

à la une

Département Affaires, Contentieux & Arbitrage

L'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme transpose la troisième directive européenne anti blanchiment, tout en remettant à plat « le dispositif actuel qui résulte de l'empilement de réformes successives qui ont abouti à un mille-feuille réglementaire complexe pour lui redonner une cohérence globale » (Rapport au Président de la République).

Ces dispositions n'entreront en vigueur, pour l'essentiel, qu'au jour de la publication des décrets d'application. Cependant, les personnes assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme doivent « dans les meilleurs délais (...) et au plus tard dans un délai d'un an à compter de la publication du dernier décret [d'application] » appliquer à leur clientèle ces nouvelles dispositions (Article 19 de l'ordonnance).

Le thème du mois : Nouvelles dispositions dans la lutte contre le blanchiment

L'ordonnance du 30 janvier 2009 a modifié la structure du Code monétaire et financier : dorénavant, les dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme figurent aux articles L.561-1 à L.561-45 du Code monétaire et financier¹.

Au-delà d'une simple modification formelle, les innovations de l'ordonnance du 30 janvier 2009 concernent :

- L'extension de la liste des personnes assujetties aux obligations de déclaration et de vigilance (I) ;
- L'instauration d'une obligation de vigilance à « géométrie variable » (II) ;
- L'extension du champ d'application de l'obligation de déclaration (III).

I- La détermination des personnes assujetties aux obligations de déclaration et de vigilance

L'ordonnance du 30 janvier 2009 a réaffirmé la liste des professionnels tenus de participer à la lutte contre le blanchiment et y a ajouté :

- les personnes exerçant l'activité de domiciliation de l'entreprise ;
- les sociétés de gestion de portefeuille au titre de la commercialisation de parts ou actions d'organismes de placement collectifs dont elles assurent ou non la gestion ainsi que pour certains services d'investissements mentionnés à l'article L.312-1 du Code monétaire et financier ;
- les salariés autorisés à exercer la profession d'expert comptable.

En outre, l'ordonnance a substitué à la notion de « courtier d'assurance et de réassurance », celle plus large « d'intermédiaire d'assurance ». Dorénavant, tous les intermédiaires d'assurance sont tenus de respecter les obligations de vigilance et de déclaration sauf lorsqu'ils « agissent sous l'entière responsabilité de l'entreprise d'assurance »².

Enfin, les agents immobiliers ne sont dorénavant soumis à ces obligations que pour leurs activités autres que celles relatives aux opérations d'échange, de location ou sous-locations.

II – L'étendue de l'obligation de vigilance

L'obligation de vigilance soumet les assujettis à des exigences particulières lors de l'entrée en relation (i), au cours de la relation d'affaires (ii) et à sa fin (iii).

i) Avant d'entrer en relation d'affaires, les personnes assujetties doivent :

- identifier le client par des moyens adaptés et vérifier les éléments d'identification sur présentation de tout document écrit probant³ ;
- recueillir les informations relatives à l'objet et à la nature de la relation d'affaires ainsi que tout autre élément d'information pertinent sur le client⁴ ;

Si le professionnel assujetti n'est pas en mesure d'identifier son client ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaire, il doit, s'abstenir d'exécuter toute opération et/ou mettre fin à la relation.

ii) Durant la relation d'affaires, les personnes assujetties doivent exercer « une vigilance constante et pratiquer un examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée qu'elles ont de leur client »⁵.

iii) Enfin, les assujetties ont aussi l'obligation de conserver les documents relatifs :

- à l'identité de leurs clients habituels ou occasionnels pendant 5 ans à compter de la fin de la relation ;
- aux opérations effectués pendant 5 ans à compter de la réalisation de l'opération.

L'une des principales nouveautés introduite par l'ordonnance concerne la faculté donnée aux assujettis d'adapter l'intensité de leur obligation de vigilance en fonction du risque de blanchiment ou de financement du terrorisme qu'ils attribuent à leur client, à la relation d'affaires, au produit ou à la transaction. Concrètement, cette approche, dite « approche risque » consiste, en partant d'un standard d'obligation de vigilance, à appliquer à la clientèle des obligations de vigilance simplifiées ou renforcées par rapport à ce standard selon que le risque de blanchiment ou de financement du terrorisme est faible ou élevé.

Un décret viendra préciser les critères de qualification entre vigilance simplifiée et renforcée.

III – L'extension du champ d'application de l'obligation de déclaration

Initialement réservées aux sommes ou opérations relatives à une criminalité d'exception, dorénavant devront être déclarées au TRACFIN, les sommes ou opérations qui pourraient provenir de toute infraction passible d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an (en cela y compris celles qui pourraient provenir d'une fraude fiscale) ou qui pourraient participer au financement des activités de terrorisme.

³ Article L.561-5 du Code monétaire et financier.

⁴ Article L.561-6 du Code monétaire et financier.

⁵ Article L.651-6 du Code monétaire et financier.

⁶ Article L.561-15 du Code monétaire et financier.

¹ Chapitre 1 du Titre 6 du Livre 5 du Code monétaire et financier.

² Article L.561-2 du Code monétaire et financier.

■ Retards de paiement : les pénalités sont exigibles même dans le silence du contrat

Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, l'article L 441-6 du code de commerce prévoit l'application d'un taux de pénalités supplétif pour les cas où le contrat ou les conditions générales de vente n'auraient rien prévu à ce sujet.

Ce taux est désormais égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage.

La Cour de cassation a récemment eu l'occasion d'appliquer cette disposition⁷.

En l'espèce, une société avait tardé à régler des factures dues au titre d'un marché de travaux exécuté en mars 2001. La société ayant exécuté le marché réclamait l'application de pénalités au taux supplétif prévu par l'article L 441-6 du code de commerce modifié mais ne justifiait pas de ses conditions générales de règlement.

Après avoir indiqué que les dispositions de la loi du 15 mai 2001 modifiant l'article L 441-6 du code de commerce sont applicables aux contrats en cours et répondent à « *des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses* », la Cour de cassation a jugé que les pénalités de retard pour le non paiement des factures sont dues « *de plein droit, sans rappel et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales des contrats* ».

Dès lors, le débiteur d'une obligation de payer négligent ne peut se prévaloir du silence ou de l'absence de contrat pour échapper à l'application de pénalités de retard.

Attention cependant à ne pas se satisfaire de cette jurisprudence, car le défaut de mention du taux d'intérêt est désormais sanctionné pénalement par une amende de 15.000 euros.

■ Baux commerciaux : les parties peuvent choisir un nouvel indice de référence

Jusqu'en 2008, le Code de commerce prévoyait que l'évolution des loyers commerciaux lors d'une révision triennale ou du renouvellement du bail était en principe plafonnée par référence à la variation de l'indice trimestriel du coût de la construction (ICC).

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a créé un nouvel indice : l'indice des loyers commerciaux (ILC) dont les modalités ont été précisées par un décret du 4 novembre 2008.

Cet indice composé à 50 % par la moyenne de l'indice des prix à la consommation hors tabac et hors loyers, 25 % par la moyenne de l'indice du coût de la construction (ICC) et 25 % par l'évolution de chiffre d'affaire du commerce de détail en valeur corrigé des variations saisonnières et des jours ouvrables, a été créé pour freiner la hausse des loyers commerciaux liée aux importantes variations de l'ICC constatées ces dernières années. Son champ d'application est plus restreint que celui de l'ICC⁸.

La question s'est posée de savoir si l'ILC s'était substitué de plein droit à l'ICC dans les cas où les conditions légales de son application étaient remplies ou s'il n'était applicable que s'il avait été contractuellement choisi par les parties.

Dans une réponse ministérielle du 10 mars 2009, la Ministre de l'économie a tranché la question dans le sens de la seconde interprétation. L'ILC ne pourra servir de référence pour la détermination du loyer lors d'une révision triennale ou du renouvellement du bail⁹ que si les parties ont choisi de s'y référer.

Il est à noter que jusqu'à présent l'ILC connaissait une variation plus faible que l'ICC, en revanche au 4^e trimestre 2008 la variation annuelle de l'ILC est de 4,16 % contre 3,32 % pour l'ICC.

Les propriétaires pourraient donc désormais trouver un intérêt à s'y référer.

⁷ Cass. com., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-16527

⁸ En vertu de l'article D. 112-2 du code monétaire et financier, l'ILC concerne les activités commerciales y compris celles exercées par les artisans à l'exclusion de celles exercées dans les locaux à usage exclusif de bureaux, y compris les plates-formes logistiques ainsi que les activités industrielles au sens de l'article L 110-1, 5^e du code de commerce.

⁹ Articles L 145-34 et L 145-38 du Code de commerce.

■ Devoir de mise en garde du banquier et risque d'endettement

La jurisprudence met à la charge des professionnels du crédit une obligation de mise en garde sur les risques inhérents à l'opération de crédit projetée, à destination de leurs clients non avertis.

La première chambre civile de la Cour de Cassation par un arrêt en date du 18 février 2009 vient de subordonner ce devoir de mise en garde à une seconde condition : le risque d'endettement de l'emprunteur.

En l'espèce, un établissement de crédit poursuivait le recouvrement des échéances d'un prêt consenti à l'une de ses clientes. Sa demande ayant été accueillie par les juges du fond, l'emprunteur a formé un pourvoi en cassation invoquant un manquement de l'établissement à son devoir de conseil.

Elle faisait valoir que ses revenus mensuels à l'époque de l'ouverture du crédit, qu'elle déclarait à la somme de 3 392,75 euros, ne lui permettaient pas de supporter la charge de son crédit dont les mensualités s'élevaient à 392,75 euros.

Son pourvoi est rejeté par la Cour de cassation aux motifs que « *faute d'avoir mis la cour d'appel en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée* », l'emprunteur n'est pas fondé à lui reprocher d'avoir omis de rechercher s'il était non averti et si la banque avait satisfait à son devoir de mise en garde.

Aussi, dès lors que la situation patrimoniale de l'emprunteur est suffisamment confortable, le banquier est dispensé de son devoir de mise en garde. Cette décision contraste avec celle de la chambre commerciale en date du 11 décembre 2007 qui avait retenu la responsabilité de l'établissement de crédit pour manquement à son devoir de mise en garde alors même que les prêts consentis n'avaient rien d'excessif ni d'imprudent.

Néanmoins, il semble que cette dernière décision pourrait s'expliquer par le caractère particulièrement risqué de l'un des prêts qui avait été consenti dans cette espèce.

■ Sociétés : l'expert chargé de fixer la valeur de droits sociaux dispose d'une liberté dans le choix des critères d'évaluation

En cas de contestation sur la valeur des droits sociaux d'un associé au moment de leur cession ou de leur rachat par la société, un expert doit être désigné par les parties ou par ordonnance de référé pour procéder à leur évaluation¹⁰.

Dans ce cas, l'expert est-il libre de déterminer la méthode de calcul à appliquer ou doit-il s'en remettre aux statuts lorsque ceux-ci prévoient des critères d'évaluation ?

La Cour de cassation est venue réaffirmer sa position sur ce sujet par un arrêt du 5 mai 2009.

En l'espèce, la Cour d'appel avait annulé l'ordonnance de référé ayant désigné l'expert aux motifs que celle-ci indiquait dans sa motivation que l'expert devait procéder à l'évaluation en toute liberté et écarter l'application de la méthode de calcul prévue par les statuts alors, selon elle, que « *ce sont justement les statuts qui doivent le guider* ». Elle avait ensuite précisé la méthode à suivre par l'expert.

La Cour de Cassation a censuré la Cour d'appel, rappelant que « *seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts* ».

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris
www.pdgb.com

G. BACHASSON – X. HUGON – F. DEREUX
B. JARDEL - P. JULIEN - T. BEDOISEAU
L. GIMENO – E. MARCILHAC – T. KLIBANER

¹⁰ Art. 1843-4 du Code civil