

*N° 447504, Mme D C... (QPC)
6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies*

*Séance du 9 avril 2021
Lecture du 5 mai 2021*

CONCLUSIONS

M. Olivier Fuchs, rapporteur public

La profession d’avocat constituant un acteur à part entière de la lutte contre le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme, le Conseil national des barreaux, la Conférence des bâtonniers et l’ordre de Paris ont joint leurs efforts pour publier et actualiser un guide pratique, à l’usage de la profession, de lutte contre ces phénomènes. Mme D C..., avocate au barreau de Paris, vous demande aujourd’hui d’annuler pour excès de pouvoir une courte partie de ce guide dans sa troisième édition, datée de 2020, à savoir les énonciations du point 1.3 de la fiche n°1. Cette fiche est relative au champ d’application des obligations de lutte contre le blanchiment et, plus précisément en son point 1, à la description des activités pour lesquelles les avocats sont soumis à ces obligations et, encore plus précisément au point 1.3, au cas où l’avocat fournit directement ou par personnes interposée à laquelle elles sont liées des conseils en matière fiscale, ce dernier point étant un ajout fait au 3° du I de l’article L. 561-3 du code monétaire et financier par l’ordonnance du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme¹.

Par une décision du 12 mars 2021, vous avez jugé qu’il n’y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de ces dispositions législatives du code monétaire et financier. A cette occasion, nous vous avons fait part des doutes qu’il était possible d’avoir quant à la recevabilité de la requête au principal, tout en soulignant que la question nous paraissait délicate et que vous n’étiez pas tenus d’y statuer avant de vous prononcer sur la QPC². C’est pour trancher cette question que l’affaire a été aujourd’hui inscrite au rôle de vos chambres réunies.

1. Mais avant cela, il convient de préciser deux points à titre liminaire.

¹ Ordonnance qui a été ratifiée par l’article 26 de la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d’adaptation au droit de l’Union européenne en matière économique et financière.

² Voyez en ce sens CE, 21 novembre 2014, *Société mutuelle des transports assurances*, n° 384353, aux Tables.

D'abord, nous croyons que le litige relève bien de la compétence de la juridiction administrative puisqu'il tend à déterminer si le Conseil national des barreaux, personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public qui joue un rôle dans l'harmonisation des règles et usages applicables à la profession, dispose du pouvoir de prendre des résolutions de portée générale ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble de celle-ci (voyez TC, 18 juin 2001, *Ordre des avocats au barreau de Tours*, n°3250, au Recueil)³. Si vous aviez des doutes sur cette solution, ajoutons que le document, en son entier, contient bien des passages qui nous semblent prescriptifs et qui manifestent l'exercice, par le Conseil national des barreaux, d'une forme de pouvoir réglementaire visant à l'unification de la profession et il nous paraît délicat dès lors de dire que le document en cause ne relèverait pas de la compétence de la juridiction administrative. Et dès lors il nous semble que vous êtes bien compétents en premier et dernier ressort au titre du 2° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative, ainsi l'a d'ailleurs déjà implicitement reconnu votre juge des référés dans d'autres affaires de ce type.

Deuxième point liminaire : vous pourriez imaginer ne pas traiter cette question en rejetant le recours au fond, sans vous prononcer sur la fin de non-recevoir opposée. Une telle position ne serait pas totalement orthodoxe, puisqu'ainsi que le soulignait le président Laferrière, il y a une nuance entre la fin de non-recevoir absolue, tenant à la nature de l'acte, et les fins de non-recevoir relatives, résultant par exemple de la qualité du demandeur et des formes de son recours. Guillaume Odinet, dans ses récentes conclusions sur votre décision de Section *GISTI*⁴, relevait que l'usage est également en ce sens, en dépit d'une jurisprudence pour le moins disparate.

Si vous deviez néanmoins choisir de rejeter la requête au fond, nous croyons que cela ne poserait pas réellement de difficultés. Vous pourriez pour cela prendre appui sur l'interprétation qui a déjà été donnée du 3° de l'article L. 561-3 du code monétaire et financier par votre juge des référés et que vous avez reprise pour écarter le moyen de QPC dans votre décision de chambre jugeant seule. Par deux ordonnances du 8 juillet 2020⁵, il a ainsi été retenu qu'il résulte des termes mêmes de la directive que ses auteurs ont entendu couvrir l'ensemble des prestations d'assistance ou de conseil en matière fiscale, quelle que soit la personne qui les fournit et sans exclusion, par suite, ces prestations lorsqu'elles sont rendues par des notaires ou d'autres professions juridiques indépendantes, et notamment les avocats. Il en résulte que les avocats sont soumis à ces obligations, sans préjudice toutefois de l'application de la dispense d'obligation de transmission à la cellule de renseignement financier prévue par

³ Vous seriez en revanche incompétents pour vous prononcer sur des actes purement internes, organisant le fonctionnement de la personne morale de droit privé, dont seul le juge judiciaire peut connaître (voir CE, 28 décembre 2017, *Syndicat des avocats de France et autres*, n° 401665, aux Tables).

⁴ CE, Section, 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142, au Recueil

⁵ JRCE, 8 juillet 2020, *Association des avocats conseils d'entreprises*, n°441228 et JRCE, 8 juillet 2020, *M. Israël*, n°441051.

l'article 34 de cette même directive pour ce qui concerne les informations obtenues avant, pendant ou après une procédure judiciaire ou lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client, ce y compris en matière fiscale, dont le II de l'article L. 561-3 du code monétaire et financier assure la transposition en droit interne. Nous croyons effectivement qu'il faut assurer la nécessaire combinaison des dispositions du 3° du I de l'article L. 561-3 du code monétaire et financier avec celles du II du même article, dont la portée ne se trouve pas restreinte par les premières.

Si vous adoptiez cette même interprétation, qui nous paraît aussi raisonnable que convaincante et qui a été faite sienne par l'administration, vous pourriez alors assez aisément écarter les moyens tirés de l'inconventionnalité des dispositions soulevées.

2. Ce n'est toutefois pas la voie que nous vous proposons et il faut en revenir à la question de savoir si le passage qui est attaqué devant vous est susceptible de recours.

En ce qui concerne le cadre juridique applicable, la première question est de vous situer, pour apprécier la recevabilité du recours contre le passage du guide en cause, par rapport à vos deux décisions d'Assemblée *Société Faivesta* et *Mme L P...* et votre décision de Section *GISTI*. Il n'est pas évident d'apporter une réponse à une telle question et, à vrai dire, nous ne sommes même pas certain que cela soit réellement utile.

Comme vous le savez, à l'heure actuelle, ces deux grilles de lecture ne se recouvrent pas totalement même si vous connaissez également leur porosité. Une partie de la doctrine, le professeur Melleray par exemple dans son commentaire de votre décision *GISTI* à la *RFDA*⁶, s'interroge d'ailleurs sur le fait que cette dichotomie puisse résister à l'épreuve du temps et sur l'absorption, à terme, de la branche *Société Fairvesta – Mme L P...* par la branche *GISTI*. Cette question est à vraie dire assez théorique en l'espèce, puisque le document en cause est de portée générale. Or la différence principale entre les deux grilles de lecture tient à ce que la première traite aussi bien de tels actes que de ceux de portée individuelle, tandis que la seconde ne traite que des documents de portée générale. Le critère d'appréciation de la recevabilité issue de la décision *GISTI* rejoint en outre celui que vous avez énoncé dans vos décisions d'Assemblée, et il tient à l'aptitude pour le document à déployer des effets notables, même si vous ajoutez, dans la branche *Société Fairvesta - Mme L P...*, celui tiré de l'influence sur les comportements des tiers. On remarquera toutefois que dans la décision *Mme L P...*, vous avez semblé procéder à une « forme de subsomption »⁷ de ces deux critères.

Reste alors l'origine organique du document considéré : initialement réservée aux autorités de régulation, l'arrêt *Mme L P...* a étendu la première branche aux autorités administratives,

⁶ F. Melleray, « Les documents de portée générale de l'administration », *RFDA*, 2020, p. 801.

⁷ F. Melleray, op. cit.

tandis que la jurisprudence *GISTI* vise les autorités publiques. A nos yeux toutefois, le Conseil national des barreaux pourrait être considéré comme l'un ou l'autre. Certes, il est une personne morale de droit privé, mais il exerce des missions de service public et vous avez d'ailleurs reconnu le pouvoir réglementaire dont il dispose en vue d'unifier les règles et usages des barreaux (voyez CE, 17 novembre 2004, *Société Landwell et associés*, n°268075, au Recueil). Au regard de la volonté d'unification de votre jurisprudence poursuivie par votre arrêt *GISTI*, on comprendrait mal, alors, que vous lui réserviez un sort différent du seul fait de sa qualité de personne de droit privé. Nous remarquons d'ailleurs que vous avez fait application de votre jurisprudence *Duvignères* en ce qui concerne un rapport adopté par le Conseil national de l'ordre des médecins, pour un passage du rapport qui avait toutefois un caractère impératif (voyez CE, 17 novembre 2010, *Syndicat français des ostéopathes*, n° 332771, aux Tables).

Ces différents éléments nous conduisent à penser que les documents de portée générale du Conseil national des barreaux doivent pouvoir être contestés par la voie du recours pour excès de pouvoir, dès lors qu'ils produisent des effets notables sur la profession considérée. Vous écarterez donc l'argumentation du ministre qui consiste à refuser toute justiciabilité aux documents autres que le règlement intérieur national de la profession d'avocat.

2. Reste alors à déterminer si le passage du Guide attaqué produit ou non des effets notables sur les droits ou la situation des membres de la profession d'avocat.

Le contenu du passage en question est le suivant. Le document se borne d'abord à indiquer que l'ordonnance du 12 février 2020 a ajouté un 3° au I de l'article L. 561-3 du code monétaire et financier prévoyant, ce qui n'est que de la citation de texte, que les avocats sont assujettis aux obligations de lutte contre le blanchiment lorsqu'ils « fournissent, directement ou par personne interposée à laquelle [ils] sont liés, des conseils en matière fiscale ». Le document estime alors que « cette disposition pose un problème de compréhension » dans la mesure où l'auteur de l'ordonnance, « par cet ajout, a entendu rectifier ce qu'[il] considère être une sous-transposition de la 4ème directive 'anti-blanchiment' 2015/949/UE du 20 mai 2015 » s'agissant des conseils fiscaux prodigués par les avocats alors que « l'activité fiscale des avocats se rapportant à l'une des rubriques visées au point 2° du I de l'article L. 561-3 du code monétaire et financier est déjà incluse dans le périmètre d'assujettissement ». Il est ensuite rappelé que « la consultation en matière fiscale est une consultation juridique à part entière et ne saurait subir un régime différent » tandis que « la référence à la notion de personne interposée ne paraît pas avoir de matérialité » par rapport aux règles déjà applicables. Estimant, en conséquence, qu'il est « difficile d'apprécier concrètement l'élargissement du périmètre d'assujettissement engendré par cet ajout » et que « des précisions jurisprudentielles seront nécessaires », le commentaire s'achève par la recommandation pratique suivant laquelle, en l'état, « il convient, dans le cadre de l'activité de conseil fiscal, de mettre en œuvre d'une manière générale les obligations de vigilance »

s'appliquant « désormais également en matière de consultation, mais qu'en revanche la question de l'obligation de déclaration ne se posera que lorsque l'avocat aura identifié au moins l'un des seize critères définis au II de l'article D. 561-32-1 et sous réserve des cas d'exemption ».

Nous vous avons cité, presque *in extenso*, le passage attaqué. Il est clair que le Conseil national des barreaux n'y fait pas usage de son pouvoir réglementaire, ce qui aurait bien entendu conduit à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Le passage en cause produit-il alors des effets notables ?

La difficulté de la question tient selon nous à la place que vous attribuez à la simple réitération d'une norme postérieurement à la jurisprudence *GISTI*. En dehors de cette question, le passage ne cause ne nous semble produire aucun effet notable. Le Conseil national des barreaux n'y a aucune autre ambition que de faire état de ses interrogations voire de sa perplexité sur la portée exacte du texte de l'ordonnance, tout en se bornant à conclure qu'il faudra attendre les précisions qu'apportera la jurisprudence. En cela, il n'est pas interprétatif, mais plus sûrement interrogatif et fait l'aveu certaine incompréhension. Il ne donne pas plus une information comme dans votre décision *GISTI*. Nous croyons donc qu'il ne produit pas d'effets notables.

Reste alors la première phrase de ce passage dans laquelle les dispositions du 3° du I de l'article L. 561-3 du code monétaire et financier sont reprises. Le document réitère donc une norme législative, au sens le plus strict du terme réitération, c'est-à-dire qu'il la recopie. Or postérieurement à l'arrêt *Duvignères*, la seule réitération d'une norme rendait le document susceptible de recours, sans qu'il y ait d'ailleurs à passer par une appréciation quant à la légalité de cette disposition. Certes, il ne s'agissait alors souvent que d'un « acte-prétexte » pour reprendre une expression du président Stahl, d'un « marchepied permettant au justiciable et au juge de trouver à la base de la hiérarchie des normes un appui commode pour en saisir le sommet » selon l'image parlante de Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, marchepied auquel d'ailleurs le contentieux de la QPC s'est particulièrement bien adapté. Et vous savez, il n'est pas besoin d'y revenir ici, que le contentieux des circulaires réitératives a été particulièrement nourri.

Votre jurisprudence *GISTI*, en reformatant le critère de recevabilité contre les circulaires, n'a sans doute pas entendu remettre en cause cette ligne, qui campe donc toujours solidement sur ses appuis. Mais elle pose tout de même un filtre nouveau, qui est celui des effets notables, filtre qui est identique pour la jurisprudence *Société Fairvesta – Mme L P...*. Ce filtre n'est pas neutre et ajoute une coloration spécifique dont il convient de tenir compte dans certains cas particuliers. Et en l'espèce, nous allons vous proposer de retenir qu'elle ne produit pas d'effets notables, sans que cela revienne selon nous à toucher pour autant à l'édifice patiemment construit jusqu'aujourd'hui. Trois éléments y conduisent.

Le premier est bien entendu le contenu de la note. Nous vous l'avons dit, la disposition en cause n'est que la simple recopie de la disposition législative par le Conseil national des barreaux, c'est un point d'appui pour faire part de ses interrogations sur sa portée et dire que pour en être certain, une interprétation jurisprudentielle est nécessaire. Il n'est pas proposé d'interprétation précise et à part un conseil général de prudence, rien n'est esquissé.

Les deux autres éléments se lisent en miroir et nous paraissent tout aussi déterminants : ils tiennent à l'émetteur et aux destinataires du passage contesté. Vous n'êtes pas ici face à une circulaire classique, relevant d'une instruction donnée à des services par l'administration, mais face à un Guide émis par une personne de droit privée qui use de ses pouvoirs afin d'éclairer des professionnels du droit à propos de ses propres obligations de déclaration. Présenté comme ceci, le litige pourrait d'ailleurs ressembler plus à un litige de type *Société Fairvesta – Mme L P...* qu'à un litige de type *GISTI*. En l'espèce, le passage en cause est tellement dénué de portée que l'on comprend mal ce qu'un avocat qui serait, pour reprendre un standard consacré, un « bon professionnel », pourrait bien en tirer, alors même que cet avocat connaît l'existence de la disposition législative laquelle, en outre, ne concerne que ses propres obligations et non son rapport avec des tiers.

Nous avons donc des hésitations sur le fait de savoir si vous devez ici appliquer le cadre *Société Fairvesta – Mme L P...* ou le cadre *GISTI*. Nous avons une certitude en revanche, c'est que dans les deux cas, il vous appartient de rechercher si le document litigieux produit des effets notables. A cet embranchement, nous croyons que la question de savoir si votre jurisprudence sur le caractère recevable de la réitération d'une norme dans un document de portée générale tient toujours après la décision *GISTI* lorsqu'est en cause une administration s'adressant à ses services est indifférente à votre espèce.

En limitant nettement la solution au cas qui vous est soumis, nous croyons donc que vous pourrez en déduire que le passage en cause ne crée aucun effet notable envers les professionnels concernés. Guillaume Odinet faisait valoir, dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI*, que « l'effet notable s'agissant d'un document qui interprète, commente, présente ou même réitère le droit positif, résulte seulement, à nos yeux, de sa vocation à servir d'outil de référence dans l'application de la loi ». Nous n'y voyons rien de tel en l'espèce et le passage de ce document, compte tenu de la combinaison des trois éléments que nous avons dit tenant au contenu, à l'émetteur et au destinataire de la norme, n'a aucunement vocation à nos yeux à servir de référence dans le champ en cause, c'est-à-dire aux membres de la profession dans la mise en œuvre de leurs obligations anti-blanchiment ; il ne fondera pas de pratique et ne modifiera pas leurs comportements. Nous vous proposons donc de regarder la requête comme étant irrecevable car dirigée contre un acte ne faisant pas grief.

Et par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête, y compris les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.