N° 368847
Société Bernheim Dreyfus & Co

6ème et 1ère sous-sections réunies
Séance du 5 janvier 2015
Lecture du 26 janvier 2015

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. La société Bernheim Dreyfus & Co a été agréée par l'Autorité des marchés financiers (AMF) en novembre 2009 pour une activité de gestion de portefeuille, en application de l'article L. 532-9 du code monétaire et financier. Elle a demandé, le 15 octobre 2012, une extension de son agrément consistant à mettre à jour son programme d'activité.

Cette demande intervient alors que la société fait l'objet d'un contrôle de l'AMF depuis février 2012, ayant mis en évidence une lacune, l'un des fonds communs de placement qu'elle gère, également agréé, étant autorisé à investir dans certains types d'instruments financiers à terme simples, alors que le programme d'activité de la société ne permet l'utilisation de ces instruments qu'à des fins de couverture.

L'instruction de la demande d'extension d'agrément apparaît quelque peu chaotique, ce qui est une des difficultés de l'affaire. Malgré des relances de la société, aucune décision n'intervient avant une lettre du secrétaire général adjoint de l'AMF en date du 18 février 2013 l'informant qu'il ne « peut être donné suite à son dossier à ce stade ».

La société a formé un recours administratif le 21 février 2013. Après divers échanges, le collège de l'AMF a, lors de sa réunion du 30 avril 2013, estimé « qu'il ne disposait pas de toutes les informations nécessaires pour accepter ou refuser la demande d'extension du programme d'activité de la société » et il a décidé en conséquence « de surseoir à statuer sur cette demande dans l'attente des suites qui seront données aux éléments relevés par le rapport de contrôle » en cours. Cette décision est formalisée par un courrier du président de l'AMF du 15 mai 2013.

La société attaque devant vous cinq décisions :

- d'abord, la décision implicite de rejet née du silence gardé sur sa demande du 15 octobre 2012 ;

- les décisions explicites du 18 février et du 15 mai 2013.

- deux autres décisions implicites de rejet qui lui paraissent résulter des recours gracieux qu'elle a formé les 21 février et 27 mai 2013.

II. Il convient d'abord de mettre au clair le statut de ces décisions.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Première question : la demande du 15 octobre 2012 a-t-elle fait naître un refus implicite ?

En vertu de l'article 21 da la loi DCRA du 12 avril 2000, dans sa rédaction en vigueur avant l'intervention de la loi du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut, à défaut d'un régime de décision implicite d'acceptation, décision de rejet, des décrets en Conseil d'Etat pouvant prévoir un délai différent lorsque la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie.

En l'espèce, c'est la loi qui s'est chargée d'instituer un délai de trois mois dans le cas de l'agrément initial d'une société de gestion de portefeuille. C'est l'un des objets de l'article L. 532-9 du code monétaire et financier.

La procédure applicable à une demande de modification de l'agrément est pour sa part définie à l'article L. 532-9-1, qui distingue les modifications dans la répartition du capital (I.) et les autres modifications apportées aux conditions auxquelles est subordonné l'agrément délivré à la société (II.), ces autres modifications devant faire l'objet, « selon les cas, d'une autorisation préalable de l'AMF, d'une déclaration ou d'une notification, dans les conditions fixées par le règlement général de l'AMF ».

C'est l'objet de l'instruction AMF n° 2008-03 du 28 mai 2008, qui comporte à son article 8 un tableau définissant le régime applicable aux différents cas de figure, la modification du programme d'activité en vue d'exercer une activité de gestion non décrite dans le dossier d'agrément initial étant soumise à autorisation préalable. La mise à jour du programme d'activité fait ensuite l'objet des articles 11 à 14, instituant une procédure calquée sur celle de l'autorisation initiale, l'article 13 prévoyant expressément que le délai d'approbation est de trois mois suivant le dépôt du dossier complet. Il nous paraît d'ailleurs que l'AMF n'aurait pu imposer une procédure moins protectrice des droits du demandeur que celle prévue pour l'agrément lui-même. Nous vous signalons que l'article L. 532-9-1 a été modifié en 2013 pour confier au Premier ministre le soin de fixer par décret le délai dans lequel l'AMF statue.

En l'état du texte, il nous paraît donc que la loi complétée par le règlement de l'AMF ont institué un délai dérogatoire de trois mois à l'issue duquel la demande est rejetée faute de réponse.

L'AMF ne conteste pas l'existence d'un tel régime. Elle se contente de soutenir que le dossier de demande n'était pas complet, « plusieurs demandes d'information » ayant été formulées par téléphone à la société. Mais vous ne pourrez prendre en compte ces demandes, assorties d'aucun élément tangible, et surtout non conformes à la procédure fixée par l'AMF elle-même : l'article 13 de l'instruction de 2008 prévoit en effet qu' « en cas de demande d'information complémentaire, l'AMF le notifie par courrier et précise les éléments demandés, ainsi que le délai dans lequel une réponse à sa demande doit lui être adressée ».

Reste une difficulté : le délai dérogatoire n'est pas fixé par un décret en Conseil d'Etat comme l'exige l'article 21 de la loi DCRA. Sauf à considérer qu'il se déduit du délai de 3 mois fixé par de l'article L. 532-9 du code monétaire et financier, mais ce n'est pas tout à fait évident comme on vient de le voir, il faut donc, en l'état des textes, en rester au délai de droit commun.

Mais quelle que soit l'issue de ce débat, le courrier du 18 février 2013 est une

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

confirmation explicite du rejet de la demande.

III. Intervient ensuite le recours administratif formé le 21 février 2013 par la société.

Il est exercé dans le délai du recours contentieux, qui est en vertu des dispositions de l'article R. 621-44 du code monétaire et financier, de 10 jours contre les décisions individuelles (sauf les sanctions) prises par l'AMF. En effet, faute d'avoir transmis à la société l'accusé de réception de sa demande du 15 octobre 2012, les délais de recours contre la décision implicite n'étaient pas opposables[1].

IV. Survient alors la décision du collège de l'AMF du 30 avril 2013, formulée dans la lettre du président de l'AMF du 15 mai 2013, prise en réponse au recours gracieux du 21 février 2013.

Il faut à ce stade examiner la teneur de la décision du collège de l'AMF. Car si elle annule ou réforme la décision initiale de refus, il faut considérer que cette décision s'est substituée aux décisions précédentes. Or tel est bien le cas : il ressort nettement des termes de la décision du 30 avril 2013 que la collège a entendu remplacer un refus par une décision de sursis à statuer jusqu'à ce que soient connues les suites données à la procédure de contrôle en cours, la collège ayant par ailleurs décidé, le même jour, de poursuivre la société devant la commission des sanctions.

Or décider de ne pas décider reste une décision. C'est ce que vous avez nettement jugé par votre décision Société Home Vidéo Channel du 22 novembre 1996 (n° 155767, au Rec.), en jugeant que le refus d'une autorité publique, en l'espèce le Conseil supérieur de l'audiovisuel, de se prononcer sur une demande présentée sur le fondement d'une dispositions légale constitue une décision faisant grief au demandeur et, par suite, susceptible de recours. Et il n'est pas douteux que cette demande a une nature autre que celle consistant à opposer un refus à la demande.

Nous n'avons donc pas de doute pour considérer que cette décision s'est substituée aux décisions précédentes de refus qui, n'étant pas créatrices de droit, pouvaient être retirées sans délais. Vous pourrez donc juger que sont irrecevables les conclusions de la requête dirigées contre elles (voyez 5 janvier 1979, Société Clinique chirurgicale Francheville, au Rec. p. 9, ou Section, 20 octobre 1967, S…, au rec. p. 289, dans le cas où le recours est formé après que l'autorité administrative ait, après recours préalable, pris une nouvelle décision).

Nous vous proposons de traiter par prétérition les conclusions dirigées contres les décisions implicites qu'ont fait naître les recours administratifs contre les décisions du CSA du 18 février et du 15 mai 2013, la première née dans le délai de deux mois après réception du premier recours administratif étant confirmative des décisions précédentes, et la seconde s'effaçant devant le recours contentieux formé dans les 10 jours suivant la notification, le 17 mai, de la lettre du président de l'AMF.

[1] Le courrier du 18 février 2013, postérieur à la naissance de la décision implicite, ne l'a pas non plus déclenché, faute de mentionner les voies et délais de recours conformément à l'article R. 421-5 du code de justice administrative

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

V. Car c'est bien sur cette décision que se cristallise le litige, qui soulève une question intéressante : l'AMF pouvait-elle opposer un sursis à statuer sans texte ?

Il est d'abord certain que les textes définissant les pouvoirs de police de l'AMF ne prévoient pas une telle modalité. Comme nous l'avons vu, la loi a prévu de porter à trois mois le délai dans lequel l'AMF doit statuer sur une demande d'agrément, ou de modification de l'agrément lorsqu'il est soumis à autorisation en vertu du règlement de l'AMF, l'article R. 532-12 du code monétaire et financier allant jusqu'à exiger que l'AMF « notifie sa décision au requérant dans un délai de trois mois à compter de la date de réception du dossier conforme au dossier type ».

Or votre jurisprudence n'admet pas que l'autorité administrative échappe à son obligation de décider sur une demande. C'est ce que met nettement en évidence la décision Société Home Vidéo Channel, en jugeant que l'autorité publique méconnaît sa compétence en s'abstenant de prendre une décision sur la demande dont elle était régulièrement saisie dès lors qu'aucune disposition propre au régime des demandes en cause ne lui conférait un pouvoir de sursis de statuer.

Cette solution apparaît particulièrement salutaire pour deux raisons : d'une part, par souci de bonne administration, les demandes devant faire l'objet d'une décision dans le délai fixé ; mais également pour permettre au demandeur de saisir une décision qu'il pourra contester devant le juge. Le principe selon lequel le silence de l'administration pendant un délai déterminé vaut rejet d'une demande, posé pour la première fois par le décret impérial du 2 novembre 1864 relatif à la procédure devant le Conseil d'Etat en matière contentieuse, élevé au rang de principe général par la décision du Conseil constitutionnel n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, est en effet justifié par le souci de lier le contentieux.

Importe-t-il que le terme du sursis soit plus ou moins défini, comme le soutient en défense l'AMF ? Il nous paraît que non. Ce qui importe, c'est que, dès lors que le dossier est complet, la décision au fond soit prise dans le délai fixé. Le terme de son report nous paraît sans influence sur le résultat.

Cette rigueur résulte du statut même d'un régime de police administrative : dès lors que prédomine le régime de liberté, notamment liberté d'entreprendre, l'autorisation ne peut être refusée que si le demandeur ne satisfait pas, à la date de la décision de l'administration, aux conditions requises par la loi. Il appartient donc à l'autorité administrative d'examiner si les éléments du dossier permettent de justifier un refus.

En l'espèce, il semble que l'AMF ait eu un doute sur l'honorabilité des dirigeants de la société et la réputation de ses actionnaires, au vu des éléments du contrôle administratif. Ces éléments peuvent être pris en compte pour la délivrance de l'agrément (voyez 13 juillet 2011, M. V… et autres, 337552, aux T.), ces critères étant au nombre de ceux que l'AMF doit vérifier avant de délivrer l'agrément (cf. L. 532-9 du code monétaire et financier). Mais il appartenait à l'AMF de décider si les insuffisances invoquées étaient suffisamment caractérisées pour justifier un refus d'extension d'agrément. En s'abstenant de décider, l'AMF a privé le demandeur de la faculté de saisir le juge pour qu'il exerce son contrôle sur le refus d'extension d'agrément.

Après avoir rejeté comme irrecevables les conclusions de la requête dirigées contre la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

décision implicite née du silence gardé sur la demande du 15 octobre 2012 et contre la décision confirmative du 18 février 2013, vous pourrez annuler la décision du 30 avril 2013, formulée dans la lettre du président de l'AMF du 15 mai 2013, au motif que l'AMF a méconnu sa compétence.

Vous pourrez par ailleurs mettre à la charge de l'AMF la somme de 3.000 euros à verser à la société Bernheim Dreyfus & Co au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.