

QUI DOIT ÊTRE LE JUGE DES ABUS DE MARCHÉ ?



*par Christophe Clerc, Avocat Associé,
Pinsent Masons*

Le Parlement est en train de débattre de la procédure de répression des abus de biens sociaux. Si le débat peut paraître technique, sa portée symbolique est importante et ses enjeux pratiques non négligeables. Il s'agit de savoir qui, de l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou de la justice pénale, sera compétent pour poursuivre et réprimer les abus de marché.

Traditionnellement, deux voies étaient ouvertes : l'AMF se chargeait des manquements, qui donnaient lieu à sanctions pécuniaires, et la justice pénale des délits boursiers, passibles de peines d'amende et d'emprisonnement. Mais après une longue saga judiciaire, sur laquelle il n'est pas nécessaire de revenir ici, il est devenu clair que le cumul des poursuites sur le double fondement du manquement et du délit n'étaient pas possible sans violer la règle "non bis in idem". Pour chaque affaire, il conviendra donc que ce soit ou l'AMF, ou la justice pénale, qui soit compétente.

La première question qui se pose est celle de savoir s'il convient de transférer tout le contentieux à l'une ou à l'autre de ces institutions, ou de procéder au cas par cas. La pre-

mière solution a l'avantage de la simplicité que confère le recours à un bloc de compétence unique. Mais elle présente l'inconvénient de devoir choisir entre deux excellents candidats : l'AMF et la justice pénale. Or les deux institutions présentent des avantages et des inconvénients :

- Du point de vue de la célérité des décisions prises, les deux institutions sont très proches : il s'écoule un peu plus de trente mois dans les deux cas entre l'ouverture de l'enquête et la décision de sanction.
- S'agissant de la sévérité théorique, le juge pénal est mieux placé, étant seul habilité à prononcer des peines d'emprisonnement. Toutefois, force est de constater qu'aucune peine de prison ferme n'a jamais été prononcée et que les peines d'emprisonnement assorties d'un sursis, qui concernent 60 % environ des dossiers, demeurent en moyenne très modérées (9 mois). Nous sommes loin de la sévérité américaine, où des peines de dix à vingt ans peuvent être prononcées.
- Concernant la sévérité des sanctions pécuniaires, l'AMF a fait preuve d'une plus grande fermeté : la

sanction moyenne est d'un million d'euros contre 166 000 pour les amendes pénales.

■ On notera enfin que l'expérience montre que la justice pénale ne s'intéresse réellement qu'à un petit nombre de dossiers traités par l'AMF : 73 % des procédures transmises par l'AMF au Parquet ont été jusqu'à présent classées sans suite. Sur le solde, 6 % ont conduit à un non lieu, 3 % à une relaxe et 17 % à une condamnation pénale.

Il semble donc inopportun d'écarter de la répression l'AMF, en raison de son incontestable compétence et de son expérience. De même, écarter la justice pénale ne serait pas non plus souhaitable, car elle est seule capable de prononcer des peines d'emprisonnement, qui restent un instrument utile dans l'arsenal de la dissuasion. En toute hypothèse, le droit européen fait obligation aux États Membres de prévoir des sanctions pénales pour les abus de marché. Dans ce contexte, c'est donc tout naturellement que, avec le consentement de toutes les institutions concernées, une solution au cas par cas a été élaborée. C'est au demeurant la solution retenue par d'autres grandes places financières, comme le Royaume-Uni.

C'est alors une seconde question qui se pose : comment articuler ces deux compétences ? La répartition du contentieux entre les deux institutions peut en théorie se faire selon deux approches.

La première solution consiste à choisir un critère fixe : par exemple, les affaires les moins graves a priori reviendraient à l'AMF, qui ne peut prononcer de sanctions d'emprisonnement, les plus graves relevant du droit pénal ; ou les plus complexes seraient confiées à l'AMF, mieux outillée pour les traiter. La détermination précise de ces critères pose toutefois la question de leur pertinence à appréhender correctement tous les cas de figure ; or une catégorisation juridique rigide ouvrirait un droit à contester la compétence de l'institution répressive sur la base d'une mauvaise interprétation des critères. En outre, une affaire dont le montant en jeu serait petit pourrait apparaître particulièrement grave dans le contexte où elle intervient et justifier ainsi de l'intervention du juge pénal. Ce serait par exemple le cas d'un abus de marché commis sciemment par un dirigeant de grande société, mais dont l'enjeu serait en définitive faible.

C'est ainsi qu'a été retenue la seconde solution, celle d'une répartition ad hoc des affaires, complétée par un

principe de coopération entre les deux institutions concernées.

Le régime en tient pour l'essentiel en quatre principes :

■ L'AMF et le Parquet national financier se concertent pour définir qui traitera le dossier. La question est évidemment de savoir quelle doctrine ils élaboreront conjointement sur ce point. La phase de concertation devrait être au maximum de deux mois et quinze jours. Au Royaume-Uni comme aux Pays-Bas, des protocoles communs permettent d'assurer la cohérence des choix effectués.

■ En cas de désaccord entre les deux institutions, le procureur général près la cour d'appel de Paris se verra confier un rôle d'arbitre. Symboliquement, ce choix a une triple portée : le Parquet représente le mieux une certaine vision de la puissance régaliennne de l'Etat, ce qui peut être interprété comme la prééminence d'une vision démocratique sur une conception technocratique de la répression ; mais, dans le même mouvement, ce choix maintient une dimension politique dans la décision de poursuite, puisque le Parquet demeure subordonné au pouvoir, ce qui n'est pas le cas de l'AMF ; enfin, c'est un choix qui affirme une volonté de fermeté dans la répression, puisque l'instance potentiellement la plus répressive – la justice pénale – ne pourra jamais être écartée a priori.

■ Un principe de coopération entre les institutions est ajouté. Celui-ci est en pratique la clef de la réforme : il faut qu'en toute hypothèse l'ensemble des compétences disponibles soient mises au service du meilleur traitement des dossiers. Or, trop souvent, cette coopération n'intervenait jusqu'à présent que de façon tardive ; c'est une coopération permanente que demande désormais le législateur.

■ Enfin, le régime des plaintes avec constitution de partie civile est réformé pour qu'un particulier ne puisse mettre en échec la nouvelle architecture. Cela correspond certes à une réduction des prérogatives individuelles du justiciable ; mais cela apparaît indispensable au maintien de la cohérence du nouveau système.

Le dispositif nouveau apparaît ainsi cohérent avec les besoins de la répression et le meilleur usage des compétences de chacun. Mais c'est à l'usage que l'on pourra finalement évaluer ses véritables mérites.