

N° 428279 Axess Finance et M. S...

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 25 septembre 2020

Lecture du 14 octobre 2020

CONCLUSIONS

M. Stéphane HOYNCK , rapporteur public

La société par actions simplifiée Axess Finances, devenue S.U.RE FINANCES en cours de contentieux, a été constituée le 1er mai 2000 et a pour président et associé unique, M. Jean S....

Elle exerce plusieurs activités dans le domaine des opérations de banque et d'assurance pour lesquelles elle est immatriculée à l'ORIAS (organisme pour le registre des intermédiaires en assurances), mais c'est son activité de conseil en investissements financiers (CIF) qui est à l'origine de la sanction de l'AMF qui est contestée devant vous.

Cette activité de CIF consiste à fournir des recommandations personnalisées à un tiers, soit à sa demande, soit à l'initiative de l'entreprise qui fournit le conseil, concernant une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers (article D321-1 5° CMF).

Elle figure parmi les activités constitutives d'un service d'investissement au sens de l'article L. 321-1 qui en principe nécessite d'obtenir un agrément financier, mais le législateur a usé de la faculté offerte par la réglementation communautaire (directive MiFID II) de ne pas réserver cette activité aux prestataires de service d'investissement agréés, en créant un régime simplifié pour le statut de conseiller en investissements financiers qui permet à des structures de taille plus modeste d'exercer cette activité. Celle-ci demeure toutefois soumise à la surveillance de l'AMF dès lors qu'elle concerne l'épargne publique (article L. 621-17 CMF).

La société Axess finance et M. S... ont fait l'objet d'un contrôle de l'AMF à la suite duquel plusieurs griefs leur ont été notifiés. La Commission des sanctions de l'AMF (CS) a écarté un de ces griefs mais a retenu les autres. Elle a prononcé à l'encontre de la société et de son président une sanction d'interdiction d'exercer l'activité de conseiller en investissements financiers pendant une durée de dix ans ainsi qu'une sanction pécuniaire de 120 000 euros à l'encontre de la société et une sanction pécuniaire de 50 000 euros à l'encontre de M. S.... Elle a également ordonné la publication de la décision sur son site internet.

Les moyens de la requête contestent d'une part les griefs retenus et d'autre part le niveau des sanctions.

Ce sont trois séries d'opérations distinctes qui sont à l'origine des griefs retenus.

1. La 1ere opération a consisté pour la société requérante à encaisser une somme de 67 200 euros de la part de M. C....

Aux termes de l'article L. 541-6 du CMF, « *Un conseiller en investissements financiers ne peut pas recevoir d'instruments financiers de ses clients. Il ne peut recevoir de ceux-ci d'autres fonds que ceux destinés à rémunérer son activité.* ». La CS a estimé que ce versement ne constituait pas une rémunération de l'activité d'Axess finance et qu'en acceptant cette somme la société avait méconnu l'interdiction posée par la loi.

La société ne conteste pas que cette somme n'a pas constitué une rémunération de son activité, mais elle estime qu'elle est étrangère à son activité, dans la mesure où il s'agit d'un prêt « amical », matérialisé par une convention de prêt, visant à couvrir un besoin de trésorerie de la société, qui a été remboursé avec intérêts, et qu'un tel prêt ne constitue pas un instrument financier mais relève de la gestion de patrimoine. Cet argument n'est pas déterminant au regard de l'article L541-6, qui vise le fait de recevoir des fonds, sans distinction de leur qualification, dès lors qu'ils ne servent pas à rémunérer l'activité.

Il est également fait valoir que le prêteur n'est pas un client du CIF. C'est le second critère et il est à l'évidence déterminant : il est naturel pour le fonctionnement d'une société qu'elle puisse encaisser des fonds, y compris pour des besoins de trésorerie. Le législateur a seulement voulu prévenir, s'agissant des CIF une confusion des genres, en interdisant que des fonds provenant de clients puissent être investis par l'intermédiaire du CIF, qui ne peut fournir que des recommandations sur les investissements financiers.

La CS a estimé qu'Axess finance avait bien agi dans le cadre d'une activité de conseil, ce qui sous-entend nécessairement que le prêteur devait être regardé comme client de la société. Pour se faire, elle s'est fondé sur les déclarations de M. S... recueillies par PV : elle a relevé que M. Coutanceau recherchait un placement, que sa demande de placement comprenait « un bon rendement (7%) et avec une courte durée » et que c'est « pour y répondre » qu'Axess lui avait proposé de conclure un contrat de prêt à son bénéfice.

Au demeurant, l'AMF fait valoir en défense d'autres éléments qui figurent au dossier, dont une déclaration de M. C... indiquant qu'il est client d'Axess finance, ce qu'indique également M. S.... Il ne nous paraît pas envisageable, pour éviter la confusion des genres, de commencer à distinguer parmi les clients d'un CIF ceux qui reçoivent de simples conseils en investissements financiers et ceux qui confient des sommes à investir à un autre titre, et qui pourraient perdre dans cette mesure leur qualité de client.

Dans ces circonstances de fait qui ne nous paraissent pas critiquables, la CS a pu estimer que la réception de ces fonds contrevenait à l'article L 541-6, et vous écarterez tant le moyen d'ED que l'erreur de fait qui sont allégués.

2. la deuxième opération ayant justifié selon la CS que des griefs soient retenus est différente, mais le reproche est toujours qu'Axess finance a exercé des activités que son statut de CIF ne l'autorisait pas à réaliser.

2.1 Le grief principal est d'avoir exercé une activité de gestion de portefeuille pour compte de tiers, activité qui ne peut être fournie que par un prestataire de services d'investissement disposant d'un agrément spécifique (CMF, art. L. 531-1 et L. 531-2), dont Axess finance ne disposait pas.

Ici encore les aspects matériels ne sont pas contestés : un document intitulé « procuration pour tiers gérants » figure au dossier. Il s'agit d'un formulaire de la banque Bordier, établie à Genève en Suisse. Il a été signé par M. B... au profit d'Axess finance. Selon ses termes il donne une procuration illimitée à la gestion comprenant les pouvoirs « les plus étendus de gestion et d'administration, à l'exclusion de tout pouvoir de disposition (retraits, virements, emprunts, etc...) ».

Les documents fournis par la banque Bordier montrent qu'Axess finance a en mars et avril 2015 envoyé à cette banque 27 ordres d'achat et de souscription de titres (actions, EMTN et parts d'OPCVM), pour un montant total de plus de 12 MEUR, et 11 ordres de cession de titres pour un montant total de plus de 1,5 MEUR, qui ont tous été exécutés.

L'article D. 321-1, 6-4° du Code monétaire et financier définit le service de gestion de portefeuille ou de gestion sous mandat comme « *le fait de gérer, de façon discrétionnaire et individualisée, des portefeuilles incluant un ou plusieurs instruments financiers dans le cadre d'un mandat donné par un tiers* ».

La question centrale est donc de savoir si Axess finance a agi comme CIF, c'est-à-dire en se bornant à transmettre des ordres sur les produits qu'il a conseillés, ou s'il a géré lui-même le portefeuille de son client ce qui lui était proscrit.

Axess finance soutient devant vous comme elle le faisait devant l'AMF, qu'elle était bien restée dans son rôle de conseil, son rôle s'étant limité à transmettre à la banque les décisions d'investissement prises par M. B....

Elle soutient que M. B... donnait ses ordres à son interlocuteur au sein de la banque Bordier, le rôle d'Axess n'étant que de confirmer ces ordres par écrit.

Axess finance a indiqué lors de son audition par les enquêteurs que « si M. B... confirmait que les produits lui convenaient, alors je transmettais les ordres. [...] M. B... m'appelait, me confirmait le produit et le montant, me confirmait à quelle banque envoyer. Il me demande quel coupon il pourrait avoir ».

LA CS estime cependant, « qu'aucune pièce du dossier ne confirme les allégations selon lesquelles Axess Finance ne venait que confirmer par écrit les ordres préalablement passés par M. B... auprès de la banque Bordier et ces allégations sont contredites par les déclarations de la banque elle-même. »

Sur le fond, nous pensons que les griefs retenus par la CS de l'AMF n'emportent pas la critique, les éléments retenus par l'AMF caractérisant le manquement.

Mais les requérants font également valoir que selon eux l'AMF n'aurait pas dû reconnaître sa compétence territoriale pour engager des poursuites contre eux. C'est d'ailleurs leur argument de 1^{er} rang contre la sanction s'agissant des activités qui leur sont reprochés auprès de leur client résident suisse.

Ils se fondent pour cela sur une position-recommandation de l'AMF 2006-23 qui dans le cadre d'un questions-réponses au sujet de l'activité de conseiller en investissements financiers adoptée le 22 septembre 2006, énonçait que :

« Sous réserve de l'appréciation des tribunaux sur la question de la localisation de l'activité de conseil, l'AMF considère que la réglementation française n'a pas lieu de s'appliquer lorsque les conseils sont exclusivement fournis à des personnes résidant à l'étranger, à moins que ces personnes ne se déplacent sur le territoire français pour recevoir lesdits conseils ; hormis ce dernier cas, il appartient au conseiller de respecter la réglementation étrangère, notamment celle du pays où réside son client, susceptible de s'appliquer à sa prestation ».

Cette position a été abrogée postérieurement aux faits en litige. Il nous semble qu'une telle prise de position de l'AMF est en principe opposable à l'Autorité.

Nous ne sommes certes pas dans le champ de l'article L312-3 CRPA, qui prévoit que toute personne peut se prévaloir des documents administratifs (...) émanant des administrations centrales et déconcentrées de l'Etat publiés sur des sites internet, puisqu'il s'agit ici d'un document émanant d'une autorité publique indépendante.

Il ne s'agit pas non plus à strictement parler de l'expression d'une « tolérance administrative », comme celle de la CNIL, qui par une prise de position avait indiqué qu'elle laissait aux opérateurs une période d'adaptation au RGPD pendant laquelle elle ne mettrait pas en mouvement son pouvoir répressif, qui avait fait l'objet d'un recours que vous avez rejeté (CE 16 octobre 2019 La Quadrature du net n°433069 au rec.).

Mais ce type de prise de position de l'AMF est prévu par l'article L. 621-6 du code monétaire et financier « *aux fins de préciser l'interprétation du règlement général* ». Il nous semble que cette orientation du comportement des opérateurs devrait être opposable à l'AMF dans le cadre de l'exercice de son pouvoir répressif, même dans l'hypothèse, qui n'est pas soutenue ici, où cette interprétation du règlement général serait erronée. Telle que prévue par les textes il peut être soutenu d'ailleurs qu'elle relève en réalité du pouvoir réglementaire de l'AMF.

Il nous semble que vous n'aurez pas besoin d'apporter une réponse de principe, même si vous considérez que le moyen est opérant en y répondant. Au cas d'espèce, le grief était d'avoir exercé une activité de gestion de portefeuille, c'est à dire une activité exclusive de celle de CIF.

La recommandation ne prenant parti que sur l'activité de CIF, elle n'appelle pas une lecture extensive, nous serions presque prêts à vous proposer de vous inspirer de ce que vous jugez en matière de doctrine fiscale, dont l'interprétation est littérale. C'est ainsi que vous vous interdisez toute extension du champ d'application d'une instruction fiscale (CE 12 février 1988, n°43309, RJF 4/88 n°381) . L'activité sanctionnée était donc hors champ de la recommandation, les requérants ne peuvent s'en prévaloir à l'encontre de ce grief.

2.2 En marge de ce grief, il a été reproché à M. S... et à la société, le grief d'avoir **manqué à leur obligation de loyauté en dissimulant aux contrôleurs l'existence du mandat de gestion** confié par M. B..., en violation de l'art. 143-3 du règlement général de l'AMF, l'AMF reprochant à M. S... de ne pas avoir remis aux contrôleurs la « procuration pour tiers gérant » signée le 24 mars 2015, ce dernier s'étant contenté d'évoquer un document dont le seul objet était de « pouvoir parler librement avec le banquier ».

Cette pièce comme on l'a vu est assez déterminante pour apprécier le comportement des requérants. Nous ne vous proposons pas d'accueillir le moyen d'erreur d'appréciation à avoir estimé qu'il avait été dissimulé aux enquêteurs, puisqu'il n'a pas été présenté lorsque la demande en a été faite.

3. La série de moyens suivant concerne le 4eme et dernier grief retenu, qui reproche aux intéressés de ne pas avoir respecté les obligations professionnelles liées au statut de CIF, prévues aux art. 325-4 et 325-7 du règlement général de l'AMF, imposant d'une part, au CIF de soumettre à son client une lettre de mission et d'autre part, de formaliser dans un rapport écrit le conseil donné, ainsi que les avantages, les risques et l'adéquation des solutions de placement recommandées aux objectifs, à l'expérience et à la situation financière du client.

Il s'agit ici encore du même client mais s'agissant de transactions réalisées avec une banque luxembourgeoise. Il n'est pas contesté que les lettres de mission prévues par le RG AMF n'ont pas été rédigées. L'argumentaire des requérants est à double détente : comme précédemment, ils se prévalent de la position-recommandation de l'AMF qui excluait l'application de la réglementation française aux opérations litigieuses. Ici, c'est bien une méconnaissance des obligations des CIF qui a été sanctionnée, de sorte que le raisonnement *rationae personnae* que nous vous proposons plus haut ne s'applique pas. L'appréciation *rationae loci* au regard de cette recommandation n'est pas évidente, la CS n'ayant pas été saisi de cet argument et n'ayant pas eu à y répondre.

Les requérants font valoir que l'essentiel des conseils ont été délivrés en Suisse, deux mandats étant produit qui sont signés avec la mention de Gstaadt. Mais on trouve aussi une convention signée à Nice, ce qui indique que le client suisse s'est bien déplacé en France, ce qui selon la recommandation de l'AMF la rend à nouveau compétente pour contrôler le CIF. Cet élément nous paraît déterminant : le CIF établi en France est en principe contrôlé en France, il est tenu d'adhérer à une association professionnelle nationale (art L541-4 CMF). Il est au demeurant mal aisé d'affirmer qu'un conseil est nécessairement formulé en une instance, dans un lieu unique. Ainsi, à partir du moment où au moins une partie de l'activité s'est réalisée en France, s'agissant d'un CIF établi en France, la compétence de contrôle de l'AMF s'impose.

Vous pourrez donc écarter ce moyen, le moyen suivant prenant son contrepied : il est soutenu que les requérants ne pouvaient être sanctionnés pour une activité de CIF, les prestations fournies auraient constitué de simples prestations de courtage, de sorte que la CS aurait commis une erreur d'appréciation sur la teneur de ces prestations. Cette activité de courtage consiste en la recherche de produits et la remise à l'intéressé de la documentation nécessaire pour lui permettre d'en discuter avec ses conseillers.

Plusieurs éléments sont mis en avant, mais les éléments de l'instruction ne conduisent pas à infirmer les constatations de la CS : il semble bien que la SA s'était « *enquis du profil d'investisseur et des objectifs d'investissement de M. B...* », et qu'il a bien apporté des conseils sur les investissements à réaliser, ce que le PV d'audition corrobore.

4. Vous pourrez donc écarter les moyens dirigés contre ce grief et examinez ceux dirigés contre **la sanction**.

Celle-ci comporte plusieurs aspects, tout d'abord une sanction d'interdiction d'exercer la profession de CIF pendant 10 ans. Chacun des griefs retenus mettent en cause la capacité de la société et de son dirigeant à éviter le mélange des genres avec d'autres activités dont l'exercice n'est pas compatible avec celui de CIF, ou de méconnaissances de règles de base s'imposant à ceux-ci. Dans cette mesure, il ne nous paraît pas disproportionné de prévoir une sanction d'interdiction assez longue comme celle qui a été retenue, qui est spécifique à cette activité et alors que M. S... exerce d'autres activités.

S'agissant du volet pécuniaire, la société a été condamnée à une sanction de 120 000 euros et son dirigeant 50 000. Ce total de 170 000 euros n'est pas le plus élevé que l'on trouve à l'encontre d'un CIF, nous avons conclu la semaine passée devant votre 6eCHJS dans une affaire concernant un CIF pour une sanction totale de 350 KF. Les décisions récentes de la CS AMF concernant des CIF ont plutôt retenu un montant total de 100 000 euros. Mais chaque affaire dépend des griefs retenus et d'éléments de personnalisation des peines.

Il peut être relevé que les manquements retenus sont de courte durée et qu'il n'y a pas eu d'enrichissement important. Il nous semble que la CS a pu être sensible au fait que certains griefs concernaient des activités proscrites pour les CIF, ce qui est d'une particulière gravité. Mais comme nous l'avons dit, une interdiction de 10 ans a également été prononcée.

Votre juge des référés dans cette affaire a pour sa part suspendu la décision de sanction dans son volet pécuniaire, en tant qu'elle dépasse le montant des sanctions, soit 60 000 et 25 000 euros.

Si le 1^{er} manquement peut paraître modeste et ne pas s'être répété, les autres, **même sur une courte durée**, ont concerné plusieurs dizaines d'opérations pour des montants importants de plusieurs dizaines de millions d'euros.

La commission a relevé qu'« Il résulte des derniers comptes annuels d'Axess Finances que cette dernière avait, au 31 décembre 2017, réalisé un chiffre d'affaires de 587 616 euros et un résultat net de 7 663 euros. Par ailleurs, les éléments produits par ce mis en cause révèlent

qu'il a, en 2015, perçu 565 867 euros de commissions d'apporteur d'affaires de la part de quatre de ses partenaires, dont 490 000 euros étaient attribuables aux souscriptions réalisées par M. B.... »

S'agissant de M. S..., la commission a relevé que pour l'année 2017, ses revenus étaient de 44 000 euros en salaires et de plus de 66 000 euros de vente de valeurs mobilières et droits sociaux. C'est essentiellement à l'égard de M. S... qu'une hésitation est permise sur le montant de la sanction de 50 000 euros, mais il ne paraît pas disproportionné au vu des manquements et de sa situation personnelle.

Si dans ces dernières écritures parvenues il y a peu, M. S... produit des pièces attestant de sa situation personnelle en 2020, vous savez que votre approche du montant des sanctions en matière financière est « dynamique », ce qui ne porte pas à débat doctrinal en plein contentieux des sanctions : vous vérifiez le caractère proportionné de la sanction à la date à laquelle elle a été infligée, et dans l'hypothèse où vous réformez la décision de sanction, vous prenez alors en compte la situation de la personne sanctionnée à la date de votre décision. Voyez sur ce raisonnement en deux temps votre décision Société Edelweiss aux T. du 13 juillet 2011 n° 327980. Si vous nous suivez pour confirmer les griefs retenus, vous n'aurez donc pas à vous pencher sur ces éléments postérieurs à la sanction.

PCMNC au rejet de la requête