

# CHRONIQUE

## NOUVEAUX MOYENS DE PAIEMENT, BANQUE DIGITALE ET PROTECTION DES DONNÉES



**PIERRE STORRER\***  
Avocat au Barreau  
de Paris  
Kramer Levin Naftalis  
& Frankel LLP



**MYRIAM ROUSSILLE**  
Agrégee des facultés  
de Droit  
Professeur  
Université du Mans  
IRJS Sorbonne  
Affaires-Finance

### ■ LUTTE ANTIBLANCHIMENT : BIENVENUE À L'APPROCHE FONDÉE SUR LES RISQUES DANS LE CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER

Commentaire de Pierre Storrer

**L**e droit antiblanchiment nouveau. Le législateur français nous avait habitués au contraire, mais les temps changent et la tendance est davantage à anticiper la transposition des textes européens. Tel est le cas de l'ordonnance n° 2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme qui, avec plus de six mois d'avance (malgré la proposition de 4<sup>e</sup> directive bis), transpose la 4<sup>e</sup> directive Antiblanchiment<sup>1</sup>.

Si l'on y adjoint l'ordonnance n° 2016-1575 du 24 novembre 2016 portant réforme du dispositif de gel des avoirs, c'est l'entier titre VI (ou presque) du livre V du Code monétaire et financier (CMF) qui est réécrit, en attendant la publication des textes d'application. Lorsque l'on connaît la prégnance des règles antiblanchiment (le fameux « KYC » en particulier) dans la pratique des professionnels, financiers et non financiers, assujettis, l'événement est à l'évidence considérable et il faudra du temps pour en digérer toutes les implications.

L'objet de ce commentaire n'est pas d'entrer dans le détail du droit nouveau de l'antiblanchiment (il serait d'ailleurs plus exact de le nommer droit de la lutte contre le financement du terrorisme, ce qui n'est pas

sans poser une question de fond, celle que l'actualité – certes dramatique – d'une de ses branches commande le durcissement de l'ensemble) mais de saluer l'entrée dans notre CMF du principe directeur qui commande les travaux du GAFI et est désormais relayé dans les textes européens : l'approche fondée sur les risques<sup>2</sup> ou *risk-based approach* (RBA)<sup>3</sup>.

**Recommandations du GAFI et directives européennes.** Ce n'est pas encore l'approche fondée sur les risques qui intègre les recommandations du GAFI de 2003, mais plutôt un principe de modulation, à la hausse ou à la baisse, des mesures de vigilance : « Les institutions financières devraient mettre en œuvre chacune des mesures de vigilance [...], mais elles peuvent déterminer l'étendue de ces mesures en fonction du niveau de risque associé au type de clientèle, de relation d'affaires ou de transaction. [...] Pour les catégories à plus haut risque, les institutions financières devraient prendre des mesures de vigilance renforcée. Dans des circonstances déterminées, lorsque les risques sont faibles, les pays peuvent décider d'autoriser les institutions financières à appliquer des mesures réduites ou simplifiées »<sup>4</sup>. La 3<sup>e</sup> directive Antiblanchiment s'inscrit dans ces traces (« Selon une approche fondée sur le risque, le principe selon lequel des obligations simplifiées de

1. Dir. (UE) 2015/849, 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, accompagnée par Règl. (UE) 2015/847, 20 mai 2015, sur les informations accompagnant les transferts de fonds.

2. Entrée qui n'est guère saluée par le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016, bien timide à cet égard.

3. Cf. FATF, Guidance for a risk-based approach, The banking sector, oct. 2014 : « A RBA to AML/CFT means that countries, competent authorities and financial institutions are expected to identify, assess and understand the ML/TF risks to which they are exposed and take AML/CFT measures commensurate to those risks in order to mitigate them effectively », p. 5.

4. Les quarante recommandations du GAFI, oct. 2003, p. 6.

vigilance à l'égard de la clientèle peuvent s'appliquer dans des cas appropriés devrait être introduit dans la législation communautaire »<sup>5</sup>, à la suite desquelles marcha le législateur français : « Toutefois, en vertu du principe de l'approche par les risques, ces obligations de vigilance peuvent être modulées à la baisse ou à la hausse en fonction du risque de blanchiment ou de financement du terrorisme que présentent le client, le produit ou la nature de la relation d'affaires »<sup>6</sup>.

Il faut attendre les recommandations révisées du GAFI de 2012 pour que l'approche fondée sur les risques fasse l'objet d'une recommandation à part entière (la première), qui l'érige en « principe général » : « Le principe général de l'approche fondée sur les risques est d'obliger les institutions financières et entreprises et professions non financières désignées à appliquer des mesures de vigilance renforcées lorsqu'il existe des risques plus élevés afin de les gérer et de les atténuer et, inversement, de permettre aux institutions financières et entreprises et professions non financières désignées d'appliquer des mesures de vigilance simplifiées lorsque les risques sont plus faibles »<sup>7</sup>.

Partant, on peut dire que l'approche fondée sur les risques a véritablement intégré le droit positif de la LCB-FT avec la 4<sup>e</sup> directive Antiblanchiment (le 4<sup>e</sup> règlement également)<sup>8</sup>, qui ne se contente pas de l'évoquer vaguement dans des considérants (en l'espèce les considérants 22 et suivants) mais lui consacre une section « Évaluation des risques », composée des articles 6 (évaluation par la Commission), 7 (évaluation par les États membres) et 8 (évaluation par les entités assujetties) ; prescriptions de l'article 8 que l'on retrouve dorénavant largement inscrites dans le CMF.

**Bienvenue, donc, à la notion d'approche fondée sur les risques.** Le droit de la LCB-FT est trop souvent perçu, et vécu en pratique, comme excessivement lourd, tatillon et, pour tout dire, assommant. Si bien que l'entrée, dans le CMF, sous forme de principe général et directeur, de l'approche fondée sur les risques nous paraît un événement majeur. Ce disant, nous n'omettons pas combien un tel concept de « droit mou » pourrait être dangereux, comme peut l'être la notion d'*accountability* (ou de responsabilité) dans le règlement général sur la protection des données personnelles.

Certes, les articles L. et R. 561-1 et suivants du CMF continueront de poser un certain nombre d'exigences précises, propres à faire « pester » l'établissement financier assujetti, à la recherche de toujours plus de fluidité (digitale) de son « parcours client »<sup>9</sup>. Sauf que, désormais, l'« intelligence » de la LCB-FT s'invite à la discussion puisqu'un texte chapeau préside à l'édiction des obligations de vigilance à l'égard de la clientèle (CMF, art. L. 561-5 et s.) : l'article L. 561-4-1 nouveau. Le prin-

cipe, simple mais inédit dans sa formulation autant que dans sa situation au sein de notre CMF, est celui-ci : les personnes assujetties appliquent les mesures de vigilance « en fonction de l'évaluation des risques présentés par leurs activités en matière de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme » (al. 1<sup>er</sup>). Il fallait, auparavant, attendre presque la fin (c'était trop tard), c'est-à-dire l'article L. 561-32 relatif aux procédures et au contrôle interne, pour que soit dit que les personnes assujetties « mettent en place des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme » ; texte qui, dorénavant, s'écrit de la sorte : « Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 mettent en place une organisation et des procédures internes pour lutter contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, tenant compte de l'évaluation des risques prévue à l'article L. 561-4-1. En tenant compte du volume et de la nature de leur activité ainsi que des risques présentés par les relations d'affaires qu'elles établissent, elles déterminent un profil de la relation d'affaires permettant d'exercer la vigilance constante prévue à l'article L. 561-6 » (CMF, art. L. 561-32, I, al. 1<sup>er</sup>, nouv.).

Le moyen, maintenant : « À cette fin, elles définissent et mettent en place des dispositifs d'identification et d'évaluation des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme auxquels elles sont exposées ainsi qu'une politique adaptée à ces risques. Elles élaborent en particulier une classification des risques en question en fonction de la nature des produits ou services offerts, des conditions de transaction proposées, des canaux de distribution utilisés, des caractéristiques des clients, ainsi que du pays ou du territoire d'origine ou de destination des fonds » (CMF, art. L. 561-4-1, al. 2, nouv.)<sup>10</sup>. En cela, et c'est tant mieux, l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 fait remonter à un niveau supérieur (législatif), les exigences de procédures et de contrôle interne jusque-là prévues dans la partie réglementaire du CMF (CMF, art. R. 561-38) ou à l'arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement soumis au contrôle de l'ACPR (art. 43 et s.)<sup>11</sup>.

Achévé de rédiger le janvier 2017.

5. Dir. 2005/60/CE, 26 oct. 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, cons. 22.

6. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

7. Les recommandations du GAFI, févr. 2012, version mars 2016, p. 31.

8. Cf. P. Storrer, « Lutte antiblanchiment : le pas de deux du législateur européen », *Revue Banque* n° 786, juill.-août 2015, p. 72.

9. Cf. P. Storrer, « Pour la reconnaissance d'un KYC 100 % digital », RTDF n° 2, 2016, p. 64.

10. On notera que l'article L. 561-4-1 est complété par un 3<sup>e</sup> alinéa consacré aux situations des groupes, lui-même suivi d'un 4<sup>e</sup> dont on ne sait trop s'il s'applique à l'ensemble des personnes concernées par cet article ou seulement aux personnes appartenant à un groupe : « Pour l'identification et l'évaluation des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme auxquels elles sont exposées, les personnes mentionnées ci-dessus tiennent compte des facteurs inhérents aux clients, aux produits, services, transactions et canaux de distribution, ainsi qu'aux facteurs géographiques, précisés par arrêté du ministre chargé de l'économie, ainsi que des recommandations de la Commission européenne issues du rapport prévu par l'article 6 de la directive 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, ainsi que de l'analyse des risques effectuée au plan national dans des conditions fixées par décret. »

11. Sur la méthodologie d'évaluation des risques, combinant trois facteurs : une menace, une vulnérabilité et des conséquences potentielles, on se reportera avec intérêt à Tracfin, Tendances et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme en 2015, p. 4. Adde, Méthodologie d'évaluation de la conformité technique aux recommandations du GAFI et de l'efficacité des systèmes de LBC/FT, févr. 2013.

## ■ LA LOI SAPIN 2 ANNONCE L'INTÉGRATION EN DROIT FRANÇAIS DES NOUVELLES RÈGLES DU DROIT DU PAIEMENT

Commentaire de Myriam Roussille

**Loi Sapin 2 et droit européen des paiements.** La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 », du 9 décembre 2016<sup>1</sup> annonce la transposition en droit français de plusieurs textes importants du droit européen des paiements : la directive de juillet 2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base, dite directive « Compte de paiement »<sup>2</sup>, et la directive de décembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, dite « DSP 2 »<sup>3</sup>. Elle habilite le Gouvernement, selon la procédure de 38 de la Constitution, à prendre par ordonnance, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaire à la transposition de ces textes<sup>4</sup>.

Pour la directive Compte de Paiement, le Gouvernement avait dû préparer sa copie puisque l'ordonnance a été publiée dans la foulée de la loi, à peine quelques jours plus tard (le 22 décembre)<sup>5</sup>. Une opération rapide, réalisée a minima, au motif que le droit français était déjà globalement conforme à la directive, notamment du fait de l'intégration du dispositif de mobilité bancaire par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite Loi Hamon<sup>6</sup>, et par la loi du 6 août 2015 sur la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi « Macron »)<sup>7</sup>. Mais nous y reviendrons lors de la prochaine chronique.

Pour la DSP2, le Gouvernement devra s'employer à préparer un texte d'ici le 9 juin 2018<sup>8</sup>.

**Loi Sapin 2 et règlement CMI.** Mais la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique assure surtout l'entrée en effectivité du règlement d'avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte, dit règlement « Commission d'interchange »<sup>9</sup> (ou encore ci-après règlement « CMI »), qui a bouleversé le cadre applicable aux réseaux de carte bancaire. L'objectif des autorités européennes est de créer les conditions économiques de l'ouverture du monde de la carte, en brisant les pratiques anticoncurrentielles qui avaient, par le passé, permis sa concentration. Il redessine toutes les relations qui se nouent à l'occasion des paiements par carte, en posant un cadre contraignant pour les acteurs de ce système. Les commissions d'interchange en sortent plafonnées, tandis que les relations entre les schémas de carte, les banquiers (ou autres prestataires de services de paiement – ci-après « PSP »), les émetteurs, les accepteurs, les bénéficiaires et même les consommateurs (payeurs) sont précisément réglemmentées.

Le règlement CMI renvoyait à chaque État membre le soin d'établir les sanctions applicables aux violations des règles qu'il impose<sup>10</sup>, ainsi celui de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir leur application. L'État français n'était pas en avance puisque le texte européen imposait aux États membres de notifier à la Commission les mesures prises en ce sens au plus tard le 9 juin 2016. C'est donc avec un petit retard, mais avant toutefois le lancement d'un recours en manquement par la Commission européenne, que le législateur a procédé aux adaptations du Code monétaire et financier requises pour assurer l'effectivité du règlement.

Il crée pour ce faire un titre VI consacré aux sanctions administratives au sein du livre III dudit code, lui-même consacré aux services et au sein duquel on trouve naturellement les règles relatives aux services de paiement. Cette « localisation » se justifie par le fait que l'émission de cartes de paiement (qui entre dans la qualification d'instruments de paiement) et l'acquisition d'ordres de paiement (notamment par carte) constituent des services de paiement<sup>11</sup>. Dans un chapitre unique intitulé « Manquements relatifs au règlement (UE) n° 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte », sont ainsi énumérées toutes les sanctions encourues en cas de violation des règles issues du règlement CMI, tandis que l'autorité chargée de prononcer ces amendes administratives est désignée.

1. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JORF du 10 déc.
2. Dir. (UE) 2014/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base.
3. Dir. (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur. Sur ce texte : P. Storrer et M. Roussille, « L'économie numérique à l'heure de la DSP 2.0 », *Banque et Droit* n° 165 janvier-février 2016, p. 67 ; P. Storrer, « Abécédaire de la DSP 2 », *Revue Banque* n° 793, p. 76 ; et surtout « DSP 2 – le futur du paiement », numéro spécial *Banque et Droit* n° HS 1-2016, juill. 2016.
4. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 67, 1, 1° pour la transposition de la directive « Compte de paiement » et art. 70, 1° pour la DSP 2.
5. Ordonnance n° 2016-1808 du 22 décembre 2016 relative à l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base : JORF 23 déc. 2016. Preuve que tout était prêt le décret d'application a été publié le même jour : Décret n° 2016-1811 du 22 décembre 2016 relatif à l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base.
6. L. n° 2014-344, 17 mars 2014. Voir sur le sujet : M. Boccara, E. Jouffin et M. Roussille, « Les mesures d'application de la loi Hamon intéressant le domaine bancaire », *Banque et Droit* n° 161, mai-juin 2015, spéc. p. 54.
7. L. n° 2015-990, 6 août 2015. Voir à cet égard : E. Jouffin, « Loi Macron : principaux impacts en banque de détail », *Banque et Droit* n° 164, novembre-décembre 2015, p. 42.
8. Dix-huit à compter de la promulgation de la loi (intervenue le 9 décembre 2016).

9. Règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte : JOUE L 123, 19 mai 2015, pp. 1-15. Sur ce texte : M. Roussille, « Le règlement sur les commissions d'interchange révolutionne le modèle économique de la carte de paiement », *Banque et Droit* n° 162, juillet-août 2015, p. 60.

10. Règl. (UE) 2015/751, 29 avril 2015, art. 14.

11. C. monét. fin., art. L. 314-1, II, 5°.

**Sanctions applicables en cas de violation du règlement CMI.** La loi Sapin 2 prévoit ainsi une série de sanctions administratives énoncées au nouvel article L. 361-1 du Code monétaire et financier, que l'on peut distinguer par montant ou par type d'acteurs concernés.

Les textes consacrent deux catégories d'amendes, des « petites » (15 000 euros pour des personnes morales, ramenés à 3 000 pour des personnes physiques) et de plus importantes (375 000 euros pour des personnes morales, ramenés à 75 000 euros pour les personnes physiques), ce qui donne la mesure de la portée assignée aux règles correspondantes.

**Sanctions de 375 000 euros essentiellement pour les schémas de carte.** Les schémas de paiement sont les géants de l'industrie de la carte que le règlement cherche avant tout à discipliner, en imposant des règles dites « commerciales » (chapitre III du Règlement). Ce sont donc eux qui sont principalement exposés aux amendes les plus conséquentes (375 000 euros). Ils pourront être lourdement verbalisés en cas de manquement aux règles de restrictions territoriales ou de mise en place de licences pour les opérations transfrontalières<sup>12</sup>, s'ils contreviennent aux règles leur imposant de rester séparés des entités de traitement<sup>13</sup> ou encore à l'interdiction d'entraver ou d'empêcher un émetteur de proposer plusieurs marques de paiement (pratique dite du « cobadgeage ») ou même seulement d'orienter les émetteurs ou acquéreurs vers des marques ou applications de paiement données<sup>14</sup>. La violation des règles attachées à l'obligation d'accepter toutes les cartes, qui vaut cette fois non seulement pour les schémas de paiement mais aussi pour les PSP, expose aussi à l'amende de 375 000 euros. Il en va de même de la violation des règles dite « d'orientation », en vertu desquelles les bénéficiaires ne doivent pas être empêchés d'orienter les consommateurs vers l'utilisation d'un instrument de paiement quel qu'il soit, ainsi qu'ils le préfèrent.

**Sanctions de 15 000 euros pour les autres acteurs.** Les PSP sont également visés par les nouvelles sanctions, ce qui se justifie par le fait que le cœur du dispositif institué par le règlement CMI réside dans le plafonnement des commissions d'interchange qu'ils facturent, en tant qu'émetteurs de cartes (prestataire du consommateur) aux PSP des bénéficiaires d'opérations de paiement<sup>15</sup> : 0,2 % pour les cartes de débit 25 et 0,3 % pour les cartes de crédit, voici les montants par opération de paiement au-delà desquels les prestataires ne peuvent pas se faire rémunérer. Les contrevenants s'exposeront désormais à une amende de 15 000 euros d'amende s'il s'agit de personnes morales<sup>16</sup>.

Le règlement CMI vise ensuite à garantir aux consommateurs la possibilité de recourir facilement à plusieurs marques de paiement (règle dite du « cobadgeage »). Si un PSP (futur émetteur) ne les informe pas, clairement et précisément, au préalable, sur toutes les marques de paiement qui sont mises à leur disposition<sup>17</sup>, il encourt le risque d'une amende de 15 000 euros<sup>18</sup>.

De même, les PSP de bénéficiaires s'exposent à cette sanction s'ils ne délivrent pas à leurs clients (commerçants) les informations qu'ils leur doivent après l'exécution de chaque opération de paiement individuelle liée à une carte<sup>19</sup>.

Les acquéreurs, c'est-à-dire les PSP qui traitent les ordres de paiement recueillis par les commerçants bénéficiaires à qui ils ont confié un terminal de paiement ou un dispositif de paiement à distance, supportent quant à eux une obligation de transparence, dite « différenciée »<sup>20</sup>, leur imposant de proposer et indiquer les commissions de services pour chaque catégorie et chaque marque de carte (sauf à ce que le bénéficiaire n'ait admis une facturation groupée). Le non-respect pourra aboutir là encore à une amende de 15 000 euros<sup>21</sup>.

Les commerçants ne sont pas en reste, car le règlement CMI les contraint aussi à certaines diligences de nature informative, qu'il fallait assortir de sanctions pour les rendre effectives : le défaut d'affichage des cartes non acceptées au point de vente ou sur le site de vente en ligne<sup>22</sup> les exposera à une sanction de 3 000 euros s'il s'agit de personnes physiques ou de 15 000 euros s'il s'agit de personnes morales.

**Compétence de la DGCCRF.** La loi Sapin 2 désigne l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation (c'est-à-dire la DGCCRF) comme autorité compétente pour prononcer les amendes administratives prévues à l'article L. 361-1 du présent code<sup>23</sup>. Celle-ci devra se conformer aux règles fixées par le Code de la consommation pour les procédures de sanctions administratives<sup>24</sup>. Afin d'assurer la coordination avec les autorités chargées de contrôler, sur le terrain disciplinaire, les acteurs concernés (schémas de paiement et PSP), le législateur a aussi prévu que la DGCCRF déterminerait, par convention avec la Banque de France et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, les conditions dans lesquelles elle peut avoir recours à leur concours pour procéder, dans la limite de leurs compétences respectives, à des expertises nécessaires au contrôle du règlement CMI<sup>25</sup>. ■

12. Règl. (UE) 2015/751, 29 avril 2015, art. 6.

13. Règl. (UE) 2015/751, 29 avril 2015, art. 7, al. 1 à 5.

14. Règl. (UE) 2015/751, 29 avril 2015, art. 8.1 et 8.3 à 8.6.

15. Règl. (UE) 2015/751, 29 avril 2015, art. 3 à 5.

16. La sanction est ramenée à 3 000 euros pour une personne physique : C. monét. fin., art. L. 361-1, 1° et 15 000 euros pour une personne morale, s'agissant des articles 3 à 5, du 2 de l'article 8, de l'article 9, du 4 de l'article 10 et du 1 de l'article 12 du même règlement.

17. Règl. (UE) 2015/751, 29 avril 2015, art. 8, al. 2.

18. C. monét. fin., art. L. 361-1, 1°.

19. Règl. (UE) 2015/751, 29 avril 2015, art. 12.

20. Règl. (UE) 2015/751, 29 avril 2015, art. 9.

21. C. monét. fin., art. L. 361-1, 1°.

22. Règl. (UE) 2015/751, 29 avril 2015, art. 10.4.

23. C. monét. fin., art. L. 361-2.

24. C. cons., art. L. 522-1.

25. C. monét. fin., art. L. 631-1 II in fine.