



LA TROISIÈME DIRECTIVE EUROPÉENNE ANTI-BLANCHIMENT

PHILIPPE PELLÉ*

Les attentats du 11 septembre 2001 contre le World Trade Center à New York et le Pentagone à Washington ont conduit nombre d'États à réexaminer l'ensemble des moyens à leur disposition en matière de lutte contre le terrorisme, y compris leur arsenal législatif. Un des axes de l'action anti-terroriste des gouvernements a porté sur le financement du terrorisme. En application de l'adage populaire qui veut que l'argent soit le nerf de la guerre, il est apparu fondamental de couper le terrorisme de ses sources de financement et pour ce faire de mettre en œuvre tout moyen susceptible de détecter les opérations financières ou les mouvements de fonds destinés à venir nourrir des individus ou des réseaux terroristes.

Dans ce contexte, le GAFI, créé à l'instigation du G7 en 1989 pour s'attaquer au trafic de stupéfiants par le biais de la lutte contre le blanchiment des fonds tirés de ce trafic illicite, est redevenu un outil d'actualité offrant un dispositif qui pouvait par extrapolation s'appliquer à la lutte contre le financement du terrorisme. Sous l'impulsion des États-Unis, le GAFI a adopté de manière expresse en octobre 2001 une série de recommandations spéciales contre le financement du terrorisme et ouvert le chantier de la révision des quarante recommandations existantes en matière de lutte contre le blanchiment. Les recommandations révisées, étendues à la lutte contre le financement du terrorisme, ont été avalisées en juin 2003.

* Administrateur principal, représentant de la Commission Européenne au GAFI. Les vues exprimées sont uniquement celles de l'auteur et ne peuvent en aucun cas être considérées comme représentant une position officielle de la Commission Européenne.

La question s'est, dès lors naturellement posée pour les 15 États membres de l'Union européenne de l'époque et pour la Commission européenne, tous membres du GAFI, de savoir s'il convenait de lancer la préparation d'une nouvelle directive alors que la précédente, datant seulement de 2001, venait d'entrer en vigueur à la fin juin 2003 et que peu d'États membres l'avaient transposée en droit national. Dans l'absolu, il n'y avait aucune obligation juridique pour l'Union à s'engager sur cette voie : les recommandations du GAFI n'ont pas de valeur contraignante au plan juridique. Cependant, les membres du GAFI s'engagent à reprendre ces normes internationales dans leur législation. L'obligation morale et la pression des pairs sont fortes et efficaces. Par ailleurs, le blanchiment d'argent, comme le financement du terrorisme, ont une dimension internationale avérée. Des mesures qui ne seraient adoptées qu'au seul plan national ou régional - au niveau communautaire par exemple - sans tenir compte des besoins et de la nécessité de la coordination et de la coopération internationale, auraient un effet limité. Dès lors, l'échelon communautaire apparaît comme le minimum pertinent. Cette approche est d'ailleurs partagée par les États membres qui ont dès l'origine exprimé une préférence pour une mise en œuvre communautaire des recommandations du GAFI en lieu et place de 15 ou 27 réponses individuelles, ne serait-ce que pour garantir une égalité des conditions de jeu (« *level playing field* ») à leurs institutions financières.

Dans ces circonstances, la décision a

été prise de proposer une troisième directive anti-blanchiment. L'adoption de ce texte législatif a été considérée comme une priorité politique à la fois par la Commission, le Conseil et le Parlement européen. La vitesse exceptionnelle de la procédure législative en témoigne : un accord a été trouvé sur le texte moins de 12 mois après la présentation de la proposition de la Commission en date du 30 juin 2004. Le 7 juin 2005, le Conseil des ministres de l'Union européenne a marqué son accord politique sur cette nouvelle directive relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

L'action de l'Union européenne en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme ne se résume toutefois pas à la seule troisième directive anti-blanchiment. Il existe d'autres textes communautaires dont l'une ou les finalités annoncées ou potentielles sont la lutte contre le financement du terrorisme, reprenant en droit européen des résolutions ou des conventions internationales ainsi que les recommandations spéciales du GAFI. En matière de prévention du blanchiment d'argent ou du financement du terrorisme, il convient ainsi de mentionner les règlements du Conseil sur le gel des avoirs terroristes mettant en œuvre les résolutions 1267 et 1373 du Conseil de Sécurité des Nations-Unies¹ (et donc la recommandation spéciale III du GAFI y afférant), le règlement communautaire relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté² (assurant la mise en œuvre de la recomman-



dation spéciale IX), le règlement communautaire relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds³ (mettant en œuvre de la recommandation spéciale VII), la proposition de directive sur le nouveau cadre juridique pour les paiements⁴ qui complète la mise en œuvre de la recommandation spéciale VI sur les systèmes alternatifs de transfert de fonds et la recommandation de la Commission pour un code de conduite pour les organismes à but non lucratif⁵ (mettant en œuvre la recommandation spéciale VIII). D'autres textes relevant du troisième pilier « *Justice et Affaires intérieures* » viennent compléter ce dispositif, notamment la Décision cadre du Conseil JAI/2001/500 du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime et la Décision du Conseil 2000/642/JAI du 17 octobre 2000 relative aux modalités de coopération entre les cellules de renseignement financier des États membres en ce qui concerne l'échange d'informations.

LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE

La troisième directive anti-blanchiment se substitue à la première directive européenne en la matière qui date de 1991, et fût amendée en 2001.

La troisième directive prohibe le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. L'une des principales innovations du texte

communautaire porte sur l'extension des mesures de défense anti-blanchiment à la lutte contre le financement du terrorisme. Contrairement à la proposition de la Commission, la directive n'impose la criminalisation ni du blanchiment ni du financement du terrorisme. Le Conseil et le Parlement européen ont rejeté cette approche dans une directive dite du « *premier pilier* », fondée sur l'article 95 du Traité de la Communauté européenne et relevant de la compétence communautaire. Pour l'heure, la dimension pénale continue de relever au plan européen de l'action intergouvernementale, dite du « *troisième pilier* », même si un récent arrêt⁶ de la Cour de Justice de Luxembourg a un peu ébranlé cette frontière des compétences.

La définition du blanchiment demeure inchangée par rapport à la directive antérieure. Cependant, la définition de l'infraction grave à l'origine de l'opération de blanchiment évolue et s'aligne sur celle établie par les instruments du troisième pilier couvrant l'action européenne dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. L'option retenue est celle d'une approche la plus large des infractions sous-jacentes et l'infraction grave est définie par conséquent comme « *toute infraction punie d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée maximale supérieure à un an, ou, dans les États dont le système juridique prévoit un seuil minimal pour les infractions, toute infraction punie d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté d'une durée minimale supérieure à six mois* ». Par ailleurs, la directive spécifie expressément, à l'instar de la première

directive, que les activités terroristes, le trafic de stupéfiants, les activités des organisations criminelles⁷, la fraude⁸ et la corruption sont des infractions graves.

Le champ d'application aux personnes et institutions est marginalement étendu. Les prestataires de services aux sociétés et aux fiducies, ainsi que les courtiers d'assurance-vie rejoignent ainsi dans le champ de la directive, les établissements financiers et de crédit, les agents immobiliers, les casinos, les commissaires aux comptes, les experts comptables et les conseillers fiscaux, les notaires et les avocats (au titre de certaines de leurs activités de conseil), déjà couverts par la première directive telle qu'amendée en 2001. En outre, sont désormais soumis aux dispositions de la directive, tous les négociants de biens dans la mesure où les paiements qu'ils reçoivent sont effectués en espèces pour un montant de 15 000 euros ou plus. Jusqu'à présent, seuls étaient concernés les marchands de pierres et métaux précieux, ou d'œuvres d'art. Il est important de signaler que les activités menées sur Internet par les personnes et institutions soumises à la directive sont également couvertes.

Pour autant, la directive est une directive d'harmonisation minimale. D'un côté, l'article 4 de la directive impose aux États membres d'étendre les dispositions du texte communautaire à toute autre profession ou catégorie d'entreprise exerçant des activités susceptibles d'être utilisées à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme. Dans le même temps, l'article 5 prévoit que les États membres peuvent, dans le domaine

régi par la directive, adopter des dispositions plus strictes que celles de la directive, pour prévenir le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

OBLIGATIONS DE VIGILANCE ET APPROCHE FONDÉE SUR LE RISQUE

L'obligation de vigilance à l'égard de la clientèle contenue dans la première directive anti-blanchiment telle qu'amendée était très peu détaillée quant aux procédures à mettre en œuvre et respecter. Compte tenu de l'importance fondamentale de cette obligation en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, la troisième directive, en conformité avec les nouvelles normes internationales, introduit des dispositions spécifiques et détaillées en matière d'identification et de vérification de l'identité d'un client ou d'un bénéficiaire effectif ayant droit économique.

À cet égard, la directive prévoit expressément que les personnes couvertes par la directive, pour se conformer à leurs obligations de vigilance à l'égard de la clientèle, puissent mettre en œuvre une approche fondée sur le risque : à risque élevé, vigilance accrue ; à risque faible ou inexistant, procédure simplifiée. La première directive était silencieuse sur ce point, qui constitue une innovation qui devrait faciliter l'acceptation de la nouvelle directive par les personnes qui y sont soumises.



Quand l'obligation de vigilance s'applique-t-elle ?

Aux termes de l'article 7 de la directive, les personnes et établissements soumis à la directive doivent appliquer des mesures de vigilance à l'égard de leur clientèle :

- lorsqu'ils nouent une relation d'affaires ;
- lorsqu'ils concluent à titre occasionnel une transaction d'un montant de 15000 euros au moins ;
- lorsqu'il y a suspicion de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, indépendamment de tous seuils, exemptions ou dérogations applicables ;
- lorsqu'il existe des doutes concernant la véracité ou la pertinence des données d'identification précédemment obtenues.

Quelles sont les mesures de vigilance à appliquer ? Une approche fondée sur le risque

Les mesures de vigilance décrites dans l'article 8 de la directive comprennent :

- l'identification du client et la vérification de son identité sur la base de documents, de données ou d'informations de source fiable et indépendante ;
- l'identification, le cas échéant, du bénéficiaire effectif ;
- l'obtention d'informations sur l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires ;
- l'exercice d'une vigilance constante de la relation d'affaires.

Dans un souci de bonne gestion des risques et des ressources, la directive

permet de moduler la portée de ces obligations de vigilance en fonction du type de client, de relation d'affaires, de produit ou de transaction concerné. Afin d'éviter une application abusive de cette faculté, les personnes et établissements doivent cependant être en mesure de pouvoir démontrer aux autorités compétentes que les mesures qu'elles adoptent sont appropriées au niveau de risque de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme auquel elles doivent faire face.

Cette approche est exigeante. Elle suppose une bonne appréhension des risques tant par les personnes soumises à la directive que par les autorités publiques. L'approche par le risque pour fonctionner suppose d'accepter qu'il n'y ait pas de système infaillible et qu'il ne s'agit pas par nature d'une approche « zéro défaut » : sa mise en œuvre requiert du jugement. Il faut donc pouvoir accepter que des erreurs d'appréciation puissent être commises de bonne foi, dès lors que toutes les obligations matérielles (par exemple obligation de formation des personnels) ont été respectées. L'industrie bancaire européenne tout en se réjouissant de la flexibilité offerte par la directive, s'est montrée quelque peu inquiète de la responsabilité que faisait peser sur ses épaules la discrétion laissée par un régime fondé sur des principes généraux plus que sur des règles précises. L'industrie bancaire craint d'avoir à subir les conséquences administratives ou judiciaires d'une possible mécompréhension avec ses autorités de tutelle quant au niveau d'adéquation attendu des systèmes de défense anti-blanchiment mis en place.

En tout état de cause, la mise en œuvre sans heurts de cette approche, fondée sur le risque, suppose un effort d'apprentissage et de communication entre industrie et régulateurs, de sorte que les attentes des différents acteurs quant à leurs droits et obligations dans ce domaine soient en phase. Le GAFI y contribue au plan international : un séminaire associant banques, sociétés d'investissement et régulateurs s'est tenu en décembre 2005 à Bruxelles dans le but de développer une meilleure compréhension par tous des enjeux et des problèmes posés par la lutte contre le blanchiment et la mise en œuvre de l'approche fondée sur le risque. Un des résultats de ce séminaire a été l'instauration d'un groupe de travail « électronique » pour élaborer des modalités concrètes de mise en œuvre de cette approche, en s'inspirant des travaux effectués sur ce sujet à la fois par le Comité de Bâle et, au Royaume-Uni, par un partenariat entre industrie et autorités publiques (the « *joint-money laundering steering group* »). La Commission européenne, comme le régulateur bancaire français, participe à ces travaux. La Commission soutient également l'initiative du Comité européen des superviseurs bancaires qui s'est traduite par la création d'une *task-force* anti-blanchiment associant également les superviseurs européens des marchés boursiers et de l'assurance et dont le but est d'encourager les échanges de vues sur les bonnes pratiques en matière de supervision dans le domaine de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. L'objectif est de rapprocher dans les faits les pratiques nationales de régu-

lation afin d'éviter au plan européen des distorsions d'application de la troisième directive anti-blanchiment, coûteuses pour les industries réglementées. Il faut ajouter que la directive dote la Commission d'un comité réglementaire où siègent les représentants des États membres lui permettant d'affiner au fil du temps, si besoin était, en fonction de l'expérience accumulée l'approche fondée sur le risque.

Ceci étant, la directive pose certaines balises à cette approche fondée sur le risque en prévoyant d'une part un garde-fou et d'autre part, l'application d'obligations de vigilance simplifiées ou au contraire renforcées dans certaines situations spécifiquement énoncées.

D'une part, la directive exige que les personnes assujetties accordent une attention particulière à toute activité leur paraissant particulièrement susceptible, par sa nature, d'être liée au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme, et notamment aux transactions complexes ou d'un montant inhabituellement élevé, ainsi qu'à tous les types inhabituels de transactions n'ayant pas d'objet économique apparent ou d'objet licite visible.

Dans le respect de cette limite, les États membres peuvent autoriser l'application de procédures allégées dans les relations avec des entreprises cotées sur des marchés boursiers réglementés ou avec des autorités publiques nationales. Ces procédures simplifiées qui se limitent à l'identification du client s'appliquent de droit dans les relations de clientèle entre banques de l'Union européenne ou entre ces dernières et



des établissements de pays tiers imposant des obligations équivalentes à celles de la directive et dont le respect fait l'objet d'une surveillance. Cependant, cela ne signifie pas que les banques peuvent s'exonérer de toute obligation de vigilance les concernant. En cas de soupçon d'un risque de blanchiment, des mesures de vigilance renforcée doivent être appliquées immédiatement.

Ainsi, la directive impose des procédures renforcées d'identification et de vérification d'identité de la clientèle et d'approbation de la relation en case de risque accru de blanchiment ou de financement du terrorisme et à tout le moins (1) lorsque le client n'est pas physiquement présent, (2) dans les relations transfrontalières de correspondant bancaire avec des établissements de pays tiers et (3) dans les relations d'affaires ou les transactions avec des personnes dites politiquement exposées résidant dans un autre État membre de l'Union ou dans un pays tiers. Cette référence aux personnes politiquement exposées souvent désignées sous l'acronyme de PEPs est une innovation de la directive qui correspond à la volonté du législateur de combattre la corruption.

L'application de la directive aux PEPs est jugée complexe et difficile à mettre en œuvre par les personnes soumises aux obligations de la directive. En effet, la définition d'un PEP est large et couvre aussi bien les membres directs de leur famille que des personnes connues pour leur être étroitement associées et la tâche d'identification de ces PEPs notamment par les banques ne sera pas

simple. La Commission rappelle cependant dans les considérants de la législation secondaire adoptée en août 2006⁹ que des listes de PEPs sont commercialisées par des prestataires de services et que notamment l'industrie bancaire y a déjà recours. Cette approche représente une solution pragmatique pour autant que ces listes soient soigneusement constituées et mises à jour régulièrement.

Le recours à des tiers pour l'exécution des obligations de vigilance

Afin d'éviter la répétition des procédures d'identification de la clientèle, source de coûts inutiles, la directive permet aux États membres, sous réserve de garanties appropriées, d'autoriser les personnes soumises aux obligations de la directive à accepter le résultat d'une procédure d'identification accomplie par un tiers lui-même assujetti de par sa qualité professionnelle aux obligations de la directive en matière.

Cette faculté est particulièrement intéressante pour les groupes financiers multinationaux ou les réseaux internationaux d'auditeurs ou d'avocats, dans la mesure où le résultat d'une procédure d'identification accomplie par une filiale, une succursale ou un associé vis-à-vis d'un client vaudra pour les relations d'affaire de ce dernier avec le reste du groupe ou du réseau.

Il est important de souligner cependant que lorsqu'un établissement financier par exemple recourt à un tiers, la responsabilité finale de la procédure de vigilance à l'égard de la clientèle



continue d'incomber à l'établissement auquel le client est présenté. Cela suppose l'existence d'une relation de confiance avec le référent, qui sera d'autant plus présente que ce dernier aura en place notamment des systèmes fiables de contrôle interne et de formation à la lutte contre le blanchiment, d'où l'intérêt pour ces personnes ou entités de définir une véritable politique de groupe ou de réseau en matière de lutte contre le blanchiment.

Quand la procédure d'identification et de vérification de l'identité doit-elle être menée ?

À l'égard des nouveaux clients, les mesures de vigilance doivent être appliquées avant l'établissement de la relation d'affaire avec le client, ou l'exécution de la transaction. Il est cependant admis, que la vérification de l'identité du client puisse avoir lieu au cours de l'établissement d'une relation d'affaires s'il est nécessaire de ne pas interrompre l'exercice normal des activités et lorsqu'il y a un faible risque de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme. Cette dérogation pourrait trouver particulièrement à s'appliquer dans le cas de la vérification de l'identité du bénéficiaire effectif.

Les mesures de vigilance s'appliquent également à la clientèle existante, en fonction de l'appréciation des risques. À ce titre, il convient de rappeler que l'obligation de suivi de l'évolution de la relation d'affaires avec le client s'impose de manière permanente. En pratique, les établissements ont en place des systèmes

informatiques permettant sur base de profils clientèle type, de relever des transactions exceptionnelles et d'assurer le cas échéant un suivi « personnalisé » des clients.

Lorsque le client est une société, une fondation ou une construction juridique telle une fiducie, la directive impose l'obligation d'identifier la ou les personnes physiques qui en dernier lieu possèdent ou contrôlent le client et/ou la personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée. Pour les sociétés, est présumé bénéficiaire effectif la ou les personnes qui possèdent ou contrôlent directement ou indirectement plus de 25 % des actions de la société. Cette notion de bénéficiaire effectif, introduite par la directive de 2001 amendant la première directive, a été précisée par la directive de 2005, au point que l'industrie bancaire européenne s'est discrètement émue d'une obligation devenue plus concrète, exigeant la prise de mesures adéquates et adaptées au risque pour comprendre la structure de la propriété et de contrôle du client. Il importe de relativiser cet émoi sur un mode mineur car après tout, l'obligation faite par le législateur recoupe largement les bonnes pratiques de gestion bancaire du risque client qui imposent à une banque de bien connaître ses clients. Dans la grande majorité des cas, le respect de cette obligation ne posera aucune difficulté. Les cas potentiellement les plus « intéressants » seront ceux où la chaîne d'identification du bénéficiaire effectif ultime sera rompue du fait de l'opacité de structures juridiques intercalées comme autant d'écrans entre la société cliente et le



bénéficiaire effectif. Dans de pareils cas, si l'information nécessaire ne pouvait être recueillie, l'établissement ou la personne concernée devrait en tirer les conclusions qui s'imposent.

Que se passe-t-il si les mesures de vigilance n'ont pu être mises en œuvre ?

Les personnes soumises à la directive qui ne seraient pas en mesure de se conformer aux obligations d'identification et de vérification de l'identité d'un client ou d'un bénéficiaire effectif, ou d'obtenir les informations sur l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires, se voient dans l'obligation de n'exécuter aucune transaction par compte bancaire, de n'établir aucune relation d'affaires ou d'y mettre un terme. De plus, la question doit se poser d'adresser une déclaration sur le client concerné à la cellule de renseignement financier.

Une seule dérogation vaut à cette règle. Il s'agit d'une option dont l'application est laissée à la discrétion des États membres. En pratique, tous l'appliquent et elle vaut pour les relations entre un client et un avocat, un notaire, un expert-comptable ou un conseiller fiscal qui relèvent de l'évaluation de la situation juridique du client ou de l'exercice d'une mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure judiciaire, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure. Dans ces situations précises, ces professionnels du droit sont exonérés, comme dans le régime antérieur, de toute obligation de déclaration de soupçon¹⁰.

OBLIGATIONS DE DÉCLARATION

Le deuxième volet fondamental de la troisième directive a trait aux obligations de déclaration qui demeurent globalement inchangées par rapport à la première directive.

Les personnes soumises aux obligations de la directive doivent, de leur propre initiative, informer promptement la cellule de renseignement financier de leur État membre des soupçons qu'elles ont de bonne foi, au regard d'une opération ou d'une tentative de blanchiment ou de financement du terrorisme. De même, ces personnes doivent être en mesure de fournir promptement à la cellule de renseignement financier toutes les informations nécessaires, conformément aux procédures prévues par la législation applicable. À cet égard, la directive prévoit spécifiquement que les établissements, financiers et de crédit, aient des systèmes leur permettant de répondre rapidement à toute demande d'information sur leurs relations d'affaires avec des personnes désignées et la nature de cette relation. Cette disposition est particulièrement importante dans le contexte de la mise en œuvre des procédures de gel ou de saisie des avoirs.

Le corollaire de ces obligations est que les transactions envisagées ne doivent pas être effectuées avant que la déclaration de soupçon ne soit parvenue à la cellule de renseignement financier. Conformément à la législation des États membres, des instructions de ne pas effectuer la transaction peuvent être données par les autorités publiques.

Ce principe du « gel » de la transaction ne souffre qu'une exception, dans le cas où le refus de réaliser la transaction serait susceptible d'empêcher la poursuite des bénéficiaires d'une opération suspectée de blanchiment des capitaux ou du financement du terrorisme.

La troisième directive ne comporte véritablement que trois innovations au regard des obligations de déclaration.

D'une part, la directive invite formellement les États membres à prendre des mesures appropriées afin de protéger de toute menace les employés des établissements ou personnes qui font état de soupçons relatifs au blanchiment ou au financement du terrorisme, à l'intérieur de l'entreprise ou à la cellule de renseignement financier. Bien que la directive ne puisse interférer avec les procédures judiciaires nationales au cours desquelles l'auteur de la déclaration de soupçon est nommément appelé à comparaître comme témoin, il s'agit là d'un point fondamental pour l'efficacité du système anti-blanchiment.

D'autre part, les cellules de renseignement financier voient leur importance croissante reconnue au plan communautaire. La directive requiert que chaque État membre instaure une cellule nationale centrale dotée de ressources adéquates et de moyens d'accès direct ou indirect aux informations financières, administratives et judiciaires dont elle a besoin pour remplir ses missions. La Commission est également formellement invitée (article 38) à apporter son soutien à la coordination et l'échange d'informations entre les cellules de renseignement financier à l'intérieur de l'Union

européenne. À ce titre, une plateforme européenne informelle a été mise en place entre les CRFs des différents États membres. Son but est de favoriser l'échange d'expériences et de bonnes pratiques entre CRFs de façon à permettre une bonne transposition en droit national de la troisième directive anti-blanchiment et d'assurer un développement harmonieux du réseau européen informatisé d'échange d'informations « FIU-Net », encore en phase de gestation.

Enfin, la dernière nouveauté concerne la possibilité d'une dérogation limitée à l'interdiction de divulgation. La directive reprend le principe qu'il est interdit d'avertir quiconque, client concerné ou tiers, que des informations ont été transmises à la cellule de renseignement financier ou qu'une enquête sur le blanchiment de capitaux ou le financement du terrorisme est en cours ou pourrait être ouverte. Ce principe ne s'applique cependant pas aux autorités de tutelle ou de surveillance des personnes soumises à la directive (à savoir les autorités de supervision des établissements de crédit et des établissements financiers ou également les ordres professionnels des professions juridiques indépendantes), ou à la divulgation à des fins répressives. Cette interdiction est également levée s'agissant d'échange d'informations entre entités d'un même groupe financier, entre membres d'un même réseau international d'avocats ou d'auditeurs, ou entre établissements financiers différents ou entre professionnels du droit n'appartenant pas au même réseau dans des situations concernant un même client et une même transaction et pour autant qu'ils



soient soumis à des obligations équivalentes en matière de secret professionnel et de protection des données à caractère personnel.

MESURES D'ACCOMPAGNEMENT

La directive reprend une série de dispositions antérieures, qui imposent la mise en place par les établissements et personnes soumis à la directive de procédures appropriées en matière de vigilance à l'égard du client, de déclaration, de contrôle interne, d'évaluation et de gestion des risques, de gestion du respect des obligations et de communication. La directive exige également l'instauration de systèmes permettant la conservation des documents et informations recueillis lors de l'application des procédures de vigilance, pendant au moins 5 ans à compter de l'exécution des transactions ou la fin de la relation d'affaires avec le client. Le législateur communautaire continue d'insister sur l'importance et l'obligation pour les employeurs concernés d'assurer la formation continue de leurs employés pour les aider à reconnaître des opérations pouvant être liées au blanchiment des capitaux ou du financement du terrorisme et les instruire sur la façon de procéder dans pareil cas.

Les autorités publiques nationales sont par ailleurs invitées à faciliter le bon respect de la directive par les personnes qui y sont soumises, notamment en leur permettant d'avoir accès à une information actualisée sur les pratiques des blanchisseurs de capitaux et des « financiers » du terrorisme et sur

les indices permettant d'identifier les transactions suspectes. De plus, dans la mesure du possible, un retour d'information sur l'efficacité des déclarations de soupçon doit être fourni à ceux qui les ont soumises. Il y a, à cet égard, une forte attente des personnes soumises à la directive, notamment des établissements bancaires, qui y voient là une condition indispensable de l'amélioration de leurs systèmes de détection des opérations de blanchiment. Afin d'y contribuer, et d'être en mesure d'évaluer l'efficacité de leurs systèmes de lutte contre le blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, les États membres eux-mêmes, doivent établir et conserver des statistiques complètes et pertinentes.

SUPERVISION ET SANCTIONS

La directive a renforcé le régime anti-blanchiment en établissant des normes minimales en matière de surveillance et de suivi (« *monitoring* ») des activités des personnes soumises à la directive, afin de s'assurer du bon respect de cette dernière. Ainsi, les autorités compétentes en matière de supervision doivent disposer des ressources et des pouvoirs nécessaires, y compris la possibilité d'obliger à produire toute information pertinente pour assurer le suivi du respect des obligations et effectuer les vérifications qui s'imposent.

S'agissant des professionnels du droit visés par la directive, les États membres peuvent déléguer l'exercice des fonctions de surveillance aux ordres professionnels eux-mêmes.

La directive requiert des États membres qu'ils sanctionnent les personnes physiques ou morales en cas de violation des dispositions nationales adoptées conformément à la directive. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. Des dispositions similaires se retrouvent dans plusieurs directives récentes du domaine financier et permettent une certaine flexibilité de mise en œuvre au plan national. La directive est cependant plus prescriptive vis-à-vis des établissements de crédit et des établissements financiers, pour lesquels elle prévoit que les États membres, sans préjudice de leur droit d'imposer d'éventuelles sanctions pénales, soient en mesure d'appliquer des mesures ou des sanctions administratives. Enfin, la directive prévoit que les personnes morales puissent être tenues responsables des manquements de leurs dirigeants dans ce domaine.

Avec la troisième directive anti-blanchiment, la Communauté européenne s'est dotée du niveau de normes le plus élevé en la matière et d'un dispositif sophistiqué mieux à même de protéger nos sociétés ainsi que le système financier et ses acteurs des agissements des « blanchisseurs ».

La directive constitue également un nouvel outil de la panoplie de la lutte contre le financement du terrorisme. Ce faisant, le normalisateur international, le GAFI, et le législateur communautaire se sont efforcés d'établir, avec l'approche fondée sur le risque, un mécanisme équilibré préservant l'intérêt public sans nuire aux intérêts économiques des acteurs auxquels il s'impose.

L'efficacité de ce nouveau système plus affûté dépend cependant de son acceptation et donc de la mobilisation des acteurs concernés. Plusieurs dispositions nouvelles ne sont pas simples à mettre en œuvre, qu'il s'agisse de l'identification du bénéficiaire économique/ayant droit économique et des personnes politiquement exposées ou de l'application concrète de l'approche fondée sur le risque.

Dans ce contexte, le dialogue entre autorités publiques et secteur privé est primordial, alors même que les États membres doivent transposer en droit national le texte communautaire au plus tard pour le 15 décembre 2007. Il faut gagner les cœurs et les autorités publiques se doivent de faire tous les efforts pour que ce dialogue avec le secteur privé aboutisse à un véritable partenariat pour le mieux-être de notre société.

*NOTES*

1. Règlement CE/2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme - (JOCE L344 du 28.12.2001, p.70-75) et Règlement CE/881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, et abrogeant le règlement (CE) n° 467/2001 du Conseil interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidées à l'encontre des Taliban d'Afghanistan (JOCE L139, p.9)
2. Règlement CE/1889/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relatif aux contrôles de l'argent liquide entrant ou sortant de la Communauté - JOCE L309 du 25/11/2005, p.9
3. Règlement CE/1781/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 relatif aux informations concernant le donneur d'ordre accompagnant les virements de fonds.-JOCE L345 du 8.12.2006, p.1-9.
4. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services de paiement dans le marché intérieur et modifiant les directives 97/7/CE, 2000/12/CE, et 2002/65/CE, adoptée par la Commission le 1/12/2005 (COM/2005/0603 final).
5. Annexe de la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen « Prévenir et combattre le financement du terrorisme par une meilleure coordination au niveau national et une plus grande transparence des organismes à but non lucratif » - COM(2005)620 final.
6. Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13.09.05 dans l'affaire C-176/03 Commission européenne contre Conseil de l'Union européenne relative à la répartition des compétences pour l'application de sanctions légales pour les infractions au droit environnemental à l'échelon communautaire. La Cour de Luxembourg reconnaît la compétence communautaire dans ce cas. La question qui se pose est de savoir si cet arrêt a une portée plus générale susceptible de couvrir le régime de sanctions prévue de manière générique par la troisième directive anti-blanchiment.
7. Article 1 de l'action commune 98/733/JAI du Conseil.
8. Article 1 paragraphe 1 et à l'article 2 de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.
9. Directive 2006/70/CE de la Commission du 1^{er} août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des « personnes politiquement exposées » et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée - JOUE L214 du 4.8.2006, p. 29.
10. Il convient de signaler à ce titre que l'application des règles anti-blanchiment aux professions du droit est remise en cause par ces professions dans un certain nombre de pays de l'Union européenne. Ainsi, des procédures ont été lancées en Belgique et en Pologne au regard de la constitutionnalité des législations nationales anti-blanchiment du fait de leur application à la profession d'avocat et de la question de leur compatibilité avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Une question préjudicielle adressée par la Cour d'arbitrage belge à la Cour de Justice de Luxembourg est en cours d'examen. Un arrêt de la Cour est attendu dans les prochains mois (Affaire C305/05 - Demande de décision préjudicielle introduite par l'arrêt de la Cour d'arbitrage (Belgique), rendu le 13 juillet 2005, dans les affaires Ordre des barreaux francophones et germanophones, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles contre Conseil des ministres, et Ordre des barreaux flamands et Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles contre Conseil des ministres. JO C243/10 du 1.10.2005. p.10) - Conclusions du 16 décembre 2006 de l'avocat général Poiares Maduro.

