

ARTICLE

ENQUÊTES AMF : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL SANCTIONNE LE DISPOSITIF DE SANCTION ADMINISTRATIVE PAR L'AMF POUR ENTRAVE ET CONFIRME SON POUVOIR GÉNÉRAL DE SANCTION EN MATIÈRE D'ABUS DE MARCHÉ

| 03/02/22 | Jérôme Brosset Olivier Attias

Par Jérôme Brosset (associé, avocat au barreau de Paris), Olivier Attias (*Counsel*, avocat aux barreaux de Paris et New York) et Arnaud Grassullo (docteur en droit, chargé d'enseignements à l'UPEC)

Le 28 janvier 2022^[1], le Conseil constitutionnel a décidé de l'abrogation immédiate, y compris pour les instances en cours^[2], de l'article L. 621-15, II, f. du Code monétaire et financier (« CMF ») sanctionnant l'entrave aux enquêtes de l'Autorité des Marchés Financiers (« AMF ») d'une amende administrative.

Dans cette même décision, il a néanmoins réaffirmé le rôle de l'AMF en tant qu'autorité de contrôle et de sanction de tous les intervenants du marché, en confirmant que l'article L. 621-15, III, c. CMF, permettant à l'AMF de sanctionner toutes personnes, autres que les professionnels de marchés^[3], commettant un abus de marché, n'est pas contraire au principe de séparation des pouvoirs.

Cette décision est donc intéressante tant en ce qu'elle met fin au cumul des poursuites pénales et administratives des faits d'entraves aux enquêtes de l'AMF (I), qu'en ce qu'elle vient rappeler des jurisprudences bien établies notamment en matière de nécessité des peines, de compétence de l'AMF et de respect du droit à la vie privée (II)

On pourra néanmoins regretter qu'elle crée une insécurité juridique relative à la portée du droit de ne pas s'accuser (III).

I. L'abrogation du cumul des poursuites d'entraves aux enquêtes de l'AMF

Un peu moins de 7 ans après avoir déclaré la fin du cumul des poursuites du délit et du manquement d'initié sur le fondement du principe constitutionnel de nécessité des délits et des peines^[4], le Conseil constitutionnel met fin, sur le fondement du même principe, à la possibilité de cumuler les poursuites du délit d'obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'AMF et les poursuites administratives prévues pour les mêmes faits.

Ainsi, le Conseil constitutionnel censure l'article L. 621-15, II, f CMF en raison de sa contrariété avec le principe de nécessité des délits et des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (« DDHC »), en ce que des poursuites entamées sur la base de cet article et d'autres poursuites initiées sur la base de l'article L. 642-2 CMF tendent à punir toutes deux le fait pour toute personne de faire obstacle à une mission de contrôle ou d'enquête de l'AMF ou de lui communiquer des renseignements inexacts.

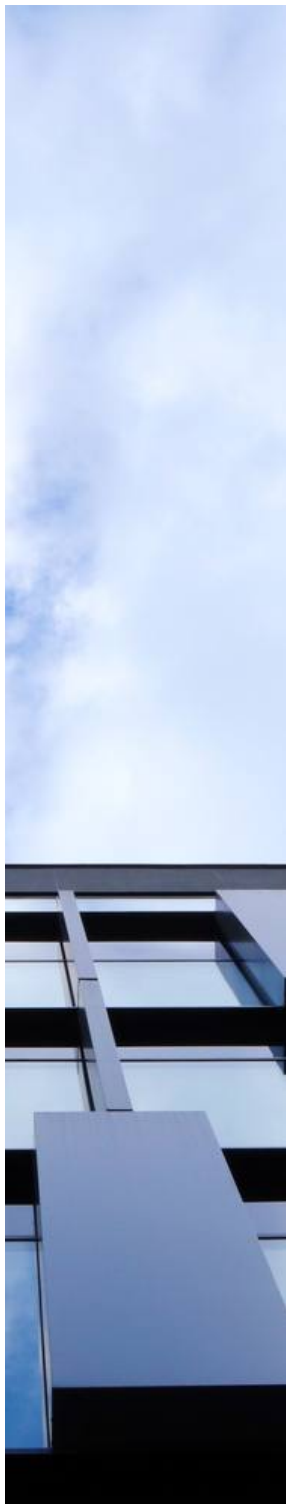
En effet, le Conseil interprète le principe de nécessité des délits et des peines comme interdisant qu'une même personne fasse « *l'objet de plusieurs poursuites tendant à réprimer des mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux* »^[5].

L'issue de la confrontation de ce principe aux incriminations jumelles des articles L. 642-2 CMF et L. 621-15, II, f. CMF n'est pas une réelle surprise.

Rappelons en effet que, si contrairement à la jurisprudence européenne^[6], le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas de valeur au principe *ne bis in idem*, il a néanmoins développé ses propres conditions à l'interdiction du cumul des poursuites à raison des mêmes faits. Si ces conditions n'ont plus formellement évolué depuis 2016^[7], celle tenant à la nature des sanctions s'avère protéiforme, semblant s'adapter opportunément à la solution recherchée par le Conseil.

Ainsi, dans la décision du 28 janvier 2022, le Conseil constitutionnel nous indique que la sanction prévue pour les personnes physiques par l'article L. 642-2 CMF, deux ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende, n'est pas de nature différente de l'amende d'un montant maximal de 100 millions d'euros ou au décuple du montant de l'avantage retiré du manquement prévu par l'article L. 621-15 CMF. Cette considération peut s'entendre tant la peine d'emprisonnement revêt un caractère infamant assurément aussi sévère qu'une amende de 100 millions d'euros. Néanmoins, on comprend moins comment la peine de 1 500 000 euros d'amende qu'encourent les personnes morales sur le fondement de l'article L. 642-2 CMF pourrait être de même nature que l'amende de 100 millions d'euros qu'encourent les mêmes personnes sur le fondement de L. 621-15 CMF.





On voit bien ici l'opportunité d'avoir un critère aussi élastique, permettant au Conseil constitutionnel d'éviter de ne laisser en vigueur l'article L. 621-15, II, f. CMF que pour les seules personnes morales, ce qui ne serait pas sans poser d'autres interrogations au regard des droits et libertés fondamentaux[8].

II. Les confirmations de jurisprudences établies

Au-delà de la confirmation assez logique de la légalité et de la nécessité des délits et des peines édictées par le CMF, le Conseil constitutionnel vient confirmer le pouvoir général de sanction de l'AMF en matière d'abus de marché (2.1) et le peu de place accordé au respect de la vie privée dans le cadre des enquêtes du régulateur (2.2).

2.1. La confirmation du pouvoir général de sanction de l'AMF en matière d'abus de marché

Sur le fondement du respect du principe de séparation des pouvoirs, les demandeurs à la QPC ont cru pouvoir utilement contester l'attribution d'un pouvoir de sanction à l'AMF pouvant s'appliquer à des personnes n'étant pas soumises à des obligations qu'elle a pour mission de contrôler.

En d'autres termes, ils souhaitaient que le Conseil constitutionnel transforme l'AMF en simple autorité disciplinaire, laissant la seule compétence de juger les abus de marchés commis par les profanes au juge judiciaire.

Cette prétention n'avait aucune chance de prospérer, tant elle va à l'encontre de la jurisprudence constitutionnelle et à l'encontre des obligations européennes de la France[9]. En effet, le système d'aiguillage des abus de marché entre tribunal correctionnel et Commission des sanctions de l'AMF, est la conséquence directe des décisions du Conseil constitutionnel de 2015[10] et de 2016[11].

D'ailleurs, dans sa décision de 2015, le Conseil n'avait abrogé le cumul des sanctions en matière d'opérations d'initiés que pour les seuls professionnels de marché, les profanes semblant pouvoir continuer à être doublement poursuivis et sanctionnés par le juge pénal et par l'AMF.

De sorte que cette prétention était vouée à être rejetée, sans même que le Conseil constitutionnel ne prenne la peine de motiver ce rejet, tant il paraît évident.

Il résulte donc de cette décision la confirmation que personne n'est à l'abri d'une enquête et d'une sanction de l'AMF dès lors qu'elle décide d'intervenir directement ou indirectement sur les marchés.

2.2. La confirmation de la relativité du droit au respect à la vie privée

Si le droit au respect à la vie privée est reconnu et protégé par l'article 2 de la DDHC[12], le Conseil constitutionnel reconnaît de manière constante que ce droit n'est pas absolu[13], et supporte des atteintes justifiées par un motif d'intérêt général dès lors qu'elles sont mises en œuvre de manière proportionnée[14].

Dès lors que les moyens d'enquêtes dont bénéficie l'AMF visent à servir l'ordre public économique, il ne faisait aucun doute que les dispositions de l'article L. 621-15 CMF seraient en conformité avec le respect au droit de la vie privée garanti par la Constitution.

III. L'insécurité juridique autour de la portée du droit à ne pas s'accuser/droit au silence

Si cette décision du Conseil constitutionnel n'est donc pas surprenante, elle laisse néanmoins un goût d'inachevé.

En effet, comme dans sa décision du 26 mars 2021 relatif aux sanctions de l'obstruction aux enquêtes de l'Autorité de la concurrence[15], le Conseil constitutionnel se contente d'écarter sans motivation l'argumentation invoquant la contrariété des délits et manquements prévus aux articles L. 642-2 CMF et L. 621-15 CMF avec le « *principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser* ».

Il ne faut toutefois pas en déduire que ces répressions ne soulèvent aucune question quant à leur conformité avec l'ensemble des droits et libertés fondamentaux, et notamment avec l'article 6 CEDH et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.



En effet, la Cour de Justice de l'Union Européenne a eu l'occasion de rappeler l'année dernière que « *le droit au silence ne saurait raisonnablement se limiter aux aveux de méfaits ou aux remarques mettant directement en cause la personne interrogée, mais couvre également des informations sur des questions de fait susceptible d'être ultérieurement utilisées à l'appui de l'accusation et d'avoir ainsi un impact sur la condamnation ou la sanction infligée à cette personne* »[16].

La Cour limite dans la même décision la portée de ce droit en précisant « *le droit au silence ne saurait justifier tout défaut de coopération avec les autorités compétentes, tel qu'un refus de se présenter à une audition prévue par celles-ci ou des manœuvres dilatoires visant à en reporter la tenue* »[17].

Concrètement, au regard du droit européen, toute personne physique[18] faisant l'objet d'une enquête de l'AMF ne pourra pas se soustraire aux auditions auxquelles elle sera convoquée, ni lui communiquer des informations erronées. Néanmoins, lors de ces auditions, et tout au long de l'enquête, il apparaît que ni le juge pénal ni l'AMF ne pourrait lui reprocher le refus de répondre à des questions ou le refus de communication de renseignements ou de documents incriminants[19] sur le fondement des articles L. 642-2 CMF et L. 621-15 CMF.

Cependant, le Conseil constitutionnel a pour sa part considéré que la loi pouvait punir « *le refus opposé par toute personne, après une demande en ce sens des enquêteurs ou contrôleurs, de donner accès à un document, quel qu'en soit le support, et d'en fournir une copie, de communiquer des informations ou de répondre à une convocation, ou de donner accès à des locaux professionnels* »[20].

Une telle divergence d'appréciation entre Cours européennes et Conseil constitutionnel n'est pas inédite. Elle devrait se résoudre par la reconnaissance du droit au silence tel qu'interprété par les Cours européennes, puisque le Conseil constitutionnel n'est le gardien que des seuls droits et libertés garantis par la Constitution. Il n'a donc ni pour obligation ni pour rôle d'uniformiser la jurisprudence en matière de droits et libertés fondamentaux. D'ailleurs, le juge judiciaire ne renonce pas à vérifier la conformité d'une norme française à la CEDH ou à la CJUE en présence d'une décision de conformité ou de non-conformité du Conseil constitutionnel[21].

Surtout, il n'est pas impossible que, si la décision du 28 janvier 2022 laisse penser que la Constitution ne garantit pas le droit de se taire, ce n'est que par une erreur de plume. En effet, dans une décision précédente[22], le Conseil a reconnu que le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, dont découle le droit de se taire, résultait de l'article 9 de la DDHC. Il serait donc étonnant que le Conseil constitutionnel reconnaisse le droit de se taire dans les procédures de droit pénal commun, mais pas dans les procédures de droit pénal financier, quand bien même l'ordre public économique serait en jeu.

En attendant une clarification de cette position, l'insécurité juridique résultant de cette divergence (seulement apparente ?) d'interprétations du droit à se taire, ne laisse donc qu'une étroite marge de manœuvre à la personne physique mise en cause. Nous ne pouvons que lui conseiller de s'en remettre à son conseil si elle est confrontée à une telle situation !

[1] Cons. Const., 28 janvier 2022, n°2021-965 QPC, *Société Novaxia développement et autres*.

[2] C'est-à-dire, si une procédure sur le fondement de L 642-2 CMF a déjà été lancée.

[3] L'article L. 621-15, III, c. CMF s'appliquant aux personnes autres « *que l'une des personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9* » CMF.

[4] Cons. Const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, *M. John L. et autres*.

[5] Cons. Const., 28 janvier 2022, n°2021-965 QPC, *Société Novaxia développement et autres*, consid. 14.

[6] Pour rester dans le domaine des marchés financiers, voir l'application que fait la Cour du principe *ne bis in idem* dans l'arrêt CEDH, 4 mars 2014, 18640/10, 18647/10, 18663.10 et al., *Grande Stevens et autres c. Italie*, §§219-229.

[7] Cons. Const., 24 juin 2016, n°2016-545 QPC, *M. Alec W. et autre* : le Conseil abandonne bienheureusement la condition d'identité d'ordre des juridictions ayant à connaître des poursuites, condition initialement exigée dans son arrêt du 18 mars 2015

[8] Ne serait-ce qu'au regard du principe constitutionnel d'égalité devant la loi.

[9] Le règlement (UE) n°596/2014 dit règlement MAR prévoit dans son considérant 71 la nécessité de prévoir un ensemble de sanction administrative pour sanctionner les abus de marché commis par toute personne.

[10] Cons. Const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, *M. John L. et autres*.

[11] Cons. Const., 24 juin 2016, n°2016-545 QPC, *M. Alec W. et autre*.

[12] Cons. Const., 23 juillet 1999, n°99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, consid. 45.



[13] Cons. Const., 16 septembre 2010, n°2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.*, consid. 11.

[14] Cons. Const., 22 mars 2012, n°2012-652 DC, *Loi relative à la protection de l'identité*, consid.8.

[15] Cons. Const., 26 mars 2021, n° 2021-892 QPC, *Société Akka technologies et autres*.

[16] CJUE, 2 février 2021, C-481/19, *DB contre Consob*, pt. 40.

[17] CJUE, 2 février 2021, C-481/19, *DB contre Consob*, pt. 41.

[18] La CJUE fait une interprétation moins protectrice du droit au silence lorsqu'il est revendiqué par une personne morale

[19] Nous conseillons toutefois de ne pas refuser toute communication de renseignements ou documents afin de ne pas laisser de prise à une qualification de ces refus en obstacle.

[20] Cons. Const., 28 janvier 2022, n°2021-965 QPC, *Société Novaxia développement et autres*, consid. 12.

[21] Pour une illustration, l'arrêt d'assemblée plénière du 15 avr. 2011, n° 10-17.049, a reconnu l'inconventionnalité du régime de la garde à vue de l'époque, et en a donc déduit que l'application de ces dispositions devaient être immédiatement écartées et ce alors même que la Conseil constitutionnel avait reporté l'abrogation de ces mêmes dispositions à une date ultérieure.

[22] Cons. Const., 4 novembre 2016, n°2016-594, *Mme Sylvie T.*, consid. 5.
