

État du dispositif juridique préventif de lutte contre le blanchiment au lendemain de l'adoption de la 3^e directive européenne



ÉTIENNE GASTEBLED

Juriste de banque
Société générale

Introduction

Le phénomène de blanchiment d'argent constitue, pour les organismes financiers, un enjeu majeur tant sur le plan de leur éthique professionnelle que sur le terrain de leur responsabilité juridique.

Les autorités nationales et internationales ont en effet choisi, depuis le début des années quatre-vingt-dix, d'associer étroitement le secteur financier à la lutte contre le blanchiment et d'en exiger, au travers de multiples obligations mises à sa charge, une attention de tous les instants.

Cela s'est traduit par une montée en puissance, lors des dernières années, du dispositif juridique de lutte contre le blanchiment, dont témoignent l'accumulation de textes législatifs et réglementaires au plan interne ainsi que l'adoption de deux directives européennes en l'espace de quatre ans.

Sur la base de ces textes, la Commission bancaire a d'ailleurs rendu, ces trois dernières années, un nombre très important de décisions de sanction. C'est ainsi que plus de 80 % de l'ensemble des décisions juridictionnelles publiées par la Commission bancaire, de début 2002 au premier semestre 2005, sanctionnent, à titre principal, des manquements aux obligations de lutte contre le blanchiment¹. Cette tendance s'est accompagnée d'une augmentation des montants des sanctions pécuniaires prononcées, pour atteindre récemment la somme d'un million d'euros d'amende².

Dans ce contexte, si tous les intervenants s'accordent pour considérer que le blanchiment constitue un fléau contre lequel il convient de lutter de la façon la plus énergique, les moyens d'y parvenir suscitent parfois de vifs débats.

Plus particulièrement, le dispositif juridique de lutte contre le blanchiment, en constante évolution, a donné lieu à de nombreuses interprétations discordantes qui ont sans doute nuit à son efficacité.

Or, il est certain que les établissements financiers, figurant parmi les acteurs principaux de la lutte contre le blanchiment, ont besoin, pour s'acquitter de leur tâche avec efficacité, d'un cadre juridique à la fois souple et sécurisé.

Les pouvoirs publics et le secteur privé concerné ont démontré, à l'occasion des discussions qui ont eu lieu au moment de l'élaboration de la 3^e directive³, leur volonté de faire évoluer les normes en vigueur en harmonie avec ce double impératif.

Ce faisant, le dispositif préventif de lutte contre le blanchiment, encore à parfaire, va évoluer une nouvelle fois sous l'impulsion du droit communautaire.

Il est donc intéressant, au lendemain de l'adoption de cette nouvelle directive européenne, de dresser un état du dispositif juridique préventif de lutte contre le blanchiment au travers des évolutions récentes (I) et futures (II) mais également des évolutions souhaitables (III).

1.	Nb de décisions publiées en matière de LCB	Nb total de décisions
1 ^{er} sem. 2005	5	7
2004	10	12
2003	16	18
2002	13	16

2. CB, 11 octobre 2004, Calyon (CAI).

3. Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, publiée le 25 novembre au JOUE.

I. Les évolutions récentes

Le dispositif juridique interne de lutte contre le blanchiment vient de connaître ou connaît des évolutions en ce qui concerne la déclaration de soupçon par application combinée des articles L.562-2 et L.563-3 du Code monétaire et financier d'une part (1) et l'obligation d'identification du bénéficiaire effectif d'autre part (2).

1. L'application combinée des articles L.563-3 et L.562-2 du Code monétaire et financier

Il existe, au côté de l'obligation de déclaration de soupçon de l'article L.562-2 du Code monétaire et financier, une obligation de vigilance renforcée prévue par l'article L.563-3 du même Code qui doit être mise en œuvre lorsqu'une opération, d'un montant supérieur à 150 000 euros, *"se présente dans des conditions inhabituelles de complexité et ne paraît pas avoir de justification économique ou d'objet licite"*.

L'établissement assujéti doit alors procéder à un examen particulier aux fins de se renseigner auprès du client *"sur l'origine et la destination de ces sommes ainsi que sur l'objet de la transaction et l'identité de la personne qui en bénéficie"*.

Une fois recueillies, ces informations doivent faire l'objet d'une consignation par écrit et être tenues à la disposition de Tracfin ainsi que des autorités de contrôle.

Si le texte de l'article L.563-3 du Code monétaire et financier précise que les opérations importantes qu'il vise n'*"entrent pas dans le champ d'application de l'article L.562-2"*, la Commission bancaire puis le Conseil d'État ont considéré par plusieurs décisions que l'établissement qui n'a pu, à l'issue de l'examen renforcé des opérations anormalement complexes, établir l'origine licite des sommes, doit procéder à la déclaration de soupçon prévue à l'article L.562-2 du Code monétaire et financier.

Le Conseil d'État a en effet confirmé, par une décision du 31 mars 2004, Société Nextup SA, la position de la Commission bancaire : *"en jugeant que si les vérifications imposées par l'article L. 563-3 ne permettent pas d'établir l'origine licite des sommes, l'organisme financier, qui ne peut alors exclure que ces sommes pouvaient provenir du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles, doit procéder à la déclaration exigée par l'article L. 562-2, la Commission bancaire a fait une application exacte des dispositions du Code monétaire et financier"*⁴.

Le caractère automatique de la déclaration de soupçon en pareil cas peut paraître toutefois critiquable. Il est vrai que l'absence de certitude sur l'origine licite de l'opération anormalement complexe ne fait pas nécessairement naître un soupçon au sens de l'article L.562-2 du Code monétaire et financier puisque les sommes concernées

pourraient très bien provenir d'une infraction n'entrant pas dans le champ d'application de cet article⁵.

La Commission bancaire et le Conseil d'État imposent néanmoins aux banques d'effectuer une déclaration de soupçon lorsqu'elles n'ont pu obtenir les renseignements exigés par l'article L.563-3 et alors même qu'aucun indice ne laisse apparaître que ces fonds proviennent de l'une des activités listées par l'article L.562-2.

C'est la raison pour laquelle certains ont pu considérer que la Commission bancaire et le Conseil d'État venaient de créer un troisième cas de déclaration de soupçon en combinant les articles L.562-2 et L.563-3.

Il faut néanmoins souligner qu'il est parfois difficile d'apprécier, en pratique, la nature de l'infraction sous-jacente. Si l'établissement n'obtient pas les justifications exigées par l'article L.563-3, il ne peut, le plus souvent, exclure que les fonds proviennent d'une infraction visée à l'article L.562-2. Ainsi, une déclaration de soupçon paraît devoir s'imposer lorsque les éléments fournis par le client sont insuffisants.

Cette discussion risque de toutes les manières de perdre de son intérêt lorsque la 3^e directive relative à la lutte contre le blanchiment sera transposée dans la mesure où le champ d'application de la déclaration de soupçon sera étendu à l'ensemble des infractions punies d'une peine d'emprisonnement de plus d'un an, c'est-à-dire à une grande partie des infractions prévues par le Code pénal.

L'obligation de déclaration de soupçon n'est pas la seule des obligations mises à la charge des établissements financiers à évoluer. En effet, l'obligation d'identification du bénéficiaire effectif est sur le point d'être précisée par transposition de la directive du 4 décembre 2001, dite "2^e directive"⁶.

2. L'identification du bénéficiaire effectif

L'alinéa 1^{er} de l'article L.563-1 du Code monétaire et financier impose aux établissements financiers de vérifier, avant de nouer une relation contractuelle, l'identité de leur cocontractant.

L'alinéa 2 du même article va au-delà en prévoyant que les établissements financiers doivent se renseigner sur l'identité véritable des personnes avec lesquelles *"ils nouent une relation contractuelle lorsqu'il leur apparaît que ces personnes pourraient ne pas agir pour leur propre compte"*.

Ainsi, l'organisme financier doit s'assurer non seulement de l'identité du client se présentant comme tel, mais également de l'identité du bénéficiaire effectif de l'opération lorsque la personne qui entre en contact avec lui n'est qu'un simple mandataire.

Il paraissait néanmoins inutile qu'un organisme financier ait à vérifier l'identité du bénéficiaire effectif lorsque la personne agissant pour son compte est lui-

4. CE, 31 mars 2004 n°256355, Société Nextup SA ; à noter que cet arrêt s'inscrit dans le prolongement de trois arrêts précédemment rendus dans des termes similaires les 3 décembre 2003 (CE, 3 décembre 2003, n° 244084, Banque SBA et n°247985, BDEI) et 12 janvier 2004 (CE, 12 janvier 2004, n°245750, Banque de gestion privée Indosuez).

5. Le champ d'application de la déclaration de soupçon couvre aujourd'hui le trafic de stupéfiants, la fraude aux intérêts financiers des

Communautés européennes, la corruption, les activités criminelles organisées et le financement du terrorisme.

6. Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1990 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

même un organisme financier, assujetti au dispositif de lutte contre le blanchiment et ayant déjà effectué les opérations de vérification exigées par la loi et les règlements.

Par conséquent, le décret n° 91-160 du 13 février 1991, pris en application de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, est venu préciser à son article 3 alinéa 4 que l'organisme financier est dispensé de vérifier l'identité du bénéficiaire effectif lorsque la personne qui agit pour le compte d'autrui est elle-même un organisme financier.

Il n'est cependant pas précisé si la dispense joue uniquement lorsque l'organisme financier, qui agit pour le compte d'autrui, est un organisme établi en France et donc soumis à la réglementation française, ou est étendue au cas où l'organisme est établi dans un pays membre du GAFI (Groupe d'action financière internationale), voire dans un pays imposant des obligations équivalentes en termes de lutte contre le blanchiment aux recommandations du GAFI.

Les organismes financiers français effectuent un grand nombre d'opérations avec des organismes financiers étrangers établis dans des pays membres du GAFI ou des pays non-membres du GAFI mais qui, pour autant, présentent un dispositif de lutte contre le blanchiment équivalent à celui prévu par les recommandations du GAFI. Cela peut être le cas, par exemple, des activités de banque correspondante ou lorsque l'organisme financier vend des produits financiers à des distributeurs établis dans des pays étrangers.

Or, dans ces cas de figure, les banques ne sont pas toujours en mesure d'avoir accès à l'identité du bénéficiaire effectif, soit que la législation du pays de l'établissement étranger lui interdit de divulguer l'identité de son client, soit qu'il n'est pas matériellement possible de l'obtenir.

Ce problème, source d'insécurité n'a cependant été traité que tardivement.

La Commission bancaire a livré une interprétation des dispositions du décret de 1991 dans une décision du 11 octobre 2004⁷ par laquelle elle estime que *"l'article 3 du décret n° 91-160 ne saurait s'appliquer qu'à des organismes financiers dont il est établi qu'ils sont soumis à des obligations équivalentes à celles imposées aux organismes français"*.

Cette décision laisse supposer qu'outre les organismes financiers établis en France, sont au moins visés les organismes établis dans un pays partie à l'EEE (Espace économique européen) ainsi que dans un pays membre du GAFI.

La problématique de l'étendue de la dispense d'identification du bénéficiaire effectif sera, en tous les cas, tranchée par le décret de transposition de la 2^e directive de lutte contre le blanchiment⁸, en préparation, qui prévoit que la dispense d'identification du bénéficiaire effectif joue lorsque le cocontractant est un organisme financier :

- établi dans un État de l'EEE ou dans un État membre du GAFI,
- filiale d'un organisme financier ayant son siège social dans l'un des États de l'EEE ou un État membre du GAFI

et que la société mère atteste à l'organisme financier français d'une part qu'elle vérifie l'application par sa filiale de l'identification du bénéficiaire effectif conformément aux recommandations de l'instance internationale précitée et d'autre part, qu'elle a la possibilité d'accéder aux éléments d'identification.

L'obligation d'identification du bénéficiaire effectif est, en outre, réputée satisfaite si l'organisme financier français s'assure qu'il a accès à l'identité des bénéficiaires effectifs et que l'organisme financier étranger applique des procédures d'identification conformes aux recommandations du GAFI.

Ces précisions, qui sont naturellement bienvenues, n'iront sans doute pas sans poser des difficultés dans la mesure où le troisième cas de dispense sera délicat à mettre en œuvre lorsque l'organisme étranger, soucieux de préserver pour des raisons commerciales l'identité de sa clientèle invoque, à tort ou à raison, le secret professionnel.

Si au plan interne le dispositif juridique de lutte contre le blanchiment a connu des évolutions récentes importantes, le mouvement n'est toutefois pas prêt de s'arrêter. La 3^e directive de lutte contre le blanchiment tendant à coordonner, au niveau européen, la mise en œuvre des quarante recommandations que le GAFI a remodelées en 2003, apporte en effet des modifications significatives pour les établissements de crédit qui devront être transposées avant le 15 décembre 2007.

II. Les évolutions futures

La 3^e directive comporte deux évolutions majeures : l'élargissement du champ d'application de la déclaration de soupçon (1) et l'instauration d'une approche risque qui sera mise en œuvre en partie par le processus de comitologie (2).

1. L'élargissement du champ d'application de la déclaration de soupçon

La réglementation de lutte contre le blanchiment a connu un mouvement continu d'extension du champ d'application des dispositifs tant préventif que répressif, couronné aujourd'hui par l'adoption de la 3^e directive.

La loi du 12 juillet 1990, ayant précédé la 1^{re} directive, imposait aux organismes financiers de déclarer les sommes ou opérations portant sur des sommes qui paraissent provenir du trafic de stupéfiants⁹.

La 1^{re} directive de lutte contre le blanchiment du 10 juin 1991 définissait quant à elle les activités susceptibles de blanchiment et donc de déclaration de soupçon, comme le trafic de stupéfiants et les activités criminelles définies comme telles par les États membres¹⁰.

Au plan interne, le délit de blanchiment a couvert, dès 1996, un champ très large, puisque la loi réprime le blanchiment du produit de *"tout crime ou délit"*¹¹.

l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

11. L. n° 96-392 du 13 mai 1996 relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants.

7. CB, 11 octobre 2004, CA Cheuvreux (CAIC).

8. Directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001.

9. L. n° 90-614 du 12 juillet 1990, art. 3.

10. Directive 91/308/CEE du 10 juin 1990 relative à la prévention de

La 2^e directive du 4 décembre 2001 modifiant celle de 1991 est venue alors considérablement étendre le champ d'application de la réglementation de lutte contre le blanchiment en visant non seulement le trafic de stupéfiants et les activités des organisations criminelles mais également la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, la corruption et les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement sévère, les États membres ayant jusqu'au 15 décembre 2004 pour définir cette dernière catégorie d'infractions¹².

La France a attendu trois ans avant de transposer ces nouvelles dispositions communautaires en ouvrant le champ de l'article L.562-2 du Code monétaire et financier à la corruption et à la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes¹³. Elle allait même plus loin en couvrant les sommes qui pourraient participer au financement du terrorisme¹⁴.

L'article L.562-2 du Code monétaire et financier vise donc aujourd'hui les sommes *"qui pourraient provenir du trafic de stupéfiants, d'activités criminelles organisées, de la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, de la corruption ou qui pourraient participer au financement du terrorisme"*.

Cette définition du champ d'application de la déclaration de soupçon pose une série de problèmes.

Tout d'abord, les organismes financiers étant rarement en mesure de déterminer avec précision la nature exacte des délits sous-jacents à l'opération de blanchiment, ils pourraient être tentés de déclarer certaines sommes ne provenant pourtant pas d'une des infractions de la liste de l'article L.562-2 du Code monétaire et financier.

Outre que cette position nuirait à l'efficacité de la lutte contre le blanchiment en raison du nombre de déclarations qu'elle impliquerait, il n'est pas certain qu'une telle déclaration permettra au banquier de bénéficier des exonérations de responsabilité de l'article L.562-8 du Code monétaire et financier¹⁵.

Par ailleurs, une juste appréciation de la notion d'activité criminelle organisée, introduite par la loi du 15 mai 2001¹⁶, paraît délicate.

Antérieurement à ce texte de loi, qui n'en donne d'ailleurs pas de définition, la notion d'activité criminelle organisée était étrangère au droit interne. Le droit communautaire ne fournit, pour sa part, qu'une définition relativement complexe de la notion d'organisation criminelle¹⁷.

Dans ces conditions, comment l'établissement financier pourrait-il établir que des fonds proviennent bien d'une activité criminelle organisée ? Le risque est, là encore, que le champ d'application de l'article L.562-2 du Code monétaire et financier soit largement dépassé et que les services de Tracfin soient inutilement encombrés.

Enfin, une certaine confusion a été introduite dans

les esprits à la suite de la loi du 13 mai 1996 qui a instauré, comme il a été rappelé ci-dessus, le délit général de blanchiment. Jusque-là, la répression du blanchiment portait exclusivement sur le produit du trafic de stupéfiants.

En réprimant *"le fait d'apporter son concours à toute opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect de tout crime ou délit"*, le législateur a introduit un décalage entre le champ d'application de la déclaration de soupçon, limité à certains délits, et celui, très large, du délit de blanchiment.

Le non-alignement du champ d'application du délit de blanchiment sur celui de la déclaration de soupçon a pu créer un certain trouble dès lors qu'une opération peut ne pas entrer dans le champ des obligations de déclaration de soupçon de l'article L.562-2 et constituer néanmoins une opération de blanchiment au sens de l'article 324-1 du Code pénal.

La transposition de la 3^e directive va toutefois sensiblement diminuer cette discordance.

En effet, devant l'inertie des États membres, la Commission a décidé de traiter la question de la définition de l'*"infraction passible d'une peine d'emprisonnement sévère"* dans la 3^e directive.

Ainsi, l'article 3 (5) f) définit les infractions graves comme celles *"punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an"*, soit pour la France, une grande partie des délits prévus par le Code pénal.

L'article L.562-2 du Code monétaire et financier devra donc être modifié de façon à couvrir tous les délits punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an.

Si cette extension considérable du champ de la déclaration de soupçon gommara en grande partie le hiatus existant entre les champs d'application de la déclaration de soupçon et du délit de blanchiment, plusieurs questions vont néanmoins se faire jour.

Cette extension traduit la volonté d'impliquer pleinement les personnes assujetties à la réglementation de lutte contre le blanchiment, quelle que soit la nature de l'infraction sous-jacente à l'opération de blanchiment, alors que jusqu'à présent, le dispositif se concentrait essentiellement sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux provenant du trafic de stupéfiant, de la criminalité organisée et de la corruption : étaient essentiellement visés les réseaux mafieux.

La 3^e directive consacre un changement d'optique en ce qu'elle va imposer aux organismes financiers de porter leur vigilance non seulement sur le produit des délits commis par le crime organisé mais également sur celui de délits moins graves.

On peut craindre, dès lors, que cette approche ne vienne amoindrir l'efficacité du dispositif de lutte contre le

12. Directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001.

13. L. n°2004-130 du 11 février 2004, art. 70-III.

14. L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 33-VII.

15. Art. L.562-8 al. 4 du C. mon. fi. : *"lorsque l'opération a été exécutée comme il est prévu à l'article L. 562-5 et sauf concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération, l'organisme financier est dégagé de toute responsabilité, et aucune poursuite pénale ne peut être engagée de ce fait contre ses dirigeants ou ses préposés par application des articles 222-34 à 222-41, 321-1, 321-2, 321-3 et 324-1 du Code pénal ou de l'article 415 du Code des douanes. Les autres personnes visées à l'article L. 562-1 sont également dégagées de toutes responsabilités"*.

16. L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

17. L'article 1^{er}, paragraphe 1^{er} de l'action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 définit la notion d'organisation criminelle comme *"l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave, que ces infractions constituent une fin en soi ou un moyen pour obtenir des avantages patrimoniaux, et le cas échéant influencer indûment le fonctionnement d'autorités publiques"*.

blanchiment qui connaîtra sans doute une croissance considérable du nombre des déclarations de soupçon.

Par ailleurs, certains délits, qui pourtant semblent mal s'accorder avec le délit de blanchiment, seront dorénavant visés par les textes nationaux par transposition des textes communautaires, alors que ce ne sera pas nécessairement le cas dans tous les États membres.

Le cas du délit de fraude fiscale, passible actuellement d'une peine d'emprisonnement de cinq ans¹⁸, qui s'il se prête assez mal au délit de blanchiment en raison notamment de l'absence au strict sens du terme de produit illicite issu de la fraude, entrera probablement dans le champ d'application de la déclaration de soupçon.

Reste à savoir s'il est vraiment efficient en terme de lutte contre le blanchiment que les organismes financiers traquent tout type de fraude fiscale ou s'il est souhaitable que seules les fraudes les plus graves fassent l'objet d'une déclaration.

L'accroissement de la charge de travail qu'implique pour les établissements assujettis cet élargissement du champ d'application de la déclaration de soupçon pourrait être en partie compensée par l'instauration de l'approche risque prévue par la 3^e directive.

2. L'approche risque et la comitologie

a. L'approche risque

L'une des principales innovations de la 3^e directive de lutte contre le blanchiment est de consacrer une approche risque alors que les deux premières directives de 1991 et 2001¹⁹ reposaient sur une approche réglementaire prévoyant l'application d'une vigilance uniforme quel que soit le type de clientèle ou la nature de l'opération.

L'intérêt de l'application de la notion de risque à la lutte contre le blanchiment réside dans la possibilité d'appliquer des procédures de manière différenciée selon le risque encouru. Ainsi, lorsque le risque de blanchiment est minimum, des obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle suffiront. En revanche, les situations comportant un plus grand risque de blanchiment nécessiteront des procédures d'identification et de vérification de l'identité particulièrement rigoureuses.

L'instauration d'un principe de proportionnalité pour l'application des obligations de vigilance était souhaitée par les professions bancaire et financière et se traduit par un dispositif plus souple que celui jusque-là en vigueur. Cette approche devrait permettre de faciliter l'adaptation du dispositif aux évolutions des méthodes de blanchiment d'argent.

La directive précise dans un premier temps les obligations de vigilance à l'égard de la clientèle devant être appliquées par les personnes assujetties (articles 6 à 10). Ces obligations forment un standard, proche des règles existantes en France, qui est susceptible d'être simplifié ou renforcé dans certaines situations.

Le contenu de ce standard évolue peu par rapport aux anciens textes puisqu'il fixe les mesures qui doivent être mises en œuvre pour que les établissements assujettis

s'assurent de connaître leurs clients et de comprendre la nature de leurs activités financières et commerciales.

Cela comprend non seulement l'identification et la vérification de l'identité du client, du bénéficiaire effectif, de l'objet et de la nature envisagée de la relation d'affaires, mais également l'application d'une vigilance constante portant sur l'origine des fonds pendant toute la durée de la relation et donc notamment au moment de la conclusion de la transaction.

Si ces obligations n'ont rien d'inconnues, est en revanche réellement novateur la possibilité offerte aux États membres et donc aux établissements financiers de faire varier le degré de vigilance en fonction du niveau de risque auquel ces établissements sont confrontés.

Sont instaurées, d'une part, des obligations simplifiées de vigilance lorsque le client ou l'opération ne présente qu'un risque limité de blanchiment (art. 11) et d'autre part, des obligations renforcées de vigilance lorsque la nature des situations présente un risque élevé de blanchiment (art. 13).

La directive ne définit pas le contenu des obligations de vigilance allégées et renforcées mais laisse le soin aux États membres de le déterminer.

Par ailleurs, si la directive ne définit pas non plus elle-même ce qu'est le risque de blanchiment, elle donne des exemples de situations qui, suivant les cas, présentent un faible ou un fort risque de blanchiment.

Elle donne des exemples de clients présentant un faible risque de blanchiment : l'article 11 vise notamment les opérations passées avec un établissement financier ou encore les transactions effectuées au moyen de monnaie électronique en dessous de certains seuils.

De la même manière, s'agissant de définir le champ d'application des obligations de vigilance renforcées, l'article 13 de la directive énumère de manière non exhaustive les hypothèses suivantes : le client n'est pas physiquement présent au moment de l'identification ; les relations transfrontalières de correspondant bancaire avec des établissements de crédit de pays tiers ; les relations avec des personnes politiquement exposées (PPE).

Pour certaines situations, la directive fournit une clé de solutions détaillées.

C'est le cas par exemple des PPE que la directive définit comme "*les personnes physiques qui occupent ou se sont vu confier une fonction publique importante ainsi que les membres directs de leur famille ou des personnes connues pour leur être étroitement associées*" (art. 3 (8)).

Seuls les PPE résidant dans un autre État membre ou dans un pays tiers entrent dans le champ d'application de la directive. Les PPE nationaux seront donc exclus, sauf disposition de droit interne plus stricte.

Les concernant, les établissements et personnes assujetties doivent :

- disposer d'une procédure proportionnée au risque afin de déterminer si le client est une PPE,
- obtenir l'autorisation d'un niveau élevé de la hiérarchie avant de nouer une relation d'affaires avec une PPE,
- prendre toute mesure appropriée pour établir l'ori-

18. Art. 1741 du Code général des impôts.

19. Directive 91/308/CEE du 10 juin 1990 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux

modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001.

gine du patrimoine et des fonds impliqués dans la relation d'affaires ou la transaction,

- assurer une surveillance continue renforcée de la relation d'affaires.

b. La comitologie

La 3^e directive de lutte contre le blanchiment précise en outre que la Commission devra, afin de "tenir compte de l'évolution technique dans le domaine de la lutte contre le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme et assurer la mise en œuvre uniforme de la présente directive"²⁰, avoir recours à la procédure de comitologie.

Cette procédure, qui a été introduite de façon informelle dès 1962, est un processus par lequel la Commission, assistée d'un comité d'experts des États membres, adopte des mesures d'exécution des actes législatifs.

En l'occurrence, les articles 40 et 41 de la 3^e directive de lutte contre le blanchiment prévoient, dans un but d'harmonisation et d'adaptation aux évolutions en matière de lutte contre le blanchiment, la création par la Commission d'un comité sur la prévention du blanchiment de capitaux.

Ce comité sera chargé de proposer des mesures d'exécution de la 3^e directive en concertation avec les représentants des professionnels assujettis et donc notamment avec la Fédération bancaire européenne (FBE) elle-même en liaison avec les fédérations nationales représentant les établissements bancaires nationaux telles que la Fédération bancaire française (FBF).

L'utilisation de la procédure de comitologie permettra sans doute l'adoption de mesures mieux adaptées aux contraintes opérationnelles et plus efficaces en termes de lutte contre le blanchiment.

L'article 40 de la directive vise notamment deux types de mesures d'exécution :

- les mesures clarifiant les aspects techniques de certaines notions définies par la directive telles que celles de bénéficiaires effectifs ou de personnes politiquement exposées,
- les mesures établissant les critères techniques permettant l'évaluation des situations en termes de risque de blanchiment afin de déterminer si elles doivent être soumises à des obligations allégées ou renforcées de vigilance.

La Commission n'a pas manqué de se manifester rapidement en publiant sur son site Internet le 12 septembre 2005 un document de travail proposant des mesures d'application de la 3^e directive de lutte contre le blanchiment.

Ce document prévoit essentiellement :

- des critères techniques permettant de déterminer les situations dans lesquelles le risque de blanchiment est faible,
- des pistes pour une interprétation détaillée de la notion de personne politiquement exposée (PPE).

À titre d'exemple, seraient considérés comme des clients ne présentant qu'un risque faible de blanchiment ceux qui répondent aux conditions cumulatives suivantes :

- est une entité soumise aux dispositions de transposition de la 3^e directive d'un État membre,
- dont l'identité est disponible publiquement, transparente et certaine,

20. Art. 40 et 41 de la 3^e directive.

21. Art. L.574-1 du C. mon. fi. punit d'une peine d'amende de 22 500 euros le fait de révéler au client la déclaration de soupçon dont il fait l'objet.

- dont l'activité est conditionnée à l'obtention d'une autorisation,
- et soumis à supervision par une autorité contrôlant son activité au regard des lois prises en application de la 3^e directive et disposant d'un pouvoir de sanction en cas de manquement.

Il pourrait paraître difficile d'identifier les personnes susceptibles de répondre à ces critères. L'utilisation de multiples critères cumulatifs par la Commission reflète sa volonté de ne pas trop étendre la catégorie des clients ou des opérations présentant un faible risque de blanchiment afin de ne pas porter atteinte au but principal de la 3^e directive qui est de prévenir l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

Espérons néanmoins que la procédure de comitologie permettra aux professionnels concernés de s'exprimer afin qu'une vigilance allégée soit appliquée lorsque la situation ne mérite pas la mise en place de procédures lourdes et parfois inutiles, susceptibles de surcroît de causer des distorsions de concurrence trop importantes vis-à-vis des organismes financiers établis en dehors de la Communauté européenne.

Si la 3^e directive permettra certainement de remédier à certaines difficultés posées par le dispositif juridique actuel de lutte contre le blanchiment, il n'en demeure pas moins qu'il serait souhaitable, en marge de toute transposition du droit communautaire, que le sort de la relation d'affaires après déclaration de soupçon soit clarifié.

III. Les évolutions souhaitables

En effet, l'attitude à adopter à la suite d'une déclaration de soupçon n'est pas traitée expressément par les textes (1). Cette lacune est d'autant plus préjudiciable que la jurisprudence envisage de façon cloisonnée les obligations civiles et professionnelles des organismes financiers (2).

1. L'attitude à adopter à la suite d'une déclaration de soupçon

L'une des difficultés majeures posée aux organismes financiers en matière de lutte contre le blanchiment est le choix de l'attitude à adopter vis-à-vis du client ayant fait l'objet de la déclaration de soupçon de l'article L.562-2 du Code monétaire et financier.

Le bon sens commanderait de maintenir la relation afin de ne pas alerter le client et de permettre aux autorités judiciaires de continuer leur enquête efficacement.

C'est d'ailleurs l'esprit de la loi qui prévoit d'une part qu'il est fait interdiction à l'établissement bancaire de porter l'existence de la déclaration de soupçon à la connaissance du propriétaire des sommes visées à l'article L.562-2²¹ et d'autre part que les organismes financiers sont exonérés, aux termes de l'article L.562-8, de toute responsabilité au titre du délit de blanchiment en cas de déclaration de soupçon effectuée de bonne foi, sauf concertation frauduleuse²².

Toutefois, le sort de la relation commerciale entretenue avec le client ayant fait l'objet de la déclaration de

22. Art. L.562-8 alinéa 4 du C. mon. fi. selon lequel "lorsque l'opération a été exécutée comme il est prévu à l'article L. 562-5 et sauf concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération, l'organisme financier est dégagé de toute responsabilité, et aucune pour-

soupçon n'est pas traité expressément par le Code monétaire et financier, ce qui n'est pas sans poser de difficultés dans la mesure où chacune des deux branches de l'alternative s'offrant aux organismes financiers en pareil cas, rompre ou maintenir, présente des inconvénients.

Si l'organisme décide de maintenir la relation, il n'est pas certain qu'il pourra invoquer aisément l'exonération de responsabilité prévue par les textes.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de refuser de faire application de l'exonération prévue par l'article L.562-8 en retenant l'existence d'une concertation frauduleuse appréciée de façon assez souple²³.

Il faut ajouter que le Conseil d'État, sur le plan disciplinaire cette fois-ci, renforce ce sentiment en considérant que l'article L.562-8 du Code monétaire et financier "n'a ni pour objet, ni pour effet, d'exonérer l'établissement qui a effectué avec un retard significatif les déclarations auxquelles il était tenu et qu'un tel retard est en tout état de cause exclusif de la bonne foi requise par le texte"²⁴.

La Commission bancaire et le Conseil d'État assimilent la déclaration effectuée tardivement à la déclaration faite de mauvaise foi et sanctionnent un cas de déclaration dite de "couverture" effectuée bien après l'apparition des soupçons dans le seul but de bénéficier de l'exonération de l'article L.562-8 du Code monétaire et financier. Le déclarant doit donc faire preuve de diligence entre le moment où les soupçons apparaissent et celui où il effectue la déclaration à Tracfin.

Devant le manque de clarté des textes et les conditions rigoureuses conditionnant l'accès à l'exonération de l'article L.562-8 du Code monétaire et financier, les banques sont sans doute peu enclines à maintenir la relation de compte après avoir effectué une déclaration de soupçon, sous peine que leur soit reproché d'avoir apporté leur concours à une opération de blanchiment.

Si l'organisme financier décide de rompre la relation bancaire, il s'expose néanmoins à des actions sur le terrain civil de la part du client de bonne foi. En effet, même en cas de respect des clauses du contrat, la rupture peut être vécue comme un abus de droit, étant précisé qu'au civil la banque ne sera pas en mesure de se défendre en invoquant l'existence de la déclaration de soupçon puisqu'il lui est interdit d'en faire état.

Il est néanmoins probable que l'établissement assujéti choisira de rompre la relation au risque de voir sa responsabilité civile engagée, plutôt que d'encourir des poursuites au titre du délit de blanchiment.

Dès lors, le manque de clarté du dispositif législatif et réglementaire pourrait conduire les organismes financiers à adopter une attitude contraire à l'esprit de la loi selon lequel la relation commerciale devrait être maintenue après déclaration de soupçon.

Cette difficulté est accrue en raison du traitement cloisonné des obligations civiles et professionnelles des organismes financiers retenu par la jurisprudence.

2. Les difficultés inhérentes au traitement cloisonné, par la jurisprudence, des obligations civiles et professionnelles des organismes financiers

Le traitement cloisonné, par la jurisprudence, des obligations civiles des établissements bancaires et de leurs obligations professionnelles soulève également des interrogations.

La Cour de cassation a récemment affirmé que les manquements aux dispositions de l'article L.563-3 du Code monétaire et financier ne pouvaient être invoqués par les victimes d'agissements frauduleux afin d'obtenir une indemnisation de l'établissement financier.

Cette solution est justifiée par la chambre commerciale par un attendu de principe dans lequel elle précise que "l'obligation de vigilance imposée aux organismes financiers en application de l'article susvisé n'a pour seule finalité que la détection de transactions portant sur des sommes en provenance du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées"²⁵.

Ainsi, le client d'une banque, victime d'un détournement opéré au moyen d'un chèque falsifié, ne peut réclamer des dommages et intérêts à son banquier au motif qu'il a manqué aux obligations qui sont mises à sa charge par l'article L.563-3 du Code monétaire et financier qui prévoit que toute opération se présentant dans des conditions inhabituelles de complexité et ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite doit faire l'objet d'un examen particulier.

Cette décision rappelle que les dispositions de lutte contre le blanchiment du Code monétaire et financier, dont le manquement est sanctionné disciplinairement par la Commission bancaire, constituent un ensemble de mesures de police bancaire indépendantes des obligations civiles du banquier.

L'application de ce principe peut, en revanche, se révéler dans certains cas très inconfortable pour les établissements bancaires, compte tenu du manque de clarté des dispositions préventives de lutte contre le blanchiment.

Dans une espèce où l'émetteur de bons de capitalisation avait refusé de les rembourser au motif que le porteur aurait refusé de fournir l'identité des bénéficiaires des opérations, la chambre commerciale a en effet décidé qu' "un émetteur d'un bon au porteur ne peut s'exonérer de son obligation de remboursement, en l'absence de toute opposition régulière, que dans l'hypothèse d'un détournement de propriété du bon litigieux, la seule circonstance que le porteur n'agit pas pour son compte et refuse de fournir les renseignements requis par l'article 12 de la loi du 12 juillet 1990 devenu l'article L. 563-1 du Code monétaire et financier, étant insuffisante pour caractériser un tel risque et rendre l'obligation sérieusement contestable"²⁶.

Dans une autre affaire, un établissement bancaire avait refusé deux virements d'un montant total supérieur

suite pénale ne peut être engagée de ce fait contre ses dirigeants ou ses préposés par application des articles 222-34 à 222-41, 321-1, 321-2, 321-3 et 324-1 du Code pénal ou de l'article 415 du Code des douanes. Les autres personnes visées à l'article L. 562-1 sont également déchargées de toutes responsabilités".

23. Crim. 3 décembre 2003, n° 02-84646.

24. CE, 3 décembre 2003, "Banque SBA", n° 244084.

25. Cass. com., 28 avril 2004, n° 02-15.054.

26. Cass. com. 21 janvier 2004, n° 01-10.928.

au seuil de 150 000 euros fixé par décret en application de l'article L.563-3 du Code monétaire et financier émanant d'une banque libanaise, en invoquant le devoir de vigilance qui lui est imposé par les textes de lutte contre le blanchiment de capitaux. La cour d'appel de Paris a toutefois condamné la banque en soulignant que les obligations civiles du banquier ne lui permettaient pas de s'opposer à l'exécution des virements et que le Code monétaire et financier ne prévoit pas la possibilité pour les banques de refuser l'exécution d'une opération alors que seul Tracfin peut, en vertu de l'article L.562-5 dudit Code, former opposition à l'exécution de l'opération²⁷.

On voit dans quelle mesure ces deux décisions, au demeurant fondées sur une interprétation stricte des textes, mettent les banques dans une situation délicate.

Il n'est pas contestable que les dispositions de lutte contre le blanchiment de capitaux du Code monétaire et financier ne prévoient pas expressément que les établissements assujettis ont la possibilité de ne pas réaliser l'opération lorsqu'elle a fait l'objet d'une déclaration de soupçon à Tracfin et ne les exonèrent pas de leur responsabilité en cas de manquement à leurs obligations contractuelles.

Il est permis néanmoins de penser, en raison des conditions strictes entourant l'exonération de responsabilité de l'article L.562-8 du Code monétaire et financier, qu'une banque aurait intérêt en cas de déclaration de soupçon à ne pas réaliser l'opération qui lui est demandée. Faute de quoi, elle risquerait de s'exposer à des poursuites pénales au titre du délit de blanchiment ou d'un autre délit, étant rappelé que l'élément intentionnel est apprécié souverainement par les juges du fond au vu des faisceaux d'indices versés aux débats.

Il peut donc paraître sévère que la jurisprudence impose à l'organisme financier d'exécuter une opération alors que celle-ci a fait naître des soupçons de blanchiment au sens des articles du Code monétaire et financier.

Les juges auraient pu remédier aux carences du texte de loi en décidant que les anomalies relevées dans le cadre des obligations de lutte contre le blanchiment justifient, à condition qu'elles soient fondées, le non-respect par l'organisme financier de ses obligations contractuelles et donc l'inexécution de l'opération ainsi que la rupture des relations.

Il faut ajouter, en outre, que dans certains cas, les soupçons peuvent naître alors que l'infraction sous-jacente à l'opération n'entre pas dans le champ d'application limité de la déclaration de soupçon de l'article L.562-2 du Code monétaire et financier, si bien que le banquier ne pourra bénéficier de l'exonération de l'article L.562-8, mais sera contraint s'il ne souhaite pas être condamné à verser à son client des dommages et intérêts, en vertu de la jurisprudence, d'exécuter l'opération qui lui est soumise au risque toutefois d'exposer sa responsabilité pénale au titre du délit de blanchiment dont le champ d'application est très large.

Dans ces conditions, même si le texte préventif du Code monétaire et financier ne prévoit pas la possibilité

pour les établissements assujettis de ne pas exécuter une opération en cas de soupçons, les banques pourraient avoir tendance, là encore, à refuser l'opération, préférant encourir le risque de mettre en jeu leur responsabilité civile plutôt que leur responsabilité pénale.

La 3^e directive semble apporter une réponse partielle aux difficultés auxquelles sont confrontés les établissements financiers du fait de ce traitement cloisonné de leurs obligations civiles et professionnelles.

Les articles 8 et 9 de la directive prévoient que les États membres doivent imposer à tout établissement ou personne assujetti qui n'est pas en mesure d'identifier ou de vérifier l'identité du client, du bénéficiaire effectif ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires, de ne pas exécuter d'opération par un compte bancaire, de n'établir aucune relation d'affaires ou de n'exécuter aucune transaction ou de mettre un terme à la relation d'affaires et effectuer une déclaration de soupçon.

Un auteur a pu estimer, alors que la directive n'était encore qu'à l'état de proposition, que la transposition des articles 8 et 9 devrait permettre de mettre un terme à la jurisprudence "*interdisant aux établissements de refuser l'opération quant bien même un soupçon de blanchiment serait caractérisé*"²⁸.

Il n'est cependant pas certain que la 3^e directive est suffisante pour remettre en cause la jurisprudence applicable en la matière car, même si le texte des articles 8 et 9 de la directive est quelque peu ambigu lorsqu'il vise la possibilité de mettre un terme à la relation d'affaires, il n'en demeure pas moins qu'il fait uniquement référence aux mesures de vigilance devant être mises en œuvre avant que la relation d'affaires ne soit établie.

L'établissement sera dans l'obligation de ne pas exécuter l'opération lorsqu'il n'est pas en mesure de respecter les mesures d'identification et de vérification de l'objet et de la nature de la relation d'affaires envisagée.

Le texte ne vise en revanche pas les cas dans lesquels la relation d'affaires est déjà établie et qu'un soupçon naît de l'application des mesures de vigilance mise en œuvre en cours de relation. Il n'est pas prévu que l'établissement mette un terme à la relation d'affaires en pareille circonstance.

Elle précisera simplement qu'en cas de soupçon découlant des vérifications effectuées antérieurement à l'établissement d'une relation d'affaires, la banque devra effectuer une déclaration de soupçon et ne pas ouvrir le compte ou exécuter l'opération.

La jurisprudence pourra continuer à considérer que même en cas de soupçon de blanchiment alors que la relation d'affaires est déjà établie, l'organisme financier devra exécuter ses obligations contractuelles, faute de quoi il exposera sa responsabilité civile.

Dès lors, une clarification des textes législatifs et réglementaires semble nécessaire en dehors même de la transposition de la 3^e directive.

27. CA Paris, 15^e ch. B., 9 avril 2004, n° 2003-3522.

28. "Prévention et répression du blanchiment d'argent : bilan et préco-

nisation à l'aube de la troisième directive", C. Cutajar, Bulletin Joly Bourse, n° 5, Septembre - octobre 2004, p. 576.

Conclusion

La problématique du sort de la relation d'affaires après déclaration de soupçon montre que le droit communautaire ne saurait régler, dans le détail, l'ensemble des difficultés posées par l'application du dispositif de lutte contre le blanchiment. En effet, les particularités de chacun des systèmes juridiques des États membres ne permettent pas de réaliser une harmonisation parfaite au sein de l'Union européenne, à charge pour le législateur national de confectionner une transposition cohérente avec son système juridique propre.

La 3^e directive de lutte contre le blanchiment lui en fournit d'ailleurs les moyens en assouplissant le dispositif existant par l'adoption d'une approche risque.

La substitution de cette approche proportionnée au risque de blanchiment à l'approche réglementaire était rendue nécessaire par le mouvement d'élargissement continu du champ d'application de la lutte contre le blanchiment couronné aujourd'hui par la 3^e directive, qui faute d'un correctif, risquait de rendre inefficace le dispositif futur.

Si le domaine d'intervention de la lutte contre le blanchiment est étendu considérablement, l'approche risque devrait permettre aux autorités et aux établissements assujettis de discerner, parmi la masse des opérations quotidiennes, celles sur lesquelles il est nécessaire de porter une vigilance accrue.

La transposition de cette nouvelle directive posera néanmoins de nouvelles difficultés d'application et suscitera, à n'en pas douter, de nouveaux débats. ■