

Abus de marché – Réforme – Décret d'application.

Un décret n° 2016-1121 du 11 août 2016 portant application de l'article L. 465-3-6 du CMF, issu de la Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, est venu préciser les modalités de la concertation préalable entre le procureur de la République financier et l'Autorité des marchés (AMF), ainsi que celles de la saisine du Procureur général près la cour d'appel de Paris.

Commentaire par Jérôme Chacornac

La loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché a institué une concertation préalable obligatoire entre le procureur de la République financier et l'AMF avant tout acte de poursuite d'un abus de marché, afin d'exclure tout risque de cumul répressif. Ce mécanisme a déjà été précisément analysé¹ et continuera probablement à susciter nombre de réflexions dans la période à venir.

Restaient toutefois à préciser les modalités concrètes de réalisation de ce dialogue entre les autorités de poursuite, que le nouvel article L. 465-3-6, XI avait renvoyé à un décret en Conseil d'État. C'est sur ce fondement qu'a été adopté le décret du 11 août 2016, n° 2016-1121, publié au journal officiel le 14 août, dont les dispositions essentielles sont désormais codifiées aux articles R. 465-1 à R. 465-4 du CMF.

Selon les articles R. 465-1 et R. 465-2, lorsqu'une autorité de poursuite s'adressera à l'autre pour l'informer de

son intention de poursuivre, ce sera par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou remise contre récépissé, indiquant les éléments de fait et de droit au soutien de la poursuite envisagée. La forme sera la même pour l'autorité informée qui manifestera en retour son intention concurrente de poursuivre et c'est également par LRAR ou lettre remise contre récépissé que la première autorité saisira, le cas échéant, le procureur général près la cour d'appel de Paris, en joignant à cet envoi les lettres précédemment échangées entre les autorités de poursuite.

L'article R. 465-3 indique pour sa part que le délai de réponse de deux mois laissé à l'autorité informée tout comme celui de confirmation de l'intention de poursuivre de 15 jours donné à la première autorité court « à compter de la date figurant sur l'avis de réception » ou « de la date mentionnée sur le récépissé de la lettre de remise ».

L'article R. 465-4 précise enfin que c'est en suivant les mêmes formes – LRAR ou lettre remise contre récépissé – que la décision rendue par le procureur général sera notifiée aux autorités de poursuite, le délai de deux mois dont il dispose pour se prononcer en vertu de l'article L. 465-3-6, IV à compter de sa saisine courant à compter de la date figurant sur l'avis de réception de la lettre recommandée ou de la date mentionnée sur la lettre remise contre récépissé. Dans la logique de l'aiguillage, cette notification n'est pas adressée au justiciable, quoique son sort en dépende finalement quant à la sanction encourue. Le décret donne ainsi corps aux modalités d'une concertation de pure opportunité répressive dont la teneur est toutefois bien différente de l'opportunité des poursuites : il s'agit bien, en dehors de tout critère légal, de décider de la gravité de la sanction encourue par le justiciable². ■

1. Cette chronique, *Banque et Droit*, n° 168, p. 30 et s., l'analyse de Jean-Jacques Daigre et le rappel des origines de la réforme, par Anne-Claire Rouaud, p. 26 et s.; égal, le commentaire de Pauline Pailler, *RDBF*, sept.-oct. 2016, à paraître; P.-H. Conac, « La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *BJB* juillet 2016, p. 323; Th. Bonneau, « La réforme du système de répression des abus de marché », *JCP E* n° 27-28, 7 juillet 2016, 1412.

2. V. nos obs. dans cette chronique, *Banque et Droit*, n° 168, p. 32 et s.

Projet d'interdiction de publicité portant sur certains contrats financiers hautement spéculatifs.

Commentaire de Frida Mekoui

Devenez trader en un jour ! C'est ainsi que certains sites peu scrupuleux appâtent des particuliers en quête de quelques solutions d'épargne rentables. Ces sites sont dans la ligne de mire de l'AMF, qui multiplie les alertes du public s'agissant des sites non autorisés proposant du trading d'options binaires ou des investissements sur le Forex. Le plus souvent, ces campagnes agressives sont menées par des opérateurs qui ne disposent pas du statut de prestataire de services d'investissement (PSI) ou qui agissent en tant que PSI à partir d'États peu regardants. Les moyens d'action contre ce qui relève tout simplement de l'escroquerie, se révèlent assez limités.

Dans le but de lutter contre ces pratiques, le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dit « Sapin 2 ») instaure, en son article 28, un mécanisme d'interdiction de la publicité par voie électronique à destination des particuliers portant sur certains contrats financiers hautement spéculatifs et risqués.

La prohibition est générale. Elle ne se limite pas aux PSI et aux conseillers en investissement financier (CIF). Ce qui permet d'appréhender les hébergeurs des sites illégaux.

Sont ainsi visées les communications promotionnelles par voie électronique visant des clients/clients potentiels susceptibles d'être non professionnels. La référence aux clients non professionnels paraît couvrir un champ très large au regard de l'objectif du texte. En effet, la notion découle de la transposition de la directive MIF, laquelle comprend des personnes

morales dont la taille et les moyens peuvent être tout à fait significatifs (notamment dans la mesure où des clients professionnels par nature peuvent demander à être traités comme des clients non professionnels).

Par ailleurs, les « informations publiées » sur le site internet des PSI commercialisant les contrats financiers visés sont exclues du dispositif. La formulation large du texte permet à notre sens d'inclure dans l'exclusion les contrats financiers promus par un PSI sur son site même lorsque le contrat est conclu par un PSI tiers. De même, le terme « information » utilisé dans le cadre de cette exemption est assez large pour comprendre les communications promotionnelles.

Les contrats financiers soumis à l'interdiction doivent être définis par le Règlement Général de l'AMF et doivent présenter l'une des caractéristiques suivantes : (i) le risque maximal n'est pas connu au moment de la souscription, (ii) le risque de perte peut être supérieur au montant investi, (iii) le risque de perte rapporté aux avantages éventuels correspondants n'est pas raisonnablement compréhensible au regard de la nature du contrat financier proposé.

En application de ce projet d'article, l'AMF a lancé une consultation publique, ouverte jusqu'au 30 septembre 2016, visant à définir les contrats financiers entrant dans le champ de l'interdiction. Elle y propose de combiner deux approches : une approche qui consiste à raisonner sur une caractéristique particulière du produit et une approche qui consiste à se référer à un type d'instrument financier donné quel que soit le sous-jacent. Seraient ainsi couverts par l'interdiction : les contrats financiers avec paiement d'un différentiel (les CFD) avec un levier supérieur à 5, les contrats qui mettent en avant un investissement direct ou indirect sur le « Forex », le marché des changes ou le marché des devises, et les contrats d'options binaires, ainsi que tout contrat financier ayant un effet économiquement équivalent.

Reste que le dispositif légal est loin d'être stabilisé. En effet, le projet de texte législatif sera à nouveau discuté en deuxième lecture par l'Assemblée Nationale fin septembre. ■