

DROIT DE LA RÉGULATION

VERS UNE CONFORMITÉ AU DROIT EUROPÉEN



Marie-Anne
Frison-Roche

Professeur
des universités
Sciences Po (Paris)

Directeur, éditeur
et rédacteur en chef
The Journal
of Regulation (JR)

La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 impose au Parlement de modifier la loi avant le 1^{er} septembre 2016 : il est désormais anticonstitutionnel de cumuler sanctions administratives et pénales. L'arrêt *Grande Stevens*, dont la portée réelle faisait l'objet d'âpres débats en France, n'est plus un sujet.

INTERVIEW

■ Un membre du conseil d'État a minimisé la portée de l'arrêt *Grande Stevens* lors de son audition devant le Sénat^[1]. Partagez-vous son analyse ?

M. Sauron a dit – et c'est vrai – qu'il ne faut pas avoir peur à ce point des arrêts de la CEDH. Certes, à lire cet arrêt, on mesure que sa portée dépasse le seul secteur financier, pour atteindre tous les secteurs soumis à la fois par

des sanctions administratives et des sanctions pénales – par exemple, pour ne citer que lui, le secteur de l'électricité. Mais l'arrêt ne vise que l'Italie et non la France ; sa portée est donc à mesurer au cas par cas par les États, lesquels doivent tout de même apprécier la conformité de leur droit aux principes édictés par la CEDH.

En outre, la mécanique juridique de la Convention européenne des droits de l'homme est très complexe ; et les procédures de sanction très longues : une à deux années peuvent s'écouler avant que le comité administratif ne se prononce sur la remise en conformité du système juridique d'un État. C'est une procédure qui relève autant de la diplomatie que du droit.

■ Si l'arrêt *Grande Stevens* a une portée casuistique, pourquoi s'inquiéter ?

Parce que les décisions de l'autre Cour européenne qu'est la CJUE ont une portée plus contraignante. L'arrêt de la CJUE du 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, bien que rendu en matière de sanctions fiscales, rend ce risque tangible. La CEDH peut ainsi être confortée par d'autres juridictions, par exemple le Conseil constitutionnel.

■ La Commission des sanctions de l'ACPR considère n'être pas réellement concernée par cet arrêt...

Pourtant, l'arrêt UBS rendu par le Conseil d'État le 5 novembre 2014 va effectivement dans ce sens, mais l'on peut s'en étonner. En effet, UBS avait une QPC fondée construite sur le reproche d'une double poursuite sur la voie pénale et sur la voie de la répression administrative. Le Conseil d'État, au lieu de transmettre cette QPC au Conseil constitutionnel pour que celui-ci apprécie la conformité (ou non) à la Constitution d'un tel dispositif, a estimé qu'il convenait de ne pas transmettre, puisqu'il avait réponse à la ques-

[1] Audition à l'initiative de la Commission des finances du Sénat du 28 janvier 2015 : « Pouvoirs de sanction des régulateurs financiers ».



tion, en l'espèce la conformité d'un tel état du droit à la Constitution. C'est un usage abusif de la fonction de filtrage, qui transforme le Conseil d'État en juge constitutionnel. Ce n'est pas à lui de statuer en lieu et place du Conseil constitutionnel.

■ La Commission des sanctions voit-elle la décision du conseil d'État comme une protection ?

Pensez-vous que la lecture de l'arrêt UBS va satisfaire les cours européennes ? Pensez-vous que le Conseil constitutionnel continue d'apprécier qu'on estime que les questions ne se posent pas dès l'instant qu'on pense y avoir réponse ? Le droit français n'a pas prévu un contrôle constitutionnel diffus, mais un contrôle de constitutionnalité entre les mains du Conseil constitutionnel. Un jour, le Conseil constitutionnel a fait entendre sa prévalence. On peut considérer que par l'arrêt dit EADS du 18 mars 2015, il vient de le faire avec éclat, en posant que la sanction pénale et la sanction administrative ont une finalité identique. On peut penser que l'Europe va nous donner une leçon de la même ampleur, obligeant à des réformes dans l'urgence, comme le provoqua l'arrêt Dubus du 23 juin 2009, ayant sanctionné l'organisation de la Commission pour violation de l'impartialité objective. Dans cette bataille d'arrêts et de décisions, c'est l'État qui est perdu, alors qu'il aurait fallu penser au calme les réformes. Ainsi, la non-conformité de l'ARCEP[2] à l'impartialité objective était notoire, mais le gouvernement préféra attendre la décision du Conseil constitutionnel du 5 juillet 2013, Numéricable, pour imposer la réforme et le régulateur s'est retrouvé un temps sans pouvoir de sanction. « Encore un instant, Monsieur le Bourreau... »

Il serait plus efficace de réformer « à froid » et de ne pas monter ainsi les juges contre les autres, ce qui conduit au bout du compte à l'affaiblissement des régulateurs et à la perte de confiance des opérateurs dans le système public de régulation.

■ Le régulateur pouvait jusqu'à présent se juger à l'abri de ces préoccupations, au motif que leurs procédures reposent sur des défauts de contrôle interne, tandis que les poursuites au pénal concernent des faits de fraude fiscale.

Vous utilisez le terme de « préoccupations », alors que ce sont les principes fondamentaux qui sont en jeu : la procédure est le fondement de l'État de droit. Les régulateurs ont parfois le sentiment d'être légitimes du seul fait qu'ils sont efficaces et cherchent le bien public, mais les juges ont dans leur ADN la protection des droits de la défense, du contradictoire, de la présomption d'inno-

« La portée de la décision EADS est considérable : pour la première fois, le Conseil cesse de dire qu'il existe per se une différence de nature entre la sanction administrative et la sanction pénale. »

cence, de l'impartialité, même si cela constitue autant de grains d'inefficacité dans la machine. En outre, la procédure, comme le droit de la régulation, plonge à travers les distinctions formelle, et va directement à l'essentiel : la protection de la personne menacée par la décision que l'Autorité va prendre. En cela, cet « archaïsme » fait la puissance du droit économique processuel.

Je pense que le gouvernement a tort de s'endormir sur des distinctions juridiques formelles, car vont venir des décisions juridictionnelles qui finiront par dire simplement que la répression a une unité, et que cette unité a pour source les garanties des personnes qui sont sanctionnées.

La situation actuelle, où chacun invoque des distinctions toujours plus byzantines pour échapper aux grands principes fondamentaux, n'est pas tenable et crée une grande insécurité.

■ Quelles sont, dans ces conditions, les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 ?

La décision EADS du Conseil constitutionnel rendue le 18 mars 2015 est historique. Elle pose en effet que le délit d'initié et le manquement d'initié « sont des faits identiques, que leur sanction poursuit une seule et même finalité de protection du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers », et cela non seulement à l'égard des professionnels, mais encore à l'égard de toute personne (considérant 25), qu'ils sont punis très sévèrement et devant la Commission des sanctions de l'AMF et devant le Tribunal correctionnel, ce qui rend l'état du droit contraire au principe constitutionnel de nécessité des peines.

La portée de la décision EADS est considérable : pour la première fois, le Conseil cesse de dire qu'il existe per se une différence de nature entre la sanction administrative – qui aurait pour finalité le bon fonctionnement du système – et la sanction pénale – qui aurait pour fin la punition des fautifs –, permettant ainsi tout cumul. Le Conseil admet qu'il y a unicité de finalités, sauf si le droit pénal économique ne vise qu'à punir l'intention coupable – et cela précisément –, ou bien si la sanction

[2] Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.

“ La composition administrative, en lien avec les engagements et la compliance, est parfaitement en phase avec cette conception de la répression dont le temps pertinent est le futur. ”

administrative est légère. Se dégage enfin une différence tangible, là où les opérateurs subissent depuis des années une duplication de la répression.

Dès lors, quelle que soit la situation, non seulement en abus de marché, mais encore en sanction disciplinaire ou pour toutes les autorités de régulation ou de supervision, il va falloir reprendre un à un les textes et trouver une véritable différence de nature, sauf à renoncer à une des voies ou à modifier le droit substantiel, par exemple en adoucissant l'administratif ou en durcissant le pénal, bref en établissant enfin une vraie différence de nature. C'est en tout cas ce que j'avais pour ma part suggéré lors de cette séance devant la Commission des finances au Sénat.

■ **Quelles options se présentent pour faire évoluer les règles de droit ?**

La procédure est le cœur du droit économique et constitue souvent le moteur des questions préjudicielles. Les grands arrêts comme l'arrêt *Oury*, rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 5 février 1999, sont des arrêts de procédure. Il faut tenir la balance, c'est-à-dire préserver les pouvoirs des régulateurs et des juges, face à des opérateurs puissants, qui demandent d'ailleurs eux aussi à ce que les places financières soient tenues par des règles effectives. L'opinion publique attend elle aussi que des condamnations pénales puissent être prononcées, mais celles-ci ne devraient concerner que des auteurs dont on a démontré l'intention coupable. Il faut restaurer dans les faits la différence de nature entre le pénal et l'administratif. L'Europe l'a fait l'année dernière, le Conseil constitutionnel il y a quelques jours. Le respect de la procédure ne signifie pas la faiblesse des autorités de régulation et de supervision et la pire des idées serait de songer à leur ôter leur pouvoir de sanction. D'ailleurs, si l'on y procédait, par exemple, ceux qui possèdent le pouvoir d'opérer des compositions administratives, dont nous savons bien qu'il s'agit d'une forme de sanction, l'utiliseraient en substitut et ne transmettraient plus de dossier au ministère public, alors que l'information est le plus souvent chez le régulateur, qui est le capteur des marchés et des PSI[3].

■ **Vous pensez donc qu'il faudrait, en l'absence de solution fondée sur une procédure, distinguer les incriminations ?**

Je ne vois pas d'autre solution que de repenser les infractions. De les penser comme le fait l'Europe, c'est-à-dire en concevant : d'un côté de véritables « infractions », punissables parce que commises par des personnes ayant des intentions fautives, malicieuses, dolosives,

qui heurtent les valeurs du groupe social, infractions auxquelles il faut attacher des peines lourdes, comme la prison ; de l'autre côté, par la répression administrative – instrument qui entre dans la palette des instruments interchangeables du Régulateur et du Superviseur –, il s'agit d'appliquer des sanctions objectives en réaction à des manquements imputables à des opérateurs qui étaient en position sur un secteur et qui ont commis des faits ou qui n'ont pas eu le comportement attendu, ce qui a eu un effet systémique dommageable. La conception systémique devra caractériser la répression administrative, sur laquelle l'analyse économique du droit, basée sur la théorie de l'incitation, est adéquate. Ainsi, la composition administrative[4], en lien avec les engagements et la compliance, est parfaitement en phase avec cette conception de la répression dont le temps pertinent est le futur. Cela permettrait de restaurer le droit pénal dans ce qu'il doit être, un droit sévère, qui vient punir les agissements du passé commis par des personnes qui ont intentionnellement commis des fautes graves que le groupe social réprouve et qu'il faut punir. Tirons les leçons de la décision EADS. Remettons les sanctions financières et administratives là où elles doivent être, c'est-à-dire assurant l'effectivité des normes encadrant les marchés financiers et maniées d'une façon adéquate par le régulateur et le superviseur. À l'inverse, lorsqu'un comportement moralement ou socialement dommageable est prouvé, mettons en place des incriminations aux conséquences rigoureuses, incluant de la prison : cela, seul un juge peut l'infliger, et à quelqu'un qui bénéficie de la présomption d'innocence dont la culpabilité est prouvée.

Pour qu'un système soit clair, il doit être à même de désigner correctement les choses. C'est exactement ce que vient de faire le Conseil constitutionnel dans la décision EADS : comme l'enfant voyant passer le roi[5], il a dit que le manquement d'initié et le délit d'initié sont une seule et même chose. Or, le droit n'a pas le droit de désigner la même chose par deux termes différents et il ne peut qu'être source de désordre en utilisant son pouvoir de nommer de cette façon malicieuse. Le Conseil constitutionnel vient d'y mettre bon ordre ; c'est ce que l'on attend du juge de la norme fondamentale, il est avant tout le gardien des mots. ■

Propos recueillis par Annick Masounave

[3] Prestataires de services d'investissement.

[4] Procédure alternative à une procédure de sanction, qui fait l'objet d'une négociation entre l'Autorité de régulation et les parties visées, ndlr.

[5] Référence au conte d'Andersen « Les habits neufs de l'empereur », ndlr.