

Autorités de contrôle et entités assujetties : entre procédures et droits des personnes contrôlées

I - Panorama des autorités et modalités de contrôle et de d'enquête

- Panorama des autorités

Thierry Bonneau, professeur, Paris-Panthéon-Assas

Les autorités sont nombreuses : outre l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et l'Autorité des marchés financiers (AMF), bien connues des acteurs financiers, figurent la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), l'Agence française anti-corruption, l'Autorité de la concurrence, ou encore la Banque de France et la direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF), et en Europe, la Banque centrale européenne (BCE), l'Autorité bancaire européenne et l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF).

Seuls trois de ces organismes sont des autorités administratives indépendantes, c'est-à-dire non soumises au pouvoir hiérarchique et ne pouvant par conséquent pas recevoir d'ordre : l'Autorité de la concurrence, l'AMF et la CNIL. La question pertinente, en réalité, consiste à savoir comment ces autorités peuvent intervenir dans la régulation du secteur financier en étant dotées de pouvoirs d'autorisation, de contrôle et de sanction. Cela dépend de leur organisation, car en vertu de la Convention des droits de l'homme, la supervision et les sanctions ne peuvent pas être exercées par les mêmes personnes.

Ces autorités édictent des normes, de droit dur ou de droit mou (précieux pour guider les professionnels), peuvent être sectorielles (AMF, Banque de France, etc.) ou non, nationales ou européennes.

L'ACPR, qui n'est pas une autorité indépendante, comprend trois organes. Le collège de supervision, qui détient un pouvoir de contrôle et un pouvoir de police, assiste la Banque centrale européenne (BCE) dans la surveillance des établissements dits importants, ou encore, a le pouvoir de délivrer des agréments dans de nombreux domaines. Le collège de résolution, lui, met en œuvre le mécanisme européen de résolution unique en cas de crise. Quant à la commission des sanctions, elle peut notamment prononcer des blâmes, des suspensions temporaires, des sanctions pécuniaires, selon des procédures disciplinaires énoncées dans le Code monétaire et financier.

L'AMF dispose de plusieurs pouvoirs : réglementaire (au travers de son règlement général), de décision individuelle - par exemple l'agrément des sociétés de gestion -, mais aussi d'injonction, de sanction et de composition administrative (conciliation).

La Banque de France, selon l'article 518-1 du Code monétaire et financier, n'est pas de droit un organe de contrôle. Cependant, en raison de ses liens avec l'ACPR, dont le gouverneur est le président, on peut dire qu'elle participe à la supervision des établissements de crédit.

Au niveau européen, on a affaire à trois autorités régies par trois règlements européens : l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), l'Autorité bancaire européenne (ABE) et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP).

Ces autorités élaborent des normes techniques (de réglementation et d'exécution), publient des lignes directrices, des recommandations, des opinions et des questions-réponses. L'AEMF a acquis des pouvoirs de supervision à l'égard des agences de notation et des référentiels centraux, tandis que l'ABE en a acquis à l'égard de certains émetteurs de cryptoactifs.

La BCE, créée par le traité de Maastricht, intervient en matière de contrôle macroprudentiel et en matière de contrôle microprudentiel au travers du mécanisme de surveillance unique (agrément, veille du respect des exigences prudentielles...) et avec des pouvoirs d'enquête et de sanctions pécuniaires.

En France, parmi les autorités intersectorielles, deux sont des autorités administratives indépendantes : la CNIL et l'Autorité de la concurrence. La CNIL, qui veille à la protection des données, émet des avis, publie des lignes directrices ou encore des recommandations et détient un pouvoir de sanction. L'Autorité de la concurrence, qui lutte contre les ententes et les abus de position dominante, formule des avis et des recommandations et est dotée d'un pouvoir de sanction.

- **Les procédures de l'AMF**

Sophie Béranger, secrétaire générale adjointe en charge des contrôles et des enquêtes

Environ soixante-dix personnes à la direction des enquêtes (qui concernent essentiellement les abus de marché) et des contrôles (liés le plus souvent au respect des obligations professionnelles).

Les alertes proviennent soit de la surveillance des marchés par l'AMF (par exemple une variation importante du cours de Bourse avant une annonce de la société), soit de l'extérieur, y compris des professionnels eux-mêmes. Elles déclenchent une enquête ou un contrôle (la personne concernée en est avertie), donnent lieu à un rapport (où figurent les observations de la personne concernée) transmis au collègue, lequel décide s'il y a lieu d'ouvrir une procédure de sanction.

La collecte d'informations par les enquêteurs et contrôleurs est réalisée en vertu de pouvoirs étendus (et qui doivent évoluer en fonction des innovations de marché) : droit de communication large, accès aux locaux professionnels, audition de toute personne, secret professionnel non opposable, sauf pour les auxiliaires de justice, ce qui pose la question du *legal privilege*.

Si la personne visitée ne collabore pas avec les contrôleurs ou enquêteurs, un manquement d'entrave peut être notifié et sera porté à la connaissance du collègue. En février 2022, le Conseil constitutionnel a décidé l'abrogation d'un article du Code monétaire et financier et a mis fin au manquement d'entrave, au nom du principe *non bis in idem*. L'inconstitutionnalité de l'article peut être invoquée par toute personne faisant l'objet de poursuite pénale au titre du délit d'entrave. L'AMF attend impatiemment une disposition législative à cet égard.

Les enquêtes ou contrôles se soldent soit pas un classement, soit par une injonction de mettre en place des

procédures adaptées, soit par la notification de griefs, suivie, cela à la main du collège, par la saisie de la commission des sanctions ou par une proposition de composition administrative (transaction). La composition administrative consiste en une somme à payer assortie de remèdes à déployer dans un temps limité. Elle est publiée sur le site de l'AMF.

Les sommes dues au titre des compositions administratives et des sanctions ont progressé de 10 millions d'euros en 2018 à plus de 100 millions en 2022. En 2023, quatre dossiers (relatifs à des abus de marché) ont abouti au pénal, avec des peines sévères à la clef.

La spécificité des enquêtes réside dans les pouvoirs dont disposent les enquêteurs : visites domiciliaires, données récoltées auprès des opérateurs de télécommunication (utilisation des fadettes, qui a donné lieu à une jurisprudence nombreuse de la part de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation). Il faut noter l'importance de la coopération internationale en matière d'enquêtes : en 2023, quelque 500 demandes ont été adressées à des autorités des marchés financiers à l'étranger. Enfin, en matière pénale, afin d'éviter les doubles poursuites, a été mise en place la procédure consistant pour le collège à informer le parquet national financier.

Quant aux contrôles, ils sont déclenchés sur alerte ou prennent la forme de la supervision des pratiques opérationnelle et thématique (contrôles dits spot, qui constituent désormais le moitié de l'ensemble et font l'objet de synthèses publiées sur le site de l'AMF).

Tous les éléments relatifs aux contrôles et enquêtes figurent dans une charte ad hoc disponible sur le site de l'autorité administrative.

- **Les procédures de l'ACPR**

Barbara Souverain-Des, directrice juridique, ACPR

Adossée à la Banque de France, l'ACPR, qui pas de personnalité morale (statut sui generis), dispose de pouvoirs de contrôle, de police et de sanction, cela sur un périmètre très large (établissements de crédit, compagnies d'assurance, établissements de paiement...). Ses trois domaines de contrôle : surveillance prudentielle (stabilité financière), pratiques commerciales, lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. L'ACPR peut agir en coopération avec la BCE, l'AMF, la DGCCRF ou d'autres autorités en France et à l'étranger.

En 2023 : 235 contrôles sur place (la plupart n'ont pas de visée répressive : seuls 15 % à 20 % d'entre eux se soldent par des mesures de police ou des sanctions, le gros des contrôles se traduisant par des lettres demandant de remédier aux manquements constatés), quatre procédures disciplinaires engagées, six décisions de la commission des sanctions, vingt-deux mises en demeure, dix autres mesures.

Les contrôles s'effectuent sur pièces ou sur place (il ne s'agit pas d'enquêtes, l'ACPR n'en a pas le pouvoir), selon des priorités définies chaque année par le secrétariat général.

Les pouvoirs de contrôle de l'ACPR sont étendus, mais encadrés par une charte, par le Conseil d'Etat et par la commission des sanctions, tandis que des principes sont garantis par la loi - existence d'une lettre de mission,

rédaction d'un rapport de contrôle, possibilité pour le contrôlé de formuler des observations, contrôleurs liés par des obligations, etc. – et que la charte apporte des précisions sur la conduite des missions.

Le Conseil d'Etat rappelle le principe général du caractère proportionné de l'ingérence, tandis que pour la commission des sanctions, il ne doit pas y avoir d'atteinte irrémédiable aux droits de la défense et doivent être respectés les principes d'impartialité et de loyauté.

En ce qui concerne les suites données aux contrôles, elles prennent le plus souvent la forme d'un simple lettre de suivi (pas de griefs retenus), et sinon, d'un examen du dossier par le collègue, lequel décide soit de mesures de police administrative (mise en garde, mise en demeure...), soit d'ouvrir une procédure disciplinaire et de transmettre le dossier à la commission des sanctions. A la différence de l'AMF, la composition administrative n'existe pas.

Les procédures disciplinaires sont encadrées : comme le rappelle l'arrêt Dubus de la Cour européenne des droits de l'homme de juin 2009, le contrôle et la sanction doivent être séparés, ce qui est le cas dans la mesure où l'organe est collégial et que ses membres ne peuvent pas appartenir au collège. En outre, des garanties procédurales sont apportées par la loi et la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la commission des sanctions (par exemple, l'énoncé des griefs doit être précis).

Enfin, le passage en commission des sanctions se fait dans le respect du principe du contradictoire, avec notamment la notification des griefs au contrôlé, l'assistance possible d'un conseil et la possibilité de recours devant le Conseil d'Etat.

- **Se préparer**

Eléonore Hannezo, counsel, Linklaters

Jean-Charles Jaïs, associé, Linklaters

Ngoc-Hong Ma, associée, Linklaters

Il est essentiel de se préparer à l'avance et de disposer dans son entreprise d'une organisation ad hoc, avec des procédures internes où sont notamment indiqués les rôles de chacun, et avec la possibilité de mettre à la disposition du contrôlé, lequel doit pouvoir consacrer suffisamment de temps au contrôle, une équipe resserrée de techniciens.

La pratique enseigne qu'on a parfois affaire à un décalage entre la compréhension des contrôleurs, qui ne sont pas chargés du suivi régulier de l'entité, et la réalité de l'entreprise. Il s'agit de combler ce décalage en faisant preuve de pédagogie avec les contrôleurs.

Il est judicieux d'opérer une centralisation des échanges, cela avant communication des pièces demandées.

Les contrôles pouvant s'inscrire dans la durée, il est judicieux de conserver une « mémoire » du dossier, d'archiver tout ce qui peut l'être, de façon, notamment, à comprendre la démarche des enquêteurs afin de pouvoir répondre à leurs demandes sans délai et de façon pertinente.

On veillera aussi à la communication interne, à la fois pour rassurer les collaborateurs et pouvoir faire du contrôle un outil pédagogique.

Même s'il s'agit d'une obligation incombant au contrôlé, il convient d'adopter une attitude coopérative qui ne consiste pas seulement à éviter le risque juridique lié à l'entrave.

Le contrôlé doit savoir que ses correspondances avec des avocats sont marquées au sceau du secret, secret que l'AMF et l'ACPR veillent à garantir. Dans la pratique cependant, ces autorités peuvent par exemple procéder à des saisies de messageries électroniques qui peuvent contenir de telles correspondances. Il est donc judicieux d'établir une liste des conseils habituellement consultés par l'entreprise ou encore de créer dans la messagerie un sous-dossier dédié à ces correspondances.

S'agissant du principe du contradictoire, qui profite aux deux parties en présence, il fait l'objet de davantage de transparence à l'ACPR (avec par exemple l'envoi d'un avant-projet de rapport de contrôle). Le respect de ce principe renvoie surtout à la place des auditions précédant le rapport de contrôle, élément déterminant dans la suite de la procédure. Il s'agit pour les contrôles potentiels d'avoir une réflexion en amont permettant de profiter à plein du contradictoire, mais aussi, dans cette perspective, de se faire assister par un avocat.

II - Débats juridiques contemporains

- Les tensions entre le droit au silence et l'obligation de coopérer

Silvestre Tandeau de Marsac, avocat associé, FTMS

Depuis un arrêt de février 1994 de la Cour européenne des droits de l'homme, les autorités administratives dotées d'un pouvoir de sanction sont assimilées à des quasi-juridictions pénales et doivent donc appliquer le régime des garanties procédurales. Dans ce cadre demeure cependant une zone grise, celle du droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer.

Ce droit, inscrit dans le droit européen (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme), a été consacré par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur le fondement de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dans ce cadre, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu le droit de garder le silence et la CJUE a fait de même en février 2021 à l'occasion d'une affaire concernant une enquête menée par l'autorité italienne des marchés financiers.

En France, les textes européens s'imposent. Cependant, les autorités administratives ont besoin de la coopération des contrôlés : dans une question prioritaire de constitutionnalité du 8 juillet 2016, le Conseil constitutionnel a retenu le droit d'exiger des informations et des documents. D'où une voie étroite, qu'a exprimée la commission des sanctions de l'AMF en avril 2020 (affaire Elliott Capital) en estimant que « le droit de communication (...) ne porte pas atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer ».

La tension est donc permanente et on ne peut pas dire que le droit au silence soit pleinement sauvegardé : les garanties procédurales ne s'appliquent en effet que partiellement à la phase d'enquête (durant laquelle,

cependant, ne doit pas être porté atteinte de façon irrémédiable aux droits de la défense), tandis que la CJUE (arrêt Consob, février 2021) a estimé que « le droit au silence ne saurait justifier tout défaut de coopération avec les autorités compétentes ».

De son côté, le devoir de coopérer figure dans le règlement général de l'AMF et dans le Code monétaire et financier, et son non-respect est sanctionné par le manquement d'entrave et par le délit d'entrave (qui ne peuvent être réprimés chez une même personne, a jugé le Conseil constitutionnel en janvier 2022), sachant, en outre, que le montant des sanctions pécuniaires peut être affecté par le degré de coopération du contrôlé.

Ce qu'il faut faire : identifier les documents à ne pas transmettre (couverts par le secret professionnel) ; vérifier l'objet et le périmètre de la mission ; vérifier que les questions correspondent à l'ordre de mission et qu'elles relèvent de la compétence de l'autorité administrative ; tenir un inventaire des questions et réponses ; invoquer le droit au silence pour ne pas répondre à une question précise.

- **La responsabilité de l'individu ou de l'entreprise : le dilemme de la sanction**

Jean-Pierre Buyle, avocat associé, Monardlaw

Selon que le fait est commis par une personne physique ou une personne morale, les poursuites et les sanctions peuvent être différentes, que cela soit sur un plan civil, un plan pénal ou un plan administratif. D'où de nombreuses questions, parmi lesquelles : qui poursuit-on ? qui est responsable ? qui sanctionne ? ou encore des sous-questions comme quid des poursuites pour un même fait ? de la responsabilité du fait d'autrui ? ou encore de l'imputabilité ?

En ce qui concerne la responsabilité pénale, elle peut être recherchée chez des personnes physiques comme morales. S'agissant des personnes physiques, les sanctions prennent les formes de l'emprisonnement, de l'amende, de la surveillance électronique, etc. En ce qui concerne les personnes morales, la responsabilité est large (dans certains pays, elle concerne l'Etat). En France, elle n'existe que dans le cas où l'infraction a été commise pour le compte de la personne morale. Peines possibles : amendes, fermeture d'un ou plusieurs établissements, dissolution, etc.

Le cumul des responsabilités des personnes physiques et morales est la règle, tandis que le transfert de la responsabilité vers la seule personne physique est l'exception.

Une question délicate consiste à déterminer qui doit être poursuivi : il faut établir si le fait commis l'a été par une personne physique pour son compte ou pour le compte de la personne morale.

Pour ce qui est de la responsabilité administrative des personnes, la Commission européenne a publié en décembre 2021 une communication relative au renforcement des régimes des sanctions dans le secteur des services financiers : des sanctions administratives doivent être prises à l'égard des personnes physiques et des établissements financiers au profit desquels ils ont agi.

S'agissant du cumul des sanctions, le principe (non bis in idem) selon lequel une personne ne peut pas être condamnée deux fois pour le même fait, même si les qualifications diffèrent, a été rappelé par la Convention de

COMPTE-RENDU SEMINAIRE

3 avril 2024

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conseil de l'Europe) et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Cependant, ce principe ne s'applique pas pour le même fait commis par une personne morale et une personne physique pour le compte de cette personne morale. Et, par ailleurs, il n'interdit le cumul des sanctions que si les sanctions administratives relèvent de la matière pénale. Or, la jurisprudence européenne a établi que les amendes infligées par les autorités de marché constituaient des sanctions pénales.