

LOI DE SÉPARATION ET DE RÉGULATION DES ACTIVITÉS BANCAIRES

VERS LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DES AUTORITÉS DE RÉGULATION



Silvestre Tandeau de Marsac

Avocat au Barreau de Paris

Fisher, Tandeau de Marsac, Sur & Associés

Outre la séparation – très débattue – des activités des banques, la loi de séparation et de régulation des activités bancaires contient d'autres points essentiels : c'est le cas du renforcement des pouvoirs des régulateurs et superviseurs. Cet article présente les dispositions relatives à l'Autorité des marchés financiers (AMF), tandis que le prochain numéro de Revue Banque détaillera celles concernant l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP).

L'un des objectifs premiers de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires est de tirer les enseignements d'une insuffisance de régulation. Dans cette perspective, le titre IV de la loi a prévu le renforcement des pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers et de l'Autorité de contrôle prudentiel et de régula-

tion[1]. Ce titre se compose de trois chapitres : le premier se consacre aux pouvoirs de l'AMF, le second à ceux de l'ACP et le troisième à la supervision des chambres de compensation.

DROIT DE COMMUNICATION DE L'AMF DANS SA MISSION DE VEILLE ET DE SURVEILLANCE

En préambule, la loi répare une omission en cas de vacance ou d'empêchement durable des fonctions de président de l'AMF. Il est désormais prévu qu'il puisse désigner un membre du Collège pour assurer l'intérim et l'exercice de l'ensemble de ses pouvoirs durant cette période[2].

Concernant la mission de veille et de surveillance du superviseur, le dispositif existant issu de la transposition des directives Marchés d'instruments financiers (2004), Abus de marchés (2003) et OPCVM IV (2009) ne permettait pas à l'AMF de s'appuyer sur un texte précis pour motiver les demandes d'information adressées aux professionnels qu'elle régule. Selon le rapporteur, certains d'entre

eux, profitant de cette faille, tardaient à lui communiquer les informations requises pour identifier de possibles abus de marchés ou des manquements à leurs obligations professionnelles, ce qui différait d'autant les propositions d'enquête ou de contrôle. L'AMF pouvait même, faute de pouvoir exiger certaines informations, renoncer à proposer une enquête ou un contrôle. La nouvelle loi renforce la base juridique de l'activité de veille et de surveillance en permettant à l'AMF de solliciter l'ensemble des acteurs des marchés et d'obtenir de leur part la transmission de tous documents, informations ou données – quel qu'en soit le support – utiles à l'exercice de sa mission de veille et de surveillance[3]. Cette modification est importante puisqu'elle ouvre l'exercice de ce pouvoir de communication en amont d'une procédure de contrôle ou d'enquête.

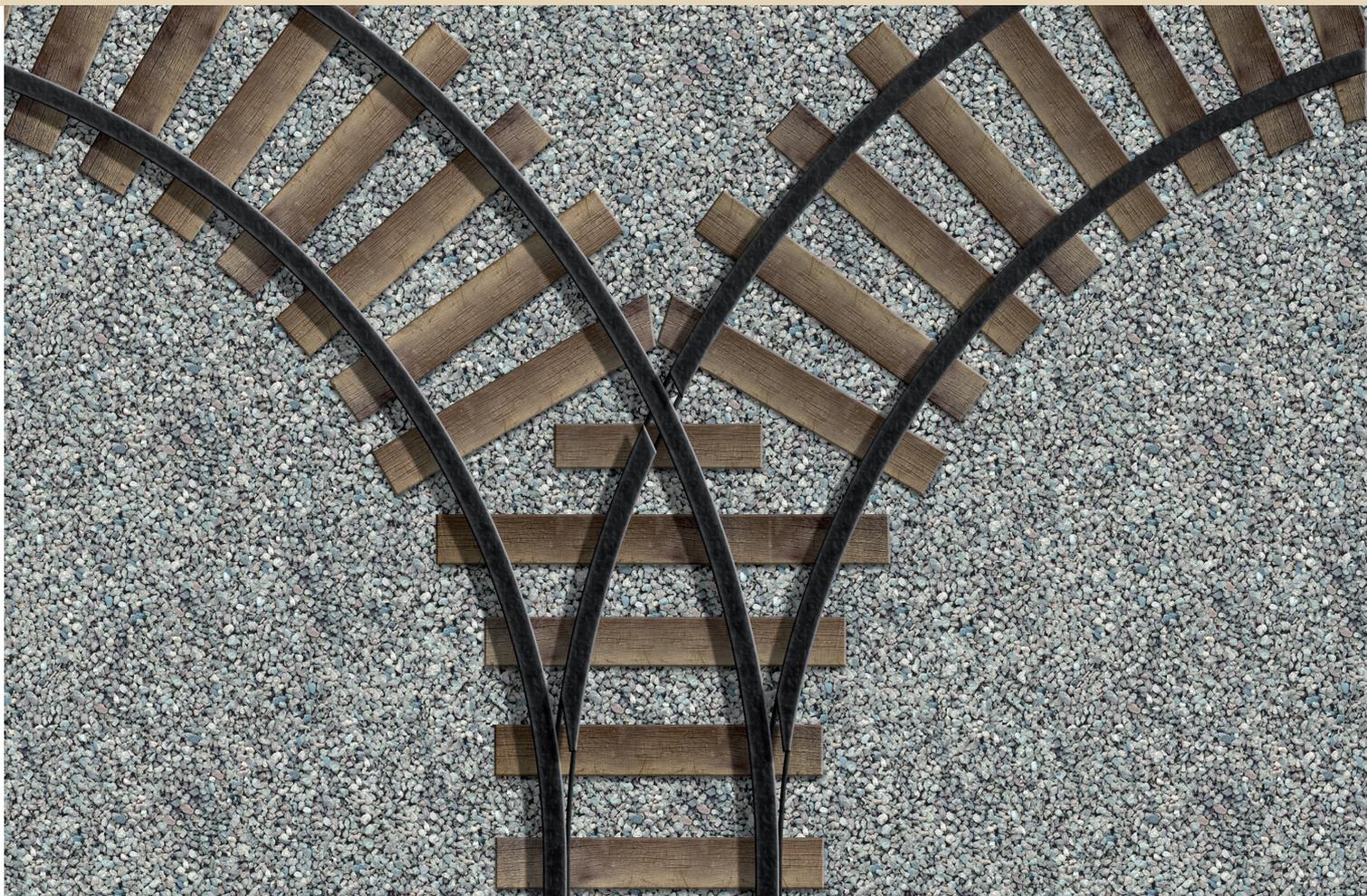
LES POUVOIRS DES ENQUÊTEURS ET DES CONTRÔLEURS

Il s'agit là encore d'accroître l'efficacité de la direction des enquêtes

[1] Articles 12 à 15.

[2] Article L. 621-2 complété du Code monétaire et financier.

[3] Article L. 621-8-4 du Code monétaire et financier.



et des contrôles de l'Autorité des marchés financiers tout en tirant les conséquences des dernières jurisprudences de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris, rappelant expressément l'applicabilité du principe de loyauté dans le cadre des enquêtes[4]. On se souviendra notamment de l'arrêt de la cour d'appel de Paris se prononçant dans l'affaire dite *Nortene Kelly*, sur renvoi après cassation. Par un arrêt du 13 septembre 2012, la cour d'appel de Paris avait annulé un procès-verbal dans lequel les déclarations spontanées 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 nullité de ce procès-verbal a été étendue à l'ensemble des pièces subséquentes et à la décision de la Commission des sanctions. C'est pourquoi la nouvelle loi a prévu deux mesures :

– l'alignement du régime des contrô-

leurs sur celui des enquêteurs : jusqu'à présent, les contrôleurs pouvaient, aux termes de l'article 143-3 du Règlement général de l'AMF « *entendre toute personne agissant pour le compte ou sous l'autorité de la personne contrôlée* ». Il est désormais proposé d'aligner leurs pouvoirs sur celui des enquêteurs en leur permettant expressément de se faire communiquer par toute personne tous les documents et informations utiles aux contrôles[5] ; – l'encadrement du recueil des explications des personnes auditionnées : il a été jugé souhaitable d'autoriser les enquêteurs à recueillir les explications des personnes lors des visites sur place, pratique qui avait déjà cours mais sanctionnée par des décisions de jurisprudence défavorables à l'AMF.

Ainsi, la Cour de cassation avait cassé un arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait autorisé les enquêteurs à recueillir les déclarations spontanées lors des visites sur place, au motif

que les juges du fond avaient omis de constater « que la personne dont les déclarations ont été recueillies par les enquêteurs dans les locaux de la société GSTI avait, préalablement à celles-ci, renoncé au bénéfice des règles applicables aux auditions, visant à assurer la loyauté de l'enquête[6] [...] ».

Désormais, les enquêteurs et contrôleurs sont autorisés explicitement à recueillir les explications des personnes lors des visites sur place, mais ils doivent leur rappeler qu'elles sont en droit de se faire assister d'un conseil de leur choix[7].

LE POUVOIR DE PRENDRE UNE IDENTITÉ D'EMPRUNT

En l'absence de bases législatives ou réglementaires, les enquêteurs ou les contrôleurs ne pouvaient pas rendre une personnalité d'emprunt pour accéder aux services fournis par

[6] Cass. com. 24 mai 2011, précité.

[7] Articles L. 621-10, L. 621-11 et R. 621-35 du Code monétaire et financier.

[4] Cass. com. 24 mai 2011, affaire dite *Nortene Kelly*.

[5] Article L. 621-10 du Code monétaire et financier.

des prestataires exclusivement via Internet. En pratique, les informations utiles à l'enquête ou au contrôle ne pouvaient être recueillies. Il est donc désormais prévu de donner aux enquêteurs et aux contrôleurs la possibilité de prendre une identité d'emprunt pour accéder aux informations et éléments disponibles sur ces plates-formes Internet, de même que pour identifier l'offre de service d'investissement et les conditions de commercialisation des instruments financiers. Le nouveau texte précise que l'usage de cette identité d'emprunt n'est pas pénalement répréhensible dans ce cadre[8].

CADRE ET CHAMP D'APPLICATION DES VISITES DOMICILIAIRES

Jusqu'à présent, la visite domiciliaire, c'est-à-dire la mesure coercitive qui permet aux enquêteurs d'accéder aux locaux professionnels et au domicile des personnes et de se voir remettre des documents, ne pouvait être pratiquée que pour la recherche de trois infractions pénales boursières :

- le délit de fausse information ;
- le délit d'initié ;
- la manipulation de cours nécessairement commise sur un marché réglementé.

Désormais, la visite domiciliaire pourra intervenir pour tout fait susceptible d'être qualifié de délit pénal contre les biens et d'être sanctionné par la Commission des sanctions de l'AMF, en application de l'article L. 621-15[9]. En outre, afin de faciliter le travail des enquêteurs lorsque les locaux visités sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, il est proposé qu'une ordonnance unique puisse être délivrée par l'un des juges des libertés et de la détention com-

« La nouvelle loi permet à l'AMF de solliciter l'ensemble des acteurs des marchés et d'obtenir de leur part la transmission de tous documents, informations ou données, quel qu'en soit le support. »

pétents. Le régime des explications des personnes sollicitées sur place est désormais encadré selon le même régime que celui prévu à l'occasion des enquêtes et contrôles[10]. Enfin, le champ des manquements susceptibles d'être incriminés est étendu à d'autres marchés que le marché réglementé (Alternext) en élargissant le champ des applications des articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code monétaire et financier.

INTRODUCTION D'UN MANQUEMENT AUTONOME D'ENTRAVE

En pratique, l'AMF a constaté que ses contrôleurs et enquêteurs se trouvaient trop souvent confrontés à un manque de coopération des personnes faisant l'objet d'un contrôle ou d'une enquête. Elles ne répondent qu'après de multiples relances ou font parvenir des documents qui ne correspondent pas aux demandes effectives des contrôleurs ou des enquêteurs, ce qui a inévitablement pour effet de retarder la procédure. Partant du principe que le délit d'entrave, seule réponse pénale à de tels comportements, n'était pas adapté et trop long et délicat à mettre en œuvre, le Gouvernement a prévu l'introduction dans l'article L. 621-15, II du Code monétaire et financier d'un nouveau manquement administratif pour obstruction aux investigations des enquêteurs et des contrôleurs, susceptible d'être sanctionné par la

Commission des sanctions. Le III du même article est modifié pour prévoir le montant des sanctions.

Cette dépenalisation du délit d'entrave pose néanmoins plusieurs questions. En premier lieu, la disparition de l'exigence d'un élément intentionnel aboutit à la création d'un « manquement d'entrave » purement objectif. Mais comment peut-on se voir reprocher une obstruction aux investigations des enquêteurs et des contrôleurs sans démontrer l'intention de la personne à qui ce manquement est reproché? Par essence, l'entrave est intentionnelle. En second lieu, l'introduction de ce manquement autonome d'entrave rend totalement illusoire le droit pour la personne contrôlée, ou faisant l'objet d'une enquête, de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer.

Pourtant, ce droit a été consacré par la Cour européenne des Droits de l'homme dans son fameux arrêt *Brusco* condamnant la France pour violation du droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination pendant la garde à vue[11]. À la suite de cette décision, le Code de procédure pénale a d'ailleurs été modifié.

EXTENSION DE PUBLICATIONS AUX MARCHÉS AUTRES QUE RÉGLEMENTÉS

Enfin, si les services de l'AMF disposent d'ores et déjà d'outils législatifs pour appuyer leurs demandes d'informations auprès des émetteurs lorsque leurs titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, tel n'était pas le cas lorsque les instruments financiers d'un émetteur étaient seulement admis aux négociations sur un système multilatéral de négociation organisé (par exemple Alternext). La nouvelle loi modifie l'article L. 621-18 du Code monétaire et financier pour réparer cette anomalie. ■

[8] Article L. 621-10-1 du Code monétaire et financier.

[9] Article L. 621-12 du Code monétaire et financier modifié.

[10] Article L. 621-12 du Code monétaire et financier modifié.

[11] CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c/ France*.