

ABUS DE MARCHÉ ET RÈGLE *NON BIS IN IDEM*

(À propos de cass. crim., 22 janvier 2014, n° 12-83.579, à paraître au *Bulletin*)



BOUBOU KEITA

Doctorant
Université
Paris 1

ATER
Université
Paris 13

L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas au cumul des sanctions administratives et pénales, en raison des mêmes faits, dès lors que, d'une part, ce cumul garantit la sanction effective, proportionnée et dissuasive, au sens de l'article 14-1 de la directive n° 2003/6/CE du 28 janvier 2003 et que, d'autre part, le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne peut dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée.

Le dispositif français de la répression des abus de marché présente la particularité de faire intervenir deux procédures différentes et, partant, deux acteurs différents dans la répression d'un même fait : la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers et le juge pénal. Plus précisément, les abus de marché – opérations d'initiés, diffusions de fausses informations et manipulations de cours – constituent à la fois de manquements administratifs et des infractions pénales. Ce cumul de sanctions heurterait à première vue la règle *non bis in idem*¹.

La règle *non bis in idem* interdit qu'une personne puisse faire l'objet d'une double poursuite ou condamnation en raison d'un même fait. Il s'agit selon la CJCE² – devenue depuis la CJUE – d'un principe fondamental du droit communautaire consacré par ailleurs à l'article 4, paragraphe 1, du protocole n° 7 de la Convention EDH, et qui interdit, en matière de concurrence, qu'une entreprise soit condamnée ou poursuivie une nouvelle fois du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable par une décision antérieure qui n'est plus susceptible de recours. La CEDH pour sa part y voit un droit fondamental³. En droit interne, c'est l'alinéa 1^{er} de l'article 6 du Code pénal disposant que « l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par [...] la chose jugée » qui sert de fondement à la règle *non bis in idem*⁴.

La sécurité juridique, l'équité ou encore la limitation de conflits de juridictions sont autant d'arguments invoqués par la doctrine à l'appui de ce principe⁵. Lorsque le législateur décida en 1989 de doter l'ancienne Commission des opérations de bourse d'un pouvoir de sanction autonome, l'un des arguments soulevés par les opposants à une telle réforme fut l'atteinte au principe *non bis in idem*. Saisi de la question, le Conseil constitutionnel a toutefois admis le cumul des sanctions en droit financier en relevant que la règle *non bis in idem* était sans application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives⁶.

C'est finalement sur le terrain du principe de proportionnalité que les sages de la rue Montpensier ont encadré le cumul des sanctions en exigeant que le mon-

1. N. Rontchevsky, « Pour en finir avec une acrobatie intellectuelle française : retour sur le cumul des procédures administratives et pénales en matière d'abus de marché », *Bull. Joly Bourse*, décembre 2012, p. 610, n° 237 ; du même auteur, « L'harmonisation des sanctions pénales. Vers un renforcement et une rationalisation de la répression des abus de marché », *Bull. Joly Bourse* 2012, p. 139, n° 55 ; F. Stasiak, « Les cumuls de sanctions en droit boursier », *Bull. Joly Bourse* 1997, p. 181, n° 20 ; J. Lasserre Capdeville, C. Mascala et S. Neuville, « Propositions doctrinales pour limiter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », *D.* 2013, p. 693 ; J. Lasserre Capdeville, « Confirmation de la non-incidence de la règle *non bis in idem* », *Bull. Joly Bourse* 2008, p. 301 ; A.-V. Le Fur, *Faut-il faire de la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers un tribunal des marchés financiers ? Mélanges AEDBF VI*, RB Edition, 2013, p. 335.

2. CJCE 15 octobre 2002, affaires jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, § 59.

3. CEDH 10 février 2009, n° 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*.

4. J. Lasserre Capdeville, C. Mascala et S. Neuville, « Propositions doctrinales pour limiter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », *D.* 2013, p. 693 ; G. Eveillard, « Les évolutions récentes du contentieux administratif répressif », *Droit administratif* n° 1, janvier 2014, comm. 3.

5. J. Lasserre Capdeville, C. Mascala et S. Neuville, *op. cit.*, p. 693.

6. Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier ; RFDA 1989, p. 671, note B. Genevois.

tant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues⁷. Après cette « décision de compromis⁸ », on pensait le débat sur le cumul des sanctions, définitivement clos. Il en fut toutefois autrement car les critiques n'ont cessé depuis de se multiplier à l'encontre de ce cumul ; en témoigne cette importante décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 22 janvier 2014 qui aura les honneurs d'une publication au *Bulletin des arrêts* de la Chambre criminelle et dans le *rapport annuel* de la Cour de cassation.

Les faits relativement simples concernent un analyste financier qui fût sanctionné par la Commission des sanctions et le juge pénal respectivement pour manquement de manipulations de cours et délit de manipulations de cours. À l'occasion du pourvoi exercé contre la décision de condamnation pénale, cet analyste avait posé une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation portant sur la conformité à la Constitution de la règle du cumul des sanctions en droit boursier. La Cour à l'instar du Conseil d'État⁹ a dit qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel. Aussi, la Chambre criminelle a-t-elle sans surprise validé le cumul des sanctions en droit boursier dans la présente décision suivant un raisonnement (II.) qui se démarque de celui retenu jusque-là par sa jurisprudence (I.).

I. LA CONFORMITÉ DE LA DOUBLE PROCÉDURE DES SANCTIONS BOURSIÈRES À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La règle *non bis in idem* est consacrée par plusieurs accords et conventions ratifiés par la France. Il en est ainsi de l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par les Nations unies et qui dispose : « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays. » L'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention ESDH dispose pour sa part que : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ». Ces deux textes prohibent tant les doubles poursuites que les doubles condamnations.

Jusque-là, le débat fut concentré sur la conformité du cumul des procédures de sanctions boursières à l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention ESDH. Les contestations portant sur ce point n'ont jamais prospéré en droit interne. En effet, lors de la ratifica-

tion de la Convention ESDH l'État français a émis une réserve sur le champ d'application de l'article 4 de ce Protocole en le limitant aux seules sanctions pénales. Se fondant sur cette réserve et la jurisprudence du Conseil constitutionnel précitée, la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰ a très tôt consacré la conformité de ce cumul à la Convention ESDH. Dans la décision sous commentaires, la Haute juridiction a tout logiquement approuvé les juges du fond d'avoir fait application de cette jurisprudence. Dès lors, les personnes sanctionnées par la Commission des sanctions ne sauraient valablement invoquer une atteinte à la règle *non bis in idem* devant le juge pénal ou inversement.

L'argument tenant à la réserve émise par la France est-il vraiment convaincant ? Le doute est sans doute permis dans la mesure où la CEDH a remis en cause la validité de la réserve autrichienne émise dans les mêmes termes que celle de la France, et ce en raison de son extrême généralité et de son imprécision¹¹. La CEDH vient de réitérer sa position dans un arrêt du 4 mars 2014 en remettant en cause le cumul des sanctions en droit boursier italien et ce dans un contexte très similaire à celui du droit français¹². Aussi, la doctrine dominante conclut-elle logiquement à l'invalidité de la réserve française¹³.

Au-delà de la question de la validité de la réserve française, il convient également de relever la fragilité de la jurisprudence française au regard de l'interprétation donnée par la CEDH à la notion de « procédure pénale » figurant à l'article 4 du Protocole n° 7 précité. En effet, aux termes de ce texte : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État. » La CEDH a érigé la notion de « procédure pénale » figurant dans ce texte en une notion autonome du droit européen devant être interprétée « à la lumière des principes généraux applicables aux expressions "accusation en matière pénale" (criminal charge) et "peine" (penalty) figurant respectivement à l'article 6 et à l'article 7 de la Convention¹⁴ ». Ainsi, les trois critères retenus par la jurisprudence aux fins de l'appréciation de la notion de « matière pénale » doivent selon la Cour servir à la définition de la notion de « procédure pénale ». Ce sont ces critères qui ont permis à la Cour de faire rentrer les procédures de sanctions administratives des différents États membres dans la sphère pénale¹⁵. Le

7. *Ibid.*, considérant 22.

8. J. Lasserre Capdeville, C. Mascala et S. Neuville, *op. cit.*

9. CE 16 juillet 2010, 321056, *Beslay c/ AMF*, Bull. Joly Bourse 2010, p. 418, n° 54, note J. Lasserre Capdeville.

10. Cass. crim. 1^{er} mars 2000, n° 99-86.299, Bull. n° 98 ; Cass. crim. 2 avril 2008, 07-85179, Bull. Joly Bourse 2008, p. 301, note J. Lasserre Capdeville ; Cass. crim. 28 janvier 2009, 07-81674, *X et société Fideuram Wargny*, Bull. Joly Bourse 2009, p. 170, note J. Lasserre Capdeville ; Cass. com. 8 février 2011, 10-10.965, Bull. 2011, IV, n° 17.

11. CEDH 23 octobre 1995, n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche*, § 51.

12. CEDH 4 mars 2014, n° 18640/18, *Grande Stevens et a. c/ Italie*, Bull. Joly Bourse avril 2014, p. 209, n° 11111, note J. Chacornac ; S. Torck, « Cumul des sanctions administratives et pénales. Chronique d'une mort annoncée ou la résistance de la chambre criminelle », *Dr. des sociétés*, mai 2014, comm. 87.

13. Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3^e éd., Economica, 2010, n° 309 ; D. Martin, E. Dezeuze et F. Bouaziz, *Les Abus de marché. Manquements administratifs et infractions pénales*, LexisNexis, 2013, n° 502 ; N. Rontchevsky, « Pour en finir avec une acrobatie intellectuelle française... », *op. cit.* ; J. Lasserre Capdeville, C. Mascala, S. Neuville, *op. cit.*

14. CEDH 10 février 2009, n° 14939/03, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, § 52.

15. CEDH 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*.

même raisonnement devrait conduire à l'extension de la notion de « procédure pénale » aux procédures de sanction mises en œuvre par les différentes autorités administratives de régulation. C'est ce raisonnement qui a conduit la Cour à qualifier de « pénale », l'infraction d'« actes perturbateurs mineurs » réprimée par l'article 158 du Code russe des infractions administratives alors qu'elle était qualifiée d'« administrative » par le droit national. La jurisprudence de la CJUE rendue sur le fondement de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et dont la formulation est très similaire à celle de l'article 4 du Protocole n° 7 précité et sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir, retient la même solution¹⁶.

La jurisprudence française paraît également fragile au regard de la jurisprudence récente de la CEDH et plus précisément au regard de l'évolution que celle-ci a connue relativement à la définition de la notion d'« infraction » figurant à l'article 4 du Protocole n° 7. En effet, ce dernier texte prohibe la double poursuite ou la double incrimination en raison d'une même « infraction ». Or cette dernière notion n'est nullement définie par les textes et a donné lieu à des interprétations divergentes de la part des différentes juridictions. Afin de mettre fin, à ces divergences et d'interpréter et appliquer la Convention « d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives¹⁷ », la Cour a décidé d'abandonner en 2009 l'approche restrictive privilégiant la qualification juridique des deux infractions aux fins de l'appréciation du cumul des poursuites et sanctions. Elle considère par conséquent que « l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes¹⁸ ».

En matière d'abus de marché, ce sont les mêmes faits qui donnent lieu aux sanctions administratives et pénales cela est d'autant plus vrai qu'en pratique l'action publique est généralement mise en mouvement par le procureur de la République après la dénonciation auprès de ce dernier des agissements illicites ayant par ailleurs fait l'objet d'une sanction par l'AMF¹⁹.

Malgré cette évolution de la jurisprudence européenne et le risque de condamnation de la France par la CEDH, la jurisprudence française n'a pas véritablement évolué sur la question du cumul des sanctions. Aussi, le Conseil constitutionnel a-t-il récemment réitéré sa jurisprudence précitée²⁰. Le Conseil d'État pour sa part, admet le cumul des sanctions pénales et disciplinaires en raison des mêmes faits au nom du

principe de l'indépendance des poursuites pénales et disciplinaires²¹.

L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a relancé le débat sur la question du cumul des sanctions dans la mesure où la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis une force juridique contraignante pour la plupart des États membres et dont l'article 50 contient une disposition identique à celle de l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel précité. La double procédure des sanctions boursières est-elle conforme à l'article 50 de la Charte ? L'arrêt sous commentaires y apporte une réponse positive.

II. LA CONFORMITÉ DE LA DOUBLE PROCÉDURE DES SANCTIONS BOURSIÈRES À LA CHARTE EUROPÉENNE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux a acquis une force juridique contraignante pour les États membres de l'Union dont notamment la France. L'article 50 de cette Charte consacre la règle non bis in idem.

Les projets de réforme de la Directive Abus de marché tiennent compte de cette règle et consacrent le droit pour tout citoyen de ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction²². Par ailleurs, la doctrine a pu relever la non-conformité du cumul des sanctions boursières à l'article 50 de la Charte en l'absence de réserve faite par la France relativement à l'application de cette disposition²³. La jurisprudence de la Cour de cassation était dès lors attendue sur ce point. D'où l'intérêt du présent arrêt qui vient prendre position sur la conformité du cumul des sanctions boursières à l'article 50 de la Charte.

Selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, « l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'une personne sanctionnée pour un manquement relevant de la compétence de l'AMF puisse, en raison des mêmes faits, être poursuivie et condamnée pour un délit dès lors que, d'une part, ce cumul garantit la sanction effective, proportionnée et dissuasive, au sens de l'article 14-1 de la directive n° 2003/6/CE du 28 janvier 2003, dont dépend la réalisation de l'objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne, entrant dans les prévisions de l'article 52 de la Charte et tendant à assurer l'intégrité des marchés financiers communautaires et à renforcer la confiance des investisseurs, d'autre part, le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne peut dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée ». Le débat est désormais clos sur cette question.

16. CJUE 23 février 2013, aff. C-617/10, Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson, § 33 et 35.

17. *Ibid.*, § 80.

18. *Ibid.*, § 82.

19. Th. Bonneau et F. Drummond, *op. cit.*, n° 309 : « Il est difficile de soutenir en effet que les abus de marché sont des infractions "essentiellement" différentes, selon qu'il s'agit des manquements administratifs ou des délits. » Adde, J. Lasserre Capdeville, C. Mascala et S. Neuville, *op. cit.* : « les faits matériels à l'origine des deux mesures sont identiques et les éléments constitutifs de l'infraction et du manquement sanctionné par l'AMF quasiment similaires lorsque les deux sanctions sont retenues ».

20. Cons. const. déc. 17 janv. 2013, n° 2012-289 QPC, considérant 3.

21. CE, 21 juin 2013, n° 345500, B. : *Juris-Data* n° 2013-012497 ; G. Eveillard, « Les évolutions récentes du contentieux administratif répressif », *op. cit.*

22. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché, COM(2011) 654 final, Bruxelles, 20. 10. 2011, considérant 18.

23. D. Martin, E. Dezeuze et F. Bouaziz, *op. cit.*, n° 502.

La Cour de cassation semble ici faire application de la jurisprudence *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*²⁴ de la CJUE. Cette décision précise que « l'article 50 de la Charte ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la TVA, une combinaison de sanctions fiscales et pénales²⁵ ». La Cour justifie cette solution par la nécessité de garantir la perception de l'intégralité des recettes provenant de la TVA et, ce faisant, la protection des intérêts financiers de l'Union. Autrement dit, la fin justifie les moyens. Tel est également le cas selon les magistrats de la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'agissant du cumul des sanctions boursières, lequel concourt à la réalisation de l'objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne et tendant à assurer l'intégrité des marchés financiers communautaires et à renforcer la confiance des investisseurs. Toutefois, la Cour de cassation ne va pas au bout du raisonnement adopté par la CJUE. En effet, cette dernière n'a admis le cumul que dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier²⁶. Or, selon la Cour, le caractère pénal de l'infraction doit s'apprécier à l'aune de trois critères, lesquels sont les mêmes que ceux utilisés par la CEDH aux fins de l'appréciation de la notion de « matière pénale » figurant à l'article 6 § 1 de la Convention ESDH. Ces critères sont : la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature même de l'infraction et la nature ainsi que le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé²⁷. La Cour de cassation aurait dû en l'occurrence vérifier si les sanctions prononcées par la Commission des sanctions de l'AMF revêtent un « caractère pénal ». Dans l'affirmative, le cumul des sanctions ne serait pas possible. Or, ce sont ces mêmes critères qui ont permis à la CEDH de faire entrer la plupart des sanctions administratives dans la sphère de la matière pénale ; le même raisonnement devrait conduire à conférer un caractère pénal à de telles sanctions. Dans notre cas, la

Cour de cassation ne pouvait sans doute pas prendre le risque de s'aventurer dans un tel champ car cela l'aurait conduite à remettre en cause un cumul des sanctions qui a pourtant eu les bénédictions du Conseil constitutionnel et dont les décisions s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles²⁸.

La solution adoptée par la Cour de cassation est en revanche conforme aux conclusions de l'avocat général Monsieur M. Pedro Cruz Vallon, conclusions présentées le 12 juin 2012, sous l'affaire *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson* précitée. Selon ce dernier, « l'article 50 de la charte doit être interprété en ce sens qu'il n'empêche pas les États membres d'engager la procédure devant la juridiction pénale pour des faits qui ont déjà été sanctionnés, de manière définitive, par voie administrative dès lors que le juge pénal est en mesure de tenir compte de l'existence préalable d'une sanction administrative afin d'alléger la peine qu'il lui incombe d'infliger²⁹ ». Telle est bien la solution adoptée par la Cour de cassation qui soumet le cumul des sanctions à l'exigence de proportionnalité qui implique que le montant global des amendes susceptibles d'être prononcées ne puisse dépasser le plafond de la sanction encourue la plus élevée.

Au final, cet arrêt vient relancer le débat sur le respect de la règle non bis in idem en droit financier tout en mettant en lumière la fragilité de la jurisprudence française. De nombreuses propositions tendant à éviter les situations de cumul de sanction sans remettre en cause le pouvoir de sanction de l'AMF, qui rappelons-le, constitue un élément central de la crédibilité de la Place financière et de ses acteurs³⁰ et une exigence de la directive Abus de marché³¹, sont aujourd'hui sur la table³². La balle est donc dans le camp du législateur. ■

24. CJUE 23 février 2013, aff. C-617/10, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*.

25. *Ibid.*, § 34.

26. *Ibid.*, § 37.

27. *Ibid.*, § 35.

28. Article 62 de la Constitution.

29. M. Pedro Cruz Vallon, conclusions présentées le 12 juin 2012, sous l'affaire C-617/10, *Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson*, § 96, disponible sur : <http://curia.europa.eu/>.

30. B. De Saint-Mars, « Le pouvoir de sanction de l'AMF, un élément central de la crédibilité de la Place et de ses acteurs », *Bull. Joly Bourse* septembre 2009, p. 351.

31. Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, JOUE L 96/16 du 12 avril 2003, article 14-1.

32. Sur ces propositions, v. J. Lasserre Capdeville, C. Mascala et S. Neuville, *op. cit.* ; *La Dépénalisation de la vie des affaires*, Rapport du groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon, La Documentation Française, janvier 2008, p. 65 et s.