

LES DROITS DE LA DÉFENSE ET LES PROCÉDURES D'ENQUÊTE ET DE SANCTION DE L'AMF

Décision *Europacorp* en date du 27 octobre 2014



MURIEL GOLDBERG-DARMON
Docteur en droit
Avocat associé
DLA Piper France LLP

Les règles du procès équitable, par construction jurisprudentielle, sont applicables à la procédure devant la Commission des sanctions devant l'AMF. La décision *Europacorp* conforte cette construction, en s'assurant du respect des droits de la défense lors de l'enquête diligentée par les personnes investies des pouvoirs d'enquête au sein de la Commission et en cours de séance. Les principes d'impartialité, de loyauté, du contradictoire et de l'égalité des armes sont affirmés.



ALICE PEZARD
Conseiller honoraire à la Cour de cassation
Avocat
DLA Piper France LLP

À l'instar du contrôle opéré sur les moyens de procédure dans sa décision du 23 juin 2013 à l'égard de la société LVMH, la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF) a précisé, dans sa récente décision du 27 octobre 2014 à l'égard de la société *Europacorp* les principes fondamentaux (i) d'impartialité, (ii) de loyauté et (iii) d'égalité des armes applicables aux procédures d'enquête et de sanction de l'Autorité des marchés financiers.

Ces trois moyens de procédure opposés en défense ont tous été rejetés par la Commission des sanctions dans sa décision précitée, à l'occasion d'un litige portant au fond sur la qualité de l'information comptable et financière donnée au public par la société cotée (sanctionnée d'une amende de 200 000 euros) et ses commissaires aux comptes (tous deux mis hors de cause).

SUR LE PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ ET D'ABSENCE DE CONFLIT D'INTÉRÊTS DES ENQUÊTEURS

La première irrégularité de procédure relative à l'impartialité de l'enquête était soulevée aux motifs que le rapport d'enquête avait été signé par l'ancienne directrice de

la direction des affaires comptables de l'AMF, devenue secrétaire générale adjointe en charge des enquêtes et des contrôles, alors que la direction des affaires comptables avait été amenée à prendre des positions dans l'examen du document de référence de la société *Europacorp*.

La défense faisait valoir que l'AMF aurait ainsi contrevenu aux exigences d'impartialité et d'absence de conflits d'intérêts posées par l'article R. 621-33 II du Code monétaire et financier, qui énonce notamment que :

« I. [...] »

Nul ne peut être désigné pour effectuer une enquête ou un contrôle auprès d'une personne morale au sein de laquelle il a exercé une activité professionnelle au cours des trois années précédentes.

II. Avant de confier un ordre de mission à l'une des personnes mentionnées au 2° du I et au II de l'article R. 621-31, le secrétaire général s'assure que la personne pressentie n'est pas susceptible d'être en conflit d'intérêts avec la personne appelée à être l'objet de la mission de contrôle ou d'enquête. [...] »

Or, l'article R. 621-31 I 2° et II du Code monétaire et financier, visé dans l'article précité, concerne uniquement des personnes tierces à l'AMF (outre les institutions ou professions expressément visées, il peut s'agir d'une manière générale de toutes personnes ou organismes compétents en matière d'études ou de conseil dans le domaine financier).

Il résulte ainsi de la combinaison des articles R. 621-31 et R. 621-33 précités que l'obligation du secrétaire général de l'AMF de s'assurer, avant de confier une mission de contrôle ou d'enquête, que la personne pressentie ne soit pas en conflit d'intérêts avec la personne appelée à être l'objet de cette mission, ne s'applique pas au personnel de l'AMF, mais seulement en cas de recours à des personnes tierces à l'AMF, visés au 2° du I et au II de l'article R. 621-31, en application de l'article L. 621-9-2 du Code monétaire et financier.

L'appréciation du conflit d'intérêts potentiel entre un enquêteur de l'AMF et la personne contrôlée ou sous enquête se limite au fait que l'enquêteur de l'AMF ne doit pas y avoir exercé une activité professionnelle au cours des trois années précédentes.

En l'espèce, il ne s'agissait pas d'une relation hiérarchique existante ou passée entre deux personnes, l'une contrôlée et l'autre contrôlant, mais d'une seule et même

personne au sein de l'AMF, chargée de deux activités de « contrôle » successives à l'égard de la même entité. En l'espèce, la directrice de la direction des affaires comptables avait eu dans un premier temps à traiter de sujets liés au document de référence d'Europacorp, puis dans un deuxième temps, en qualité de secrétaire générale adjointe en charge des enquêtes et des contrôles, avait signé un rapport d'enquête sur cette même société cotée. La Commission des sanctions constate au surplus que « la personne en cause a signé le rapport en qualité de secrétaire générale adjointe et non d'enquêtrice ».

La Commission des sanctions pose néanmoins comme principe que « l'enquête doit seulement être loyale, afin de ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés ». Ainsi, quand bien même, comme le souligne la Commission des sanctions, l'auteur d'un rapport n'est-il pas soumis aux exigences d'impartialité et d'indépendance applicables aux autorités de jugement, la Commission des sanctions s'interroge sur la portée d'une compromission irrémédiable, seuil à ne pas franchir et décide que ce seuil n'a pas été atteint dès lors que « les interventions de la direction des affaires comptables évoquées par les mises en cause sont sans lien avec les griefs notifiés et n'ont en aucun cas pu faire naître un quelconque conflit d'intérêts ». Tel est le cas en l'espèce, selon la Commission des sanctions, dans la mesure où la société Europacorp était mise en cause pour avoir manqué à son obligation d'information du public à l'occasion de la publication du communiqué de presse du 15 avril 2010 et de celle des comptes consolidés au 31 mars 2009 et au 31 mars 2010, en violation de l'article 223-1 du règlement général de l'AMF.

SUR LE PRINCIPE DE LOYAUTÉ DE L'ENQUÊTE

La défense a soulevé une deuxième irrégularité de procédure en reprochant aux enquêteurs d'avoir occulté des éléments à décharge, susceptibles de contredire les conclusions de l'enquête ou de démontrer l'existence d'erreurs manifestes, ce qui aurait privé la personne mise en cause d'une chance réelle d'échapper à un renvoi devant

la Commission des sanctions lors de l'analyse du dossier par le Collège décidant des notifications de griefs.

La Commission des sanctions rappelle l'exigence du respect du principe de loyauté en énonçant que « l'enquête doit être loyale de façon à ne pas porter une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont finalement notifiés ».

Elle précise que, sous réserve de respecter ce principe de loyauté, les enquêteurs sont libres de déterminer les éléments qu'ils entendent annexer et utiliser dans leur rapport d'enquête.

Dans le dossier LVMH précité, il convient de rappeler que dès le stade de l'enquête, la défense avait demandé et pu avoir accès à certaines pièces du dossier d'enquête, notamment une audition, visées dans la lettre circonstanciée mais non jointe, au nom du respect des principes de loyauté et du contradictoire, et que par la suite, les pièces qui avaient été sollicitées ont toutes été annexées au rapport d'enquête.

Dans la procédure Europacorp, les enquêteurs ont été reconnus libres de déterminer les éléments qu'ils entendent annexer et utiliser dans le rapport d'enquête.

La question soulevée est cruciale : la Commission des sanctions a d'ailleurs exercé un contrôle au-delà du principe qu'elle énonce, en constatant que tous les arguments soulevés au soutien de la défense de la personne mise en cause ont non seulement été repris dans le rapport d'enquête, mais également annexés à celui-ci. Il en résulte que les enquêteurs n'ont ainsi pas exercé leur pouvoir de sélection des pièces, permettant à la Commission des sanctions de constater qu'aucun élément n'a été occulté par les enquêteurs dans le rapport d'enquête.

La Commission des sanctions conforte son analyse en ajoutant que la personne mise en cause « a été en mesure d'apporter toutes les précisions qu'elle estimait utile à sa défense dans ses observations en réponse aux notifications de griefs, dans sa réponse au rapport du rapporteur, ainsi qu'au cours de la séance ».

Si la Commission des sanctions s'est ainsi prononcée au titre du principe de loyauté soulevée par la défense, elle aurait pu, si elle y avait été invitée, décider de même que le principe du contradictoire avait également été respecté, s'agissant des éléments à décharge.

À cet égard, d'aucuns appellent de leurs vœux que la Cour de cassation décide un revirement de sa jurispru-

dence (Cass. com 6 sept 2011, n° 10-11564) et juge que le respect du contradictoire a vocation à s'appliquer même avant la notification des griefs, dont il est possible de constater un début de réponse, dans certaines circonstances, dans le cadre de l'affaire LVMH précitée.

SUR LES PRINCIPES DU CONTRADICTOIRE ET DE L'ÉGALITÉ DES ARMES LORS DE LA SÉANCE DE LA COMMISSION DES SANCTIONS

La troisième irrégularité de procédure a été soulevée en séance par la défense qui a fait valoir que le représentant du Collège, dont les observations orales se seraient écartées de la notification de griefs initiale, aurait dû déposer celles-ci, par écrit, dans les 15 jours suivant la réception du rapport du rapporteur, comme il en va des observations des mis en cause, de manière à permettre à ces derniers d'y répondre utilement lors de la séance de la Commission des sanctions.

Cette position exigerait en fait une modification de l'article R. 621-39 II du Code monétaire et financier qui ne prévoit pas l'obligation, mais la simple faculté, de dépôt des observations du représentant du Collège qui assiste à la séance publique, mais pas aux délibérations confidentielles de la Commission des sanctions.

La Commission des sanctions souligne qu'« en tout état de cause, les observations du représentant du Collège, qu'elles soient présentées par écrit avant la séance ou oralement par celui-ci au cours de la séance, ne peuvent avoir pour objet, ni légalement pour effet, d'étendre la portée des griefs initialement notifiés ou d'en changer la nature ».

Selon la Commission des sanctions, les principes du contradictoire et de l'égalité des armes sont, dans ces conditions, explicitement respectés.

Ainsi, à l'occasion de la séance publique, la Commission des sanctions entend bien vérifier le caractère *ultra petita* éventuel des propos tenus par le représentant du Collège en précisant qu'il lui appartient d'apprécier le bien-fondé de l'acte d'accusation matérialisé par la notification de griefs, sans que puissent être prises en compte les évolutions postérieures desdits griefs éventuellement développées par le représentant du Collège lors de la séance.

En l'espèce, elle a relevé, en outre, qu'un débat oral s'est tenu en séance, ce qui a pu contradictoirement dissiper toute ambiguïté.

Néanmoins, compte tenu du caractère écrit de la procédure de sanction jusqu'à la séance publique de la Commission des sanctions, les observations du représentant du Collège mériteraient d'être déposées en procédure, à l'instar du rapport du Rapporteur et des observations en réponse des personnes mises en cause. Cela permettrait d'assurer un contradictoire plus respectueux des droits de la défense, dans le cadre de l'audience de la Commission des sanctions dont l'importance ne cesse de croître.

En conclusion, la décision *Europacorp* consacre la mise en œuvre procédurale par l'AMF des principes fondamentaux prévus par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme, le Conseil constitutionnel et le Code de procédure pénale. Reste à savoir si la cour d'appel de Paris, saisie du recours d'*Europacorp* et du recours incident du président de l'AMF, validera l'ensemble des conclusions de la Commission des sanctions. ■