

Retour sur la première décision de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption (2)

Contrôles AFA : les droits de la défense en question

1^{er} septembre 2019

Le 4 juillet 2019, la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption a rendu sa première décision, parachevant le premier cycle des contrôles Sapin II débutés dès octobre 2017. Concise mais remarquablement motivée, elle peut rassurer les professionnels par le sérieux et l'indépendance de son analyse.

Amaury Bousquet, élève avocat au barreau de Paris, a pris part à la défense d'entités dans le cadre de contrôles AFA, notamment lors de la première procédure de sanction de l'Agence française anticorruption. Il revient sur cette décision inédite dans une série de plusieurs articles.

Rendue publique le 4 juillet 2019, dix jours après son audience inaugurale, la première décision de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption (AFA) était très attendue pour clarifier un certain nombre de points litigieux.

De l'avis des entreprises qui en ont été l'objet, les premiers contrôles Sapin II ont en effet été émaillés d'irrégularités de toute sorte dont la gravité aurait pu donner à croire que la Commission des sanctions – composée d'éminents juristes, spécialistes des questions de régulation administrative et de procédure pénale – annule tout ou partie de ces contrôles afin de créer, par précédent, une jurisprudence libérale, intransigeante à l'égard de certaines des pratiques de l'AFA.

Cela n'est pas arrivé ; et si le travail de la Commission des sanctions a abouti sur le fond à une décision sensée, fruit d'une analyse compréhensive du programme soumis à son appréciation, d'aucuns regretteront certainement que la Commission n'ait pas saisi au rebond l'opportunité de sa première décision pour fixer avec précision le cadre et les limites des pouvoirs de l'AFA et ainsi réaffirmer, de manière efficace à défaut d'être novatrice, les droits fondamentaux des personnes face à de tels contrôles.

Car la Commission avait, à cette occasion, la possibilité de se démarquer de la vision augmentative de l'agence de ses propres missions et attributions et de subordonner les contrôles AFA à des exigences élevées de loyauté et d'équité. Il s'avère toutefois, n'en déplaise à certains commentateurs, qu'elle n'a pas jugé la procédure.

Aussi vrai que la façon de faire des autorités enquêtrices, même quand elle n'est pas expressément invalidée par la juridiction de jugement, est d'une manière ou d'une autre prise en compte dans le processus d'élaboration de la décision, l'annulation pure et simple du contrôle ayant donné lieu à la première saisine de la Commission des sanctions l'aurait empêché de se prononcer sur la caractérisation des manquements prétendus sur le fond, donc de donner enfin, publiquement, sa lecture de l'article 17.

Enfin, et quoi qu'il en soit, l'écoute attentive et l'objectivité dont les membres de la Commission ont témoigné à l'audience méritent d'être appréciées, non pas tant parce que l'AFA a été mise face à ses contradictions et à la mauvaise foi d'un certain nombre de ses arguties, mais simplement parce que, deux ans après le début du contrôle, les représentants de l'entreprise poursuivie pouvaient être soulagés de ne plus avoir à s'adresser à un mur.

Les contradictions consubstantielles au modèle de l'AFA

De sa création jusqu'au début de ses contrôles, l'AFA est restée une énigme. Cette énigme était la conséquence du manque de clarté du législateur, producteur d'un texte nébuleux, mais aussi de l'ambiguïté entretenue par les représentants de l'agence, pendant des mois, sur leurs véritables intentions.

Pour ces raisons, beaucoup de praticiens peinaient à comprendre la fonction de l'AFA et l'étendue des pouvoirs de ses agents. La loi Sapin II et le décret du 14 mars 2017 se montraient, il est vrai, assez peu diserts en la matière. Quoique réservant pour la forme quelques droits finalement très théoriques, la « *charte du contrôle* » – publiée postérieurement aux premiers contrôles – a, pour sa part, semblé donner à ces agents des pouvoirs quasiment illimités.

Une conception stricte des articles 3 et 17 de la loi Sapin II voudrait que l'AFA n'ait d'autre fonction que celle de s'assurer que les huit mesures et procédures demandées sont en place, et sont conformes aux objectifs fixés par la loi, dans les entreprises qui doivent en répondre. Les pouvoirs conférés à l'AFA ne devraient alors être surdimensionnés en regard de cet objet et il n'y aurait lieu de tolérer que l'AFA envisage d'utiliser ces pouvoirs attribués pour contrôler le respect de dispositions spécifiques à d'autres fins que celle-ci, strictement emprise.

Des enseignements de ses premiers contrôles, totaux et intrusifs, on comprend pourtant que l'AFA entend inscrire ses pas dans ceux d'autorités comparables (AMF, ADLC pour ne citer qu'elles) alors même qu'elle n'a pas vocation à rechercher d'éventuelles violations de la loi – ce qui la distingue à ce titre de l'ADLC – et que les personnes soumises à son contrôle ne bénéficient pas de garanties de même niveau.

Service administratif et non pas autorité indépendante, on a confié à l'AFA une mission de contrôle formel qu'elle a transformée en prérogatives parajudiciaires. Elle assure en amont le conseil et l'accompagnement d'entités dont elle vérifiera ensuite la conformité au regard d'indications non contraignantes diffusées pour les guider. Elle n'est pas une unité de police judiciaire, pourtant son directeur est un ancien juge d'instruction et ses méthodes, celles de véritables services d'enquête.

Si ces étrangetés renseignent à la fois sur la vision de l'agence et l'impréparation avec laquelle la France s'est plongée dans le grand bain de la *compliance* anticorruption, c'est peu dire que les entreprises soumises au bon vouloir de cette institution nouvellement créée, censée veiller au respect d'un texte aux lignes floues, ont au départ appréhendé les premières initiatives de l'AFA, ne sachant trop à quelle sauce elles allaient être mangées.

Ses premiers contrôles dégagent d'emblée le style et la méthode de l'AFA. Ils s'avèrent mépriser méthodiquement un certain nombre des garanties indispensables à l'exercice d'une défense effective.

L'application des principes fondamentaux de la procédure pénale aux contrôles AFA

Compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et du Conseil constitutionnel, il faisait assez peu de doute que les droits reconnus aux personnes poursuivies dans le cadre d'une procédure pénale devaient être applicables aux contrôles AFA.

Ces droits s'appliquent en effet dès lors qu'une sanction de nature pénale est envisagée, alors que la CEDH opère une interprétation de la matière pénale autonome de son acceptation par les États membres, indépendamment de la qualification associée aux faits poursuivis en droit national.

Or, il est indéniable que les pouvoirs de contrôle et de sanction des manquements aux obligations de prévention instaurées par la loi Sapin II revêtent une nature répressive, à l'instar de ceux qui sanctionnent la régulation des marchés financiers ou le droit de la concurrence.

C'est donc logiquement que la première entreprise renvoyée devant la Commission des sanctions a mis en cause la régularité du contrôle effectué en se référant, par mimétisme avec les moyens de défense couramment soulevés devant les tribunaux répressifs, aux grands axiomes du procès pénal.

Articulés dès les premiers temps du contrôle, ces griefs ne pouvaient que contrarier la conscience du défenseur.

À première vue, certaines des pratiques de l'équipe de contrôle semblaient en effet attenter gravement aux précautions élémentaires de toute procédure répressive : demandes de communication de documents sans lien avec l'objet du contrôle ou remontant avant le 1^{er} juin 2017, non établissement de procès-verbaux lors des auditions, application illégale rétroactive des recommandations de l'AFA, irrégularités patentées dans la composition de l'équipe de contrôle, rupture d'égalité induite de l'absence de publication de certains documents indicatifs au moment du contrôle etc. Certaines de ces atteintes présentaient en outre un caractère irrémédiable de sorte qu'elles ne pouvaient qu'être sanctionnées par la nullité des opérations afférentes.

On pouvait plus généralement redouter un détournement de la procédure, dont en l'espèce la personne poursuivie estimait – avec toutes les raisons de le penser – qu'elle avait été engagée à des fins toutes autres que celle de vérifier la « bonne » application de la loi Sapin II.

De ce point de vue, appelée à statuer sur les premiers moyens de nullité qui lui étaient présentés, la Commission des sanctions était dans le même temps vouée à déterminer

les contours de la mission de l'AFA et le contenu et les modalités d'exercice des droits de la défense dans le cadre de tels contrôles.

Le risque d'un détournement des contrôles Sapin II

Pour la défense, les recherches de l'AFA lors de son contrôle étaient orientées par les informations qu'elle aurait reçues au titre d'un signalement anonyme – il n'est d'ailleurs pas exclu que ce dernier ait, à lui seul, déterminé l'ouverture du contrôle, le directeur de l'agence n'ayant pas à en motiver les raisons.

Ainsi, pendant le contrôle, les techniques employées par les agents – aux profils et carrières étonnamment identiques (policiers, auditeurs, agents de l'administration fiscale) – se sont révélés très largement inquisitrices, rappelant celles d'enquêteurs, alors même que les garanties offertes aux entités contrôlées dans le cadre d'une procédure AFA sont loin d'atteindre les standards de celles encadrant la conduite d'une procédure pénale.

Longuement documentée par la défense tout au long du contrôle ainsi qu'à l'audience, cette thèse reflétait une crainte partagée par les acteurs économiques : celle de voir l'AFA user – abuser, même – de ses pouvoirs de contrôle pour déclencher l'ouverture d'enquêtes pénales ou, à tout le moins, en alimenter activement la conduite. Cette crainte que l'AFA, qui, depuis sa création, n'hésite pas à se comparer à une autorité de poursuite et à mettre en avant les liens qu'elle tisse avec les parquets, sorte de son rôle, transparaisait d'ailleurs des débats parlementaires et de l'avis émis par le Conseil d'État, à juste titre semble-t-il.

Comme l'illustrent certains des demandes et comportements de l'agence, qui ont trahi la véritable ambition du contrôle contesté, cette appréhension était en l'espèce on ne peut mieux fondée.

Si, au prétexte d'assurer la mise en œuvre des obligations Sapin II, les contrôles de l'AFA sont en réalité utilisés pour vérifier, de façon déloyale, la vraisemblance des allégations qui lui sont rapportées, il y a tout lieu de redouter un détournement de procédure, à la fois illégal au regard de la fonction strictement dévolue à l'AFA et dangereux au regard du droit de chacun de ne pas s'auto-incriminer. Car il serait grave qu'à l'occasion et sous couvert de son mandat, l'AFA, devenue annexe du parquet national financier, recherche des indices de nature à caractériser des infractions, cela n'étant pas son rôle.

La Commission des sanctions estime pour sa part ne pas avoir de compétence pour apprécier si les agents de contrôle utilisent leurs prérogatives pour investiguer au profit de procédures connexes, notamment pénales, en violation des termes de leur mission, mais également aux dépens de celle-ci.

Selon la Commission, il reviendra, le cas échéant, aux autorités devant lesquelles seront invoqués les éléments obtenus de façon suspecte – qui lui auront été transmis par l'AFA – d'apprécier la régularité des conditions de leur obtention.

Solution qui est extrêmement juste en droit, mais qui – et la Commission n'y est pour rien – fragilise considérablement les droits de la défense dès lors que le parquet pourra toujours utiliser à sa guise des faits qui lui auront été rapportés par le biais d'un « *article 40* », tandis que les agents de l'AFA se retrancheront derrière la permission légale.

Était ici interrogée la loyauté même de cette pratique consistant à imposer à des organismes de régulation de faire un « *compte-rendu* » de leurs investigations à l'autorité pénale, ce qui justifiait que soient dès à présent dénoncées quelques-unes des pratiques de l'équipe de contrôle.



L'ampleur dangereuse du droit de communication de l'AFA

Alors que l'article 4 de la loi Sapin II permet aux agents de contrôle de se faire communiquer « *tout document professionnel, quel qu'en soit le support, ou toute information utile* », il s'est également posé la question de savoir si l'AFA pouvait demander à l'entité contrôlée de lui remettre des documents n'ayant, par hypothèse, aucun rapport avec la mise en œuvre d'un programme de conformité anticorruption.

Curieusement, en effet, la société contrôlée s'est vu demander copie d'un nombre très important de documents divers et variés, notamment de tous les rapports d'audit interne ayant trait non pas à des actes de corruption (ce qui aurait été presque acceptable, encore que ce n'est pas là l'objet de sa mission), mais à « *tout autre type d'infraction* » !

De fait, quand ils existaient, ces documents concernaient des faits situés hors du champ matériel de la mission de l'AFA et n'étaient de toute façon en rien utiles au contrôle de la mise en œuvre des huit items de l'article 17 de la loi Sapin II.

Pire, certains documents demandés avaient été élaborés antérieurement au 1^{er} juin 2017, avant l'entrée en vigueur des obligations Sapin II, et on voyait dès lors assez mal en quoi ils pouvaient aider l'AFA à vérifier le respect de ces obligations, si ce n'est qu'elle-même avait d'autres projets en tête que celui-ci.

Séducteur, l'argument tendant à dire que l'examen des mesures en place antérieurement à la loi Sapin II permettrait de mesurer leur évolution, donc la prise en

compte des dispositions de l'article 17 depuis son entrée en vigueur, est précaire dans la mesure où l'AFA n'a pas vocation à évaluer les risques de corruption auxquels l'entité a pu être amenée à faire face dans le passé, ni même à donner son avis sur la progression d'un dispositif anticorruption dans le temps, mais à simplement vérifier que celui-ci est place depuis le 1^{er} juin 2017, ou que les décisions en ce sens ont été prises après cette date.

Et pourtant, si les pièces demandées par l'AFA n'étaient pas transmises dans les meilleurs délais, il y avait matière à craindre, sinon des poursuites pénales sur le fondement du délit d'entrave prévu à l'article 7 de la loi Sapin II, en tout cas de renvoyer une impression négative. L'AFA, décelant un manque de coopération, n'aurait manqué d'y caractériser une volonté de « *cache* » – le secret ayant actuellement mauvaise presse.

Fallait-il alors tolérer que l'AFA outre passe ses pouvoirs et transmettre, au risque de s'auto-incriminer, ou plutôt refuser la communication sollicitée, sous la menace d'un délit d'entrave ?

Pour répondre, la Commission des sanctions procède en deux temps.

Elle renvoie d'abord au juge du délit d'entrave le soin de statuer sur la licéité du refus d'une entité contrôlée de produire des documents ou de fournir des explications. Cela consiste en d'autres termes à considérer, s'il ne lui incombe pas de borner le champ des demandes sur les réponses desquelles l'AFA forgera son analyse, qu'il n'entre pas dans son office de définir les limites matérielles et temporelles d'un contrôle AFA.

Elle indique ensuite qu'elle pourra se prononcer sur l'utilité des documents et informations obtenus par l'agence – comprendre, aussi ceux obtenus irrégulièrement – pour apprécier la réalité des manquements invoqués. Leur valeur probatoire ne serait donc pas nulle au seul motif qu'ils auraient été obtenus dans des conditions interlopes. La preuve, ici, relèverait davantage du fond.

Ce qui revient à faire une application de la règle pénale en vertu de laquelle les pièces acquises illicitement ou déloyalement par des parties privées sont admissibles pourvu qu'elles soient soumises à la discussion et que le juge conserve à leur égard un pouvoir d'appréciation souveraine.

Ainsi, aucune difficulté n'est résolue, et il est dommage que la Commission ne soit pas allée au bout de son raisonnement.

En premier lieu, confier l'appréciation de la matérialité de l'entrave à un autre juge que celui compétent pour connaître des recours contre les décisions de la Commission des sanctions – le juge administratif – suppose qu'il appartiendra le cas échéant à celui-ci – à savoir le juge pénal – de définir le périmètre de la mission de contrôle de l'AFA, et la masse documentaire que celle-ci est en droit de demander à consulter pour forger son analyse. Il y aurait donc, semble-t-il, une déclinaison de compétence de la part de la Commission – un « *refus d'en connaître* ».

A contrario, cela signifie que l'entité contrôlée n'aurait pas le droit de contester le bien-fondé de l'exercice du droit de communication de l'AFA autrement qu'en prenant le parti de refuser de communiquer les documents demandés, donc en s'exposant au risque de poursuites correctionnelles, à l'occasion desquelles elle pourrait enfin faire valoir pour sa défense des explications propres à démontrer que les documents demandés n'entrent pas dans la mission de contrôle de l'AFA.

En second lieu et en toute hypothèse, cela revient à tolérer une douteuse pratique compilatrice, sur le modèle de ces « *fishing expeditions* » qui tendent à l'obtention généralisée, tous égards et tous azimuts, d'un maximum d'informations sur la situation et les agissements de la personne poursuivie, fut-ce hors du champ du contrôle, quitte à ce que les communications soient annulées ultérieurement par le juge – ici, de l'entrave.

Or, d'une part, quelle que soit la manière dont ils ont été obtenus, le risque existe nécessairement que des documents produits à la cause, dans le cadre d'une procédure contentieuse, influencent, colorent ou biaisent, quoi qu'on en dise, l'analyse du juge. Peu importe à cet égard que leur admissibilité soit refusée et qu'ils soient au final écartés des débats.

D'autre part, dans une telle situation, même si les pièces et rapports jugés comme excédant le droit de communication étaient finalement annulés, il n'en resterait pas moins que l'équipe de contrôle aura eu tout loisir d'en prendre préalablement connaissance et, pourquoi pas, d'émettre opportunément, sur leur base, un signalement au titre de l'article 40 du Code de procédure pénale.

Il aurait été appréciable que la Commission des sanctions fournisse, à cet égard, des indications claires qui eussent permis aux personnes concernées de savoir avec précision quels documents et quels renseignements peuvent être sollicités par l'AFA comme devant effectivement permettre l'exercice de sa mission de contrôle et lesquels, au contraire, devraient pouvoir être refusés comme n'intégrant pas le champ de sa mission.

Pas de procès-verbaux pour les entretiens

Sur un dernier sujet, la Commission des sanctions juge que l'absence de procès-verbal relatant les entretiens avec les dirigeants et les préposés de l'entité contrôlée n'entache pas les auditions de nullité, mais expose l'AFA à devoir, le cas échéant, répondre de toute contestation.

Pour elle, si « *l'absence de formalisation des entretiens, de même que d'éventuels errements dans l'interprétariat d'entretiens avec des personnes ne parlant pas le français (...) seraient susceptibles (...) d'affecter l'administration de la preuve* », ce qui paraît en effet difficilement discutable, cela doit être apprécié « *au cas par cas dans le cadre de l'examen au fond.* »

C'est donc dans le cadre de son analyse de l'ensemble du dossier porté à sa connaissance que la Commission appréciera souverainement, à partir des déclarations rapportées, la consistance des manquements supposément relevés par l'AFA.

Rappelons que la loi Sapin II et le décret délimitant les prérogatives de l'AFA n'ont effectivement pas prévu que celle-ci doive établir des procès-verbaux ou des comptes rendus de ses auditions. Cependant, *toutes* les autres autorités, réglementaires ou judiciaires, le doivent, à commencer par les officiers de police judiciaire – qu'en dirait-on sinon ?

Et pourtant, dans ses premiers rapports de contrôle, à l'appui de sa démonstration, l'AFA se réfère abondamment aux auditions qu'elle a pratiquées, ce qui revient au final à mettre dans la bouche des intéressés des propos parcellaires, imprécis ou mal relatés, qu'ils n'ont ni relus ni signés, qui ne sont pas formalisés, qui ne sont pas versés au dossier, que rien ne permet de confirmer et qu'ils n'ont peut-être jamais tenus.

Le droit de se taire n'était en outre jamais rappelé ; et la présence de l'avocat, seulement obligatoire pour le représentant légal de l'entité, si elle était tolérée par des contrôleurs magnanimes, était toutefois expressément déconseillée.

En l'espèce, les divergences entre les déclarations des personnes entendues et la façon dont celles-ci avaient été consignées avaient fait l'objet de développements importants de la part de la défense, aussi il est regrettable que la Commission n'ait voulu protéger les contrôles de l'AFA contre toute contestation ultérieure, parce qu'il en va du droit de chacun de ne pas s'auto-incriminer, parce que, *a fortiori*, certains des entretiens litigieux tenus avec des personnes ne parlant pas le français avaient fait l'objet d'une traduction au pied levé, par un interprète non assermenté, ce qui fragilisait d'autant la véracité des retranscriptions.

La cerise sur le gâteau

Cette lecture du premier contrôle AFA serait incomplète si, au-delà de ces aspects de pur droit finalement, il n'était pas questionné deux exemples de pratiques de l'AFA témoignant des libertés que celle-ci a cru pouvoir s'arroger à l'égard du respect du contradictoire.

Le 14 juin 2019, soit une semaine avant l'audience prévue, alors qu'elle avait eu pendant un an et demi tout le temps de préciser ses griefs ou d'en porter de nouveaux, l'AFA a communiqué à l'entité poursuivie des observations en réplique complètement inattendues, présentées comme une réponse au mémoire que l'entreprise avait rendu plusieurs semaines auparavant, comme *elle* en a le droit pour sa défense.

Communiquées un vendredi soir, en dehors de tout cadre réglementaire et – cela va sans dire – sans se soucier le moins du monde des nuisances ainsi causées à l'organisation de la défense, obligée pour l'occasion de mobiliser l'ensemble de ses ressources pour parvenir à y répondre en temps et heure, ces observations développaient de nouvelles critiques, plus précises, du dispositif contrôlé, visiblement inspirées par la qualité des objections émises par l'entité.

On appréciera volontiers le procédé, dont on ne sait toutefois s'il recelait une véritable intention de nuire ou s'il révélait plutôt la panique qui semblait s'être emparée, à l'approche de l'audience, d'une AFA manifestement impréparée, obsédée par l'idée de « *faire condamner* », mais confrontée à la faiblesse des griefs formulés.

On ne reviendra pas sur la présence étonnante du directeur de l'AFA, autorité de poursuite, lors de l'audience de la Commission des sanctions, pourtant proscrite par les textes. Soutenue par une interprétation pour le moins baroque des notions de « *délibéré* » et de « *participation à l'audience* », cette prise de risque a été largement commentée.

En revanche, il s'est produit lors de cette audience un second incident sur lequel il convient de s'attarder quelques instants tant il est symptomatique de l'état d'esprit et des méthodes de l'AFA.

Alors que le contrôle avait révélé l'utilisation d'une grille de contrôle par les agents de l'AFA, et qu'en réponse à la demande de communication de ce document, le directeur de l'agence en avait nié l'existence, la main sur le cœur, l'audience du 24 juin 2019 a été l'occasion de constater, au grand dam du susnommé, qu'il existait bel et bien un « *guide interne sur la méthodologie du contrôle* » dont la défense n'avait pas été récipiendaire. Le malaise du directeur de l'AFA était palpable à l'évocation de ce document, à tel point qu'il s'en est pris au rapporteur de la Commission en lui rappelant

vertement que ce document regardait le fonctionnement de l'agence et qu'il n'avait pas vocation à être rendu public.

Sans verser dans aucune attaque *ad hominem*, celui-ci n'ayant au demeurant rien à prouver du sérieux du travail accompli pour installer sa jeune agence, on déplorera néanmoins que le directeur de l'AFA n'ait pas gardé de ses années comme juge d'instruction le souci d'« instruire » à charge et à décharge ; celui, corrélatif et tout aussi essentiel, de permettre au défendeur d'assurer convenablement sa défense en mettant à sa disposition non seulement les documents à partir desquels les charges ont été fondées, mais aussi le temps nécessaire pour donner la répartie.

Il était par ailleurs dommageable que l'AFA n'ait voulu faire preuve de plus d'écoute et de pédagogie lors du contrôle, elle qui se vante de ces qualités *coram populo*. Ainsi, en un an et demi de contrôle, elle n'avait toujours pas compris quel était l'objet social de l'entreprise. Dommageable encore qu'il eût fallu organiser le contradictoire pour désenclaver l'AFA de ses préjugés et la conduire à reconnaître le travail de mise en conformité colossal qui avait été abattu.

Tout le monde gagnerait pourtant à une AFA exigeante, mais attentive, moins aux détails qui blessent, qui souvent n'impartissent pas à la direction centrale d'un groupe de l'envergure de ceux que visent la loi Sapin II, qu'à l'intention de se conformer, à l'impulsion donnée, leur réalité objective.

Les entreprises sont des grandes personnes : lucides, préparées, éduquées au dommage de la corruption, elles tendraient plus facilement à admettre l'intérêt et la légitimité des contrôles AFA si on leur donnait à voir que l'agence est moins là pour réprimer la moindre défaillance que pour les aider à prévenir et détecter, plus efficacement, le risque, réel et incontestable, de la corruption. Il serait insensé de prétendre donner corps à une ambition collective telle que celle poursuivie par la loi Sapin II sans servir d'abord celles qui sont concernées au premier chef par ce qu'on cherche à corriger : les entreprises.

En l'occurrence, l'incitation réside moins dans la peur de la sanction que dans la démonstration d'une volonté d'accompagnement, de progression commune, *a fortiori* dans ces matières où la puissance publique, pour dissuasive qu'elle soit, ne peut se passer de la bonne volonté des acteurs économiques. L'intransigeance et la compréhension ne sont pas, dans les contrôles, antinomiques. Il échet de penser qu'est là l'âme de la loi.

Si, comme cela est plausible, c'est le directeur de l'AFA qui donne à ses équipes la vision et les orientations indispensables aux contrôles qu'elles font, alors il faudrait espérer que les principes d'égalité des armes et de loyauté dans l'administration de la preuve retrouvent, sous son influence, un peu de substance à l'occasion des prochains contrôles. C'est d'abord la crédibilité de l'AFA qu'engage l'irréprochabilité de ces derniers.

Tout reste à faire

Quoi qu'il en soit, tout reste à faire ; et il serait inexact de conclure, comme cela a parfois été fait, que la Commission des sanctions a validé l'intégralité du contrôle déferé.

D'une manière générale, celle-ci semble n'avoir pas voulu trancher elle-même les problématiques relatives à la régularité de la procédure et s'en être défaussée sur les juges administratifs qui, selon toute vraisemblance, seront un jour saisis du recours intenté par l'entité qui aura été sanctionnée.

Il est difficile de critiquer le choix de la Commission dès lors qu'on attendait d'abord d'elle qu'elle donne sa lecture de l'article 17 de la loi Sapin II, que le comportement des contrôleurs et les irrégularités procédurales entrent même sans le dire dans le champ de la réflexion au moment de rédiger la décision, et qu'en cas de sanction des recours sont prévus devant les juridictions, devant lesquelles les questions de procédure pourront le cas échéant être invoquées.

En réalité, loin de donner son assentiment aux méthodes de l'AFA, mais sans non plus complètement lever les interrogations légitimement nées de celles-ci, la Commission s'est d'abord cantonnée au traitement des questions de fond : en gros, dire si oui ou non un manquement pouvait être considéré comme étant constitué. Attitude qu'on louera, donc, pour son réalisme.

En cela, la Commission des sanctions suit la cour d'appel de Paris et le Conseil d'État, dont la jurisprudence, en contentieux AMF notamment, tend à « *assouplir* », dira-t-on, les droits de la défense et l'exigence de proportionnalité de la coercition au nom du sacro-saint « *principe d'efficacité* » de la loi visée, pourvu que ses fins prennent corps, ainsi à faire passer le contentieux de la forme au second plan.

Ce faisant – et nonobstant, répétons-le, le pragmatisme de la démarche adoptée par la Commission pour confronter les outils mis en place par l'entité aux objectifs poursuivis par la loi à l'exclusion de tout autre – on regrettera volontiers qu'à l'occasion de sa première décision, elle ne se soit prononcée qu'à moitié sur la régularité des opérations de contrôle, sujet sensible qui, sous une forme ou une autre, ne manquera pas de revenir sur le métier.