

RSC

RSC 2009 p. 113**Le rapport Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaires 📅(1)****Frédéric Stasiak, Agrégé des facultés de droit, Professeur à Nancy Université****L'essentiel**

Pour l'année 2008, cette chronique, qui succède à celle précédemment tenue par Jacqueline Riffault-Silk, tiendra sans doute davantage de la chronique « d'humeur » à l'égard des positions respectivement prises par le rapport Coulon, la jurisprudence judiciaire et administrative ainsi que par le législateur dans le domaine du droit répressif boursier.

Les propositions relatives à la répression boursière ont déjà été largement commentées et critiquées 📅(2). Quelques remarques, certainement redondantes, seront formulées à propos du cumul des procédures pénale et administrative, de l'instauration d'une procédure de type transactionnel au profit de l'AMF et de la mise en place de deux assesseurs supplémentaires destinés à « professionnaliser » la juridiction judiciaire.

Le cumul des procédures pénale et administrative (rapport p. 65 s.)

Il s'agit d'un problème récurrent depuis que la loi n° 89-531 du 2 août 1989 a octroyé à l'autorité administrative de régulation le pouvoir de sanctionner les manquements à ses règlements tout en maintenant la compétence du juge pénal pour les délits boursiers. Des faits identiques commis par une même personne peuvent dès lors donner lieu à un cumul de poursuites susceptible d'aboutir à un cumul de sanctions pénales et administratives. Conscient de la situation, le Conseil constitutionnel avait validé le dispositif sous réserve d'une limitation du cumul des différentes sanctions imposée par le principe de proportionnalité (décis. 89-260 DC, 28 juill. 1989, Rec. Cons. const., p. 71). A l'heure actuelle, la définition des abus de marché figurant dans le règlement général de l'AMF (art. 611-1 s.) est aussi, voire plus, étendue que celle des délits boursiers du code monétaire et financier (art. L. 465-1 et L. 465-2) . Il apparaît alors difficilement compréhensible que « Nombre d'intervenants se soient prononcés en faveur d'une architecture confiant au seul juge pénal les cas d'abus de marché les plus graves, la commission des sanctions restant compétente pour la répression de tous les manquements à son règlement général » (rapport, p. 66).

Suite à la décision précitée du Conseil constitutionnel, le législateur inséra dans le code monétaire et financier une disposition permettant au juge pénal d'imputer sur le montant de l'amende qu'il prononce celui de la sanction définitive retenue par l'AMF (actuel art. L. 621-16). Le système ainsi mis en place a inéluctablement affaibli la position du juge pénal. D'une part en effet, l'AMF dispose d'une capacité de réaction sans commune mesure avec celle du juge répressif : le délai de réponse pénale est d'environ quatre-vingt-dix mois pour le délit d'initié, ce qui constitue le chiffre le plus élevé de toutes les infractions d'affaires et s'avère dix fois supérieur au délai de réponse pénale en matière correctionnelle, tous contentieux confondus 📅(3), alors qu'une procédure administrative de sanction dure deux ans et demi en moyenne 📅(4).


D'autre part, le montant de la sanction pécuniaire administrative est équivalent, voire parfois supérieur, à celui de l'amende pénale : c'est le cas, par exemple, pour la communication d'une information privilégiée (comp. : art. L. 465-1 C. mon. et fin. ; art. 622-1, 1° Règlement général AMF ; art. L. 621-15, III, c, C. mon. et fin.).

Aussi, le plus souvent, ne reste-t-il plus grand-chose à imputer au juge pénal. Mais ce dernier est en partie responsable de la subsidiarité de son rôle en droit boursier dans la mesure où, contrairement aux juges des pays de *common law*, il hésite à prononcer la seule sanction dont il possède le monopole en la matière : l'emprisonnement. Aussi peut-on s'étonner que le rapport Coulon suggère « de fixer pour le


délit d'initié le montant de la peine d'emprisonnement à trois ans, au lieu de deux actuellement » (p. 57).

La situation s'est aggravée avec l'article 160 de la loi du 4 août 2008 (V. *infra*) qui modifie l'article L. 621-15, III, a et c du code monétaire et financier. Désormais, les sanctions encourues devant l'AMF sont portées à dix millions d'euros en l'absence de bénéfices éventuellement réalisés alors que, dans la même situation, le montant maximum de l'amende pénale est toujours de 150 000 ou 1,5 million d'euros selon les cas (V. art. L. 465-1 et L. 465-2 C. mon. et fin.).

Ceci explique peut-être en partie le refus de la Chambre criminelle de la Cour de cassation d'admettre la règle *non bis in idem* en matière boursière (V. *infra*), car l'admission de celle-ci reviendrait pratiquement à exclure la compétence du juge répressif, qui est le dernier saisi.

En substance, les propositions du rapport Coulon (p. 67) sont les suivantes : l'AMF devrait dénoncer au parquet les faits susceptibles de recevoir une qualification pénale, avant même la notification des griefs ; les enquêtes pénale et administrative devraient être conduites en parallèle sous l'égide du parquet, avec échanges d'informations et demandes d'avis ; à l'issue de l'enquête pénale et après avis de l'AMF, le parquet aurait la possibilité de renvoyer la procédure à l'AMF mais, en l'absence de sanction administrative, le parquet pourrait mettre en mouvement l'action publique. Autrement dit, la réduction de la durée de la procédure pénale passerait par l'augmentation de la durée de la procédure administrative. Or déshabiller l'un pour habiller l'autre ne peut être une bonne solution. Les propositions du rapport Coulon tentent de mieux articuler les procédures pénale et administrative, ce qui est louable, mais le mieux ne serait-il pas de supprimer purement et simplement ce cumul répressif, soit en répartissant clairement les compétences respectives de l'AMF et du juge pénal, soit en supprimant l'une des deux procédures  (5). Dans cette dernière hypothèse, il conviendrait peut-être de ne conserver que la procédure administrative mais à la seule et unique condition de repenser la composition de la Commission des sanctions de l'AMF, surtout si un mécanisme transactionnel est envisagé.

La mise en place d'un « mécanisme transactionnel » (rapport, p. 75)

Il s'agit de la reprise d'une suggestion déjà formulée par l'AMF dans son Rapport 2004. Toutefois, afin d'inciter les auteurs de manquements à transiger, l'AMF proposait également de relever de façon conséquente le montant des sanctions administratives. Sur ce second point, l'AMF vient d'être entendue par le législateur du 4 août 2008 qui a porté à dix millions d'euros le montant de la sanction pécuniaire encourue devant l'AMF en l'absence de bénéfices réalisés (V. *infra*). Dans ces conditions, la mise en place prochaine d'un mécanisme transactionnel devant l'AMF ne saurait tarder. En soi, le principe n'a rien de choquant puisque le Conseil de la concurrence connaît déjà une procédure de clémence (art. L. 464-2, III C. com.) et même une transaction qui, à l'égard de certaines contraventions et de certains délits non punis d'une peine d'emprisonnement, éteint l'action publique (art. L. 470-4-1 C. com.). Mais en droit boursier, outre le fait que les modalités varient d'une proposition à l'autre, deux problèmes spécifiques se posent. Le premier réside dans les conséquences d'un tel mécanisme sur l'action publique puisque d'une part, délits et manquements possèdent des éléments constitutifs très proches, sinon identiques  (6) et, d'autre part, les délits boursiers sont punis d'une peine d'emprisonnement.

Le second problème vient des nombreuses annulations de procédures de sanction de l'AMF pour violation du principe d'impartialité ce qu'a d'ailleurs relevé le Rapport Coulon (p. 65) : « les critiques formulées à l'encontre de la commission des sanctions sont nombreuses et ont donné lieu à un contentieux nourri devant le Conseil d'État qui a annulé des décisions de sanctions de l'AMF pour défaut d'impartialité d'un membre de la Commission des sanctions [...]. Elles ont d'ailleurs conduit le législateur à adopter une procédure de récusation devant la Commission des sanctions à l'occasion du vote de la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007 » (V. actuel art. L. 621-15, III, *bis* C. mon. et fin.).

La culture du milieu des affaires paraît davantage être celle du réseau alors que la culture du monde judiciaire est plus empreinte d'indépendance et d'impartialité. Le rapport Coulon (p. 65) signalait que le défaut d'impartialité d'un membre de la commission des sanctions provenait soit d'une relation d'affaires, soit d'un litige, soit d'une situation de concurrence avec les sociétés mises en cause. Faut-il en conclure que, par sa composition, l'AMF, ou plus spécialement sa commission des sanctions, entretiendrait une relation « incestuelle » avec la sphère financière ?

« Jugement par ses pairs, source d'impairs » aurait pu écrire Loysel dans ses « Institutes coutumières »...

Même la puissante Securitie of Exchanges Commission (SEC), qui avait pourtant servi de modèle à la COB, semble connaître de semblables difficultés 📅(7).

Une telle situation ne peut que laisser sceptique sur la façon dont l'AMF pourrait user d'une procédure transactionnelle qui, de l'aveu même du Rapport Coulon, se caractérise par sa rapidité et sa confidentialité (rapport, p. 72). Quant à l'homologation judiciaire de l'accord transactionnel (rapport, p. 75), la préconisation est bonne mais le juge de l'homologation aura-t-il le temps et la formation suffisante pour apprécier le bien-fondé d'un tel accord.

Bien que sa procédure de sanction soit encadrée par des garanties procédurales proches de celles du droit pénal, l'AMF travaille plus efficacement que le juge répressif (temps de réaction, délai des procédures...). Il lui manque cependant une indispensable culture judiciaire, dès lors que son pouvoir de sanction n'est pas cantonné aux seuls professionnels des marchés financiers, mais s'étend à « toute personne physique ou morale ou toute entité » (art. 611-1, Règl. Gén. AMF). De fait, certains parlementaires s'interrogent actuellement sur la façon d'améliorer le contrôle démocratique des autorités dites administratives indépendantes considérées, à tort ou raison, comme souvent coûteuses à mettre en place 📅(8) et parfois sensibles au lobbying. Mais la situation actuelle, qui permet de poursuivre deux fois une même personne pour les mêmes faits, n'est-elle pas plus coûteuse encore ? Et ne pourrait-on pas atténuer les influences extérieures en rendant les magistrats majoritaires au sein de la commission des sanctions de l'AMF ?

Dans l'affirmative, il conviendrait d'envisager une « judiciarisation » de cette commission des sanctions, plutôt qu'une « professionnalisation » des juridictions judiciaires qui ne disposent pas de l'autonomie financière (comp., pour l'AMF, art. L. 621-5-2 s. C. mon. et fin. ; art. 32 s. décret n° 2003-1109, 21 nov. 2003) et n'interviennent que très ponctuellement en matière boursière.

La commission des sanctions de l'AMF comprend actuellement douze membres dont quatre magistrats (deux conseillers d'État, deux conseillers à la Cour de cassation), six personnalités qualifiées et deux représentants des salariés de différentes entreprises intervenant sur le marché, le collège n'étant guère mieux pourvu en représentants du monde judiciaire (V. art. L. 621-2 C. mon. et fin.).

Ce ratio magistrats/non magistrats devait être comparé avec celui du Conseil de la concurrence qui comprenait dix-sept membres dont huit magistrats ou anciens magistrats, ces derniers occupant d'ailleurs trois des quatre postes de président et vice-présidents. Mais la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a modifié cette répartition : désormais l'article L. 461-1 du code de commerce prévoit que la nouvelle Autorité de la concurrence se compose toujours de dix-sept membres mais avec seulement six magistrats ou anciens magistrats ; « le président est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridiques et économiques » (art. L. 461-1, II, C. com.) et les quatre vice-présidents sont désignés parmi les membres du collège, dont au moins deux parmi les personnalités ne relevant pas de la magistrature (art. L. 461-1, II, *in fine* C. com.). Théoriquement, il pourrait donc n'y avoir aucun magistrat ou ancien magistrat aux postes de président et de vice-présidents de l'Autorité de la concurrence.

Notre précédente suggestion d'accroître le nombre de magistrats au sein de l'AMF n'est donc manifestement pas dans l'air du temps : les juges n'auraient-ils plus la cote ?

La professionnalisation des magistrats de l'ordre judiciaire

Le Rapport préconise la modification de la composition des juridictions répressives par « une adjonction à la formation collégiale, aussi bien en première instance qu'en appel, de deux assesseurs supplémentaires, désignés par arrêté conjoint des ministres de l'Économie et des finances et de la Justice, à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que de leur expérience en matière d'appel public à l'épargne et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers » (Rapport, p. 68). Il s'agit sans doute, en l'état, de la proposition la moins aboutie du rapport Coulon. Il a été justement remarqué qu'il y avait quelque incohérence à « cantonner l'échevinage à la cour d'appel [et au tribunal correctionnel] de Paris [d'autant plus] que cette juridiction à compétence pour connaître des sanctions prononcées contre des « non-professionnels », tandis que le Conseil d'État est compétent pour connaître des recours contre les sanctions prononcées contre des « professionnels ». Les « professionnels seraient donc d'un côté appelés à juger des « non-professionnels » et, de l'autre côté, des « professionnels » à l'être par une juridiction exclusivement composée de magistrats » 📅(9).

Mots clés :**GENERALITES** * Droit pénal * Droit pénal des affaires * Dépénalisation * Rapport Coulon

- (1) La Documentation française, rapports officiels, 2008 ;
<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000090/0000.pdf>.
- (2) V. not. : C. Arsouze, *Réflexions sur les propositions du rapport Coulon concernant le pouvoir de sanction de l'AMF*, Bull. Joly Bourse, mai-juin 2008, p. 246 s. et les références citées.
- (3) F. Stasiak, *Non bis in idem* et droit pénal boursier, in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Cujas, 2002, p. 339.
- (4) J.-M. Naulot, *Délits financiers : un regrettable pataquès*, Le Monde, 8 avr. 2008.
- (5) V. F. Stasiak, *Non bis in idem* et droit pénal boursier, préc.
- (6) V. F. Stasiak, *Délit et manquement boursier*, Rép. sociétés, sept. 2007.
- (7) Le Monde, 19 déc. 2008, p. 14, L'enquête démontre l'extraordinaire laxisme de la SEC, le « gendarme » de Wall Street.
- (8) V. l'arrêté du 19 janv. 2009 (JO n° 0038 du 14 févr. 2009, p. 2690) « rétablissant » l'arrêté du 15 juill. 2004 (JO n° 186 du 12 août 2004, p. 14399) qui fixait à 220 000 € le montant de l'indemnité de fonction du président de l'Autorité des marchés financiers.
- (9) C. Arsouze, préc. p. 253.