

→ ACTUALITÉS

Affaires

MARCHÉ FINANCIER

267

Réforme en vue pour la répression des infractions d'initié : une application isolée de la règle *ne bis in idem* ?

Cons. const., déc. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, M. John L. et a.

POINTS-CLÉS → Le Conseil constitutionnel déclare les dispositions du Code monétaire financier réprimant le délit et le manquement d'initié inconstitutionnelles au regard du principe de nécessité des délits et des peines édicté par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen → Cette décision qui contraint le législateur à repenser profondément l'articulation de la répression administrative et pénale des infractions d'initié d'ici le 1^{er} septembre 2016 fait figure de solution de compromis → La règle *ne bis in idem* imposée par la Cour EDH sera dorénavant respectée en matière d'abus de marché sans pour autant que notre système répressif tout entier ne soit bouleversé.



Edouard Steru
avocat à la Cour

Dans une décision du 18 mars 2015, les juges de la rue Montpensier concèdent à la Cour de Strasbourg une modification (devenue inéluctable) du dispositif de double répression administrative et pénale des infractions d'initié tout en refusant de consacrer au rang des principes à valeur constitutionnelle la règle *ne bis in idem*. Une nouvelle étape du dialogue implicite entre la Cour EDH et le Conseil constitutionnel est ainsi franchie. Rappelons brièvement les prémices de cette interaction prétorienne. L'article 4 du protocole additionnel n° 7 de la Convention EDH garantit le droit fondamental à ne pas être poursuivi et sanctionné à raison de faits définitivement jugés. À la différence du droit français, qui n'interdit les poursuites par l'autorité judiciaire que lorsqu'une juridiction pénale a définitivement statué sur

les mêmes faits (CPP, art. 6 et 368), la jurisprudence de la Cour EDH prohibe le cumul des poursuites et sanctions quelle que soit la nature de l'organe qui a statué (CEDH, 10 févr. 2009, n° 14939/03, *Zolotoukine c/ Russie*). Les tribunaux français ont néanmoins longtemps justifié la conventionalité des doubles répressions administratives (ou disciplinaires) et pénales en se fondant sur la réserve faite par la France en marge du protocole n° 7. Selon la Cour de cassation, la règle *ne bis in idem* ne trouvait donc à s'appliquer que pour les infractions relevant, en droit interne, de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale (Cass. crim., 20 juin 1996, n° 94-85.796 : *JurisData* n° 1996-003702 ; *Bull. crim.* 1996, n° 268. - Cass. crim., 27 mars 1997, n° 96-82.669 : *JurisData* n° 1997-002597 ; *Bull. crim.* 1997, n° 128. - Cass. crim., 1^{er} mars 2000, n° 99-86.299 : *Bull. crim.* 2000, n° 98. - Cass. crim., 4 sept. 2002, n° 01-84.011 et 01-85.816 : *JurisData* n° 2002-015646 ; *Bull. crim.* 2002, n° 157. - Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-10.965 : *JurisData* n° 2011-001344 ; *Bull. civ.* 2011, IV, n° 17). Mais depuis l'arrêt *Grande Stevens* (CEDH, 2^e sect., 4 mars 2014, n° 18640/10 et s.), invalidant la réserve italienne (semblable à la réserve française)

et condamnant l'Italie en raison de son dispositif de double répression des abus de marché, il était acquis que le cumul des poursuites et sanctions en cette matière était aussi voué à disparaître en France (S. Storck, *Chronique d'une mort annoncée ou la vaine résistance de la chambre criminelle de la Cour de cassation : Dr. sociétés* 2014, comm. 87).

La présente décision s'inscrit ainsi dans un contexte européen favorable. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé dans les décisions de renvoi des QPC, que l'arrêt *Grande Stevens* précité constitue un changement de circonstances (Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 14-90.043 : *JurisData* n° 2014-031079. - Cass. crim., 28 janv. 2015, n° 14-90.049 : *JurisData* n° 2015-02246) justifiant une nouvelle saisine du Conseil constitutionnel. Les sages s'étaient en effet prononcés en 1989 sur la loi conférant des pouvoirs de sanction à la COB. Mais ces derniers s'étaient alors bornés à contrôler la proportionnalité de la répression, considérant que les sanctions administratives et pénales pouvaient coexister dès lors que le montant global des sanctions infligées n'excédait pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues (Cons. const., déc. n° 89-260 DC, 28 juill. 1989, consid. 15 et 16). À une seule exception près (Cons. const., déc. n° 96-378 DC, 23 juill. 1996, consid. 15), le Conseil constitutionnel a toujours maintenu ce contrôle de proportionnalité des sanctions sans répondre vraiment à la question de la conformité à la Constitution du cumul des poursuites (Cons. const., déc. n° 97-395 DC, 30 déc. 1997, consid. 41 ; Cons. const., déc. n° 2012-266 QPC, 20 juill. 2012, consid. 9). Cependant, deux décisions récentes confirmant respectivement la constitutionnalité de doubles répressions disciplinaires et administratives (Cons. const., déc. n° 2012-289 QPC, 17 janv. 2013) et disciplinaires et pénales (Cons. const., déc. n° 2014-423 QPC, 24 oct. 2014), contenaient en germe, dans leur motivation, les critères qui ont conduit à la présente déclaration d'inconstitutionnalité. Le Conseil a validé les dispositions critiquées en raison de la nature différente des poursuites et des sanctions, de leur appartenance à des corps de règles différents et de la compétence d'ordres

de juridiction distincts pour connaître des poursuites.

La formule retenue dans ces deux décisions est reprise à l'identique dans la décision rapportée : « (...) le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction » (*consid.* 19). La règle *ne bis in idem* n'est donc pas consacrée comme principe fondamental reconnu par les lois de la République. Bien au contraire, le cumul des poursuites et sanctions demeure en principe possible, ce qui explique qu'une décision définitive de sanction d'une autorité administrative (dépourvue de l'autorité de la chose jugée au sens de l'article 6 du Code de procédure pénale) ne constitue pas nécessairement une cause d'extinction de l'action publique. Le Conseil constitutionnel a ainsi refusé de déclarer l'article 6 du Code de procédure pénale inconstitutionnel (*consid.* 33).

La décision commentée enseigne néanmoins que le cumul de poursuites méconnaît le principe de nécessité des délits et des peines si quatre conditions cumulatives sont réunies :

En premier lieu, les définitions des infractions critiquées doivent être identiques et tendre à réprimer les mêmes faits (*consid.* 23 et 24). La définition de l'information privilégiée retenue par le juge pénal et par le règlement général de l'AMF est, en effet, la même et, dans les deux cas, une distinction doit être opérée entre initiés du premier cercle (qui ont acquis les informations dans le cadre de leurs fonctions) et les autres initiés. Le Conseil constitutionnel n'analyse que le cas des initiés secondaires pour constater que la preuve du manquement ou du délit est identique en ce qu'elle suppose d'établir la conscience qu'avait l'initié de détenir l'information privilégiée. Pour ce qui concerne les initiés primaires, le Conseil constitutionnel n'indique pas si l'identité d'infraction et de faits réprimés signifie que le délit d'initié pourrait être un « délit matériel qui ne dit pas son nom » (*D. Martin, E. Dezeuze, F. Bouaziz*

en collaboration avec M. Françon, in Les abus de marché : Lexisnexis 2012, p. 108), de la même manière que le manquement d'initié est une infraction objective caractérisée par la seule violation de l'obligation d'abstention, ou si, au contraire, l'exigence d'un dol général dans la caractérisation du délit d'initié est - comme le laissait supposer l'arrêt *Spector* (CJUE, 23 déc. 2009, *aff. C-4/508*) - comparable au manquement d'initié qui intègrerait lui aussi un élément moral, certes présumé mais dont la preuve contraire est possible.

En deuxième lieu, les intérêts protégés par les dispositifs répressifs en cause doivent être les mêmes (en l'espèce la protection du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers), ce qui suppose que les incriminations s'appliquent aux mêmes personnes (*consid.* 25). Il découle de ce critère que la répression disciplinaire applicable à une catégorie professionnelle spécifique est compatible avec une répression pénale exposant quiconque à la sanction.

En troisième lieu, la nature des sanctions encourues doit être identique. Le Conseil constitutionnel procède donc à une comparaison de la sévérité respective de chacune des sanctions (*consid.* 26).

Enfin, en quatrième lieu, les ordres de juridiction doivent être les mêmes (*consid.* 27). Les voies de recours à l'encontre des sanctions de l'AMF relèvent de l'ordre administratif lorsque des personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9 du Code monétaire et financier sont en cause, et de l'ordre judiciaire lorsqu'il s'agit d'autres personnes. Le Conseil a ainsi précisé que les articles L. 465-1 et L. 621-15 du Code monétaire et financier sont contraires au principe de nécessité des délits et des peines parce que ni ces textes ni aucune autre disposition n'excluent qu'une personne autre que celle mentionnée au II de l'article L. 621-9 puisse, pour les mêmes faits, faire l'objet de poursuites administratives et pénales.

La portée de cette décision en matière de répression des abus de marché est considérable. Le législateur devra coordonner poursuites et sanctions administratives et pénales et choisir avant le 1^{er} septembre 2016 entre un aiguillage des poursuites (vers l'autorité administrative ou vers les juridictions pénales selon des critères qui

restent à définir), l'exclusivité de la répression pénale ou encore la création d'un « Tribunal des marchés financiers » (*D. Schmidt et A.-V. Le Fur, Pour un Tribunal des marchés financiers : BJB, janv. 2015, p. 24*).

Les conséquences de cette décision sont plus restreintes dans les autres domaines de doubles poursuites. De la même manière que le critère de l'identité des intérêts protégés exclut l'application de la règle *ne bis in idem* en matière de cumul des poursuites disciplinaires et pénales ou disciplinaires et administratives, la condition relative à l'identité des ordres de juridiction limite considérablement la portée de cette décision en matière de double répression pénale et fiscale. L'essentiel du contentieux fiscal relève, en effet, des juridictions administratives tandis que les poursuites pour fraude relèvent de l'autorité judiciaire. Certes, une question prioritaire de constitutionnalité pourrait être utilement posée dans les (rares) cas où les voies de recours à l'encontre des sanctions prononcées par l'administration fiscale relèvent du juge judiciaire (par exemple en matière de droits d'enregistrement et d'ISF). Mais il convient de relever que la Cour de Strasbourg condamne les doubles poursuites pénales et fiscales (CEDH, 5^e sect., 27 nov. 2014, n° 7356/10, *Lucky Dev c/ Suède*) sans entrer dans cette subtile analyse de l'identité des ordres de juridiction. Tout n'est pas perdu, puisqu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'évaluer la conventionalité des lois (*Cons. const.*, 15 janv. 1975, IVG). Les engagements internationaux ont une valeur supra législative et infra constitutionnelle ; il incombe donc en principe aux juridictions ordinaires d'écarter l'application des lois incompatibles avec les conventions internationales (*Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, Sté cafés Jacques Vabre ; Cons. const. n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, consid. 13*). Les tribunaux oseront-ils alors aller plus loin que le Conseil constitutionnel en matière fiscale par exemple ? Ou la Cour EDH finira-t-elle par condamner la France pour violation de la règle *ne bis in idem* ? Quoi qu'il en soit, les batailles judiciaires pour l'interdiction effective des doubles poursuites semblent loin d'être terminées.