

Abus de marché – Cumul des délits et manquements – Portée de la déclaration d'inconstitutionnalité sur les différentes versions d'une même disposition.

Décision n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janvier 2016.

Commentaire de Jérôme Chacornac

Par une décision du 14 janvier 2016, le Conseil constitutionnel s'est prononcé pour la seconde fois en mois d'un an sur le cumul des poursuites pénales et administratives des abus de marché mais, cette fois, pour fermer la porte à une évolution de sa jurisprudence jusqu'à la réécriture de notre droit répressif par le législateur.

Cette nouvelle décision s'explique par les très fortes répercussions de la décision rendue le 18 mars 2015¹ sur le contentieux des abus de marché. Chaque plaideur entreprend de trouver dans la censure du dispositif de cumul répressif prononcée un argument lui permettant de contester la constitutionnalité des poursuites. La moisson tardive de l'automne comportait ainsi trois décisions de renvoi au Conseil constitutionnel de QPC formulées dans des affaires différentes, mais rédigées dans les mêmes termes² – et, précisons-le, par les mêmes conseils.

La seule différence entre elles tenait à la version en vigueur l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier, à nouveau attaqué. Ce n'est en effet que dans sa version issue de la loi du 4 août 2008 que la décision avait été déclarée inconstitutionnelle par la décision du 18 mars 2015. Or, l'article L. 621-15, modifié en dernier lieu par l'ordonnance n° 2015-1576 du 3 décembre 2015 portant transposition de la directive 2013/50/UE modifiant la directive 2004/109/CE, dite « transparence », est en effet un modèle d'instabilité normative. Depuis l'acte de naissance de l'AMF, qui remonte à la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, de sécurité financière, l'article L. 621-15 a connu pas moins de treize modifications, soit environ une par an. Il en résulte que depuis treize ans, les notifications de grief ont été réalisées à des périodes différentes, sur un fondement qui n'était ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre.

Or, il est indiscutable, sur le terrain des conditions de recevabilité d'une QPC, que le fondement contesté au titre de poursuites exercées par le régulateur doit toujours être celui en vigueur lors de la notification des griefs, de sorte que chaque plaideur peut, si la question apparaît sérieuse, contester à nouveau la constitutionnalité de l'article L. 621-15 dans chacune de ses versions, en dépit de son abrogation à venir, fixée au plus tard au 1^{er} septembre 2016.

Dans les trois QPC transmises cet automne, étaient donc successivement contestées la constitutionnalité de l'article L. 621-15 dans ses versions issues des lois n° 2006-1770 du 30 décembre 2006³, n° 2009-526 du 12 mai 2009⁴ et de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010⁵, selon un même motif : « les dispositions de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction [en vigueur à l'époque des faits], en ce qu'elles prévoient que l'Autorité des marchés financiers peut poursuivre et sanctionner le fait de s'être livré ou d'avoir tenté de se livrer à une opération d'initié quand les mêmes faits peuvent également être poursuivis et sanctionnés par les juridictions correctionnelles, méconnaissent-elles l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relatif au principe de nécessité et de proportionnalité des peines et le principe non bis in idem qui en découle ? »

Le Conseil constitutionnel s'est logiquement prononcé dans une unique décision, sans toutefois répondre à la question posée. Suivant l'argumentation développée dans les observations du premier ministre, reprises à l'audience par son représentant, le Conseil a envisagé séparément la question relative au texte dans sa « version 2006 » et dans ses « versions 2009 et 2010 ». Prenant en compte l'élévation du niveau des sanctions encourues, réalisée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, le Conseil a jugé qu'il y avait lieu d'examiner au fond la constitutionnalité du texte. On se souvient en effet qu'au titre des quatre critères retenus dans la décision du 18 mars pour déterminer la conformité au principe de nécessité des délits et des peines de l'hypothèse d'un cumul répressif, le Conseil s'était appuyé sur l'identité de nature de la sanction, compte tenu de sa sévérité, à son considérant 26. Confrontant la sanction pécuniaire maximale encourue sur le terrain administratif à la peine d'amende – à l'époque 1,5 million d'euros –, le Conseil n'a pas suivi l'argumentation des requérants et conclu à la différence de nature des sanctions, au regard de la peine d'emprisonnement ou de la dissolution d'une personne morale encourue sur le terrain pénal. En somme, le Conseil juge la menace d'une sanction pécuniaire s'élevant à 1,5 million d'euros comme suffisamment peu grave en elle-même pour être assimilée à la sanction pénale. Dans le manquement d'un critère venu de la jurisprudence européenne⁶, on peut douter de l'assurance du Conseil constitutionnel car il n'est nullement certain que la Cour de Strasbourg serait parvenue à la même conclusion.

En revanche, le Conseil constitutionnel juge ne pas avoir à se prononcer sur les versions « 2009 » et « 2010 » de l'article L. 621-15, au motif que l'état du droit applicable était alors analogue à celui résultant de la version 2008, déclarées inconstitutionnelles dans la décision du 18 mars, à défaut de tout changement de circonstances (considérant 14). C'est là s'appuyer sur l'article 23-2, 2° de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009

1. Déc. Cons. const. n° 2014/453-454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 : cette chronique, *Banque et Droit* n° 160, p. 35, note A.-C. Rouaud ; *JCP G* 2015, 368, note F. Sudre ; *Bull. Joly Bourse* 2015, § 112j3, p. 2014, note Th. Bonneau ; *RLDA* 2015, n° 105, note F. Stasiak ; *Bull. Joly Sociétés* 2015, § 113r4, p. 273, note A. Gaudemet ; *Dr. pén.* 2015, com. 79, note V. Peltier ; *RDBF* 2015, comm. 63, note P. Pailler.

2. Dans l'une des trois affaires, une seconde QPC était également soulevée, relative à la constitutionnalité des articles L. 621-10 et L. 642-2 du Code monétaire et financier. Cette question a toutefois été déclarée irrecevable faute d'avoir été invoquée devant la cour d'appel de Paris, ainsi que l'impose l'article 23-1, alinéa 1^{er} de la Loi organique n° 2009-1253 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, et comme portant sur des dispositions qui n'étaient pas applicables au litige, contrairement à ce qu'exige l'article 23-2, 1^{er} de la même loi organique.

3. Com. 14 oct. 2015, n° 15-12.362.

4. Com. 14 oct. 2015, n° 15-10.899.

5. Com. 10 déc. 2015, n° 15-15.557.

6. Depuis l'arrêt *Engel c/ Pays-Bas* du 8 juin 1976 (Req. n° 5100/71), la Cour EDH identifie les règles relevant de la matière d'après trois critères, dont celui de la sévérité de la sanction (§82).

pour juger que la question posée n'était pas nouvelle, ce qu'on pourra largement discuter. En effet, cette disposition fixe comme condition à la transmission d'une QPC le fait que la disposition en cause n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs ou le dispositif d'une décision. En l'occurrence, la situation était ici inverse : la disposition analogue en cause – la version 2008 de l'article L. 621-15 – avait été déclarée contraire à la Constitution, pour un certain nombre de motifs rendus au sujet d'une QPC soulevant un problème en partie différent.

Aux fins d'obtenir l'abrogation immédiate de la disposition attaquée, les QPC soulevées ne s'attachaient plus au déclenchement des poursuites à la suite d'une première décision devenue définitive. Elles soulevaient en réalité un autre problème, d'un grand intérêt, relatif à la constitutionnalité du « cumul virtuel » des poursuites pénale et administrative. Le principe même d'une poursuite administrative ne faisant pas obstacle à l'amorce de poursuite ultérieure sur le terrain pénal était ici contesté. L'intérêt de la question ne tient pas seulement dans le fait de préciser la portée de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel le 18 mars 2015. Il pose le problème de la coexistence des sanctions en termes de

risque d'arbitraire dans le choix de l'une ou de l'autre voie répressive, problème qui ne doit pas échapper au législateur dans l'élaboration du dispositif à venir, tout particulièrement si la voie de l'aiguillage devait être retenue⁷.

Saluons ici la doctrine, patiemment construite par les conseils des requérants, au fil des différentes QPC soulevées, d'une grande richesse en termes de politique juridique et de nature, quelle que soit l'issue donnée aux différents litiges⁸, à souligner des difficultés que le législateur devra prendre en compte dans l'élaboration du futur cadre répressif des abus de marché. ■

7. Sur laquelle, v. la récente *Proposition de loi relative à la répression des infractions financières* : cette chronique, *Banque et Droit* n° 164, p. 38.

8. Pour le refus de transmission d'une QPC soulevant le problème de la possibilité d'une poursuite pénale postérieurement à une décision de ne pas poursuivre de la part de l'autorité de marché sur le terrain du manquement : *Crim.* 8 juill. 2015, n° 14-84.562, sur laquelle, cette chronique, *Banque et Droit* n° 164, p. 35.