

N° 389096
Société Bernheim Dreyfus & Co
et autres

6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies
Séance du 25 novembre 2015
Lecture du 11 décembre 2015

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. La présente affaire pose la délicate question de la légalité des procédures de contrôle de l'AMF depuis sa création en 2003 jusqu'à 2013, date à laquelle le législateur est revenu sur leurs modalités.

Le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure de contrôle a justifié la suspension, par une décision du juge des référés du Conseil d'Etat du 17 avril 2015 (Société Bernheim Dreyfus & Co et autres, n° 389093, C), de la décision de l'AMF du 17 mars 2015, prononçant à l'encontre de la société Bernheim Dreyfus & Co et de ses dirigeants MM. M..., S... et D..., les sanctions pécuniaires d'un montant de 80 000 € pour la première et de 30 000 € pour chacun des autres.

Vous sont soumis aujourd'hui le recours au fond formé contre la décision de l'AMF par les quatre personnes sanctionnées et le recours incident du président de l'AMF tendant à ce que les sanctions prononcées à l'encontre de la société, de M. S... et de M. D... soient portées respectivement à 150.000, 60.000 et 50.000 €.

II. Nous commençons par l'examen des deux moyens qui nous paraissent les plus délicats.

Il est d'abord soutenu que le contrôle de la société en février 2012 a été effectué sur le fondement de dispositions du règlement général de l'AMF dépourvues de base légale.

La décision attaquée vise l'article L. 621-9 du code monétaire et financier qui précise que l'AMF effectue des contrôles et des enquêtes « afin d'assurer l'exécution de sa mission », détaillant ensuite la surveillance tant des marchés que des professionnels régulés par l'AMF dont l'article énumère la liste. La décision vise par ailleurs les articles 143-1 à 143-3 du règlement général de l'AMF qui précisent les modalités du contrôle des professionnels régulés, prévoyant notamment la possibilité de contrôles sur pièces et sur place dans les locaux à usage professionnel des entités ou personnes visées (art. 143-1) et précisant les pouvoirs des contrôleurs, notamment celui de se faire communiquer tous renseignements, documents, justifications, quel qu'en soit le support (art. 143-2) et celui d'entendre toute

personne agissant pour le compte ou sous l'autorité de la personne contrôlée susceptibles de leur fournir des informations utiles à leur mission (art. 143-3). Ce sont ces pouvoirs dont la légalité est contestée.

III. Deux questions préalables doivent être abordées, tenant à l'opérance du moyen.

1. Il s'agit d'abord de déterminer si l'irrégularité de la procédure de contrôle suivie en l'espèce emporte des conséquences sur la légalité de la sanction à laquelle elle a abouti.

Vous neutralisez en effet certains griefs portant sur la phase préalable des contrôles et enquêtes : voyez vos décisions du 31 mars 2004, Sté Etna Finances, M. P..., n° 243579, aux T. sur un autre point ; 23 mars 2005, Société Financière Hottinguer, n° 260673, aux T. sur un autre point, rendues sur les enquêtes des agents de la COB préalables à une sanction du Conseil de discipline de la gestion financière, ligne de jurisprudence qui a été précisée par la décision Société Alternative Leaders France du 15 mai 2013¹ (n° 356054, aux T.).

Mais cette ligne de jurisprudence doit être cantonnée aux respects des droits de la défense, comme cela résulte de la décision de section Société Inter Confort du 6 nov. 2009, (n° 304300, au Rec.), rendue sur une sanction de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Les autres vices affectant la phase de contrôle peuvent donc avoir une incidence sur la légalité de la sanction. C'est la solution que vous avez adopté pour l'AMF (voyez votre décision du 30 mai 2007, Société Europe, Finance et Industrie et T..., 288538, aux T.), pour l'ancienne Commission bancaire (voyez la décision Banque Populaire Côte d'Azur du 11 avril 2012², n° 336839, aux T.) ou encore en matière fiscale (voyez les avis rendus en Section, du 1er mars 1996, Sarl France Finibéton, n° 174245 et 174246, au Rec., sur l'annulation de l'autorisation de visites domiciliaires).

2. On doit ensuite se demander si les dispositions litigieuses ne relèvent pas du pouvoir règlementaire.

Comme vous le savez, il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Le Conseil constitutionnel en déduit qu'il lui incombe notamment d'assurer la conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la protection de principes et de droits de valeur constitutionnelle et, d'autre part, les autres droits et libertés constitutionnellement protégés : voyez sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 (loi pour la sécurité intérieure, cons.17 à 46) ou encore la décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012 (loi relative à la protection de l'identité).

¹ Elle précise que les droits de la défense ont vocation à s'appliquer à la procédure de sanction ouverte par la notification de griefs par le collège de l'AMF et par la saisine de la commission des sanctions, étant seules réservées en amont de l'acte de poursuite les atteintes irrémédiables aux droits de la défense des personnes contrôlées

² Décision topique : elle annule une décision de la Commission bancaire après que le Conseil constitutionnel ait déclaré contraires à la Constitution diverses dispositions du code monétaire et financier, dont celles relatives au contrôle (décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011).

Affirmer que la conciliation est de niveau législatif revient à exiger que les éléments essentiels de cette conciliation soient eux-mêmes de niveau législatif : il en est ainsi pour les modalités principales des contrôles, notamment les pouvoirs donnés aux agents qui en sont en charge, agissant dans un domaine qui ressortit à la police judiciaire (voyez par exemple la décision 90-281 DC du 27 décembre 1990, loi sur la réglementation des télécommunications) ou seulement à des mesures de contrôle d'ordre administratif (voyez 90-286 DC du 28 décembre 1990, loi de finance rectificative pour 1990, sur les pouvoirs de contrôle des agents de l'administration fiscale), qu'ils soient coercitifs ou pas (pour des pouvoirs non coercitifs, voyez la décision 90-286 DC du 28 décembre 1990, la décision n° 87-240 DC du 19 janvier 1988 - loi sur les bourses de valeur, rendue sur les pouvoirs de l'ancienne Commission des opérations de bourse ou la décision 98-403 DC du 29 juillet 1998 - loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions), l'aspect décisif étant que les pouvoirs en cause soient potentiellement attentatoires aux droits et libertés protégées.

Tel est le cas des pouvoirs de contrôle définis par les articles 143-1 à 143-3 du règlement général de l'AMF, sans qu'importe la circonstance qu'ils portent sur des personnes soumises à une activité de régulation qui s'assimile à un régime de police administrative spéciale³. Les pouvoirs donnés à l'autorité administrative doivent en effet toujours trouver une limite dans les libertés individuelles qui appartiennent à la population soumise à une régulation administrative particulière comme à la généralité des citoyens (voyez par référence, les conclusions du Président Odent sur l'affaire d'Assemblée du 29 juillet 1950, Comité de défense des libertés professionnelles des experts comptables brevetés par l'Etat, n° 91366, au Rec., relative aux pouvoirs d'un ordre professionnel).

Il convient donc bien de rechercher s'il existe une base légale aux pouvoirs de contrôle de l'AMF.

IV. La réponse de la commission des sanctions sur ce point, tel qu'elle figure dans la motivation de la décision attaquée, n'est pas convaincante. Elle estime que les règlements légalement pris revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils procèdent, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec les règles fixées par la législation postérieures.

Certes l'article L. 622-9 du code dans sa rédaction antérieure à la loi de 2003, issue de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, donnait une base aux pouvoirs de contrôle du CMF, en permettant qu'il procède à des contrôles sur pièces et sur place. Mais la permanence des dispositions réglementaires ne les fait pas échapper au principe

³ Par sa décision n° 87-149 L du 20 février 1987, le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que l'institution d'une police spéciale de la chasse mettant en cause les principes fondamentaux du régime de la propriété, les dispositions qui confèrent l'exercice de cette police à une autorité de l'État relèvent du domaine de la loi. Est en revanche de nature réglementaire la fixation de règles particulières destinées à assurer, selon les dispositions de l'article L. 220-1 du code rural, la conservation du gibier par des "prélèvements raisonnés sur les espèces dont la chasse est autorisée" : décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000. Pour la jurisprudence du Conseil d'État, voir Ass., 13 mai 1960, S.A.R.L. Restaurant Nicolas, Lebon, p. 324 ; 17 février 1978, Association dite Comité pour léguer l'esprit de la Résistance C.L.E.R., Lebon, p. 82 ; voir également Syndicat national des industriels et professionnels de l'aviation générale du 19 mars 2001 (n° 202349, au Rec.).

de légalité (voyez votre jurisprudence Alitalia), et donc à la nécessité de maintenir leur base légale. Or il est soutenu que cette dernière aurait disparu avec la loi du 1^{er} août 2003.

VI. L'article L. 621-10 dans sa rédaction issue de cette loi, qui figure dans la sous-section du code consacrée aux « contrôles et enquêtes », précise les pouvoirs d'investigation administrative de l'AMF : communication de documents, possibilité d'en obtenir la copie, convocation et audition des personnes et accès aux locaux à usage professionnel.

Dans la pratique, enquête et contrôle renvoient à des missions distinctes héritées des autorités préexistantes à l'AMF, c'est-à-dire la COB et le CMF, exercées par des services demeurés séparés en son sein⁴ :

- les contrôles, antérieurement exercés par le CMF, ciblent les professions financières réglementées et visent à s'assurer que les professionnels, ainsi que les personnes physiques placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte, respectent leurs obligations professionnelles. Le rapport de contrôle et les observations de l'entité contrôlée sont transmis, s'il y a lieu, au collègue qui décide, le cas échéant, l'ouverture d'une procédure de sanction ou la proposition d'entrée en voie de composition administrative.
- les enquêtes portent sur des faits ou situations relevant d'agissements ou de pratiques émanant de toute personne susceptible de porter préjudice à l'information des investisseurs, au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers ou à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers. Elles débouchent, s'il y a lieu, sur des procédures de sanction pour manquement d'abus de marché mais elles peuvent également donner lieu à la caractérisation de délits boursiers par les autorités judiciaires. Le champ de l'enquête et sa finalité ont traditionnellement justifié un niveau de formalisme plus élevé, les pouvoirs des enquêteurs de la COB étant précisés par l'ancien article L. 621-10 du code.

VII. Le législateur s'est donc contenté, en 2003, de reprendre les dispositions les plus précises, conçues pour la COB. Faut-il déduire du texte de l'article L. 621-10, qui ne mentionne pas les contrôleurs, qu'il s'applique exclusivement aux enquêteurs, ce dont se déduirait la suppression de la base légale du pouvoir des contrôleurs que le législateur avait pris soin de créer deux ans auparavant ?

On peut en douter pour deux raisons.

1. D'abord un argument de texte : la sous-section « Contrôles et enquêtes » du code dans sa rédaction issue de la loi de 2003 ne comporte pas de distinction nette entre ces deux types d'opération. Certes, l'habilitation des enquêteurs est prévue par l'article L. 621-9-1 et la délégation de certains contrôles est permise par l'article L. 621-9-2. Mais l'article L. 621-9, qui permet à l'AMF d'effectuer des contrôles et des enquêtes, ne distingue pas le champ de

⁴ Voir sur ce point « Evolution des pouvoirs de l'AMF en matière d'enquête et de contrôle », M. Galland, Bulletin Joly Bourse du 1er déc. 2013.

chacune de ces opérations⁵ ⁶. L'article L. 621-9-3 rend inopposable le secret bancaire dans le cadre des contrôles et enquêtes. Et vous avez jusqu'ici fait application des dispositions de l'article L. 621-10 à ces deux types d'investigation : votre décision Société Alternative Leader France déjà citée l'applique ainsi à un contrôle effectué en 2009.

2. Cette forme d'indifférenciation des contrôles et des enquêtes répond assez nettement, si ce n'est à une volonté affirmée du législateur, au moins à une intention de fondre les pouvoirs appartenant aux autorités existantes dans un ensemble unique. Lors de sa présentation du projet de loi (Sénat, annexe au PV de la séance du 5 février 2003), le ministre chargé de l'économie décrit une clarification des pouvoirs d'investigation de l'autorité dont la création est prévue, sur un champ très large de professions du secteur financier ou sur un nombre étendu d'opérations de marché, par « des contrôles, de manière continue ou ponctuelle, qu'elle pourra prolonger par des enquêtes sur la base d'ordres de mission prévus délivrés par le secrétaire général et pour lesquelles les pouvoirs étendus de la COB sont maintenus ».

On peut donc lire la loi de 2003 comme se contentant de doter l'AMF de pouvoirs d'investigation administrative calqués sur le dispositif le plus élaboré, c'est-à-dire celui des enquêteurs de la COB. Au vu de ces éléments, il nous semble possible d'en déduire, au prix d'un effort, que l'article L. 621-10 couvre toutes les formes d'investigation administrative, dont les contrôles.

VIII. Nous vous signalons que le législateur a, par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires en 2013, modifié l'article L. 621-10 en prenant le soin de mentionner explicitement les enquêteurs et les contrôleurs.

Cette intervention peut être comprise comme explicitant les pouvoirs déjà donnés aux contrôleurs ou au contraire comme les créant.

La première thèse se défend assez bien, car le législateur a entrepris de clarifier le dosage des pouvoirs mis en œuvre, selon le type d'investigation qui est mené :

- ainsi, pour une opération de contrôle, les agents de l'AMF disposent des pouvoirs de communication de documents, de convocation et d'audition, ainsi que d'accès aux locaux à usage professionnel (cf. art. L. 621-10) ;

⁵ Le mot « contrôle » n'apparaît qu'incidemment à l'avant dernier alinéa pour réserver les pouvoirs de la Commission bancaire et de la Banque de France.

⁶ Les deux termes ne visent pas par nature des situations différentes.

L'activité de contrôle ne peut ainsi être limitée par principe aux personnes soumises à des obligations particulières du fait de leur agrément, et soumise à ce titre à un régime de surveillance particulier. Les professionnels mentionnés à l'article L. 621-9 ne sont en effet pas tous soumis à l'obligation d'un agrément. Le contrôle administratif renvoie d'ailleurs, de façon générale, au respect d'obligations résultant de dispositions législatives ou réglementaires, par exemple celles pesant sur les contribuables, indépendamment donc d'un régime de police spéciale. La soumission à des contrôles n'exclut pas la possibilité d'une enquête, cette dernière étant plus susceptible de déborder la police administrative et d'entraîner des conséquences pénales pour la personne visée.

- pour une enquête, il est précisé qu'ils disposent en plus de la faculté de se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunications (cf. art. L. 621-10)

- enfin, pour la recherche des infractions définies aux articles L. 465-1 et L. 465-2 et des faits susceptibles d'être qualifiés de délit contre les biens, ils disposent des pouvoirs plus étendus prévus par l'article L. 621-12, comportant la saisie de document et la visite domiciliaire, exercé sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

Cette graduation s'éloigne de la séparation historique entre activités de contrôle et d'enquête : on peut donc dire que la loi de 2013 explicite les pouvoirs d'investigation dans cette nouvelle perspective.

Vous pourrez donc écarter le moyen tiré de l'absence de base légale, à la date des faits, des dispositions des articles 143-1 à 143-3 du règlement général de l'AMF.

IX. Vient la seconde branche moyen, non moins délicate, tirée de la méconnaissance des stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantissent le droit de toute personne au respect de sa vie privée, de son domicile et de sa correspondance.

Le moyen est présenté à titre subsidiaire : partant du principe « qu'aucune disposition législative n'autorisait les contrôleurs à agir comme ils l'ont fait », il vise par la voie de l'exception les dispositions des articles 143-1 à 143-3 du règlement général de l'AMF.

Vous n'aurez guère de difficulté à rediriger l'argumentation contre l'article L. 621-10 du code, car si vous nous avez suivi sur le point précédent, c'est bien dans la loi que les pouvoirs critiqués trouvent leur origine.

En vertu de l'article 8 de la Convention, il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit au respect (...) de son domicile et de sa correspondance que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire (...) à la prévention des infractions pénales, (...) ou à la protection des droits et libertés d'autrui, la Cour de Strasbourg ayant jugé que ces stipulations pouvaient s'appliquer, dans certaines circonstances, aux locaux professionnels (voyez CEDH, 16 avril 2002, Société Colas est, n° 37971/97).

La première condition ne pose pas de difficulté : tant l'article L. 621-10 que les articles 143-1 à 143-3 du règlement général de l'AMF prévoient avec suffisamment de clarté les ingérences dans ces droits, le pouvoir de se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support devant être regardé comme couvrant la messagerie électronique des personnes contrôlées.

Nul doute non plus que les ingérences critiquées répondent à un but légitime, notamment la défense de l'ordre public financier, la prévention des infractions pénales et le bien-être économique du pays.

Reste à examiner si l'ingérence apparaît proportionnée et peut être considérée comme nécessaire à la poursuite de ces objectifs. Votre décision de section Société Inter Confort du 6 nov. 2009 (n° 304300, au Rec.) a synthétisé les exigences tirées de la jurisprudence de la CEDH : le droit au respect du domicile doit être concilié avec les finalités légitimes du contrôle, par les autorités publiques, du respect des règles qui s'imposent à des personnes morales dans l'exercice de leurs activités professionnelles, le caractère proportionné de l'ingérence que constitue la mise en œuvre, par une autorité publique, de ses pouvoirs de visite et de contrôle des locaux professionnels résultant de l'existence de garanties effectives et appropriées, compte tenu, pour chaque procédure, de l'ampleur et de la finalité de ces pouvoirs.

X. Le moyen étant soulevé par la voie de l'exception, vous devrez rechercher, par une approche abstraite⁷, si les dispositions législatives et réglementaires en cause entraînent une méconnaissance structurelle des droits garantis par la Convention, en tenant compte de la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants.

Certes, les pouvoirs des contrôleurs en cause sont importants, mais ils ne sont pas « quasi-illimités » comme l'affirment les requérants, la communication des documents devant ainsi, en vertu de l'article L. 621-10, répondre aux nécessités de l'enquête et donc du contrôle.

Il est par ailleurs certain que les contrôleurs de l'AMF ne disposent pas de pouvoirs coercitifs : c'est ainsi qu'il faut interpréter les dispositions litigieuses, les pouvoirs d'investigation administrative de l'article L. 621-10 n'étant pas assortis de moyens de contrainte, contrairement à ceux, plus intrusifs, de l'article L. 621-12, placés sous le contrôle du juge judiciaire. C'est ce que le Conseil constitutionnel a déjà jugé, s'agissant des dispositions identiques alors applicables aux enquêteurs de la COB, en affirmant « qu'ils ne disposent cependant d'aucune possibilité de contrainte matérielle et ne peuvent procéder à aucune perquisition ou saisie ; que, même au cas où les personnes auprès desquelles les enquêtes sont conduites feraient obstacle à l'exercice des missions des agents habilités, cette résistance ne pourrait donner lieu éventuellement qu'à l'application des sanctions pénales prévues par le dernier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 », reprises à l'actuel article L. 642-2 du code.

Contrairement à ce qui est soutenu, la personne contrôlée par l'AMF dispose de la faculté de contester la régularité de la procédure de contrôle, devant la commission de sanction, en cas de poursuite, puis devant le juge compétent, en cas de recours contre la sanction.

Enfin, vous pourrez tenir compte du fait que les pouvoirs de contrôle s'exercent dans le cadre de la régulation d'une activité qui s'assimile à un régime de police spéciale, les personnes contrôlées étant dans la plupart des cas soumises à un agrément.

⁷ Pour la mise en œuvre de cette approche abstraite, voir la décision M. S... du 24 octobre 2014 (n° 368580, aux T.), et bien sûr les décisions du Conseil constitutionnel.

Au total, au vu des pouvoirs mis en œuvre et des garanties prévues, le dispositif de contrôle de l'article L. 621-10 et des articles 143-1 à 143-3 du règlement général de l'AMF nous paraît répondre aux exigences de nécessité et de proportionnalité qui se déduisent de l'article 8 de la Convention. Vous pourrez donc écarter le moyen soulevé par la voie de l'exception.

Et vous n'aurez pas à rechercher, comme vous l'avez fait dans la décision Société Inter Confort, si les conditions concrètes du contrôle ont méconnu l'article 8 de la Convention, car le moyen n'est soulevé que par la voie de l'exception.

XI. Les autres moyens de régularité vous retiendront moins longtemps.

1. Les requérants se plaignent de ce que leurs observations en défense présentées le 29 janvier 2015 n'ont pas été incorporées à la convocation à la séance publique adressée le 13 février aux membres de la commission. Mais aucune disposition ni aucun principe ne l'impose. Et en l'espèce, la séance a été suspendue afin de permettre que les membres de la commission en prennent connaissance : vous pourrez donc écarter le moyen tiré de la méconnaissance des droits de la défense et de l'égalité des armes, le caractère contradictoire de la procédure n'étant en tout état de cause pas en jeu.

2. Sont ensuite critiquées diverses caractéristiques structurelles de l'AMF :

- Vous ne verrez pas d'atteinte objective au principe d'impartialité à ce que les textes n'interdisent pas à un membre du collège de l'AMF de devenir, à l'issue de son mandat, membre de la commission des sanctions ou inversement : vous l'avez jugé par votre décision du 28 nov. 2014, M. F... et autre (n° 366463, aux T.) ;

- Cette décision juge par ailleurs que la seule circonstance que les services instructeurs de l'AMF, placés sous la direction d'un secrétaire général, nommé par le président de l'autorité après avis du collège, puissent être mis à la disposition du membre rapporteur de la commission des sanctions ne saurait, comme l'affirment les requérants, faire naître des doutes quant à l'impartialité des services instructeurs et à la séparation, au sein de l'autorité, des autorités de poursuite et de jugement ;

- Ne méconnaît pas le principe d'impartialité la circonstance que le collège de l'Autorité aurait décidé lors d'une même séance de notifier des griefs aux requérants et de surseoir à statuer sur sa demande de clarification relative à l'agrément dont elle était titulaire.

3. Est enfin critiquée la circonstance que le rapporteur de la commission aurait eu à connaître précédemment, en tant que secrétaire général adjoint de l'AMF en charge de la direction de gestion d'actifs, de l'instruction des agréments obtenus par la société Bernheim France en novembre 2009 et avril 2010. Les mis en cause ont cependant décidé, dans un courrier du 10 octobre 2013, de ne pas faire usage de la faculté prévue aux articles R. 621-39-2 et suivants du code de récuser le rapporteur dans un délai d'un mois à compter de la

notification de sa désignation. En tout état de cause, il n'est pas même allégué que l'exercice de ses fonctions antérieures à sa désignation comme rapporteur aurait conduit à ce qu'il puisse être regardé comme ayant un intérêt personnel à l'affaire soumise à la commission des sanctions.

Ne sont pas davantage de nature à caractériser une atteinte au principe d'impartialité les circonstances que le rapporteur de la commission aurait informé la direction de la gestion des actifs du collège de ce que les requérants s'étonnaient auprès de lui de ne pas avoir reçu de réponse quant à leur demande d'extension d'agrément et que les représentants du collège seraient entrés dans la salle d'audience avant eux.

XII. Nous en venons au bien fondé de la décision. Les deux manquements retenus par la commission des sanctions sont contestés.

1. Le premier porte sur la méconnaissance de l'agrément pour l'exercice de la gestion collective, et notamment à la condition, qui figurait dans l'extension d'agrément obtenu le 3 mai 2011 pour la gestion collective du fonds Diva Synergy UCITS, que soit recruté un gérant financier expérimenté en matière de gestion collective, conformément d'ailleurs programme d'activité soumis à l'AMF par la société requérante.

Les requérants font valoir qu'une telle condition n'était pas justifiée, la stratégie suivie par le fonds se bornant selon eux à reproduire celle mise en œuvre pour un autre fonds de droit des îles vierges britanniques géré par la société. Vous ne pourrez cependant considérer que l'AMF ne pouvait imposer la condition contestée, au vu du programme élaboré par la société elle-même mais également des exigences propres à la réglementation française.

Vient ensuite le débat sur la réalité de l'activité de gérance exercé par Mme P..., consistant, en vertu de l'article 313-7-2 du règlement général de l'AMF, à « prendre des décisions d'investissement dans le cadre d'un mandat de gestion individuel ou dans le cadre de la gestion d'un ou plusieurs organismes de placement collectifs ». Vous ne pourrez censurer, au vu des éléments du dossier, l'appréciation de la commission des sanctions qui a estimé que l'intéressée n'exerçait pas effectivement de telles fonctions, après avoir regardé comme dépourvus de caractère probant les témoignages produits en réponse à la notification des griefs portant, pour la plupart, sur des événements postérieurs aux faits de l'espèce ou insuffisamment précis.

2. Le deuxième manquement porte sur l'activité de réception et de transmission d'ordres, que la société ne peut exercer en vertu de l'article 312-9 du règlement général, dans sa rédaction applicable aux faits, du fait de son incompatibilité avec l'activité de gestion d'un OPCVM.

L'instruction a permis d'établir la matérialité de la transmission au Crédit Suisse, entre le 10 août 2011 et le 10 février 2012, de 65 ordres d'achat et de vente de titres pour le compte de la société X, pour un montant global de 7 millions d'euros, ordres ayant été adressés à la société Bernheim Dreyfus & Co. et non à M. D... à titre personnel. Vous ne pourrez voir d'erreur d'appréciation sur ce point.

Nous pouvons examiner immédiatement le grief non retenu par la commission des sanctions, tiré de l'exercice sans agrément du service d'investissement de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, et qui fait l'objet du recours incident du président de l'AMF.

Sont en cause deux mandats de gestion conclus par la société X. avec la société Bernheim Dreyfus & Co. SA établie en Suisse relatifs à des comptes ouverts auprès de JP Morgan et du Crédit Suisse, que M. D..., qui était titulaire d'un pouvoir nominatif pour ce faire, a continué à gérer entre la mise en sommeil de la société suisse en novembre 2009 et l'obtention, par la société Berheim Dreyfus & Co. SAS de droit français, de l'agrément pour le service de gestion de portefeuille pour le compte de tiers le 13 avril 2010.

Mais il nous semble que la commission des sanctions a pu légalement estimer que l'instruction ne permettait pas d'établir de façon non équivoque que les opérations en cause avaient été effectuées en sous-main par la société Berheim Dreyfus & Co. établie en France. Vous pourrez donc confirmer le sort réservé à ce grief.

XIII. Vous confirmerez également sans grande difficulté les sanctions prononcées.

Vous ne verrez pas d'erreur de fait dans l'appréciation de la durée des manquements, du 1er mai 2011 à février 2012 pour le premier et du 10 août 2011 au 10 février 2012 pour le second.

Et vous ne pourrez considérer que la commission des sanctions a infligé des sanctions disproportionnées au regard de la gravité et de la nature des manquements reprochés.

Et par ces motifs nous concluons :

- au rejet de la requête, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet du recours incident :
- à ce que les requérants versent à l'AMF une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.