entreprises, secteurs ou individus présentant des risques associés plus élevés — tels que les personnes politiquement exposées (PPE) — dans la législation secondaire (page 13)
- ^h Les gouvernements devraient fournir aux entreprises des orientations claires sur la manière d'identifier les bénéficiaires effectifs qualifiés et de calculer les pourcentages de propriété indirecte ; par exemple, comment calculer le seuil sur la jouissance des actifs (page 20)
- ⁱ Les définitions devraient être adaptées aux contextes locaux, par exemple en supposant une action conjointe des membres de la famille dans les pays où cela est courant (page 5)
- ^j La loi devrait inclure des obligations de déclaration pour les entreprises dans lesquelles aucune personne ne relève du seuil ou la définition de la propriété effective (page 20)

Cette définition rend compte des principales façons dont une entité juridique peut être possédée et contrôlée, mais devra être adaptée aux circonstances locales, et n'est pas destinée à être utilisée pour remplacer l'expertise législative. Le projet de définition témoigne des principes tirés des meilleures pratiques développées dans cette note d'orientation.



Définition de la propriété effective

Le Groupe d'action financière (GAFI) définit le bénéficiaire effectif comme « la/les personne(s) physique(s) qui possède(nt) ou contrôle(nt) en dernier ressort [une entité juridique], et/ou la personne physique pour le compte de laquelle une transaction est effectuée ». ³ En d'autres termes, le **bénéficiaire effectif** est la/les personne(s) qui bénéficient ou exercent un contrôle sur une entité juridique. Le concept de **propriétaire légal** d'une société est légèrement différent dans la mesure où il fait référence au propriétaire dont le nom figure sur les actions (voir Figure 1). Pour de nombreuses sociétés ordinaires non créées à des fins illicites, les propriétaires réels et légaux d'une entité donnée sont souvent la même personne, bien que ce soit loin d'être toujours le cas.

Si les formes directes de propriété et de contrôle — par exemple, par la détention d'actions ordinaires — sont relativement simples, il existe également des moyens plus complexes par lesquels les personnes physiques peuvent détenir une propriété indirecte ou exercer un contrôle indirect sur des entités juridiques. Il peut s'agir de liens de parenté ou d'autres types d'affiliation, de conventions d'actionnaires, d'actionnaires désignés et d'actions

convertibles. ⁴ De même, une personne peut tirer un avantage économique substantiel d'une entité juridique — par exemple, par la jouissance d'actifs — sans détenir aucune part de propriété formelle. La Banque mondiale souligne l'importance d'inclure la propriété indirecte dans la définition de la propriété effective, en faisant valoir que celle-ci devrait être comprise comme un concept matériel et substantiel — faisant référence au contrôle de facto d'une société — et non comme une définition purement juridique ou quantitative. ⁵

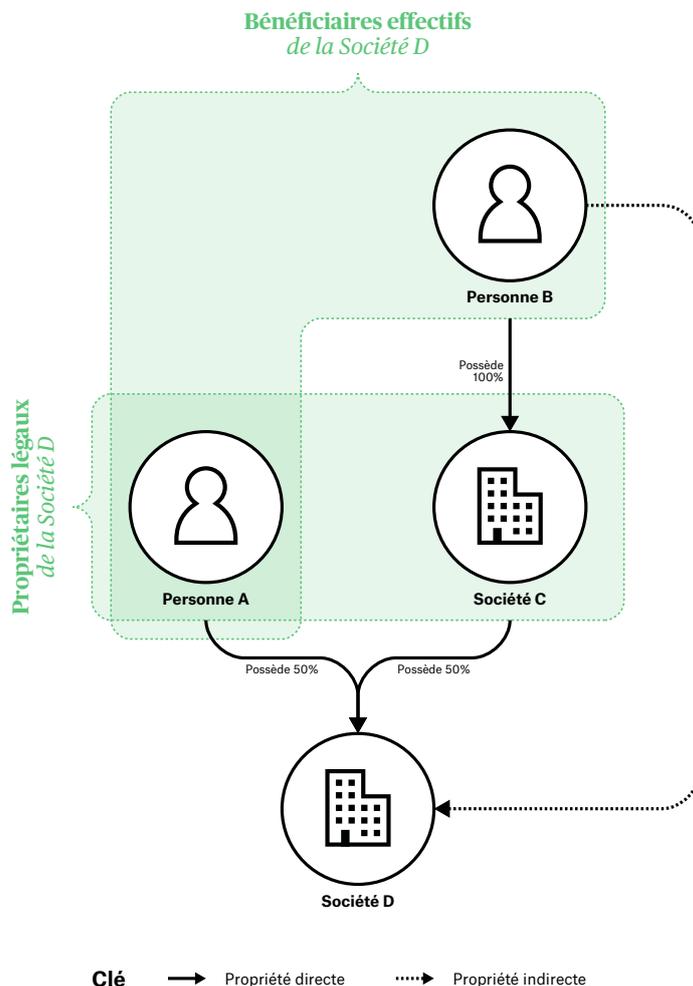
La définition de la propriété et du contrôle indirects constitue le principal défi des définitions juridiques. Le contrôle d'une société peut être exercé de nombreuses manières différentes, notamment par le biais de la propriété, d'accords contractuels ou informels. ⁶ En outre, **les moyens par lesquels un individu pourrait directement ou indirectement contrôler ou posséder une entreprise dépendront du contexte juridique spécifique** d'un pays, notamment par le biais de ses lois sur les sociétés, les successions et la fiscalité, qui peuvent toutes offrir d'autres moyens aux individus de tirer des profits d'une entreprise.

³ Orientations du Groupe d'action financière, « Transparency and Beneficial Ownership » (Transparence et propriété effective), octobre 2014. Disponible à l'adresse : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf> [Consulté le 29 septembre 2020].

⁴ Exposé de position du G20 de Transparency International, « Beneficial Ownership Principles » (Principes de la propriété effective), mai 2015. Disponible à l'adresse suivante : https://www.transparency.org/files/content/activity/2015_TI_G20PositionPaper_BeneficialOwnership.pdf [Consulté le 29 septembre 2020].

⁵ Banque mondiale, « The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It » (Les Maîtres marionnettes: Comment les corrompus utilisent les structures juridiques pour dissimuler les biens volés et les moyens pour y remédier), 2011. Disponible à l'adresse : <https://star.worldbank.org/sites/star/files/puppetmastersv1.pdf> [consulté le 29 septembre 2020].

⁶ Ibid.

Figure 1. Types de propriété


La personne A et la société C sont les propriétaires légaux de la société D. La personne B est le propriétaire légal de la société C. La personne A et la personne B sont les bénéficiaires effectifs de la société D. La personne A exerce sa propriété directement, tandis que la personne B l'exerce indirectement par le biais de la société C. La société C ne peut pas être un bénéficiaire effectif car elle n'est pas une personne physique.

Par conséquent, la meilleure façon de définir la propriété effective dans la loi consiste à **élaborer une définition qui englobe la propriété effective en tant que concept substantiel, qui soit claire, complète et applicable**. Une autre difficulté quant à l'identification des meilleures pratiques repose sur le fait que relativement peu de juridictions ont pleinement mis en œuvre la transparence de la propriété effective, et il en existe encore moins où la définition juridique de la propriété effective a été examinée par les

tribunaux (le cas de la Slovaquie, décrit dans l'Encadré 2, est une exception notable).

Pour les modes plus conventionnels d'exercice de la propriété et du contrôle, tels que la détention directe ou indirecte d'actions ou de droits de vote, les législateurs utilisent souvent des seuils de pourcentage comme moyen d'identifier la propriété effective. Fixer ces seuils trop haut pourrait présenter une faille importante, comme nous le verrons plus loin dans la présente note d'orientation.



Recommandations pour une définition solide

Malgré les difficultés susmentionnées, des exemples bonnes pratiques émergent. En tant que principe fondamental, **la propriété effective devrait être clairement et solidement définie par la loi**. Open Ownership (OO) a identifié cinq éléments clés qui fournissent les normes minimales nécessaires à de telles définitions de la propriété effective. Les trois premiers concernent les éléments constitutifs clés des définitions de la propriété effective, tandis que les deux derniers traitent des meilleurs moyens de les inscrire dans la loi.

1. Toute définition devrait préciser que **le bénéficiaire effectif doit être une personne physique**. Même lorsque des sociétés possèdent des sociétés, des personnes physiques apparaissent presque toujours à la fin de la chaîne de propriété. Ce point pourrait certes sembler évident, cependant un certain nombre de juridictions ne respectent toujours pas cette exigence. Par exemple, une étude de 2019 sur les approches juridiques en matière de transparence de la propriété effective dans les industries extractives a révélé que 7 des 16 pays étudiés ne déclaraient pas explicitement que les bénéficiaires effectifs devaient être des personnes physiques.⁷
2. **La propriété effective devrait couvrir à la fois les participations de propriété et de contrôle**. Les concepts de propriété et de contrôle d'un outil juridique sont distincts et devraient être définis séparément. Cependant, ils doivent tous deux constituer des éléments clés de la définition juridique globale de la propriété effective. La définition du contrôle devrait inclure des moyens formels et mesurables, tels que le contrôle de 25 % des votes ou le droit de nommer les membres du conseil d'administration. Les méthodes
- informelles de contrôle devraient également être incluses dans la définition, comme les cas où un individu est en mesure de diriger la prise de décision du conseil d'administration sans être un actionnaire légal, grâce à des liens familiaux ou autres. Ce sont ces derniers types de contrôle qui ont parfois reçu moins d'attention lorsque les pays élaborent leurs définitions de la propriété effective. Par exemple, une évaluation de la mise en œuvre des principes d'actionnariat du G20 réalisée en 2015 a révélé que la définition par la Chine de la propriété effective avait une conception limitée du contrôle qui ne s'étendait qu'aux actionnaires disposant de droits de vote et n'incluait pas d'autres formes de contrôle de fait.⁸
3. **La propriété effective devrait englober les participations directes et indirectes**. La propriété et le droit de contrôle peuvent être détenus aussi bien directement qu'indirectement, par le biais d'une chaîne de participations ou d'actionnaires ou d'administrateurs/trices désigné(e)s. Le bénéficiaire effectif est par conséquent souvent désigné par la notion «bénéficiaire effectif ultime». Une définition ne couvrant pas le contrôle ou la propriété exercés indirectement ne couvrira que la propriété légale et ne rendra pas compte de manière adéquate de la propriété effective. La législation kazakhe fournit un exemple de la manière dont les pays pourraient aborder cette question. L'article 47 de son Code des ressources naturelles du sous-sol et de leur utilisation dispose explicitement que : « Le contrôle indirect désigne la capacité d'une personne ou d'une organisation à contrôler une autre organisation par le biais d'une ou de plusieurs organisations tierces, entre lesquelles il existe un contrôle direct. »⁹

⁷ Afghanistan, Cameroun, Colombie, République du Congo, Kazakhstan, Liberia et Malawi. Voir : Initiative pour la transparence dans les industries extractives, « Legal approaches to beneficial ownership transparency in EITI countries » (Approches juridiques de la transparence de la propriété effective dans les pays ITIE), Juin 2019. Disponible à l'adresse : https://eiti.org/files/documents/legal_approaches_to_beneficial_ownership_transparency_in_eiti_countries.pdf [consulté le 29 septembre 2020].

⁸ Transparency International, « China Beneficial Ownership Transparency » (La transparence de la propriété effective en Chine), 2015. Disponible à l'adresse : https://www.transparency.org/files/content/publication/2015_BOCountryReport_China.pdf [Consulté le 29 septembre 2020].

⁹ Adilet, « On Subsoil and Subsoil Use » (Sur le sous-sol et l'utilisation du sous-sol), 27 décembre 2017. Disponible à l'adresse : <http://adilet.zan.kz/eng/docs/K1700000125> [Consulté le 29 septembre 2020].



Encadré 1: Définitions dans la politique internationale

Historiquement, il a existé quelques différences entre les juridictions dans leurs définitions de la propriété effective,¹⁰ créant des défis substantiels pour les utilisateurs/trices de données.¹¹ Cependant, ces dernières années, les définitions ont quelque peu convergé et il existe désormais un certain nombre de définitions internationales communément acceptées qui intègrent les trois composantes décrites ci-dessus. Pour chacune de ces définitions directrices, les définitions nationales devraient encore être adoptées ou transposées conformément aux orientations, en tenant compte du contexte juridique propre au pays. Par conséquent, nous constatons encore que les définitions divergent d'un pays à l'autre, ce qui a parfois des conséquences négatives. Par exemple, les États membres de l'Union européenne (UE) ont adopté différentes définitions de la propriété effective, certaines plus faibles que d'autres en termes de soutien à l'objectif politique de l'UE de lutte contre le blanchiment d'argent. Une personne pourrait être considérée comme un bénéficiaire effectif selon la définition d'un pays mais pas selon celle du pays voisin (voir en l'occurrence l'exemple décrit à l'Encadré 2).

- En 2014, le G20 a approuvé les Principes de haut niveau sur la transparence de la propriété effective, qui comprennent le « Principe 1 : les pays devraient avoir une définition du “bénéficiaire effectif” qui englobe la/les **personne(s) physique(s) qui possède (nt) ou contrôle (nt) en dernier ressort** la personne morale ou la disposition juridique ».
- Les recommandations du GAFI — qui couvrent 37 juridictions et 2 organismes régionaux, ainsi que 9 organismes régionaux de type GAFI (ORTG) — définissent le bénéficiaire effectif comme « la/les personne(s) physique(s) qui, en dernier ressort [y compris indirectement], **possède (nt) ou contrôle (nt)** un client et/ou la personne physique pour le compte de laquelle une transaction est effectuée. Cela inclut également les personnes qui exercent **un contrôle effectif ultime** sur une personne morale ou une disposition juridique ».¹²
- L'UE, dans sa quatrième directive contre le blanchiment de capitaux (AMLD4) — qui s'impose aux 27 États membres — reprend fidèlement cette définition, en définissant le bénéficiaire effectif comme « toute(s) **personne(s) physique(s) qui en dernier ressort, possède (nt) ou contrôle (nt)** le client et/ou la (les) personne(s) physique(s) pour le compte de laquelle/desquelles une transaction ou une activité est effectuée ».¹³
- La norme de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE), qui couvre 53 pays, définit le bénéficiaire effectif comme « la/les **personne(s) physique(s) qui directement ou indirectement possède (nt) ou contrôle (nt) en dernier ressort** la personne morale ».¹⁴

¹⁰ Banque mondiale, « The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It » (Les Maîtres marionnettes : Comment les corrompus utilisent les structures juridiques pour dissimuler les biens volés et les moyens pour y remédier), 2011. Disponible à l'adresse : <https://star.worldbank.org/sites/star/files/puppetmastersv1.pdf>

¹¹ Refinitiv, « Beneficial ownership: Are you ready for 5AMLD ? » (Propriété effective : Êtes-vous prêt pour l'AMLD 5 ? », 19 juin 2019. Disponible à l'adresse : <https://www.refinitiv.com/perspectives/financial-crime/beneficial-ownership-are-you-ready-for-5amld/> [consulté le 29 septembre 2020].

¹² Orientations du Groupe d'action financière, « Transparency and Beneficial Ownership » (Transparence et propriété effective), octobre 2014. Disponible à l'adresse : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf> [Consulté le 29 septembre 2020]. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf>.

¹³ Journal officiel de l'Union européenne, « Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil », 20 mai 2015. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L0849&from=EN> [Consulté le 29 septembre 2020].

¹⁴ Initiative pour la transparence dans les industries extractives, « Beneficial ownership: Revealing who stands behind the companies » (Propriété effective : Découvrir qui se tient derrière les entreprises ». Disponible à l'adresse : <https://eiti.org/beneficial-ownership> [consulté le 29 septembre 2020].



Lorsqu'ils cherchent à inscrire dans la loi ces trois éléments constitutifs de la définition de bénéficiaire effectif, les pays devraient adhérer aux deux principes suivants :

4. Il devrait y avoir une **définition unique et unifiée de la propriété effective dans une juridiction**, de préférence en droit primaire. Toutes les autres législations concernant la propriété effective devraient faire référence à cette loi. Comme nous le verrons plus loin, une telle mesure pourrait inclure des seuils de divulgation variables. Il n'est pas rare qu'une juridiction élabore différentes définitions de la notion de propriété effective dans différents domaines du droit, par exemple dans les lois sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et dans la législation relative aux marchés publics. Le Mexique, par exemple, a actuellement plusieurs définitions dans la loi sur la prévention et l'identification des transactions illicites, la loi sur le marché des valeurs mobilières et la loi sur les établissements de crédit, entre autres,¹⁵ et s'efforce de les harmoniser dans le cadre de ses efforts visant à créer un registre public d'ici à 2023. L'Arménie, quant à elle, définit différemment la notion de propriété effective et utilise des seuils différents dans sa loi de 2008 sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et dans la loi de 2019 sur l'enregistrement, qui régit les divulgations relatives aux industries extractives. Certes, une telle approche pourrait s'avérer utile pour initier de nouvelles obligations de divulgation du bénéficiaire effectif, cependant elle pourrait entraîner une confusion lors de la mise en œuvre et potentiellement augmenter la charge de déclaration des entreprises. L'existence d'une définition unique — avec des variations potentielles des seuils de divulgation — minimise les échappatoires et facilite la production des formulaires correspondants pour la collecte des données. Si nécessaire, certains compléments à une définition unifiée pourraient être ajoutés à la loi pour des secteurs spécifiques — par exemple, lorsque des détails supplémentaires sont nécessaires pour soutenir l'impact politique.
5. Les législateurs devraient s'efforcer de créer une **définition générale de ce qu'est la propriété effective et l'assortir d'une liste non exhaustive d'exemples de modes de détention de la propriété effective**. En effet, les entités qui cherchent à utiliser des personnes morales à des fins illicites conçoivent constamment de nouveaux moyens de tirer des avantages économiques des entreprises et d'exercer un contrôle sur elles ; autrement dit, une définition fondée uniquement sur une liste prétendument exhaustive de typologies devrait être constamment révisée. En outre, chaque contexte

juridique comporte également son propre ensemble de vulnérabilités qui pourraient être exploitées, ce qui rend tout effort visant à créer une liste internationale exhaustive également peu pratique. Par conséquent, la meilleure approche consiste pour les pays à utiliser une définition large de la propriété effective, et à la compléter par des exemples décrivant des mécanismes spécifiques de propriété ou de contrôle qui relèvent du cadre de la définition. Une définition large est importante pour les enquêteurs qui ont besoin de comprendre si des personnes spécifiques pourraient être considérées comme les bénéficiaires effectifs d'une société. Une liste d'exemples aide les sociétés soumises à des obligations de divulgation à s'acquitter avec précision de leurs obligations en la matière. Pour la détention d'actions et de droits de vote, directement ou indirectement, les pays fixent souvent des seuils en pourcentage, comme nous le verrons plus loin dans cette note d'orientation.

Ne pas tenir compte de l'un des cinq éléments décrits ci-dessus pourrait créer des failles dans un régime de divulgation du bénéficiaire effectif, susceptible de nuire à son efficacité.

¹⁵ ITIE México, « Apuntes para la divulgación de beneficiarios reales de las empresas extractivas en México », 25 novembre 2019. Disponible à l'adresse : <https://www.colaboratorio.org/wp-content/uploads/2019/11/BREITIMX-vf-25112019.pdf> [consulté le 29 septembre 2020].



Encadré 2: Slovaquie — Une étude de cas sur les définitions de la propriété effective

Le registre slovaque des partenaires du secteur public, créé en 2017, est un registre des bénéficiaires effectifs entités privées qui fournissent des biens et des services au secteur public, ou acquièrent des actifs ou reçoivent des contributions financières qualifiées du secteur public. En juin 2020, il contenait 78 608 bénéficiaires effectifs et 28 358 sociétés.¹⁶

La loi slovaque contenait auparavant plusieurs définitions du bénéficiaire effectif selon différents secteurs. Cependant, au cours de sa mise en œuvre de la directive AMLD4 de l'UE, la Slovaquie les a remplacées par une définition unifiée avec la loi n° 315/2015 (loi sur le registre des partenaires du secteur public et sur les modifications de certaines lois). Celle-ci définissait le « bénéficiaire final » dans la législation primaire slovaque sur la lutte contre le blanchiment de capitaux (loi n° 297/2008) comme suit :

« (1) Toute personne physique gérant ou contrôlant effectivement une entité juridique, une personne physique (entrepreneur(e)) ou un fonds commun d'actifs sans investissement, et toute personne physique au profit de laquelle les parties mentionnées ci-dessus exercent leurs activités ou leur entreprise est considérée comme un bénéficiaire final ; les bénéficiaires finaux sont notamment,

a) dans le cas d'une entité juridique qui n'est ni un fonds commun de non-investissement ni un émetteur de valeurs mobilières admises à la négociation sur un marché réglementé, et qui est soumise à des exigences de fourniture ou de divulgation d'informations en vertu d'une réglementation spécifique, 37) d'une réglementation équivalente d'un État membre ou de normes internationales équivalentes, le bénéficiaire final est réputé être une personne physique qui

1. détient une part directe ou indirecte, ou leur somme totale, d'au moins 25 % des droits de vote dans une entité juridique ou dans son capital social, y compris les actions nominatives et au porteur,
2. a le droit de nommer, de désigner autrement ou de révoquer un organe statutaire, un organe de gestion, un organe de surveillance ou un organe de contrôle de l'entité juridique ou tout membre de ces organes,
3. exerce le contrôle d'une entité juridique autrement qu'en vertu des points (1.) et (2.) ci-dessus,

4. a droit à au moins 25 % de participation économique dans l'entreprise de l'entité juridique concernée ou dans une autre activité entreprise par l'entité juridique,

b) dans le cas d'une personne physique-entrepreneur(e),¹⁷ le bénéficiaire final réputé est une personne physique ayant droit à au moins 25 % de participation économique dans l'entreprise de la personne physique-entrepreneur(e) concernée, ou dans une autre activité entreprise par la personne physique-entrepreneur(e),

c) dans le cas d'un fonds commun de placement, le bénéficiaire final réputé est une personne physique qui

1. est le fondateur/la fondatrice ou le/la constituant(e) du fonds commun de placement ; lorsque le fondateur/la fondatrice ou le/la constituant(e) est une personne morale, le/la bénéficiaire final(e) réputé(e) est une personne physique au sens du point (a),

2. est habilitée à désigner, nommer ou révoquer un organe statutaire, un organe de gestion, un organe de surveillance ou un organe de contrôle du fonds commun de placement ou les membres de ses organes, ou est membre d'un organe habilité à désigner, nommer ou révoquer ces organes ou l'un de leurs membres,

3. est un organe de gestion, un organe de surveillance ou un organe de contrôle ou tout membre de ces organes,

4. reçoit au moins 25 % des fonds fournis par le fonds commun de placement lorsque les futur(e)s bénéficiaires des fonds ont été spécifié(e)s ; lorsque les futur(e)s bénéficiaires des fonds n'ont pas été spécifié(e)s, un groupe de personnes tirant un profit considérable de la fondation ou du fonctionnement du fonds commun de placement est considéré comme un bénéficiaire final.

(2) Dans le cas où aucune personne physique ne répondrait aux critères énumérés au paragraphe (1) (a), les membres de la direction générale sont considérés comme des bénéficiaires finaux ; l'organe statutaire, un membre de l'organe statutaire, le détenteur du procura et le responsable principal relevant directement de l'organe statutaire sont considérés comme des membres de la direction générale.

Une personne physique qui ne remplit pas seule les critères du paragraphe (1), alinéas (a), (b), ou (c), points (2.) à (4.), mais qui remplit au moins un de ces critères conjointement avec une autre personne agissant en

¹⁶ Ministerstvo Spravodlivosti Slovenskej Republiky, « Rozšírené vyhládavanie », Disponible à l'adresse : <https://rpvs.gov.sk/rpvs/Partner/Partner/VyhľadavaniePartnera> [Consulté le 23 juin 2020].

¹⁷ Une personne physique-entrepreneur(e) est une forme organisationnelle et juridique simple que l'on trouve en Slovaquie, et un moyen de mener des activités sans fonder une entité juridique, similaire à un(e) entrepreneur(e) privé(e) ou à un travail indépendant.



concordance ou partageant la même procédure, est également considérée comme bénéficiaire final(e).¹⁸

Le législateur slovaque a essayé de se calquer autant que possible sur l'intention de la définition de l'UE qu'il transposait, tout en l'adaptant au contexte national. Ainsi, il a maintenu tous les éléments de la définition de l'UE, mais en y ajoutant certaines dispositions relatives au contrôle conjoint et à l'action coordonnée, qui étaient fondées sur des expériences slovaques pratiques d'actes répréhensibles. Cela signifie que si une personne ne répond pas individuellement à la définition ou au seuil de l'organisation criminelle, elle pourrait néanmoins le faire conjointement avec une ou plusieurs autres personnes. Un contrôle conjoint et une action coordonnée sont présumés, par exemple, si les personnes sont des membres d'une famille, ou si différents actionnaires présentent un historique de vote similaire.

La définition slovaque énumère un certain nombre de critères spécifiques (« en particulier ») de la propriété effective, tout en restant large dans d'autres domaines, préservant ainsi la nature substantielle de la définition. Par exemple, une voiture coûteuse appartenant à une société, mais conduite par une personne qui n'est pas employée par cette société (jouissance des biens) serait couverte par la formulation du point (1) c) 4 : « profit considérable », qui couvre tout type d'avantage économique auquel une personne n'a pas droit en vertu de la loi. Il n'est pas rare en Slovaquie que des entreprises autorisent des hommes politiques à conduire leurs voitures de luxe. La définition couvre également les personnes qui pourraient ne pas avoir de contrôle au moment précis, mais susceptible d'en acquérir instantanément lorsqu'elles le souhaiteraient.

Les différences de définition de la propriété effective entre les pays peuvent signifier qu'une personne pourrait être identifiée comme bénéficiaire effectif d'une société dans un pays, mais pas dans un autre. Cette situation a déjà été observée dans des cas où des multinationales ont des filiales locales à la fois en Slovaquie et dans la République tchèque voisine, et sont donc soumises à des exigences de déclaration différentes dans les deux pays.¹⁹ Au moment de la rédaction du présent briefing, la formulation proposée dans une nouvelle loi tchèque sur la propriété effective, qui devrait être adoptée en novembre 2020, ne comprenait pas d'exemples (il manquait les mots « en particulier »), mais était présentée comme une liste exhaustive de critères selon lesquels une personne pourrait être considérée comme un bénéficiaire effectif. Cette limitation risque de réduire la propriété effective d'un concept substantiel à quelque chose de juridique et formel. En Slovaquie, si une personne détient 24,9 % des actions — tombant ainsi sous le seuil de divulgation — et que les autres actionnaires n'en détiennent pas plus de 1 % chacun, cette personne devra quand même divulguer sa propriété effective si, par exemple, les statuts de la société lui permettent de prendre des décisions importantes.

La robustesse de la définition slovaque a été testée par les tribunaux. Un tribunal ne peut pas identifier les bénéficiaires effectifs, mais pourrait décider si une personne donnée est ou non un(e) bénéficiaire effectif — par exemple, si une société est contestée sur sa divulgation, la charge de la preuve incombant à la société en vertu du droit slovaque. Le tribunal a déjà rendu plus d'une douzaine de décisions concernant les bénéficiaires effectifs. Il a notamment radié des sociétés du registre, les rendant ainsi inéligibles aux marchés publics.²⁰

¹⁸ SlovLek, « 297/2008 Coll. » 25 octobre 2016. Disponible à l'adresse : https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2008/297/vyhlasene_znenie.html [consulté le 29 septembre 2020].

¹⁹ Voir Open Ownership, « Early impacts of public registers of beneficial ownership: Slovakia » (Premiers effets des registres publics de propriété effective en Slovaquie), septembre 2020. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.openownership.org/uploads/slovakia-impact-story.pdf> [Consulté le 14 octobre 2020].

²⁰ Voir, par exemple, Ministerstvo Spravodlivosti Slovenskej Republiky, « Zverejňovanie súdnych rozhodnutí a ďalších informácií (InfoSúd) », novembre 2018. Disponible à l'adresse : <https://obcan.justice.sk/infosud/-/infosud/i-detail/rozhodnutie/3b90ffbc-a519-4e53-9627-329d6708b85d%3A4744e659-e5a2-42b3-a069-06abc5302a19> [consulté le 29 septembre 2020].



Seuils

Pour les formes les plus courantes de propriété et de contrôle — à savoir la possession directe ou indirecte de parts de propriété, de droits de vote et de droits sur les revenus — la plupart des juridictions fixent un seuil pour les obligations de divulgation, exprimé en pourcentage de la propriété ou du contrôle total. La détermination du niveau auquel fixer ces seuils est souvent au centre des débats lorsque les pays élaborent des définitions juridiques de la propriété effective. En règle générale, **il est important de fixer des seuils peu élevés afin de garantir que la plupart ou la totalité des personnes jouissant de la propriété effective et des participations de contrôle pertinentes soient identifiées dans les divulgations**. Cependant, il n'existe pas de seuil unique, car différents pourcentages seront appropriés en fonction des différents objectifs politiques poursuivis par les gouvernements par le biais de la transparence de la propriété effective. De même, certaines économies ou certains secteurs industriels associés à des risques plus élevés de criminalité financière devraient appliquer des seuils plus stricts. S'il est vrai que les seuils pourraient toujours être exploités par des personnes cherchant à éviter les obligations de divulgation, en limitant leur participation juste en dessous du niveau imposé par la loi, l'application de seuils bas rend cette pratique plus difficile. En outre, lorsqu'il existe une définition solide de la propriété effective, qui intègre les critères substantiels (et moins courants) de propriété et de contrôle détaillés ci-dessus, certaines personnes pourraient être tenues de divulguer leur propriété effective d'une société, même si leur participation est inférieure au seuil.²¹ Sur la base de l'expérience d'OO en matière de soutien à la mise en œuvre de réformes sur la propriété effective, plusieurs pays estiment qu'un seuil compris entre 5 % et 15 % — mais parfois aussi bas que 0 % pour certaines personnes ou certains secteurs — constitue un bon équilibre entre les différentes questions abordées dans cette section.

²¹ Par exemple, un individu pourrait toujours être qualifié de bénéficiaire effectif s'il a un droit de jouissance sur des actifs substantiels de la société, même s'il ne contrôle que peu ou pas d'actions de cette entité.



Encadré 3: Seuils dans la politique internationale

Aucun consensus international clair n'a émergé sur le niveau auquel les seuils devraient être fixés, bien qu'il existe des preuves d'une tendance ces dernières années vers des seuils plus bas.

Dans ses orientations de 2014 sur la transparence de la propriété effective, le GAFI ne recommande pas un niveau de seuil spécifique, mais mentionne plusieurs exemples de chiffres à 25% pour illustrer le fonctionnement des seuils.²²

Parmi les premiers pays à avoir mis en œuvre des registres publics de bénéficiaires effectifs, plusieurs, dont le Royaume-Uni²³ et l'Ukraine,²⁴ ont adopté un

seuil de 25% en 2015. Ce seuil a également été intégré dans d'autres instruments politiques internationaux de premier plan, tels que l'AMLD4, la même année.²⁵

Cependant, il semble que l'on reconnaisse de plus en plus, au niveau international, que ce niveau de seuil laisse de nombreux bénéficiaires effectifs pertinents en dehors l'obligation de divulgation. Un certain nombre de pays ont appliqué des seuils plus bas dans leur législation plus récente. Il s'agit notamment, en 2020, des lois nationales sur la propriété effective de l'Argentine (1 action ou plus),²⁶ du Sénégal (2 %),²⁷ du Nigeria (5 %),²⁸ du Paraguay (10 %),²⁹ du Kenya (10 %),³⁰ et des îles Caïmans (10 %).³¹

Objectifs politiques et approche des seuils fondée sur le risque

Lors de la détermination des seuils, les gouvernements devraient commencer par examiner les objectifs politiques qui sous-tendent leur volonté de créer des registres sur les bénéficiaires effectifs. Il pourrait s'agir de lutter contre la corruption, le blanchiment d'argent, le financement du terrorisme et l'évasion fiscale, ou de soutenir l'activité économique en réduisant les risques de fraude et le coût de la diligence raisonnable. Ces objectifs politiques ne s'excluent pas mutuellement et de nombreux pays mettent en place des registres sur les bénéficiaires effectifs afin de

poursuivre plusieurs de ces objectifs en tandem. Un seuil bas est nécessaire pour saisir les données sur les bénéficiaires effectifs pertinents qui permettent aux gouvernements d'atteindre la majorité de ces objectifs politiques.

Lors de la détermination des seuils, OO recommande aux exécutants d'adopter une approche axée sur le risque (AAR) afin d'atteindre le plus efficacement possible leurs objectifs politiques spécifiques. Des seuils élevés donnent lieu à un régime de déclaration vulnérable aux failles, tandis que des seuils bas permettent aux autorités de saisir davantage de données sur les personnes ayant des relations de propriété ou de contrôle sur des structures sociétales.

²² Groupe d'action financière, « Transparency and Beneficial Ownership » (Transparence et propriété effective), octobre 2014. Disponible à l'adresse : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-transparency-beneficial-ownership.pdf> [Consulté le 29 septembre 2020].

²³ Législation britannique, « Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 » (Loi de 2015 sur les petites entreprises, les entreprises et l'emploi). Disponible à l'adresse : https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/pdfs/ukpga_20150026_en.pdf [consulté le 29 septembre 2020].

²⁴ Initiative pour la transparence dans les industries extractives, « Beneficial ownership in Ukraine: Description and road map » (Propriété effective en Ukraine : Description et feuille de route). Disponible à l'adresse : https://eiti.org/files/documents/ukraine_bo_roadmap_in_english.pdf [Consulté le 29 septembre 2020].

²⁵ Journal officiel de l'Union européenne, « Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 », 5 juin 2015. Disponible à l'adresse suivante : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=EN> [Consulté le 29 septembre 2020].

²⁶ Journal officiel de la République argentine, « Federal Administration of Public Revenue » (Administration fédérale des recettes publiques), 15 avril 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227833/20200415> [Consulté le 29 septembre 2020].

²⁷ Entretien avec le directeur francophone de l'ITIE, 2 septembre 2020.

²⁸ Section 868 de la loi sur les sociétés et les questions connexes, 2020, qui définit une personne exerçant un contrôle important. Voir : https://www.proshareng.com/admin/upload/report/13880-Companies%20and%20Allied%20Matters%20Act,%202020_-proshare.pdf.

²⁹ Biblioteca y Archivo del Congreso Nacional, « Loi n° 6446/Crée le registre administratif des personnes et des structures juridiques et le registre administratif des bénéficiaires finaux du Paraguay », 20 janvier 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/9116/ley-n-6446-crea-el-registro-administrativo-de-personas-y-estructuras-juridicas-y-el-registro-administrativo-de-beneficiarios-finales-del-paraguay> [consulté le 29 septembre 2020].

³⁰ Législation sur les filiales du Kenya, « The Companies Beneficial Ownership Regulations » (Règlement sur la propriété effective des entreprises). Disponible à l'adresse : [https://brs.go.ke/assets/downloads/The%20Companies%20\(Beneficial%20Ownership%20Information\)%20Regulation%202020.pdf](https://brs.go.ke/assets/downloads/The%20Companies%20(Beneficial%20Ownership%20Information)%20Regulation%202020.pdf) [consulté le 29 septembre 2020].

³¹ Produits de la loi des Îles Caïmans (révision de 2020), « Anti-Money Laundering Regulations (réglementation de lutte contre le blanchiment d'argent) », 9 janvier 2020. Disponible à l'adresse : https://www.cima.ky/upimages/commonfiles/1580219233Anti-MoneyLaunderingRegulations2020Revision_1580219233.pdf [consulté le 29 septembre 2020].



Dans certaines circonstances, l'application d'une AAR pourrait conduire les pays à appliquer des seuils différents selon les secteurs de l'économie. Par exemple, une économie fortement dépendante des revenus tirés de l'extraction des ressources — un secteur connu pour être enclin à la corruption³² — pourrait appliquer un seuil des divulgations plus bas dans le secteur extractif que pour le reste de l'économie. Dans ce cas, il convient de veiller à ne pas créer une échappatoire permettant aux entreprises de choisir le régime de divulgation dont elles relèvent. Pour atténuer ce risque, il convient de définir clairement chaque secteur économique auquel s'applique un seuil particulier.

Cependant, la mise en œuvre de seuils bas implique certains défis. Elle risque d'accroître la charge de travail des entreprises en matière de déclaration et nécessitera probablement davantage d'investissements de la part de l'État pour communiquer et expliquer comment se conformer aux obligations de déclaration. En outre, plus le seuil est bas, plus il est difficile pour les sociétés d'être à jour dans l'identification précise de leurs bénéficiaires effectifs. Dans les structures d'entreprise complexes, le temps que l'information relative aux changements de la propriété effective parvienne à l'entité déclarante au bas de la structure de détention, il est possible qu'un nouveau changement soit déjà en cours au sommet de la structure. Les avantages politiques et la transparence de seuils très bas — par exemple moins de 5 % — devraient être considérés à l'aune des coûts de mise en œuvre pour le gouvernement et à la

capacité de se conformer du point de vue de la gestion d'entreprise pour le secteur privé. Les gouvernements devront trouver un compromis entre ces coûts et les résultats.³³

La section suivante décrit comment adopter une approche des seuils axée sur le risque pour atteindre deux objectifs politiques : la lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent, et l'amélioration du climat des affaires.

Lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent

Pour que la transparence de la propriété effective réduise la corruption et le blanchiment d'argent, les seuils devraient être déterminés à la lumière des risques de corruption présents dans chaque juridiction, et des risques spécifiques associés au(x) secteur(s) ou aux types d'entités juridiques qui seront soumis aux obligations de divulgation. Contrairement à une définition juridique de la propriété effective, où une définition unique conduit à une divulgation plus efficace, il est possible de fixer différents seuils au sein d'une même économie, car certains secteurs pourraient être considérés comme présentant un risque plus élevé et les pays pourraient y répondre en mettant en place un seuil plus bas. L'utilisation d'une AAR en vue de la transparence de la propriété effective pourrait permettre de cibler les ressources limitées de l'État pour s'attaquer aux domaines à haut risque en appliquant des seuils plus bas à certains secteurs à haut risque — comme les entreprises extractives — ou à certaines catégories de personnes — par exemple, les personnes politiquement exposées (PPE).

³² The Economist, « Bribery pays - if you don't get caught » (La corruption paie — si vous ne vous faites pas prendre), 27 août 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.economist.com/business/2020/08/27/bribery-pays-if-you-dont-get-caught> [Consulté le 29 septembre 2020].

³³ Cela ne veut pas dire que c'est impossible. Certains pays, comme Curaçao, ont fixé le seuil à une seule action. Voir : Tax Justice Network, « Argentina finally has a beneficial ownership register » (L'Argentine a enfin un registre de propriété effective), 20 avril 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.taxjustice.net/2020/04/20/argentina-finally-has-a-beneficial-ownership-register-now-it-should-make-it-public/> [consulté le 29 août 2020].



Seuils sectoriels

Ces seuils s'appliquent le plus souvent dans le cas des industries extractives, qui ont été identifiées comme présentant un risque de corruption important.³⁴ L'Arménie, par exemple, est passée d'un seuil de 20 % pour la divulgation de la propriété effective dans sa loi AML de 2008³⁵ à un niveau de 10 % pour ses déclarations de 2019 dans le secteur minier.³⁶ De même, le Liberia a adopté un seuil de 5 % pour les secteurs minier, pétrolier, gazier et agricole, contre un seuil plus élevé de 10 % pour le secteur forestier.³⁷ Le Ghana a adopté un seuil de 0 % pour toutes les entreprises du secteur extractif enregistrées localement qui font des déclarations au Registre en vertu de la loi modifiée de 2019, n° 992 sur les entreprises. Les entreprises extractives étrangères opérant au Ghana seront soumises à un seuil de déclaration de 5 %.³⁸ Les seuils sectoriels sont plus faciles à mettre en œuvre dans les industries réglementées ou dans d'autres situations où les autorités savent quelles entreprises opèrent dans un secteur donné, et donc aussi quelles entreprises sont censées déclarer à un seuil donné. Sans cette garantie, il existe un risque que les participations

de propriété ou de contrôle soient cachés dans le régime de divulgation le plus permissif, en déclarant de manière erronée le secteur dans lequel une société opère.

Fixer des seuils bas garantit qu'un plus grand nombre de bénéficiaires effectifs seront divulgués aux autorités. L'examen des données provenant des divulgations de l'industrie extractive du Nigeria Figure 2 montre à quel point des seuils différents pourraient modifier le nombre de participations révélées par les bénéficiaires effectifs. Si le Nigeria avait appliqué un seuil de 20 % pour ses obligations de divulgation relatives aux industries extractives, au lieu de ne pas avoir de seuil du tout, le nombre de participations déclarées aurait diminué de moitié. Cette mesure aurait très probablement eu des effets néfastes sur les objectifs politiques visant à aider à prévenir ou à enquêter sur les cas de corruption liés au secteur. À titre de comparaison, le Myanmar a fixé un seuil de 5 % pour ses divulgations relatives aux industries extractives. Si le seuil avait été fixé à 20 %, environ 40 % des participations des bénéficiaires effectifs inclus(es) dans les données n'auraient pas été divulguées aux autorités (voir Figure 3).

³⁴ The Economist, « Bribery pays - if you don't get caught » (La corruption paie — si vous ne vous faites pas prendre), 27 août 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.economist.com/business/2020/08/27/bribery-pays-if-you-dont-get-caught> [Consulté le 29 septembre 2020].

³⁵ Loi de la République d'Arménie, « On Combating Money Laundering and Terrorism Financing » (Sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme), 21 juin 2008. Disponible à l'adresse : https://www.cba.am/Storage/EN/FDK/Regulation_old/law_on_combating_money_laundering_and_terrorism_financing_eng.pdf [consulté le 29 septembre 2020].

³⁶ À partir de juillet 2020, cette loi ne s'appliquera qu'aux industries extractives, bien qu'une extension du régime de divulgation à tous les secteurs soit prévue pour la fin 2020. Voir : <https://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=131518>.

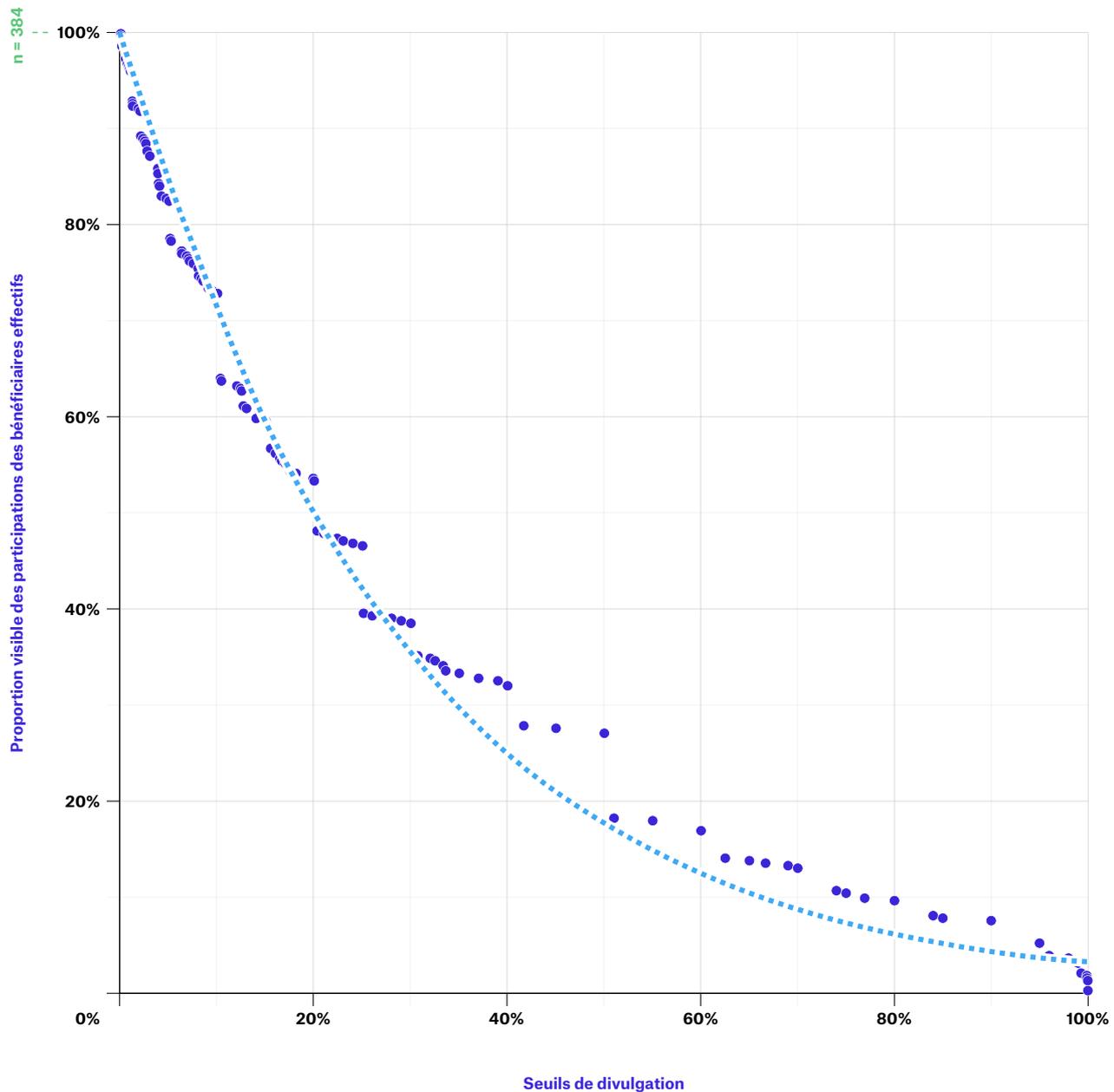
³⁷ Initiative pour la transparence dans les industries extractives au Liberia, « "Beneficial Ownership Roadmap » (Feuille de route sur la propriété effective), décembre 2016. Disponible à l'adresse : https://eiti.org/files/documents/leiti_bo_roadmap.pdf [consulté le 29 septembre 2020].

³⁸ Ghana Business News, « Ghana to deploy Beneficial Ownership Register in October » (Le Ghana déploiera un registre de propriété effective en octobre), 9 septembre 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.ghanabusinessnews.com/2020/09/09/ghana-to-deploy-beneficial-ownership-register-in-october/> [Consulté le 29 septembre 2020].



Figure 2. Visibilité de la propriété effective dans les entreprises extractives au Nigeria

à différents seuils (sur la base des divulgations sur le portail NEITI)



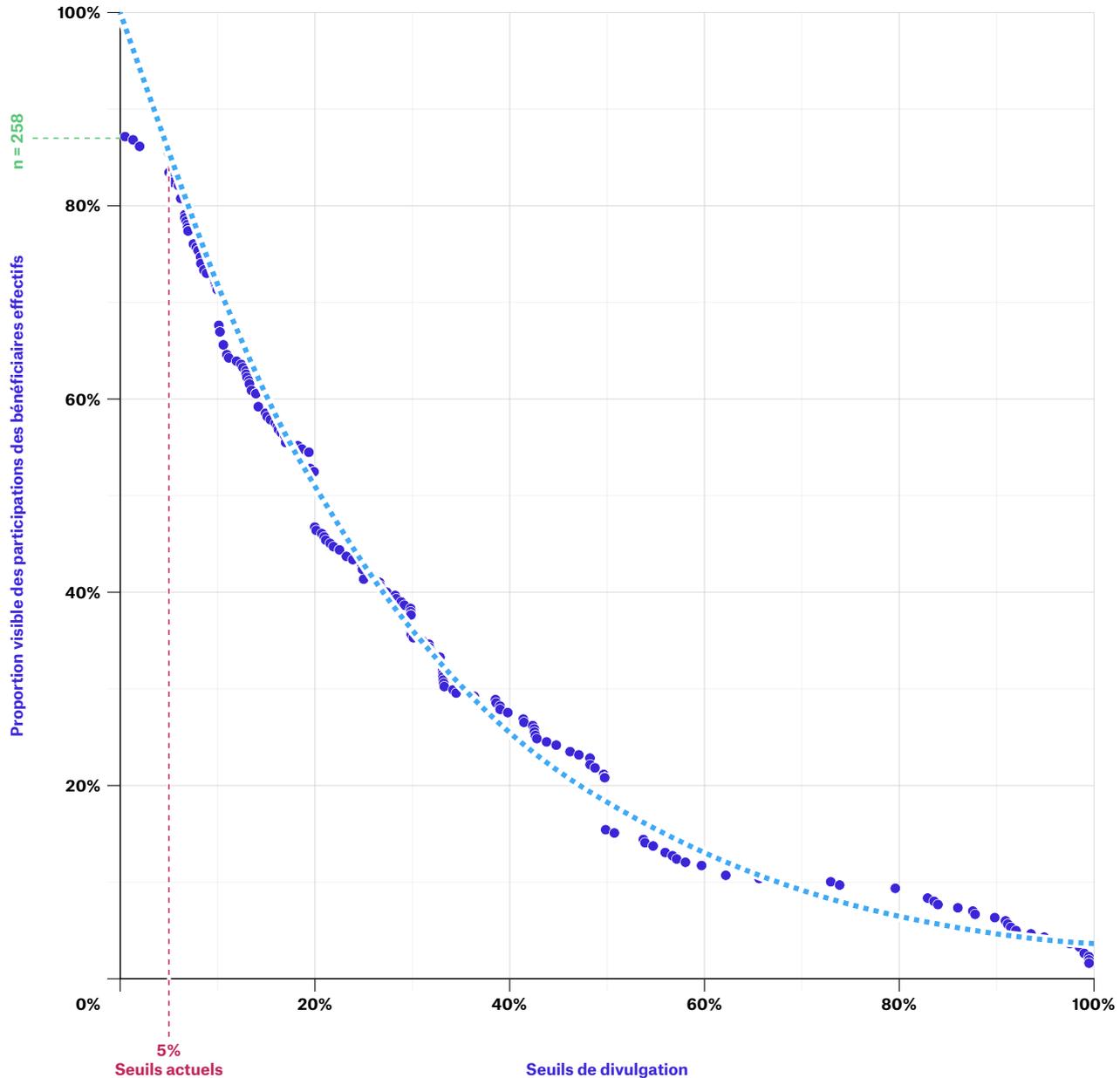
Graphique montrant la proportion de bénéficiaires effectifs visibles à différents seuils hypothétiques dans le secteur extractif au Nigeria. Il est basé sur un traitement expérimental des données brutes de l'initiative pour la transparence dans les industries extractives du Nigeria (NEITI), analysant les pourcentages des participations de propriété et de contrôle déclarées à partir des divulgations des bénéficiaires effectifs des entreprises extractives nigérianes afin de déterminer l'effet de l'ajustement du seuil sur la visibilité des bénéficiaires effectifs. La taille de l'échantillon (n=384) est le nombre total de participations des bénéficiaires effectifs divulguées.

Source : Initiative pour la transparence dans les industries extractives du Nigeria (NEITI), « Beneficial Ownership Portal » (Portail de la propriété effective). Disponible pour un téléchargement en masse sur : https://bo.neiti.gov.ng/company_excel_download/xls (Pétrole et gaz) ; et : https://bo.neiti.gov.ng/company_excel_download_sm/xls (Ressources minérales solides) [Consulté le 11 mai 2020]



Figure 3. Visibilité de la propriété effective dans les entreprises extractives au Myanmar

à différents seuils (sur la base des divulgations sur le portail MEITI)



Graphique montrant la proportion de bénéficiaires effectifs visibles à différents seuils hypothétiques dans le secteur extractif au Myanmar. Il est basé sur un traitement expérimental des données brutes de l'initiative pour la transparence dans les industries extractives du Myanmar (MEITI), analysant les pourcentages des participations de propriété et de contrôle déclarées à un seuil de 5 % à partir des divulgations des bénéficiaires effectifs des entreprises extractives du Myanmar, afin de déterminer l'effet d'un ajustement du seuil sur la visibilité de la propriété effective. Les divulgations inférieures à 5 % sont volontaires. La ligne de meilleur ajustement a été extrapolée pour montrer quel pourrait être le nombre total hypothétique de divulgations si le seuil était fixé à 0 %. La taille de l'échantillon (n=258) est le nombre total de participations des bénéficiaires effectifs divulguées.

Source : Initiative pour la transparence dans les industries extractives du Myanmar (MEITI), « Divulgation du bénéficiaire effectif ». Disponible pour téléchargement en masse sur : <https://bo.dica.gov.mm/pages/bo-disclosure> [consulté le 13 mai 2020]



Personnes politiquement exposées (PPE)³⁹

Au niveau individuel, pour les PPE — ceux qui occupent des fonctions politiques de haut niveau et leur famille proche ou leurs associés — un seuil de la propriété effective extrêmement bas ou de 0 % pourrait être justifié. Il est largement reconnu que l'influence et le pouvoir que les PPE tirent de leur position peuvent être détournés à des fins de corruption, de pots-de-vin et de blanchiment d'argent.⁴⁰

En juillet 2020 au Kenya, la presse a rapporté qu'un cousin du président Uhuru Kenyatta bénéficierait probablement de la décision de ce dernier d'abolir une taxe sur les jeux, car il détenait indirectement des intérêts dans le secteur via des participations de 0,5 à 3 % dans des sociétés affiliées.⁴¹ Un seuil de 0 % pour les PPE pourrait contribuer à mettre en lumière de tels conflits d'intérêts potentiels à un stade précoce. En Arménie, les seuils pour les PPE ont été fixés à 0 % dans ses déclarations 2020 sur l'industrie extractive. Cette décision est conforme aux orientations de l'ITIE sur les PPE et fait également suite à des allégations selon lesquelles des participations dans des entreprises minières auraient été vendues illégalement à des entreprises contrôlées par des personnalités politiquement liées après la révolution de 2018.⁴²

Éviter les seuils

Les autorités et les entités assujetties devraient garder à l'esprit que les seuils ne sont qu'un niveau minimum pour déclencher les exigences de divulgation des bénéficiaires effectifs, et qu'une enquête plus approfondie pourrait être nécessaire pour les entités et les individus jugés suspects ou à haut risque, mais qui se situeraient en dessous de ce niveau.⁴³ Les exécutants devraient tenir compte du fait

que des seuils élevés pourraient constituer un obstacle aux enquêtes sur les personnes et les entités qui n'atteignent pas ce seuil. Cela a été illustré aux îles Caïmans en août 2020, lorsque le bureau de l'Ombudsman a ordonné aux autorités en charge du registre des entreprises de ne pas collecter d'informations sur les individus qui possédaient des participations inférieures au niveau légalement prévu par la loi sur les sociétés du territoire. Autrement dit, dans le cadre d'une enquête, les autorités devaient utiliser les informations de la propriété effective détenues par l'entreprise elle-même (ce qui la mettait au courant de l'enquête), ou faire une demande d'accès spécial au registre, ce qui ajoute du temps et de la bureaucratie à l'enquête.⁴⁴

Un seuil fixé à n'importe quel niveau comporte un risque que les acteurs illicites contournent délibérément la législation en limitant leur participation juste en dessous du pourcentage seuil. Ce phénomène a été clairement illustré dans l'affaire du blanchiment d'argent russe, par exemple, dans laquelle 20,8 milliards de dollars auraient été transférés de 19 banques russes vers la Moldavie, puis vers d'autres destinations internationales. Les auteurs de l'opération auraient évité les obligations de divulgation du bénéficiaire effectif à 5 % en utilisant plusieurs entités et en limitant leurs parts à 4,9 % par entité. Lorsque les autorités moldaves ont réduit le seuil à 1 %, les personnes impliquées ont modifié leur stratégie pour limiter leurs participations à 0,9 %.⁴⁵ Des systèmes plus sophistiqués de contournement des seuils ont également été identifiés, notamment par le biais de structures de propriété circulaires.⁴⁶ Ces stratagèmes soulignent une fois de plus l'importance de n'utiliser les seuils que comme un élément d'une définition beaucoup plus large et substantielle de la notion de propriété effective.

³⁹ Les définitions internationales des PPE incluent généralement non seulement les personnes qui occupent directement des fonctions politiques, mais aussi leurs proches, tels que leur conjoint et leur famille immédiate. Voir, par exemple, Nations Unies, « Convention contre la corruption », article 52 (1). Disponible à l'adresse : https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf [consulté le 6 septembre 2020].

⁴⁰ Orientations du Groupe d'action financière, « Personnes politiquement exposées (recommandations 12 et 22) ». Juin 2013. Disponible à l'adresse : <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Guidance-PEP-Rec12-22.pdf> [consulté le 29 septembre 2020].

⁴¹ The Elephant, « It's Our Turn to Eat: Cousin of Kenya's President Has Stake in Sportpesa Betting Firm » (Le cousin du président kenyan a des parts dans la société de paris Sportpesa), 2 juillet 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.theelephant.info/features/2020/07/02/its-our-turn-to-eat-cousin-of-kenyas-president-has-stake-in-sportpesa-betting-firm/> [Consulté le 29 septembre 2020].

⁴² Pour en savoir plus sur ces allégations, voir, par exemple : https://arminfo.info/full_news.php?id=51522&lang=3.

⁴³ Banque mondiale, « The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It » (Les Maîtres marionnettes : Comment les corrompus utilisent les structures juridiques pour dissimuler les biens volés et les moyens pour y remédier), 2011. Disponible à l'adresse : <https://star.worldbank.org/sites/star/files/puppetmastersv1.pdf> [consulté le 29 septembre 2020].

⁴⁴ Cayman Compass, « Ombudsman orders registrar to stop collecting personal information » (Le Médiateur ordonne au registraire de cesser de collecter des informations personnelles), 14 août 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.caymancompass.com/2020/08/14/ombudsman-orders-registrar-to-stop-collecting-personal-information/> [Consulté le 29 septembre 2020].

⁴⁵ Commission d'enquête sur le blanchiment d'argent, l'évasion fiscale et la fraude fiscale, « Public Hearing Financial Intelligence Units (FIUs): 'Ins and Outs' and the Russian 'Laundromat' Case » (Cellule de renseignement financier [CRF] : Les tenants et aboutissants et l'affaire du « lavomatic » russe), 21 juin 2017. Disponible à l'adresse : https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/128621/PANA%2021%20June%20pm_Verbatim%20Report_EN.pdf [consulté le 29 septembre 2020].

⁴⁶ Le Tax Justice Network a écrit en détail sur la façon dont les structures de propriété circulaires pourraient être utilisées pour éviter les seuils de divulgation. Voir : Tax Justice Network, « More beneficial ownership loopholes to plug » (Plus de lacunes dans la propriété effective à combler », 6 septembre 2019. Disponible à l'adresse : <https://www.taxjustice.net/2019/09/06/more-beneficial-ownership-loopholes-to-plug-circular-ownership-control-with-little-ownership-and-companies-as-parties-to-the-trust/> [consulté le 2 août 2020].



Améliorer le climat des affaires

Afin de gérer les risques opérationnels et de réputation, les entreprises ont besoin d'une bonne visibilité de la propriété des entreprises et de se conformer à la législation sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LCB/FT) et sur les obligations de connaître son client (Know-Your-Customer – KYC). En l'absence de registres sur les bénéficiaires effectifs publics, les entreprises achètent souvent des données sur les bénéficiaires effectifs auprès de fournisseurs tiers qui sont de fervents utilisateurs des données sur les bénéficiaires effectifs disponibles publiquement. Comme le dit l'un des principaux fournisseurs, Dun & Bradstreet, « pour calculer avec précision la propriété effective agrégée, un seuil de 10 % ou 25 % pourrait ne pas être suffisant. La détermination d'une propriété aussi faible que 1 % pour calculer les pourcentages de propriété totale parmi les différents propriétaires pourrait s'avérer nécessaire pour que les agents de conformité soient confiants ».⁴⁷

Pour que les entreprises puissent opérer en toute confiance, des seuils plus bas sont préférables, car plus de données augmenteront la visibilité. Par ailleurs, des seuils plus bas pourraient augmenter le coût de la diligence raisonnable pour les entités réglementées par la loi contre le blanchiment d'argent, bien que l'existence de registres accessibles au public puisse contribuer à compenser ces coûts. En outre, des pays comme le Royaume-Uni ont déjà démontré que le coût de la mise en conformité avec la réglementation sur la divulgation du bénéficiaire effectif sur les entreprises est faible pour la grande majorité des entreprises.⁴⁸

⁴⁷ Dun & Bradstreet, « How Compliance Practices Should Adapt to Increased Beneficial Ownership Scrutiny » (Comment les pratiques de conformité devraient s'adapter à une surveillance accrue de la propriété effective), 2016. Disponible à l'adresse : <https://www.dnb.co.uk/content/dam/english/dnb-solutions/supply-management/beneficial-ownership-white-paper.pdf> [Consulté le 29 septembre 2020].

⁴⁸ Par exemple, dans un examen du registre britannique, le coût médian de la conformité au Royaume-Uni était de 287 £. Voir : Département des Affaires, de l'Énergie et des Stratégies industrielles, « Examen de la mise en œuvre du registre des personnes exerçant un contrôle significatif (PSC) », Mars 2019. Disponible à l'adresse : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/822823/review-implementation-psc-register.pdf [consulté le 1er août 2020].



Opérationnalisation des définitions et des seuils

Au moment d'appliquer ces principes dans la rédaction des définitions et la détermination des seuils de divulgation dans la pratique, il est important que les exécutants **élaborent des plans concrets pour la révision et l'évaluation périodiques des niveaux de seuil**, et potentiellement aussi de la définition de la propriété effective, afin de voir si ces derniers servent les objectifs politiques. Les acteurs illicites continueront à chercher de nouveaux moyens d'échapper aux exigences de divulgation, notamment en réduisant leurs participations afin de passer en dessous des seuils. Une fois que les systèmes de collecte et de publication des données sont établis, les exécutants devraient procéder à une évaluation détaillée des premières divulgations, en évaluant la qualité et la couverture des données, et en déterminant si la définition et le niveau du seuil se sont avérés adéquats pour des divulgations qui soutiennent leurs objectifs politiques. Les autorités pourraient envisager d'utiliser une telle évaluation pour déterminer quelles sont les failles de la définition. Dans le cadre du processus de conception itératif sur lequel les réformes sur la propriété effective sont idéalement basées, les autorités pourraient également évaluer les avantages et les compromis potentiels liés à l'abaissement du seuil. Des révisions à la baisse des seuils devraient également être envisagées dans les cas où des activités importantes de blanchiment de capitaux ont été détectées, tel que souligné dans l'affaire du blanchiment russe susmentionné. Les modifications fréquentes d'autres aspects de la définition de la propriété effective ne devraient pas être nécessaires si la loi originale est formulée selon les explications précédemment données dans la présente note d'orientation.

Il est également essentiel que **les gouvernements fournissent aux entreprises des orientations claires sur les moyens d'identifier les bénéficiaires effectifs qualifiés**

et de calculer les pourcentages de propriété indirecte. Il pourrait s'avérer utile de tester les formulaires de divulgation et le processus avec un certain nombre d'entreprises cibles avant de déployer complètement les obligations de divulgation. Cette mesure pourrait alerter les exécutants de tout problème que les entreprises pourraient rencontrer dans la compréhension des obligations de divulgation, et permettra de juger si le seuil choisi permet de collecter suffisamment d'informations. La production d'orientations détaillées et d'outils visuels pour aider les entreprises à comprendre et à se conformer aux règles de divulgation constituera une composante essentielle de ces efforts.⁴⁹

Afin de maximiser l'utilité des données, celles-ci devraient être aussi claires et détaillées que possible. **Les gouvernements devraient exiger la divulgation et la publication de la manière dont un individu exerce un pouvoir sur une entreprise, y compris le pourcentage exact de propriété et de contrôle**, et une déclaration indiquant si la participation est détenue directement ou indirectement, le cas échéant. Le fait de ne pas le faire entrave l'interprétation et l'utilisation des données. Par exemple, actuellement, le régime de divulgation du Royaume-Uni n'exige que la sélection de tranches — plus de 25 % et jusqu'à 50 %, plus de 50 % et moins de 75 %, et 75 % ou plus⁵⁰ — ce qui limite considérablement l'interprétation et la mise en relation des données avec d'autres registres. Lorsque les gouvernements ont mis en place des seuils différents pour les différentes sections de l'économie, il sera également important de s'assurer que les utilisateurs/trices des données sur les bénéficiaires effectifs comprennent les seuils sur lesquels les divulgations du bénéficiaire effectif ont été déterminées afin qu'ils puissent interpréter les données correctement.

Enfin, les gouvernements devraient **imposer des obligations de divulgation aux entreprises dans lesquelles**

⁴⁹ OO a mis au point un certain nombre d'outils afin de contribuer à l'élaboration de ces orientations, notamment un langage visuel qui pourrait permettre d'illustrer les structures de propriété effective de manière claire et cohérente : <https://www.openownership.org/visualisation/>.

⁵⁰ Companies House et Département des Affaires, de l'Énergie et des Stratégies industrielles, « Summary guide for companies - register of people with significant control » (Guide synthétique des entreprises - registre des personnes exerçant un contrôle significatif), Février 2018. Disponible à l'adresse : https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/621568/170622_NON-STAT_Summary_Guidance_4MLD_Final.pdf [consulté le 29 septembre 2020].



aucune personne n'atteint le seuil ou la définition de bénéficiaire effectif. Il est possible qu'aucune personne ne réponde aux critères de déclaration énoncés dans une définition juridique du conflit d'intérêts, même si cette définition est solide et que les seuils sont bas. Dans ce cas, il est recommandé aux pays d'exiger la divulgation du nom d'une personne physique occupant un poste de haut niveau et exerçant des responsabilités de gestion au sein de l'entreprise concernée. De nombreux pays — dont l'Argentine, la République de Corée et les États membres de l'UE dans le cadre de l'AMLD5⁵¹ — exigent plutôt la communication des noms des hauts responsables de l'entité concernée (par exemple, les directeurs/trices, le PDG ou les membres du conseil d'administration). L'IITIE, dans le cadre de ses travaux sur les divulgations du bénéficiaire effectif des entreprises minières, pétrolières et gazières, a cité l'exemple du Liberia comme un exemple de bonne pratique. Dans ce pays, où aucune personne physique ne répond à la définition du bénéficiaire effectif, l'entité déclarante devrait déclarer l'identité des individus détenant les cinq plus grandes participations dans l'entreprise.⁵²

S'il est important de relever que ces personnes ne sont pas nécessairement des bénéficiaires effectifs, il est préférable, à des fins d'application de la loi, d'avoir le nom d'une personne ayant une responsabilité réelle dans la société plutôt que de ne pas avoir de nom du tout (ou les noms des agents de formation). Lorsque c'est le cas, il convient d'indiquer dans les données publiées que ces personnes ont été divulguées parce qu'il n'existait pas d'autres personnes pouvant être considérées comme des bénéficiaires effectifs selon la définition juridique du pays.

⁵¹ Journal officiel de la République argentine, « Federal Administration of Public Revenue » (Administration fédérale des recettes publiques), 15 avril 2020. Disponible à l'adresse : <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227833/20200415> [Consulté le 29 septembre 2020].

⁵² Secrétariat international de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives, « Note d'orientation 22 sur les moyens de divulgation du bénéficiaire effectif (feuille de route) », avril 2016. Disponible à l'adresse : <https://eiti.org/GN22> [Consulté le 29 septembre 2020].



Conclusion

Une définition juridique du bénéficiaire effectif et des seuils y afférents constituent la base sur laquelle est fondé un régime de divulgation.

Certes, peu de définitions juridiques actuellement en vigueur ont été testées devant les tribunaux, mais les premiers éléments montrent que les bonnes définitions présentent un certain nombre de caractéristiques. Une définition de la propriété effective devrait se distinguer clairement de la propriété légale en indiquant clairement qu'un bénéficiaire effectif est une personne physique, incluant à la fois la propriété et le contrôle, et en précisant que le contrôle pourrait être exercé à la fois directement et indirectement. Il devrait y avoir une définition unique et harmonisée dans une juridiction, contenue dans la législation primaire. La définition devrait comprendre une description générale et polyvalente de la propriété effective, complétée par une liste non exhaustive d'exemples, adaptés aux contextes locaux.

Les seuils constituent un élément important permettant de déterminer les types d'informations à divulguer et le moment opportun pour le faire. Cependant, ils ne concernent qu'un nombre limité de types de propriété et de contrôle, même s'ils sont très courants. Lorsqu'il s'agit de décider des seuils appropriés pour un régime de propriété effective, les discussions devraient s'articuler autour des objectifs politiques qu'un gouvernement souhaite atteindre par la transparence de la propriété effective, et des seuils les plus susceptibles de fournir des données

permettant d'atteindre ces objectifs. Une approche axée sur le risque, notamment en ce qui concerne la corruption et la lutte contre le blanchiment d'argent, est probablement le meilleur moyen de déployer efficacement les ressources limitées du gouvernement à cette fin.

Il pourrait s'avérer difficile de déterminer à l'avance les seuils appropriés pour atteindre les objectifs politiques, et si des leçons peuvent être tirées d'autres pays, les seuils appropriés seront spécifiques aux contextes locaux. Les gouvernements devraient s'efforcer de fixer des seuils aussi bas que possible à l'aide de l'AAR, tout en équilibrant les charges potentielles et les avantages stratégiques liés à la fixation de seuils à différents niveaux. La mise en place de plans concrets, dès le début du processus de mise en œuvre, pour un examen périodique des niveaux de seuil afin d'évaluer s'ils sont toujours appropriés, constitue également une bonne pratique. Il est également important qu'ils fournissent les bonnes orientations aux entreprises pour qu'elles divulguent les bonnes données, et que la clarté et les détails de ces données soient publiés. Dans l'optique de soutenir les enquêtes, les exécutants devraient envisager d'inclure des obligations de déclaration dans le cas où aucune personne physique ne répond à leur définition juridique d'un bénéficiaire effectif.

Au fur et à mesure que d'autres pays adoptent des définitions juridiques de la propriété effective, et que celles-ci sont testées devant les tribunaux, OO continuera à recueillir des exemples émergents de bonnes pratiques.

Auteurs

Peter Low

Tymon Kiepe

avec la participation de

Jack Lord

Kadie Armstrong

Louise Russell-Prywata

Rédacteur

Victor Ponsford

Réviseur

Andrej Leontiev

Conception

Convincible Media

openownership.org

 @openownership

c/o Global Impact, 1199 North Fairfax Street, Suite 300, Alexandria, VA 22314, USA

Publié par

**Open
Ownership**

