

KRAMER LEVIN

KRAMER LEVIN NAFTALIS & FRANKEL LLP



CIF : Que faire en cas de contrôles de l'AMF ?

- Cadre réglementaire des contrôles de l'AMF et compétence des associations professionnelles de CIF
- Déroulement d'une mission de contrôle
- Les causes de responsabilité des CIF devant la commission des sanctions de l'AMF

18 novembre 2016

Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP – 47 avenue Hoche – 75008 Paris
T: +33 (0)1 44 09 46 00 – F: +33 (0)1 44 09 46 01 – www.kramerlevin.com



I –

Les contrôles de l'ANACOFI et leurs différences avec ceux de l'AMF

Le rôle de l'ANACOFI pendant les contrôles de l'AMF

Les différences entre contrôles AMF et ACPR

David Charlet, Président, Anacofi

Les Contrôles de l'ANACOFI CIF

- Une équipe dédiée
- Des outils spécifiques contrôle
- Un fiche de contrôle validée par l'AMF
- Un système à l'intérieur d'un tout (plusieurs sources d'information, des adhérents aidés à se mettre en conformité par d'autres outils et services)
- Un contrôle de masse : logique et volumétrie
- Un contrôle CIF mais une action de compliance IOBSP, Assurance, Hoguet sauf incident majeur
- Un système de sanction automatique
- Principales différences par rapport au contrôles de l'AMF

Les Actions de l'ANACOFI / ANACOFI CIF en cas de contrôle AMF

- Une action en amont : La documentation (qui comprend une partie « préparer votre contrôle »)
- Une action en amont : la formation et l'information
- Un action en amont : le service juridique
- Une action en amont : le contrôle sur demande
- Une action en amont : services externes identifiés compliance et avocats
- Une action pendant : la traduction des demandes AMF
- Une action parfois possible pendant : un échange avec les services de l'AMF en cas d'incompréhension par nous
- Une action après : le suivi de mise en conformité suite à transmission AMF
- Une action après : le passage des informations qui découlent des contrôles AMF (erreurs mais aussi comment se préparer)



Principales Différences entre Contrôles AMF et ACPR

▪ Les contrôles menés par l'AMF

Ils concernent les CIF et leurs 5 associations professionnelles (Code monétaire et financier, RGAMF et règles professionnelles approuvées par l'AMF)

Décret n° 2014-498 du 16 mai 2014 : pouvoirs plus étendus des enquêteurs et contrôleurs

Loi RBF du 22 octobre 2011 : nouvelle mesure : la transaction par voie de « composition administrative » : verser une somme d'argent (ne pouvant pas dépasser la sanction pécuniaire encourue par voie de procédure de sanction) au Trésor public.

Depuis 2010 l'AMF mène des « visites mystère » pour tester la pertinence des propositions commerciales afin de renforcer son action préventive.

▪ Les contrôles menés par l'ACPR

Le contrôle des pratiques commerciales concerne les organismes bancaires et d'assurance et de leurs intermédiaires ainsi que le respect des règles en matière de LCB-FT.

▪ Les contrôles coordonnés menés par l'AMF et l'ACPR

- Un collaborateur d'une autorité peut être mis à la disposition de l'autre autorité.
- Une même personne désignée concomitamment par chaque autorité.
- Contrôle concomitant dans les mêmes délais mais rapports établis par chaque autorité

Quelques données relatives aux volumes 2015



**II –
Le déroulement d’une procédure de sanction AMF : aspects pratiques**

Hubert de Vauplane, Avocat associé, Kramer Levin

Quelques notions fondamentales pour distinguer « contrôle » et « enquête »

Contrôle

- **Quoi ?** : Contentieux disciplinaire (règles de bonne conduite et organisationnelles, etc.)
- **Pour qui ?** CIF
- **Par qui ?** Direction des contrôles
- **Quand ?** Contrôles réguliers ,décidés par le Secrétaire Général par type d'établissement ou par thématiques
- **Comment ?** Contrôle sur place ou sur pièces, incluant les droits d'audition, « communication de tout document quel qu'en soit le support », droit de « convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations », droit « d'accéder aux locaux à usage professionnel et de recueillir des explications sur place »

Enquête

- **Quoi ?** Contentieux d'abus de marché / obligation d'information
- **Pour qui ?** CIF + toute personne ayant enfreint les règles relatives aux abus de marché/obligation d'information
- **Par qui ?** Direction des enquêtes et de la surveillance des marchés
- **Quand ?** Contrôles ponctuels déclenchés par des anomalies constatées dans les outils de contrôle AMF (base SÉSAM, outils RDT, etc.)
- **Comment ?** Idem contrôles + **communication des données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunications** + « visites et saisies en tous lieux » (sur autorisation du juge des libertés et de la détention)

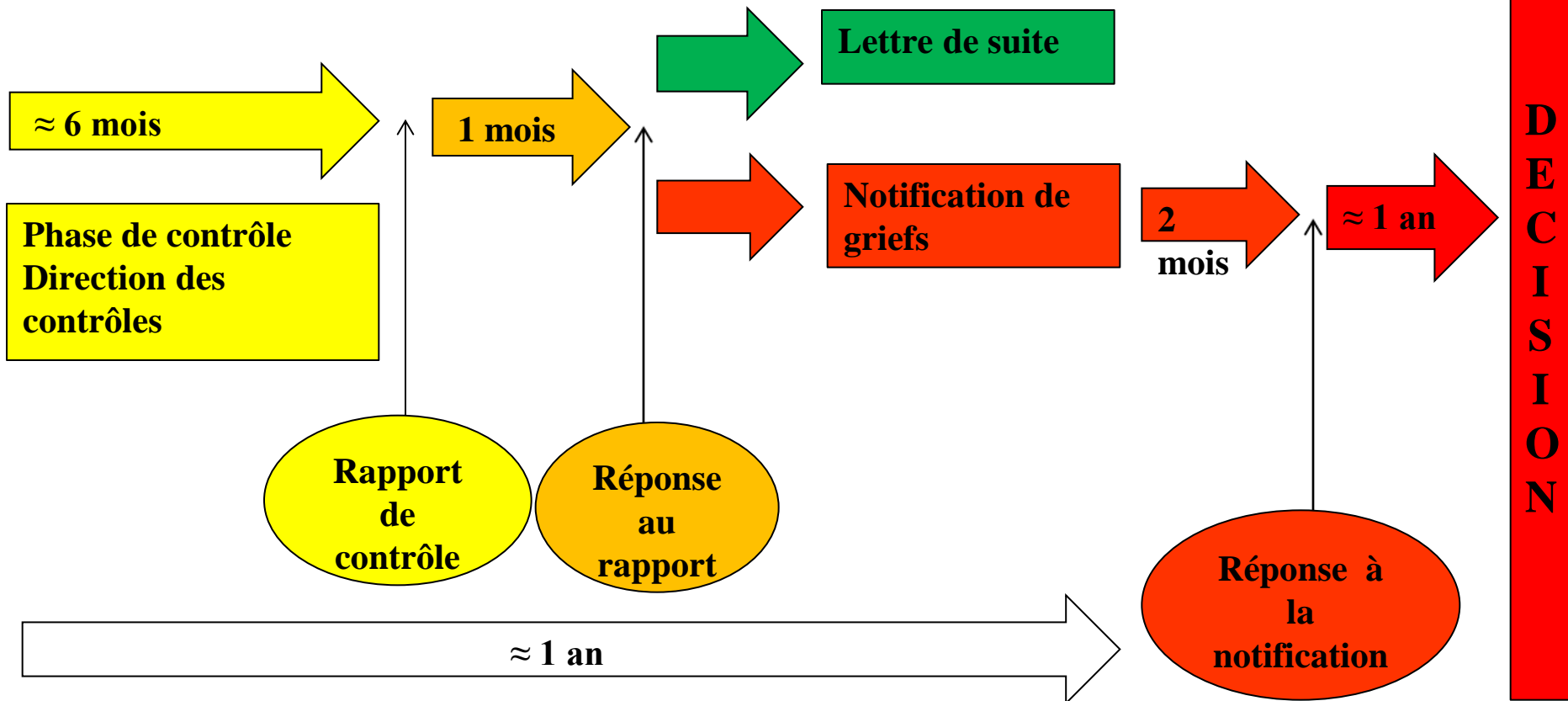
Quelques notions fondamentales pour :

- Eviter les malentendus : vos contrôleurs (Direction des contrôles) et vos juges (Commission des sanctions) ne sont pas vos interlocuteurs habituels dans le cadre de votre business (Direction de la régulation).

- Identifier le rôle de chacun :
 - Le Secrétaire Général diligente les contrôles
 - Le Collège décide de l'ouverture d'une procédure de sanction
 - Le Rapporteur de la Commission des sanctions « instruit »
 - La Commission des sanctions condamne ou met hors de cause
 - Le Conseil d'Etat confirme ou réforme la décision de la Commission des sanctions

Quelques notions fondamentales pour :

- Comprendre la chronologie du contrôle :



1^{ère} Partie

Le déroulement de la procédure de sanctions

Plan

- A. La théorie (la Charte du contrôle)
- B. La pratique (la réalité des contrôles)
- C. La véritable sanction : la publication de la décision
- D. Les nouveautés introduites par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juil. 2013
- E. Le point sur la procédure de composition administrative
- F. Quelques conseils pratiques : « *to do/not to do list* »

Propos introductifs

- Caractère crucial de la phase du contrôle et de la réponse au rapport
- « *Tout est déjà joué au stade de la réponse au rapport de contrôle* »
- L'objectif prioritaire est d'obtenir une lettre de suite ... après, il est (souvent) trop tard

A- Les principes proclamés par la charte du contrôle

Rappel : un texte à portée informative rappelant :

- L'interdiction des conflits d'intérêts pour les contrôleurs titulaires d'un ordre de mission
- L'importance de la première présentation (généralement une matinée)
- La désignation de l'interlocuteur privilégié (RCCI, directeur juridique, etc.)
- Le devoir de professionnalisme, de neutralité et de courtoisie des contrôleurs
- Le principe de proportionnalité et l'effet d'un contrôle sur l'organisation interne de l'établissement, la poursuite du business et le temps de travail des collaborateurs
- La reddition orale des contrôleurs
- Le devoir de coopération

B- La réalité des contrôles « contrôleurs et poursuite de l'activité »

2. Concilier contrôle et poursuite du business

- Gérer les demandes d'information et de documents
- Respecter les délais
- Prendre son temps et être précis
- Anticiper les conséquences d'une erreur dans l'information transmise (notre retour d'expérience)
- Organiser et préparer les équipes au contrôle (to do/not to do list, procédure interne, salle dédiée au contrôle, bible de la documentation etc.)

B- La réalité des contrôles

« organiser la première journée de contrôle »

3. Organiser la première journée de contrôle pour :

- Comprendre le champ d'investigation décrit par l'ordre de mission
- Identifier le rôle de chacun (interlocuteur privilégié, fonctionnement de l'équipe)
- Expliquer précisément l'organisation interne pour éviter tout de suite les malentendus
- Indiquer des éventuelles contraintes de business susceptibles d'impacter la disponibilité des équipes (audit interne, rapport annuel, réponse à un appel d'offres, etc.)

B- La réalité des contrôles « gérer la phase de reddition orale du contrôle »

4. Gérer la phase de « reddition » orale du contrôle

- Amélioration introduite par l'AMF dans la Charte du contrôle et constatant une pratique établie depuis plusieurs années
- La théorie : informer l'établissement des grandes orientations du rapport de contrôle et des dysfonctionnements relevés pour anticiper la réponse écrite au rapport
- La réalité:
 - Les éventuels décalages entre la reddition orale et le rapport de contrôle
 - Le problème des « non-dits » et « malentendus »

B- La réalité des contrôles (suite)

« Le secret professionnel de l'avocat »

5. Quid du secret professionnel de l'avocat

- Une problématique née de la remise « globale » de la messagerie électronique contenant des courriels échangés avec des avocats
- Or, souvent ces courriels sont « sensibles » (identification d'une non-conformité, etc.)
- Le secret professionnel de l'avocat est reconnu en droit interne et international (loin de 1971, CEDH, Convention de NY, etc.)...
- ... Mais pas par le droit français qui considère que la remise de la messagerie électronique à l'AMF emporte « levée » du secret : Cass com., 26 janv. 2013. La Cour de cassation considère :
 - Que la remise est « volontaire » (mais obligation de coopération)
 - Qu'il faut démontrer, avant la communication que la messagerie contient des échanges couverts par le secret
 - Peu importe que les contrôleurs y aient eu accès, s'ils sont écartés des débats
 - **Conclusion** : (1) faire le « tri » avant la remise des fichiers (2) identifier les messages échangés avec les avocats (fichier spécial « *confidentiel – correspondance avocats* ») ou (3) demander le placement sous scellé, le temps pour l'établissement de faire le tri

B- La réalité des contrôles « Les auditions et échanges d'emails »

6. Les « fausses confidences »

Rappel de la réglementation relative aux auditions

- Convocation AR 8 jours calendaires avant l'audition
- Mention du droit de se faire assister par une personne de son choix
- Rédaction d'un PV d'audition
- Le dernier mot appartient à la personne entendue
- Confirmation de ces droits par la JP (Cass. com. 24 mai 2011)

Problématiques pratiques

- Les « conversations de couloir » hors audition
- Les réponses adressées par emails « trop rapidement »

C- La véritable sanction : la publication de la décision

- Rappel : art. L621-15-V du CMF : « *La décision de la commission des sanctions est rendue publique dans les publications, journaux ou supports qu'elle désigne, dans un format proportionné à la faute commise et à la sanction infligée. Les frais sont supportés par les personnes sanctionnées. Toutefois, lorsque la publication risque de perturber gravement les marchés financiers ou de causer un préjudice disproportionné aux parties en cause, la décision de la commission peut prévoir qu'elle ne sera pas publiée* »
- Distinction publication et anonymisation
- Pratique AMF :
 - Pour les personnes sanctionnées : la décision n'est en principe pas anonymisée sauf « circonstances particulières » (préjudice d'image et de réputation manifestement excessif par rapport au manquement) (CA Paris, 8 nov. 2012)
 - Pour les personnes mises hors de cause : anonymisation de la décision sauf si elles sont opposées à cette anonymisation (demande du Président à chaque audience)
 - Pour les tiers personnes physiques mentionnées dans la décision : l'anonymisation est la règle

D- Les nouveaux pouvoirs de l'AMF en matière de contrôle à l'issue de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires du 26 juil. 2013

- Pouvoir des contrôleurs de demander communication de tout document, quel qu'en soit le support
- Droit pour les contrôleurs de convoquer et d'entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations
- Droit d'accéder à tout local professionnel
- Possibilité d'utiliser une « fausse identité » pour les services offerts par Internet (commercialisation, démarchage, offre au public de titres, etc.)
- Echange d'informations entre l'AMF et la DGCCRF (en matière de commercialisation)

E- Le point sur la procédure de composition administrative

- Rappel de la procédure de composition administrative :
 - A l'initiative du Collège (l'établissement ne peut pas le demander)
 - Procédure : validation par le Collège, puis homologation par la Commission des sanctions
 - La transaction ne signifie pas reconnaissance de culpabilité
 - Les transactions ne sont pas anonymisées et sont publiées sur le site internet de l'AMF (elles ne sont pas diffusées sur la page d'accueil de l'AMF)
 - La transaction rappelle la position du CIF et ses arguments contestant le grief
- Montant des paiements : 90.000 €, 290.000 €, 100.000€, 20.000€, 500.000€, 15,000€, 10.000€ et 20.000€

E- Le point sur la procédure de composition administrative

Quelques exemples de griefs ayant donné lieu à une transaction (cas concernant des SGP)

- Omission de déclaration à l'AMF des changements intervenus dans la répartition du capital et des relations d'affaires nouées entre les dirigeants et un actionnaire
- Investissements réalisés hors programme d'activités
- Valorisation de swaps imprécise et non indépendante (inadaptation de la procédure de valorisation et erreurs de paramétrage)
- Absence au dossier client d'éléments relatifs aux connaissances et à l'expérience des clients, à leurs objectifs et à leur situation financière
- Taux de frais de gestion indirects supérieur à celui prévu par le prospectus
- Investissements dans des CLN intégrant des options à barrière multi sous-jacents, en dehors du champ de l'agrément
- information insuffisante des porteurs pour leur permettre d'appréhender le recours à des positions de taux et de change
- Emploi d'un seul contrôleur des risques alors que le programme d'activités en mentionnait deux
- Contrôle insuffisant de la liquidité
- Instabilité et sous-dimensionnement du dispositif de conformité

F- Quelques conseils pratiques « TO DO LIST »

To do list :

- ✓ Centraliser tous les échanges auprès de la *compliance* ou directeur juridique et éviter les communications « en direct » entre collaborateurs et contrôleurs
- ✓ Si possible, dédier une « équipe » resserrée à la mission de contrôle (regroupant IT, *compliance*, juridique)
- ✓ Vérifier les pièces et informations communiquées à la mission de contrôle (Est-ce bien la dernière version à jour de la procédure ? Les données sont-elles complètes ? Le fichier est-il compréhensible en lui-même ? Les données peuvent-elles être interprétées différemment ?)
- ✓ Ne pas répondre en cas de doute sur la pertinence, complétude des éléments à fournir
- ✓ Identifier les correspondances d'avocats et les enregistrer dans un fichier *ad hoc*
- ✓ Faire preuve de pédagogie : expliquer et réexpliquer un process interne, un outil de contrôle, etc. qui serait susceptible de ne pas être bien compris
- ✓ Ne pas attendre la notification de griefs mais se concentrer sur la réponse au rapport (saisir un conseil externe ou dédier un membre de la direction juridique à la réponse au rapport de contrôle)



III -

**Les causes de responsabilité des CIF devant la commission des sanctions
de l'AMF**

Hugues Bouchetemple, Avocat associé, Kramer Levin

Quelques propos liminaires

Objectifs :

Quels sont les problèmes soulevés devant la Commission (identifier les zones de risques) ?

Comment y répondre de manière pertinente devant la Commission ?

Quelques remarques liminaires :

A- Pourquoi y-a-t-il si peu de contentieux ? (8 décisions uniquement depuis 2013)

- ✓ le rôle des associations professionnelles
- ✓ la nature des règles applicables aux CIF

B- Un contentieux qui ne porte que sur quelques problématiques ciblées

C- Un contentieux technique et juridique

Plan

- les prérequis pour exercer l'activité de CIF
- La RTO
- Le placement
- Le périmètre de la compétence de la Commission des sanctions et le conseil
- La qualité de l'information donnée au client – la documentation commerciale et contractuelle

Les prérequis pour exercer l'activité

- Un contentieux né devant l'ACPR pour les IOBSP ou les intermédiaires en assurance
- Déjà soulevé devant la Commission des sanctions de l'AMF
- Les caractéristiques de ce type de contentieux
 - Difficulté de soulever une défense
 - Sévérité de la Commission
 - Les effets sur la clientèle

L'interdiction pour les CIF d'exercer une activité de RTO

- Rappel de l'interdiction posée par les textes / exception pour les parts ou actions d'OPC
- Définition de la RTO donnée par la Commission des sanctions (décision du 4 décembre 2013)
- Les difficultés dans les opérations de haut de bilan ou de club deals

- Thématique centrale pour les CIF intervenant dans les opérations sur actions ou obligations
- Sous les feux de l'actualité : décisions GPI du 7 juin 2016 et Atypik du 12 octobre 2016
- La difficulté de définir le service de placement
- L'approche adoptée par la Commission des sanctions
- La question de la rémunération du CIF

Le périmètre de la compétence de la Commission des sanctions et le conseil

- 1- La problématique des opérations ne portant pas sur des instruments financiers (parts de SEP, sociétés civiles, etc.)
 - Inapplicabilité du conseil en investissement
 - Problématique sur la compétence de la Commission sur une activité qui ne constitue pas du conseil en investissement
 - Conservation par la Commission de sa compétence à travers la notion de « *conseil en gestion de patrimoine* »

Le périmètre de la compétence de la Commission des sanctions et le conseil

2- La question du conseil

- ✓ Cas des CIF qui estiment agir comme apporteurs d'affaires ou comme simples intermédiaires/distributeurs, sans conseil
- ✓ Incidences sur la compétence de la Commission des sanctions : sans conseil fourni par le CIF, la question de sa compétence se pose
- ✓ L'approche adoptée par la Commission sur cette question
 - l'immatriculation à l'ORIAS
 - La documentation échangée avec le client
 - La caractère adapté du produit distribué

L'information communiquée au client – les documents marketing et commerciaux

- ✓ C'est la principale source de responsabilité pour les CIF
- ✓ En finir avec une idée fausse : le CIF est responsable de la documentation qu'il communique (décision GPI du 7 juin 2016). Impossibilité de se décharger sur le producteur ou l'émetteur
- ✓ La question de la compréhension du produit, de sa conformité et de sa structuration (9 juil. 2015 – Hérios Finance)
- ✓ L'équilibre de la présentation des documentations
- ✓ La description des risques de l'opérations (dans le cas des placements atypiques notamment)

KRAMER LEVIN

Hubert de Vauplane

Associé

Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

49, Avenue Hoche 75008 Paris

Tel +33 (0)1 44 09 46 80 Fax +33 (0)1 44 09 46 01

Mob +33 (0)6 80 11 74 82

hdevauplane@kramerlevin.com

New York Paris Silicon Valley www.kramerlevin.com

KRAMER LEVIN

Hugues Bouchetemble

Associé

Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

49, Avenue Hoche 75008 Paris

Tel +33 (0)1 44 09 46 55 Fax +33 (0)1 44 09 46 01

Mob +33 (0)6 27 08 61 62

hbouchetemble@kramerlevin.com

New York Paris Silicon Valley www.kramerlevin.com



David Charlet

Président

Anacofi

92, rue d'Amsterdam 75009 Paris

Tel +33 (0)1 53 25 50 80

d.charlet@anacofi.asso.fr