

Mercredi 3 avril 2024

AUTORITÉS DE CONTRÔLE ET ENTITÉS
ASSUJETTIES : ENTRE PROCÉDURES ET
DROITS DES PERSONNES CONTRÔLÉES

**LA TENSION ENTRE
LE DROIT AU SILENCE
ET L'OBLIGATION DE COOPÉRER**

PAR SILVESTRE TANDEAU DE MARSAC
*Avocat à la Cour d'appel de Paris
Ancien membre du Conseil de l'Ordre
Arbitre et Médiateur*

FTMIS
AVOCATS

FNMIS

AVOCATS

I

INTRODUCTION

- A. Des autorités administratives indépendantes**

- B. Considérées comme des tribunaux prononçant des sanctions pénales au sens du Droit européen**

—

A.

DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

➤ **L'Autorité des Marchés Financiers (AMF)**

Autorité publique indépendante chargée de veiller à la protection de l'épargne investie en produits financiers, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés.

➤ **L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR)**

Autorité administrative adossée à la Banque de France chargée d'assurer le contrôle du secteur bancaire et assurantiel.

➤ **L'Autorité de la Concurrence**

Autorité administrative indépendante chargée de veiller au libre jeu de la concurrence.

➤ **L'Agence Française Anti-corruption (AFA)**

Service à compétence nationale aidant à la prévention, la détection et la sanction des faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

B.

**CONSIDÉRÉES COMME
DES TRIBUNAUX
PRONONCANT DES
SANCTIONS PÉNALES
AU SENS DU DROIT
EUROPÉEN**

Les autorités de régulation sont dotées d'un **pouvoir de sanction** permettant de palier les « *lourdeurs* » des procédures judiciaires

Le 21 février 1994, dans un arrêt *Benedoun c/ France*, la CEDH a considéré que les sanctions prononcées par différentes autorités administratives indépendantes pouvaient entrer dans les champs d'applications des sanctions pénales, peu important la qualification pénale ou non donnée par le droit interne

Parmi l'ensemble des données la CEDH tient notamment compte de la **nature de l'infraction**, de la **sévérité et de la publicité** des sanctions prononcées par les autorités administratives pour en déduire leur qualification pénale ou non.

B.

**CONSIDÉRÉES COMME
DES TRIBUNAUX
PRONONCANT DES
SANCTIONS PÉNALES
AU SENS DU DROIT
EUROPÉEN**

Dans un arrêt du 5 février 1999, *Commission des opérations de Bourse c/ Oury*, rendu à propos d'une sanction prononcée par la Commission des Opérations de Bourse, **la Cour de cassation** a implicitement suivi la nouvelle position de la CEDH et jugé que la procédure suivie devant la Commission ne satisfaisait pas aux exigences du procès équitable

Le Conseil d'Etat a suivi ce revirement, par un **arrêt du 3 décembre 1999**, *Didier*, relatif aux sanctions financières imposées par le Conseil des marchés financiers :

« quand il est saisi d'agissement pouvant donner lieu aux sanctions [...], le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »

Cette solution a été confirmée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 20 décembre 2000, *Société Habib Bank Ltd*. La Haute autorité administrative **assimile la Commission bancaire, une AAI, à un tribunal au sens de l'article 6§1 de la Convention.**

B.

CONSIDÉRÉES COMME
DES TRIBUNAUX
PRONONCANT DES
SANCTIONS PÉNALES
AU SENS DU DROIT
EUROPÉEN

Bien qu'elles ne soient pas des juridictions au sens du droit interne, la **pénalisation des sanctions** pouvant être prononcées par certaines AAI en France invite à s'interroger sur **les garanties procédurales** dont bénéficient les personnes mises en cause face à l'étendue des **pouvoirs des contrôleurs et enquêteurs administratifs**

Le régime des garanties procédurales devant ces autorités s'est en réalité progressivement **aligné sur le régime applicable en matière pénale**

D'importantes différences demeurent néanmoins. C'est le cas notamment du **droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer**

FINNIS

AVOCATS

Alors que la loi impose à la personne contrôlée, ou faisant l'objet d'une enquête, une véritable obligation de coopérer avec les autorités administratives compétentes, comment concilier cette exigence avec le droit au silence et celui de ne pas s'auto-incriminer lesquels participent des garanties fondamentales ?

II. DROIT DE SE TAIRE versus DEVOIR DE PARLER

- A. Le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer
 - B. Le devoir de coopérer
 - C. Comment faire face à un contrôle ?
 - D. Contournement de l'abrogation du manquement d'entrave par le projet de loi de protection des épargnants
-

A. LE DROIT DE GARDER LE SILENCE ET DE NE PAS S'AUTO-INCRIMINER

1. LES FONDEMENTS TEXTUELS EUROPÉENS ET LEUR APPLICATION JURISPRUDENTIELLE

- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

2. FONDEMENTS TEXTUELS DE DROIT INTERNE ET LEUR APPLICATION JURISPRUDENTIELLE

- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789

1. LE DROIT EUROPÉEN

L'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme stipule :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. [...] »

➤ Ce droit a également été consacré par la CJUE sur le fondement de la **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne** en ses **articles 47, deuxième alinéa, et 48**, aux termes desquels :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. [...] » ; et

« 1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé. »

Selon la CEDH, les dispositions de l'article 6§1 imposent **le respect du droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer** dans le cadre de la répression administrative. Elle a ainsi jugé que :

« [...] les douanes provoquèrent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises. Les particularités du droit douanier (paragraphe 30-31 ci-dessus) **ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout "accusé" au sens autonome que l'article 6 (art. 6) attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination** » (CEDH, 25 févr. 1993, Funke c/ France, Req. n° 10588/83, § 44).

La CJUE a également eu l'occasion de consacrer le **droit au silence d'une personne physique** dans le cadre d'une enquête administrative menée par l'autorité des marchés financiers Italienne, en jugeant que :

« [...] il y a lieu de considérer que, parmi les garanties qui découlent de l'article 47, deuxième alinéa, et de **l'article 48 de la Charte**, et dont le respect s'impose tant aux institutions de l'Union qu'aux États membres lorsque ceux-ci mettent en œuvre le droit de l'Union, figure, notamment, le **droit au silence d'une personne physique "accusée"** au sens de la seconde de ces dispositions. Ce droit s'oppose, notamment, à ce qu'une telle personne soit sanctionnée pour son refus de fournir à l'autorité compétente au titre de la directive 2003/6 ou du règlement n° 596/2014 des réponses qui pourraient faire ressortir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives à caractère pénal ou sa responsabilité pénale » (CJUE, 2 février 2021, DB c/ Consob, aff. C-481/19, § 45).

2. LE DROIT FRANÇAIS

Il résulte des dispositions de l'article **9 de la DDHC** :

« Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. »

C'est au visa de cet article que, dans une décision du 8 juillet 2016 rendue à la suite d'une QPC dans le cadre de recours en annulation, dirigés contre des demandes de communication d'informations et de documents fondées sur les pouvoirs d'enquête des agents de l'Autorité de la Concurrence, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'il existait un **droit de ne pas s'auto-incriminer** :

*« 11. En premier lieu, selon l'article 9 de la Déclaration de 1789 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». **Il en résulte un principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser** » (QPC, 8 juillet 2016, n° 2016-552, § 11).*

Le Conseil constitutionnel a cependant retenu que le droit reconnu aux agents habilités, d'exiger la communication d'informations et de documents, **ne portait pas atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer**, dès lors que ce droit « [...] **tend à l'obtention non de l'aveu de la personne contrôlée, mais de documents nécessaires à la conduite de l'enquête de concurrence. Il en résulte que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe mentionné au paragraphe 11 [art. 9 DDHC]** »

En 2012, la Commission des sanctions de l'AMF retenait que :

« [...] si le droit de ne pas être contraint de contribuer à sa propre incrimination doit être respecté dans le cadre de l'enquête qui précède la saisine de la Commission des sanctions, ni le code monétaire et financier, ni le règlement général de l'AMF, ne font obligation aux enquêteurs de signifier à la personne auditionnée **qu'elle a le droit de se taire lors de son audition, qui ne peut, en tout état de cause, être contrainte et repose sur le bon vouloir de l'auditionné** ; que la procédure d'audition du président d'Arkeon s'est déroulée avec l'accord explicite de ce dernier, qui ne fait état d'aucune forme de pression réalisée à son encontre à cette occasion
Considérant enfin qu'aucune des indications données par le président d'Arkeon au cours de son audition ne fonde la poursuite ; que les griefs notifiés sont fondés sur des éléments objectifs ; qu'au demeurant, Arkeon ne cite aucun élément de cette audition qui serait de nature à porter une atteinte injustifiée au droit de ne pas s'auto-incriminer ; que ce moyen, comme le précédent, doit être écarté » (Décision de la CdS de l'AMF, 6 août 2012, Arkéon Finance, SAN-2012-12).

Elle s'est cependant rangée derrière la position qu'a retenu le Conseil constitutionnel dans sa décision QPC de 2016 :

« **Le droit de communication de tous documents dont disposent les enquêteurs de l'AMF ne tend pas à l'obtention de l'aveu de la personne concernée, mais à celle de documents nécessaires à la conduite de l'enquête. Il ne porte donc pas atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer.** La circonstance que le refus de communiquer les documents sollicités est susceptible de constituer un manquement d'entrave à l'enquête est indifférente à cet égard. » (Décision de la CdS de l'AMF, 17 avril 2020, Eliott Capital, SAN-2020-04)

➤ Les garanties procédurales de l'article 6 de la CESDH ne s'appliquent que partiellement à la phase d'enquête :

Les jurisprudences du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation sont constantes : les garanties procédurales de l'article 6 de la Convention EDH ne s'appliquent que partiellement à la phase d'enquête

La Cour d'appel de Paris le rappelle dans un arrêt du 9 juillet 2020 n°18/284977 :

« 73. En outre, il convient de rappeler que si, lorsqu'elle est saisie d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par le code monétaire et financier, la Commission des sanctions doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale, au sens de l'article 6 de la CSDH, les exigences découlant de cet article s'appliquent uniquement à la procédure de sanction ouverte par la notification des griefs, et non à la phase préalable de l'enquête (voir, notamment, CA Paris, 15 décembre 2016, RG no 16/05249, Com., 14 novembre 2018, pourvoi no 17-12.980, CE., 12 juin 2013, req. no 359245, précités, et CE., 6 novembre 2019, req. no 414659). »

- Une atteinte à ces droits en phase d'enquête ne pourra être sanctionnée uniquement si le juge estime qu'elle a **irréremdiablement compromis les droits de la défense des personnes auxquelles les griefs sont ensuite notifiés** :

*« [...] le principe des droits de la défense, rappelé tant par l'article 6 § 1 de cette convention et précisé par son article 6 § 3 que par l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, s'applique seulement à la procédure de sanction ouverte par la notification de griefs par le collège de l'Autorité des marchés financiers et par la saisine de la commission des sanctions, et non à la phase préalable des enquêtes réalisées par les agents de l'Autorité des marchés financiers ; que, cependant, [...] les enquêtes réalisées par les agents de l'Autorité des marchés financiers, ou par toute personne habilitée par elle, **doivent se dérouler dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irréremdiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés** [...] » (CE, 6ème / 1ère SSR, 15/05/2013, 356054, dans le même sens, CE 6ème / 1ère SSR, 12/06/2013, 359245, Inédit au recueil Lebon).*

- Le principe des droits de la défense ne peut donc être appliqué « à la phase préalable des enquêtes et contrôles réalisés par les agents de l'AMF, ni a fortiori aux étapes antérieures à cette phase d'enquêtes et de contrôle » en l'absence de notification des griefs, sauf à caractériser une atteinte irréremdiable aux droits de la défense. (Conseil d'État, 6ème - 5ème chambres réunies, 06/11/2019, 414659).

- La Charte de l'enquête de l'AMF (sans valeur normative) retient que :

« Les arrêts de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, ont validé le droit pour les enquêteurs de procéder à une sélection des pièces utiles au dossier, dans la mesure où cette sélection ne viole pas les principes de loyauté et d'égalité des armes, et ne porte pas concrètement atteinte aux droits de la défense »

Mais, le droit de garder le silence se heurte au devoir de coopérer :

- La CJUE retient dans son arrêt DB c. CONSOB :

« le droit au silence ne saurait justifier tout défaut de coopération avec les autorités compétentes, tel qu'un refus de se présenter à une audition prévue par celles-ci ou des manœuvres dilatoires visant à en reporter la tenue. » (CJUE, 2 février 2021, DB c/ Consob, aff. C-481/19, § 41).

- L'AMF le rappelle dans sa charte du contrôle (également sans valeur normative) :

« [...] Pour l'ensemble des auditions, et comme rappelé par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans un arrêt du 2 février 2021 (C 481/19 DB c. CONSOB), le droit au silence ne saurait justifier tout défaut de coopération avec les autorités compétentes, tel qu'un refus de se présenter à une audition prévue par celles-ci ou des manœuvres dilatoires visant à en reporter la tenue. [...] »

B. LE DEVOIR DE COOPÉRER

- L'article 143-1 du RG AMF dispose que :

« Pour s'assurer du bon fonctionnement du marché et de la conformité de l'activité des entités ou personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9 du code monétaire et financier aux obligations professionnelles résultant des lois, des règlements et des règles professionnelles qu'elle a approuvées, l'AMF effectue des contrôles sur pièces et sur place dans les locaux à usage professionnel de ces entités ou personnes. »

- L'article L. 621-10 du Code monétaire et financier dispose que :

« Les enquêteurs et les contrôleurs peuvent, pour les nécessités de l'enquête ou du contrôle, se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support.

Les enquêteurs et les contrôleurs peuvent convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations. Ils peuvent accéder aux locaux à usage professionnel. Ils peuvent recueillir des explications sur place dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. »

Les sanctions en cas de violation du devoir de coopérer :

- **Le manquement d'entrave** : définit à l'article L. 621-15 du CMF, selon les dispositions duquel :

« [...] II. – La commission des sanctions peut, après une procédure contradictoire, prononcer une sanction à l'encontre des personnes suivantes :

[...] f) Toute personne qui, dans le cadre d'une enquête ou d'un contrôle effectués en application du I de l'article L. 621-9, sur demande des enquêteurs ou des contrôleurs et sous réserve de la préservation d'un secret légalement protégé et opposable à l'Autorité des marchés financiers, refuse de donner accès à un document, quel qu'en soit le support, et d'en fournir une copie, refuse de communiquer des informations ou de répondre à une convocation, ou refuse de donner accès à des locaux professionnels ».

Ce texte prévoit la possibilité de réprimer les refus opposés aux demandes des enquêteurs et contrôleurs de l'Autorité des marchés financiers, considérant que ces refus constituent des obstacles aux missions de contrôle et d'enquête

- **Le délit d'entrave** : prévu à l'article L. 642-2 du CMF, aux termes duquel :

« Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros le fait, pour toute personne, de mettre obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'Autorité des marchés financiers effectuée dans les conditions prévues aux articles L. 621-9 à L. 621-9-2 ou de lui communiquer des renseignements inexacts.

➤ **La proportionnalité de la sanction pécuniaire** prononcée par l'AMF, au visa de l'article 143-3 du RG de l'AMF selon lequel :

« Le secrétaire général délivre un ordre de mission aux personnes qu'il charge du contrôle.

L'ordre de mission indique notamment l'entité ou la personne à contrôler, l'identité du contrôleur et l'objet de la mission.

Les personnes contrôlées apportent leur concours avec diligence et loyauté. »

Décision rendue sur QPC par le Conseil constitutionnel, le 28 janvier 2022, par laquelle celui-ci censure l'article L. 621-15, II, f CMF en raison de sa contrariété avec le principe de nécessité des délits et des peines, énoncé à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen :

- les poursuites entamées sur la base de cet article et celles initiées sur la base de l'article L. 642-2 CMF (délict d'entrave) tendent à punir toutes deux le fait pour toute personne de faire obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'AMF, ou de lui communiquer des renseignements inexacts
- les sanctions prévues par le délict d'entrave (article L. 642-2 CMF) ne sont pas de nature différente de l'amende d'un montant maximal de 100 millions d'euros ou au décuple du montant de l'avantage retiré du manquement prévu par l'article L. 621-15 CMF

(l'article L. 642-2 du CMF prévoit des peines de 2 ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende pour les personnes physiques et 1.500.000 euros d'amende pour les personnes morales)

Le Conseil constitutionnel a ouvert la voie à la consécration d'un droit au silence devant l'autorité administrative, inhérent aux droits de la défense et de ne pas s'auto-incriminer (Décision n° 2021-965 QPC du 28 janvier 2022).

C. COMMENT FAIRE FACE A UN CONTRÔLE ADMINISTRATIF ?

Ce qu'il ne faut pas faire :

- ✘ Communiquer ce qui est couvert par le **secret professionnel** de l'avocat ;
- ✘ Communiquer des **renseignements inexacts** ;
- ✘ Refuser **systématiquement** de répondre aux questions ;
- ✘ Refuser **systématiquement** de fournir des documents ;
- ✘ User de **manœuvres dilatoires** (Ex. décision de la CdS de l'AMF 19 novembre 2019 « *Novaxia* » SAN-2019-15) ;
- ✘ **Détruire** les pièces (Ex. décision AMF du 7 mai 2018 « *Montagne et Neige Développement* » SAN-2018-06 : destruction de 38,000 mails) ;
- ✘ **Interdire/refuser** l'accès aux locaux.

Ce qu'il faut faire :

- ✓ Identifier les documents à ne pas communiquer (couverts par le **secret professionnel**) ;
- ✓ Vérifier l'objet et le périmètre de l'**ordre de mission** des contrôleurs ;
- ✓ Vérifier que les questions posées correspondent à l'ordre de mission ;
- ✓ Vérifier que les questions posées relèvent de la **compétence** de l'autorité administrative ;
- ✓ Tenir un **inventaire** des questions et réponses ;
- ✓ Réaliser des **statistiques** sur les questions/réponses ;
- ✓ Répondre aux convocations ;
- ✓ Invoquer le droit de garder le silence afin de ne pas répondre à **une question précise**

D. CONTOURNEMENT DE L'ABROGATION DU MANQUEMENT D'ENTRAVE PAR LE PROJET DE LOI DE PROTECTION DES ÉPARGNANTS

Proposition de loi déposée le 28 mars 2022 par les sénateurs Jean-François Husson et Albéric de Montgolfier, adoptée en première lecture le 31 janvier 2023 et transmise à l'Assemblée nationale, renvoyée à la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire

Plutôt que de supprimer le manquement d'entrave, les parlementaires proposent d'abroger l'article **L. 642-2 du CMF** relatif au **délit d'entrave** et de modifier la rédaction du manquement administratif d'entrave comme suit :

*« Toute personne qui, dans le cadre d'une enquête ou d'un contrôle effectués en application du I de l'article L. 621-9, sur demande des enquêteurs ou des contrôleurs et sous réserve de la préservation d'un secret légalement protégé et opposable à l'Autorité des marchés financiers, refuse de donner accès à un document, quel qu'en soit le support, et d'en fournir une copie, refuse de communiquer des informations, **communique des renseignements qu'elle sait inexacts***, refuse de répondre à une convocation, ou refuse de donner accès à des locaux professionnels. »*

- Une partie de la petite loi a été reprise en substance au sein de la loi sur l'industrie verte du 23 octobre 2023, mais pas celles relatives aux manquements et délits d'entrave
- Les députés devront potentiellement apprécier si les mentions « *refuse de communiquer des informations* » et surtout « ***communique des renseignements qu'elle sait inexacts*** » respectent effectivement le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer

Un dernier point mérite réflexion : celui de la compétence des Autorités administratives pour apprécier elles-mêmes leur propre compétence



Merci



Adresse

67 boulevard Malesherbes, 8^e Paris



Site internet

<http://www.ftmsavocats.com/>



E-mail

smarsac@ftmsavocats.com



Téléphone

+33 1 47 23 47 67

Silvestre TANDEAU de MARSAC

Avocat au Barreau de Paris

Ancien Membre du Conseil de l'Ordre

Arbitre et Médiateur

Associé Co-fondateur du cabinet FTMS Avocats

Banque - Finance