

RLDA 7323

Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : le prix de la vigilance

La lourde sanction pécuniaire visant American Express Cartes France SA prise le 17 juillet dernier par la Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) donne l'occasion de soulever la question de la rentabilité des mesures de vigilance au moment où la Commission européenne annonce la création d'une autorité européenne de lutte contre le blanchiment et la régulation des crypto-actifs sous l'angle de la lutte contre le blanchiment.

Difficile de ne pas relever la symbolique de la décision⁽¹⁾ rendue par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) à l'encontre d'American Express Card France SA (AECF) le 17 juillet 2021, trois jours avant que la Commission européenne présente, le 20 juillet suivant, l'ambitieux projet de réforme⁽²⁾ du dispositif européen de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (LCB-FT), qui comprend la création d'une autorité centrale européenne de lutte contre le blanchiment (ALBC)⁽³⁾ et une réforme de la « quatrième directive » aujourd'hui transposée en droit interne⁽⁴⁾ telle qu'elle a été amendée depuis par la « cinquième directive »⁽⁵⁾.

Alors que l'essentiel du dispositif de prévention en matière LCB-FT provient aujourd'hui des directives dites « quatrième directive » et « cinquième directive » qui ont dû faire l'objet d'une transposition en droit national, le paquet législatif annoncé par la Commission sera d'application immédiate s'agissant de l'ALBC et de la création d'un « corpus réglementaire unique européen » (« *Single EU Rulebook* ») contenant notamment les mesures LCB-FT applicables aux établissements assujettis.

Un modèle inspiré de l'Autorité européenne des Marchés Financiers

La réforme envisagée est articulée autour d'une autorité centrale (ALBC) et d'un *Single EU Rulebook* qui réunira, outre les recommandations et normes édictées par l'ALBC, un « corpus réglementaire unique européen » applicable sans transposition afin, selon la Commission, de mettre un terme au manque de coordination entre États Membres et à la divergence des règles nationales résultant du mécanisme de transposition qui constitue l'une des failles du dispositif européen LCB-FT actuel.



Ludovic
DOUTRELEAU
Associé, WAN
Avocats



Isabelle
WEKSTEIN
Associé, WAN
Avocats

(1) <https://acpr.banque-france.fr/sanctionner/recueil-de-jurisprudence>.

(2) https://ec.europa.eu/info/publications/210720-anti-money-laundering-counteracting-financing-terrorism_fr.

(3) *Brussels plans new agency to fight money laundering*, Financial Times, 7 juill. 2021.

(4) Dir. UE 2015/849 du Parlement et du Conseil du 20 mai 2015 sur la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

(5) Dir. UE 2018/843 du Parlement et du Conseil du 30 mai 2018.

Permettre le traçage des transferts de crypto-actifs

Outre les règlements portant création de l'ALBC et d'un « *Single EU Rulebook* », le paquet législatif présenté par la Commission comprend une réforme du règlement (UE) 2015/847 du Parlement et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds qui doit être soulignée. Cette réforme, qui intègre l'exigence de traçabilité des transferts de crypto-actifs et la prohibition de portefeuilles électroniques (« *wallets* ») permettant une détention anonyme, complète le paquet législatif sur la finance numérique et la proposition de règlement européen sur les marchés de crypto-actifs⁽⁶⁾.

Un enjeu d'implantation pour le secteur financier

Mais l'enjeu pour les États Membre est aussi celui de la future implantation de l'ALBC dont le tropisme aux services financiers, notamment du fait de son pouvoir direct de surveillance des établissements du secteur financier les plus exposés au risque BC-FT et de l'entrée du vaste champ des crypto-actifs dans le dispositif LCB-FT, en fait une autorité européenne convoitée; en particulier par Francfort qui abrite l'Autorité Bancaire européenne (ABE), et Paris qui abrite l'Autorité européenne des Marchés Financiers (AEMF).

Les pouvoirs qui seront confiés à l'ALBC en tant qu'organisme central pour l'ensemble des autorités nationales de surveillance, avec notamment l'hébergement du service central de renseignement financier, ainsi que son rôle de production normative qui lui permettra, à l'instar de l'AEMF dans le secteur des marchés financiers, d'émettre des recommandations et des standards, notamment en matière de prévention et détection du risque BC-FT, en font un enjeu majeur d'implantation pour les deux places financières européennes⁽⁷⁾.

Le poids des sanctions

Le contexte de la politique commune européenne LCB-FT et l'espoir d'une implantation de l'ALBC à Paris n'auront sans doute pas échappé à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) pour qui l'ALBC deviendra l'autorité européenne de référence en matière de LCB-FT. Cependant, hormis la coïncidence de calendrier, la sanction prononcée le 12 juillet 2021 par la Commission des sanctions de l'ACPR ne semble pas révéler en elle-même un change-

ment d'attitude de l'autorité en matière de procédures de sanction LCB-FT dans la mesure où elle s'inscrit dans le fil des décisions précédemment rendues par la Commission des sanctions depuis plusieurs années. À titre de comparaison, la Commission des sanctions a publié pour l'instant huit décisions pour l'année 2021 contre six en 2019, huit en 2018, six en 2017 et 2016 avec une moyenne de quatre décisions rendues entre 2012 et 2015⁽⁸⁾. Le montant de l'amende prononcée qui s'élève à 2 millions d'euros ne semble pas non plus exprimer un renforcement des sanctions, notamment au regard, par exemple, de l'amende de 5 millions d'euros prononcée à l'encontre de la BNP en 2017, de celle de 8 millions d'euros prononcée à l'encontre de CNP Assurances en 2018, ou au regard des autres amendes prononcées en 2021. À cet égard, le montant des amendes peut paraître significatif, mais il convient de rappeler que la sanction doit être effective, proportionnée et dissuasive⁽⁹⁾, ce que la Commission des sanctions rappelle dans les motifs de sa décision (§ 76). Ainsi, peut-on voir dans l'augmentation du montant des amendes, non pas nécessairement un durcissement des sanctions, mais la mise en cause d'acteurs de plus en plus importants parmi les établissements de crédit ou de services de paiement; ce qui constitue, finalement, un aspect assez préoccupant quant à l'efficacité du dispositif.

Il faut néanmoins souligner une tendance générale de raidissement des autorités en matière de manquements aux procédures LCB-FT avec, par exemple, les sanctions prises récemment par l'autorité nationale allemande Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) à l'encontre de la banque en ligne N26 et en particulier la sanction comprenant la mise en place d'un superviseur ad hoc nommé par l'autorité nationale, ce qui constitue la sanction particulièrement redoutée des établissements assujettis aux procédures LCB-FT, ou l'ouverture d'une procédure pénale à l'initiative de la Financial Conduct Authority (FCA) au Royaume-Uni à l'encontre de la banque NatWest⁽¹⁰⁾.

Au regard des enjeux LCB-FT

Parce que le blanchiment de capitaux (BC) est analysé comme la condition sine qua non de la pérennité de l'activité des organisations criminelles⁽¹¹⁾, mais aussi comme un danger significatif pour l'économie globale et la sécurité des transactions (Un impact estimé par l'Organisation des Nations unies entre 2 et 5 % du PIB mondial, soit entre

(6) Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant la directive (UE) 2019/1937 (COM/2020/593 final).

(7) *A home for anti-money laundering sleuths*, Financial Times, 19 juill. 2021.

(8) Un an de jurisprudence en matière LCB-FT, M.-E. Boursier, JCPÉ n° 22-23, 1278.

(9) Art. 58(1) Dir. UE 2015/849.

(10) *AML fines surge as watchdogs impose tougher penalties*, Financial Times, 23 août 2021.

(11) C. Cutajar, Blanchiment d'argent, prévention et répression, Dossier pratique Francis Lefebvre.

800 milliards et 2.000 milliards de Dollars US par an)⁽¹²⁾, la lutte contre le blanchiment de capitaux (LBC) s'est affirmée comme un enjeu politique majeur au cours des trente dernières années.

Deux phénomènes extérieurs ont sans doute eu un effet accélérateur à partir de l'année 2000 sur la prise de conscience des états et l'adoption de mesures préventives et répressives : d'une part la volonté des États de réprimer le financement du terrorisme dès le lendemain des attentats du 11 septembre 2001⁽¹³⁾, volonté qui ira en se renforçant, et, d'autre part, la numérisation de la vie économique, qui d'un côté engendra de nouveaux services de paiement et l'augmentation du nombre de transactions financières, pendant que de l'autre apparurent des outils informatiques de renseignement et d'analyse permettant, comme cela n'avait jamais pu être envisagé auparavant, de réunir et d'analyser des informations dont la quantité rendaient celles-ci jusqu'alors impossibles à appréhender.

La sanction contre AECF: rien de nouveau dans les griefs

On verra enfin, en examinant les motifs de la décision rendue par la Commission des sanctions de l'ACPR à l'encontre d'AECF, que si l'établissement sanctionné est de notoriété mondiale et que si le volume des paiements réalisés au travers des cartes de crédit proposées par AECF en fait un opérateur particulièrement exposé au risque LB-FT, les manquements relevés sont en revanche parmi les plus récurrents. En effet, parmi les manquements relevés par les autorités en matière de procédures de prévention BC-FT en Europe et au Royaume-Uni entre 2016 et 2021, la plus forte proportion de défaillances commises par les établissements contrôlés porte sur (i) les obligations d'identification du client et de recueil d'information (« *Customer Due Diligence* ») et de vigilance (« *Monitoring* »), (ii) la gestion et la mise en œuvre des procédures LBC, (iii) les obligations de vigilance renforcée en présence d'une opération suspecte, et (iv) les obligations de vigilance complémentaire au regard des clients (« *Customer Enhanced Due Diligence* »)⁽¹⁴⁾.

Un géant historique des services de paiement

American Express Card France SA (AECF) est la filiale « carte » de la société American Express France qui fait partie du groupe American Express Company dont l'histoire débute

en 1850 à Buffalo dans l'état de New York. Dès 1857, American Express étend ses activités d'acheminement de valeurs et de devises au domaine des services financiers en proposant un service de transmission d'ordres de paiement qui conduira à l'introduction des Traveller's Cheque et à la notoriété internationale d'American Express au début du 20^e siècle. Le support est appelé à changer et, en 1958, American Express lance ses premières cartes de crédit, en carton avant d'être électroniques, permettant de réaliser des paiements.

Fin 2020, 112 millions de cartes émises par le groupe American Express (soit en nom propre, soit sous licence) étaient en circulation dans le monde et au titre de 2020 le total des transactions effectuées à l'aide de cartes American Express s'élevait à 1010 milliards de Dollars US⁽¹⁵⁾. Le réseau de cartes de paiement géré par American Express est aujourd'hui le quatrième plus important réseau mondial sur la base du volume de transactions générées, derrière China UnionPay, Visa et Mastercard⁽¹⁶⁾.

American Express Company (AXP) est cotée au NYSE et constitue depuis 1982 l'une des 30 valeurs comprises pour l'indice du Dow Jones Industrial Average (Dow30).

Naturellement assujetti aux mesures LBC-FT

AECF dispose d'un agrément délivré par l'ACPR en tant qu'établissement de paiement pour la fourniture des services de paiement mentionnés aux paragraphes 2, 4b, et 5 de l'article L. 314-1 II du code monétaire et financier, c'est-à-dire notamment les services permettant le retrait d'espèces sur un compte de paiement, des paiements effectués avec une carte ou dispositif similaire associé à une ouverture de crédit et l'émission d'instrument de paiement et l'acquisition d'ordres (autorisations) de paiement.

La fourniture de ces services requiert d'associer la carte émise par AECF à un compte de paiement⁽¹⁷⁾, c'est-à-dire soit un compte bancaire ouvert dans un établissement de crédit, soit un compte ouvert dans un établissement de paiement et par conséquent utilisé uniquement pour la réalisation d'opérations de paiement et sans pouvoir être débiteur.

Dans le cas d'AECF, les comptes de paiement utilisés au choix des clients sont en principe des comptes bancaires ouverts dans les établissements de leur choix.

Le principe général de l'obligation de vigilance qui pèse sur AECF comme sur tout assujetti aux mesures de détection et de prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme est que cette obligation de

(12) <https://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/overview.html>.

(13) Nations Unies, rés. 1373, 28 sept. 2001.

(14) Kroll, Insights, *Global Enforcement Review 2021: Anti-Money Laundering Regulation*.

(15) Source: Rapport annuel 2020, American Express Co.

(16) Source: Rapport annuel 2020, American Express Co.

(17) C. mon. fin. L. 314-1 I.

vigilance doit être proportionnelle aux risques présentés en matière de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme par l'activité de l'assujetti⁽¹⁸⁾. Pour l'établissement assujetti, cela implique d'identifier les risques de blanchiment et opérer une classification afin d'élaborer une politique de détection et de prévention adaptée (« approche par les risques »). Ce travail préalable d'évaluation est essentiel, car à défaut la politique de détection et de prévention mise en place pourra présenter des failles constitutives de manquements LBC-FT, et requiert d'appréhender les multiples facettes que peuvent revêtir des opérations de blanchiment.

Rappelons que le blanchiment consiste en une suite d'opérations visant à conférer une apparence légitime au produit résultant d'une infraction et il implique en général trois stades: le placement, le feuilletage⁽¹⁹⁾ et l'intégration. Les fonds provenant d'une infraction sont d'abord furtivement introduits dans les circuits économiques et financiers par des montages plus ou moins ingénieux ou par tranches de faible montant, sous les seuils de vigilance et moins facilement détectables. Ils sont ensuite mouvementés et placés plusieurs fois de suite jusqu'à ce que la succession de couches constituées par la multiplication de transactions financières variées brise la chaîne de traçabilité des fonds. Le dernier stade consiste enfin à intégrer les fonds à des opérations légitimes ayant pignon sur rue.

Les services de paiement par carte de crédit représentent plusieurs facteurs de risque BC-FT, dont ceux liés par exemple à:

- un volume important de transactions (à titre d'exemple celles-ci représentent au niveau mondial 1010 milliards de Dollars US en 2020 pour American Express) qui permet de noyer des transactions, notamment lorsqu'elles sont de faible valeur ;
- un moyen de paiement global qui peut conduire à des opérations dans des pays présentant une faible protection en matière de LBC-FT ;
- des retraits d'espèces par tout porteur de la carte depuis un DAB, sans vérification d'identité (la connaissance du code confidentiel autorise le retrait) ;
- des remboursements du solde débiteur lié aux dépenses effectuées avec la carte par un virement depuis un autre compte de paiement que celui initialement associé à la carte ou par un service de paiement fourni par un établissement tiers ;
- la possibilité d'émettre plusieurs cartes auprès du même établissement de service de paiements et associés à un même compte de paiement.

Les services de paiement par carte peuvent par exemple permettre un flux financier entre deux personnes non

identifiées, d'une part celle qui approvisionne le compte de paiement et d'autre part celle qui procède au retrait d'espèces où qui, par exemple et de manière plus complexe, réalise une opération de paiement au moyen d'un terminal de paiement électronique dont le bénéficiaire effectif est difficilement identifiable.

En matière LBC-FT, ce qui paraît simple ne l'est pas toujours

Au regard de l'activité de prestataire de services de paiement par carte de crédit, la Commission des sanctions de l'ACPR souligne, parmi les motifs finaux de la décision, que la simplicité alléguée des services fournis n'implique pas un risque faible BC-FT. Elle rappelle ainsi que le risque de blanchiment est indépendant de la complexité de l'opération et qu'une opération simple comporte un risque accru dès lors qu'elle est insérée dans une chaîne de transactions, à plus forte raison lorsque celles-ci présentent des risques particuliers.

C'est un rappel que l'assujetti à des mesures LCB-FT doit, lorsqu'il procède à l'évaluation ou à l'actualisation des risques relatifs aux services fournis, prendre en compte le risque qui peut découler de l'association des services fournis avec d'autres services ou opérations. A cet égard, la Commission des sanctions rappelle d'ailleurs dans les motifs de sa décision que le fait que les services associés pouvant présenter un risque soient fournis par un établissement tiers lui-même assujetti aux obligations LCB-FT ne permet pas à l'assujetti d'alléger son obligation de vigilance.

Parmi les treize griefs ou manquements dont la Commission des sanctions a été saisie par le Collège de l'ACPR sur le fondement de manquements relevés lors d'un contrôle opéré de février à octobre 2019, soit avant la transposition dans le Code monétaire et financier des modifications apportées par la cinquième directive, la Commission des sanctions relève onze manquements qui selon elle caractérisent pour la plupart des carences structurelles du dispositif LBC-FT de l'établissement assujetti.

Des défaillances à la mode

Sans grande surprise, on y retrouve la tendance décrite dans le rapport récent du cabinet d'étude et de conseil Kroll⁽²⁰⁾ pour les années 2016 à 2021. Les manquements relevés portent en effet pour l'essentiel sur l'évaluation et la classification des risques et le recueil d'information sur les clients et la relation d'affaires (« *Customer Due Diligence* »), sur la gestion et la mise en œuvre des procédures LBC, notamment s'agissant des conditions d'externalisation de certaines fonctions, et sur les obligations de vigilances

(18) C. mon. fin. art. L. 561-4-1, al. 1^{er}.

(19) NDR: Traduction la plus française possible de *layercake*.

(20) Kroll, Insights, Global Enforcement Review 2021: Anti-Money Laundering Regulation.

complémentaires, notamment associées à certaines défaillances du dispositif de surveillance des opérations.

La vigilance à tout prix?

Le caractère structurel de l'origine de la plupart des manquements relevés et le fait que ces manquements soient aussi ceux qui sont les plus fréquemment répertoriés selon le rapport Kroll cité précédemment, soulève la question, non pas de l'efficacité des sanctions, mais de la pertinence, au regard de l'efficacité de celles-ci, des mesures LBC-FT imposées. Aujourd'hui, la plupart de ces mesures sont appliquées au prix d'un coût très élevé pour les assujettis et sous la menace de sanctions financières lourdes et elles ont, semble-t-il une efficacité très incertaine en matière de prévention et de détection, du fait par exemple d'un grand nombre de faux positifs.

Comme il semble pourtant aller de soi qu'un prestataire de services de paiement fondé sur une réputation d'exclusivité et de confiance, si l'on prend l'exemple d'AECF,

a un intérêt commercial évident à protéger des risques BC-FT son réseau de cartes de crédit qui comprend tant les titulaires de cartes que les commerçants adhérents, les défaillances relevées interpellent.

Et si l'on rêvait d'une approche fondée sur l'efficacité?

À l'occasion de la réforme annoncée avec le paquet législatif proposé par la Commission européenne, il paraît bon de rappeler le principe de Pareto et légitime de s'interroger sur l'efficacité d'obligations imposées sur un schéma descendant (« top-down »). Une véritable réforme conduirait à un cadre réglementaire permettant la coopération des assujettis au travers d'une approche par les risques qui intégrerait l'efficacité des mesures au regard de leur coût réel pour les assujettis. Sinon, la création d'une autorité centrale et d'un « Single EU Rulebook » ne suffiront sans doute pas, ou alors à quel prix...? ■



COLLECTION LAMY DROIT FISCAL

Notre expertise pour comprendre les évolutions fiscales



LES NOUVELLES FISCALES

Pour rester informé toute l'année, Les Nouvelles fiscales passent au crible l'actualité fiscale tous les 15 jours, conseils pratiques et analyses à l'appui. Des suppléments viennent compléter votre veille à chaque échéance fiscale et vous permettent de faire face aux différentes obligations.



LE LAMY FISCAL

Impôt par impôt (IS, TVA, IR, CET, IFI...), Le Lamy fiscal présente et commente l'ensemble de la réglementation et la jurisprudence récente applicables en la matière, mais aussi tous les points particuliers qui méritent la plus grande attention : choix du régime fiscal, respect des obligations (fond, forme et délais), stratégies à adopter, analyse des conventions fiscales.



FORMULAIRES PROACTA GUIDE DES DÉCLARATIONS FISCALES

Avec ses commentaires détaillés des principales déclarations fiscales, ses nombreux modèles de lettres et imprimés fiscaux, ce guide vous fait gagner, en toute sécurité juridique, un temps considérable. Garantie d'une information fiscale riche et complète, il vous aide à faire les bons choix !

Pour plus d'informations, rendez-vous sur www.wkf.fr ou par téléphone au 09 69 39 58 58

Wolters Kluwer France - Immeuble Euroatrium - 7 Rue Emmy Noether - CS 90021 - 93588 SAINT OUEN CEDEX - contact@wkf.fr
SAS au capital de 75 000 000 € - TVA FR 55 480 081 306 SIREN 480 081 306 RCS BOBIGNY



A_GAM_FISCALE_165x120_05-21_N_1[PB] ©gettyimages - andriel_r