

**10<sup>ème</sup> colloque de la Commission des sanctions de l'AMF**  
**Discours de clôture de Robert Ophèle, président de l'AMF**

Jeudi 5 octobre 2017 - Palais Brongniart

Mesdames, Messieurs,

Chers amis,

Merci Madame la Présidente de me donner l'occasion de présenter devant une audience de juristes avertis mes premières analyses concernant l'aspect répressif des missions de l'Autorité des marchés financiers.

Je voudrais évoquer en clôture de ce colloque les principaux défis que l'Autorité doit relever rapidement pour assumer correctement les missions qui sont les siennes dans ce domaine répressif et je les répartirai en deux catégories : d'abord les défis qui procèdent de la place de plus en plus importante qui est donnée à la protection de la vie privée et des droits individuels dans notre ordre juridique et qui modifient en profondeur la conduite de nos enquêtes et notre action répressive ; dans un second temps, j'aborderai des défis qui sont liés à l'évolution des pratiques financières et des modes de commercialisation des produits



qui appellent, là encore, une adaptation de nos moyens, moyens humains, moyens informatiques, moyens réglementaires.

Mais évoquons donc d'abord l'évolution substantielle de la portée donnée par notre environnement juridique à la protection des droits individuels. Je me réfère en effet à deux thématiques d'une grande actualité dont la conjonction est susceptible d'affecter le bon exercice de nos missions.

La première thématique est celle des restrictions qui pourraient être apportées à la coopération internationale entre autorités de supervision. Vous savez que 80 % de nos enquêtes ont une dimension internationale, ce qui nous conduit à faire très fréquemment appel à une autorité étrangère ; par ailleurs, nous sommes sollicités par nos homologues et ouvrons de nombreuses enquêtes pour leur compte. Cette collaboration est donc vitale pour la bonne conduite de nos investigations respectives ; or elle pourrait être réduite à l'avenir dans ses deux composantes, à savoir l'échange de données individuelles et le recours à des auditions à l'étranger.



La seconde thématique concerne le recours aux factures détaillées des opérateurs de téléphone, les fadets, particulièrement utile pour mettre en évidence les délits d'initié et dont vous savez que la transmission aux services de l'AMF dans le cadre fixé par le Code Monétaire et financier a été jugé contraire à la constitution par le Conseil Constitutionnel dans un jugement du 21 juillet 2017.

Revenons un instant sur ces deux sujets. L'échange d'informations et de données à caractère personnel entre le superviseur français, et plus généralement les superviseurs de l'Union européenne, et les superviseurs des pays tiers doit être revisité dans la perspective de l'entrée en application, le 25 mai 2018, du règlement européen sur la protection des données d'avril 2016.

Cet échange de données s'effectue aujourd'hui dans le cadre d'un « Multilateral Memorandum of Understanding » de l'OICV, adopté en 2002 sous l'impulsion de Michel Prada. Les régulateurs des Etats membres de l'Union européenne l'utilisent dans le cadre du régime institué en Europe par la directive de 1995 sous réserve du caractère « adéquat » de la protection des données personnelles dans le pays



tiers et en actionnant l'exemption dite « d'intérêt public » qui est prévue dans cette directive. Ce dispositif multilatéral constitue une avancée majeure en matière de coopération internationale, remplaçant les accords bilatéraux préexistants. Depuis près de 15 ans, ce dispositif a démontré son attractivité, avec aujourd'hui 115 signataires, et son efficacité ; ainsi, en 2016, 3330 requêtes ont été traitées sous l'égide du MMoU. Dans ce contexte, la pérennisation et le renforcement de ce mécanisme d'échanges est clé. Les défis tiennent essentiellement aux évolutions législatives et réglementaires des signataires qui ne doivent pas mettre en péril l'existant. La longévité du MMoU est donc fonction de sa capacité à intégrer les modifications des obligations nationales auxquelles sont tenues ses signataires. En Europe, nous allons, dès mai 2018, être soumis à des exigences renforcées en matière de protection des données personnelles (règlement de 2016 qui remplace la directive de 1995). Bien que les données personnelles ne constituent pas la majorité des données échangées avec nos homologues, elles sont toutefois centrales. Nous travaillons donc actuellement avec nos partenaires à la meilleure manière d'intégrer cette évolution et de mettre en place des garanties renforcées visant à protéger les données personnelles échangées. Le Brexit, qui va faire basculer le Royaume-Uni



dans le régime des pays tiers, donne naturellement à ce dossier un caractère tout particulièrement sensible pour nous puisque le Royaume Uni est notre premier partenaire étranger dans cet échange de données.

Un autre aspect de la coopération internationale concerne le statut des auditions réalisées à notre demande dans un pays étranger ; elles sont effectuées par l'autorité locale selon les procédures en vigueur dans ce pays, donc, dans certains cas, dans un cadre qui n'est pas pleinement conforme aux exigences de notre droit. C'est en particulier le cas lorsque l'audition s'effectue sur une base contrainte ; c'est-à-dire lorsque la personne est obligée de se présenter et de répondre aux questions posées sous peine de poursuites pénales. Il apparaît désormais que les déclarations ainsi recueillies ne peuvent être utilisées contre la personne auditionnée pour la sanctionner (principe de non-incrimination). Sauf à ce que les pays concernés (Royaume Uni ou Canada par exemple) fassent évoluer leur pratique – ce qui n'est nullement exclu -, on voit que là encore l'AMF est susceptible de perdre une partie de ses moyens d'investigation.



La problématique des fadets est bien connue puisque dès 2015 le Conseil constitutionnel avait censuré les dispositions de la loi dite Macron qui visaient à introduire la possibilité pour les services de l'Autorité de la concurrence de se faire communiquer ce qu'on appelle les « métadonnées » de connexion téléphonique au motif la procédure prévue ne contenait pas les garanties propres à assurer « une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions ».

Faute d'avoir été modifiée, la procédure, prévue dans le code monétaire et financier depuis 2001, qui permet à l'AMF d'obtenir la communication des fadets a donc été également déclarée inconstitutionnelle à l'occasion de questions prioritaires de constitutionnalité soulevées en début d'année et transmises par la Cour de cassation au Conseil. Dans sa grande sagesse et pour laisser au législateur le temps pour concevoir un nouveau dispositif, compatible avec le droit au respect de la vie privée, le Conseil a cependant différé la date d'abrogation de l'article contesté du code monétaire au 31 décembre 2018.



Compte tenu de l'importance du recours aux fadets dans le cadre des enquêtes en particulier pour constituer un faisceau d'indices convainquant dans les cas d'opérations d'initiés, Il importe donc désormais que le cadre législatif évolue rapidement. Le gouvernement y est résolu mais il est souhaitable que les garanties qui seront mises en place soient proportionnées à l'atteinte potentielle à la vie privée - je rappelle que les fadets ne contiennent pas le contenu des échanges – et n'alourdissent pas de façon disproportionnée les investigations de nos enquêteurs.

Je ne voudrais pas être mal compris ; loin de moi l'idée de récuser la nécessité de renforcer dans nos procédures les dispositions permettant de renforcer la protection des droits fondamentaux de nos concitoyens mais j'observe qu'une interprétation extrême, qui limiterait très significativement nos moyens d'action, bénéficierait à l'évidence plus aux délinquants de la finance qu'à la légitime protection de la vie privée de chacun.

Le second défi que nous avons à relever est celui de l'évolution en profondeur des produits financiers et de leur mode de commercialisation.



Je viens d'utiliser le terme de produits financiers mais je dois dire que dans certains cas je ne suis pas bien certain que le terme soit adapté.

Je voudrais évoquer d'abord les produits que je qualifierais comme toxiques, options binaires ou CFD sans protection intrinsèque, généralement commercialisés par Internet au mieux en libre prestation de services.

Dans un second temps j'évoquerai les produits qui se réfèrent à des crypto-monnaies et/ou à la technologie dite DLT ou blockchain pour solliciter l'épargne.

Le plus facile d'abord, les produits toxiques dont la publicité a été interdite par la loi Sapin 2. En faisant abstraction du mois de janvier pour tenir compte de l'entrée en vigueur de la loi, le nombre de publicités portant sur le trading diffusées entre les mois de février et juillet 2017 a baissé de 60% en comparaison de la même période lors des années précédentes. C'est tout à fait remarquable mais le nombre de nouvelles publicités illicites diffusées depuis la promulgation de la loi, telles que détectées par les outils de veille de l'AMF, atteignait encore 162 à fin





août et était le fait de 28 prestataires en services d'investissement dont 26 agréés dans un autre Etat européen et agissant en libre prestation de service ; vous ne serez pas surpris par le fait que 19 de ces 26 prestataires étaient chypriotes.

Nous avons naturellement demandé à ces opérateurs de retirer leurs publicités et la plupart l'ont fait. Certains prestataires chypriotes se sont montrés récalcitrants et, après une campagne de visites mystère menée sous contrôle d'huissier, le Collège de l'AMF s'est posé la question de l'activation de l'article 62 de MIF qui permet à un Etat membre d'accueil de prendre des mesures appropriées pour protéger les investisseurs sur son territoire lorsqu'un établissement agit d'une manière clairement préjudiciable à leurs intérêts. Rappelez-vous que c'est sur ce fondement que l'AMF avait l'an passé interdit à un premier prestataire chypriote Rodeler Limited de fournir des services sur le territoire français avant de lever cette interdiction lorsqu'il eut régularisé son offre. Le Collège a cette fois décidé de ne pas actionner ce mécanisme compte tenu de la proximité de l'entrée en vigueur du règlement européen « Marchés d'instruments financiers », dit MIFIR, qui va permettre à compter du début de l'année prochaine à l'ESMA d'interdire pour une période de 3



mois renouvelables et sur l'ensemble de l'Union la commercialisation de produits financiers au titre de la protection des consommateurs et aux autorités nationales de les interdire pour les mêmes motifs sans limite de durée sur son territoire. La loi Sapin 2 avait permis d'interdire la publicité sur certains produits, la mise en œuvre prochaine de ces articles 40 et 42 de MIFIR nous donne la base juridique pour en interdire la commercialisation. A nous d'utiliser à bon escient cette arme très puissante.

Ce qu'on appelle l'écosystème blockchain interpelle l'ensemble des autorités monétaires et financières. S'agissant de l'AMF, nous sommes interrogés par des porteurs de projets qui souhaitent procéder à des levées de fonds par émissions de jetons via une technologie de registre décentralisé, procéder à ce qui est désormais dénommé une Initial Coin Offering (ICO). En contrepartie de l'acquisition de ces jetons virtuels, qui font l'objet d'un marché secondaire, les investisseurs acquièrent, selon les cas, des droits d'usage, des droits de participer à la gestion du réseau, des droits d'acquérir d'autres jetons dans d'autres ICO à des prix favorables ... Les services de l'AMF ont analysé certaines opérations sans pouvoir les affecter à une catégorie juridique existante ; ces ICO ne



relèvent ni des offres au public de titres financiers (qui devraient alors donner lieu à établissement d'un prospectus), ni du financement participatif, ni de l'intermédiation en bien divers. Dans la mesure où il y a bien sollicitation de l'épargne publique, il importe toutefois de fixer la nature de ces opérations et l'éventuel cadre réglementaire adapté. C'est d'autant plus nécessaire que des institutionnels traditionnels ont l'intention de proposer des fonds investis en crypto-monnaies ou en jetons acquis lors d'ICO. Ces innovations interpellent l'AMF qui a l'intention d'apporter rapidement des éléments de réponse en concertation avec les autres autorités françaises et avec ses homologues européens.

On le voit, les défis sont nombreux et complexes. Mais ils ne sont pas plus difficiles à relever que ceux qu'a rencontrés l'AMF dans les années récentes. S'agissant de l'environnement juridique, rappelons-nous du *ne bis in idem* qui a trouvé une solution équilibrée avec un aiguillage qui, je le crois, s'effectue en pleine harmonie avec le Parquet National Financier. S'agissant des produits financiers, rappelons-nous du trading à haute fréquence, qui a mobilisé – et mobilise encore – les experts de l'AMF dont le travail minutieux a débouché sur des sanctions



exemplaires. Je suis donc fondamentalement optimiste sur notre capacité à relever les défis d'aujourd'hui que je viens d'évoquer. J'espère pouvoir le confirmer devant vous l'année prochaine. Année prochaine qui verra, j'en suis certain, de nouveaux défis apparaître, peut-être celui de l'articulation entre les poursuites engagées au niveau européens et celles engagées au niveau national si, comme nous le souhaitons, les pouvoirs de supervision directe de l'ESMA sont effectivement renforcées. Mais c'est une autre histoire ...

Je vous remercie de votre attention et vous invite à poursuivre nos échanges avec la Présidente et les membres de la Commission des sanctions pendant le cocktail.