

# La lettre

Juin 2009 - N° 17

## Contentieux Pénal et Commercial

### Actualité Contentieuse

#### *Editorial... La feuille de route de Madame Alliot Marie*

Avec le remaniement intervenu le 23 juin au soir, le nouveau Garde des Sceaux hérite des titres de ministre d'Etat et de ministre de la Justice et des Libertés : si le premier terme est honorifique, le second ajoute pour la première fois dans l'histoire de la République, les libertés à la justice. Signe des temps : celle-ci ne garantirait-elle plus nécessairement celles-là ?

En tout cas, le programme est chargé pour Mme Alliot-Marie, certes juriste, mais venant de deux mondes - l'armée et la police - bien différents de celui de la Place Vendôme. Comme de nombreuses réformes sont déjà engagées, sa première mission va être de les achever puis de les mettre en œuvre avant, éventuellement, d'en lancer de nouvelles.

La réforme essentielle paraît bien celle de procédure pénale avec la suppression programmée du juge d'instruction. L'annonce du Président de la République lui-même - et devant la Cour de cassation - le 7 janvier dernier, et le rapport de la commission Léger dont les grandes lignes sont déjà connues, fixent la marche à suivre : renforcement des pouvoirs du Parquet (sans, en l'état, modification majeure de son statut), limitation de pouvoirs du juge, renommé juge "de l'instruction" ou "de l'enquête", amélioration - toujours insuffisante - des droits de la défense, création de la "retenue judiciaire", futur *habeas corpus* à la française (?) et meilleur encadrement de la détention provisoire.

Mais les chantiers sont bien plus nombreux : réforme de la Cour d'assises (de la motivation des arrêts à l'instauration d'une sorte de plaider-coupable), code pénal des mineurs, avec un changement sans doute rendu nécessaire par l'évolution des mœurs depuis l'ordonnance de 1945, création du statut de beau-parent, normalisation, voire réduction du nombre insensé des infractions pénales (notamment celles hors du Code pénal) et passage de la justice civile à la dématérialisation avec la nécessaire intrusion de l'informatique dans la vie judiciaire.

.../...



Gide Loyrette Nouel

Abu Dhabi  
Tél. +971 (0)2 667 6972  
gln.abudhabi@glde.com

Alger  
Tél. +213 (0)21 23 94 94  
gln.algiers@glde.com

Belgrade  
Tél. +381 (0)11 30 24 900  
gln.belgrade@glde.com

Bruxelles  
Tél. +32 (0)2 231 11 40  
gln.brussels@glde.com

Bucarest  
Tél. +40 21 223 03 10  
gln.bucharest@glde.com

Budapest  
Tél. +36 1 411 74 00  
gln.budapest@glde.com

Casablanca  
Tél. +212 (0)5 22 27 46 28  
gln.casablanca@glde.com

Dubai  
Tél. +971 (0)4 365 0172  
gln.dubai@glde.com

Hanoi  
Tél. +844 3 946 05 05 / 06  
gln.hanoi@glde.com

Hô Chi Minh Ville  
Tél. +848 3 823 8599  
gln.hcmc@glde.com

Hong Kong  
Tél. +852 2536 9110  
gln.hongkong@glde.com

Istanbul  
Tél. +90 212 385 04 00  
gln.istanbul@glde.com

Kiev  
Tél. +380 44 206 0980  
gln.kyiv@glde.com

Londres  
Tél. +44 (0)20 7382 5500  
gln.london@glde.com

Moscou  
Tél. +7 495 258 31 00  
gln.moscow@glde.com

New York  
Tél. +1 212 403 6700  
gln.newyork@glde.com

Paris  
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00  
Info@glde.com

Pékin  
Tél. +86 10 65 97 45 11  
gln.beijing@glde.com

Prague  
Tél. +420 222 871 111  
gln.prague@glde.com

Riyadh  
Tél. +966 1 217 77 54  
gln.riyadh@glde.com

Saint-Petersbourg  
Tél. +7 812 303 6900  
gln.saintpetersburg@glde.com

Shanghai  
Tél. +86 21 53 06 88 99  
gln.shanghai@glde.com

Tunis  
Tél. +216 71 891 993  
gln.tunis@glde.com

Varsovie  
Tél. +48 (0)22 344 00 00  
gln.warsaw@glde.com



Les professionnels de la justice attendent aussi : les avoués à la Cour pour connaître les conditions définitives de leur disparition décidée, les notaires pour conserver le maximum de leur monopole contre les avocats, ces derniers pour mettre en œuvre les pistes ouvertes par la commission Darrois et notamment "l'acte d'avocat" et les conditions d'un meilleur exercice professionnel plus large (au-delà du judiciaire) et plus efficace, et pas seulement en termes de procédure pénale ou d'aide juridictionnelle.

Les juges sont naturellement intéressés au premier chef par le nouveau style et l'impulsion qui seront donnés par la ministre. Les réformes mentionnées ci-dessus les concernent aussi, quant à l'indépendance du Parquet (et la séparation statutaire d'avec les magistrats du siège, non prévue et dont ils ne veulent pas) et à la suppression du juge d'instruction et de ses prérogatives. Bien d'autres soucis vont revenir à la surface, sur fond d'insuffisance de moyens financiers... et de considération.

Quant à l'administration pénitentiaire, elle hérite certes d'un secrétaire d'Etat avec Jean-Marie Bockel, avocat de formation, mais elle est toujours en attente de la loi actuellement bloquée par la navette entre les deux assemblées alors qu'elle est loin de recueillir les suffrages des personnels et de ceux qui s'intéressent au sort des détenus.

Rude tâche pour un nouveau Garde des Sceaux alors que ni les juges, ni le personnel pénitentiaire, ni les avocats, ni les notaires ne peuvent être assimilés à des militaires ou à des policiers...

Bon courage, Madame la Ministre !

**Bâtonnier Jean-Marie Burguburu**

### ***Législation : Loi de modernisation de l'économie : application des délais de paiement dans un contexte international***

La Loi de Modernisation de l'Economie (LME) du 4 août 2008 a notamment modifié les dispositions du Code de commerce (C. com.) relatives aux délais de paiement entre les entreprises. Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, et en dehors de certains accords interprofessionnels dérogatoires<sup>1</sup>, "le délai convenu entre les parties pour régler les

<sup>1</sup> Jusqu'au 31 mars dernier, certains secteurs professionnels avaient la possibilité d'y déroger de manière temporaire par accord interprofessionnel et après homologation par décret si des raisons économiques objectives justifiaient une telle dérogation. Il devait s'agir d'une réduction progressive des délais pratiqués pour parvenir au délai légal au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Ainsi jusqu'à ce jour, 35 accords dérogatoires aux délais de paiement, concernant différents secteurs et organisations professionnelles signataires ont été signés, 11 ayant reçu des avis favorables de l'Autorité de la concurrence et 6 ayant été homologués.

*sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture"*<sup>2</sup>. A défaut de convention entre les parties, il est fixé par l'art. L. 441-6 al. 8 C. com. "au 30<sup>e</sup> jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution des prestations".

Bien que découlant de la réglementation européenne<sup>3</sup>, la limitation des délais de paiement ne s'est pas faite de manière simultanée et identique dans l'ensemble des Etats membres. En outre, si cette limitation visait à protéger la compétitivité économique des entreprises françaises dont beaucoup devaient faire face à des règlements extrêmement tardifs de la part de leurs distributeurs, le risque était grand de voir ces derniers se détourner de leurs fournisseurs français traditionnels au profit d'entreprises étrangères, notamment hors UE, non soumises à des délais de paiement aussi brefs.

Aussi, au moment de l'entrée en vigueur des dispositions de la LME, la question de l'application de ces dispositions dans un contexte international s'est-elle posée, soit que l'un des partenaires de la relation commerciale, fournisseur ou distributeur, se trouve sur un territoire étranger, soit que le distributeur envisage de créer une centrale de paiement à l'étranger afin de tenter de s'y soustraire, soit qu'il subisse la concurrence d'une entreprise étrangère non soumise à ces dispositions.

Pour l'ensemble de ces hypothèses, le législateur n'a apporté aucune solution précise. Il nous paraît dès lors important de déterminer dans quelles mesures les dispositions de la LME relatives aux délais de paiement pourraient s'imposer dans les relations entre partenaires commerciaux internationaux.

La question se pose logiquement lorsque la loi applicable à la relation est la loi étrangère, les dispositions françaises sur les délais de paiement n'ayant, *a priori*, pas vocation à s'appliquer. De manière intéressante, elle se pose également dans certaines situations lorsque la loi française est applicable. Dans les deux hypothèses, l'intérêt de la question découle du caractère de loi de police de ces dispositions dont l'objectif est la protection de l'ordre public économique français.

Comme nous le verrons, les dispositions qui nous intéressent semblent s'imposer par leur caractère de loi de police lorsque les parties contractantes ont soumis leur contrat à la loi française (1). Toutefois, les solutions sont plus nuancées lorsque les cocontractants soumettent leurs rapports au droit étranger (2).

<sup>2</sup> Art. L. 441-6, alinéa 9, du Code de commerce.

<sup>3</sup> Directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.



## 1. Le contrat international régi par la loi française

La question centrale consiste à savoir si, ayant soumis leur contrat à la loi française, les parties peuvent convenir de s'affranchir des dispositions de la LME relatives aux délais de paiement.

Au regard de la jurisprudence et des observations qui ont pu être faites par les autorités administratives, le caractère de loi de police de ces dispositions impose aux parties leur application (A), la violation de ces dispositions pouvant être sanctionnée efficacement par les autorités de poursuite compétentes (B).

### A. Les dispositions de la LME relatives aux délais de paiement : règles d'application nécessaires

Aux termes de l'article 9 du Règlement du 17 juin 2008<sup>4</sup>, *"une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement"*

De manière générale, on considère que la réglementation nationale relative à la protection de la concurrence économique, en ce qu'elle tend à sauvegarder l'organisation économique du pays, a le caractère de loi de police<sup>5</sup>. Ainsi, les règles de concurrence sont d'ordre public en droit interne et constitutives de lois de police dans l'ordre international<sup>6</sup>.

Or, le respect des délais de paiement fixés par la LME est notamment assuré par l'art. 442-6 qui tend à protéger le marché contre toutes les pratiques restrictives de concurrence. De plus, ledit article issu de la LME fait expressément référence à l'art. 441-6 qui fixe les règles en matière de délais de paiement et dont *"les dispositions répondent à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses"*<sup>7</sup>, et devraient par conséquent constituer des lois de police.

La jurisprudence semble également s'être prononcée en ce sens. Ainsi, la Cour d'appel de Lyon l'a affirmé par un arrêt du 19 septembre 2004 estimant que les dispositions de l'art. L. 442-6 en matière de rupture brutale de relations établies *"constituent une loi de police au sens du droit international privé"*. La Cour de Cassation a, elle aussi, considéré dans son arrêt du 22 octobre 2008 que ces dispositions sont *"des dispositions impératives constitutives de lois de police"*<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, "Rome I".

<sup>5</sup> A. Nuyts, Rev. Crit. Dr. Internat. Privé, 88 (1), jan-mars, 1999, p. 43.

<sup>6</sup> Laurence Idot, JDI, 4, 1993, p. 981.

<sup>7</sup> Cass. Com., 3 mars 2009, n° du pourvoi : 07-16527.

<sup>8</sup> Cass. Civ. 1, 22 oct. 2008, n° 07-15823; CA. Lyon, 19 sept. 2004, RG 04/00108.

Bien que ne s'étant pas encore prononcée sur ce point, la jurisprudence paraît favorable à l'application des dispositions de la LME sur les délais de paiement dans un contexte international dès lors qu'il ressort clairement de la volonté des parties que la loi française est applicable<sup>9</sup>.

Ainsi, le distributeur français qui contracte avec un fournisseur étranger, croyant pouvoir échapper aux délais de paiement de la LME qu'il aurait dû respecter s'il avait contracté avec un fournisseur français, a l'obligation de respecter lesdits délais dès lors que la loi française est applicable à son contrat international, le caractère impératif des dites dispositions s'imposant au juge saisi, surtout si le juge compétent est le juge français.

Dans le cas où le juge compétent serait le juge étranger, ce dernier a, en vertu de l'article 9.3 du Règlement "Rome I", la faculté d'appliquer ou non les lois de police françaises<sup>10</sup>. La loi française étant applicable au contrat, le juge étranger devrait faire *a fortiori* application des dispositions impératives sur les délais de paiement.

Dans l'hypothèse où, bien qu'applicables, les dispositions relatives aux délais de paiement ne seraient pas respectées par les parties, le distributeur encourrait des risques de poursuites qu'il convient d'analyser.

### B. Les poursuites pour violation de la LME dans un contexte international

Au regard du caractère de loi de police des dispositions françaises relatives aux délais de paiement qui s'imposeraient naturellement au contrat conclu entre un fournisseur français et un distributeur étranger, l'action en responsabilité intentée par le premier contre le second ne poserait pas de difficultés quant à son bien-fondé.

Deux autres situations nous paraissent plus problématiques.

Il s'agit en premier lieu de l'hypothèse où un fournisseur français subirait la concurrence d'une entreprise étrangère non soumise aux dispositions de la LME au bénéfice d'un distributeur français, alors même que la loi française serait applicable à leur contrat.

A notre avis rien n'empêcherait le fournisseur français lésé de poursuivre son client/distributeur français soit (i) au titre de l'art. L. 442-6, I, 4° du C. com. en démontrant

<sup>9</sup> C'est ce qu'a clairement jugé la Cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 14 oct. 2004, *SA Casa Milano Internacional* à propos de l'article L. 442-6, I, 5° C. com. et c'est ce qui pourrait être interprété de l'arrêt de la chambre commerciale Cour de Cassation en date du 21 oct. 2008.

<sup>10</sup> "(...) Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application". Art. 9.3 du Règlement "Rome I".



toutefois que ce dernier a bien tenté d'obtenir des délais de paiement dérogatoires à la LME et que cette tentative s'est faite sous la menace d'une rupture brutale de relations commerciales, soit (ii) pour concurrence déloyale sur le fondement de l'art. 1382 C. civ<sup>11</sup>.

D'autre part, il serait même envisageable qu'une action contre le distributeur français fautif puisse être intentée par les autorités françaises compétentes, à savoir la DGCCRF ou le ministre de l'Economie, ces poursuites étant motivées par le souci de protection de l'ordre public économique.

Théoriquement, le ministre de l'Economie pourrait même aller jusqu'à poursuivre le fournisseur étranger concurrent sur le fondement de l'art. L. 442-6, III C. com. dès lors que le préjudice, en l'espèce la perte de chiffre d'affaires du fournisseur français lésé, serait survenu en France.

Il apparaît ainsi que le caractère de loi de police des dispositions de la LME relatives aux délais de paiement s'impose avec vigueur lorsque la loi française régit le contrat international des parties. Il en est toutefois autrement lorsque ces rapports sont soumis au droit étranger.

## 2. Le contrat international soumis au droit étranger

Il convient de distinguer les cas où le fournisseur lésé par la violation des dispositions de la LME est étranger (A) des cas où ce dernier est français (B).

### A. Le fournisseur étranger dans une situation précaire

Comme nous l'avons vu, les dispositions de l'art. L. 442-6 qui sanctionnent notamment la violation des délais de paiement imposés par la LME, ont le caractère de loi de police en droit international privé.

En principe, ces dispositions impératives ont vocation à s'appliquer dès lors que *"la réalisation du but qu'elles poursuivent le postule, même si la règle de conflit ne les désigne pas"*<sup>12</sup>. En l'espèce, le but poursuivi par les dispositions de l'art. L. 442-6 tient à la protection de l'ordre public économique français et plus particulièrement à la protection de la victime des agissements fautifs qui y sont énumérés.

En l'occurrence, dans le cadre des relations contractuelles entre le distributeur français et son fournisseur étranger, la "victime" du non-respect des délais de paiement serait le fournisseur étranger que la LME n'a pas vocation à protéger.

C'est en ce sens que s'est prononcé le ministre de l'Economie qui a indiqué qu'il n'interviendrait que dans les hypothèses où le fait dommageable serait intervenu en France.

De même, la DGCCRF a affirmé qu'elle veillerait uniquement à la protection des fournisseurs français contre la pratique visant, pour les distributeurs, à imposer des délais de paiement anormalement longs. Elle n'évoque pas la protection des fournisseurs étrangers.

Enfin, et comme on l'a déjà précisé, l'application des lois de police françaises par le juge étranger n'est pas automatique. En pratique, il est très peu probable qu'un juge étranger fasse application des dispositions impératives françaises alors que la loi française ne serait pas applicable au fond du litige.

### B. La protection du fournisseur lésé français

Alors même que la loi applicable au contrat serait la loi étrangère et que le juge saisi et compétent en vertu du contrat international serait le juge étranger, ce dernier, comme nous l'avons vu, aurait la faculté de faire application des dispositions impératives françaises<sup>13</sup>.

A la différence de la situation exposée précédemment dans laquelle le fournisseur était un fournisseur étranger, le juge étranger pourrait être amené à considérer que, les dispositions de la LME relatives aux délais de paiement ayant pour but essentiel de protéger le fournisseur français, celles-ci auraient davantage vocation à s'appliquer à ce contrat international afin d'assurer la protection de ce dernier.

En pratique, cependant, nous doutons fortement qu'un juge étranger fasse application de la LME dans cette situation, alors que son propre droit serait applicable au fond du litige.

Enfin, interrogée sur l'application des dispositions relatives aux délais de paiement dans le cadre de contrats internationaux où un distributeur auraient sciemment recours à une centrale d'achat à l'étranger dans le seul but d'échapper aux dispositions nationales, la DGCCRF a clairement fait savoir qu'elle veillerait à la protection des fournisseurs français faisant face à de telles pratiques<sup>14</sup>.

**Didier Laigo et Pierre Darkanian**

<sup>11</sup> Précisons sur ce point qu'au regard de la jurisprudence, une action en concurrence déloyale peut être exercée entre un fournisseur et un distributeur alors même qu'il n'existe entre eux aucun rapport de concurrence.

<sup>12</sup> Pierre Mayer, *Droit International Privé*, éd. Montchrestien, 2007, p. 121.

<sup>13</sup> Art 9.3 du Règlement "Rome I".

<sup>14</sup> "La jurisprudence a reconnu le caractère d'ordre public à l'article L. 442-6 C. com. (...). La DGCCRF, qui intervient au nom de l'ordre public économique, veillera à ce que des créanciers français ne se voient pas imposer des délais de paiement anormalement longs par leurs débiteurs, en particulier ceux qui utiliseraient des centrales de paiement à l'étranger dans le seul but d'échapper aux dispositions nationales".



## **Débat : Le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux après l'ordonnance du 30 janvier 2009**

L'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme a transposé avec plus d'un an de retard la directive européenne n° 2005/60/CE du 26 octobre 2005, troisième directive à réglementer la matière depuis 1991.

Ratifiée par le parlement le 12 mai 2009, cette ordonnance a pour objet d'opérer "une remise à plat du dispositif actuel, qui résulte de l'empilement de réformes successives" ayant abouti à "un mille-feuille réglementaire complexe, pour lui redonner une cohérence globale"<sup>15</sup>.

Une évolution de la réglementation était non seulement inéluctable, en raison des engagements européens de la France, mais également appelée des vœux de nombreux professionnels, auxquels un rôle actif dans la lutte contre le blanchiment a été imposé et qui sont exposés au risque de se rendre auteur ou complice de cette infraction, le plus souvent à leur corps défendant.

La loi pénale réprime en effet le blanchiment, défini comme "le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect" ou "le fait d'apporter son concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit" (article 324-1 du Code pénal<sup>16</sup>).

Depuis près de vingt ans, face à un système répressif relativement inefficace en raison notamment du caractère souvent transfrontalier du blanchiment et de l'utilisation par les délinquants de schémas de plus en plus perfectionnés de dissimulation de l'origine des fonds, les Etats européens ont décidé de renforcer le système préventif en imposant des obligations de vigilance et de dénonciation de plus en plus importantes à un nombre grandissant de professionnels pouvant être régulièrement en contact avec des fonds provenant de crimes et délits.

A l'origine applicable uniquement aux établissements de crédit, aux changeurs manuels et aux compagnies d'assurance, le dispositif anti-blanchiment a ainsi été

progressivement étendu à l'ensemble des professionnels amenés à participer ou assister, directement ou indirectement, à des mouvements de capitaux, en ce compris les professions juridiques. En la matière, l'ordonnance du 30 janvier 2009 complète la liste des personnes assujetties<sup>17</sup> par les "salariés autorisés à exercer la profession d'expert-comptable" et les "professionnels de la domiciliation d'entreprise" ; elle élargit également la définition des entreprises d'investissement et précise la liste des professionnels de l'immobilier soumis aux obligations de lutte anti-blanchiment.

Comme il a été à juste titre souligné, l'ordonnance du 30 janvier 2009 ne révolutionne pas le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux mais apporte deux évolutions majeures en étendant considérablement le champ d'application de la déclaration de soupçon à TRACFIN (1) et en consacrant le principe de proportionnalité des obligations de vigilance aux risques (2).

### **1. L'extension du champ d'application de la déclaration de soupçon**

L'article L. 561-15 du Code monétaire et financier impose aux personnes assujetties de déclarer à TRACFIN les opérations suivantes<sup>18</sup> :

- celles pour lesquelles l'identité du donneur d'ordre, du bénéficiaire effectif ou du constituant d'un fonds fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation reste douteuse malgré l'accomplissement des obligations d'identification prévues par la réglementation (obligations de vigilance décrites ci-après),
- celles dont les fonds sont soupçonnés de provenir d'une infraction punie de plus d'un an d'emprisonnement.

<sup>17</sup> Les autres personnes assujetties sont principalement les établissements financiers publics et privés, les entreprises d'investissement et les sociétés de gestion de portefeuille, les professionnels du chiffre (experts-comptables, commissaires aux comptes), du droit (avocats, avoués, notaires, huissiers, administrateurs et mandataires judiciaires), de l'immobilier, les mutuelles et autres institutions de prévoyance, les casinos et organismes de jeux de hasard, les marchands d'art et de pierres précieuses, les fiducies et prestataires de services aux sociétés (article L. 561-2 du Code monétaire et financier ("CMF")).

<sup>18</sup> Un décret pourra en outre étendre l'obligation de déclaration aux opérations pour compte propre ou pour compte de tiers effectuées par certains des professionnels assujettis avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, domiciliées, enregistrées ou établies dans l'ensemble des Etats ou territoires dont les insuffisances de la législation ou les pratiques font obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Ce décret fixera le montant minimum des opérations soumises à déclaration.

<sup>15</sup> Rapport au président de la république sur l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009, JO du 31 janvier 2009.

<sup>16</sup> Il est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende. Le blanchiment aggravé - commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle ou en bande organisée - est puni de 10 ans d'emprisonnement et 750.000 euros d'amende (article 324-2 du Code pénal).



C'est ce dernier point qui constitue sans nul doute l'apport le plus important de l'ordonnance.

Jusqu'à présent, les professionnels avaient en effet pour obligation de déclarer uniquement les sommes dont ils soupçonnaient qu'elles pouvaient provenir de certaines infractions, dites "*d'exception*" et limitativement énumérées : le trafic de stupéfiants, les activités criminelles organisées, le financement du terrorisme, la corruption et les fraudes aux intérêts financiers des Communautés européennes.

Désormais, les personnes assujetties devront déclarer à TRACFIN les "*sommes ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme*".

Le champ d'application du dispositif de lutte anti-blanchiment se trouve ainsi étendu à la très grande majorité des délits, ce qui risque d'augmenter considérablement le nombre de déclarations de soupçon.

Le problème se pose particulièrement en matière de fraude fiscale, dans la mesure où celle-ci est punie d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et que le soupçon est particulièrement difficile à exclure pour cette infraction. Afin d'éviter un trop grand nombre de déclarations, la réglementation prévoit que devront uniquement être déclarées à TRACFIN les sommes ou opérations dont les professionnels soupçonnent qu'elles proviennent d'une fraude fiscale en "*présence d'au moins un critère défini par décret*"<sup>19</sup>

On peut donc espérer que seule la fraude fiscale "grave" tombera sous le coup de l'obligation de déclaration et que le décret à venir permettra *in fine* de prévenir les risques de détournement de la lutte contre le blanchiment au profit de la lutte contre la fraude fiscale. Ce risque n'a en effet rien de théorique puisqu'à défaut d'y être contraint<sup>20</sup>, TRACFIN a la faculté de transmettre à l'administration fiscale les informations recueillies sur des faits susceptibles de relever de la fraude fiscale. En cas de soupçon de blanchiment du produit de cette infraction, le Ministre du Budget transmet à son tour les informations

au Procureur de la République sur avis conforme de la commission des infractions fiscales<sup>21</sup>.

Enfin, l'ordonnance modifie le mécanisme d'opposition et d'autorisation des opérations par TRACFIN. Les professionnels doivent ainsi surseoir à l'exécution de toute opération qu'ils soupçonnent d'être liée au blanchiment de capitaux jusqu'à ce qu'ils aient procédé à la déclaration et obtenu l'autorisation de TRACFIN d'effectuer l'opération<sup>22</sup>. Une absence d'opposition dans un délai d'un jour ouvrable à compter de la réception de la déclaration par TRACFIN vaut autorisation.

Le déclarant se voit alors conférer une immunité pénale<sup>23</sup>, civile et professionnelle, sous réserve évidemment que la déclaration ait été effectuée de bonne foi<sup>24</sup>.

## 2. La consécration du principe de proportionnalité des obligations de vigilance aux risques

Dans la continuité des principes ébauchés dès 2006 par la précédente réglementation, l'ordonnance consacre "l'approche risque" selon laquelle les obligations de vigilance peuvent être modulées à la baisse ou à la hausse en fonction du risque de blanchiment que présente le client, le produit ou la nature de la relation d'affaires.

Ainsi, l'obligation de vigilance "standard" consiste en premier lieu en une obligation pour le professionnel d'identification de ses clients et, le cas échéant, du "*bénéficiaire effectif*" de la relation d'affaires<sup>25</sup>.

Ce dernier est dorénavant défini comme la "*personne physique qui contrôle, directement ou indirectement, le client*" ou la personne "*pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée*"<sup>26</sup>. A défaut d'identification, le professionnel n'est pas autorisé à entrer en relation d'affaires ou doit y mettre fin.

En second lieu, le professionnel doit exercer sur la relation d'affaires, dans les conditions fixées par un décret à venir, "*une vigilance constante*" et pratiquer "*un examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée*" qu'il a de son client. Il doit ainsi déterminer l'objet et la nature de la relation d'affaires

<sup>19</sup> Art. L. 561-15-II du CMF.

<sup>20</sup> TRACFIN n'a l'obligation de transmettre les faits susceptibles de relever de l'infraction de fraude fiscale au Procureur de la République que lorsque ses investigations mettent également en évidence des faits susceptibles de relever du blanchiment du produit d'une autre infraction punie d'un an d'emprisonnement ou du financement du terrorisme. Dans cette hypothèse, l'avis de la commission des infractions fiscales n'a pas à être sollicité.

<sup>21</sup> Art. L. 561-29-II du CMF.

<sup>22</sup> Art. L. 561-16 et L. 561-25 du CMF.

<sup>23</sup> L'immunité pénale porte sur les infractions de violation du secret professionnel, dénonciation calomnieuse, blanchiment, trafic de stupéfiants, recel, financement du terrorisme et le délit douanier de blanchiment.

<sup>24</sup> Art. L. 561-22 du CMF.

<sup>25</sup> Art. L. 561-5-I du CMF.

<sup>26</sup> Art. L. 561-2 du CMF.



et en assurer un suivi régulier, tout en conservant les informations qu'il aura recueillies pendant cinq ans afin d'en assurer la traçabilité. A nouveau, à défaut de pouvoir obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires, le professionnel ne peut exécuter aucune opération ou doit y mettre un terme.

L'ordonnance prévoit ensuite que l'obligation de vigilance est allégée, voire supprimée, lorsque les risques de blanchiment sont faibles ou nuls, selon des critères qui seront définis par décret en Conseil d'Etat<sup>27</sup>. A titre d'exemple, le professionnel n'est pas soumis aux obligations de vigilance décrites ci-dessus lorsque son client est un organisme financier<sup>28</sup> établi ou ayant son siège en France, dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou dans un pays tiers imposant des obligations équivalentes de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme<sup>29</sup>, pour autant bien entendu que le professionnel ne relève pas d'indices de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.

A l'inverse, l'obligation de vigilance est renforcée lorsque les risques de blanchiment sont considérés comme élevés - par exemple, lorsque le client ou son représentant légal n'est pas physiquement présent aux fins de l'identification, lorsqu'il s'agit d'une "personne politiquement exposée"<sup>30</sup> ou lorsque le produit ou l'opération favorise l'anonymat de celle-ci<sup>31</sup>. Un décret en Conseil d'Etat précisera là encore les mesures de vigilance complémentaires qui devront être mises en œuvre dans cette hypothèse.

En dehors de ces situations précises qui seront définies par décret, les professionnels pourront établir leur propre politique de gestion des risques et, à ce titre, ajuster l'intensité de leur vigilance en fonction des risques propres à chaque client ou produit, sous le contrôle des autorités de contrôle ou de supervision.



Si le respect des obligations issues de l'ordonnance du 30 janvier 2009 va certainement être générateur de coûts importants - en raison notamment de l'augmentation

<sup>27</sup> Art. L. 561-9-I et II du CMF.

<sup>28</sup> Visé aux 1° à 6° de l'article L. 561-2 du CMF.

<sup>29</sup> La liste de ces pays sera arrêtée par le ministre chargé de l'économie.

<sup>30</sup> Une personne politiquement exposée est celle "résidant dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou un pays tiers et qui est exposée à des risques particuliers en raison des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives qu'elle exerce ou a exercées pour le compte d'un autre Etat ou de celles qu'exercent ou ont exercées des membres directs de sa famille ou des personnes connues pour lui être étroitement associées". Les catégories de personnes répondant à cette définition seront précisées par décret.

<sup>31</sup> Art. L. 561-10 du CMF.

prévisible du nombre de déclarations de soupçon et de la mise en place par les professionnels de systèmes d'évaluation et de gestion des risques ainsi que de procédures de formation et d'information régulières de leur personnel<sup>32</sup> - celles-ci n'en demeurent pas moins indispensables afin de lutter contre le blanchiment de capitaux.

L'efficacité du nouveau dispositif ne pourra toutefois être véritablement appréciée que dans plusieurs mois, lorsque les différents décrets d'application de l'ordonnance auront été adoptés et que les professionnels, ainsi que TRACFIN, auront été en mesure d'en effectuer un premier bilan.

Gilles Duquet et Aurore Tagliana

### *Quelques décisions intéressantes...*

- Dans le cadre d'un litige opposant ArcelorMittal France et deux de ses filiales à un opérateur électrique européen, concernant l'application d'un contrat complexe relatif à la fourniture d'électricité, **Bruno Quentin** a obtenu, par jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 23 juin 2009, la condamnation de cet opérateur électrique à indemniser le préjudice subi par les filiales d'ArcelorMittal pour un montant d'environ dix millions d'euros.
- Par un arrêt en date du 18 juin 2009, la Cour d'appel de Paris a confirmé un jugement rendu le 22 octobre 2007 par lequel le Tribunal de commerce de Paris avait débouté la société Ukli 2 France de ses demandes à l'encontre de la société de droit allemand Eurohypo AG, dans le cadre du remboursement anticipé d'un important contrat de prêt immobilier. **Bruno Quentin** a défendu la société Eurohypo AG, tant en première instance qu'en appel.
- Le 26 mars 2009, **Michel Pitron** et **Nikita Sichov** ont obtenu du juge des référés monégasque le sursis à exécution d'une ordonnance sur requête autorisant le déplacement d'œuvres d'art de grande valeur, saisies au domicile du client.

### *Conférences, Colloques, Informations...*

- **Aurélien Chardeau** est intervenu le jeudi 4 juin 2009 sur le thème de l'abus de biens sociaux dans le cadre du module de Droit pénal des affaires à l'ESSEC en qualité de chargé d'enseignement.

<sup>32</sup> Art. L.561-32 et L. 561-33 du CMF.

Si vous souhaitez recevoir cette newsletter par e-mail ou nous indiquer un changement d'adresse, merci de contacter Dorra Gharbi ([gharbi@gide.com](mailto:gharbi@gide.com) - Tél. 01 40 75 37 63 - Fax 01 40 75 69 23).

**Vous pouvez également consulter cette Lettre, ainsi que nos autres lettres d'information, sur notre site Internet [www.gide.com](http://www.gide.com), rubrique Actualités/Publications.**

La Lettre d'information du Département Contentieux Pénal et Commercial (la "Lettre d'Information") est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. La Lettre d'Information est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la Lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations.

Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication ([privacy@gide.com](mailto:privacy@gide.com)).

## **Gide Loyrette Nouel**

Association d'avocats à responsabilité  
professionnelle individuelle

26, cours Albert 1<sup>er</sup>

75008 Paris - France

Tél. +33 (0)1 40 75 60 00

Fax +33 (0)1 43 59 37 79

[www.gide.com](http://www.gide.com)



**Gide Loyrette Nouel**

## **Associés**

**Bâtonnier Jean-Marie Burguburu**  
[burguburu@gide.com](mailto:burguburu@gide.com)

**Gilles Duquet**  
[duquet@gide.com](mailto:duquet@gide.com)

**Michel Pitron**  
[pitron@gide.com](mailto:pitron@gide.com)

**Didier Laigo**  
[laigo@gide.com](mailto:laigo@gide.com)

**Aurélien Boulanger**  
[boulanger@gide.com](mailto:boulanger@gide.com)

**Bruno Quentin**  
[quentin@gide.com](mailto:quentin@gide.com)