

UNION EUROPÉENNE

> Suspecté d'abus de marché ?

Vous pouvez vous taire, mais vous devez coopérer

par Antoine Kirry et Alexandre Bisch,
Avocats au barreau de Paris, Debevoise & Plimpton LLP

Dans un arrêt remarqué du 2 février 2021 (V. *supra* p. 285), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé qu'une personne physique soumise à une enquête administrative pour manquement d'initié a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées. Ce droit au silence ne peut cependant justifier tout défaut de coopération avec les autorités, et il ne s'étend pas aux entreprises.

I – Les faits à l'origine du débat

En 2012, l'autorité italienne de supervision des marchés financiers (la Consob) avait sanctionné un individu pour manquement d'initié. Elle lui avait également infligé une sanction de 50 000 € pour avoir refusé de répondre aux questions posées par les enquêteurs lors de son audition. Se posait donc l'intéressante question de la compatibilité de cette sanction avec le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

L'affaire a fait son chemin jusqu'à la Cour constitutionnelle italienne, qui a interrogé la CJUE sur l'interprétation des textes européens fixant le cadre des enquêtes menées par les différentes autorités boursières (la Consob, l'AMF, etc.) et sur leur compatibilité avec le droit au silence. La question est importante puisque le texte européen actuellement en vigueur (le règlement MAR du 16 avr. 2014) impose la détermination de sanctions administratives à qui refuserait de se soumettre à une demande d'information ou à un interrogatoire. Alors comment concilier ce texte avec le droit au silence ?

II – Les personnes physiques peuvent garder le silence

La CJUE fait primer le droit au silence – qu'elle tire de la Charte des droits fondamentaux et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – dont elle rappelle qu'il vise à assurer que l'accusation fonde son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou la pression. Elle juge que ce droit au silence s'oppose à ce qu'une personne physique suspectée d'abus de marché (manquement d'initié, manipulation de marché) puisse être sanctionnée pour son refus de répondre à l'autorité de poursuite. Et que le règlement MAR peut et doit être interprété d'une façon respectueuse de ce droit au silence.

En France, cette protection s'applique déjà à ceux entendus dans le cadre d'enquêtes *pénales* du parquet national financier sur des abus de marché (ce qui reste plutôt rare). Elle s'appliquera désormais également à ceux qui le seront dans le cadre plus classique des enquêtes *administratives* de l'AMF. Cette protection accordée aux personnes physiques est la bienvenue, ne la boudons pas. Mais en pratique, elle n'enlèvera pas la suspicion que les autorités de poursuite pourraient avoir à l'encontre d'un suspect trop silencieux. La Commission des sanctions de l'AMF a d'ailleurs déjà retenu qu'elle peut tirer de cette attitude de silence « toute conséquence utile à la formation de son jugement ». Or il existe bien souvent des façons plus subtiles et utiles d'aborder une enquête que celle de se murer dans le silence.

III – Mais tous doivent coopérer

La protection accordée par la CJUE concerne uniquement le droit au silence des personnes physiques. Elle ne protège donc pas les entreprises à qui les autorités demanderaient de fournir des informations qui pourraient ultérieurement permettre d'établir leur responsabilité. La Cour a également pris le soin de préciser que cette protection ne saurait justifier tout défaut de coopération avec les autorités (comme un refus de se présenter à une audition ou des manœuvres dilatoires visant à en reporter la tenue).

La question de la coopération avec les autorités boursières est sensible en France depuis que la Commission des sanctions de l'AMF peut sanctionner ceux qui « entravent » les enquêtes en refusant de communiquer les documents ou informations demandées. Elle a d'ailleurs déjà prononcé trois sanctions sur ce fondement depuis 2018, dont une au motif que l'entreprise n'aurait pas transmis l'ensemble des documents réclamés par les enquêteurs, et aurait tardé à en communiquer d'autres. Les juridictions de recours internes et européennes auront certainement leur mot à dire à ce sujet.

Cette question de la coopération avec les autorités de poursuite ne s'applique pas qu'à la seule matière boursière. Par exemple, en matière de corruption internationale, le parquet national financier commence à essayer d'inviter les entreprises à coopérer, et même à s'auto-dénoncer. Mais en l'absence de véritables modalités incitatives à la divulgation volontaire, il est probable que les entreprises continueront à se taire.