

Jurisprudence commentée

AML : LE CONTRÔLE DE L'OBLIGATION DE VIGILANCE

CHARLINE JANS

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

JEAN-PIERRE BUYLE

AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

The Dutch Court of Appeal has ruled in favour of online bank Bunq: the bank can use artificial intelligence to detect potential cases of money laundering. The online bank intended to use artificial intelligence to screen customers more quickly, while the Dutch central bank demanded that it use other methods. In particular, the Court found that the Dutch central bank had not sufficiently proved that the way in which Bunq screened its customers breached anti-money laundering laws. With this ruling, the Dutch central bank has suffered a remarkable defeat and will probably have to reconsider the way it defines its anti-money laundering policy in practice.

BUNQ BV C/ De Nederlandsche Bank (DNB) – échec du régulateur face à la banque en ligne

“Een belangrijk verwijt dat [de toezichthouder] [de aan de AML-wet onderworpen bank] maakt is dat [de bank] haar methode om particuliere klanten te screenen op de antiwitwasregels, tekortschiet. Als een particulier zich als nieuwe klant meldt, kent [de bank] die klant een standaard gebruikersprofiel toe. [De bank] gaat ervan uit dat het overgrote deel van de klanten zich volgens dat gebruikersprofiel gedraagt. Dat gebruikersprofiel is tot stand gekomen aan de hand van geautomatiseerde data-analyse en hun exploitatie door kunstmatige intelligentie. Dit profiel zou een laag risico op witwassen hebben. In dit profiel is bijvoorbeeld het bedrag dat op de rekening mag staan en het aantal maandelijks betalingen begrensd. [De toezichthouder] vindt dat [de kredietinstelling] met deze methode onvoldoende specifieke informatie over de nieuwe klant inwint om de risico's goed te kunnen inschatten.

Het [College] oordeelt dat [de toezichthouder] niet heeft bewezen dat deze manier van screenen in strijd is met de wet. De wet kent open normen en schrijft niet exact voor op welke wijze banken hun klanten moeten screenen. [De bank] heeft in de procedure uitvoerig uiteengezet dat en hoe haar methode, gebaseerd op kunstmatige intelligentie, werkt en waarom die het risico's op witwassen klein maakt. [De toezichthouder] heeft daar onvoldoende tegenover gesteld.

Dit heeft tot gevolg dat [de toezichthouder] ook niet heeft bewezen dat [de bank] te kort schiet bij het monitoren van particuliere klanten aan de hand van het standaard gebruikersprofiel.

Volgens het [College] heeft [de toezichthouder] ook niet bewezen dat [de bank] bij zakelijke klanten die al een rekening hadden lopen, onvoldoende informatie heeft ingewon-

nen bij de opening van de rekening. [De toezichthouder] heeft niet duidelijk gemaakt waarom [de bank] aan die klanten extra vragen moet stellen over het doel en het gebruik van hun rekening. Dit betekent dat [de toezichthouder] ook de overtreding wat betreft de transactiemonitoring bij deze klanten niet heeft bewezen.”

« L'un des principaux griefs formulés par [l'autorité de contrôle] à l'égard de [la banque assujettie à la loi AML] est que la méthode utilisée pour screener les clients particuliers au regard des règles de lutte contre le blanchiment d'argent est défailante. Lorsqu'une personne s'inscrit comme nouveau client, [la banque] lui attribue un profil d'utilisateur standard. Elle part du principe que la grande majorité de ses clients se comportent conformément à ce profil d'utilisateur. Ce profil d'utilisateur a été créé à l'aide d'une analyse de données automatisée et de leur exploitation par l'intelligence artificielle. Ce profil est réputé présenter un faible risque de blanchiment d'argent. Ce profil limite, par exemple, la somme d'argent qui peut se trouver sur le compte et le nombre de paiements mensuels. [L'autorité de contrôle] estime que [l'établissement de crédit] ne recueille pas suffisamment d'informations spécifiques sur le nouveau client avec cette méthode pour évaluer correctement les risques.

La [Cour] a estimé que [l'autorité de contrôle] n'avait pas prouvé que cette méthode de screening était contraire à la loi. La loi connaît des normes ouvertes et ne prescrit pas précisément comment les banques doivent screener leurs clients. [La banque assujettie] a expliqué au courant de la procédure comment sa méthode, basée sur l'intelligence artificielle, fonctionnait, que cette dernière fonctionnait, et pourquoi elle minimisait le risque de blanchiment d'argent. [L'autorité de contrôle] ne l'a pas suffisamment contredite et n'a pas réussi à prouver les lacunes de [la banque] dans

le monitoring des clients de détail utilisant le profil d'utilisateur standard.

Selon la [Cour], [l'autorité de contrôle] n'a pas non plus prouvé que [la banque] n'avait pas recueilli suffisamment d'informations auprès des clients professionnels qui étaient déjà titulaires d'un compte lors de l'ouverture de celui-ci. [l'autorité de contrôle] n'a pas expliqué pourquoi [la banque] devait poser à ces clients des questions supplémentaires sur l'objet et l'utilisation de leur compte. Cela signifie que [l'autorité de contrôle] n'a pas non plus réussi à prouver le manquement relatif au monitoring de transactions de ces clients. »

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers : 21/323 en 21/1108

Uitspraak van de meervoudige kamer van 18 oktober 2022 op de hoger beroepen van:

bunq B.V., te Amsterdam, (bunq)

(gemachtigden : mr. G.P. Roth en mr. L.B.G. Hillen),

en

De Nederlandsche Bank (DNB)

(gemachtigden: mr. C. de Rond en mr. A.J. Boorsma),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 5 februari 2021, kenmerk ROT 20/1512, in het geding tussen

**bunq
en
DNB.**

Procesverloop in hoger beroep

Bunq en DNB hebben hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 5 februari 2021, kenmerk ROT 20/1512, niet gepubliceerd, ook wel: uitspraak van de rechtbank.

(...)

Grondslag van het geschil

1.1

Bunq is een online bank en beschikt sinds 17 september 2014 over een vergunning van

DNB als bedoeld in artikel 2:11, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft). DNB heeft onderzoek gedaan naar de kwaliteit van de SIRA (systematische integriteitsrisico analyse) van financiële instellingen. Als onderdeel daarvan heeft DNB in november 2018 een onderzoek verricht bij bunq. Hiervan zijn de bevindingen neergelegd in de rapportage van 6 februari 2019 (rapportage). DNB heeft vastgesteld dat bunq regels van het Besluit prudentiële

regels Wft (Bpr) en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) op essentiële punten overtreedt. DNB heeft daarom bij besluit van 18 juli 2019 (het primaire besluit) aan bunq een aanwijzing gegeven tot het volgen van een gedragslijn, die strekt tot beëindiging van deze overtredingen. Het gaat om overtredingen van artikel 10, tweede lid, van het Bpr, artikel 3, tweede lid, aanhef en onder b, c en d, van de Wwft en artikel 8, vijfde lid, van de Wwft. Deze aanwijzing is gebaseerd op artikel 1:75, eerste lid, van de Wft en artikel 28 van de Wwft.

1.2

In het primaire besluit heeft DNB de volgende overtredingen vastgesteld.

"- Artikel 10, tweede lid, van het Bpr

Het beleid vindt op onderdelen niet op correcte en adequate wijze haar neerslag in relevante procedures en maatregelen. Zo is de standaardprocedure waarbij een standaard doel en standaard beoogde aard van de zakelijke relatie alsook een standaard transactieprofiel worden toegekend in strijd met de wettelijke vereisten die gelden voor het door bunq te verrichten cliëntenonderzoek. Hierom is bunq in overtreding van artikel 10, tweede lid, van het Bpr.

- Artikel 3, tweede lid, aanhef en onder b, c, en d, van de Wwft

bunq is wettelijk verplicht om cliëntenonderzoek te doen en dit op een risico gebaseerde wijze vorm te geven. Gebleken is dat bunq hierin tekortschiet. Zo wordt niet in alle gevallen de uiteindelijk belanghebbende van een cliënt niet of onvoldoende geïdentificeerd en/of geverifieerd. Ook stelt bunq niet of onvoldoende het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie vast. Daarbovenop is gebleken dat bunq geen adequate voortdurende controle op haar zakelijke relatie met haar cliënten uitoefent. Samenvattend heeft bunq in alle beoordeelde cliëntendossiers op het moment van het aangaan van de relatie onvoldoende informatie verzameld om de cliënt op juiste gronden te kunnen accepteren. Hiermee stelt DNB vast dat bunq in overtreding is van artikel 3, tweede lid, aanhef en onder b, c, en d, van de Wwft.

- Artikel 8, vijfde lid van de Wwft

Gebleken is dat bunq in de beoordeelde cliëntendossiers van PEP's geen aanvullende beheersmaatregelen uitvoert. Hierom voldoet bunq niet aan de op haar rustende wettelijke verplichting als bedoeld in artikel 8, vijfde lid, van de Wwft."

1.3

De door DNB voorgeschreven gedragslijn luidt als volgt:

(...)

Transactiemonitoringssysteem

2. bunq dient uiterlijk 1 maart 2020 te beschikken over een adequaat transactiemonitoringssysteem en -proces, waarmee effectief ongebruikelijke transacties worden gedetecteerd, onderzocht en afgehandeld, zodat bunq voldoet aan de eis van voortdurende controle als bedoeld in artikel 3, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wwft en onverwijld ongebruikelijke transacties meldt zoals bedoeld in artikel 16, eerste lid, van de Wwft.

3. bunq dient uiterlijk 1 mei 2020 aan DNB een door een onafhankelijke en deskundige partij opgesteld rapport van een (model)validatie, inclusief een overzicht van openstaande bevindingen uit de validatie met concrete herstelacties en tijdslijnen voor realisatie van deze herstelacties, van het in onderdeel 2 bedoelde transactiemonitoringssysteem toe te zenden.

Cliëntenonderzoek

4. bunq dient uiterlijk 1 maart 2020 te bewerkstelligen dat – ten aanzien van alle cliënten waarmee bunq de relatie aangaat of continueert – de cliëntendossiers aantoonbaar voldoen aan alle eisen die artikel 3, tweede lid, van de Wwft en 8, vijfde lid, van de Wwft aan het cliëntenonderzoek stelt. Het voorgaande brengt met zich mee dat die cliëntendossiers waar nodig zijn gecompleteerd en adequaat is vastgelegd welke afweging is gemaakt om een cliënt te accepteren of te behouden dan wel om de cliëntrelatie te beëindigen. Zo nodig dient bunq ook haar beleid, procedures en maatregelen in dit verband te herzien teneinde de vereisten uit de Wwft met betrekking tot het uitvoeren van (verscherpt) cliëntenonderzoek en transactiemonitoring op de juiste wijze te kunnen naleven (zie ook onderdeel 1).

5. bunq laat de resultaten en kwaliteit van haar werkzaamheden ter uitvoering van de onderdelen 1 (beleid, procedures, en maatregelen) en 4 (cliëntenonderzoek) van deze gedragslijn, beoordelen door haar interne audit, of een onafhankelijke, externe en deskundige partij. DNB ontvangt uiterlijk 1 mei 2020 het voornoemde validatierapport, tezamen met een schriftelijke verklaring waarin het bestuur van bunq aan DNB bevestigt dat voldaan is aan alle onderdelen van de onderhavige gedragslijn.

(...)

Beoordeling van de geschillen in hoger beroep

(...)

4. Samengevat luidt het oordeel van het College dat het hoger beroep van bunq slaagt, dat van DNB niet en dat de aanwijzing gedeeltelijk in stand blijft.

Naar het oordeel van het College is niet komen vast te staan dat bunq alle overtredingen waarop de aanwijzing is gebaseerd, heeft begaan.

Het College acht wel bewezen dat bunq artikel 3, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wwft over het onderzoek naar de bron van de middelen, en artikel 8, vijfde lid, van de Wwft wat betreft de politiek prominente personen heeft overtreden. Bunq heeft de overtreding van artikel 3, tweede lid, aanhef en onder b, van de Wwft over de identificatie/verificatie van de uiteindelijk belanghebbende van een cliënt niet betwist, zodat het College ervan uitgaat dat de vaststelling van deze overtreding door DNB ook juist is.

Niet bewezen zijn de overtredingen van artikel 3, tweede lid, aanhef en onder c en d, van de Wwft wat betreft de vaststelling van het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie en de transactiemonitoring, en artikel 10, tweede lid, van het Bpr (dat betrekking heeft op beleid, procedures en maatregelen in verband met een integrale bedrijfsvoering).

Wat betreft de zakelijke klanten heeft DNB niet het bewijs geleverd dat bunq in de al bestaande cliëntendossiers het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie niet heeft vastgesteld. Hoewel die vaststelling vóór het aangaan van de relatie moet plaatsvinden, onderkent DNB in het besluit op bezwaar van 11 februari 2020 dat bijstelling daarvan kan plaatsvinden ná het aangaan van de relatie, bijvoorbeeld aan de hand van informatie over de door de klant afgenomen diensten en producten. DNB heeft niet duidelijk gemaakt waarom die informatie alleen kan worden verkregen door de zakelijke klant daarover specifiek te bevragen en dat, omdat bunq dat niet heeft gedaan, de informatie die zij door middel van haar onderzoek heeft verkregen tekort schiet.

DNB heeft ook niet het bewijs geleverd dat bunq ten aanzien van particuliere klanten op het moment van het aangaan van de relatie het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie niet heeft vastgesteld. DNB heeft niet duidelijk gemaakt waarom de door bunq via data-analyse en statistisch onderzoek verkregen informatie ontoereikend is om voor particuliere klanten die een betaalrekening willen openen en die vallen binnen het 'regular user profile' het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie vast te stellen.

DNB heeft de overtredingen ten aanzien van de voortdurende controle op de zakelijke relatie en de transactiemonitoring niet bewezen, omdat die zijn terug te voeren op de hierboven genoemde niet bewezen geachte overtredingen.

Hieruit volgt dat DNB niet bevoegd was om bunq een aanwijzing te geven voor de niet bewezen overtredingen, maar wel voor de resterende bewezen overtredingen.

(...)

NOTE

I. LITIGES ET FAITS

La transposition des directives européennes AML aux Pays-Bas est insérée dans la *Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme*, soit la loi néerlandaise sur la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (ci-après « Wwft »)¹. En vertu de ces règles, les banques sont notamment tenues d'identifier et de surveiller leurs clients afin de pouvoir détecter les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. C'est De Nederlandsche Bank, soit la banque centrale néerlandaise, qui en assure la supervision.

Dans ce litige opposant la banque en ligne Bunq à la banque centrale néerlandaise, la cour d'appel d'Amsterdam² a été amenée à interpréter certaines dispositions de la Wwft relatives aux obligations de vigilance à l'égard des clients et des opérations, que nous analyserons également sous l'angle du droit belge et, en particulier, de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces (ci-après « Loi BC/FT »).

Dans le cadre de ses compétences de contrôle, la banque centrale néerlandaise a mené une enquête au sein de Bunq au mois de novembre 2018. L'enquête de la banque cen-

trale néerlandaise révèle que Bunq aurait violé la Wwft sur des points essentiels, à savoir notamment : (i) l'obligation d'identification et de vérification des clients³ ; (ii) l'obligation d'évaluer l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires⁴ ; et (iii) l'obligation d'exercer une vigilance continue à l'égard des opérations effectuées pendant la durée de la relation d'affaires^{5,6}.

Par une décision du 18 juillet 2019⁷, la banque centrale néerlandaise a enjoint Bunq à suivre une ligne de conduite visant à mettre fin aux violations reprochées en lui ordonnant notamment d'adapter sa politique interne, son système de *monitoring* des opérations, ainsi que sa méthode de *screening* des clients particuliers et professionnels⁸.

Cette décision fut néanmoins contestée par Bunq, cette dernière ayant porté l'affaire devant le *Rechtbank van Rotterdam*, le Tribunal de Rotterdam. Par un jugement du 5 février 2021⁹, le premier juge a validé la ligne de conduite de la banque centrale néerlandaise. Le jugement a ensuite été attaqué par Bunq en degré d'appel devant le *College van beroep voor het bedrijfsleven*, la cour d'appel d'Amsterdam.

1. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} août 2008. En 2020, la Wwft a été modifiée pour transposer les obligations découlant de la 5^e directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE de la Commission (en abrégé « la 5^e directive LBC/FT »). La Wwft peut être consultée sur le portail du gouvernement néerlandais sur internet « *Overheid.nl* » : <https://wetten.overheid.nl/BWBR0024282/2022-11-01>.
2. *College van Beroep voor het bedrijfsleven*, 18 octobre 2022, 21/323 et 21/1108, ECLI:NL:CBB:2022:707.
3. Art. 3, al. 2, b), Wwft.
4. Art. 3, al. 2, c), Wwft.
5. Art. 3, al. 2, d), Wwft.
6. L'enquête révèle également que Bunq aurait manqué aux obligations en matière d'examen de l'origine des fonds et de vigilance accrue à l'égard de

personnes politiquement exposées. Ces manquements ont été reconnus par la cour, mais leur analyse ne feront pas l'objet de la présente contribution.

7. Référéncé dans l'arrêt comme « *Besluit van 18 juli 2019 (het primaire besluit)* », non publié.
8. De manière similaire, les dispositions qui régissent la compétence de la Banque nationale de Belgique (« BNB ») en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme sont contenues aux articles 85 à 98/1 de la loi anti-blanchiment (loi BC/FT). En application de cette loi, la BNB est notamment chargée de contrôler le respect par les institutions financières de leurs obligations, relatives à la lutte contre le BC/FT. Lorsque les contrôles qu'elle effectue la conduisent à constater des manquements dans le chef d'une institution financière, la BNB peut lui enjoindre de se conformer à des obligations déterminées de la loi BC/FT qui s'imposent à elle (art. 93, § 1^{er}, 1^o de la loi BC/FT).
9. *Rb. Rotterdam*, 5 février 2021, nr. ROT/1512, ECLI:NL:RBROT:2021:13638, non publié.

II. À PROPOS DES OBLIGATIONS DE VIGILANCE À L'ÉGARD DE LA CLIENTÈLE ET DES OPÉRATIONS EFFECTUÉES PAR LES CLIENTS

A. L'obligation d'évaluation (i) des caractéristiques du client (ii) de l'objet et de la nature de la relation d'affaires et (iii) de l'opération occasionnelle

De manière similaire, la Wwft ainsi que la Loi BC/FT prévoient que les entités assujetties doivent non seulement vérifier l'identité de leurs clients, mais qu'elles doivent également prendre les mesures adéquates pour pouvoir évaluer (i) les caractéristiques du client et (ii) l'objet et de la nature de la relation d'affaires ou (iii) de l'opération occasionnelle. Les mesures adéquates qui doivent ainsi être prises permettent aux entités de pouvoir mettre en œuvre :

- leur politique d'acceptation des clients,
- les obligations de vigilance à l'égard des relations d'affaires et des opérations occasionnelles,
- les obligations particulières de vigilance accrue¹⁰.

Ces informations doivent être obtenues au plus tard au moment où la relation d'affaires est nouée ou l'opération occasionnelle réalisée¹¹, en l'occurrence avant l'ouverture du compte bancaire.

En l'espèce, la banque centrale néerlandaise estimait que Bunq devait *explicitement* interroger chaque nouveau client sur l'objet et la nature du compte bancaire, alors que Bunq défendait que ces informations pouvaient également être récoltées autrement, par exemple en analysant les données transmises lors de l'utilisation d'une application informatique¹².

a) Les clients professionnels

Lors de l'ouverture d'un compte bancaire par un *nouveau* client professionnel, des questions quant à l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires sont directement posées à ce dernier. Il s'agit de questions telles que : « *What does your business do? What's your expected monthly transaction volume? How do you plan to use your account?* » Chaque question est accompagnée de plusieurs possibilités de réponses.

Cette méthode n'était pas contestée par la banque centrale néerlandaise. Elle répondait ainsi à l'obligation de déterminer l'objet et de la nature de la relation d'affaires.

La banque centrale néerlandaise contestait par contre la méthode par laquelle Bunq procédait à de la *data-analyse* (analyse de données et d'informations récoltées) dans les fichiers clients *existants*. Ce faisant, Bunq déterminait elle-même l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires sur la base de ces données disponibles, telles que « *user ID* », « *expected monthly transaction volume* », « *Chamber of Commerce activity description* » et « *Company activities* ».

Selon la banque centrale néerlandaise, il manquait des informations plus *spécifiques* au client telles que le chiffre d'affaires attendu, le flux attendu et la raison pour laquelle le client décidait d'ouvrir un compte bancaire chez Bunq, afin de satisfaire à l'obligation d'évaluation de l'objet et de la nature de la relation d'affaires. En première instance, le premier juge a suivi le raisonnement de la banque centrale néerlandaise. Il a estimé que cette méthode de *screening* ne permettait pas d'évaluer l'objet et la nature de la relation d'affaires¹³.

b) Les clients particuliers

Étape 1 – Lorsqu'un particulier s'inscrit en ligne comme nouveau client, Bunq lui attribue automatiquement un profil d'utilisateur *standard* conçu à partir du résultat de *data-analyse* (analyse de données) à propos de l'utilisation faite du compte bancaire par les particuliers. Ce profil d'utilisateur *standard* présente les caractéristiques suivantes : (i) les particuliers sont âgés de 18 à 60 ans ; (ii) leurs pays de résidence sont les Pays-Bas, la Belgique, l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne ou la France ; (iii) ces derniers utilisent leur compte comme « *standard payment account* » ; (iv) avec un volume mensuel d'opérations allant jusqu'à 10.000,00 euros ; (v) un solde *maximum* de 10.000,00 euros ; (vi) un nombre mensuel d'opérations pouvant atteindre 150 ; et enfin (vii) pas de possibilité d'effectuer des transactions en dehors de l'Union européenne.

Étape 2 – Le résultat de recherches statistiques démontrerait que la majorité des clients de Bunq correspondaient à ce profil et utilisaient le compte de paiement de manière similaire. Ces derniers seraient moins susceptibles de commettre une fraude que les clients ne correspondant pas à ce profil et auxquels Bunq attribuait par conséquent un risque plus élevé, raison pour laquelle les nouveaux clients particuliers se voient automatiquement attribuer ce profil d'utilisateur *standard*.

10. Art. 3, al. 2, a), c) et d), Wwft; art. 19, § 1^{er}, 2^o; art. 34, § 1^{er}, al. 2, loi BC/FT.

11. Art. 3, al. 5, a), Wwft; art. 34, § 1^{er}, al. 3, loi BC/FT; S. SCARNÀ, « La prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », in V. DE FRANCOUEN et M. GRÉGOIRE (dir.), *Droit bancaire et financier*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1125.

12. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 18 octobre 2022, 21/323 et 21/1108, ECLI:NL:CBB:2022:707, pt. 8.4.

13. Rb. Rotterdam, 5 février 2021, nr. ROT/1512, pt. 4.4.

Étape 3 – Sur la base des informations recueillies par Bunq lors du processus d'inscription ainsi qu'après le « *sign-up* » ou ouverture du compte bancaire, telles que le comportement du client en matière de transactions, Bunq établit si les clients particuliers relèvent toujours du profil d'utilisateur *standard*. Dès que ce n'est pas (ou plus) le cas, des questions sont *automatiquement* posées au client en fonction des écarts constatés par rapport au profil d'utilisateur *standard*.

Étape 4 – Dans l'hypothèse où le questionnement décrit ci-dessus est déclenché, le profil du client est mis à jour et n'est plus *standard*. Le profil de risque est ajusté à la hausse étant donné que statistiquement les utilisateurs *non standards* présenteraient un risque plus élevé. Ainsi, un profil de risque plus élevé entraîne une surveillance plus intensive des opérations de paiement.

En utilisant cette méthode de *screening* par laquelle un profil d'utilisateur *standard* préétabli est automatiquement attribué à chaque nouveau client particulier, Bunq ne recueillerait selon la banque centrale néerlandaise pas ou pas suffisamment d'informations *spécifiques* sur le client permettant de déterminer l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires au moment où elle est nouée. Cette méthode permettrait seulement à Bunq d'émettre une *hypothèse* à ce sujet.

Selon la banque centrale néerlandaise, il serait important d'établir au niveau *individuel*, et *avant* de nouer la relation avec le client, l'objet et la nature de la relation d'affaires, afin que Bunq puisse être en mesure, par exemple, de reconnaître des opérations inhabituelles *pendant* la relation d'affaires.

Le premier juge a validé le raisonnement de la banque centrale néerlandaise selon lequel il convenait d'évaluer l'objet et la nature de la relation d'affaires avant de nouer la relation. Il a précisé que les étapes 1 et 2 décrites ci-dessus répondraient à cette obligation, mais pas les 3 et 4 étant donné que ces dernières n'interviennent qu'au moment où la relation d'affaires est déjà établie. Dès lors, la méthode de *screening* développée par Bunq ne conduirait qu'à *supposer* quels sont l'objet et la nature de la relation d'affaires, alors qu'il faudrait *déterminer* un point de référence individualisé pour chaque relation d'affaires¹⁴.

c) Décision de la cour d'appel d'Amsterdam

La cour d'appel d'Amsterdam a néanmoins estimé que la banque centrale néerlandaise ne prouvait pas que la méthode de *screening* était contraire à la loi. La cour rappelle à cet égard l'esprit de la loi qui est une *norme ouverte* : la loi ne prévoit pas la *manière* avec laquelle la vigilance à l'égard de la clientèle doit être exercée, mais uniquement le *résultat* auquel cette vigilance doit aboutir, notamment l'évaluation de l'objet et de la nature de la relation d'affaires¹⁵.

La cour a ainsi jugé que la banque centrale néerlandaise ne justifiait pas :

- *d'une part*, s'agissant des clients professionnels, pourquoi Bunq devait spécifiquement interroger ses clients à propos de l'objet et de la nature de la relation et qu'en ne le faisant pas, l'information obtenue au départ des fichiers clients préexistants sur base de *data-analyse* (analyse de données) et de recherches statistiques était *de facto* défailante¹⁶ ;
- *d'autre part*, s'agissant des clients particuliers, que Bunq était uniquement en mesure de déterminer l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires *après* le début de la relation par l'obtention d'informations sur le comportement transactionnel et que les informations obtenues au moyen de *data-analyse* (analyse de données) et de *recherches statistiques* étaient insuffisantes pour déterminer l'objet et la nature de la relation d'affaires avec ses clients qui relèvent du profil d'utilisateur *standard*¹⁷.

Sur la base de ce qui précède, la cour d'appel d'Amsterdam a estimé que la violation par Bunq de l'obligation d'évaluation de l'objet et de la nature de la relation d'affaires n'était pas établie.

B. L'obligation de vigilance à l'égard des relations d'affaires et des opérations occasionnelles

Les entités assujetties doivent également exercer à l'égard des opérations effectuées à titre occasionnel ou au cours d'une relation d'affaires une vigilance proportionnée au niveau de risque de blanchiment plus ou moins élevé identifié dans le cadre de leurs évaluations individuelles¹⁸.

Afin de respecter leur obligation de vigilance à l'égard des relations d'affaires et des opérations occasionnelles, la Wwft ainsi que la loi BC/FT prévoient de manière similaire

14. Rb. Rotterdam, 5 février 2021, nr. ROT/1512, pt. 4.5.

15. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 18 octobre 2022, 21/323 et 21/1108, ECLI:NL:CBB:2022:707, pt. 8.3; Tweede Kamer der Staten-Generaal, Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme; Memorie van Toelichting, Kamerstukken II, 2007/08, 31 238, nr. 3, blz. 6, 7 en 18.

16. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 18 octobre 2022, *op. cit.*, pt. 8.5.4 et 8.5.5.

17. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 18 octobre 2022, *op. cit.*, pt. 8.6.3.

18. S. SCARNA, « Chapitre 1 – La prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme », in V. DE FRANCOUEN et M. GRÉGOIRE (dir.), *Droit bancaire et financier*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1125.

que les entités sont notamment tenues de procéder à un examen attentif des opérations occasionnelles et à un examen continu des opérations effectuées au cours de la relation d'affaires, ainsi que, si nécessaire, de l'origine des fonds, afin de vérifier que ces opérations soient cohérentes par rapport aux caractéristiques du client, au niveau de risque qui lui est associé, et, le cas échéant, à l'objet et à la nature de la relation d'affaires, et de détecter les opérations atypiques devant être soumises à une analyse approfondie¹⁹.

Les entités assujetties qui ne pourraient satisfaire à leurs obligations de vigilance à l'égard des relations d'affaires et des opérations occasionnelles ne peuvent pas nouer de relation d'affaires ou effectuer l'opération pour le client²⁰.

À cet égard, la banque centrale néerlandaise estimait que Bunq n'avait pas procédé de manière adéquate à un examen continu des opérations effectuées au cours de la relation d'affaires avec ses clients, afin qu'elle puisse s'assurer qu'elles correspondent à la connaissance que l'entité assujettie avait du client et de son profil de risque.

La banque centrale néerlandaise faisait valoir que Bunq aurait dû mieux détecter des transactions inhabituelles si elle avait établi un profil de risque sur la base d'informations spécifiques à propos de ce client récoltées *au début* de la relation.

La procédure mise en place par Bunq consiste en effet à poser des questions *après* le début de la relation d'affaires avec le client, lorsque des écarts par rapport aux valeurs par défaut du profil d'utilisateur *standard* énoncées au point 2.1.2 étaient constatés. En attribuant à chaque client un profil d'utilisateur *standard* comprenant les valeurs par défaut sans vérifier au préalable si ces valeurs par défaut s'appliquaient effectivement au client, Bunq ne serait pas en mesure d'évaluer au cours de la relation d'affaires si des transactions effectuées par le client présentaient des caractéristiques inhabituelles susceptibles d'indiquer un blanchiment de capitaux.

Ce faisant, Bunq n'évaluerait pas de manière adéquate les caractéristiques de son client et ne procéderait pas correctement à l'évaluation des risques²¹.

Le premier juge a validé ce raisonnement de la banque centrale néerlandaise selon lequel Bunq, en attribuant le profil d'utilisateur *standard* précité sans vérifier si le profil de risque et de transactions attribué correspondait effectivement au client en question, Bunq n'émettrait que des

hypothèses et prendrait le risque de *supposer* dès le début de la relation d'affaires un profil de risques et de transactions incompatible avec le client. Ce n'est qu'en cas d'écart spécifique que Bunq vérifie *après* le début de la relation d'affaires si le client correspond au profil par défaut qui lui a été attribué. Ce faisant et en n'établissant pas de profil de risques et de transactions *individuel* au début de la relation d'affaires, Bunq ferait preuve d'un manque de vigilance à l'égard des clients, ce qui mènerait à un *monitoring* de transactions (soit un examen continu des opérations) défaillant²².

a) Décision de la cour d'appel d'Amsterdam

La cour rappelle que la Wwft n'indique nulle part qu'un profil de risque individuel doit être établi pour chaque client sur la base d'un questionnaire spécifique à chaque client. La cour poursuit en avançant qu'il convient de prendre en considération *l'ensemble* des procédures et des mesures ainsi que l'efficacité de la surveillance qui en résulte pour déterminer si Bunq avait satisfait à ses obligations en vertu de la Wwft²³.

Ainsi, la cour a estimé que (i) le processus de *monitoring* mis en place par Bunq était suffisamment sophistiqué et précis, et que (ii) la banque centrale néerlandaise ne rapportait pas la preuve de ce que Bunq n'exerçait pas un contrôle continu à l'égard de ses relations d'affaires avec ses clients et qu'elle aurait manqué à son obligation de vigilance à l'égard des relations d'affaires et des opérations.

III. OBSERVATIONS FINALES

Cet arrêt a le mérite de mettre en exergue le recours à l'« approche fondée sur les risques » (*risk based approach*) dans le cadre du respect des obligations de vigilance visant à prévenir et lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Cette approche résultant tant des Recommandations du GAFI que du cadre normatif européen, est considérée comme *la pierre angulaire* des mécanismes de prévention BC/FT mis en œuvre par les entités assujetties et les autorités compétentes²⁴.

Cette approche fondée sur les risques adoptée par la loi BC/FT doit permettre tant aux États qu'aux intermédiaires financiers et aux professions non financières d'affecter plus efficacement les ressources dédiées à la lutte contre le BC/FT et, de cette manière, promouvoir une efficacité aussi grande que possible de la prévention²⁵.

19. Art. 3, al. 2, d), Wwft; art. 35, § 1^{er}, 1^{er} loi BC/FT.

20. Art. 5, al. 1, a), Wwft; art. 35, § 2, loi BC/FT.

21. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 18 octobre 2022, *op. cit.*, pt. 9.4.

22. Rb. Rotterdam, 5 février 2021, n° ROT/1512, pt. 4.10-4.13; College van Beroep voor het bedrijfsleven, 18 octobre 2022, *op. cit.*, pt. 9.5.

23. College van Beroep voor het bedrijfsleven, 18 octobre 2022, *op. cit.*, pt. 9.1.

24. Doc., Ch., 2016-2017, n° 54-2566/001, p. 59 et s.

25. J.-P. COLLIN, E.-R. FRANCE, F. ROGGEN et J. SPREUTELS, « Section 8 – Le blanchiment », in *Droit pénal des affaires*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 840.

En ce qui concerne les entités assujetties, le législateur les autorise à *alléger* les mesures qu'elles adoptent à l'égard des situations dans lesquelles les risques sont *faibles*, pour pouvoir affecter les moyens ainsi libérés à l'application de mesures *renforcées* à l'égard des situations dans lesquelles les risques sont *plus élevés* et permettre d'atteindre, grâce à cette optimisation de l'allocation des ressources disponibles, un niveau rehaussé d'efficacité de la loi BC/FT²⁶.

Ainsi, les entités assujetties doivent effectuer une *évaluation des risques* à un double niveau :

- à un niveau *global*, tenant compte de la nature des activités qu'elles exercent, des caractéristiques de la clientèle à laquelle elles s'adressent, de celle des canaux par lesquels elles entrent en relation avec cette clientèle, etc. Cette évaluation doit leur permettre de définir, entre autres, des politiques et des modalités d'organisation ainsi que des procédures en matière de lutte contre le BC/FT qui soient proportionnées et différenciées en fonction des risques ;
- à un niveau *particulier, client par client*, en effectuant une évaluation des risques associés à chaque client, afin de déterminer le niveau d'intensité des mesures de vigilance à mettre en œuvre au cas par cas²⁷. À cet égard, la loi BC/FT impose, au titre d'obligation de vigilance, que les entités assujetties prennent à l'égard de leur clientèle des mesures de vigilance (telles qu'analysées ci-dessus) qui consistent à :
 - o identifier et vérifier l'identité du client, du bénéficiaire effectif ou du mandataire²⁸ ;
 - o évaluer les caractéristiques du client et l'objet et la nature envisagée de la relation d'affaires ou de l'opération occasionnelle²⁹ (voy. point 2.1)
 - o exercer une vigilance « continue » à l'égard des relations d'affaires, mais également à l'égard des opérations effectuées³⁰ (voy. point 2.2).

En précisant que la loi contient des *normes ouvertes* et qu'elle ne prévoit pas *comment* les entités assujetties doivent respecter les obligations de vigilance précitées en matière de prévention et de lutte contre le blanchiment de capitaux, la cour d'appel d'Amsterdam met en évidence que la loi laisse la place à la mise en œuvre de nouvelles méthodes, notamment basées sur l'intelligence artificielle, tant que ces dernières ont pour *résultat* de satisfaire à ces

obligations et qu'elles contribuent ainsi à l'application efficace de la loi.

Ce faisant, elle met également l'accent sur l'importance de définir des politiques, procédures et mesures internes claires permettant de démontrer à l'autorité de contrôle que l'organisation dont elle se dote est efficace au regard des finalités légales³¹.

Le raisonnement de la cour d'appel d'Amsterdam et sa référence aux *normes ouvertes* invitent les entités assujetties et l'autorité de contrôle à réfléchir en permanence quant aux méthodes les plus efficaces et efficientes à mettre en œuvre en vue de lutter contre le blanchiment de capitaux, ce qui implique nécessairement une réflexion approfondie sur l'utilisation de technologies innovantes.

Au regard de ces évolutions technologiques, la Banque nationale de Belgique a mené une étude en 2020³² mettant en évidence que les banques avaient de manière générale avancé dans leur transition numérique bien que cette dernière se déroule à des vitesses différenciées au sein du secteur. L'étude révèle qu'environ 35 % des banques belges auraient déjà pris des initiatives en matière de *regtech* dans le domaine du KYC/AML, et que 35 % envisageraient de développer de nouvelles initiatives dans les deux prochaines années.

L'utilisation de technologies innovantes dans le cadre de la lutte contre le blanchiment de capitaux serait ainsi compatible avec l'approche fondée sur les risques prônée par le législateur, tant que le *résultat* de l'utilisation de telles technologies est l'application effective de la loi BC/FT et le respect des obligations qui en découlent.

L'arrêt de la cour d'appel d'Amsterdam est par ailleurs une décision novatrice. Aucun des acteurs traditionnels néerlandais n'avait jamais pris l'initiative d'intenter une action en justice contre le régulateur. Le même constat peut être émis pour la Belgique. Cet arrêt de la cour d'appel d'Amsterdam est l'occasion de souligner que le dernier mot sur la mise en œuvre des dispositions en matière de prévention et de lutte contre le blanchiment de capitaux et de prévention contre BC/FT ne revient pas inévitablement au régulateur, mais bien au pouvoir judiciaire. ■

26. Doc., Ch., 2016-2017, n° 54-2566/001, p. 14 et s., p. 79-80.

27. Cette approche se distingue de celle de la loi du 11 janvier 1993, davantage fondée sur le respect de la règle (*rule based approach*). Certaines obligations de la nouvelle loi restent « *rule based approach* », comme celles de déclaration et de communication d'informations à la CTIF (Doc., Ch., 2016-2017, n° 54-2566/001, p. 60); art. 16 et 19 de la loi BC/FT.

28. Sections I et II du chapitre 1^{er} du titre 3 de la loi BC/FT; art. 19, § 1^{er}, de la loi BC/FT.

29. Section III du chapitre 1^{er} du titre 3 de la loi BC/FT.

30. Section IV du chapitre 1^{er} du titre 3 de la loi BC/FT.

31. Art. 8, § 1^{er}, 1^o, de la loi BC/FT. Cette obligation légale d'organisation adéquate couvre l'intégralité du processus de prévention du BC/FT, depuis l'identification, la connaissance et l'acceptation du client jusqu'à la déclaration des opérations suspectes à la CTIF.

32. Banque nationale de Belgique, *The impact of Fintech and digitization on the Belgian banking sector*, Fintech 2021, 22 décembre 2021, L'enquête peut être consultée sur le site de la Banque nationale de Belgique : https://www.nbb.be/doc/ts/publications/other/20211221_fintech.pdf ; P. BÉGASSE DE DHAEM, A. MENTION, F. ROMONT « *The impact of Fintech and digitisation on the Belgian banking sector* », *Belgian Financial Forum*, 2022, p. 1-15 : <https://www.financialforum.be/doc/doc/review/2022/bfw-digital-editie2-2022-03-artikel-begossedhaem-mention-romont.pdf>.