

N° 422186 - AMF
N° 422274 - Société Arkea Direct Bank

Assemblée du contentieux
Séance du 6 mars 2020
Lecture du 20 mars 2020

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. A la suite d'un contrôle, le collège de l'Autorité des marchés financiers, ou AMF, a notifié trois griefs à la société Arkéa Direct Bank, relatifs à la façon dont les ordres des clients, pour la réalisation de transactions financières, sont reçus, transmis pour exécution à deux partenaires, Procapital et Natixis, et conservés. Les griefs portaient, en premier lieu, sur les défauts du système informatique d'enregistrement, de traitement et de conservation des données relatives aux ordres et à leurs conditions d'exécution ; en deuxième lieu était reprochée l'absence d'un système formalisé de contrôle *a posteriori* de l'exécution de ces ordres ; enfin, la notification pointait des « lacunes dans l'information des clients en cas de difficulté sérieuse susceptible d'influer sur la bonne exécution des ordres », les clients concernés par au moins trois incidents n'ayant jamais été informés de ce que leurs ordres n'avaient été transmis qu'en retard, ce qui évidemment peut changer leurs conditions d'exécution sur le marché financier.

La lettre de notification des griefs, du 21 novembre 2017, comprenait également une « proposition d'entrée en voie de composition administrative ». Cette faculté, inspirée de la procédure de composition pénale, a été introduite à l'article L. 621-14-1 du code monétaire et financier par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, modifiée ensuite par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 qui en a élargi le champ d'application.¹ L'accord, qui n'emporte pas reconnaissance de culpabilité, doit prévoir le paiement d'une somme au Trésor public, d'un montant qui ne peut dépasser le montant encouru en cas de sanction. L'accord doit être approuvé par le collège puis homologué par la commission des sanctions. Si c'est le cas, il est publié et doit bien sûr être exécuté. Faute d'accord homologué, la notification des griefs conduit *de jure* à la poursuite de la procédure de sanction. Cette procédure de composition

¹ A l'heure actuelle, la procédure est applicable aux « manquements commis par une personne mentionnée au 9° du II de l'article L. 621-9, au II de l'article L. 621-15, sauf en cas de manquement mentionné au f du II du même article L. 621-15, et aux obligations professionnelles mentionnées à l'article L. 621-17 ».

n'est pas obligatoire. En 2018, un peu plus de soixante compositions ont, semble-t-il, déjà abouti depuis la création de la procédure. Cela représente désormais environ la moitié de l'activité de la commission des sanctions (16 décisions sur 34 en 2018). Les refus d'homologation sont très rares : nous n'avons connaissance que de deux cas : le premier correspond à un accord qui s'est avéré contredire une position prise par la commission peu après sa conclusion, et le refus d'homologation fut donc consensuel semble-t-il ; le second est attaqué aujourd'hui.

La société Arkéa Direct Bank, ou ADB, a en effet accepté la composition ; un accord a été trouvé, négocié par le secrétaire général de l'AMF et validé par le collègue. Cet accord prévoyait le paiement d'une somme de 220 000 euros et une série d'engagements visant, d'une part, à améliorer le système de traitement des données des ordres des clients et le contrôle de leur exécution, d'autre part, à assurer que le client serait informé des difficultés éventuellement rencontrées dans l'exécution de son ordre et susceptible d'avoir une influence. L'accord a été transmis à la commission des sanctions mais celle-ci a refusé l'homologation, par une décision du 27 juin 2018 de sa 2^e section, au motif que « *les griefs soulèvent des questions nouvelles sur le fond qui doivent être tranchées par la Commission des sanctions* ». Ce refus a enclenché l'instruction de l'affaire par la commission des sanctions, qui n'a pas encore abouti à notre connaissance. Il a été attaqué par la société mise en cause mais également par le président de l'Autorité des marchés financiers, après accord du collègue (CMF, art. L. 621-30). Il y a bien sûr lieu de joindre ces deux requêtes. En revanche, il nous semble que l'intervention en demande de l'Autorité française de lutte contre le dopage, motivée uniquement par le fait que la décision que vous prendrez aujourd'hui pourrait influencer demain la jurisprudence la concernant, ne nous semble pas recevable à l'aune de vos critères traditionnels : elle n'a pas d'intérêt à l'annulation de la décision attaquée, ses compétences sont étrangères à la régulation des marchés financiers et les textes qui régissent sa procédure de composition administrative sont distincts et par certains aspects différents.

2. Vous êtes selon nous compétents pour examiner un tel recours, dès lors que la procédure de sanction en cause est de celles qui relèvent de la juridiction administrative, en vertu du partage opéré avec le juge judiciaire par l'article L. 621-30 du code monétaire et financier.²

Néanmoins, avant d'examiner le fond des critiques, il est légitime de se demander : comment en est-on arrivé là ? Il est singulier d'avoir à juger un recours d'une autorité publique contre elle-même, car la commission des sanctions, c'est encore l'AMF.

Le moteur qui a conduit à cette configuration contentieuse étrange, c'est, vous le savez, le développement et la constitutionnalisation des sanctions administratives. Il n'est pas si loin le temps où l'on regardait ces sanctions, dont les premiers développements remontent à l'entre deux guerres, avec circonspection, en s'appuyant sur un principe selon lequel on ne saurait « *punir sans juger* ». ³ Lorsqu'il accepta de façon générale la constitutionnalité des sanctions

² En outre, il s'agit bien d'une décision prise pour la mission de régulation de l'AMF, qui relève en premier ressort du Conseil d'Etat en vertu de l'article R. 311-1 du code de justice administrative.

³ Si l'on admettait depuis toujours, l'existence de sanctions disciplinaires, qui existent en droit public comme

administratives, par ses décisions n° 88-248 DC du 17 janvier et n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, le Conseil constitutionnel les soumit aux principes constitutionnels qui s'imposent à toute « sanction ayant le caractère d'une punition », à savoir, en particulier les principes de légalité des délits et des peines, de respect des droits de la défense, de nécessité et d'individualisation de la peine. Dans un premier temps, ces principes constitutionnels, issus du droit pénal, où ils s'appliquent avec une grande rigueur, s'adaptèrent aisément à la nature administrative de la répression : ainsi, le principe de légalité des délits peut se satisfaire, pour la répression administrative, d'un renvoi aux obligations professionnelles s'appliquant à une catégorie de professionnels, ce qui peut embrasser un nombre considérable de règles, qui parfois se limitent à des obligations déontologiques générales, par nature relativement imprécises. La synthèse sembla si parfaite que les sanctions administratives connurent un fort développement, favorisé par le développement de la technique consistant à confier à une administration autonome du gouvernement une mission de régulation ou de protection des libertés publiques. Mais cette transposition des principes pénaux à la répression administrative a changé de visage en 2011 et 2013. Prenant position dans un paysage jurisprudentiel et doctrinal sur lequel il n'est pas nécessaire de revenir, et allant au-delà des exigences issues des appréciations, toujours très concrètes, de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel estima que le respect du principe d'impartialité impliquait, comme en matière pénale, la séparation des fonctions de poursuite et de jugement des manquements, et censura dès lors les procédures organisées à la Commission bancaire, juridiction administrative spécialisée, et surtout à l'ARCEP, autorité administrative indépendante (CC, 2 décembre 2011, n° 2011-200 QPC et CC, 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC).

Cette décision a constitué une étape fondamentale, qui a progressivement déployé ses effets. Elle a d'abord conduit à une succession de censures⁴ et de réformes de l'organisation des autorités administratives indépendantes, le Conseil constitutionnel n'appliquant cette exigence que lorsque la sanction est infligée par une administration indépendante du gouvernement, et non par un ministre ou un préfet (CC, 9 mars 2017, n° 2016-616/17 QPC). Elle a surtout consommé une rupture entre la répression administrative par ces autorités indépendantes et les raisonnements, le modèle, la structure classique de l'action administrative. L'action d'une administration, marquée par le privilège du préalable, consiste en effet à avoir une plénitude d'action, à la fois pour décider d'agir, conduire la procédure administrative qui apporte certaines garanties à l'usager, et adopter une décision, sous l'autorité hiérarchique du chef de service. Imposer qu'une procédure soit initiée et instruite par une partie de l'administration, puis réinstruite et achevée par une autre, sans autorité hiérarchique commune, est plus qu'une exigence procédurale, c'est une exception à la forme normale de l'action administrative. L'évolution n'était pas sans justification, étant donné le développement spectaculaire de ces

elles existent en droit privé, le Conseil d'Etat estima que les chambres des ordres professionnels, compétentes pour infliger des sanctions professionnelles, constituaient de véritables organes juridictionnels qui devaient en respecter les principes. Les sanctions administratives se sont ensuite développées comme accessoire d'un pouvoir de police (CE, sect., 5 mai 1944, Dame veuve T... G..., n°69751, Rec.), puis de façon de plus en plus autonome. V. M. D... et C. T... -C., *Punir sans juger, de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992 ; M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, LGDJ, 2014.

⁴ V. par ex CC, 9 mars 2017, n° 2016-616/17 QPC ; CC, 24 novembre 2017, n° 2017-675 QPC ; CC, 2 février 2018, n° 2017-688 QPC ; CC, 26 juillet 2019, n° 2019-798 QPC.

sanctions qui pouvait faire craindre à nouveau qu'on allait *punir* sans l'ensemble des garanties, notamment l'impartialité d'un véritable *jugement*, impartialité qui est d'une nature différente que celle exigée de l'administration dans son action de droit commun.

En imposant à la répression administrative une structure jusqu'alors propre à la procédure pénale, on enclencha un processus qui fit émerger un troisième modèle, intermédiaire entre la sanction pénale et la sanction administrative infligée par un ministre ou un préfet. En dessinant ce modèle, il faut prendre garde à préserver la nature administrative de la répression, qui demeure celle d'un régulateur à l'action multiple et qui ne constitue qu'une personne morale, une administration. L'acculturation de la séparation des fonctions conduisit en premier lieu à ce que l'autorité de poursuite fût dotée, comme le parquet, d'un pouvoir de recours contre la décision de l'autorité de sanction. C'est le cas de l'AMF, depuis la modification de l'article L. 621-30 par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 (art. 6). En second lieu, le législateur décida de transposer à la répression administrative des mécanismes d'extinction de l'action répressive par transaction avec l'autorité de poursuite, mécanismes qu'il avait multipliés en procédure pénale. C'est le cas de la composition administrative à l'AMF. La décision que vous rendrez dans cette affaire permettra de préciser l'office de la commission des sanctions et le vôtre.

3. Vous l'aurez compris, la recevabilité du recours du président de l'AMF nous semble certaine⁵, et celle de la société mise en cause ne pose pas de difficulté. En matière pénale, le législateur a prévu que le refus de valider une composition pénale par le président du tribunal est insusceptible de recours, seule pouvant être contestée la décision finale de punir ou de ne pas punir. Mais en l'espèce, le refus d'homologuer constitue, en vertu de l'article L. 621-14-1, une décision susceptible de recours.

Une série de questions procédurales découlent de cette configuration baroque. Pour computer et opposer le délai de recours, il est nécessaire que la commission des sanctions de l'AMF notifie sa décision à l'AMF, c'est-à-dire à son président, compétent pour exercer le recours. Cela a été le cas en l'espèce. Surtout, cette configuration pose de façon plus aiguë que par le passé la question de l'identification du défendeur au litige. Il vous faut préciser votre contrôle et la nature du recours, qui déterminera si le ministère d'un avocat est obligatoire.

Ces questions nous semblent largement indéterminées, les textes ne les règlent pas. C'est l'économie du dispositif qui doit guider vos réponses, et nous vous proposons donc de les laisser d'abord de côté pour commencer par examiner directement les conditions de légalité, externe et interne, d'une décision de refus d'homologation. Et parce qu'ici le fond du droit devra guider la réponse aux questions de forme et de procédure, nous vous proposons de commencer par la question des motifs valables de refus d'homologation, qui constitue le cœur du litige.

⁵ Article L. 621-30 du code monétaire et financier ; pour un recours direct du président de l'AMF contre le refus de sanctionner un grief, v. CE, 30 janvier 2019, Pdt de l'AMF, n° 412789, T

4. L'article L. 621-14-1 du code monétaire et financier dispose que « *l'accord est soumis au collège puis, s'il est validé par celui-ci, à la commission des sanctions, qui peut décider de l'homologuer* ». L'article R. 621-37-5 n'en dit pas davantage. A quelle condition la commission peut-elle décider de ne pas homologuer un accord ? Si la sobriété de la loi est un premier indice en faveur d'un pouvoir d'appréciation assez large de la commission des sanctions, vous ne sauriez-vous arrêter au simple usage du verbe *pouvoir*, dont vous savez qu'il présente, en légistique, une redoutable ambiguïté puisqu'il peut à la fois désigner une véritable *faculté*, dont l'autorité n'est pas tenue de faire usage et pour laquelle elle dispose d'une part de discrétion, ou un simple *pouvoir*, dont elle peut être tenue, en certains cas de faire usage (CE, 13 nov. 2019, Cne de Marennes, n° 416860, Rec. ; CE, 5 février 2020, Sté Vivauto PL, n° 419284, inédit).

4.1 On peut distinguer trois degrés de contrôle possible, du plus évident au plus délicat. Au premier degré, toutes les parties sont d'accord pour reconnaître à la commission une faculté de contrôle de la **régularité de la procédure**, notamment au regard des conditions posées par la loi pour que l'on y ait recours. On peut y ajouter les **conditions de fond posées par la loi** (notamment celle que la somme versée au trésor en vertu de l'accord ne soit pas supérieure au montant de la sanction pécuniaire encourue), le contrôle de la réalité du consentement et le contrôle, classique pour l'homologation des transactions, de ce que les engagements pris dans l'accord ne méconnaissent aucune règle d'ordre public, ces deux dernières questions correspondant ici à des hypothèses d'école. Il s'agit du cœur du contrôle. Si l'on s'en tient là, l'office de la commission des sanctions ne sera pas si éloigné de l'homologation des transactions civiles ou de votre office lorsque vous homologuez les contrats de transactions en matière administrative (CE, Ass., 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses, n° 249153, Rec. ; CE, ass. 11 juillet 2008, Société Krupp Hazemag, n° 287354, Rec. ; CE, 10 février 2014, SA Gecina, n° 350265, Rec.).

4.2 Mais en matière répressive, on ne peut s'en tenir là. Un deuxième cercle de contrôle ne fait guère débat : il s'agit des erreurs de fait et des erreurs de droit. Même si le mis en cause consent à souscrire aux engagements de l'accord, on ne peut s'arrêter à ce consentement pour refuser de contrôler la crédibilité de la notification des griefs, qui précède cet accord et en constitue la cause. Quand bien même le mis en cause ne reconnaît pas les griefs, c'est bien la crainte, en son for intérieur, de l'issue de cette procédure punitive qui le pousse à accepter de verser une somme conséquente au trésor public et à prendre de lourds engagements. La commission doit vérifier que ce pouvoir de pression de l'autorité de poursuite ne s'est pas exercé indûment. Sa vérification ne sera évidemment pas de même nature que l'appréciation qui la conduit, après instruction complète du dossier, à statuer sur la réalité du grief. Il n'empêche qu'elle doit s'assurer qu'au vu des éléments dont elle dispose, et par l'examen forcément limité qu'induit cette sorte de procédure, les griefs n'apparaissent pas entachés d'une erreur de fait ou d'une erreur de raisonnement juridique. Si elle a un doute sur ce point, et à ce stade un simple doute sérieux nous semble suffisant, elle doit en principe refuser l'homologation : aussi bien son examen pourrait finalement la conduire à ne pas retenir une partie des griefs reprochés. En pratique, il est peu probable que la commission relève une erreur de fait, puisqu'elle n'a pas instruit. Mais il est possible qu'elle relève une erreur de

droit, dans l'application des règles ou dans la prescription du manquement. En outre, dès ce stade, il nous semble nécessaire que vous reconnaissiez aussi à la commission une certaine latitude : ainsi, la pratique du collège consiste souvent à qualifier les mêmes faits sous l'angle de plusieurs griefs cumulatifs, ce que vous avez admis (CE, 30 janvier 2019, Pdt de l'AMF c/ M. S..., n° 412789, T. ; CE, 6 nov. 2019, M. L..., n° 418463, T.). Le sentiment d'une erreur de droit sur un point relatif à un grief redondant et qui ne change pas la substance de la poursuite et de l'accord ne doit pas la conduire à refuser systématiquement l'homologation, s'il lui semble que globalement la poursuite paraît fondée et l'accord équilibré.

5.1 Faut-il s'arrêter là ? La commission doit-elle s'arrêter à ce qui s'apparenterait à un contrôle de légalité de la notification des griefs et de la procédure ou dispose-t-elle d'une plus grande marge de manœuvre ? La lui reconnaître n'est pas sans inconvénient : on peut comprendre que la société mise en cause souhaiterait pouvoir, après avoir négocié un accord avec le secrétaire général de l'autorité et obtenu l'accord du collège, être assurée d'en bénéficier, sauf obstacle de régularité ou d'illégalité. On pourrait, pour maximiser l'efficacité de cette procédure, juger que, dès lors que l'autorité de poursuite estime que la « poursuite » peut s'arrêter à ce prix-là, l'autorité de sanction n'a pas son mot à dire.

En réalité, aucun requérant ne soutient qu'il faudrait avoir du rôle de la commission des sanctions une vision trop restrictive : ils admettent, comme l'exprime la commission des sanctions dans une sorte de paragraphe de principe qu'elle a adopté pour ce type de décision, que celle-ci peut aussi refuser d'homologuer pour « erreur manifeste d'appréciation ». Cette expression pose trois questions : faut-il aller plus loin que les contrôles que nous vous avons décrits ? que recouvrirait cette *appréciation* et pourquoi l'erreur devrait-elle être *manifeste* ?

Pour répondre à cette question, la loi ni le décret ne vous sont d'aucun secours. Vous pouvez vous référer aux autres procédures existantes. En matière de répression administrative, le procédé en est encore à ses débuts :

- il existe tout d'abord une procédure comparable à la nôtre à l'Agence de lutte contre le dopage (art. L. 232-21-1 du code du sport, créé par l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018), où elle est obligatoire et précède la notification des griefs, et à l'Autorité de sûreté nucléaire (art. L. 596-8, ordonnance n° 2016-128 du 10 février 2016), où elle est facultative et accompagne la notification des griefs, comme à l'AMF ; il n'y a aucune jurisprudence et les textes sont tout aussi sobres sur le rôle de la commission des sanctions ;
- il existe ensuite plusieurs procédures en matière de protection de la concurrence des marchés : une procédure de transaction entre les mains du ministre de l'économie, lorsqu'il est dans son champ de compétence et que l'Autorité de la concurrence n'est pas saisie des mêmes faits. Le processus transactionnel est alors, d'une certaine façon, entièrement conduit du côté de la « poursuite », puisque l'accord n'est pas homologué par l'Autorité de la concurrence et cependant « *éteint toute action devant l'Autorité de la concurrence pour les mêmes faits* ». Devant l'Autorité de la concurrence la procédure de transaction, prévue au III de l'article L. 464-2 du code de commerce, est applicable lorsque les griefs notifiés ne sont pas contestés par le mis en cause. L'accord conclu entre le rapporteur général, autorité de poursuite, et le mis en cause,

donne lieu à une décision du collègue, quoique celle-ci soit tenue par les limites fixées par l'accord. D'autres procédures, d'engagements ou de programme de clémence, permettent d'éviter en tout ou partie poursuite ou sanction mais sont d'une nature un peu différente (art. L. 464-2).

Ces comparaisons ne tranchent pas notre question mais permettent, nous semble-t-il, de distinguer des procédures d'extinction de l'action répressive par accord qui sont entièrement entre les mains de l'autorité de poursuite de celles qui nécessitent l'accord de l'autorité qui sanctionne. Ce sont deux équilibres assez différents. On les retrouve en procédure pénal, laboratoire de ce type de dispositif. On peut en effet distinguer :

- d'une part, la procédure de composition pénale, qui a inspiré la procédure de composition administrative, par laquelle le procureur, avant l'engagement des poursuites, propose à une personne physique qui reconnaît sa culpabilité un accord de composition, qui comporte une série d'engagements du mis en cause et qui, s'il est validé par le président de la juridiction et exécuté, éteint l'action publique. Le magistrat du siège s'assure de la régularité de la composition et du respect des conditions de fond posées à l'article 41-2 du code de procédure pénale, mais son office ne se limite pas là : il ne la valide que s'il estime « *les mesures proposées justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* ». En revanche, il refuse lorsque « *il estime que la gravité des faits, au regard des circonstances de l'espèce, ou que la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient le recours à une autre procédure* ». Le magistrat vérifie donc si la composition répond à la politique répressive du siège, s'il est conforme à l'exigence d'une répression appropriée des infractions. Sa marge d'appréciation est large. Une procédure analogue de convention judiciaire d'intérêt public existe pour les personnes morales, qui présente quelques particularités, notamment l'absence de reconnaissance de culpabilité (art. 41-1-2), comme pour la composition de l'AMF.
- d'autre part, il existe une série de procédures de transaction passées uniquement par les autorités qui participent ou décident de la poursuite, et qui peuvent éteindre l'action publique. Dans ce cas, l'officier de police judiciaire peut, tant que l'action publique n'est pas mise en mouvement, proposer une transaction à l'auteur des faits. Elle doit alors être homologuée par le seul procureur de la République, qui dispose lui aussi d'un large pouvoir d'appréciation, puisque la transaction éteindra l'action publique, mais n'a pas à faire l'objet d'un accord du juge du fond. Une telle procédure existe aujourd'hui notamment pour les infractions constatées par la police municipale (art. 44-1 du code de procédure pénale), pour les infractions environnementales (art. L. 173-12 du code de l'environnement), pour certaines infractions constatées par les agents de la DGCCRF (art. L. 310-6-1 et L. 490-5 du code de commerce) ou encore pour le défenseur des droits en matière de discrimination (art. 24 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011).⁶ Il existe également des procédures d'amendes forfaitaires pénales : pour les infractions les moins graves et les plus simples, un tarif

⁶ En matière d'impôts et de douanes, l'homologation n'est prévue que lorsque la transaction intervient après mise en mouvement de l'action publique (art. 350 du code des douanes, art. L. 249 du livre des procédure fiscale).

transactionnel est établi et son paiement après constat de l'infraction éteint *de jure* l'action publique, sans qu'il soit même besoin de recueillir l'accord du procureur (art. 529 du code de procédure pénale).

Le droit comparé offre également d'autres exemples mais ils ne sont pas si fréquents. En Allemagne, en Italie ou au Royaume-Uni, les régulateurs des marchés financiers concluent des accords sans homologation. La *Securities Exchange Commission (SEC)* américaine dispose d'une procédure de transaction qui nécessite l'accord du collège puis, dans certains cas, l'homologation d'un juge, extérieur au régulateur, au contrôle assez restreint.

Dans ce paysage varié, la comparaison avec la procédure pénale nous semble un élément important de la réflexion : d'une part, le législateur s'est inspiré pour l'AMF de la procédure de composition pénale, jusqu'à en reprendre le nom ; d'autre part, l'exigence d'une dissociation entre autorité de poursuite et de sanction nous vient d'une transposition du standard pénal à certaines formes de répression administrative, et il vous faut donc partir de ce standard pour le transposer en matière administrative. Vous avez un choix à faire mais nous sommes, pour notre part, assez fermement convaincus qu'il faut permettre à la commission de refuser d'homologuer les compositions qui ne lui semblent pas appropriées à la politique répressive dont elle a la charge, pour deux raisons.

La première est que cela nous semble l'intention du législateur. Si les travaux préparatoires ne se prononcent pas explicitement sur cette question, vous disposez de trois indices : d'abord le texte lui-même, qui prévoit une faculté d'homologation, qui n'est pas encadrée par des critères stricts ; ensuite, l'inspiration de la procédure de composition pénale, qui a toujours laissé une large marge d'appréciation au magistrat du siège pour valider l'accord ; enfin, les débats en commission à l'Assemblée nationale ont mis en avant l'idée d'une procédure à « double verrou », ⁷ constituée par le fait que la proposition de composition devrait être validée à la fois par le collège et la commission des sanctions, ne semblant pas ainsi cantonner cette dernière à un simple contrôle de régularité.

Ce choix n'est pas sans de sérieux fondements relatifs à l'équilibre interne de l'institution. Voici comment le commente le professeur C... : « *Cette procédure d'homologation, qui implique un pouvoir d'appréciation, doit être approuvée. En effet, en l'absence d'homologation, le collège pourrait se substituer à la Commission des sanctions et faire prévaloir des vues opposées à cette dernière tant sur l'interprétation de la réglementation boursière que sur la nature et le montant de la sanction. Ceci ne serait pas acceptable car cela aurait entraîné un transfert du pouvoir de sanction de la Commission au collège. Il y a donc un « double verrou »* ». ⁸

⁷ V. notamment l'intervention de M. Charles d. C... lors des débats en commission à l'Assemblée nationale.

⁸ Pierre-Henri C., *Composition administrative auprès de l'AMF*, Revue des sociétés 2011, p. 61 ; voir aussi Antoine G., *Composition administrative - Critères de l'offre d'entrée en voie de composition administrative*, Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2013, comm. 32

Seconde raison : le choix de faire intervenir ou non l'autorité de « jugement » dans la transaction n'est pas anodin et lorsqu'il est fait, il doit conduire à lui laisser une véritable marge de manœuvre. Ce choix répond à trois considérations juridiques.

La première est relative au caractère plus ou moins grave ou complexe des infractions en cause (CC, 21 mars 2019, n° 2019-778 DC).

Ensuite, il faut considérer les mesures qui peuvent figurer dans l'accord : plus elles sont lourdes et attentatoires aux libertés individuelles, plus l'intervention d'une autorité de jugement pour valider l'accord se justifie. En 1995, le Conseil constitutionnel a d'abord censuré la première tentative d'institution d'un « plaider coupable à la française », l'injonction pénale, au motif que les engagements pris par le mis en cause, dont certains restreignent sa liberté individuelle et qui remplacent en pratique la sanction qui aurait sinon été prononcée, devaient faire l'objet d'un accord de « l'autorité de jugement » (Cons. const. n° 95-360 DC, 2 févr. 1995). S'il a ensuite restreint la conception qu'il se fait de la notion de *liberté individuelle* au sens de l'article 66 de la Constitution, la limite marquée par cette jurisprudence ne nous semble pas avoir perdu toute consistance.⁹ En l'espèce, le contenu des accords de composition est lourd et on peut comprendre qu'une autorité tierce s'assure que cet accord ne résulte pas d'un usage injustifié des pouvoirs que détient une autorité de poursuite par le fait même qu'elle peut poursuivre.

Enfin, troisième élément, une fois les poursuites engagées, la décision à prendre relève en principe de l'autorité de jugement. C'est un des motifs pour lesquels votre assemblée a censuré un dispositif de transaction pénale pour les infractions environnementales qui permettait d'éteindre l'action publique déjà engagée par la seule homologation du parquet, sans intervention d'un magistrat du siège (CE, ass., 7 juillet 2006, Ass. FNE, n° 283178, Rec. ; v. aussi CC, 26 sept. 2014, n° 2014-416 QPC). Or en l'espèce, et ce point est important, le législateur a exigé que le collège ne recoure à la procédure de composition administrative que s'il s'engage simultanément les poursuites, par la notification des griefs. Si la commission refuse l'homologuer l'accord, la loi elle-même insiste sur le fait que la notification des griefs est transmise de droit à la commission et que la procédure de sanction suit son cours. Le collège ayant déjà pris parti sur l'engagement des poursuites, la commission des sanctions est seule compétente pour dire si tel ou tel engagement justifie son extinction.

Nous vous proposons donc de retenir que, outre le contrôle de régularité procédurale, ainsi que le contrôle du fait et du droit des griefs reprochés par le collège, exercé selon les modalités que nous vous avons décrites, la commission peut aussi refuser d'homologuer un accord de composition qui lui paraît inapproprié au regard de sa politique répressive. Nous pensons qu'elle peut le faire pleinement, sans se limiter à une « erreur manifeste », retenue qui n'est pas impossible pour une autorité administrative mais qui est généralement l'attribut d'un juge qui examine la légalité d'un acte déjà parfait. Dans ce contrôle, la commission peut estimer que le quantum et la nature des engagements sont inappropriés, de façon absolue ou dans le contexte particulier de l'affaire. Comme en matière pénale, il revient à l'autorité de

⁹ Cf. conclusions de M. Guyomar (p. 6) sous CE, 7 juillet 2006, France nature environnement, n° 283178, Rec.

jugement de faire un usage raisonnable de son pouvoir d'homologation, afin de ne pas décourager le recours à cette utile procédure. C'est ainsi que les choses se passent en pratique. S'agissant d'un pouvoir qui participe à la régulation du secteur, il pourrait par ailleurs être encadré par des sortes de lignes directrices, ou principes directeurs. En pratique, il semble d'ailleurs qu'un accord peu formalisé mais dont le dossier témoigne se soit dégagé pour réserver cette procédure aux cas les plus simples et appuyés sur une jurisprudence établie de la commission, comme l'avaient suggéré les débats au Parlement.

5.2 Ce qui nous conduit naturellement à vous dire un mot du motif qui justifie en l'espèce la décision de refus d'homologation. Le voici tout entier : « *les griefs soulèvent des questions nouvelles sur le fond qui doivent être tranchées par la commission des sanctions.* » En droit, un tel motif peut-il fonder un refus d'homologation ? Il nous semble que oui, mais si la question est suffisamment sérieuse. Si la commission peut refuser l'homologation pour erreur de droit, il nous semble qu'il faut *a fortiori* admettre un refus d'homologation pour incertitude du droit, l'existence d'un doute juridique sur la portée exacte des règles applicables au professionnel. Il s'agit donc d'un motif qui se rattache au « deuxième cercle » que nous vous avons décrit. En l'espèce, il ressort des explications fournies par le président de la 2^e section, que la commission, en délibérant, a estimé que les griefs posaient des questions d'interprétation de l'article 314-75 du règlement général de l'AMF alors en vigueur, qui pose une obligation générale de recherche du meilleur intérêt du client lorsqu'un prestataire de service d'investissement transmet des ordres à un tiers. Cette obligation implique de contrôler la qualité d'exécution des ordres. Or le premier grief nécessitait de déterminer à quelle fréquence et selon quel niveau de détail le prestataire devait, sous peine de faute professionnelle, exiger des rapports d'exécution (*reporting*) de son partenaire Procapital. De même s'agissant du degré d'exigence dans le contrôle de l'exécution : le collège estimait, dans le deuxième grief, que l'obligation de contrôle posée par l'article, telle qu'éclairée par une recommandation qu'il avait adoptée en 2014,¹⁰ nécessitait de mettre en place des contrôles formalisés et réguliers sur un échantillon représentatif d'exécution. La commission des sanctions n'avait visiblement jamais pris parti sur le degré d'exigence sur ces deux points, le contenu de l'article 314-75 (ex article 321-42) ayant en outre été substantiellement modifié en 2007. ADB essaye de vous convaincre de l'inverse en produisant une série de décisions mais il nous semble qu'elles n'ont pas interprété les dispositions en cause de l'article 314-75. En outre, une des décisions mentionnées, du 8 février 2013, peut laisser entendre que cette obligation de contrôle pouvait, dans un contexte différent, se satisfaire de l'analyse de rapports d'exécution et d'une procédure de réexamen annuel, alors que ces mêmes diligences ont été jugées insuffisantes pour ADB.

La seule nouveauté ne suffit pas mais il nous semble que la commission est dans son rôle en estimant ne pas pouvoir homologuer un accord lorsque l'existence, le contenu ou la gravité du manquement pose une question juridique délicate. Il arrive souvent que des articles du règlement général de l'AMF, qui changent constamment, n'aient jamais été interprétés par la commission des sanctions, ou *a fortiori* par le juge, mais que leur application soit

¹⁰ Position-recommandation AMF n° 2014-07, en vigueur le 5 août 2014, « Guide relatif à la meilleure exécution »

suffisamment prévisible pour qu'il n'y ait pas de doute sur la consistance du grief : la commission doit alors homologuer. Mais votre prétoire témoigne aussi de l'incertitude qui peut exister sur la portée concrète de règles professionnelles générales appliquées à des situations particulières ou à des pratiques nouvelles du marché. En précisant les choses, la commission peut être amenée à estimer finalement le manquement moins grave ou plus grave que ce qui était envisagé par le collègue. En outre, si l'application de la règle générale au cas précis de l'espèce était insuffisamment prédictible, le professionnel ne doit pas être sanctionné, en vertu de l'application particulière que vous faites du principe de légalité des délits dans cette matière, telle que précisé par votre jurisprudence *Banque d'Orsay* (CE, 18 février 2011, Banque d'Orsay et autres, n° 322786, T.). La commission souligne en outre qu'en l'espèce, le détail des exigences de contrôle par échantillonnage figurait non dans le règlement, mais dans une recommandation, qui ne peut fonder seule la poursuite. Elle devait donc s'assurer que le niveau d'exigence témoigné par le collègue était prévisible et conforme au règlement.

Au-delà du seul cas d'espèce, le président de la commission vous indique également que celle-ci a pris en compte la « portée pédagogique » de l'affaire, « dépassant les limites de l'affaire » et le « moindre intérêt pédagogique des accords de composition ». S'il nous semble qu'un refus d'homologuer une composition ne pourrait pas se fonder uniquement sur le souhait de se saisir d'une question de droit à l'occasion d'une affaire, ce motif nous semble admissible à titre accessoire. Les principes de personnalité et de personnalisation de la peine excluent que la sanction se fonde sur autre chose que la faute du mis en cause, mais la vertu pédagogique de l'exercice d'un pouvoir répressif est admise depuis longtemps. En l'espèce, les décisions de la commission des sanctions, puis éventuellement de la jurisprudence, ont un impact considérable dans ce secteur professionnel. Or non seulement un accord de composition n'a pas la même « valeur pédagogique » mais en outre, il n'est pas non plus dénué de toute influence : ces accords sont publics et ils sont aussi pris comme point de repère par les professionnels, qui y décodent, à travers la notification des griefs qui y est reproduite, les exigences du collègue. Si la commission estime que ces exigences, qui peuvent avoir de lourdes conséquences comme en l'espèce, sont excessives ou douteuses, il est légitime qu'elle souhaite fixer elle-même le contenu précis de l'obligation professionnelle, et passe outre l'accord entre le collègue et le mis en cause pour arrêter la procédure à certaines conditions. Cela vaut mieux que de découvrir plusieurs années après que la commission des sanctions a une interprétation différente de celle du collègue dans les accords de composition administrative qu'il a passés et publiés.

Nous vous proposons donc de valider en droit le motif retenu par l'AMF. Si vous nous avez suivi, l'exception d'illégalité des articles R. 621-37-2 à 5 faute de préciser les critères d'homologation doit être rejetée.

6. Nous en venons maintenant à la légalité externe de cette décision : devait-elle être motivée et précédée d'une procédure contradictoire ?

La motivation de la décision, qui est critiquée, est un des points les plus délicats de l'affaire. Le premier réflexe est d'estimer que cette motivation serait légitime : le mis en cause a pris la

peine de négocier l'accord avec le secrétaire général, a espéré l'arrêt de la poursuite aux conditions qu'il a acceptées, et souhaite savoir pourquoi il n'en sera pas ainsi quand le collègue ou la commission refuse l'accord. Et peut-être faut-il s'arrêter à ce premier réflexe, et annuler la décision qui ne précise pas ni ne permet de comprendre quelles sont ces « questions nouvelles ».¹¹ Néanmoins, trois raisons nous conduisent plutôt à vous proposer l'inverse.

En premier lieu, aucun texte n'impose cette motivation. La société ADB invoque le code l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et l'administration. Votre jurisprudence est plutôt en ce sens, quoique de façon assez sibylline, que ce code, comme l'ancienne loi du 12 avril 2000, sont applicable à l'AMF, y compris à la procédure suivie devant la commission des sanctions, commission administrative, lorsqu'une question n'est pas entièrement réglée par le code monétaire et financier (CE, 9 novembre 2007, *Société Bourse Direct SA*, n° 298911, T. ; CE, 12 mars 2014, *Société GSD Gestion et autres*, n° 360642, T. ; CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta*, n° 368082, Rec.). Mais en l'espèce, on n'entre dans aucune des catégories de décisions énumérées par cet article. Il en résulte qu'il n'y a pas non plus à suivre une procédure contradictoire en application de l'article L. 121-1 du même code car, en outre, si la décision peut être « prise en considération de la personne », elle est prise sur une demande d'homologation. Le président de l'AMF, lui, se fonde sur le IV de l'article L. 621-15 qui dispose que « *La commission des sanctions statue par décision motivée, hors la présence du rapporteur.* » Mais cet alinéa se rapporte clairement à la procédure de sanction, ainsi qu'en témoigne la phrase suivante et tout le reste de l'article ; or le refus d'homologation n'est assurément pas une sanction. Il n'est pas hors de votre portée d'en étendre l'exigence au refus d'homologation. Vous pourriez aussi vous fonder sur un courant jurisprudentiel ancien qui décide parfois qu'une commission « *eu égard à la sa nature, à sa composition et à ses attributions* » doit motiver une décision (CE, ass., 27 nov. 1970, Agence maritime Marseille-Fret, n° 74877, Rec.)

Deuxième gêne : la pratique des différents juges ou commissions administratives qui valident des accords de « composition » semble être unanime pour ne pas motiver par crainte de paraître préjuger l'affaire. En l'espèce, l'indication donnée dans la décision correspond davantage à une information de courtoisie, bienvenue, et non à une obligation juridique de motivation. Il s'agit d'indiquer au mis en cause la catégorie de motif, stéréotypée, qui a entraîné l'orientation vers la procédure de droit commun.

Le risque de préjugement est en effet réel. Bien sûr, la commission prend une position qui ne l'engage pas, avant toute instruction, au vu du dossier qu'on lui présente. En matière de référé, vous estimez qu'une telle appréciation, eu égard à sa nature, ne fait pas obstacle à ce que le même juge se prononce au principal (CE, section, 21 mai 2004, Cne de Rogerville, n° 265184, Rec.), sauf dans certains cas particuliers où un véritable préjugement de l'affaire au fond est caractérisé (v. par ex. CE, 2 nov. 2005, Epoux F..., n° 279660, Rec.). Mais en

¹¹ Nous avons d'ailleurs conclu une première fois, lors du passage de cette affaire devant les 6^e et 5^e chambres réunies, au rejet de la requête en présentant ce qui nous semblait être la « question nouvelle » posée par la notification des griefs et il s'est avéré, à la lecture des observations transmises ultérieurement par la commission, que les questions jugées délicates par celle-ci ne sont pas celles que nous avons présentées lors des premières conclusions sur cette affaire...

matière de sanction, le champ du préjugement qui interdit, pour des raisons d'impartialité objective, de se prononcer au fond, est beaucoup plus vaste. En effet, la jurisprudence tant constitutionnelle que, de façon plus nuancée, conventionnelle (CEDH, 1^{er} oct. 1982, P... c/ Belgique, n° 8692/79 ; 2- oct. 1984, de Cubber c/ Belgique, n° 9186/80 ; 26 sept. 2016, K... c/ Russie, n° 926/08) retient que le seul fait d'avoir estimé qu'il fallait poursuivre un manquement disqualifie pour, dans un second temps, décider après instruction de son existence et de la réponse qu'il convient, le cas échéant, d'y apporter. Si le seul fait de poursuivre crée une partialité objective, il est évident que certains motifs de refus de validation, notamment tenant à la particulière gravité des griefs ou du comportement du mis en cause, ou au caractère inadapté des sanctions, disqualifient pour un jugement au fond. On peut donc comprendre que la commission de sanctions souhaite rendre sa décision en s'avançant le moins possible, et en se contentant de refuser que les poursuites soient éteintes par la convention qui lui a été soumise, afin qu'elle puisse prendre elle-même une décision, qui peut d'ailleurs être une relaxe ou une sanction nettement plus faible.

La protection par l'absence de motivation sera cependant imparfaite car le refus peut révéler un certain parti pris sur l'affaire, même si l'on ne sait pas lequel, et surtout assez vaine en cas de recours juridictionnel, car il est alors nécessaire que la commission s'explique devant vous du motif de sa décision. Il est donc probablement nécessaire que la commission des sanctions statue parfois sur le fond dans une composition différente de celle qui a examiné la demande d'homologation de l'accord. C'est possible à l'AMF, où la commission comporte deux sections bien distinctes ; ce n'est pas impossible à l'AFLD, quoique déjà plus délicat ; c'est en revanche embarrassant pour la commission des sanctions de l'ASN, qui ne comprend que quatre membres et aucune section.

Enfin, et surtout, la pratique pénale, d'où nous vient cette procédure, nous semble là encore un point de repère important. Or l'ordonnance de refus de validation d'une composition pénale n'a pas à être motivée, ainsi que le rappelle expressément la circulaire du 11 juillet 2001 de présentation des dispositions concernant la composition pénale (CRIM 2001-14 F1/11-07-2001). L'impact du refus est pourtant très lourd puisque ce refus peut conduire à des poursuites correctionnelles de droit commun entraînant une peine de prison, qui ne pouvait évidemment pas figurer dans l'accord de composition. Mais ce refus est conçu comme un acte purement procédural, qui oriente l'affaire vers la procédure qui paraît la mieux adaptée.

7. Mais si vous validez la pratique actuelle de la commission des sanctions, alors il est absolument nécessaire qu'elle puisse s'expliquer devant vous, ce qui pose la question de son statut dans la procédure. Vous êtes en effet dans une configuration inédite où toutes les parties critiquent la décision de la commission, alors que généralement il en est toujours une pour la défendre. La contradiction n'est donc pas assurée. S'agissant d'une autorité de régulation dont le principe est en outre prévu par le droit de l'Union européenne, il faut garder à l'esprit que la Cour de justice exige qu'au moins une des parties au litige puisse défendre l'intérêt public poursuivi par la régulation (CJUE, grde ch., 7 décembre 2010, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkeren (VEBIC) VZW*. C-439/08.). En l'espèce, nous ne sommes pas dans la situation extrême où aucune partie n'a en charge la régulation des marchés financiers, puisque le président de l'AMF a introduit le

recours, mais nous sommes dans la situation paradoxale où cette partie critique la décision du régulateur...

Vous avez trois solutions.

La solution classique consiste à estimer que la décision de cette commission administrative doit se suffire à elle-même, et ne peut pas faire l'objet d'une défense devant vous, seule vous étant ouverte la voie d'une mesure d'instruction visant à vous faire communiquer le dossier de procédure s'il ne vous est pas spontanément fourni. Vous avez admis depuis le XIXe siècle qu'un ministre peut exercer un recours contre une décision d'une commission administrative contre laquelle il ne dispose ni d'un pouvoir hiérarchique, ni d'un pouvoir de tutelle (v. CE, sect., 6 dec. 1968, min des armées c/ sieur R..., n° 74284, Rec. et les concl. de M. Rigaud ; CE, 22 février 1999, CCI de Touraine et autres, n° 178038 178871, T.), mais dans un tel cas il n'y a généralement pas de défendeur. C'est d'ailleurs ce qui avait conduit à exiger dans certains une motivation dans la veine jurisprudentielle dite *Marseille-Fret* (ibid). Si vous deviez vous en tenir là, alors il ne fait pas de doute à nos yeux que vous devriez juger que la commission doit motiver sa décision.

A l'autre extrême, il y a des configurations où vous avez reconnu à une entité interne à l'administration dotée d'une certaine autonomie la qualité de partie à part entière dans un litige juridictionnel, dotée d'une capacité d'attaque et de défense. A ce jour, cette jurisprudence ne concerne, à notre connaissance, que les autorités administratives indépendantes sans personnalité morale (CE, 5 nov. 1993, COB, n° 143973, T. ; CE, section, 14 avril 1999, France Télécom, n° 187570, Rec ; CE, ass., 27 mars 2015, CNCCFP, n° 382083, Rec.), qui disposent d'un budget propre, d'une autonomie particulièrement protégée et généralement d'une disposition spécifique qui prévoit que c'est leur président, et non le ministre, qui les représente en justice. En l'espèce, cette solution aurait une certaine logique : si la loi a prévu que le président peut attaquer la commission, il faut bien que la commission se défende... Cependant, cette solution, possible, présente aussi deux inconvénients assez forts.

D'une part, elle revient à créer une sorte d'autorité indépendante dans l'autorité indépendante, alors que malgré la séparation des fonctions, nous pensons qu'il faut le plus possible maintenir l'idée que cette répression est administrative, c'est-à-dire s'insère dans une mission globale, dite de régulation, dont elle n'est qu'un des instruments et qui est confiée à la personne morale AMF. Nous préférons donc voir la commission des sanctions comme une commission interne prenant une décision de façon autonome que comme une autorité dans l'autorité...

D'autre part, hisser la commission au rang de véritable partie va poser un certain nombre de questions pratiques. Il est difficilement concevable qu'une partie ne puisse avoir recours à un avocat. Or la commission n'est qu'une commission... Elle n'a pas de budget propre et devrait donc demander un crédit au collège ou au président pour financer un avocat pour se défendre contre leur propre recours. Il faudrait également que la commission donne mandat à un représentant. Pourrait-elle former des conclusions incidentes, par exemple pour recours

abusif? une tierce-opposition? Enfin, vous n'avez jusqu'ici jamais mis en cause la commission lorsque c'est une décision de sanction qui est attaquée, car une forme de contradiction est toujours assurée par une autre partie. Si la commission peut être organiquement défendeur, il sera plus délicat de lui dénier ce rôle pour ses autres décisions.

Il nous semble qu'il existe une troisième voie, intermédiaire, qui consiste simplement à écrire à la commission pour recueillir ses observations. Tout ce que vous souhaitez, c'est que quelqu'un vous explique la délibération qu'elle a prise. Or il existe des configurations contentieuses où vous procédez à des mesures d'instruction destinées à éclairer la décision d'une commission dont vous ne faites pas pour autant une partie. Il nous semble que vous ne vous l'êtes jamais interdit, et vous avez été conduits à sortir de l'ambiguïté à propos des avis du Conseil supérieur de la magistrature par une décision M. V... du 29 octobre 2013 (CE, n° 346569, Rec.) : lorsque ce conseil refuse son avis conforme à une proposition du garde des sceaux, par une délibération qui n'a pas à être motivée, et que le refus de nomination ou de promotion subséquent est ensuite attaqué, le ministre est bien en peine de défendre une décision qu'il n'approuve pas. Vous avez alors rappelé que les pouvoirs généraux d'instruction du juge lui permettent toujours de demander à un organe administratif les raisons de fait et de droit qui l'ont conduit à prendre une décision. Vous avez refusé d'écarter des débats les explications fournies par le président du Conseil supérieur de la magistrature. Cette solution nous semble tout à fait adaptée au cas d'espèce. En pratique, l'éclairage est souvent donné par le président ou le secrétaire général de l'organe collégial, sans qu'il y ait besoin d'un mandat de représentation ou d'un avocat. En l'espèce, le document que vous avez reçu est de cette nature, et ne forme aucune conclusion. Nous vous proposons, aujourd'hui, de vous en tenir là, ce qui a pour effet que vous ne reconnaîtrez pas à ce stade tous les droits des parties à la commission des sanctions. Etant donné que vous statuez en premier et dernier ressort, cela a peu de conséquence, sinon de lui fermer l'opposition et les recours en révision et rectification d'erreur matérielle. Cela valide votre pratique consistant à ne pas appeler systématiquement la commission en défense lorsqu'est en cause une décision de sanction, sans empêcher le cas échéant que vous puissiez disposer de ses observations dans les débats.

8. Arrivé au bout de cet exposé, il vous faut enfin qualifier le recours par lequel vous connaîtrez de cette décision. Si nous n'avons pas commencé par-là, c'est parce que les textes vous offrent une marge de manœuvre. L'article R. 621-45 du code monétaire et financier dispose que « *en matière de sanction, les recours sont des recours de pleine juridiction* », ce qui peut s'interpréter comme incluant les refus d'homologation ou ne les incluant pas, puisque le refus d'homologation n'est pas une sanction mais n'est pas sans rapport avec cette « matière ». En dehors de la « matière des sanctions », vous jugez que les recours contre les décisions de l'AMF sont des recours pour excès de pouvoir (CE, 13 juillet 2011, M. Vallon et autres, n° 337552, T.). Par ailleurs, le choix que vous ferez aujourd'hui ne pourra pas harmoniser totalement la matière, puisque le législateur a explicitement prévu que le recours contre le refus d'homologation de la commission des sanctions de l'AFLD était de pleine juridiction (art. L. 232-24 du code du sport) et tout aussi précisément que celui contre la même décision de la commission des sanctions de l'ASN ne l'était pas (L. 596-23 du code de l'environnement), ce qui l'attire dans le droit commun du recours pour excès de pouvoir. Il

vous revient de faire un choix, qui à notre sens ne changera pas ici fondamentalement la nature de votre office.

En effet, dans les deux cas, s'agissant d'une mesure qui s'insère dans une procédure répressive, il nous semble que vous devriez contrôler le bien-fondé comme la régularité de la décision, y compris sa motivation (CE, 18 février 2011, M. G..., n° 316854, T.), puisque cette régularité exprime le respect de garanties procédurales en matière de punition.

Si vous nous avez suivi pour reconnaître à la commission une part d'appréciation, qui rejoint en arrière-plan le pouvoir qu'elle a de fixer la politique répressive qui lui paraît la plus appropriée, alors le recours pour excès de pouvoir est plus approprié, car il ménage plus naturellement cette marge de liberté de l'auteur de la décision. Cela vous conduit d'ailleurs traditionnellement à limiter votre contrôle à l'erreur manifeste. Votre jurisprudence distingue jusqu'à présent le contentieux des sanctions, qui relèvent en principe du plein contentieux (CE, Assemblée, 16 février 2009, *Société ATOM*, n° 274000, Rec.) et celui des actes qui jalonnent la poursuite et l'instruction qui relèvent de l'excès de pouvoir : ainsi, le refus par une autorité administrative indépendante dotée d'un pouvoir de sanction, de mettre en demeure un opérateur (CE, 23 avril 1997, SACD, n° 131688, Rec. ; CE, 26 nov. 2012, USPA, n° 349529, T.), le refus de donner suite à une plainte par une procédure de sanction (CE, 1^{er} juillet 1987, Groupement national des carrossiers réparateurs, n° 48695, T. ; CE, 28 mars 1997, M. S..., n° 182912, Rec. ; CE, section, 30 novembre 2007, T... e.a., n° 293952, Rec. ; CE, 4 juillet 2012, Ass. fr. des opérateurs de réseaux et services de télécommunications, n° 334062, T. ; CE, Ass., 24 février 2017, Mme Ch... e.a., n° 391000, Rec. ; CE, 19 juin 2017, M. F..., n° 398442, T.) ou encore les mesures conservatoires (CE, 28 février 2020, M. St..., n° 433886, Rec.) relèvent du recours pour excès de pouvoir. Un contrôle de plein contentieux, adapté à la part d'appréciation que peut revêtir la décision, n'est pas impossible mais il est moins naturel. Son principal intérêt serait de vous offrir une faculté de refuser ou d'accorder vous-mêmes l'homologation. En l'espèce, si vous estimez que la décision doit être motivé mais qu'elle est fondée, cela vous permettrait par exemple de reprendre vous-mêmes la décision de refus en la motivant (comp. Cass. Com., 23 juin 2004, n° 02-17936 ; CA Paris, 27 juin 2002, n° 01/19862) alors que vous l'annuleriez dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. S'agissant non d'une sanction mais d'une décision d'orientation d'une affaire vers telle ou telle forme de réponse répressive, vous n'avez cependant jusqu'ici jamais exercé un office de plein contentieux à notre connaissance, et accorder l'homologation refusée par la commission requerra que vous puissiez porter une appréciation globale sur la validité des poursuites et sur le caractère approprié de l'accord, ce qui est rare.

9. Avant de quitter le pupitre, pour conclure, nous voudrions souligner que l'affaire examinée aujourd'hui prête à hésitation. Cette procédure fonctionne bien, puisque la commission n'a jamais refusé qu'une seule homologation en dix ans, si l'on fait abstraction d'un autre refus qui était mécaniquement induit par une décision de sanction prise après l'accord. Sur à peu près chaque point évoqué, nous avons hésité. Les questions ne sont en revanche pas sans lien : la plus ou moins grande latitude que vous reconnaîtrez à la commission des sanctions influera sur la qualification du recours ; selon que vous estimerez que le refus d'homologation doit être ou non précisément motivé, vous ressentirez plus ou moins fortement le besoin d'attirer

la commission des sanctions dans l'instance. Nous avons essayé de retenir la position qui correspond à la nature de cette procédure qui nous vient du droit pénal et qui limite au nécessaire ce qui s'apparente à une sorte de procès à l'intérieur du procès. Si vous nous avez suivi jusqu'ici, vous avez déjà écarté tous les moyens d'erreur de droit et de légalité externe. S'agissant du motif de refus d'homologation, vous aurez compris qu'il ne nous paraît pas entaché d'erreur manifeste, ni même d'erreur d'appréciation si vous retenez un contrôle entier.

Nous concluons donc à ce que vous n'admettiez pas l'intervention de l'Agence française de lutte contre le dopage et au rejet des deux requêtes.