http://lamyline.lamy.fr

Les droits de la défense mis à l'épreuve par l'évolution des pouvoirs d'enquête de l'AMF

Les enquêtes conduites par l'Autorité des marchés financiers (AMF) ont pour finalité première de veiller à la régularité des opérations sur les instruments financiers et d'identifier les auteurs d'éventuelles infractions boursières, qu'il s'agisse de sociétés cotées, d'investisseurs particuliers ou institutionnels, ou de professionnels des marchés financiers. En cela, les enquêtes se distinguent des contrôles, lesquels ont pour objectif de s'assurer que les professionnels régulés, ainsi que les personnes physiques placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte, respectent les obligations professionnelles auxquelles ils sont astreints, obligations qui résultent du Code monétaire et financier, du règlement général de l'AMF et des règles professionnelles approuvées par l'AMF.

Par Clarisse LE CORRE

Avocat
Cabinet Vigo

→RLDA 5123

Les enquêtes portent sur tous faits susceptibles de constituer des manquements boursiers. Elles couvrent de ce fait tout abus de marchés (opérations d'initié, manipulations de cours ou diffusion de fausse information), toute atteinte à la protection des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés (en matière d'information financière délivrée par les sociétés cotées ou de commercialisation d'instruments financiers), ainsi que les opérations des sociétés et de leurs dirigeants sur les titres de celles-ci.

Les procédures d'enquête ainsi que celles de contrôles de l'AMF ont été substantiellement modifiées par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires (ci-après « Loi SRAB », L. n° 2013-672, 26 juill. 2013, de séparation et de régulation des activités bancaires, JO 27 juill., p. 12530), laquelle a procédé à un renforcement des prérogatives des enquêteurs et des contrôleurs, ainsi qu'une homogénéisation des deux régimes applicables – évolution qui s'inscrit dans la continuité du rassemblement, en avril 2011, des services de l'AMF chargés des enquêtes et des contrôles au sein d'une même direction –.

Ce renforcement, bien que justifié sur le papier par la volonté d'asseoir une plus grande efficacité de l'AMF dans la supervision des marchés et la répression des infractions boursières, laisse toutefois craindre l'accentuation d'un déséquilibre au détriment des droits de la défense (Millerand A., La vigilance s'impose face au nouveau renforcement des pouvoirs de l'AMF, Dr. sociétés 2013, n° 12, alerte 67).

Car par définition, la phase d'enquête AMF est secrète et non contradictoire, l'accès au dossier de l'enquête et au rapport des enquêteurs étant restreint. Le principe du contradictoire ne reçoit application qu'à compter de la notification des griefs, qui constitue l'acte d'accusation et définit le périmètre de saisine de l'autorité de poursuite.

Les enquêtes conduites par l'AMF sont encadrées, en théorie, par un formalisme visant à garantir la loyauté dans l'administration de la preuve, principe présenté comme un contrepoids au défaut de contradictoire au stade de l'enquête.

L'étude de la jurisprudence récente, tant celle de la Commission des sanctions que celle des cours d'appel et de cassation, montre cependant que ce cadre théorique fonctionne difficilement en pratique, au détriment des droits des personnes physiques et morales objet des procédures d'enquête. Comment garantir effectivement les droits de la défense dans une procédure marquée par l'absence du contradictoire ? Quelle est la portée du principe de loyauté dans l'administration de la preuve au cours de l'enquête AMF et suffit-il à préserver les droits du justiciable ?

La présente étude a vocation à évaluer l'effectivité des droits de la défense tout au long de la procédure d'enquête AMF. Il s'agit par ailleurs de déterminer si les garanties apportées par la suite, à l'issue de la notification de griefs, peuvent être jugées suffisantes pour corriger l'atteinte au principe d'égalité des armes propre à la phase de l'enquête.

Outre la présentation des pouvoirs d'enquête de l'AMF, en particulier de leur récente évolution, il convient de mettre ces derniers en perspective avec les droits de la défense, notamment le droit au procès équitable, le droit à la présomption d'innocence et le principe d'égalité des armes, au moyen d'une analyse de la juris-

http://lamyline.lamy.fr

prudence récente en la matière, de façon à distinguer les moyens dont disposent les justiciables pour faire valoir leurs intérêts au cours de l'enquête AMF.

I. – LE DÉSÉQUILIBRE DE L'ENQUÊTE AMF, AU DÉTRIMENT DES DROITS DE LA DÉFENSE

La procédure d'enquête AMF traduit un déséquilibre au détriment des droits de la défense. D'une part, les enquêteurs AMF disposent d'un arsenal de pouvoirs pour mener à bien leur mission, lesquels ont fait l'objet d'un renforcement significatif par la loi SRAB du 26 juillet 2013, sans que les droits de la défense ne bénéficient d'une même évolution (A.). D'autre part, la phase d'enquête se caractérise par l'absence du contradictoire, que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve censé s'appliquer à la conduite de l'enquête, ne parvient pas à pallier (B.).

A. – L'extension des pouvoirs d'enquête de l'AMF

L'AMF figure au nombre des autorités administratives indépendantes dont les pouvoirs d'enquête sont les plus étendus. Il convient à ce titre, et en premier lieu, d'évoquer brièvement les prérogatives des agents de l'AMF propres à la phase d'enquête.

Le droit à communication de tout document, sur tout support et auprès de toute personne (C. mon. fin., art. L. 621-10) : les agents de l'AMF peuvent se faire communiquer, à l'occasion d'une enquête, « *tous documents, quel qu'en soit le support* », de nature à permettre l'avancée de leurs investigations. Ces demandes d'information sont à la libre disposition des enquêteurs et ne nécessitent pas une autorisation préalable du juge. Ils disposent en outre de la faculté d'exploiter les données techniques contenues dans les factures téléphoniques détaillées (numéros entrants et sortants, identité du titulaire de la ligne, durée des appels), moyen de preuve qui s'avère très utile pour rapporter la preuve de la détention et de la transmission d'une information privilégiée, sans pouvoir pour autant exploiter le contenu des discussions ou messages obtenus.

Le recueil de déclarations spontanées (C. mon. fin., art. L. 621-10) : outre la possibilité de convoquer et d'auditionner toute personne susceptible de fournir des informations, les agents de l'AMF titulaires d'ordres de mission peuvent entendre toute personne lors de leur visite sur pouvoirs propres ou visites autorisées par l'autorité judiciaire. Il s'agit du cas où, au cours d'une visite domiciliaire, une personne présente sur les lieux souhaiterait livrer spontanément des informations aux enquêteurs. En définitive, cette faculté laissée aux enquêteurs est potentiellement très dangereuse pour les droits de la défense, dans la mesure où les personnes effectuant des déclarations spontanées ne mesurent pas toujours la portée d'une telle initiative. Il était dès lors indispensable d'encadrer les déclarations spontanées par un formalisme plus rigoureux, ainsi qu'une information renforcée des personnes entendues sur leurs droits. À ce titre, le régime des auditions formelles (C. mon. fin., art. L. 621-11), notamment le droit de se faire assister d'un avocat, est, depuis la loi SRAB, applicable aux personnes entendues de manière informelle lors du recueil d'information sur place, les droits dont peuvent se prévaloir les personnes entendues devant faire l'objet d'un rappel exprès et préalable. Aussi, par un arrêt du 13 septembre 2012, la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi, a prononcé la nullité d'un procès-verbal aux termes duquel les déclarations spontanées d'une personne avaient été recueillies sans qu'il soit préalablement rappelé à l'interlocuteur son droit d'être convoqué et la faculté dont il disposait d'être assisté du conseil de son choix. La cour d'appel a en outre étendu la nullité du procès-verbal à l'ensemble des pièces subséquentes et à la décision de la commission des sanctions (CA Paris, 13 sept. 2012, n° RG : 2011/17362, sur renvoi de Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-18.267, Bull. civ. IV, n° 82).

Les visites domiciliaires et la saisie de documents (C. mon. fin., art. L. 621-12) : les saisies et visites domiciliaires permettent aux enquêteurs de saisir des documents et d'auditionner sur place des personnes, sur autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter, saisi sur demande motivée du secrétaire général de l'AMF. Il est jugé que la saisie peut porter sur des documents antérieurs aux faits objet de l'enquête, dès lors que ces documents ont un rapport avec les faits et peuvent concourir à la manifestation de la vérité (Déc. Comm. sanctions AMF, 5 juin 2013, Société ADT, Lado, Y et Z et de MM. P. Engler, A. Duménil, A et B.). La loi SRAB a étendu le champ d'application des visites domiciliaires et permis une action simultanée des enquêteurs dans des locaux situés dans le ressort de plusieurs juridictions, au moyen d'une ordonnance unique délivrée par l'un des juges des libertés et de la détention compétents. En définitive, ces récentes évolutions législatives impliquent, pour les entreprises désormais concernées par les saisies et visites domiciliaires des agents de l'AMF, de mettre en œuvre des procédures internes afin de se préparer au mieux à l'éventualité de ces dernières.

L'utilisation d'une identité d'emprunt (C. mon. fin., art. L. 621-10-1) : les enquêteurs AMF peuvent, sans voir leur responsabilité pénale engagée, utiliser une identité d'emprunt dans le cadre d'enquêtes sur la conformité des services financiers proposés exclusivement sur Internet par des professionnels soumis au contrôle de l'AMF. Cette nouvelle prérogative, créée par la loi SRAB, suscite de toute évidence des interrogations quant au respect du principe de loyauté de l'enquête (voir *infra*, I B.2.).

Le manquement administratif d'entrave (C. mon. fin., art. L. 621-15-II-f) : la loi du 26 juillet 2013 a introduit un nouveau manquement administratif, celui d'entrave à l'enquête, lequel participe au durcissement du régime des enquêtes AMF et à l'essor des prérogatives des enquêteurs. Dorénavant, peut ainsi faire l'objet de sanctions par la commission des sanctions de l'AMF « *toute personne qui (...) sur demande des enquêteurs 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* ». Ces dispositions, qui visent à promouvoir la coopération de toute personne sollicitée dans le cadre des enquêtes AMF, permettent également de constituer une alternative au délit d'obstruction (C. mon. fin., art. L. 642-2), fondement sur lequel rares sont les poursuites qui sont engagées et aboutissent. Ce nouveau manquement administratif, par définition, n'exige pas d'élément intentionnel. Faut-il dès lors comprendre que le simple « refus » donnera lieu à une sanction ? Ne faut-il pourtant pas procéder à une distinction selon que le refus de contribuer à l'enquête résulte d'un manque de disponibilité ou de réactivité, d'un oubli, d'une volonté de dissimulation ou bien d'une stratégie dilatoire ? Il faudra attendre une mise en œuvre de ces

http://lamyline.lamy.fr

dispositions par la Commission des sanctions pour mieux apprécier la portée du manquement d'entrave, ce qui, en l'état, ne fait que renforcer l'insécurité juridique pour les professionnels concernés par les enquêtes AMF. En définitive, la réserve prévue par le législateur visant à garantir le secret professionnel est largement insuffisante par rapport à l'atteinte portée aux droits de la défense. *Quid*, notamment, de l'articulation de ce manquement objectif au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, pourtant largement consacré ? (*cf.* notamment, CEDH, 21 mars 2001, n° 34720/97, Heaney and McGuiness c/ Irlande ; CEDH, 25 févr. 1993, n° 10588/83, Funke c/ France).

B. – L'absence du contradictoire, médiocrement palliée par l'exigence de loyauté de l'enquête

La procédure d'enquête AMF est non-contradictoire, en dépit de la communication d'une lettre circonstanciée à la personne susceptible d'être mise en cause et du droit de réponse accordé à cette dernière (1.). Le devoir de loyauté s'applique lui, en principe, dès l'ouverture de l'enquête, sans constituer toutefois une compensation satisfaisante en termes de garantie des droits de la défense (2.).

1) La lettre circonstanciée et le droit de réponse : une apparence de contradictoire au stade de l'enquête

Au stade de l'enquête, et avant la rédaction finale du rapport des enquêteurs en vue de sa transmission au collège de l'AMF, une « *lettre circonstanciée relatant les éléments de fait et de droit recueillis par les enquêteurs est communiquée aux personnes susceptibles d'être ultérieurement mises en cause* ». L'envoi de la lettre circonstanciée ouvre un maigre délai d'un mois aux personnes concernées pour exercer un droit de réponse et présenter des observations écrites (Règl. gén. AMF, art. 144-2-1).

La Charte de l'enquête de l'AMF, publiée le 10 septembre 2012, prévoit que la lettre circonstanciée « *est accompagné(e) des principales pièces qui, selon les enquêteurs, s'avèrent essentielles à sa compréhension* » (AMF, Charte de l'enquête, p. 5). Ces dispositions n'ont malheureusement aucune portée, la Commission des sanctions ayant elle-même rappelé que la Charte est « *un document à vocation incitative et informative mais dépourvu de valeur normative* » et qu' « *aucune disposition législative ou règlementaire ne prévoit que cette lettre soit accompagnée des pièces susceptibles d'établir ou de qualifier les faits qui y sont relatés* » (sic) (Déc. Comm. sanctions AMF, 25 juin 2013, Société LVMH Moët Hennessy-Louis Vuitton). Ainsi, la défense n'a pas accès aux pièces sur lesquelles se fonde l'accusation et ne peut préparer sa défense que sur le contenu de la lettre circonstanciée et des quelques pièces que les enquêteurs auront daigné communiquer. L'éventuelle sélection de pièces par les enquêteurs s'effectue selon des critères opaques, ce principe de sélection étant pourtant validé par la jurisprudence (CA Paris, 5 janv. 2010, n° RG : 2009/06017). Pour terminer, la sélection arbitraire des pièces par les enquêteurs ou, au contraire, l'absence de toute communication, ne pourra aucunement être contestée par la partie mise en cause.

En tout état de cause, le délai d'un mois pour répondre à la lettre circonstanciée, laquelle fait parfois suite à plusieurs années d'enquête, apparaît comme nettement insuffisant pour permettre à la personne visée de préparer convenablement sa défense. Plus encore, la défense ne s'exprime pas en dernier – les moyens de défense présentés par le mis en cause dans sa réponse à la lettre circonstanciée pourront être utilisés par les enquêteurs au sein du rapport final afin de soutenir la thèse de l'accusation, et ce sans qu'un nouveau droit de réponse soit offert à la défense, le rapport n'étant communiqué au mis en cause que dans l'hypothèse d'une notification de griefs (Jais P., La lettre circonstanciée dans la procédure d'enquête AMF : un premier pas vers le contradictoire ?, JCP G, n° 23, 3 juin 2013). Ces failles propres à la procédure d'enquête doivent être dénoncées fermement, en raison du déséquilibre inacceptable qu'elles sous-tendent, au détriment des droits de la défense.

Le principe constamment soulevé en réponse à de telles critiques est le suivant : le principe du contradictoire n'a vocation à s'appliquer qu'à compter de la notification des griefs, qui équivaut à l'acte d'accusation et marque l'ouverture d'une procédure de sanction. La jurisprudence retient en effet que « *la contradiction, qui s'applique pleinement à compter de la notification des griefs, est une exigence de l'instruction, et non de l'enquête, laquelle doit être seulement loyale de façon à ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense* » (CA Paris, 20 oct. 2009, n° RG : 09/01280).

Pourquoi, dès lors, introduire un faux semblant de contradiction dans la procédure d'enquête, en adressant une lettre circonstanciée à la personne concernée et en lui laissant la possibilité de répondre avant que le rapport d'enquête ne soit transmis au collège, sans pour autant lui permettre d'accéder à l'intégralité du dossier et, partant, de répondre à l'accusation en pleine connaissance de cause ? De ce point de vue, la procédure du droit de réponse, telle que prévue par le règlement général de l'AMF, est inefficiente et profondément inéquitable. Un parallèle est souvent fait entre les enquêtes AMF et les enquêtes financières, lesquelles sont également secrètes et non contradictoires. L'on rappellera toutefois qu'en procédure pénale, lorsqu'aux termes d'une enquête préliminaire et de l'ouverture d'une information judiciaire, la mise en examen d'une personne est envisagée, celle-ci est convoquée pour un interrogatoire de première comparution, a minima 10 jours avant, convocation aux termes de laquelle la personne est informée de chacun des faits dont le magistrat est saisi et pour lesquels sa mise en examen est envisagée, tout en précisant leur qualification juridique. Surtout, la convocation donne accès à l'avocat choisi ou désigné à l'entier dossier de la procédure !

La réponse systématiquement apportée face aux critiques, tenant au fait que le principe du contradictoire ne s'applique pas à l'enquête, ne saurait satisfaire toute personne soucieuse du respect des droits de la défense. Car l'enquête n'est pas un simple préalable à une deuxième phase d'instruction, au cours de laquelle l'entier dossier serait apprécié avec un regard neuf et où de nombreux actes d'investigations seraient conduits à nouveau. Bien au contraire, l'essentiel des actes d'investigation ont lieu durant la phase de l'enquête et non durant la procédure de sanction, au cours de laquelle la personne poursuivie peut seulement solliciter du rapporteur des auditions complémentaires. De telle sorte que le rapport d'enquête et la lecture des faits qu'il propose ont un poids considérable dans la façon d'appréhender le dossier, non seulement par le collège, qui apprécie de l'opportunité d'ouvrir une procédure de sanction, mais également par le rapporteur, qui instruit le dossier au cours de la procédure de sanction et établit puis présente à la Commission un rapport formulant un avis sur la

caractérisation des griefs notifiés, en se fondant notamment sur les éléments du rapport d'enquête.

Du reste, il ne peut être considéré que la procédure de sanction, telle que définie aujourd'hui, rectifie l'atteinte portée aux droits de la défense au cours de l'enquête. Car si le principe du contradictoire est censé recevoir application à compter de la notification de griefs, laquelle ouvre le droit à la prise de connaissance des pièces du dossier, cette faculté n'est toutefois permise que dans un délai de deux mois. Plus encore, la personne mise en cause n'aura accès qu'aux pièces que les services de l'AMF voudront bien communiquer (Feldman J.-P., L'AMF respecte-t-elle les droits de la défense ?, Recueil Dalloz 2009, p. 2756). La procédure de sanction apporte dès lors un correctif bien maigre s'agissant du droit à un procès équitable.

2) Sur la portée du principe de loyauté de l'enquête

La Cour de cassation, qui avait déjà eu l'occasion d'affirmer que le principe de la contradiction est sans application en matière d'enquêtes (Cass. com., 6 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 19), a entériné le droit de se prévaloir du principe de loyauté dans l'administration de la preuve dans le cadre des enquêtes AMF (Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-18.267, Bull. civ. IV, n° 82, Société Kelly), lequel était déjà consacré par l'assemblée plénière en matière de concurrence (Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, Bull. civ. ass. plén., n° 1, Sté Philips France). Dans l'affaire *Kelly*, les juges de cassation ont notamment relevé que le dirigeant n'avait pas renoncé expressément, avant d'être entendu par les enquêteurs de l'AMF, « *au bénéfice des règles applicables aux auditions, visant à assurer la loyauté de l'enquête* », et notamment à son droit de se faire assister d'un conseil de son choix. L'audition réalisée était donc bien irrégulière et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve n'avait pas été respecté. Dans le prolongement des jurisprudences susvisées, l'AMF considère que « *si le respect du principe du contradictoire n'est pas exigé au stade de l'enquête et ne s'impose qu'à partir de la notification des griefs, tel n'est pas le cas du devoir de loyauté, qui doit être respecté dès l'ouverture de l'enquête* » (cf. notamment, Déc. Comm. sanctions AMF, 5 juin 2013, Société ADT, Lado, Y et Z et de MM. P. Engler, A. Duménil, A et B).

Au stade de l'enquête, ce n'est donc pas sur le terrain du contradictoire que le justiciable pourra trouver une protection des droits de la défense, mais sur celui de la loyauté dans l'administration de la preuve. Reste à savoir ce que la Commission des sanctions entend, en pratique, par « *devoir de loyauté* », et comment elle en sanctionne la violation. Car le manquement à l'obligation de loyauté est entendu restrictivement par la Commission des sanctions. La Commission considère notamment qu' « *à le supposer avéré, le défaut d'impartialité d'un enquêteur ne pourrait constituer une cause de nullité que s'il était démontré qu'il a eu pour effet, au sens de l'article 6 de la CEDH, de porter atteinte au caractère équitable et contradictoire de la procédure devant la Commission des sanctions ou de compromettre l'équilibre des droits des parties* » (Déc. Comm. sanctions AMF, 5 juin 2013, préc.).

Et si la Charte de l'enquête de l'AMF a fait naître quelques espoirs en la matière, celle-ci énonçant que « *l'impartialité impose de conduire les enquêtes à charge et à décharge afin de recueillir et d'intégrer, dans le rapport ou le dossier, les éléments de fait, les documents et les arguments de nature à caractériser les manquements mais également ceux propres à en réduire la portée ou à en écarter l'existence* » (AMF, Charte de l'enquête, p. 8), il n'en reste pas moins que la Commission n'a jamais cru bon de sanctionner la conduite exclusivement à charge des enquêtes AMF, soulignant une fois de plus que la Commission des sanctions n'attribue aucune portée réelle à ladite Charte (voir *supra*, I.B.1.). Aux termes d'une jurisprudence plus ancienne, la Commission a d'ailleurs considéré que « *la contestation selon laquelle l'enquête aurait été instruite exclusivement à charge est inopérante dès lors qu'elle vise des circonstances relevant d'une phase procédurale qui n'est pas soumise au principe de la contradiction* » (CA Paris, 20 sept. 2005, n° RG : 05/07238). En vérité, une fois encore, il s'agit de cosmétique et non d'assurer de l'effectivité des droits de la défense.

> ***Au stade de l'enquête, ce n'est donc pas sur le terrain du contradictoire que le justiciable pourra trouver une protection des droits de la défense, mais sur celui de la loyauté dans l'administration de la preuve.***

La question de l'appréciation, par la Commission des sanctions, du principe de loyauté de l'enquête s'est notamment posée eu égard à la communication, ou plutôt le défaut de communication, par les enquêteurs, d'éléments essentiels à l'appréciation des griefs retenus. Dans l'affaire *LVMH-HERMÈS*, la société LVMH dénonçait un manquement des enquêteurs à leur obligation de loyauté et à la présomption d'innocence, dans la mesure où les enquêteurs ne lui avaient pas communiqué des « *pièces qui s'avèrent essentielles à la compréhension* » de la lettre circonstanciée et auraient ainsi faussé l'appréciation du Collège. LVMH dénonçait également le versement tardif, au dossier de la procédure, de l'avis émis le 2 octobre 2012 par l'AMF et transmis au procureur de la République à la suite de la plainte pénale dont LVMH avait fait l'objet de la part d'HERMÈS, avis « *en complète contradiction avec la notification de griefs* » adressée à LVMH le 13 août 2012 et dès lors jugé utile à sa défense. En l'espèce, l'avis en question, bien que daté du 2 octobre 2012 et en dépit des demandes réitérées de la défense, n'a été versé que le 30 mai 2013 au dossier, et ce alors que la séance par-devant la Commission des sanctions a eu lieu le... 25 juin 2013, soit moins d'un mois plus tard ! La Commission des sanctions écarte pourtant l'ensemble des moyens de nullité soulevés, aux motifs, notamment, que le versement tardif de l'avis formulé par l'AMF est « *sans incidence sur la régularité de la procédure* » puisque, selon elle, cet avis porte sur la caractérisation d'infractions pénales et non pas sur des manquements administratifs (sic). Ce faisant, LVMH est condamnée pour délivrance au public d'une information imprécise et non sincère et défaut d'information du public quant à la préparation d'une opération financière, à l'amende la plus élevée jamais prononcée par l'AMF, soit 8 000 000 d'euros ! Il sera pourtant souligné que, dans une espèce antérieure, la cour d'appel de Paris a jugé que la non-communication d'une pièce de l'enquête aux personnes mises en cause caractérise un manquement au devoir de loyauté et vicie la procédure dès lors qu'elle a trait à « *des éléments de nature à influer sur l'appréciation du bien-fondé des griefs retenus* » ou quand « *elle porte concrètement atteinte aux droits de la défense* » (CA Paris, pôle 5, ch. 7, 5 janv. 2010, n° RG : 2009/06017, X. Thoma, c/ Thoma et a.).

http://lamyline.lamy.fr

Le devoir de loyauté dans l'administration de la preuve trouve également application s'agissant du respect, par les enquêteurs, du secret professionnel. Pourtant, ici encore, la jurisprudence récente ne manque pas de surprendre. La chambre commerciale a en effet rejeté le pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Paris ayant considéré que les enquêteurs de l'AMF n'avaient pas manqué à leur devoir de loyauté dans l'administration de la preuve en appréhendant des correspondances couvertes par le secret professionnel à l'occasion de la remise volontaire de messageries électroniques, aux motifs que cette remise volontaire valait levée du secret professionnel (voir *infra*, II A. ; Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-27.333, Bull. civ. IV, n° 18, rejet c/ CA Paris, 29 sept. 2001).

Enfin, les récentes évolutions des pouvoirs des enquêteurs soulèvent de nombreuses interrogations quant au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Que dire, en effet, de l'introduction par la loi SRAB du 26 juillet 2013 de la faculté, pour les enquêteurs, d'utiliser une « identité d'emprunt » dans le cadre d'enquêtes sur la conformité des services financiers proposés exclusivement sur Internet ?

De toute évidence, le devoir de loyauté, qui est censé s'appliquer dès l'ouverture de l'enquête, ne constitue pas, en termes de garantie des droits de la défense, une compensation satisfaisante à l'absence du contradictoire, compte tenu de la faible portée qui lui est attribuée et de la difficulté pour les justiciables, en pratique, d'invoquer ce dernier.

L'observateur ne peut que constater un double mouvement, constitué, d'une part, par l'accroissement significatif des prérogatives des enquêteurs de l'AMF et, d'autre part, par la réaffirmation constante de la non-applicabilité du principe du contradictoire au stade de l'enquête, prétendue justification aux atteintes répétées au droit au procès équitable, d'autant moins légitime que le principe de loyauté de l'enquête est, lui-même, mis à mal. Cette tendance conduit à s'interroger sur la réalité et l'avenir des droits de la défense dans la procédure AMF, et à insister auprès des professionnels pouvant faire l'objet de mesures d'enquêtes, sur les moyens dont ils disposent pour faire valoir leurs intérêts dans le cadre de telles procédures.

II. – LES LIMITES AUX PRÉROGATIVES DES ENQUÊTEURS : VERS UNE MEILLEURE DÉFENSE DES DROITS ET INTÉRÊTS DES JUSTICIABLES AU COURS DE L'ENQUÊTE

La connaissance et la maîtrise des limites des pouvoirs des enquêteurs – qu'elles soient posées par le législateur ou par la jurisprudence – sont indispensables à la défense des droits et intérêts des justiciables pouvant faire l'objet d'enquêtes AMF. Outre les recours ouverts aux personnes visées par les enquêtes, à l'instar de la contestation du bien-fondé de l'ordonnance autorisant la visite domiciliaire (C. mon. fin., art. L. 621-12 al. 6) ou de la contestation du déroulement des opérations de visite et de saisie (C. mon. fin., art. L. 621-12, al. 13), l'affirmation des droits de la défense au cours de l'enquête AMF passe par la nécessaire articulation du secret professionnel et du droit à communication des enquêteurs (A.), ainsi que celle du droit de ne pas s'auto-incriminer et de manquement d'entrave (B.).

A. – L'articulation du secret professionnel et du droit à communication des enquêteurs

Il résulte de l'article L. 621-9-3 du code monétaire et financier que le secret professionnel des auxiliaires de justice (avocats, administrateurs judiciaires, huissiers de justice) est opposable aux enquêteurs de l'AMF. Il est impératif pour les professionnels supervisés par l'AMF de mesurer correctement la portée du secret professionnel afin de correctement l'articuler au droit de communication des enquêteurs AMF et de faire valoir leurs droits, s'agissant notamment de la protection du secret des correspondances échangées avec l'avocat dans le cadre d'une remise spontanée des messageries électroniques.

En pratique, dans l'hypothèse d'une visite domiciliaire, se pose la question de la saisie par les enquêteurs de documents électroniques susceptibles de contenir des correspondances échangées entre un avocat et son client. Dans une espèce récente, des messages électroniques couverts par le secret des correspondances client-avocat avaient été appréhendés lors de la remise par le représentant légal de la société des messageries électroniques de deux salariés suspectés. Le représentant de la société n'avait toutefois pas été informé de son droit à se faire assister d'un conseil et, partant, de s'opposer à cette communication spontanée. Les défendeurs sollicitaient ainsi la nullité de la procédure d'enquête et, par voie de conséquence, de la décision de la Commission des sanctions de l'AMF. La chambre commerciale rejette le moyen de nullité aux motifs que « *les correspondances électroniques que le représentant légal de la société avait accepté de remettre en copie aux enquêteurs n'avaient pas été annexées au rapport d'enquête, et dès lors qu'il n'était pas allégué qu'avaient été fournis aux enquêteurs, préalablement à ces remises, des éléments propres à établir que les messageries contenaient des correspondances couvertes par le secret des échanges entre un avocat et son client* ». Partant, la Cour de cassation valide la saisie par les enquêteurs des correspondances couvertes par le secret professionnel dans la mesure où (i) les éléments volontairement remis n'ont pas été utilisés à charge, et (ii) où aucun élément ne laisse présumer que les enquêteurs connaissaient l'existence de tels messages dans la messagerie préalablement à la remise de celle-ci (Cass. com., 29 janv. 2013, préc.).

Cette solution s'inscrit dans le prolongement d'un arrêt de la chambre civile du 8 mars 2012, lequel a également validé une procédure de sanctions AMF aux motifs que des correspondances couvertes par le secret professionnel et consignées dans le rapport d'enquête AMF avaient été écartées des débats par la Commission des sanctions (Cass. 1re civ., 8 mars 2012, n° 10-26.288, rejet c/ CA Paris, 9 sept. 2010). En l'espèce, deux courriels échangés entre un dirigeant de la société et un avocat, de surcroît portant sur l'analyse de la qualité de la communication financière de la société, avaient été appréhendés par les enquêteurs, qui avaient saisi toute la messagerie électronique en application de leur droit de communication. La possibilité que soient présentes des correspondances d'avocat parmi les fichiers contenus dans la messagerie électronique n'avait pas été évoquée lorsque les enquêteurs avaient demandé et obtenu copie de la messagerie. Par suite, les correspondances litigieuses avaient été présentées par les enquêteurs à plusieurs personnes auditionnées pour recueillir des explications sur leur contenu, et évoquées dans le rapport du rapporteur. La Commission a rejeté le moyen de nullité de l'enquête tiré de l'atteinte aux

http://lamyline.lamy.fr

droits de la défense et écarté les correspondances litigieuses des débats. Les juges d'appel ont, eux retenu que le caractère volontaire de la remise d'une correspondance légalement confidentielle se déduit du silence de l'intéressé lors de la saisie de cette correspondance, pour juger qu'en l'espèce, c'est le client de l'avocat, c'est-à-dire le bénéficiaire du secret des correspondances, qui se prévaut dudit secret, et que celui-ci « *n'est pas tenu de s'y conformer et peut rendre publique une correspondance couverte par le secret ou autoriser la levée du secret vis-à-vis d'un tiers* ». La cour d'appel a ainsi considéré qu' « *à partir du moment où il y avait eu une remise volontaire aux enquêteurs de l'intégralité de la messagerie électronique contenant les messages en question, cela valait levée du secret pour les besoins de l'enquête* », solution validée par la Cour de cassation.

Les jurisprudences susvisées soulignent les dangers générés par la remise de messageries électroniques aux enquêteurs, compte tenu de la masse de documents contenus et de leur caractère difficilement sécable. Comment, dès lors, s'assurer que les correspondances couvertes par le secret professionnel soient écartées par les enquêteurs ? Faut-il effectuer un tri sur place ou un placement sous scellé provisoire dans l'attente d'un tri ultérieur en présence de la personne concernée et de son avocat ? Plus encore, les jurisprudences évoquées traduisent la nécessité de mieux encadrer la « levée » du secret des correspondances client-avocat par le bénéficiaire du secret. En effet, il est parfaitement inacceptable que la remise volontaire aux enquêteurs de l'intégralité de la messagerie électronique contenant des messages couverts par le secret, hors la présence de l'avocat et sans rappel préalable des droits fondamentaux de la défense, notamment le droit d'opposer aux enquêteurs le caractère confidentiel des correspondances avec l'avocat, puisse valoir levée du secret professionnel. L'on ne peut du reste que s'interroger sur la conformité d'une telle solution jurisprudentielle aux exigences communautaires strictes en matière de protection du secret professionnel (TPICE, ord., 30 oct. 2003, aff. jtes T-125/03 et T-253/R, Akzo Nobel Chemicals Ltd ; CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c/ Commission) et considérer qu'en définitive, seule une manifestation expresse de volonté de l'intéressé, en présence de son avocat, pourrait exprimer valablement la renonciation à un droit aussi fermement préservé par la loi (Bull. Joly Bourse 2011, p. 231).

En définitive, la question de l'articulation du secret professionnel et du droit à communication traduit le défaut d'information et de préparation des professionnels susceptibles de faire l'objet d'enquêtes AMF, sur la pratique des enquêtes AMF et sur les droits dont ils peuvent et doivent se prévaloir, afin que l'angoisse suscitée par de telles procédures ne l'emporte pas sur la défense de leurs intérêts, à l'instar du droit de ne pas s'auto-incriminer.

B. – L'articulation du droit de ne pas s'auto-incriminer et du manquement d'entrave à l'enquête

Le droit au silence reste, certes, l'apanage des procédures strictement coercitives. Il est souligné à juste titre que « *le droit de se taire constitue un réel et nécessaire contrepoids aux prérogatives coercitives des autorités judiciaires qui, en phase d'enquête, disposent notamment de pouvoirs de rétention et de mesures privatives de libertés. Rien de tel devant le régulateur financier* » (Galland M., Évolution des pouvoirs de l'AMF en matière d'enquête et de contrôle, Bull. Joly Bourse 2013, p. 595).

Pour autant, le droit de se taire est jugé applicable aux procédures AMF, et ce dès la phase d'enquête (Déc. Comm. sanctions AMF, 24 nov. 2011, Allianz Global Investors France, BNP Paribas, Société Générale, M.), bien qu'il ne soit pas exigé pour la validité de la procédure que ce droit soit rappelé aux personnes interrogées par les agents de l'AMF. La faculté de garder le silence ne fait pas obstacle au droit des membres de la commission des sanctions de tirer de ce silence toute conséquence utile à leur appréciation.

Le droit au silence repose avant tout sur la nécessité d'éliminer toute forme de contrainte pouvant amener une personne à faire des déclarations. Or, depuis la loi SRAB, l'AMF dispose d'un arsenal complet pour inciter – obliger ? – à collaborer à l'enquête : dans le cadre des visites domiciliaires, les enquêteurs peuvent saisir des documents ; dans le cadre de la demande d'information, les personnes sollicitées sont soumises au risque de voir leur responsabilité engagée pour entrave à l'enquête.

La création du manquement administratif d'entrave à l'enquête évoqué précédemment (voir *infra*, I.A.) amène à s'interroger sur l'articulation de ce dernier avec le droit de ne pas participer à sa propre incrimination. Il est vrai que l'entrave constitue « *la seule base légale conférant à une enquête une dimension contraignante, à défaut d'être véritablement coercitive. Utilisé avec parcimonie, l'effet dissuasif attaché à l'existence d'un manquement d'entrave vient rééquilibrer la procédure, en permettant au régulateur de prévenir et, le cas échéant sanctionner, les comportements abusifs d'obstruction* » (Galland M., préc.). Cependant, l'opacité de ce nouveau manquement et le défaut de formalisme des mesures d'enquête de l'AMF créent chez les personnes physiques et morales visées une forme d'insécurité juridique – les droits dont elles peuvent se prévaloir, les procédures et modalités d'enquête, mais également les comportements susceptibles d'être considérés comme de l'entrave, ne sont pas clairement définis. À cela s'ajoute l'absence de texte faisant obligation aux enquêteurs de mentionner (aussi bien lors de la signature du procès-verbal de remise des duplicata de ces messageries que lors de toute demande complémentaire ultérieure) le droit de se faire assister par un avocat, si bien que les personnes ne peuvent se reposer que sur elles-mêmes pour faire valoir leurs droits, le moment voulu.

La procédure de remise de documents sur une base volontaire constitue le meilleur exemple de cette ambiguïté propre à la procédure AMF. Si, en principe, la personne sollicitée dans le cadre de l'article L. 621-10 du code monétaire et financier dispose du droit à ne pas concourir à sa propre incrimination et, partant, de ne pas remettre les documents et informations demandés si elle ne le souhaite pas, elle s'expose aux conséquences procédurales et pécuniaires induites par le refus de communiquer les informations demandées – nombreuses sont les décisions de la Commission des sanctions qui prennent en compte, dans la détermination du *quantum* de la sanction, le degré de coopération des personnes mises en cause – ainsi qu'au risque de voir sa responsabilité engagée pour entrave à l'enquête.

L'instauration d'un manquement d'entrave à l'enquête et la prise en compte du degré de coopération au moment de la fixation de la sanction pécuniaire ou disciplinaire invitent à faire droit aux demandes des enquêteurs. S'agit-il seulement d'une invitation ? Ne sommes-nous pas à la limite de la contrainte morale voire financière, à défaut d'être physique ? En pratique, les personnes

http://lamyline.lamy.fr

faisant l'objet de demandes d'information de la part des enquêteurs, ne connaissant pas ou peu la procédure AMF, préféreront communiquer spontanément des informations, sans toujours mesurer la portée d'une telle initiative pour leur défense, par peur de se heurter aux enquêteurs et d'en subir les conséquences procédurales et pécuniaires. En effet, les procédures AMF demandent aux personnes visées « *de faire preuve de réflexes psychologiques auxquels leur contexte professionnel ne les habitue pas forcément, pas plus que ne les y prépare l'image d'intégrité qu'elles ont généralement des services chargés de l'enquête – sans parler de la crainte que peut leur inspirer le risque d'irriter une autorité capable de les condamner, même sans preuve directe (...) à des sanctions pécuniaires dont le montant (...) défie l'imagination* » (Bompoint D., Les droits de la défense sont-ils plus flexibles que les règles d'information du marché ?, Bull. Joly Bourse 2011, p. 231).

Dans un cas d'espèce, les personnes présentes dans les locaux de la société poursuivie lors de la visite des enquêteurs avaient remis des informations aux enquêteurs et soutenaient avoir agi avec la conviction qu'elles étaient dans le cadre d'une visite domiciliaire et non face à une simple demande d'information. Elles auraient ainsi obtempéré pour éviter la coercition. La défenderesse faisait valoir que les agents de l'AMF avaient trompé les personnes présentes sur le cadre de leur intervention et donc sur les pouvoirs qu'ils détenaient réellement (Didier P.). La Commission des sanctions a pourtant constaté la validité de la remise des documents, aux motifs notamment que l'objet de l'enquête avait été notifié aux personnes présentes, et qu'aucun texte n'impose d'avertir la personne à laquelle il est demandé de communiquer des documents qu'elle est libre de ne pas le faire (Déc. Comm. sanctions AMF, 5 juin 2013, préc.).

Ici encore, l'on voit que le justiciable doit être particulièrement circonspect compte tenu du formalisme insuffisant de la procédure d'enquête AMF. D'une certaine manière, cette procédure use de la crainte suscitée par l'institution auprès des professionnels, force symbolique qui tend à compenser le manque de pouvoirs coercitifs. L'enquête AMF, qui repose essentiellement sur le droit à communication décrit précédemment, cherche en effet à inciter le plus possible les personnes visées à contribuer de leur propre initiative à l'enquête, afin de pallier l'absence de moyens de contrainte – à l'exception du pouvoir de saisie sur autorisation du JLD. Face à ce manque de formalisme, il incombe au justiciable de connaître ses droits, de les faire valoir au cours de l'enquête et de faire preuve de précaution quant aux informations spontanément remises aux enquêteurs.

À ceux qui se prévalent de la particularité de la procédure AMF, de sa nature administrative comme de l'absence de prérogatives coercitives, pour tenter de justifier les entorses aux droits de la défense au cours de l'enquête, il convient de rappeler que :

- d'une part, le collège transmet le rapport d'enquête ou de contrôle au procureur de la République financier lorsque ce dernier fait état d'éventuelles infractions pénales (C. mon. fin., art. L. 621-15-1), de telle sorte que l'enquête AMF peut conduire à l'engagement de poursuites pénales parallèles ;
- d'autre part, le pouvoir de sanction de la Commission est particulièrement lourd, celle-ci pouvant prononcer des sanctions liées à l'exercice des activités des professionnels visés ainsi que des sanctions pécuniaires d'un montant de cent millions d'euros ou jusqu'au décuple du montant des profits éventuellement réalisés ;
- enfin, la mise en cause d'une personne physique ou morale devant l'AMF, indépendamment de l'éventualité d'une condamnation ultérieure, a un impact d'image et de réputation très lourd, notamment à raison de la forte attention médiatique suscitée par les procédures AMF – « *Le secret de l'enquête n'empêche pas les divulgations et, partant, les supputations des médias, si bien qu'une sorte de présomption de culpabilité en vient paradoxalement à peser sur les personnes mises en cause* » (Feldman J.-P., préc.).

La prise en compte de ces trois facteurs atteste de la nécessité de replacer les droits de la défense au centre de la procédure AMF et d'en garantir l'exercice effectif, à tous les niveaux de la procédure, et par tous les acteurs impliqués par celle-ci.

Au-delà de l'intervention du législateur, cet impératif repose sur l'AMF, qui doit faire évoluer ces pratiques lors de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête pour mieux tenir compte des exigences communautaires mais également des principes qu'elle a elle-même consacré aux termes de la Charte de l'enquête. Mais la promotion des droits de la défense tout au long de la procédure AMF constitue avant tout un combat permanent pour les avocats au service des justiciables, tant dans leur action auprès des juridictions que dans l'accompagnement des professionnels visés par de telles procédures. Il apparaît indispensable, à cet égard, de former et de sensibiliser les personnes visées aux particularismes de la procédure AMF et à ses carences, afin de faire preuve, en temps utile, des bons réflexes face aux enquêteurs AMF et rester ainsi inflexibles sur les droits dont elles peuvent se prévaloir. ■