

## ■ JURISPRUDENCE

**AMF – Contrôles et enquêtes – Pouvoirs d’investigation des contrôleurs identiques à ceux des enquêteurs, sauf exception expresse.**

Conseil d’État, 11 décembre 2015, n° 389096.

**Même s’il ne mentionnait que les enquêteurs, l’art. L. 621-10 du Code monétaire et financier dans sa version antérieure à la loi du 26 juillet 2013 définissait les pouvoirs conférés aux contrôleurs, comme aux enquêteurs, pour l’exercice des contrôles et enquêtes de l’Autorité des marchés financiers.**

Commentaire de Jean-Jacques Daigre

Le Conseil d’État juge que, lorsque l’art. L. 621-10 du Code monétaire et financier, n’accordait expressément qu’aux enquêteurs un pouvoir d’investigation, avant la loi du 26 juillet 2013, néanmoins « le législateur a entendu conférer aux enquêteurs et aux contrôleurs [...] des pouvoirs d’inspection sur pièces et sur place identiques ». Avouons d’emblée que, quelles que soient les ressources de la rhétorique utilisée par le Conseil d’État, que l’on exposera plus loin, cette décision heurte de prime abord le sens des mots, la hiérarchie des normes et les droits fondamentaux.

Une société de gestion avait été contrôlée – contrôle et non enquête – en 2012 et avait été sanctionnée par l’AMF le 17 mars 2015. Le contrôle avait eu lieu sous l’empire des textes antérieurs à ceux issus de la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires. À cette époque-là, l’art. L. 621-10 du Code monétaire et financier disposait précisément que « Les enquêteurs peuvent, pour les nécessités de l’enquête, se faire communiquer tous documents, quel qu’en soit le support, y compris les données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunication [...], et en obtenir la copie. Ils peuvent convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations. Ils peuvent accéder aux locaux à usage professionnel. » La lettre du texte était nette et n’accordait ces différents pouvoirs qu’aux enquêteurs pour les enquêtes, non aux contrôleurs pour les contrôles. Aussi, la société sanctionnée avait-elle immédiatement saisi le Conseil d’État en référé pour que soit suspendue l’exécution de cette décision et celui-ci l’avait-il suivie, en jugeant que « le moyen tiré de ce que la procédure de contrôle est entachée d’irrégularité, faute pour les mesures diligentées à cette occasion de trouver une base légale dans le seul règlement de l’AMF sur le fondement duquel elles ont été menées, est propre à créer, en l’état de l’instruction, un doute sérieux quant à la légalité des sanctions litigieuses »<sup>1</sup>. Pourtant, le Conseil d’État vient de juger au fond qu’« alors même qu’il ne mentionne que les enquêteurs, l’art. L. 621-10 du code définit les pouvoirs conférés aux contrôleurs, comme aux enquêteurs, pour l’exercice des contrôles et enquêtes de l’Autorité des marchés financiers mentionnés à l’art. L. 621-9 ».

Comment la Haute juridiction peut-elle s’évader autant de la lettre du texte ? Elle s’appuie, pour cela, sur plusieurs arguments. En premier, elle fait appel à divers textes qui visaient indifféremment contrôles et enquêtes (art. L. 621-9 et L. 621-9-3) et suggère ainsi que les deux types d’investigation auraient été traités sur un pied d’égalité. Il y voit une preuve supplémentaire dans l’intitulé de la sous-section dans laquelle ils sont insérés : « Contrôles et enquêtes ». En second, elle invoque le Règlement général de l’AMF de l’époque, qui accordait aux contrôleurs les mêmes pouvoirs de « contrôle sur pièces et sur place dans les locaux à usage professionnel » qu’aux enquêteurs, et le fait que l’art. 47 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 a décidé que « Les règlements de la Commission des opérations de Bourse et le Règlement général du Conseil des marchés financiers demeurent applicables ».

Aucun de ces arguments n’est pertinent.

La distinction vient de l’époque où la Commission des opérations de Bourse, qui était une autorité administrative, procédait à des enquêtes et le Conseil des marchés financiers, qui était une autorité professionnelle, diligenterait des contrôles avec des pouvoirs comparables. Pourtant, le fondement légal du pouvoir de contrôle que le CMF s’était accordé dans son Règlement général était douteux : il résidait dans l’art. 7 de la loi du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, qui disposait seulement que « Il – Dans le cadre des contrôles visés au I du présent article, le secret professionnel ne peut être opposé au Conseil des marchés financiers ni, le cas échéant, au corps de contrôle visé au I ci-dessus, aux entreprises de marché et aux chambres de compensation lorsque celles-ci assistent, par délégation, le conseil ». Mais le Conseil d’État croit pouvoir trouver un fondement législatif dans la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, qui a fusionné COB et CMF au sein de l’AMF et dont l’art. 47 a expressément maintenu en vigueur les règlements de la COB et le règlement général du CMF. C’est faire dire au législateur de 2003 beaucoup plus qu’il ne dit, car il ne prononce pas une validation des textes de ces anciennes autorités, mais décide simplement de leur maintien en attendant qu’ils soient modifiés ou abrogés. C’est uniquement pour éviter une rupture de continuité que la loi les a maintenus, mais elle ne les valide pas pour autant, et se contente d’indiquer qu’ils « demeurent applicables ». Ils sont maintenus en l’état, donc avec leurs vices éventuels.

L’argument tiré de l’intitulé de la sous-section dans laquelle s’insère l’art. L. 621-10 est dérisoire. Un intitulé d’une partie, d’un livre, d’un chapitre, d’une section ou d’une sous-section d’une loi n’a jamais eu de valeur positive, d’autant plus qu’en l’espèce il ne dit pas que contrôles et enquêtes c’est tout un, mais se contente de les annoncer. Or, les textes qu’il chapeautait faisaient, eux, la distinction et comportaient des différences suivant qu’il s’agissait de contrôles ou d’enquêtes. Ainsi, l’art. L. 621-9 prenait soin de citer les deux, de même que les art. L. 621-9-2 et L. 621-9-3, mais l’art. L. 621-9-1 ne visait que les enquêtes, de même que l’art. L. 621-12. Par conséquent, les différents articles couverts par la sous-section en cause prenaient soin, soit de viser expressément les deux, soit de viser expressément les seules enquêtes, ce qui était particulièrement le cas de

1. CE, Ordonnance du 17 avril 2015, n° 389093 ; voir Banque et Droit n° 162, p. 30. Également, dans la même affaire : CE 5 juin 2015, n° 389790.

l'art. L. 621-10. Aussi, les textes distinguaient-ils bien contrôles et enquêtes et ne leur accordaient-ils pas le même régime, spécialement s'agissant des pouvoirs d'investigation sur pièces et sur place.

Par ailleurs, sauf omission, il ne semble pas que les travaux préparatoires de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 aient nulle part précisé ce point. Surtout, cet argument est démenti par la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, dont l'art. 36 a modifié l'art. L. 621-10 pour que les pouvoirs des enquêteurs soient expressément étendus aux contrôleurs. Et dans l'Exposé des motifs du projet de loi, le Gouvernement indiquait : « Les modifications proposées ont pour objet : - d'intégrer les contrôleurs à l'ensemble du régime d'audition des enquêtes afin de renforcer la sécurité juridique des contrôles, et d'aligner le droit de communication des contrôles sur celui des enquêtes [...] ; il est ainsi proposé d'étendre le droit de communication générale prévu par l'art. L. 621-10 du Code monétaire et financier applicable aux seuls enquêteurs aux contrôleurs et d'encadrer au sein des articles le prévoyant le recueil des explications des personnes auditionnées. » Le législateur de 2013 considérait donc que l'ancien art. L. 621-10 ne profitait pas aux contrôleurs. Le Rapport à l'Assemblée Nationale en première lecture confirme cette analyse : « À ce jour, le Code monétaire et financier ne donne qu'aux seuls enquêteurs le pouvoir de

se faire communiquer tous les documents nécessaires à l'exercice de leurs missions<sup>2</sup>. » On trouve la même affirmation dans le rapport au Sénat en première lecture<sup>3</sup>. Et il subsiste malgré tout une différence entre les enquêteurs et les contrôleurs, seuls les premiers pouvant se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunication, ce qui confirme, même marginalement aujourd'hui, la distinction des deux.

Par conséquent, les différents arguments du Conseil d'État sont difficilement recevables. Ils le sont d'autant moins qu'ils heurtent des droits fondamentaux.

Au résultat, il nous semble qu'aucun des arguments avancés par le Conseil d'État ne permettait d'asseoir le pouvoir d'investigation des contrôleurs antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de 2013. Difficile de croire que les hauts magistrats du Palais Royal n'en aient pas eu conscience, ce qui laisse penser qu'il s'agit d'une décision d'opportunité. Le risque était, semble-t-il, que nombre de contrôles antérieurs fussent annulés<sup>4</sup>. ■

2. Rapport n° 707 de Mme Karine Berger.

3. Rapport n° 422 de M. Richard Yung.

4. Voir O. Dufour, « Le Conseil d'État valide les contrôles de l'AMF », *LPA* 31 décembre 2015, n° 261, p. 3.

## PSI – Vérification de la nature et de la légalité de l'activité d'un apporteur d'affaires (gestion de portefeuille) – Défaut – Manquement.

AMF – Commission des sanctions, 26 octobre 2015, SAN-2015-18.

**Un prestataire de services d'investissement doit vérifier si un apporteur d'affaires exerce l'activité de gestion de portefeuille individuel et s'il est titulaire de l'agrément correspondant.**

Commentaire de Jean-Jacques Daigre

Cette décision, déjà commentée<sup>1</sup>, mérite un signalement, bien que les questions tranchées soit de pur fait, car elle statue sur une hypothèse originale : elle décide qu'un prestataire de services d'investissement, étranger en l'occurrence mais cela importe peu, doit vérifier si un apporteur d'affaires n'exerce pas l'activité de gestion de portefeuille individuel et, dans ce cas, vérifier s'il détient l'agrément nécessaire. En l'espèce, un PSI anglais, spécialiste du marché des changes de devises et, particulièrement, du Forex et des CFD, avait reçu des ordres d'achat et de vente de trois sociétés étrangères pour une centaine de clients. Les trois sociétés se faisaient accorder un mandat pour, au nom des clients, ouvrir un compte chez le PSI anglais, et chargeaient celui-ci d'exécuter les ordres émis par elles. Les sociétés apporteurs d'affaires du PSI anglais utilisaient des automates de trading, qui émettaient des

ordres d'achat et de vente sur le marché des changes de devises et réalisaient des opérations de report tacite, ou « *rolling spot forex* », ainsi que des ordres sur le marché des CFD. Les ordres lancés par les automates étaient émis sans la moindre intervention des clients, ceux-ci ayant simplement choisi une stratégie globale. Deux questions ont été posées par la CS de l'AMF : y avait-il gestion de portefeuille et celle-ci portait-elle sur des instruments financiers ?

Y avait-il gestion discrétionnaire individualisée<sup>2</sup> ? L'AMF constate que ces sociétés ne se contentaient pas de transmettre les ordres d'achat ou de vente de leurs clients, mais les émettaient elles-mêmes en toute indépendance. Plusieurs éléments de fait sont retenus par la Commission des sanctions pour caractériser la gestion discrétionnaire et individualisée : ouverture d'un compte par le client auprès du PSI et signature par ce client d'une procuration habilitant la société étrangère à « *gérer le compte du client et le risque par l'achat et la vente de métaux précieux, de devises, de CFD [...] ou autrement, pour le compte du client et à ses risques* » ; les clients optaient pour une stratégie de gestion qui, sans intervention de leur part, était ensuite mise en œuvre par les sociétés au moyen d'ordres passés dans leurs automates de trading. Par ailleurs, le PSI avait connaissance des mandats de gestion consentis aux sociétés étrangères par ses clients ; de plus, il prélevait lui-même les commissions et les portait au crédit du compte détenu auprès de lui par chacune des sociétés et transférait directement sur

1. M. Storck, note, *BJB* janvier 2006, p. 12.

2. C'est l'analyse de l'ESMA dans ce genre de configuration : *MIFID, Questions and Answers*, 22 juin 2012, p. 15.