

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 17 juin 2020

Lecture du 10 juillet 2020

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , rapporteur public

La présente affaire s'inscrit dans le cadre de la 4^{ème} directive n° 2015/849 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.

L'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 qui avait assuré sa transposition avait fait l'objet d'un REP de plusieurs associations professionnelles dont le syndicat requérant que vous avez rejeté le 10 octobre 2018 (n° 411050)

Ces obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme sont de plusieurs ordres : d'une part, une obligation de vigilance qui peut être simple, renforcée ou atténuée selon le niveau de risque identifié (cf. art. L. 561-4-1 et suivants CMF), d'autre part, une obligation de déclaration de soupçons (cf. art. L. 561-15 CMF). Enfin, les dispositions du CMF imposent aux personnes concernées la mise en place de procédures et contrôles internes, conformément aux dispositions des articles L. 561-32 et suivants.

Ces obligations couvrent un grand nombre d'activités et de professionnels qui relèvent de ministères différents, et on peut avoir l'impression que l'implication des départements ministériels au stade de l'élaboration du décret a été variable. L'idée qui s'évince du recours dont vous êtes saisis par le syndicat requérant contre l'arrêté du 25 février 2019 du ministre de l'intérieur relatif aux procédures internes et au contrôle interne mis en place par les opérateurs de jeux ou de paris visés au 9° de l'article L. 561-2 du code monétaire et financier, est bien que le ministre a cherché, au stade de l'arrêté à insérer des dispositions qui relevaient d'une norme supérieure. L'essentiel de l'argumentation de la requête se situe, selon divers raisonnements en fonctions des articles de l'arrêté critiqués, sur un terrain d'incompétence du ministre pour prendre ces dispositions.

1. L'arrêté est pris sur le fondement de l'article R. 561-38-9 du CMF, et le 1^{er} moyen de la requête est tiré de l'exception d'illégalité de cet article.

Sont en cause ici les articles 3 à 8 de l'arrêté qui concernent la nature et la portée des procédures internes. L'article R. 561-38-9 renvoie à un arrêté du ministre de l'intérieur le soin de préciser en tant que de besoin ces éléments. La requête estime qu'il y a une subdélégation illégale du pouvoir réglementaire. Sa thèse est que le III de l'article L. 561-32 CMF a précisément défini les conditions dans lesquelles ses modalités d'application seraient définies en prévoyant :

- d'une part, l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat pour l'ensemble des dispositions de l'article,

- d'autre part, l'intervention d'arrêtés du ministre chargé de l'économie pour certaines des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 CMF limitativement énumérées et du règlement de l'AMF pour les personnes mentionnées au 6° de cet article pour préciser « la nature et la portée des procédures internes ».

Ainsi, le silence de la loi sur les personnes du 9°, en cause ici, devrait se lire selon les requérants comme interdisant à un décret en Conseil d'Etat de renvoyer à un arrêté du ministre de l'intérieur.

Le cadre de raisonnement est très classique : Le fait qu'une loi renvoie expressément ses modalités d'application à un décret en Conseil d'Etat n'exclut pas que ce décret puisse légalement subdéléguer à un acte subordonné certaines précisions. Toutefois, pour être légale, cette subdélégation à un acte subordonné doit être suffisamment encadrée, cf. Assemblée, n° 71651, Moreau, 13 juillet 1968, au Rec. Il y a donc deux questions : le législateur a-t-il en creux **proscrit** que le décret puisse renvoyer à un arrêté pour les professionnels en cause ? si la réponse est négative, le décret a-t-il suffisamment **encadré** la subdélégation à l'arrêté ?

Sur le 1^{er} point, le fait qu'une référence à un arrêté du ministre de l'économie soit faite dans la loi pour certaines professions, ne suffit certainement pas à interdire qu'un décret puisse renvoyer des précisions à un autre arrêté pour d'autres professions. Ce qui importe est l'encadrement de la subdélégation, soit la 2eme question.

Concernant, déjà, ce dispositif anti blanchiment s'agissant des opérateurs de jeux, vous avez jugé par votre décision du 4 mai 2018, SCMF et autres, nos 408288, 414774, que les dispositions du III de l'article R. 561-38 du code monétaire et financier étaient illégales en ce qu'elles se **bornaient** à renvoyer à des arrêtés et des ligne directrices le soin de procéder aux précisions du dispositif législatif que la loi avait confié au décret.

Depuis, un décret n° 2018-284 du 18 avril 2018 a introduit de nouveaux articles R. 561-38 à 561-38-9, et en particulier l'article R561-38, qui indique que les professionnels assujettis doivent disposer des outils et moyens humains et matériels pour mettre en œuvre les obligations de vigilance prévues par le CMF et plus particulièrement la détection, le suivi et l'analyse de personnes et opérations sensibles définies par la loi, ainsi que l'article R 561-38-1 qui précise que les personnes en charge des contrôles doivent avoir des qualifications et un positionnement adéquat dans l'entreprise. Le décret n'entre, il est vrai, pas dans un degré de détail très raffiné, mais on ne peut pas exiger non plus d'un décret en CE qu'il vienne préciser les procédures de façon complète, si les principaux points de nature à encadrer la subdélégation y figurent, ce qui nous paraît bien le cas ici.

Dans ces conditions, vous ne retiendrez donc pas que le décret aurait procédé à une subdélégation illégale s'agissant des dispositions qui figurent aux articles 3 à 8 de l'arrêté.

2. La requête développe une argumentation spécifique s'agissant de l'article 7 de l'arrêté, qui prévoit que les personnes assujetties établissent les procédures internes applicables pour répondre à leurs obligations de déclaration et d'information. L'incompétence du ministre tiendrait ici au fait que le décret ne renvoie au ministre de l'intérieur que pour préciser les modalités d'application de la section 6 qui concerne comme on l'a dit les **procédures et**

contrôles internes et non de la section 4 qui touche aux obligations de **déclaration** en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Mais l'obligation de mettre en place des procédures internes n'est pas hors sol, elle n'a de sens et d'intérêt que pour permettre la bonne mise en œuvre des obligations de fond, c'est-à-dire la vigilance vis-à-vis des clients et la déclaration et l'information sur les opérations suspectes qui sont détectées. L'article 7 touche bien aux procédures internes, en cherchant à s'assurer qu'elles permettent le respect des obligations de déclaration, sans impose des obligations supplémentaires.

3. S'agissant de l'article 9 de l'arrêté, mais aussi incidemment des articles 11 et 13, c'est la sujétion des **entreprises mères** aux dispositifs internes de contrôle qui est critiquée. Les articles L. 561-32 et L. 561-33 du code monétaire et financier :

- d'une part, ne prévoient une telle obligation que lorsque l'entreprise mère a son **siège social** en France.
- d'autre part, précisent que cette obligation ne s'impose qu'au niveau du **groupe** et non au sein de l'entreprise mère elle-même.

L'arrêté aurait incompétemment étendue ces obligations et commis une erreur de droit au regard des dispositions législatives. En défense, le ministre soutient que son arrêté n'a pas entendu déroger à l'article L 561-32.

Il nous semble que vous pouvez retenir sans effort la lecture neutralisante à laquelle il vous invite et qui devrait satisfaire le syndicat requérant : en mentionnant « les personnes assujetties », l'arrêté vise les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 CMF, qui sont les mêmes visées par les articles L. 561-32 et 33. Cette lecture est confortée par celle de l'article 2 de l'arrêté, qui précise que l'entreprise mère du groupe définit également, au niveau du groupe et pour ce qui la concerne, l'organisation et les procédures internes mentionnées ci-dessus et veille à leur respect.

4. L'article 13 est encore critiqué à un autre titre, qui nous paraît poser davantage de difficultés, même si l'obligation en cause apparaît secondaire et en tous cas moins lourde que d'autres : il s'agit de l'obligation d'élaborer un **rapport annuel** sur l'organisation du dispositif de contrôle interne, ainsi que sur les incidents survenus, les insuffisances constatées et les correctifs apportés. Cette même disposition prévoit que ce rapport est transmis au service central des courses et jeux.

La question est à nouveau de savoir si les textes de niveau supérieures permettaient à un arrêté d'imposer de telles obligations.

Cette fois, la lecture de l'article R. 561-38-9 CMF semble bien devoir conduire à **exclure** que pour les professionnels des jeux et paris l'arrêté puisse prévoir une telle obligation de transmission d'un rapport annuel, ce qui conduit à l'annulation de l'article 13 de l'arrêté.

Cet article en R renvoie à sept autorités différentes, selon le secteur professionnel concerné, le soin de préciser en tant que de besoin « *Les modalités d'application de la présente section en ce qui concerne la nature et la portée des procédures internes, les règles d'organisation du contrôle interne et le contenu des rapports sur le contrôle interne prévus aux articles R. 561-*

38-6 et R. 561-38-7, ainsi que le délai et les modalités de leur transmission à l'autorité de contrôle ».

Sont donc bien concernés le contenu des rapports sur le contrôle interne et le délai de leur transmission à l'autorité de contrôle, mais il s'agit des rapports mentionnés aux articles R. 561-38-6 et R. 561-38-7. Or ces articles posent l'obligation de l'approbation d'un rapport annuel sur l'organisation du dispositif de contrôle interne, ainsi que sur les incidents, les insuffisances et les mesures correctrices, c'est-à-dire à peu près exactement ce que l'article 13 de l'arrêté litigieux prévoit, mais pour d'autres secteurs soumis à des obligations de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme que celui qui nous intéresse ici.

Sur le principe, nous pourrions faire l'effort de soutenir que l'élaboration d'un rapport annuel et sa transmission à l'autorité de contrôle pourraient constituer des prolongements logiques de l'obligation de mettre en œuvre des procédures de contrôle interne. C'est dans la logique de la conformité, ou de la compliance pour utiliser le terme américain qui fait florès, que d'assurer l'effectivité et la transparence des obligations de contrôle interne par la transmission d'un rapport sur les procédures mises en œuvres, les difficultés rencontrées, etc... C'est ainsi que la loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003 parfois présentée comme la 1^{ère} loi posant des obligations de conformité¹ prévoyait déjà de telles obligations.

Mais au vu de l'agencement des textes, l'article R 561-38-9 qui renvoie à l'arrêté ministériel litigieux ne peut pas se lire comme permettant d'inclure une telle obligation, prévue par décret en CE pour d'autres secteurs professionnels. Vous devrez donc faire droit à la demande d'annulation de l'article 13 de l'arrêté.

5. Le syndicat requérant soutient enfin que les dispositions de l'arrêté méconnaissent le principe de légalité des délits, énoncé notamment à l'article 8 de la DDHC, en ce que les obligations qu'elles définissent ne sont pas suffisamment claires et précises alors même qu'elles sont susceptibles de donner lieu à une procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions en vertu de l'article L. 561-37 du code monétaire et financier.

Lorsque vous avez connu du contentieux relatif à l'ordonnance, vous avez jugé que des dispositions prévoyant une obligation professionnelle ne sauraient conduire à un constat de manquement et au prononcé d'une sanction que dans l'hypothèse où cette obligation est suffisamment claire et a été préalablement définie de sorte qu'il apparaisse, de façon raisonnablement prévisible par les personnes concernées et en tenant compte de leur qualité et des responsabilités qu'elles exercent, que le comportement litigieux concerné constitue un manquement à ces obligations, CE 3 octobre 2018, SCMF et autres, n° 411050, aux T.

Ici, la critique de l'insuffisante définition des obligations au regard du principe de légalité des délits et des peines nous paraît **vaine** à plusieurs titres :

L'article L 561-37 du CMF définit un régime de sanction au regard des dispositions des sections 3,4,5 et 6 du chapitre en cause. C'est donc la méconnaissance de ces obligations de niveau législatif qui donnent lieu à sanction, les dispositions de niveau réglementaire ne viennent pas ajouter de nouvelles obligations, mais seulement les préciser.

¹ JC Magendie « éthique et conformité dans les entreprises », Revue des sociétés 2019 p.730

De plus ce n'est pas l'arrêté qui crée un régime de sanction administrative : à supposer que les obligations qui y figurent ne seraient pas assez précises, la circonstance que cela ne leur permettrait pas de fonder une sanction est sans incidence sur leur légalité.

Enfin, pour en venir au contenu des dispositions de l'arrêté qui seraient insuffisamment claires, il est particulièrement reproché l'usage de l'adverbe **notamment**. Par exemple, l'article 3 impose aux personnes assujetties de déterminer *notamment* pour chaque type de poste et de fonction, les vérifications à effectuer lors des recrutements ; les modalités de formations adaptées de ces personnels ; les modalités selon lesquelles toutes les informations nécessaires à l'exercice de leurs fonctions sont portées à la connaissance des personnels concernés. Les autres articles procèdent de la même façon, en indiquant des éléments qui doivent figurer dans la procédure de contrôle, mais sans en faire une liste fermée. Mais on ne peut pas reprocher à l'arrêté de ne pas avoir dresser une liste exhaustive d'obligations : l'obligation c'est de prévoir et mettre en œuvre des procédures et un contrôle internes face à des risques déterminés. C'est bien la logique de prévention des risques juridiques et de respect des normes qui pèse dans cette réglementation sur les entreprises qui exclut que l'Etat définisse à la place des opérateurs concernés un mode standard de conformité applicable quelle que soit l'organisation des entreprises.

Ceci fait aussi écho de façon plus large à votre jurisprudence qui, s'agissant particulièrement des sanctions applicables aux professionnels, considère que le principe de légalité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève Voyez votre décision d'Assemblée du 7 juillet 2004, *Min. de l'intérieur c/ M. B...*, n° 255136, au Rec.

PCMNC à l'annulation de l'article 13 de l'arrêté litigieux, à ce que l'Etat verse au syndicat requérant une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L 761-1 du CJA et au rejet du surplus.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.