

CHRONIQUE

RÉGULATION ET CONFORMITÉ



MARTINE BOCCARA
Juriste
Direction des affaires
juridique
Groupe BNP Paribas



**EMMANUEL
JOUFFIN**
Docteur en droit
Responsable
juridique
de banque



MYRIAM ROUSSILLE
Agrégée
des facultés de droit
Professeur
Université du Mans
IRJS Sorbonne
Affaires-Finance

Quatrième directive Antiblanchiment : consécration d'une nouvelle approche fondée sur les risques.

Commentaire de Myriam Roussille

Encore une refonte... Le train de la lutte contre le blanchiment s'accélère : à peine dix ans après la troisième directive, la quatrième directive Antiblanchiment vient d'être publiée (le 5 juin 2015). Depuis 1991, l'Europe a adopté quatre grands textes en la matière¹. Aucun domaine dans le secteur bancaire et financier n'aura tant été remanié. Mais le phénomène s'explique : la montée des risques, de l'évasion fiscale aux risques terroristes, alimente une réflexion planétaire constante. Car les directives en matière de lutte contre le blanchiment et de financement du terrorisme (ci-après LCB-FT) ne sont pas seulement l'œuvre des autorités européennes. Elles suivent les positions prises par le GAFI², qui tient lieu de véritable locomotive réglementaire en ce domaine.

1. La première directive datait en effet du 10 juin 1991 (Dir. 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux : JO L 166, 28 juin 1991, p. 77-8).

La deuxième directive avait seulement modifié la directive 91/308/CEE (Dir. 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux : JO n° L 344 du 28 décembre 2001 p. 76).

La troisième directive avait entièrement refondu le cadre en la matière, abrogeant et remplaçant la directive 91/308/CEE (Dir. 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil 26 oct. 2005, JOUE, 25 nov., L. 309/15 et s.).

2. Sur la GAFI, v. T. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 2^e éd., Bruylant 2014.

Le dispositif européen résultant de la troisième directive Antiblanchiment de 2005³ apparaissait désormais insuffisant pour prévenir les risques accrus d'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Dans la foulée des recommandations du GAFI de février 2012, la Commission a annoncé qu'elle proposerait l'adoption d'un nouveau texte⁴. En moins d'un an, le projet a été rendu public⁵ et la quatrième directive Antiblanchiment a définitivement adoptée en le 20 mai 2015⁶.

À l'image de son champ d'application qui ne cesse de s'élargir (voir *infra*), la directive devient un texte de portée presque générale. Elle dresse maintenant une sorte de droit commun applicable bien au-delà du domaine bancaire, pour lequel les autorités ont prévu un nouveau texte publié le même jour⁷, afin de décliner les exigences

3. Dir. 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil, 26 oct. 2005. La directive 2005/60/CE a été modifiée à plusieurs reprises, notamment par : la directive SEPA 2007/64 du 13 nov. 2007 ; la directive 2008/20/CE du 11 mars 2008 en ce qui concerne les compétences d'exécution conférées à la Commission (JOCE L 76/46, 19 mars 2008), puis la Directive 2010/78/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 en ce qui concerne les compétences de l'Autorité européenne de surveillance (JOUE L 331, 15 déc. ; 2010, p. 120-161).

4. Doc. COM (2012) 168 final, 11 avr. 2012.

5. Doc. COM (2013) 45 final, 5 févr. 2013

6. Directive 2015/849 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 : JOUE L 141/73, 5 juin 2015, p. 73-117.

7. Règlement 2015/847 du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds : JOUE L 141, 5.6.2015, pp. 1-18.

Ce règlement imposant spécifiquement des obligations à la charge des ne sera pas présenté dans la présente rubrique, mais dans celle consacrée aux nouveaux moyens de paiement, à la banque digitale et à la protection des données. Voir dans ce numéro : P. Storrier, « Sur la traçabilité des paiements : le règlement 2015/847 du

LCB-FT en obligations à la charge des prestataires de services de paiement (PSP) qui participent à des transferts de fonds. Les deux textes forment un véritable paquet « antiblanchiment ».

La nouvelle directive refond l'ensemble du cadre existant, puisqu'il abroge la directive de 2005 et la remplace. Elle assure évidemment la continuité avec le dispositif antérieur, tout en élargissant son champ, mais introduit différentes innovations sur lesquelles nous nous arrêtons plus spécifiquement⁸.

Dans la continuité de la troisième directive. La quatrième directive Antiblanchiment prolonge évidemment la troisième dans la totalité de ses dispositions qu'il n'est pas possible de reprendre ici. Cela n'aurait d'ailleurs pas grand intérêt, car son socle est déjà connu et bien assimilé dans le monde bancaire, et notamment des services conformité dont elle constitue l'une des préoccupations majeures. Soulignons juste que, comme à l'accoutumée, le nouveau texte facilite la transition en intégrant, dans une annexe IV, un tableau de correspondance.

L'architecture de la future directive Antiblanchiment reste ainsi identique ou presque : un chapitre III est inséré entre le chapitre II sur les obligations de vigilance à l'égard de la clientèle et le chapitre IV sur les obligations de déclarations. En introduction des dispositions générales qui sont regroupées dans le chapitre I, l'interdiction de participer à des opérations de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme⁹ est réaffirmée. Elle se concrétise toujours par une liste d'agissements prohibés, car considérés comme relevant de la qualification d'activités criminelles¹⁰.

Le cœur du dispositif reste les obligations de vigilance mises à la charge des professionnels en position d'identifier des faits relevant du blanchiment ou du financement du terrorisme¹¹. Concrètement, le législateur organise les modalités de cette vigilance, en graduant les obligations (obligations simplifiées¹² ou au contraire renforcées¹³) selon les clients (une attention particulière est prêtée aux personnes politiquement exposées¹⁴) et les situations (relations d'affaires ou paiement ponctuel). La possibilité de faire exécuter les obligations de vigilance par des tiers est évidemment reprise¹⁵. L'obligation de conservation des documents, pièces et données statistiques, est encore fixée à une durée de principe de 5 ans. Durée à l'issue de laquelle ces éléments sont effacés conformément aux exigences de protection des données à caractère personnel, sauf exceptions. Mais le texte

innove à cet égard sur deux points : d'abord la nouvelle directive impose une conservation centralisée des données concernant les bénéficiaires effectifs (registre central), puis elle prévoit une articulation avec le régime de protection des données¹⁶. Enfin, le texte reprend tout le système de déclaration bien connu, dans un chapitre IV, le seul point à noter à cet égard étant que la coopération entre les cellules de renseignement financier (CRF) est plus précisément organisée.

La quatrième directive Antiblanchiment intègre toutefois un certain nombre d'éléments novateurs.

Nouveauté : approche fondée sur les risques. La raison d'être de la quatrième directive est la consécration d'une nouvelle approche fondée sur les risques¹⁷, dont certains craignent déjà qu'elle fragilise le dispositif¹⁸. Le texte fixe des normes communes pour obliger les États membres et les autorités de surveillance nationales¹⁹ à identifier et évaluer les pratiques qui peuvent menacer le système financier et, plus largement, la stabilité économique dans le marché intérieur²⁰. La Commission doit d'ailleurs établir un rapport sur cette évaluation.

À côté des organes qui évaluent et supervisent, les entités assujetties doivent agir : elles sont tenues de prendre des mesures pour atténuer ces risques²¹, qui doivent être appropriées et proportionnées à ceux-ci. Ainsi, les entreprises soumises au dispositif devront-elles doubler les procédures de contrôle interne de traitement des risques, qui seront différenciées selon chacun d'eux.

Cette approche se concrétise notamment par l'obligation faite aux entités assujetties d'identifier, désormais de manière systématique, le bénéficiaire effectif des prestations, quand celles-ci sont exécutées au profit de personnes morales²². L'identification des bénéficiaires effectifs fait désormais l'objet d'un chapitre à part entière (le chapitre III)²³, sachant que les sociétés et autres entités ont l'obligation d'obtenir et conserver des informations sur ces personnes²⁴. L'identification du bénéficiaire effectif fait l'objet de nouveaux aménagements, notamment lorsque la prestation est effectuée au profit d'une société dont 25 % du capital ou des droits de vote sont détenus directement ou indirectement par une même personne²⁵.

Généralisation du dispositif – entités assujetties. Par ailleurs, le périmètre du dispositif s'élargit à plusieurs niveaux. D'abord, les entités tenues de participer à la LCB-FT (dites entités assujetties) sont plus nombreuses. Les banques (et autres établissements financiers), qui étaient à l'origine le point névralgique de la

20 mai 2015 », p. 65.

8. P. Storrer, « Lutte antiblanchiment : le pas de deux du législateur européen », *Revue Banque* n° 786, p. 72.

9. Dir. (UE) 2015/849, art. 1.2.

10. Dir. précit., art. 3.4.

11. Ces obligations sont l'objet du chapitre II de la directive.

12. Dir. précit., art. 15 à 17.

13. Dir. précit., art. 18 à 24.

14. Les prestations réalisées au profit de personnes politiquement exposées, nationales ou travaillant pour une organisation internationale, font désormais l'objet de mesures de vigilance renforcée : Dir. précit., art. 20.

15. Dir. précit., art. 25 à 29.

16. Voir à cet égard, P. Storrer, art. précité, *Revue Banque* n° 786.

17. Dir. précit., art. 4.1.

18. J.-B. Poulle et S. Aubert, « Lutte contre le blanchiment : l'esprit de l'approche par les risques est-il menacé ? », *RDBF* 2014, étude 5.

19. Dir. précit., art. 7.

20. Dir. précit., art. 6.

21. Dir. précit., art. 8.

22. Dir. précit., art. 13.1.b).

23. Dir. précit., art. 30 et 31.

24. Dir. précit., art. 30.

25. Dir. précit., art. 3.6. et art. 30.

surveillance, partageant aujourd'hui cette tâche avec de nombreux autres acteurs. Outre les notaires, les agents immobiliers, les experts-comptables, les conseillers-fiscaux et autres membres des professions du droit, sont désormais soumis à ces obligations les auditeurs et les prestataires de services de jeux d'argent et de hasard²⁶. Mais au-delà encore, les États doivent désormais veiller, conformément à l'approche fondée sur les risques, que la directive soit étendue aux professionnels, autres que les entités assujetties, qui exercent des activités « particulièrement susceptibles d'être utilisées à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme »²⁷. À cet égard, l'une des extensions les plus notables pour la pratique, qui dépasse d'ailleurs les exigences du GAFI, porte sur les personnes négociant des biens faisant l'objet d'un paiement en espèces. Ces personnes entrent désormais dans le dispositif de vigilance si le paiement reçu est d'un montant égal ou supérieur à 10 000 euros (contre 15 000 euros dans la troisième directive)²⁸, les États membres pouvant abaisser ce seuil. Dans le nouveau dispositif antiblanchiment, les établissements de crédit ne sont pas oubliés pour autant, puisqu'ils sont désormais assujettis à de nouvelles obligations en termes de traçabilité fixées par le règlement qui précise les informations accompagnant les transferts de fonds²⁹.

Généralisation du dispositif – élargissement du périmètre des activités réprimées. Ensuite, le type d'agissements à identifier par les personnes assujetties n'a cessé de s'élargir. Si la préoccupation originelle était centrée sur le blanchiment d'argent tiré du trafic de stupéfiants³⁰, le champ des activités considérées comme criminelles s'est démultiplié et inclut désormais les « infractions fiscales pénales »³¹. Signe des préoccupations actuelles concernant la lutte contre l'évasion fiscale.

Enfin, dès lors que les entités assujetties font partie d'un groupe, y compris contractuel (réseau d'agents³²), elles devront mettre en œuvre des politiques et procédures à l'échelle du groupe (en particulier de protection des données, faut-il remarquer)³³. Les entités assujetties qui exploitent des établissements à l'étranger devront veiller au respect des dispositions nationales de cet autre État, évidemment si l'exploitation a lieu dans l'UE, mais même éventuellement si elle a lieu dans un pays tiers³⁴. Le champ des enquêtes sur place effectuées, qui sont supposées être menées par l'autorité de l'État d'ori-

gine, pourrait donc s'étendre dans des établissements installés dans un autre État³⁵. L'autorité compétente de l'État d'accueil pourra même de faire respecter les règles antiblanchiment, y compris en procédant à des inspections sur place³⁶. La directive permet aussi aux États qui accueillent des établissements de monnaie électronique ou des établissements de paiement dont le siège social est sur un territoire différent d'exiger qu'il nomme un point de contact central sur son territoire, afin de veiller au respect des règles antiblanchiment³⁷.

Renforcement des sanctions. La quatrième directive aiguise enfin le volet répressif de la LCB-FT, ce qui reflète la volonté de la Commission de renforcer le régime de sanctions dans le secteur des services financiers³⁸. Si la troisième directive de 2005 laissait toute compétence aux États membres en la matière, le nouveau texte adopte une approche plus sévère. D'abord, à l'égard des personnes sanctionnées, puisqu'il vise directement les dirigeants et responsable des personnes morales³⁹. Ensuite, en terme de sanctions, puisque les mesures administratives que les États membres pourront prendre en cas de violation systématique des exigences fondamentales de la directive sont désormais précisées : la sanction pécuniaire sera d'un montant au moins égal au double du montant de l'avantage tiré de l'infraction ou, s'il n'est pas possible de le déterminer, d'au moins 1 000 000 euros⁴⁰. Une place spéciale est réservée aux établissements de crédit et établissements financiers, susceptibles d'encourir une sanction maximale d'au moins 5 000 000 euros ou 10 % du chiffre d'affaires annuel total pour les personnes morales, et d'au moins 5 millions d'euros pour les personnes physiques⁴¹.

Lorsque l'entité assujettie est soumise à agrément, celui-ci pourra lui être retiré ou suspendu⁴² et la sanction pourra s'accompagner d'une interdiction temporaire pour les dirigeants et responsables d'exercer des fonctions de direction dans d'autres entités similaires⁴³. Par ailleurs, les décisions de sanction feront l'objet d'une publicité sur le site internet des autorités compétentes indiquant le type et la nature de l'infraction commise ainsi que l'identité de la personne responsable⁴⁴. En revanche, le texte ne va pas jusqu'à criminaliser la participation à des opérations de blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, ce type de mesure supposant l'adoption d'un instrument spécifique. ■

26. Dir. préc., art. 2.1.

27. Dir. préc., art. 4.1.

28. Dir. préc., art. 4.1.e)

29. Règlement 2015/847 précité. Pierre Storrer, aritle précité, p. 65.

30. La première directive 91/308/CEE qui était relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (le financement du terrorisme n'était pas visé à l'époque) avait été suite à l'adoption de la convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988, le rapport de prévention de l'utilisation du système bancaire pour le blanchiment de fonds d'origine criminelle publié par la Comité de Bâle en décembre 1988, les recommandations du GAFI, et la convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990.

31. Dir. préc., art. 3.4.f).

32. Dir. préc., cons. 52 et 53.

33. Dir. préc., art. 45. Voir sur la définition du groupe, Dir. préc., art. 3.15.

34. Dir. préc., cons. 48.

35. Dir. préc., cons. 52.

36. Dir. préc., cons. 53. Voir à cet égard, la décision rendue par la CJUE à propos des pouvoirs de l'autorité de pays d'accueil : CJUE 25 avr. 2013, aff. C-212/11, Jyske Bank Gibraltar Ltd c/ Administración del Estrado ; P. Storrer, « Territorialité des règles de LCB-FT : quand l'esprit l'emporte sur la lettre », *Revue Banque* n° 764, oct. 2013, p. 48.

37. Comp. CMF, art. L. 561-3, VI, sur l'obligation de nommer un représentant permanent.

38. COM (2010) 716 final, 8 déc. 2010

39. Dir. préc., art. 58.3.

40. Dir. préc., art. 59.1.e)

41. Dir. préc., art. 59.3.

42. Dir. préc., art. 59.2. c)

43. Dir. préc., art. 59.2. d)

44. Dir. préc., art. 60.

Démarchage téléphonique.

Décret n° 2015-556 du 19 mai 2015 relatif à la liste d'opposition au démarchage téléphonique.

Commentaire d'Emmanuel Jouffin

Le décret n° 2015-556 du 19 mai 2015 relatif à la liste d'opposition au démarchage téléphonique¹ précise les modalités de mise en œuvre de ladite liste. L'entrée en vigueur effective du texte est subordonnée à la désignation, par arrêté du ministre chargé de l'économie, et après procédure de mise en concurrence, de l'organisme qui sera en charge de la gestion du fichier des oppositions².

Une nouvelle obligation : la consultation d'une liste d'opposition au démarchage téléphonique

L'article L. 121-34 du Code de la consommation indique que le consommateur ne souhaitant pas faire l'objet de prospections commerciales par voie téléphonique peut, gratuitement, s'inscrire sur une liste d'opposition. Le corollaire de cette inscription est l'interdiction faite aux professionnels de solliciter ces personnes. Par ailleurs, toujours aux termes de la loi, ces mêmes professionnels sont tenus, lors du recueil de données téléphoniques, d'informer « de manière claire et compréhensible » le consommateur de son droit à s'inscrire sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique.

L'article R. 121-7-2 aliéna 3 précise que l'inscription est valable pour une durée maximale de trois ans, renouvelable, l'organisme informant le consommateur, au moins trois mois avant l'échéance, de la faculté de la renouveler. À tout instant, le consommateur³ peut se désabonner.

Enfin, l'article R. 121-7-3 précise que l'organisme qui sera désigné par voie d'arrêté sera seul habilité « à collecter, enregistrer, conserver, modifier ou traiter les informations portées sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique ». Il faut noter que même si le client a donné un accord au professionnel en vue d'éventuelles prospections, ce dernier doit néanmoins consulter régulièrement le fichier des oppositions afin de vérifier l'absence d'inscription.

L'article L. 121-34 prend le soin de prévoir que sont logés à la même enseigne le démarchage téléphonique « direct », sous-entendu effectué par l'entité pour le compte de laquelle le démarchage est conduit, que l'« indirect », c'est-à-dire le démarchage conduit par un tiers pour le compte de l'entité bénéficiaire finale. La loi ne prévoit qu'une seule exception, à savoir l'existence de « relations contractuelles préexistantes ».

Exception au principe

L'article L. 121-34 prévoit une exception permettant au professionnel de ne pas consulter la liste, s'il peut se prévaloir de « relations contractuelles préexistantes ». Par cette expression, il faut sans doute comprendre des relations définitivement nouées et non résolues au jour de la consultation du fichier.

Maintien du principe d'opt in pour les prospections par un système automatisé de communications électroniques, un télécopieur ou des courriers électroniques

On soulignera une intéressante décision du Conseil d'État du 11 mars 2015⁴ énonçant que « le consentement spécifique exigé par les dispositions de l'article L. 34-5 du Code des postes et communications électroniques⁵ ne peut résulter que du consentement exprès de l'utilisateur, donné en toute connaissance de cause et après une information adéquate sur l'usage qui sera fait de ses données personnelles », le Conseil soulignant « [...] alors même que [...] l'information serait suffisante et les conditions générales d'utilisation claires et explicites, le consentement donné à ces dernières pour l'ensemble des finalités d'un traitement, dont l'usage des données personnelles de l'utilisateur, ne saurait être regardé comme valant consentement spécifique, au sens et pour l'application de l'article L. 34-5 ».

Obligations des professionnels et contrôles

Les professionnels sont tenus, lors du recueil de données téléphoniques, d'informer « de manière claire et compréhensible » le consommateur de son droit à s'inscrire sur la liste d'opposition au démarchage téléphonique.

L'article R. 121-7-5 vient préciser les obligations à la charge du professionnel en distinguant entre les professionnels exerçant « à titre habituel une activité de démarchage » et ceux qui n'y recourent que de manière « accessoire ». Les premiers devront saisir, de manière régulière, et « au moins mensuellement », l'organisme gérant la liste d'opposition afin de s'assurer de la conformité de ses fichiers de prospection commerciale avec la liste des oppositions au démarchage. Les seconds ne seront astreints à la consultation dudit organisme qu'avant toute campagne de démarchage.

Le texte ne dit pas ce qu'il faut considérer comme une activité régulière, notamment sur quelle période. Eu égard au fait que les exceptions s'interprètent de manière restrictive, et eu égard à la finalité protectrice du dispositif, il convient d'être prudent sur l'appréciation du caractère accessoire du recours au démarchage téléphonique. S'il est délicat de proposer des chiffres, il est prudent de croiser les données relatives, tant à la fréquence des campagnes de démarchage, qu'au volume de clients concernés par celles-ci. Des campagnes peu fréquentes, mais

1. Codifié sous les articles R. 121-7 à R. 121-7-8 Code de la consommation, complétant l'article L. 121-34 du même code.

2. Cette entrée en vigueur est fixée au premier jour du quatrième mois suivant cette désignation.

3. Par consommateurs, on entend les personnes visées dans l'article préliminaire au Livre premier du Code de la consommation issu lui aussi de la loi Hamon, à savoir « [...] toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

4. CE 11 mars 2015, 10e /ge SSR, n° 368624, statuant sur une décision de la CNIL n° 2012-032 du 16 octobre 2012 sanctionnant une société déployant des logiciels incorporant des logiciels malveillants dans les systèmes des utilisateurs, ladite société procédant également à la cession de données personnelles à des tiers.

5. « Est interdite la prospection directe au moyen de système automatisé de communications électroniques au sens du 6° de l'article L. 32, d'un télécopieur ou de courriers électroniques utilisant les coordonnées d'une personne physique, abonné ou utilisateur, qui n'a pas exprimé préalablement son consentement à recevoir des prospections directes par ce moyen ».

concernant un volume important de clients, pourront difficilement être considérées comme étant accessoires au regard de la politique de promotion commerciale du professionnel.

Cette appréciation devra être conduite avec d'autant plus de prudence que l'article R. 121-7-6 précise que les agents de la DGCCRF peuvent obtenir gratuitement de l'organisme toute information utile pour vérifier le respect par les professionnels de leurs obligations en la matière.

Information et transparence

L'article L. 121-20 du Code de la consommation prévoit que lorsqu'un professionnel contacte un consommateur par téléphone en vue de la conclusion ou de la modification d'un contrat portant sur la vente d'un bien ou sur la fourniture d'un service, ledit professionnel doit indiquer, au début de la conversation, son identité, le cas échéant l'identité de la personne pour le compte de laquelle il effectue cet appel et la nature commerciale de celui-ci. L'article L. 121-34-2, prohibe le recours à un numéro masqué.

Financement du dispositif

Les professionnels seront astreints à une redevance

comprenant une part fixe et une part variable. La première correspond au coût des frais annuels d'ouverture et de gestion du dossier ouvert pour chaque professionnel qui sollicite les services de l'organisme. La seconde, correspond aux charges de l'organisme liées à la collecte, l'enregistrement, la conservation, la gestion des numéros de téléphone des consommateurs et à l'utilisation de la liste d'opposition par le professionnel.

Une consultation obligatoire protégée par des sanctions administratives

La violation des dispositions relatives à l'opposition au démarchage téléphonique est objet d'une répression administrative⁶, sans préjudice nous dit l'article L. 121-34 de l'application des articles 38 à 40 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dont la violation est également sanctionnée, par la CNIL, par une sanction pécuniaire pouvant atteindre 300 000 euros. ■

6. Article L. 121-34-1 du Code de la consommation : amende administrative dont le montant ne peut excéder 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale.

Pratiques commerciales trompeuses : ni droit à l'erreur, ni *lapsus calami* !

Commentaire d'Emmanuel Jouffin

Par une décision du 16 avril 2015¹, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), saisie d'une question préjudicielle, apporte une réponse à la question de savoir si une pratique commerciale devait concerner un nombre minimum de consommateurs et présenter un caractère intentionnel afin d'être considérée comme trompeuse.

En l'espèce, un consommateur souhaitant mettre un terme à un contrat a demandé à son fournisseur de lui préciser la période couverte par la facture émise par ce dernier. Le fournisseur d'accès répondit, par erreur, que la période couverte était du 11 janvier 2010 au 10 février 2011, et non le 10 janvier 2011. Le fournisseur se voyait ainsi reprocher la communication d'une information erronée, sur la base de laquelle le consommateur avait déterminé la date à laquelle il souhaitait résilier son abonnement.

La Kúria (Cour suprême hongroise), saisie en tant que juge de cassation, décida de poser à la CJUE deux questions préjudicielles :

- peut-il y avoir des pratiques commerciales trompeuses de bonne foi ? ;
- une communication d'informations mensongères à un seul consommateur peut-elle être considérée comme une pratique commerciale ?

Pratiques commerciales trompeuses et bonne foi

La CJUE, reprenant la solution retenue dans un précédent arrêt², estime qu'est « dénué de toute pertinence le caractère prétendument non intentionnel d'un agissement tel que celui en cause au principal »³. La cour se réfère à l'article 11 de la directive⁴ 2005/29, lequel prévoit expressément que l'application des mesures prises par les États membres aux fins de lutter contre de telles pratiques est indépendante de la preuve d'une intention, voire d'une négligence de la part du professionnel, tout comme de celle d'un préjudice réel subi par le consommateur.

Ces deux arrêts de la CJUE remettent directement en cause la jurisprudence des cours et tribunaux français⁵ en la matière. Ainsi, la Chambre criminelle, dans un arrêt du 15 décembre 2009⁶ a-t-elle affirmé : « en l'état de ces énoncia-

1. CJUE, 16 avril 2015, C-388-13

2. CJUE, 19 septembre 2013, aff. C-435/11, CHS Tour Service GmbH. V. Nicod, « L'arrêt de la CJUE du 19 septembre 2013, affaire C-435/11 : une clarification bienvenue dans le droit des pratiques commerciales déloyales ! » RLDA, n° 88, décembre 2013, p. 32.

3. Considérant 47.

4. Article 11-2 : « [...] les États membres confèrent aux tribunaux ou aux autorités administratives des pouvoirs les habilitant, dans les cas où ceux-ci estiment que ces mesures sont nécessaires compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général [...] même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réels, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel ».

5. V. Nicod, « L'arrêt de la CJUE du 19 septembre 2013, affaire C-435/11 : une clarification bienvenue dans le droit des pratiques commerciales déloyales ! », RLDA, n° 88, décembre 2013, p. 32. Pour un exemple de confusion entre les notions de pratiques commerciales déloyales et trompeuses, Cass. Com. 4 décembre 2012, n° 11-27-729, Bull. Civ. IV, n° 221 ; D. 2012. 2956, obs. C. Manara et 2013. 2487, obs. P. Tréfigny. La Cour de cassation condamne un comparateur de prix pour « pratique commerciale déloyale et trompeuse » (sic).

6. Cass. crim. 15 décembre 2009 ; Dr. pén. 2010, comm. 41, obs. J.-H. Robert ; N. Eréséo, AJ Pénal 2010, p. 73 ; D. 2010, p. 203, obs. X. Delpech ; AJP 2010, p. 73, note N. Eréséo et J. Lasserre ; Contrats, conc., consom. 2010, comm. 145, obs. Raymond G., RJDA 2010, n° 566, Dr. pén. 2010, comm. 41, obs. Robert

tions, d'où il résulte que le prévenu n'a pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires, et dès lors que la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er du Code pénal, la cour d'appel a justifié sa décision ». En faisant référence à la « connaissance de cause ». On comprend de cette décision que, si l'absence de précautions, ou la violation de prescriptions légales, réglementaires ou déontologiques, sont suffisantes pour engager l'a responsabilité du professionnel, encore faut-il que tout ceci ait été, a minima, le fruit d'une abstention (ou d'une action) consciente⁷, intervenue « en connaissance de cause ». La DGCCRF, dans sa note de service consacrée aux pratiques commerciales déloyales, adopte une position conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'elle demande de « caractériser l'élément intentionnel au-delà de la simple négligence (notamment par la connaissance qu'avait professionnel du caractère trompeur de la pratique) ».

Les conséquences pratiques de la décision du 16 avril 2015 sont très loin d'être anecdotiques. En effet, l'article L. 121-6 du Code de la consommation énonce que les pratiques commerciales trompeuses sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros, montant pouvant être « porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant le délit ». La question se pose de la nécessité et de la proportionnalité de telles sanctions, s'agissant d'un délit qui pourrait, à en croire la CJUE, être « commis » en l'absence de toute mauvaise foi.

Pratiques commerciales trompeuses et client unique

La décision du 16 avril 2015 est également intéressante en ce qu'elle prend position sur le sujet suivant : une communication erronée, ne concernant qu'un seul client, peut-elle être considérée comme constitutive d'une pratique commerciale au sens de la directive 2005/29 ?

Pour savoir ce qu'est une « pratique », il convient de se référer à l'article 2-d de la directive du 11 mai 2005. Est une pratique : « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs⁸ ». On remarquera la rédaction au pluriel du mot consommateur.

Se pose la question suivante : peut-on parler de « pratique » dès lors qu'un seul client est concerné ? À cet égard, l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2009/22/CE⁹ fait référence à la directive sur les pratiques commerciales déloyales comme étant l'un des textes adoptés afin de protéger les intérêts collectifs des consommateurs. Le document de travail des services de la Commission - Orientation pour la mise en œuvre et l'application de la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales¹⁰ précise quant à lui s'agissant de « la relation entre la Directive PCD et la législation sectorielle communautaire » : « La directive est l'instrument juridique général régissant les pratiques commerciales déloyales dans les transactions des entreprises vis-à-vis des consommateurs. Elle couvre toutes les pratiques commerciales entre les entreprises et les consommateurs, sauf disposition contraire explicite [...] ». Où l'on voit bien que la Directive 2005/29 est un texte d'intérêt général, n'ayant pas vocation à s'intéresser à des situations individuelles.

Dans ses conclusions, l'avocat général¹¹ estime que la notion de pratique implique que soit concerné « un groupe indéterminé de consommateurs [...] que le comportement en question doit avoir un certain degré de « pertinence commerciale », ou bien un consommateur individuel, mais avec une répétition par le professionnel de ses agissements.

On peut en effet douter que l'effet utile du texte soit de régler des litiges individuels de consommation. D'ailleurs, le considérant 9¹² et l'article 3.2 de la directive 2005/29 prennent soin de distinguer le contenu de ladite directive des droits voisins. L'article 3.2 énonce ainsi « La présente directive s'applique sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats ».

La décision de la CJUE du 16 avril 2015 conduit, *in fine*, à faire entrer dans le champ de la Directive, et des mesures répressives que la France a souhaité y associer, des litiges contractuels purement individuels. La logique qui sous-tend tout ceci est que tout manquement contractuel peut être passible de sanctions pénales au travers de l'application des règles relatives aux pratiques commerciales déloyales. On imagine sans peine les dérives ! L'avocat général s'interroge, à raison, au sujet de la compatibilité de cette interprétation avec ce qui est « nécessaire pour garantir un niveau élevé de protection du consommateur. En effet, il ne faut pas oublier que les sanctions de droit public ont pour objectif de protéger l'intérêt public et, dans le cas présent, il devrait s'agir des intérêts collectifs des consommateurs »¹³. ■

J.-H., RLDA 2010/47, n° 2779, obs. Anadon C., Dr. et proc. oct. 2010, suppl. Droit de la consommation, p. 30, obs. Gavalda-Moulenat C., RDC 2010, p. 872, note Fenouillet D. Idem, Cass. crim. 3 février 2009, n° 08-81618, inédit. Dans cette espèce, la Cour de cassation juge que le point de départ de la prescription du délit de publicité fautive ou de nature à induire en erreur doit être fixé au jour où les parties civiles ont été en mesure de constater le défaut de conformité entre ce qui avait été promis et ce qui avait été réalisé par leur vendeuse.

7. En ce sens, C. Ambroise-Casterot, *Droit pénal de la consommation* : Rev. sc. crim. janvier-mars 2010, n° 1, p. 146 et s.

8. La DGCCRF, dans une note de service n° 2009-07 du 29 janvier 2009, p. 3 énonce : « Les pratiques commerciales déloyales sont donc envisagées de manière très large : elles visent la publicité mais également tous les procédés liés au commerce, c'est-à-dire toute forme d'acte en relation avec la vente d'un produit. Toutes les conditions de la vente, manœuvres, subterfuges pourront être utilisés pour caractériser une pratique commerciale déloyale. Cette définition vise également la "fourniture" d'un produit ce qui signifie que la déloyauté commerciale peut être constatée à l'occasion de la remise à titre gratuit d'un produit. »

9. Directive du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (JO L 110, p. 30).

10. http://ec.europa.eu/consumers/archive/rights/docs/Guidance_UCP_Directive_fr.pdf, spéc. p. 19.

11. Conclusions de l'avocat général M. Nils Wahl spéc. § 24.

12. « [La directive] s'applique également sans préjudice des règles communautaires et nationales relatives au droit des contrats... ».

13. Conclusions de l'avocat général M. Nils Wahl, spéc. § 31.