

LES POUVOIRS AUTONOMES DE COMMUNICATION DE L'AMF AU REGARD DES DROITS DE LA DÉFENSE

Hubert de Vauplane

Avocat associé, Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

Rémi Jouaneton

Avocat, Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

Pour accomplir ses missions de protection de l'épargne et de surveillance des marchés d'instruments financiers, l'Autorité des marchés financiers (« AMF »), en tant qu'autorité publique indépendante (dont la mention relative à sa personnalité morale a d'ailleurs disparu de l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier à la faveur de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017¹), est dotée de pouvoirs d'investigation et de contrainte dont certains peuvent être particulièrement déstabilisants pour la personne qui en est l'objet.

C'est assurément le cas des prérogatives contenues à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier, si l'on en juge par les nombreuses critiques qu'elles ont suscitées². Les nombreux commentaires, relatifs notamment à la manière dont la jurisprudence a traité la question de la communication des documents couverts par le secret professionnel, ont souvent mis en avant le peu de cas que les juges faisaient du respect des droits de la défense³.

1. La loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, ainsi que la loi organique n° 2017-54 du même jour, ont pour objet de simplifier le paysage de ces autorités dont la prolifération, ces dernières années, rendait le régime difficilement lisible. L'article 2 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 disposant désormais formellement que « les autorités publiques indépendantes disposent de la personnalité morale », il a paru au législateur superfétatoire de le rappeler à l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier au sujet de l'AMF, si bien que la précision textuelle quant à sa personnalité morale a été abrogée.

2. V. notamment : D. Bompoin, Les beaux cadeaux du 10^e anniversaire de l'Autorité des marchés financiers, *Bull. Joly Bourse*, décembre 2013, p. 607.

3. C. Arsouze, La difficile conciliation d'impératifs contradictoires : droit d'accès aux locaux à usage professionnel par les enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers et droit au respect du domicile, *Revue des sociétés* 2007 p. 851 ; N. Rontchevsky, La confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client à l'épreuve de la recherche des preuves d'abus de marché, *RTD Com.* 2012 p. 165 ; D. Marty, M. FRANÇON, L'utilisation induite d'une information confidentielle par l'AMF validée par la Cour de cassation, *JCP E*, n° 16, 19 avril 2012, 1251 ; E. Dezeuze, M. Françon, Enquête AMF et secret des correspondances d'avocat : « C'est Quand Qu'on Va Où ? », *Revue des sociétés* 2013 p. 367.

Mais au-delà de l'usage que peuvent en faire les enquêteurs et des dérives qui ont pu être constatées, le texte contient en lui-même une faille mise à jour récemment par le Conseil constitutionnel au sujet de l'un des droits à communication que l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier confère à ses agents : le pouvoir d'obtenir des opérateurs de télécommunication les données de connexion des utilisateurs qui a été déclaré contraire à la Constitution dans une décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017.

Cette décision conduit naturellement à réexaminer ce texte au regard des libertés fondamentales, et notamment la question des droits à communication particulièrement étendus qu'il accorde à l'AMF. L'on verra que l'analyse du Conseil constitutionnel doit conduire aujourd'hui à repenser le régime des pouvoirs autonomes de communication de l'AMF.

I. POSITION DU PROBLÈME

A. Les droits à communication sur pouvoirs propres de l'AMF

Les agents de l'AMF disposent d'un éventail de pouvoirs étendus pour accomplir leurs missions d'enquête et de contrôle. Au nombre de ceux-ci figurent les nombreuses possibilités que leur réserve l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier.

Outre le droit d'accéder à tous les locaux à usage professionnel, de recueillir des explications sur place, et de convoquer et d'entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations, ce texte confère aux enquêteurs un double pouvoir de communication : celui de « *se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support* », et celui de se faire communiquer les données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques, les fournisseurs d'accès à un service de communication au public en ligne ou les hébergeurs de contenu sur un tel service.

Il s'agit ici de ce que l'on appelle communément les investigations sur pouvoirs propres, par opposition à d'autres mesures (visites domiciliaires et procédures de saisies) qui, elles, nécessitent l'autorisation préalable du juge judiciaire (article L. 621-12 du Code monétaire et financier).

Ces prérogatives autonomes de l'AMF sont issues de plusieurs textes dont le plus ancien remonte à l'époque de la création de la Commission des opérations de bourse à la fin des années 1960. C'est, en effet, l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967, qui, en même temps qu'elle instituait une Commission des opérations de bourse (« **COB** »), lui donna le pouvoir, en son article 5, de faire les vérifications nécessaires à l'accomplissement de ses missions et d'obtenir communication de tous les documents qu'elle jugerait utiles. Ce texte a subi quelques modifications au cours des années⁴ avant de faire l'objet d'une codification

4. Notamment par la loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier qui supprima l'exigence préalable à toute demande de communication d'une délibération particulière par la COB.

en 2001 à l'article L. 621-10 par l'ordonnance n° 2001-1276.

Cet article dispose :

« Afin d'assurer l'efficacité de ses missions, l'AMF dispose d'enquêteurs habilités à accéder à tous les locaux à usage professionnel des personnes soumises à sa surveillance. »

Les enquêteurs ont le droit d'accéder à tous les locaux à usage professionnel, de recueillir des explications sur place, et de convoquer et d'entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations.

Les dispositions relatives à la communication des données de connexion des utilisateurs ont été ajoutées à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier par la loi n° 2003-706 du 30 juillet 2003 relative à la sécurité des systèmes d'information. Cette loi s'agissait simplement d'ajouter des données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques, les fournisseurs d'accès à un service de communication au public en ligne ou les hébergeurs de contenu sur un tel service. Cette disposition a été ajoutée à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier par la loi n° 2003-706 du 30 juillet 2003 relative à la sécurité des systèmes d'information. Cette loi a été modifiée par la loi n° 2003-706 du 30 juillet 2003 relative à la sécurité des systèmes d'information, mais la disposition relative à la communication des données de connexion des utilisateurs a été ajoutée à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier par la loi n° 2003-706 du 30 juillet 2003 relative à la sécurité des systèmes d'information.

Il faut donc constater que les dispositions relatives à la communication des données de connexion des utilisateurs ont été ajoutées à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier par la loi n° 2003-706 du 30 juillet 2003 relative à la sécurité des systèmes d'information.

Le premier alinéa de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier a été modifié par la loi n° 2003-706 du 30 juillet 2003 relative à la sécurité des systèmes d'information.

Puis, en renfort de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier, la loi n° 2013-672 du 22 août 2013 relative à la transparence de l'information sur les coûts des services financiers a ajouté à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier la disposition suivante :

5. Version au 1^{er} janvier 2013.

6. Loi n° 2001-1276 du 21 décembre 2001 relative à la sécurité des systèmes d'information.

7. Compte rendu de la séance du 21 décembre 2001.

8. Notamment l'alignement du pouvoir de recueillir des explications sur place sur le pouvoir de recueillir des explications sur place du Code monétaire et financier.

en 2001 à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier nouvellement créé par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000.

Cet article disposait, au lendemain de sa codification⁵ :

« Afin d'assurer l'exécution de sa mission, la Commission des opérations de bourse dispose d'enquêteurs habilités par le président selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État.

Les enquêteurs peuvent, pour les nécessités de l'enquête, se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support, et en obtenir la copie. Ils peuvent convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations. Ils peuvent accéder aux locaux à usage professionnel ».

Les dispositions relatives au droit de communication des données de connexion ont été ajoutées à cet article à la faveur d'un amendement gouvernemental lors du vote de la loi de finances rectificative pour 2001⁶. Selon le gouvernement, il s'agissait simplement de confirmer les pouvoirs d'accès aux informations conservées par les opérateurs de télécommunication conférés non seulement aux agents de la COB, mais également à ceux de la Douane et de la Direction générale des impôts, qu'un article de la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne avait, semble-t-il, fragilisé⁷. L'article L. 32-3-1 inséré dans le Code des postes et télécommunications par l'article 29 de la loi relative à la sécurité quotidienne semblait en effet limiter un tel accès aux magistrats et officiers de police judiciaire dans le cadre de poursuites pénales, ce qui laissait penser, *a contrario*, que les agents de la COB, de la Douane et de la Direction générale des impôts n'y avaient plus accès.

Il faut donc comprendre que, dans l'esprit du gouvernement, les enquêteurs de la COB pouvaient déjà obtenir les données de connexion en vertu des pouvoirs propres de communication reconnus à leur bénéfice par l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier.

Le premier alinéa de l'article cité ci-dessus a ensuite été abrogé par la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière à l'occasion de la fusion des autorités financières ayant donné lieu à la création de l'AMF.

Puis, en renforçant encore un peu plus les pouvoirs des agents de l'AMF⁸, la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités

5. Version au 1^{er} janvier 2001.

6. Loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001.

7. Compte rendu des débats de la 2^e séance du 5 décembre 2001.

8. Notamment l'alignement du droit à communication des contrôleurs sur celui des enquêteurs, le pouvoir de recueillir des explications sur place et la possibilité, consacrée à l'article L. 621-10-1 du Code monétaire et financier, de recourir à une identité d'emprunt sur Internet.

bancaires a apporté les dernières modifications à ce texte resté depuis inchangé à ce jour.

L'article L. 621-10 du Code monétaire et financier se présente aujourd'hui de la manière suivante :

« 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 peuvent également se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunications dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et en obtenir la copie. »

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'État. »

B. Des prérogatives faussement inoffensives

À première vue, ces pouvoirs n'auraient rien d'inquiétant au regard des libertés fondamentales. C'est, tout du moins, ainsi qu'ils sont habituellement présentés par l'AMF et traditionnellement conçus par la jurisprudence. Examinons-en ci-après les raisons.

D'une part, le droit de « se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support » est exercé sans possibilité de contrainte matérielle à l'encontre des personnes sollicitées. Les agents de l'AMF ne pourraient pas, par exemple, faire usage de la force publique pour obtenir ce qu'ils cherchent. En l'absence de pouvoir coercitif, l'AMF peut donc, en théorie, se heurter à un refus. C'est ce qui fait dire à l'AMF que ce droit s'exercerait sur une « base volontaire », supposant nécessairement « une remise consentie des documents et informations demandées⁹ ». Tout risque d'atteinte aux droits de l'homme, et notamment aux droits de la défense, serait dès lors exclu.

C'est également la position du Conseil d'État pour qui le fait que les contrôleurs de l'AMF ne puissent procéder à aucune perquisition ou saisie et que leurs pouvoirs ne comportent aucune possibilité de contrainte matérielle rend inopérante l'éventuelle invocation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le respect du droit à la vie privée et du domicile¹⁰.

9. M. Galland, *Évolution des pouvoirs de l'AMF en matière d'enquête et de contrôle*, Bull. Joly Bourse, décembre 2013, p. 600.

10. CE, 11 décembre 2015, n° 389096.

Plus récemment, la question prioritaire de constitution monétaire et financière est garantie par l'article 62 de la Constitution au motif que les pouvoirs de l'AMF pour les nécessités de l'enquête et non de documentation d'État prend soin de remettre à disposition des agents de l'AMF les documents et informations sollicités la communication pour obtenir la copie et le pouvoir de perquisition.

Selon notre proposition, la possibilité de coercition du droit à la vie privée et de raisonnement ne peut être exclue.

Cette vision de la possibilité de cas de l'existence d'un droit aussi réelle : si les agents de l'AMF L. 621-10 du Code monétaire et financier à ses agents les documents et informations particulièrement nécessaires.

En effet, l'article 62 de la Constitution « lorsque des obstacles de fait ou de droit sont faits dans le rapport de force existant entre les agents de l'AMF et les personnes sollicitées ».

Si cette éventuelle violation de la loi a prévu un motif de justification : le délit de violation de la loi pénale qui punit d'un an d'emprisonnement le fait, pour tout agent de l'AMF, d'enquête de l'AMF.

Emprisonnement matériel ? L'on pourrions nous dire que les agents de l'AMF ne peuvent pas solliciter. Il s'agit de personnes physiques naturelles d'une situation particulière résiderait donc, à

11. CE, 14 septembre 2015, n° 389096.

Plus récemment, le Conseil d'État a même rejeté une demande de renvoi de question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier et sa compatibilité avec le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, au motif que les pouvoirs conférés aux agents de l'AMF permettent uniquement, pour les nécessités de l'enquête, la communication de documents professionnels et non de documents protégés par le droit au respect de la vie privée. Le Conseil d'État prend soin d'ajouter à cette occasion que si les dispositions contestées imposent de remettre aux enquêteurs de l'AMF les documents dont ces derniers sollicitent la communication, elles ne leur confèrent ni un pouvoir d'exécution forcée pour obtenir la remise de ces documents, ni un pouvoir général d'audition ou un pouvoir de perquisition¹¹.

Selon notre plus haute juridiction administrative, un pouvoir qui s'exerce sans possibilité de coercition ou de contrainte ne pourrait pas contrevenir au respect du droit à la vie privée et du domicile. À s'en tenir à cette simple assertion, le raisonnement ne paraît guère discutable.

Cette vision des choses est toutefois hautement critiquable car elle fait bien peu de cas de l'existence, en pratique, d'une contrainte, certes indirecte, mais tout aussi réelle : si les personnes sollicitées par l'AMF sur le fondement de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier sont invitées à remettre « volontairement » à ses agents les documents demandés, il ne faut pas perdre de vue les conséquences particulièrement redoutables qu'un refus d'obtempérer pourrait entraîner.

En effet, l'article 143-3 du règlement général de l'AMF prévoit tout d'abord que « lorsque des obstacles ont été mis au bon déroulement des contrôles de l'AMF, mention en est faite dans le rapport de contrôle ou dans un rapport spécifique relatant ces difficultés », la même disposition existant également pour les enquêtes à l'article 144-3 dudit règlement.

Si cette éventualité laisse de marbre la personne requise par l'AMF de s'exécuter, la loi a prévu un moyen autrement plus efficace de faire respecter ses droits à communication : le délit d'entrave, énoncé à l'article L. 642-2 du Code monétaire et financier qui punit 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'AMF ou de lui communiquer des renseignements inexacts.

Emprisonnement et amende : n'est-ce pas là l'archétype de la contrainte matérielle ? L'on pourra certes répliquer qu'il ne s'agit pas d'une contrainte directe, les agents de l'AMF ne pouvant pas immédiatement saisir par la force les documents sollicités. Il s'agirait simplement d'un risque de contrainte matérielle, des périls naturels d'une situation, qui, en soi, ne permet aucune exécution forcée. Le critère résiderait donc, à en croire le Conseil d'État, dans le caractère direct ou indirect

11. CE, 14 septembre 2016, n° 397990.

de la contrainte. Mais l'on voit bien que l'argument est spécieux car la contrainte matérielle est par définition le pouvoir appartenant aux autorités de l'État d'exercer la violence contre quelqu'un, d'entraver sa liberté d'action. Que cette violence arrive sur-le-champ ou ultérieurement ne fait aucune espèce de différence. Dans ces conditions, comment prétendre, ainsi que le fait le Conseil d'État, que le droit à communication des agents de l'AMF ne comporterait aucune possibilité de contrainte matérielle ?

Et si la crainte de l'emprisonnement ne suffit pas à faire plier celui qui serait assez fou pour résister aux demandes de l'AMF, la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires a introduit à l'article L. 621-15, II, f, du Code monétaire et financier un manquement administratif d'entrave permettant à la commission des sanctions de l'AMF de sanctionner jusqu'à 100 millions d'euros toute personne qui, dans le cadre d'une enquête ou d'un contrôle, sur demande des enquêteurs ou des contrôleurs et sous réserve de la préservation d'un secret légalement protégé et opposable à l'AMF, 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 manquement d'entrave, qui ne nécessite pas, à la différence du délit d'entrave, la démonstration de l'intentionnalité pour être caractérisé, permet à l'AMF, selon les bons mots d'un excellent auteur, de se faire directement « justice à elle-même » en s'affranchissant « des lenteurs de la justice pénale et de cet encombrant élément intentionnel des délits qu'elle punit¹² ». Encore une fois, peut-on vraiment soutenir, au regard de ce pouvoir direct de sanction, que les pouvoirs conférés aux agents de l'AMF par l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier sont exempts de tout pouvoir de contrainte ?

La constitutionnalité de ce nouveau manquement est d'ailleurs sujette à discussion, car il est fort difficile d'imaginer reprocher à quelqu'un une obstruction à l'enquête sans démontrer son intention. Va-t-on sanctionner une personne qui n'aurait pas compris les demandes de l'AMF pour manquement d'entrave ? On peut parfaitement imaginer que de telles demandes ne soient pas énoncées clairement ou que la personne requise ne soit tout simplement pas assez qualifiée pour y répondre correctement. Cela crée une difficulté certaine qui se posera en pratique à l'avenir car « par essence, l'entrave est intentionnelle¹³ ». Surtout, il a été mis en évidence que le manquement rend totalement illusoire le droit pour la personne requise de garder le silence et de ne pas s'incriminer¹⁴.

12. D. Bompoint, Les beaux cadeaux du 10^e anniversaire de l'Autorité des marchés financiers, Bull. Joly Bourse, décembre 2013, p. 607.

13. S. Tandeau de Marsac, Vers le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation, Revue Banque n° 758.

14. S. Tandeau de Marsac, Vers le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation, Revue Banque n° 758.

D'autre part, le ne serait pas de na à des données pur par le Code des p

Par données d de l'article L. 34-2 qui portent « sur l' rateurs, sur les caract la localisation des é dances échangées de l'AMF habilité L. 621-10 du Co télécommunication de leurs équipement communication ; utilisés et leurs fo taires de la comm sation de la com

Pour l'AMF, l « il ne s'agit pas d' de données détaillé pour valider des e par la police judic les textes et que, de recourir, pour elles ne portaient

Quant au Con n'était pas de natu s'exercer que dans nications électro conservation et « Conseil constitu d'être conservées utilisatrices de serv communications ass contenu des corresp que ce soit, dans le

15. V. Article R. 10

16. M. Galland, Évo Bourse, décembre 20

17. Par exemple : C

18. Décision DC du

D'autre part, le droit à communication des données de connexion, quant à lui, ne serait pas de nature à porter atteinte à la vie privée car son objet serait restreint à des données purement techniques dont l'énumération serait strictement encadrée par le Code des postes et des communications électroniques.

Par données de connexion, il faut comprendre, aux termes du paragraphe VI de l'article L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques, celles qui portent « sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux », à l'exclusion du contenu des correspondances échangées ou des informations consultées. En d'autres termes, les agents de l'AMF habilités à conduire les enquêtes peuvent, sur le fondement de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier, obtenir directement des opérateurs de télécommunication l'identification des utilisateurs, les caractéristiques techniques de leurs équipements et de leurs communications (date, horaire et durée de chaque communication ; données relatives aux services complémentaires demandés ou utilisés et leurs fournisseurs), les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication, et celles permettant d'identifier l'origine et la localisation de la communication ainsi que de leurs équipements¹⁵.

Pour l'AMF, l'utilisation de ce type d'information serait strictement limitée car « il ne s'agit pas d'interceptions ou d'écoutes téléphoniques administratives, mais strictement de données détaillées dites de trafic¹⁶ ». Certaines juridictions ont jugé par le passé, pour valider des enquêtes pénales ayant conduit à l'accès aux données de connexion par la police judiciaire, que ce droit à communication trouve son fondement dans les textes et que, s'agissant de simples investigations techniques n'impliquant pas de recourir, pour leur mise en œuvre, à un élément de contrainte ou de coercition, elles ne portaient pas atteinte à la vie privée¹⁷.

Quant au Conseil constitutionnel, il avait indiqué en 2001¹⁸ que ce droit d'accès n'était pas de nature à porter atteinte à la vie privée dans la mesure où il ne pouvait s'exercer que dans le strict cadre des dispositions du Code des postes et des communications électroniques qui énoncent avec précision la nature et les conditions de conservation et de communication de ces informations. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel avait pris le soin de relever que les données susceptibles d'être conservées et traitées portent exclusivement « sur l'identification des personnes utilisatrices de services fournis par les opérateurs et sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers » et ne peuvent « en aucun cas porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications ».

15. V. Article R. 10-13 du Code des postes et des communications électroniques.

16. M. Galland, Évolution des pouvoirs de l'AMF en matière d'enquête et de contrôle, Bull. Joly Bourse, décembre 2013, p. 604.

17. Par exemple : Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, du 5 mars 2013.

18. Décision DC du 27 décembre 2001 n° 2001-457.

Cela étant, les technologies ont depuis fortement évolué : si, en 2001, l'utilisateur des données susceptibles d'être collectées était le plus souvent le possesseur d'un ordinateur fixe relié à Internet par un câble, ou d'un téléphone aux fonctionnalités limitées aux appels et l'envoi de courts messages, force est de constater qu'aujourd'hui l'utilisateur est le plus souvent possesseur d'une tablette numérique tactile ou d'un *smartphone* (qu'il conviendrait d'appeler « *terminal de poche* » ou « *ordiphone* » selon la Commission générale de terminologie et de néologie¹⁹). Ces objets génèrent un vaste flux d'informations très précises sur le comportement de son possesseur. Il est notamment possible aujourd'hui de surveiller en temps réel les déplacements de leurs utilisateurs par la technique dite de « *géolocalisation* » et la loi permet justement aux agents de l'AMF de se faire communiquer la localisation des équipements terminaux.

Or, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 octobre 2013 (n° 13-81949), a jugé, au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, que la technique dite de « *géolocalisation* » constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge.

Sachant que le droit d'accès aux données de connexion conféré aux enquêteurs de l'AMF par l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier s'exerce sans aucun contrôle, l'on perçoit immédiatement la difficulté que pose cette prérogative au regard des droits de la défense.

II. DES POUVOIRS CONTRAIRES À LA CONSTITUTION ?

A. Le droit des enquêteurs d'obtenir la communication des données de connexion

Compte tenu de ce qui précède, il n'est guère étonnant d'avoir vu des plaideurs vouloir contester les pouvoirs de l'AMF d'accès aux données de connexion sur le fondement de leur non-conformité à la Constitution.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a été saisi le 17 mars 2017 par la chambre commerciale de la Cour de cassation de deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à la conformité aux droits et libertés constitutionnels du droit des enquêteurs de l'AMF figurant à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier d'obtenir la communication des données de connexion.

Les requérants reprochaient aux dispositions contestées de porter atteinte au droit au respect de la vie privée protégé par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Selon eux, le législateur n'aurait pas assorti la procédure de communication des données de connexion aux enquêteurs de l'AMF

19. Avis de la Commission générale de terminologie et de néologie, Vocabulaire des télécommunications, publié au JO du 27 décembre 2009.

de garanties suffisantes au respect de la vie privée de l'ordre public.

Selon le communiqué des requérants soutenant que l'article L. 621-10 circonscrit les catégories d'informations insuffisamment définies et le caractère imposé de conditions de communication à l'AMF, ni même que les dispositions reprochaient au législateur d'avoir, *a posteriori*, par l'article L. 621-10, créé un droit à l'information.

Si ces dispositions ne justifient pas les motifs de la décision du Conseil constitutionnel²⁰,

Ils faisaient valoir que les changements intervenus depuis la venue des changements de la législation de l'évolution des technologies de la localisation des équipements terminaux et des communications audiovisuelles.

Surtout, le Conseil constitutionnel déclarant contraire à la Constitution de la loi pour la confiance dans la gestion de la communication de l'article L. 621-10 conférerait aux agents de l'AMF le pouvoir de communication de données de connexion à l'article L. 621-10.

C'est en définitive dans sa décision n° 2017-100 du 17 mars 2017 que le Conseil constitutionnel avait jadis développé ses conclusions sur les données de connexion.

Le Conseil constitutionnel a déclaré que les données de connexion ne sont pas des données de la vie privée de l'individu en ces termes : « *secret professionnel* » et « *a pas conféré un* ».

20. Décision DC du 17 mars 2017.
21. Décision DC du 17 mars 2017.

de garanties suffisantes de nature à assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

Selon le commentaire de la décision publié par le Conseil constitutionnel, les requérants soutenaient plus précisément que le législateur avait insuffisamment circonscrit les catégories d'agents spécialement habilités à réaliser les enquêtes et insuffisamment défini la finalité des enquêtes. Selon eux, il n'avait pas davantage posé de conditions limitatives à la divulgation des informations collectées par l'AMF, ni même fixé une durée de conservation de ces données. Les requérants reprochaient au législateur de ne pas avoir prévu de procédure de contrôle, *a priori* et *a posteriori*, par un organe extérieur indépendant. Ils critiquaient enfin l'absence d'un droit à l'information au profit de la personne concernée par la collecte.

Si ces dispositions avaient déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs de la décision précitée rendue le 27 décembre 2001 par le Conseil constitutionnel²⁰, les requérants disposaient tout de même de solides arguments.

Ils faisaient valoir que depuis la décision du 27 décembre 2001, étaient intervenus des changements de circonstances de fait et de droit, liés notamment à l'évolution des technologies et à l'extension du champ des investigations à la localisation des équipements terminaux par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

Surtout, le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur la question en déclarant contraire à la Constitution la procédure prévue par le 2 de l'article 216 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui conférerait aux agents de l'Autorité de la concurrence la possibilité d'obtenir la communication de données de connexion en des termes semblables à ceux existant à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier²¹.

C'est en définitive sans surprise que le Conseil constitutionnel a renouvelé, dans sa décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, l'argumentation qu'il avait jadis développée dans sa décision précitée sur le droit de communication des données de connexion reconnu au profit de l'Autorité de la concurrence.

Le Conseil constitutionnel affirme en premier lieu que la communication des données de connexion est de nature, en soi, à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée, ce qui n'est guère surprenant. Il continue en ces termes : « *si le législateur a réservé à des agents habilités et soumis au respect du secret professionnel le pouvoir d'obtenir ces données dans le cadre d'une enquête et ne leur a pas conféré un pouvoir d'exécution forcée, il n'a assorti la procédure prévue par les*

20. Décision DC du 27 décembre 2001 n° 2001-457.

21. Décision DC du 5 août 2015 n° 2015-715.

dispositions en cause d'aucune autre garantie. Dans ces conditions, le législateur n'a pas entouré la procédure prévue par les dispositions contestées de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions ».

Par conséquent, il déclare la seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier contraire à la Constitution.

Compte tenu des conséquences qu'une abrogation immédiate de la disposition serait susceptible d'avoir sur les procédures en cours et afin de laisser au législateur le temps pour concevoir un nouveau dispositif, le Conseil constitutionnel a différé la date de cette abrogation au 31 décembre 2018.

Par cette décision, le Conseil constitutionnel nous indique que les pouvoirs propres de l'AMF ne peuvent se concevoir sans garanties suffisantes, sans contrôle de l'action de ses agents, peu important à cet égard que le législateur ne leur ait pas conféré un pouvoir d'exécution forcée (cette dernière précision amoindrit d'ailleurs l'argument selon lequel l'absence de possibilité de contrainte matérielle écarterait tout risque d'atteinte aux libertés).

Ce faisant, c'est la légitimité de certaines des autres prérogatives que l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier confère aux agents de l'AMF qui pourrait être remise en cause puisque certaines d'entre elles, ainsi qu'il sera examiné ci-après peuvent s'exercer en dehors de toute procédure de contrôle.

B. Le droit à communication de tout document, sur tout support et auprès de toute personne

Il n'existe pas encore à ce jour, à notre connaissance, de décisions contestant la conformité du pouvoir des agents de l'AMF de « *se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support* » aux droits et libertés des citoyens et plus précisément aux droits de la défense.

Il est toutefois possible de soutenir avec une certaine force aujourd'hui l'inconstitutionnalité de ce pouvoir au regard de la toute récente décision du Conseil constitutionnel du 21 juillet 2017.

Il convient de savoir en effet qu'il n'existe pas de voie de recours *stricto sensu* à l'encontre d'une demande de remise « *volontaire* » formulée par l'AMF : puisque la remise est volontaire, comment pourrait-il y avoir recours ? Seule est ouverte la possibilité, pour la personne objet de l'enquête ou du contrôle, de faire valoir une nullité de procédure dans le cadre de l'affaire au fond. Encore faut-il qu'une procédure de sanction soit engagée devant la Commission des sanctions de l'AMF.

En d'autres termes, pour pouvoir bénéficier d'un relatif contrôle de la mesure, il faut « *espérer* » être renvoyé devant la Commission des sanctions de l'AMF. Voilà qui laisse songeur. Et l'on devient particulièrement perplexe si l'on prend

conscience que n'incombe au pouvoir de l'AMF ce qui est l'objet d'une telle décision.

L'article 5 de l'ordonnance apporte une précision que l'on ne trouve pas dans le Code monétaire et financier : si les agents de l'AMF à l'exercice de leur mission n'ont pas accompli des obligations prévues en 1988, la loi n° 88-7 du 10 août 1988 a précisé la notion de « *agents de l'exercice de leur mission* » en émetteurs des valeurs, des personnes intervenant dans le processus.

C'est d'ailleurs la notion qui a été considérée, dans une décision antérieure, n'étant pas contraire aux « *habilités de "recueillir et traiter" qu'il désigne* ».

Or, l'on ne retrouve pas ces pouvoirs propres de communication de documents et des personnes pouvant se faire communiquer des documents par toute personne.

Tous ceux qui ont fait usage de cette procédure ne peuvent pas de leur sphère de liberté de ce que la personne concernée demandés.

Ainsi, il peut arriver qu'une entité soumise à la procédure de communication des documents

22. Il fallait comprendre (les personnes soumises à la procédure de communication des valeurs non admises à la négociation sur le marché de change, un apporteur de fonds, etc.).
23. Décision DC du 19 juillet 2017.
24. Ces pouvoirs de visé sont réservés aux personnes à usage professionnels.

conscience que n'importe qui – et pas uniquement une personne soumise au pouvoir de l'AMF comme un émetteur ou un intermédiaire financier – peut être l'objet d'une telle demande.

L'article 5 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 apportait toutefois une précision que l'on ne retrouve plus à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier : si les agents de la COB pouvaient recueillir toutes informations utiles à l'exercice de leur mission auprès des tiers²², c'était à la condition que ces derniers aient accompli des opérations pour le compte de la société objet de l'enquête. En 1988, la loi n° 88-70 du 22 janvier 1988 sur les bourses de valeurs avait même précisé la notion de tiers en modifiant l'article 5 de l'ordonnance de 1967 en ces termes : « les agents [de la COB] peuvent [...] recueillir toutes informations utiles à l'exercice de leur mission auprès tiers qui ont accompli des opérations pour le compte des émetteurs des valeurs, produits ou contrats sur lesquels porte l'enquête ou pour le compte des personnes intervenant des sur les marchés placés sous le contrôle de la commission ».

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel avait jadis considéré, dans une décision du 19 janvier 1988²³, au sujet de cet article, qu'il n'était pas contraire à la Constitution au motif qu'il « permet uniquement aux agents habilités de "recueillir toutes informations utiles à l'exercice de leur mission" auprès des tiers qu'il désigne ».

Or, l'on ne retrouve plus cette limitation aujourd'hui, si bien que les pouvoirs propres de communication des agents de l'AMF sont, quant au champ des choses et des personnes pouvant en faire l'objet, illimités²⁴. Pour le dire autrement, ils peuvent se faire communiquer tout document, sur tout support et auprès de toute personne.

Tous ceux qui ont l'expérience des enquêtes de l'AMF savent que ses agents font usage de cette prérogative pour investiguer sur des personnes qui ne relèvent pas de leur sphère de compétence directe, et parfois, d'ailleurs, sans faire mention de ce que la personne requise serait en droit de refuser de remettre les documents demandés.

Ainsi, il peut arriver en pratique que, dans le cadre d'un contrôle portant sur une entité soumise à la tutelle de l'AMF, ses agents souhaitent se faire communiquer des documents auprès d'une société tierce non soumise à la supervision de

22. Il fallait comprendre par tiers non seulement les personnes non soumises à la tutelle de la COB (les personnes soumises à sa tutelle étant, selon l'article 3 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, « les sociétés dont les actions sont admises à la cote officielle des bourses de valeurs ou figurent au relevé quotidien des valeurs non admises à la cote »), mais également tout autre personne autre qu'une banque, un agent de change, un apporteur d'affaire aux agents de change.

23. Décision DC du 19 janvier 1988 n° 87-240.

24. Ces pouvoirs de visite font toutefois l'objet d'une limite puisqu'ils sont circonscrits aux locaux à usage professionnels.

l'Autorité. Quid, si après que ces documents ont été remis « volontairement » surgit une difficulté sur la validité d'une telle mesure²⁵ ?

En tant que tiers à la procédure, la société en question ne dispose tout simplement d'aucune voie de recours puisqu'elle ne peut pas faire l'objet d'une procédure de sanction devant la Commission des sanctions de l'AMF.

Il y a quelques années²⁶, le Conseil constitutionnel avait eu à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 65 du Code des douanes qui confère à certains de ses agents un droit de communication assez large pouvant s'exercer « chez toutes les personnes physiques ou morales directement ou indirectement intéressées à des opérations régulières ou irrégulières relevant de la compétence du service des douanes » sous peine d'une contravention de cinquième classe et d'une astreinte de 1,50 euro au minimum par jour de retard. Le requérant reprochait à cet article de méconnaître les droits de la défense en ce qu'il ne prévoyait pas la possibilité, pour la personne contrôlée, de se faire assister d'un avocat. Pour écarter ce grief, le Conseil avait relevé que « si ces dispositions ne prévoient pas que la personne intéressée peut bénéficier de l'assistance d'un avocat, elles n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à cette assistance » et il précisait qu'« elles ne portent aucune atteinte aux droits des personnes intéressées de faire contrôler, par les juridictions compétentes, la régularité des opérations conduites en application des dispositions précitées ».

Or, dans notre exemple, la société ne dispose justement pas de la possibilité de faire contrôler la régularité des opérations. Cette absence de contrôle génère un risque certain d'atteintes aux libertés. C'est d'ailleurs pourquoi la remise, dans ces conditions d'absence de contrôle, de données à caractère personnel, doit *a minima* relever des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²⁷.

L'absence de tout contrôle dans une telle situation conduit à penser que le droit à communication de tout document auprès de toute personne, tel qu'il résulte de l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier, est sans doute inconstitutionnel et devra nécessairement faire l'objet d'aménagements permettant la mise en place

25. Le cas est loin d'être purement théorique au regard des difficultés que posent, en pratique, les remises de messageries électroniques comportant des correspondances d'avocat.

26. Décision QPC du 27 janvier 2012 n° 2011-214.

27. V. Crim. 30 novembre 2011, n° 10-81.748 sur la saisie en bloc de messageries électroniques par l'Autorité de la concurrence : « Attendu que le juge a retenu à bon droit que les dispositions, invoquées par les requérants, de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés sont inapplicables aux faits de l'espèce, dès lors que l'exécution d'une opération de visite et saisie autorisée par le juge des libertés et de la détention ou, en appel, par le premier président de la cour d'appel en application de l'article L. 450-4 du code de commerce, réalisée sous le contrôle du juge et dont le déroulement donne lieu à recours judiciaire, n'est pas subordonnée aux règles définies par cette loi. » Il faut donc en déduire, a contrario, qu'en l'absence de contrôle et de recours judiciaire, le traitement des données personnelles recueillies par l'Autorité devrait se conformer aux exigences de la loi du 6 janvier 1978. Cette solution nous semble pleinement transposable aux données remises à l'AMF.

de garanties prop
droits de la défen
la recherche des a

À l'avenir, il e
des enquêtes et c
purement formell
en se lançant dans
tionnel. Il s'agit d

28. V. par exemple C
& Droit n° 165.

de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, les droits de la défense et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions.

À l'avenir, il est à espérer que l'effectivité réelle des droits et libertés, au stade des enquêtes et contrôles diligentés par l'AMF, prenne le pas sur leur apparence purement formelle et que la jurisprudence renonce aux décisions d'opportunité²⁸ en se lançant dans un même mouvement que celui initié par le Conseil constitutionnel. Il s'agit d'une exigence éthique.

28. V. par exemple CE, 11 décembre 2015, n° 389096, et son commentaire par J.J. Daigre, Banque & Droit n° 165.