

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

La France s'est dotée d'une législation spécifique de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme (dite législation LAB/FT), issue de travaux internationaux menés au sein du Groupe d'action financière, le GAFI, et de l'Union européenne. Une ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 a transposé la directive européenne anti-blanchiment n° 2005/60/CE du 26 octobre 2005. Ce dispositif, constamment enrichi depuis, repose sur une série d'obligations à la charge de certaines personnes à même de détecter des mouvements d'argent pouvant constituer le blanchiment d'argent issu d'infractions ou pouvant servir au financement d'actions terroristes. Depuis 2009, l'article L. 561-2 du code monétaire et financier dresse la liste des personnes assujetties à ces obligations. Il s'agit des banques et de toutes les formes d'établissements de paiement et de crédit, ainsi que d'autres personnes exerçant des activités financières, mais aussi de certaines professions tels les avocats, les notaires, les huissiers, ou les experts-comptables, libéraux ou salariés. Cependant, les obligations ne sont pas les mêmes selon les professions. Ces obligations sont de diverses sortes : des obligations de vigilance ; des obligations de déclaration de soupçon ; le tout reposant sur l'obligation de mettre en place des procédures de contrôle interne adaptées à ces obligations et calibrées par rapport aux risques. Les obligations des experts-comptables sont substantiellement moins lourdes que celles d'organismes financiers.

Les lois n° 2013-100 du 28 janvier 2013 et n° 2013-672 du 26 juillet 2013 ont ensuite créé une nouvelle obligation, particulièrement lourde, de « communication systématique d'informations » à TRACFIN (dite obligation COSI) : lorsqu'une transmission de fonds à partir d'un versement en espèce ou en monnaie électronique atteint un certain montant, elle doit systématiquement être signalée au service TRACFIN. En 2015, 1 360 000 informations ont ainsi été transmises à TRACFIN.

En 2015 est intervenue la 4^e directive anti-blanchiment, la directive 2015/849/UE du 20 mai 2015. L'article 118 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi permettant de la transposer : c'est sur ce fondement qu'a été prise l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 attaquée aujourd'hui par l'ordre des experts-comptables.

Le III de l'article 4 de l'ordonnance modifie la rédaction de l'article L. 561-15-1 du code monétaire et financier qui détermine les personnes assujetties à l'obligation de communication systématique d'informations (COSI). Auparavant, l'article excluait les principales professions non financières, notamment les experts-comptables, de cette obligation, dont le détail était renvoyé à un décret en Conseil d'Etat. Le détail de l'obligation

continue à être renvoyé à un décret en Conseil d'Etat, d'ailleurs dans des conditions plus larges qu'auparavant puisque la seule exigence de la loi est que l'opération présente « *un risque élevé de blanchiment ou de financement du terroriste* » en raison de certains motifs précisés par l'article, alors que la version précédente de l'article était plus précise. Mais, surtout, l'ensemble des personnes qui sont dans le champ de la législation anti-blanchiment, c'est-à-dire l'ensemble des personnes énumérées à l'article L. 561-2, sont désormais soumises à cette obligation. En revanche, l'article prévoit que le décret devra déterminer « *les personnes et les opérations concernées* », ce qui laisse entendre que, pour chaque catégorie de professionnels, des obligations plus ou moins lourdes seront édictées, en fonction de types d'opération et de seuils.

Cette extension de principe des obligations de COSI aux experts-comptables fait évidemment grief à l'ordre, contrairement à ce qui est soutenu, mais uniquement pour ce qui concerne leur profession : vous ne jugerez donc l'ordonnance qu'en tant qu'elle les concerne (CE, Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres de la fonction publique et autres*, n° 54300, p. 258).

Les deux premiers moyens peuvent être écartés sans difficulté.

D'abord, l'article 4 de l'ordonnance est conforme à l'avis du Conseil d'Etat.

Ensuite, il est vrai que cette extension des obligations de communication systématique ne semble pas nécessaire pour transposer la directive, et que l'habilitation donnée au 1° du I de l'article 118 de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 se limite à ce qui est nécessaire pour transposer la directive et « *rendre plus efficace la législation* », la possibilité d'adopter des mesures plus strictes que la directive ayant disparu durant le débat parlementaire. Mais cette disparition est compensée par d'autres habilitations plus circonscrites qui dépassent la simple transposition de la directive : le 6° du même I permet ainsi au gouvernement d'élargir la possibilité pour le service TRACFIN « *de recevoir et de communiquer des informations* », ce qui permettait au gouvernement d'élargir le champ d'application de l'obligation des communications systématiques d'informations.

Le troisième et dernier moyen invoque une méconnaissance de la liberté d'entreprendre, par le III de l'article 4 de l'ordonnance. Le syndicat estime que si les experts-comptables devaient se voir imposer des obligations de transmission systématique comparables à celle des organismes financiers, alors qu'ils ne disposent pas de systèmes informatiques permettant une transmission automatique, il en résulterait pour la profession une charge entre 1,5 et 2 milliards d'euros. Lorsqu'on voit l'importance de la charge pour les organismes financiers, par définition mieux équipés pour y faire face, on conçoit aisément que la celle-ci puisse être particulièrement lourde pour la profession. Cependant, sur le fond, nous n'avons guère de doute sur la réponse à apporter à ce moyen : le principe de telles obligations, qui sont justifiées par des objectifs d'intérêt général, n'est pas contraire à la liberté d'entreprendre. C'est au moment où l'obligation sera détaillée, sera calibrée, qu'il faudra s'assurer que les limitations apportées à cette liberté ne constituent pas une « *atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* », puisque tel est le contrôle du Conseil constitutionnel (v. par ex. CC, 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC ; 19 dec. 2013, n° 2013-682 DC) comme le vôtre (CE, 10 février 2016, *Mme H...*, n° 388192, T.).

Mais cette réponse suppose que l'obligation de ne pas porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre s'impose ensuite au pouvoir réglementaire, c'est-à-dire que le moyen soit opérant contre le décret. Or, par votre décision CE, 20 décembre 2011, *M. B...*, n° 346960, T., vous avez jugé de façon générale que le principe de la liberté du commerce et de

l'industrie ne peut être utilement invoqué à l'encontre de dispositions réglementaires régissant une profession réglementée, tels les experts-comptables. Deux précisions sont nécessaires sur cette jurisprudence :

- d'une part, il n'y a pas ici, selon nous, à faire de différence entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie. L'articulation de ces deux concepts fait débat dans la doctrine : pour certains, ils se recourent très largement (v. S. Nicinski, Droit public des affaires, cit. in. S. Brameret, *A propos de la valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie*, Revue Lamy de la concurrence, n° 38, 1^{er} janvier 2014) mais n'ont pas la même valeur dans la hiérarchie des normes, le Conseil constitutionnel n'employant quasiment plus cette notion de liberté du commerce et de l'industrie, qui serait l'expression des principes plus anciens consacrés par des dispositions législatives, notamment la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791, principes appliqués depuis longtemps par le Conseil d'Etat. Pour d'autres, la liberté d'entreprendre est, avec la libre concurrence, une composante de la liberté du commerce et de l'industrie (v. J-P Colson et P. Idoux, Droit public économique, LGDJ, cit. *ibid*). Pour d'autres enfin, c'est l'inverse : la liberté d'entreprendre comprend deux composantes : la liberté du commerce et de l'industrie, c'est-à-dire la liberté d'exercer une activité économique, et la protection de la libre concurrence. La rédaction de certaines de vos décisions semble se rattacher à cette dernière conception (JRCE, 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, n° 239840, Rec., T. sur ce point ; CE, 22 mai 2013, Ass. synd. libre des résidences du port de Mandelieu-la-Napoule, n° 366750, inédite) ; pour notre question, liberté du commerce et de l'industrie et liberté d'entreprendre nous semblent donc assimilables ;
- d'autre part, notre question est relative à l'exercice d'un contrôle de fond au regard de cette liberté ; elle est distincte de la question de la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire. Vous jugez depuis longtemps que, pour les professions réglementées, le pouvoir réglementaire est compétent pour édicter des obligations qui ne trouvent pas leur source dans la loi, et leurs éventuelles sanctions, par dérogation à la répartition normale des compétences : vous l'avez réaffirmé dans une décision d'assemblée du 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M. N...* (255136). Admettre l'opérance du moyen au fond ne remettrait nullement en cause ce titre particulier de compétence réglementaire.

On aurait pu penser que votre jurisprudence sur l'inopérance était cantonnée à l'accès à une profession : dès lors que le législateur a prévu qu'une profession devait être réservée aux titulaires d'un titre administratif, quelle qu'en soit la forme, elle n'est plus libre. De ce point de vue, la liberté ne se partage pas, ne se dose pas : une profession est libre ou ne l'est pas et si elle ne l'est plus, il n'y a plus à discuter d'une éventuelle méconnaissance de la liberté du commerce et de l'industrie. Mais votre jurisprudence, quoique rare en la matière, étend cette inopérance au-delà du seul principe du libre accès à une profession, et l'applique aux critiques sur les conditions d'exercice d'une profession. C'est bien le sens de votre décision d'assemblée du 12 décembre 1953, *Syndicat national des transporteurs aériens*, n° 18046, Rec. puisqu'elle concernait l'atteinte excessive que des subventions accordées à la société Air France auraient porté à la liberté d'exercice des autres transporteurs aériens. Il s'agissait alors d'une question de concurrence et non d'accès à la profession. Votre décision *M. B...*, n°346960, de 2011 confirme que l'inopérance concerne toutes les contraintes posées à l'exercice d'une profession réglementées, et non seulement son accès.¹ Dans ce cadre, la seule

¹ Une décision CE, 8 juillet 2005, *M. T...*, n° 262182, T. est également parfois signalée mais elle n'est pas mentionnée aux tables du recueil Lebon sur ce point et la consultation des conclusions du rapporteur public, M.

façon d'obtenir la censure d'une règle professionnelle fixée par décret, c'est qu'on puisse la regarder comme méconnaissant la loi. Ce type de censure est tout à fait exceptionnel et nécessite que la loi soit suffisamment précise : vous avez ainsi censuré le décret n° 2013-1251 du 27 décembre 2013 qui imposait aux véhicules de transport avec chauffeur (VTC) un délai de 15 minutes entre la réservation et la prise en charge du client. Selon les conclusions du rapporteur public, cette nouvelle règle « dénaturait la portée de la loi » en déplaçant la frontière du périmètre des activités » des professions de VTC et de taxi, frontière créée par la loi.

Mais si l'on excepte ce cas limite, la jurisprudence demeure qu'un tel moyen est inopérant contre un décret réglementant une profession qui n'est pas libre. Cette jurisprudence nous semble en décalage avec la révolution copernicienne qui s'est opérée dans le contrôle juridictionnel des droits et libertés. Autrefois, le juge se contentait de censurer leur méconnaissance : c'était tout ou rien. Au niveau des normes, et notamment de la loi, il était bien rare qu'un droit ou une liberté soit si absolue qu'il ne puisse être écarté par le législateur. C'est ainsi qu'en 1953, votre décision *Syndicat national des transporteurs aériens* est intervenue avant la création du Conseil constitutionnel et avant qu'il ne puisse rattacher la liberté du commerce et de l'industrie ou la liberté d'entreprendre à une norme constitutionnelle, ce qu'il ne fera qu'en 1981 (CC, 31 oct. 1981, n° 81-129 DC ; CC, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC). A l'époque, ce principe était un principe législatif, dérivé du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et de la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791. CF Nicinski. En 1953, vous n'avez rien voulu juger d'autre, selon nous, qu'en créant une profession et un secteur réglementé, le législateur avait nécessairement écarté le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui est de même niveau.

Votre contrôle a radicalement changé : aujourd'hui, vous contrôlez non seulement si une norme méconnaît frontalement un droit ou une liberté garanti absolument par la norme supérieure, mais vous opérez aussi, dans le sillage des cours constitutionnelles et internationales, un contrôle de la « conciliation équilibrée » entre des protections juridiques qui se contredisent, le contrôle de proportionnalité correspondant à la forme la plus aboutie de ce contrôle.

En premier lieu, il nous semble que le moyen est ici opérant contre l'ordonnance. La mention aux tables de votre recueil de votre décision *M. B...* (n° 346960) laisse entendre l'inverse et en décembre dernier vous avez encore écarté un tel moyen contre une ordonnance par un « en tout état de cause » (CE, 28 décembre 2017, *Conseil supérieur du notariat*, n° 401947 e.a., inédit). Mais l'ordonnance intervient dans le domaine de la loi et doit respecter les principes constitutionnels, dont la liberté d'entreprendre. Le Conseil constitutionnel exerce ce contrôle, y compris pour les professions réglementées (v. récemment son contrôle au regard de la liberté d'entreprendre de l'institution d'une limite d'âge pour les professions de notaire, d'huissier, de commissaire priseur judiciaire et de greffier de tribunal de commerce, CC, 5 août 2015, n° 2015-715 DC). Vous le pratiquez vous-mêmes lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est relative à une profession réglementée (CE, 15 septembre 2010, *M. M...*, n° 340570, T.) Vous devez donc effectuer ce contrôle si vous êtes saisis, avant sa ratification, d'une ordonnance intervenant dans le domaine de la loi. Il y a d'ailleurs au moins deux précédents où vous avez exercé ce contrôle lors du recours contre une ordonnance (CE, 23 déc. 2010, CNOM, n° 337396, aux T. sur un autre point ; CE, 11 décembre 2013, *Mme R...*, n° 347639 e.a., inédit).

Mattias Guyomar, montre que le moyen soulevé l'était sous l'angle de l'incompétence du pouvoir réglementaire et pouvait être facilement écarté par le raisonnement confirmé l'année précédente en assemblée du contentieux par la décision *M. N...* n° 255136. prec..

Mais, en second lieu, la réponse que vous apporterez à ce moyen dépend selon nous de l'opérance ou non du principe à l'encontre du futur décret d'application. En l'espèce l'encadrement législatif sur la lourdeur de la charge qui pèsera sur les experts comptables est faible : le législateur n'y a posé d'autre limite que le risque élevé de blanchiment ou de financement du terrorisme au regard de certains critères. Le décret précisera les transactions devant faire l'objet d'un signalement, et notamment le montant à partir duquel l'information devra être transmise au service TRACFIN. Au regard de la loi, ce décret pourra légalement prévoir des obligations légères comme il pourra poser des obligations considérables, aussi lourdes que celles des banques, voire davantage encore. Si l'obligation de ne porter qu'une atteinte proportionnée à la liberté d'entreprendre, au regard des objectifs poursuivis, s'impose au pouvoir réglementaire, la loi nous semble ne pas méconnaître ce principe. Si en revanche, par ce large renvoi, la loi permet au pouvoir réglementaire d'imposer le signalement de toute opération pouvant *in abstracto* présenter un risque élevé de blanchiment, sans obligation de garder à cette charge un caractère proportionné, alors il nous semble que l'encadrement législatif est insuffisant et que vous devriez censurer l'ordonnance.

Nous avons l'honneur d'être rapporteur public à la 6^e chambre de la section du contentieux depuis environ une année : c'est aujourd'hui la quatrième fois que nous vous proposons de revenir sur la jurisprudence qui juge inopérant le moyen tiré de la liberté d'entreprendre en matière de professions réglementées : nous l'avons fait dans les séances du 26 avril (CE, 19 mai 2017, M. L... e.a., n° 406017, inédit), du 31 juin (CE, 12 juillet 2017, n° 397403, T.) et du 13 décembre 2017 (CE, 28 décembre 2017, Conseil supérieur du notariat e.a., n° 401947, inédit). A chaque fois, les décisions rendues dans ces affaires écartent le moyen au fond par un « en tout état de cause ».

Nous sommes toujours convaincu que la protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre implique que vous exerciez un contrôle de la proportionnalité des atteintes qui y sont portées au niveau des décrets relatifs aux professions réglementées, d'autant plus que votre jurisprudence *M. N... (255136)* reconnaît justement en ce domaine un quasi pouvoir réglementaire autonome pour créer des atteintes qui n'ont pas de fondement dans la loi.

Vous avez déjà fait un pas important dans l'abandon de l'inopérance par votre décision du 10 février 2016 *Mme H...1* (CE, n° 388192, T.). Votre rapporteur public, Mme Lieber, vous suggérait alors de « compléter » la jurisprudence *M. B...*, n° 346960, en admettant l'opérance du moyen lorsque le pouvoir réglementaire fixe, au titre du pouvoir qu'il tient de la jurisprudence *M. N... (255136)*, une « *prescription complémentaire* », totalement distincte de celles prévues par la loi. Et c'est ce que vous avez fait : la décision écarte le moyen au fond, sans « en tout état de cause », et la décision est mentionnée aux tables sur ce point, bien qu'elle n'y soit pas rapprochée des jurisprudences *Syndicat national des transporteurs aériens* et *M. B...* (n° 346960).

Aujourd'hui, vous n'êtes pas dans le cadre de la jurisprudence *Mme H...* : la loi prévoit le principe d'une atteinte et le pouvoir réglementaire en déterminera concrètement la portée par les précisions techniques qu'il donnera sur les opérations qui doivent faire l'objet d'une information systématique. Nous vous invitons à juger que ce décret devra, y compris pour la profession réglementée des experts-comptables, respecter la liberté d'entreprendre en n'y portant pas une atteinte disproportionnée et que, pour cette raison, le même moyen critiquant la nouvelle rédaction de l'article L. 561-15-1 du code monétaire et financier doit être écarté.

PCM nous concluons au rejet de la requête.