

**DELIT D'INITIE ET MANQUEMENT D'INITIE :
LES SANCTIONS NE PEUVENT PAS SE CUMULER**

**À propos de la décision 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC
rendue le 18 mars 2015 par le Conseil constitutionnel**

Chronique à paraître dans la *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, mai 2015 (RJDA 5/15)

1. La création, par l'ordonnance du 28 septembre 1967, de la Commission des opérations de bourse (COB), s'est accompagnée de l'adoption d'une législation pénale destinée à réprimer les atteintes à la transparence des marchés. Ainsi, la loi 70-1208 du 23 décembre 1970 a-t-elle complété l'ordonnance par une disposition incriminant ce qu'il est convenu d'appeler le "délit d'initié".

Après avoir été plusieurs fois modifiée, cette disposition est devenue l'article L 465-1 du Code monétaire et financier. Celui-ci a également connu des versions successives dont la dernière résulte de la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires.

Tel qu'il était rédigé à la suite de la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation pour l'économie, l'article L 465-1 réprimait le fait, pour une personne possédant des "informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations". Compte tenu de la date des circonstances qui étaient à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel, c'est le texte précité qui était en jeu.

2. Parallèlement, la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, qui a institué l'Autorité des marchés financiers (AMF), a introduit dans le Code monétaire et financier un article L 621-15 dont le paragraphe II définit les manquements susceptibles d'être réprimés par la commission des sanctions de l'Autorité. Dans sa rédaction issue de la LME du 4 août 2008, cet article vise à deux reprises toute personne qui "s'est livrée ou a tenté de se livrer à une opération d'initié" (art. L 621-15, II, c et d). Les sanctions pécuniaires applicables au "manquement d'initié" sont fixées par le paragraphe III du même article.
3. Dès lors qu'une même personne peut se voir reprocher des faits qui sont, à la fois, susceptibles de constituer un délit d'initié et un manquement d'initié, il était inévitable que se pose la question de savoir si l'intéressé devait, en conséquence, être exposé à l'exercice de deux actions répressives, l'une devant le juge pénal, l'autre devant la commission des sanctions de l'AMF, et si, de la même façon, il était passible tant d'une sanction pénale que d'une sanction administrative. En d'autres termes, une telle situation est-elle compatible avec la règle "non bis in idem" et le principe de non-cumul des peines, lequel, sans se confondre avec la règle précédente, n'en est pas moins le corollaire ? À cette question, les juridictions nationales ont initialement fourni des réponses affirmatives.
4. La Cour de cassation a, d'abord, pris position au regard du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 4, 1 du protocole spécifie 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 (...)" . Mais la ratification du protocole par le Gouvernement français, en 1988, fut assortie d'une réserve aux termes de laquelle "seules les infractions relevant (...) de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent protocole (...)" .

La Cour de cassation en a déduit que les stipulations du protocole n° 7 ne pouvaient pas faire obstacle à la dualité des répressions pénales et administratives, notamment dans l'hypothèse d'un manquement à la réglementation boursière¹. Elle a confirmé cette solution dans des espèces plus récentes où était précisément en cause l'article L 615-1 du Code monétaire et financier².

5. Saisie en 2010 d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) suscitée par le même sujet, la Haute Juridiction judiciaire a refusé de la renvoyer au Conseil constitutionnel³. Quelques jours plus tard, le Conseil d'État a également opposé un refus identique pour une QPC similaire⁴.

Les deux Cours suprêmes suivaient alors la jurisprudence constitutionnelle dégagée à propos de l'attribution à la COB d'un pouvoir de sanction par la future loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier⁵. Tout en énonçant que "le principe selon lequel une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait (...) ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives", le juge constitutionnel avait néanmoins assorti cette affirmation d'une réserve d'interprétation : "si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul des sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues"⁶.

6. C'est donc au terme d'une évolution incontestable que la chambre criminelle s'est finalement résolue, par deux arrêts se rapportant à la même affaire⁷, puis, par un troisième arrêt concernant une autre espèce⁸, à soumettre au Conseil constitutionnel la question du cumul des poursuites et des sanctions, administratives et pénales, en matière de répression d'abus de marché.

Dans chacun des cas, plusieurs personnes avaient été renvoyées devant le tribunal correctionnel de Paris pour des faits qualifiés de délit d'initié, tandis que l'AMF avait ouvert à leur encontre, une procédure de sanction pour des faits qualifiés de manquement d'initié.

Les QPC, soulevées en première instance, étaient dirigées contre de nombreuses dispositions du Code monétaire et financier, spécialement les articles L 465-1 et L 615-1, mais également d'autres articles destinés à assurer une coordination entre la répression pénale et la répression administrative. Elles se fondaient, pour l'essentiel, sur une méconnaissance du principe de nécessité des délits et des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789, ainsi que, plus particulièrement, sur une atteinte à la règle "non bis in idem".

¹ Cass. crim. 1^{er}-3-2000 n° 99-86.299 : RJDA 11/00 n° 996.

² Cass. com. 8-2-2011 n° 10-10.965 : RJDA 6/11 n° 546 ; Cass. crim. 22-1-2014 n° 12-83.579 : RJDA 7/14 n° 639.

³ Cass. QPC 8-7-2010 n° 09-71.252 : RJDA 11/10 n° 1093, 1^{er} espèce.

⁴ CE 16-7-2010 n° 321056 : RJDA 3/11 n° 248.

⁵ Cons. const. 28-7-1989 n° 89-200 DC, cons. 16 et 22 : Rec. p. 71.

⁶ Voir aussi, dans le même sens, Cons. const. 30-12-1997 n° 97-395 DC, cons. 41 : Rec. p. 333 ; Cons. const. 27-9-2013 n° 2013-341 QPC, cons. 8 : JO 1-10-2013 p. 1604.

⁷ Cons. crim. QPC 17-12-2014 n° 14-90.042 et n° 14-90.043 : RJDA 1/15 n° 196.

⁸ Cass. crim. QPC 28-1-2015 n° 14-90.049.

7. Il semble que le changement d'attitude de la Cour de cassation ait été déterminé par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait eu à connaître de la conformité au protocole additionnel n° 7, d'une condamnation prononcée par l'autorité des marchés italienne (CONSOB) à raison de faits ayant aussi provoqué des poursuites pénales⁹. La Cour avait, à cette occasion, écarté comme "trop générale" la réserve émise par le Gouvernement italien à l'occasion de la ratification du Protocole. Or, cette réserve, qui limitait au droit pénal l'application de la règle "non bis", était similaire à la déclaration souscrite en 1988 par la France. Les solutions précédemment retenues en 2000 et 2014 par la Chambre criminelle et en 2011 par la Chambre commerciale ne paraissaient donc plus d'actualité.
8. Quoiqu'il en soit, par son importante décision du 18 mars 2015, ponctuée de 36 "considérants", le Conseil constitutionnel a censuré l'article L 465-1 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction résultant de la loi du 26 juillet 2005, ainsi que les dispositions de l'article L 621-15, dans la mesure où elles réfèrent à un manquement d'initié. Le même sort a été réservé, en tout ou partie, aux articles de coordination.

La tâche du juge constitutionnel n'était pas facile. De nombreuses observations ont été déposées par les auteurs des QPC, ainsi que par les intervenants à l'instance. De plus, les dispositions concernées ayant subi de multiples évolutions, l'identification de celles qui étaient applicables au litige et que le Conseil devait donc examiner, s'est avérée fort délicate¹⁰.

9. L'intérêt principal de la décision du 18 mars 2015 vient de ce qu'elle fait bénéficier les requérants d'une conception renouvelée de la règle "non bis in idem". Cette conception s'était déjà exprimée dans deux décisions précédentes¹¹. Elle est réaffirmée au cas d'espèce.

Après avoir rappelé que le principe de nécessité des délits et des peines, garanti par l'article 8 de la Déclaration de 1789, ne s'applique pas seulement en matière pénale, mais s'étend aussi à "toute sanction ayant le caractère de punition", c'est-à-dire en matière administrative¹², le Conseil constitutionnel a complété sa jurisprudence antérieure en énonçant que ce principe "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"¹³.

10. De cette formulation, quelque peu complexe, de la règle « non bis », le Conseil constitutionnel a déduit que le législateur pouvait valablement prévoir que les "mêmes faits" donneraient lieu à une double poursuite à partir du moment où l'une des quatre conditions suivantes se trouve réalisée : soit que les "mêmes faits" ne sont pas qualifiés de façon identique, soit que la répression pénale et la répression administrative ne protègent pas les mêmes "intérêts sociaux", soit que les sanctions encourues sont de nature différentes, soit, encore, que les poursuites et les sanctions ne relèvent pas du même ordre de juridiction.

Le juge constitutionnel devait donc se fonder sur cette grille d'analyse pour rechercher si une comparaison entre les articles L 465-1 et L 621-15 du Code monétaire et financier faisait, ou non, apparaître que l'un, au moins, de ces quatre éléments de différenciation devait être retenu au cas présent. La décision du 18 mars 2015 relève, au contraire, qu'aucune des conditions énumérées ci-dessus n'était satisfaite. Elle affirme, en conséquence, que les sanctions relatives au délit et au manquement d'initié « ne peuvent être regardées comme de nature différente en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction »¹⁴.

⁹ CEDH 4-3-2014 n° 18640/10, Grande Stevens et a. c/ Italie : RJDA 7/14 n° 638.

¹⁰ La décision consacre d'ailleurs des développements particuliers à ce problème (cons. 3 à 5).

¹¹ Cons. const. 17-1-2013 n° 2012-289 QPC, M. Laurent L., cons. 3 : JO 18-1-2013 p. 1294 ; Cons. const. 24-10-2014 n° 2014-423 QPC, M. Stéphane B. et a., cons. 35 : JO 26-10-2014 p. 17776.

¹² Voir notamment, Cass. const. 28-7-1989, préc.

¹³ Cons. 19.

¹⁴ Cons. 28.

11. À vrai dire, il n'est guère douteux, comme le démontre le Conseil constitutionnel, que les qualifications figurant sous les articles L 465-1 et L 621-5 sont similaires¹⁵, tandis que les deux séries de dispositions tendent à protéger les mêmes "intérêts sociaux"¹⁶. En revanche, l'appréciation à laquelle le juge constitutionnel se livre des deux dernières conditions, apparaît un peu plus discutable.

Dès lors que, seul, le délit d'initié est passible d'une peine d'emprisonnement, n'est-il pas difficile d'affirmer que les sanctions, pénales et administratives, "ne sont pas de nature différente" ?¹⁷

Par ailleurs, le Conseil admet, lui-même, qu'en la matière, la compétence n'appartient pas exclusivement à l'ordre judiciaire¹⁸. Il mentionne expressément l'article L 621-30 du Code monétaire et financier, qui, en confiant à la juridiction judiciaire le soin de statuer sur les "recours formés contre les décisions individuelles" de l'AMF, exception faite des décisions concernant les professionnels énumérés au II de l'article L 621-9 (prestataires de services d'investissement, membre des marchés réglementés, entreprises de marché, etc.), a, en réalité, dévolu au juge administratif une part importante du contentieux des sanctions pécuniaires prononcées par l'AMF.

12. La décision commentée marque, sans aucun doute, un progrès de l'État de droit. Elle est à rapprocher des évolutions jurisprudentielles récentes, par lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹ a manifesté son souci d'assurer une protection plus efficace de la règle "non bis".

On ajoutera que le Conseil constitutionnel a prononcé, avec un effet différé, l'abrogation de l'article L 465-1 du Code monétaire et financier, ainsi que des autres dispositions jugées contraires à la Constitution. Ces textes resteront en vigueur jusqu'au 31 août 2016. Le délai ainsi fixé devrait, notamment, permettre aux pouvoirs publics d'effectuer les modifications propres à rendre la législation actuelle conforme aux exigences formulées par la décision du 18 mars 2015.

Roland Vandermeeren, conseiller d'Etat (h), avocat au barreau de Paris, *Senior Counsel* de Gide

¹⁵ Cons. 22.

¹⁶ Cons. 25.

¹⁷ Cons. 26.

¹⁸ Cons. 27.

¹⁹ CEDH 10-2-2009 n° 14939/03, Zoloutoukhine c/ Russie ; CEDH 4-3-2014, préc. ; CEDH 27-11-2014 n° 7356/10, Lucky Dev. c/ Suède.