

## LCB-FT

### RELATIONS AVEC LES PLACEMENTS COLLECTIFS

#### Réponse de l'AMAFI aux remarques des services de l'AMF

Dans le cadre de la transposition de la 5<sup>ème</sup> Directive LCB-FT<sup>1</sup>, l'AMAFI a renouvelé sa demande auprès de la DGT de modifier la rédaction de l'article R. 561-2, celui-ci sous-entendant qu'un placement collectif qui n'est pas constitué sous forme de société peut être considéré comme un client. Considérant l'argumentaire établi à cet effet par l'Association, les services de l'AMF ont souhaité ouvrir un dialogue destiné à l'élaboration d'une solution juridiquement exacte et opérationnellement efficace. Ce document a donc pour objet de faire part aux services de certains éléments d'appréciation que l'Association estime devoir être pris en compte dans l'analyse qu'ils mènent (**analyse des services de l'AMF retranscrite ici au sein des encadrés**).

A titre liminaire, l'AMAFI entend rappeler qu'au moment de sa rédaction, l'article R. 561-2 n'avait pas vocation à sous-entendre qu'un placement collectif sans personnalité juridique pouvait être client<sup>2</sup>. En effet, cet article ne mentionnait alors nullement les situations dans lesquelles un placement collectif devait être considéré comme client, pas plus qu'il n'opérait de distinction entre les placements collectifs dotés ou dénués de personnalité juridique.

## ARGUMENTATION DE L'AMAFI

**Il est nécessaire de disposer de la capacité juridique pour contracter et donc être considéré comme un « client » dans le cadre du dispositif LCB-FT**

### **Remarque des services de l'AMF**

Aucun texte de la directive ne définit la notion de client, ni ne prévoit de condition relative à la détention de la capacité juridique.

L'article L. 561-2-1 prévoit en revanche qu'une relation d'affaires est également nouée lorsqu'en l'absence de contrat un client bénéficie de manière régulière de l'intervention d'une personne susmentionnée pour la réalisation de plusieurs opérations ou d'une opération présentant un caractère continu.

<sup>1</sup> [Directive \(UE\) 2018/843](#) du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE.

<sup>2</sup> Version en vigueur du 5 septembre 2009 au 21 avril 2018 : « *Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est un organisme de placements collectifs, on entend par bénéficiaire effectif de l'opération la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % des parts ou actions de l'organisme, soit exercent un pouvoir de contrôle sur les organes d'administration ou de direction de l'organisme de placements collectifs ou, le cas échéant, de la société de gestion ou de la société de gestion de portefeuille le représentant.* »

L'AMAFI considère que l'existence d'une relation d'affaires implique qu'un contrat (écrit ou oral) soit conclu, lequel nécessite que ses parties soient dotées de la capacité de contracter, qui n'appartient qu'aux personnes physiques ou morales.

L'AMAFI ne conteste pas le constat selon lequel ni la 4<sup>ème</sup> Directive<sup>3</sup>, ni la 5<sup>ème</sup> Directive ne conditionne la qualification de « client » à la détention de la capacité juridique. Il doit néanmoins être observé que l'affirmation inverse est également exacte : les Directives LCB-FT ne viennent jamais affirmer que peuvent être considérées comme « clients », les entités dépourvues de la personnalité juridique. Dès lors, en l'absence de disposition spécifique, pour quelles raisons le droit commun ne trouverait-il pas à s'appliquer ?

- **Une relation d'affaires implique nécessairement l'existence d'un contrat (écrit ou oral)**

À cet égard, il convient tout d'abord de rappeler deux définitions essentielles :

- La relation d'affaires en termes de LCB-FT est définie à l'article L. 561-2-1 du Comofi comme « *la relation professionnelle ou commerciale avec le client, et inclut le cas échéant le bénéficiaire effectif. Dans les contrats d'assurance-vie et de capitalisation, la relation d'affaires inclut le bénéficiaire du contrat, et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif du bénéficiaire du contrat mentionné au III de l'article L. 561-5.*

***Une relation d'affaires est nouée lorsqu'une personne mentionnée à l'article L. 561-2 engage une relation professionnelle ou commerciale qui est censée, au moment où le contact est établi, s'inscrire dans une certaine durée. La relation d'affaires peut être prévue par un contrat selon lequel plusieurs opérations successives seront réalisées entre les cocontractants ou qui crée à ceux-ci des obligations continues. Une relation d'affaires est également nouée lorsqu'en l'absence d'un tel contrat un client bénéficie de manière régulière de l'intervention d'une personne susmentionnée pour la réalisation de plusieurs opérations ou d'une opération présentant un caractère continu ou, s'agissant des personnes mentionnées au 12° et au 12° bis de l'article L. 561-2, pour l'exécution d'une mission légale. ».***

- Le contrat est défini à l'article 1101 du Code Civil comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». S'agissant du secteur financier, la fourniture de services d'investissement implique nécessairement un accord de volonté entre deux parties (en l'espèce entre le PSI et son client) destiné à créer des obligations (en l'espèce, l'obligation de fournir le service d'investissement pour le PSI et l'obligation de rémunération pour le client). Un contrat au sens de l'article 1101 du Code Civil est donc nécessairement conclu (que celui-ci soit écrit ou non). S'agissant des activités qui nous intéressent, comment pourrait-on concevoir que l'article L. 561-2-1 du Comofi puisse signifier qu'une relation d'affaires existe sans contrat ?

C'est en réalité du contrat écrit que traite ladite disposition : la relation d'affaires peut en effet être prévue par un contrat écrit, mais elle peut également être nouée en l'absence d'un tel contrat (celui-ci étant alors uniquement oral).

---

<sup>3</sup> [Directive \(UE\) 2015/849](#) du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission.

- **Les parties au contrat doivent être dotées de la capacité à contracter**

En effet, le 2° de l'article 1128 du Code civil<sup>4</sup> stipule que la capacité de contracter des parties est une condition de validité d'un contrat, l'article 1147 du même Code venant ensuite préciser que « *L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative* ».

**Il résulte nécessairement des deux points ci-dessus que, pour qu'une relation soit qualifiée de « relation d'affaires » au sens de l'article L. 561-2-1 du Comofi, un contrat (écrit ou non) doit exister et que pour qu'un contrat existe, la capacité de contracter des deux parties est nécessaire. Or, la capacité juridique découle uniquement de la personnalité juridique<sup>5</sup>.**

**Remarque des services de l'AMF**

De plus, une relation d'affaires se noue entre un assujetti et un client. Or il y a parmi les assujettis listés au L. 561-2 des entités sans personnalité morale tels que, notamment les placements collectifs (sous forme de fonds communs de placement), les succursales d'EI, et (demain) les succursales de SGP. La personnalité morale ne peut être requise d'un côté de la relation d'affaires sans être requise de l'autre... ?

S'agissant des succursales d'EI / EC et de SGP, ces dernières ne sont certes pas dotées elles-mêmes directement de la personnalité juridique, mais elles bénéficient de celle de leur « maison-mère » avec laquelle elle ne forme qu'une seule et même personne<sup>6</sup>.

S'agissant des placements collectifs, le fait d'être assujetti ne signifie pas qu'ils ont la capacité de contracter malgré le défaut de personnalité juridique : il s'agit de deux plans différents qui n'ont pas d'impact l'un sur l'autre. S'agissant des FCP, la relation d'affaires est nouée par la société de gestion pour le compte de ces derniers.

Leur assujettissement peut néanmoins porter à interrogation – l'AMF irait-elle vraiment contrôler un placement collectif sans personnalité juridique, en particulier sans contrôler la société de gestion qui agit pour son compte ? Que pourrait-elle alors contrôler puisque l'ensemble des engagements pris l'ont été par la société de gestion ?

### Sur l'argumentation fondée sur le rapport du GAFI (de 2011)

**Remarques des services de l'AMF**

Dans ce §, le GAFI expose ce qui semble être la position de la France de l'époque, contredite par les textes actuels. Il indique à cet égard que (§1019) « *Dans le cadre de l'identification du client, la norme du GAFI (reprise au C.5.3) exige l'identification du client (y compris les structures juridiques) et la vérification du statut de ce dernier (C.5.4b), ce qui englobe notamment la vérification de l'identité des administrateurs (ou fiduciaires) de fiducies* » et que (§1026) « *Le choix de rattacher la notion de construction juridique non pas à la notion de client mais à celle de bénéficiaire effectif n'a pas d'incidence sur l'obligation qui pèse in fine sur les professions assujetties* ».

<sup>4</sup> « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain » (*Code Civil, art. 1128*).

<sup>5</sup> « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles. » (*Code Civil, art. 1145*)

<sup>6</sup> « Succursale : établissement secondaire sans personnalité juridique propre mais doté d'une certaine autonomie de gestion. » (*Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, Edition 1996*).

On ne saurait donc conclure du texte cité que « *Le GAFI a d'ailleurs lui-même mentionné dans le rapport d'évaluation de la France (2011) qu'une relation d'affaires était nécessairement établie avec une personne ayant la capacité juridique* ».

Par ailleurs, sans avoir regardé les textes pré-2016, je m'interroge sur ce que signifiait « *La construction juridique dénuée de personnalité juridique est quant à elle identifiée et son identité est vérifiée au titre des obligations relatives au bénéficiaire effectif.* » puisque le BE doit forcément être une personne physique... Y avait-il 1 client personne physique, mais dont on recherchait le bénéficiaire effectif parce qu'on savait qu'il n'agissait qu'en qualité de représentant légal d'une construction juridique, dont il fallait aussi chercher la personne physique bénéficiaire effectif ?

Il nous semble important de prendre également en compte dans l'analyse le paragraphe 1018 du rapport de l'évaluation de la France par le GAFI<sup>7</sup> : « *Données d'identification et éléments de vérification à collecter dans le cadre d'une fiducie ou tout autre dispositif juridique comparable relevant d'un droit étranger. La problématique de l'identification et de la vérification de l'identité des constructions juridiques dénuées de personnalité juridique ne se pose en France qu'à travers la notion de bénéficiaire effectif. **Une construction juridique dénuée de personnalité juridique ne peut en effet agir que par l'intermédiaire d'une personne physique ou morale dotée de la capacité juridique.** Cette personne fait l'objet d'une identification et d'une vérification de son identité en qualité de client de la relation d'affaires. La construction juridique dénuée de personnalité juridique est quant à elle identifiée et son identité est vérifiée au titre des obligations relatives au bénéficiaire effectif.* »

L'utilisation de la terminologie « *en effet* » établit que le GAFI ne remet pas en cause cette analyse française qui n'est d'ailleurs pas contredite par les textes actuels. Il est alors possible d'établir un parallèle entre les placements collectifs sans personnalité juridique et les fiducies (qui sont les constructions juridiques analysées dans les paragraphes 1018 et 1019). En effet, l'article R. 561-3-0 du Comofi est rédigé de la sorte : « *Lorsque le client intervient dans le cadre d'une fiducie [...]* », indiquant ainsi sans ambiguïté que le client n'est donc pas la fiducie elle-même, celle-ci ne disposant pas de la personnalité juridique.

Le paragraphe 1019 que relève les services de l'AMF doit ainsi être analysé au regard des spécificités des fiducies (constructions qui ont pour objectif de transférer le patrimoine d'une personne physique) et pour lesquelles il est pertinent, s'agissant de la LCB-FT d'identifier la personne physique qui souhaite transférer son patrimoine (et qui sera donc le bénéficiaire effectif de cette fiducie puisque c'est cette personne qui la « contrôle »). Dans la situation qui nous intéresse ici, le placement collectif est « contrôlé » par la société de gestion (et non pas par les porteurs de parts) c'est donc bien elle qui doit être identifiée.

## Sur la pertinence en termes de LCB-FT

### **Remarque des services de l'AMF**

Au final se pose la question de savoir quelle est la personne que l'on souhaite voir « **identifier** » pour mieux la **classer** et prendre toute mesure appropriée (approche par les risques), quand on a un placement collectif en face :

- A. les bénéficiaires économiques que sont les porteurs (ceux qui ont apporté leurs fonds avec l'espoir de les récupérer avec une plus-value quand ils sortiront du placement collectif) souhaitent les reprendre pour en faire une plus-value), avec le problème que dans les fonds (voire côtés), ils rentrent ils sortent etc... ;**

<sup>7</sup> Rapport d'évaluation mutuelle, Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, France, GAFI, 25 février 2011 ([lien](#)).

**B. le gérant du placement, qui décide de l'allocation des fonds reçus des souscripteurs ?**

[...]

Ne plus considérer le fonds commun de placement comme client conduit à se priver de l'information sur le porteur à 25% ou de l'information selon laquelle il n'existe pas de porteur personne physique à 25%.

**Est-ce une information qui ne compte pas ?** je pense notamment aux fonds qui ont très peu de porteurs ?

Compte tenu de ce qui a été indiqué précédemment, la question de l'identification du client ne se pose que pour les placements collectifs qui ont la personnalité juridique (i.e. ceux constitués sous forme de société), les autres ne pouvant être considérés comme des « clients ».

S'agissant de l'identification du « client » en termes de LCB-FT, considérant que les placements collectifs (qu'ils aient ou non la personnalité juridique) sont représentés par une société de gestion (à l'exception des placements collectifs auto-gérés, quelle autre solution pourrait être pertinente que celle consistant à **identifier en tant que client la seule SGP (et non pas le placement collectif) ?**

L'identification de la SGP en tant que client, qui est l'approche pertinente pour les besoins de la LCB-FT – la SGP étant l'entité contrôlant *in fine* le placement collectif – ne repose toutefois pas, pour ce qui concerne les placements collectifs ayant la personnalité morale, sur une assise juridique en ligne avec les dispositions de la législation et réglementation françaises applicables. En effet, si cette approche était retenue, elle dérogerait au régime général applicable aux sociétés.

S'agissant de l'identification des bénéficiaires effectifs du placement collectif, selon l'AMAFI, **une distinction entre les placements collectifs dits « ouverts »** (principalement les OPCVM, les « mutual funds », les fonds de pension, les fonds d'investissement alternatifs à vocation générale) **et les placements collectifs dits « fermés »** (les fonds dédiés à un nombre limité d'investisseurs individuels, les fonds familiaux et autres structures similaires) **est nécessaire.**

- Lorsque le PSI a pour client un placement collectif « ouvert » dans lequel plusieurs milliers d'investisseurs ont la possibilité de souscrire, il est fortement improbable qu'un investisseur personne physique détienne plus de 25% des parts du placement collectif ou des droits de vote de celui. Il ne paraît donc pas pertinent de rechercher les bénéficiaires effectifs selon le critère de la détention d'au moins 25% du capital ou des droits de vote prévu. L'efficacité commande de rechercher directement le bénéficiaire effectif « en dernier ressort » (en l'occurrence, les dirigeants du placement collectif ou, lorsque le placement collectif est géré par une SGP, les dirigeants effectifs de cette SGP).
- Lorsque le PSI a pour client un placement collectif dit « fermé », il est impératif en revanche d'identifier les éventuelles personnes physiques qui détiennent plus de 25% des parts. A défaut, les bénéficiaires effectifs « en dernier ressort » (les dirigeants du placement collectif ou, lorsque le placement collectif est géré par une SGP, les dirigeants effectifs de cette SGP) devront être identifiés.

Néanmoins, une fois encore, cette approche, qui accroîtrait l'efficacité du dispositif, relève plus de la pratique. En effet, en l'état actuel des textes, il n'est pas évident trouver de fondement juridique pour établir un régime dérogatoire applicable aux placements collectifs établis sous forme de société, pour la seule identification de leurs bénéficiaires effectifs<sup>8</sup> (dérogations qui devraient également impacter les articles relatifs à la complétude du registre des BE).

S'agissant d'une bonne pratique « professionnelle », ce raisonnement pourrait néanmoins trouver sa place dans des lignes directrices publiées par l'AMF.

## CONCLUSION

---

### Position de l'AMAFI

**S'agissant des placements collectifs sans personnalité juridique, l'AMAFI maintient sa demande de suppression de l'incohérence juridique actuelle du Comofi qui sous-entend qu'un placement collectif sans personnalité juridique devrait absolument être considéré comme « client » (ou partie à la « relation d'affaires ») dans le dispositif de LCB-FT.**

Pour ce faire, l'AMAFI propose de modifier la rédaction de l'article R. 561-2 afin que celui-ci soit restreint aux seuls placements collectifs établis sous forme de société.

**S'agissant des placements collectifs dotés de la personnalité juridique, l'AMAFI partage le raisonnement des services de l'AMF et considère qu'afin d'assurer l'efficacité du dispositif de LCB-FT (et conformément à l'approche par les risques prévue par la 4<sup>e</sup> Directive), une distinction doit être réalisée entre les placements collectifs « ouverts » et les placements collectifs « fermés ». S'agissant des placements collectifs dits « ouverts », il semble pertinent d'identifier directement les dirigeants desdits placements collectifs ou de la SGP si le placement collectif est géré par une SGP, en revanche, pour les placements collectifs dits « fermés », il est utile d'identifier les éventuelles personnes physiques qui détiendraient plus de 25% des parts. Cette distinction ne semblant pouvoir être prévue au sein du Comofi, l'AMAFI propose d'inscrire cette « bonne pratique » au sein des lignes directrices de l'AMF.**

### Modifications de textes

#### ➤ Comofi

#### **R. 561-2**

Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est un placement collectif au sens du I de l'article L. 214-1 **qui est constitué sous forme de société**, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % des parts, actions ou droits de vote du placement collectif, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce sur le placement collectif ~~ou, si ce dernier n'est pas une société, sur la société de gestion de ce placement collectif.~~

Lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères prévus au précédent alinéa, et que la personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'a pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à l'encontre du client mentionné au précédent alinéa, le bénéficiaire effectif est :

---

<sup>8</sup> Ce régime dérogatoire ne semble d'ailleurs pas prévu par les 4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> Directives.

~~a) Lorsque le placement collectif est une société,~~ la ou les personnes physiques représentants légaux déterminées conformément aux dispositions de l'article R. 561-1, ou lorsque ce placement collectif est géré par une société de gestion, la ou les personnes physiques dirigeant effectivement cette société de gestion au sens du 4 du II de l'article L. 532-9 ;

~~b) Lorsque le placement collectif n'est pas une société, la ou les personnes physiques qui assurent la direction effective de la société de gestion au sens du 4° du II de l'article L. 532-9.~~

### **R. 561-3**

Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est une personne morale qui n'est ~~ni pas~~ une société ~~ni un placement collectif~~, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui satisfont à l'une des conditions suivantes :

- 1° Elles sont titulaires, directement ou indirectement, de plus de 25 % du capital de la personne morale ;
- 2° Elles ont vocation, par l'effet d'un acte juridique les ayant désignées à cette fin, à devenir titulaires, directement ou indirectement, de plus de 25 % du capital de la personne morale ;
- 3° Elles disposent d'un pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de gestion, de direction ou de surveillance de la personne morale ;
- 4° Elles exercent par d'autres moyens un pouvoir de contrôle sur les organes d'administration, de gestion, de direction ou de surveillance de la personne morale.

Lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères prévus aux 1° à 4° et que la personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'a pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à l'encontre du client mentionné ci-dessus, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques qui représentent légalement la personne morale. Ainsi, lorsque le client est une association, une fondation, un fonds de dotation ou un groupement d'intérêt économique, le bénéficiaire effectif est :

- a) Le ou les représentants légaux de l'association ;
- b) Le président, le directeur général ainsi que, le cas échéant, le ou les membres du directoire de la fondation ;
- c) Le président du fonds de dotation ;
- d) La ou les personnes physiques et, le cas échéant, le représentant permanent des personnes morales, désignées administrateurs du groupement d'intérêt économique.

### **R. 561-5**

Pour l'application du 1° du I de l'article L. 561-5, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 identifient leur client dans les conditions suivantes :

- 1° Lorsque le client est une personne physique, par le recueil de ses nom et prénoms, ainsi que de ses date et lieu de naissance ;
- 2° Lorsque le client est une personne morale, par le recueil de sa forme juridique, de sa dénomination, de son numéro d'immatriculation, ainsi que de l'adresse de son siège social ;

3° Lorsque le client intervient dans le cadre d'une fiducie ou d'un dispositif juridique comparable de droit étranger, par le recueil des nom et prénoms, ainsi que des date et lieu de naissance, des constituants, des fiduciaires, des bénéficiaires et, le cas échéant, du tiers au sens de l'article 2017 du code civil ou par le recueil du nom de leurs équivalents pour tout autre dispositif juridique comparable relevant d'un droit étranger. Dans le cas où les bénéficiaires sont désignés par des caractéristiques ou une catégorie particulières, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 recueillent les informations permettant de les identifier au moment du versement des prestations ou au moment où ils exercent leurs droits acquis. ;

~~4° Lorsque le client est un placement collectif qui n'est pas une société, par le recueil de sa dénomination, de sa forme juridique, de son numéro d'agrément, de son numéro international d'identification des valeurs mobilières, ainsi que de la dénomination, de l'adresse et du numéro d'agrément de la société de gestion qui le gère.~~

Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 identifient également les personnes agissant pour le compte du client selon les modalités prévues au présent article et vérifient leurs pouvoirs.

➤ **Lignes directrices de l'AMF**

L'AMAFI propose que soit insérée une « bonne pratique » au sein des lignes directrices de l'AMF permettant aux établissements qui le souhaiteraient d'établir une distinction entre les placements collectifs « ouverts » et les placements collectifs « fermés » :

- Pour les placements collectifs « ouverts », il serait permis d'identifier directement en tant que bénéficiaires effectifs les dirigeants du placement collectif ou de la SGP si le placement collectif est géré par une SGP ;
- Pour les placements collectifs « fermés », le régime classique s'appliquerait (recherche des éventuels porteurs de parts à plus de 25% avant de pouvoir identifier des bénéficiaires effectifs « par défaut »).

