

LA PRÉVISIBILITÉ DES SANCTIONS : LIBRE SURVOL

Hervé Causse,
Professeur de droit des affaires à l'Université Clermont-Auvergne
(CMH, EA 4232)
Directeur du Master Droit des Affaires, Droit bancaire et financier

Sans l'audace et l'invite de la Revue Droit & Affaires, nous n'aurions ni pensé ni osé exploiter un tel thème. Aussi le présent article ne sera-t-il qu'un survol de la question. Le thème est en effet particulier voire original si on entend le systématiser. On le pensera alors même que certains auteurs présentent la prévisibilité comme un substitut de la légalité¹, on veut dire un substitut du principe de la légalité des délits... et des peines ! Les expressions constitutionnelle, internationale et légale du principe sont connues². Si l'idée ne vaut pas pure substitution, elle ouvre cependant une porte au plan des principes les plus hauts, ce qui est à la fois enthousiasmant, étonnant et détonnant. Cette idée de substitut atteste de l'actualité et de la force du concept de prévisibilité comme en témoigne la journée d'étude organisée par la Revue Droit & Affaires³.

Il est alors question de la prévision que la règle de droit permet ou doit permettre grâce, comprend-on, à la prévisibilité qui s'en dégage⁴. On peut donc aussi voir la prévisibilité comme un (simple ?) caractère des règles concrétisant le principe de légalité, et non comme un substitut de la légalité. La prévisibilité des sanctions est une exigence des règles légales instaurant des prohibitions – et des sanctions⁵. Elle est ainsi vue comme un caractère de la règle pénale lui permettant

1. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 37, n° 29.

2. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 8 ; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, art. 7 ; C. pén., art. L. 111-2 exigeant que les « éléments » des crimes et délits soient « définis » et art. L. 111 -, al. 2, exigeant plus sobrement pour les peines qu'elles soient « prévues par la loi ». B. de Lamy, Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 26, août 2009 (Dossier : La Constitution et le droit pénal).

3. Les travaux publiés ici et résultant d'une riche journée présidée par M. Stim et M. Darrois le confirment ; la présente étude a été écrite sans avoir pu assister à ces exposés, mais elle tient compte du traitement des divers sujets pour éviter un traitement double.

4. Les deux termes sont d'usage : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^e éd., 2016, *Verbis* Prévision et Prévisibilité, p. 802. La sanction n'est parfois présentée qu'en tant qu'élément de la règle de droit : Dictionnaire de culture juridique, Lamy PUF, 2003, dir. D. Alland et S. Rials, *Verbo* Sanction.

5. Cass. crim., 27 avril 2004, Bull. crim., n° 98 : « nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi ; que ce principe d'ordre public constitue une exception péremptoire qui doit être relevée par le juge à tous les stades de la procédure » ; Cass. crim., 20 février 2001, n° 98-84.846.

de satisfaire l'exigence de légalité⁶. La jurisprudence européenne protégeant ce principe a spécialement porté cette idée⁷. On ne peut être condamné que si l'on était averti de l'existence d'une prohibition et de sanctions, Nicole Decoopman l'avait souligné fort à propos en dépassant la frontière du droit pénal⁸. On sait que la sanction s'entend de façon large : outre celles prévues en droit pénal, le sujet comporte les sanctions administratives et disciplinaires⁹. La prévisibilité peut ainsi être présentée comme un sujet cardinal, intéressant les principes juridiques ou, sinon, comme un sujet de moindre ampleur résidant dans un caractère (la prévisibilité) de la loi.

Ainsi, la notion de prévisibilité s'insérerait dans l'ordre juridique soit comme un substitut de la règle légale, soit, plus simplement, comme l'un des caractères de la règle. Voilà une alternative radicale. En effet, aussi important que cela soit, si la prévisibilité de la sanction est un caractère de la règle, la chose relève de la normalité. On s'explique : le juriste de droit romain connaît la règle dotée de caractères (abstraite, impersonnelle, générale et permanente)¹⁰ ; y ajouter le caractère de prévisibilité est remarquable, mais abordable. En revanche, si la prévisibilité de la règle est le substitut du principe, majeur, de la légalité des délits et des peines, la situation est extraordinaire. L'interrogation dépasse le cadre de cette étude¹¹, et son intérêt peut être relativisé par une observation pragmatique. En effet, considérer la prévisibilité comme un caractère de la règle pourrait être plus porteur d'effets que toute autre considération. C'est déjà un peu considérer la notion de prévisibilité de la sanction (I) et s'interroger sur le mécanisme de prévisibilité de la sanction (II).

6. V. J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 2016, p. 136, n° 157, qui rappelle en outre la fâcheuse tendance du législateur à être imprécis (p. 139, n° 159).

7. F. Sudre et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, 2015, p. 446, et spécialement p. 453.

8. Principe de légalité et pouvoir de sanction des autorités de régulation, Études en la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Litec, 2009, p. 147 ; l'auteur remarquait in fine comme une extension du domaine d'application du principe de légalité aux divers actes de régulation. L'introduction situe la question de la légalité et de la prévisibilité.

9. M. Degoffe, *JurisClasseur Justice administrative*, LexisNexis, fasc. 100, n° 7. Cependant, pour une application nuancée au domaine disciplinaire, en appel d'une décision de la Commission nationale d'inscription et de discipline des mandataires judiciaires : Paris, pôle 2 – chambre 1, 25 septembre 2013, N° RG 12/09476 : « que pour autant la prévisibilité doit être également effective en matière disciplinaire et que la personne poursuivie doit savoir, à partir du libellé de la citation, quels actes et omissions engagent sa responsabilité professionnelle personnelle... ». Le pourvoi formé contre cet arrêt n'a pas invoqué la prévisibilité : Cass. com., 10 février 2015, n° 13-25221.

10. Sur la définition de la règle de droit voire de la norme juridique, voir par exemple : F. Terré, *Introduction au droit*, Dalloz, 2015, p. 198, n° 247.

11. Tout en en convenant, nous voyons aussi que les présentations actuelles recèlent une difficulté préalable à toute réflexion. L'alternative entre la prévisibilité-principe et la prévisibilité-caractère propose des voies qui ne sont pas sur les mêmes plans. Or, cette question n'en est pas une parmi d'autres, elle concerne à la fois le tréfonds de la notion et la méthode adéquate pour l'éclairer. On devine que la méthode même du juge est à l'origine de ce creux. Par voie de conséquence, une analyse pleinement édifiante imposerait notamment de vérifier tous les arrêts de la CEDH qui ont inspiré le concept ; ce serait un travail considérable visant à reprendre à nouveaux frais les données du droit positif.

LA PRÉVISIBILITÉ DES SANCTIONS : LIBRE SURVOL

Hervé Causse,
Professeur de droit des affaires à l'Université Clermont-Auvergne
(CMH, EA 4232)
Directeur du Master Droit des Affaires, Droit bancaire et financier

Sans l'audace et l'invite de la Revue Droit & Affaires, nous n'aurions ni pensé ni osé exploiter un tel thème. Aussi le présent article ne sera-t-il qu'un survol de la question. Le thème est en effet particulier voire original si on entend le systématiser. On le pensera alors même que certains auteurs présentent la prévisibilité comme un substitut de la légalité¹, on veut dire un substitut du principe de la légalité des délits... et des peines ! Les expressions constitutionnelle, internationale et légale du principe sont connues². Si l'idée ne vaut pas pure substitution, elle ouvre cependant une porte au plan des principes les plus hauts, ce qui est à la fois enthousiasmant, étonnant et détonnant. Cette idée de substitut atteste de l'actualité et de la force du concept de prévisibilité comme en témoigne la journée d'étude organisée par la Revue Droit & Affaires³.

Il est alors question de la prévision que la règle de droit permet ou doit permettre grâce, comprend-on, à la prévisibilité qui s'en dégage⁴. On peut donc aussi voir la prévisibilité comme un (simple ?) caractère des règles concrétisant le principe de légalité, et non comme un substitut de la légalité. La prévisibilité des sanctions est une exigence des règles légales instaurant des prohibitions – et des sanctions⁵. Elle est ainsi vue comme un caractère de la règle pénale lui permettant

1. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 4^e éd., 2013, p. 37, n° 29.

2. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 8 ; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, art. 7 ; C. pén., art. L. 111-2 exigeant que les « éléments » des crimes et délits soient « définis » et art. L. 111 -, al. 2, exigeant plus sobrement pour les peines qu'elles soient « prévues » par la loi ». B. de Lamy, Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 26, août 2009 (Dossier : La Constitution et le droit pénal).

3. Les travaux publiés ici et résultant d'une riche journée présidée par M. Stim et M. Darrois le confirment ; la présente étude a été écrite sans avoir pu assister à ces exposés, mais elle tient compte du traitement des divers sujets pour éviter un traitement double.

4. Les deux termes sont d'usage : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^e éd., 2016, *Verbis* Prévision et Prévisibilité, p. 802. La sanction n'est parfois présentée qu'en tant qu'élément de la règle de droit : Dictionnaire de culture juridique, Lamy PUF, 2003, dir. D. Alland et S. Rials, *Verbo* Sanction.

5. Cass. crim., 27 avril 2004, Bull. crim., n° 98 : « nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi ; que ce principe d'ordre public constitue une exception péremptoire qui doit être relevée par le juge à tous les stades de la procédure » ; Cass. crim., 20 février 2001, n° 98-84.846.

de satisfaire l'exigence de légalité⁶. La jurisprudence européenne protégeant ce principe a spécialement porté cette idée⁷. On ne peut être condamné que si l'on était averti de l'existence d'une prohibition et de sanctions, Nicole Decoopman l'avait souligné fort à propos en dépassant la frontière du droit pénal⁸. On sait que la sanction s'entend de façon large : outre celles prévues en droit pénal, le sujet comporte les sanctions administratives et disciplinaires⁹. La prévisibilité peut ainsi être présentée comme un sujet cardinal, intéressant les principes juridiques ou, sinon, comme un sujet de moindre ampleur résidant dans un caractère (la prévisibilité) de la loi.

Ainsi, la notion de prévisibilité s'insérerait dans l'ordre juridique soit comme un substitut de la règle légale, soit, plus simplement, comme l'un des caractères de la règle. Voilà une alternative radicale. En effet, aussi important que cela soit, si la prévisibilité de la sanction est un caractère de la règle, la chose relève de la normalité. On s'explique : le juriste de droit romain connaît la règle dotée de caractères (abstraite, impersonnelle, générale et permanente)¹⁰ ; y ajouter le caractère de prévisibilité est remarquable, mais abordable. En revanche, si la prévisibilité de la règle est le substitut du principe, majeur, de la légalité des délits et des peines, la situation est extraordinaire. L'interrogation dépasse le cadre de cette étude¹¹, et son intérêt peut être relativisé par une observation pragmatique. En effet, considérer la prévisibilité comme un caractère de la règle pourrait être plus porteur d'effets que toute autre considération. C'est déjà un peu considérer la notion de prévisibilité de la sanction (I) et s'interroger sur le mécanisme de prévisibilité de la sanction (II).

6. V. J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 2016, p. 136, n° 157, qui rappelle en outre la fâcheuse tendance du législateur à être imprécis (p. 139, n° 159).

7. F. Sudre et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, PUF, 2015, p. 446, et spécialement p. 453.

8. Principe de légalité et pouvoir de sanction des autorités de régulation, Études en la mémoire du professeur Bruno Oppetit, Litec, 2009, p. 147 ; l'auteur remarquait in fine comme une extension du domaine d'application du principe de légalité aux divers actes de régulation. L'introduction situe la question de la légalité et de la prévisibilité.

9. M. Degoffe, *JurisClasseur Justice administrative*, LexisNexis, fasc. 100, n° 7. Cependant, pour une application nuancée au domaine disciplinaire, en appel d'une décision de la Commission nationale d'inscription et de discipline des mandataires judiciaires : Paris, pôle 2 – chambre 1, 25 septembre 2013, N° RG 12/09476 : « que pour autant la prévisibilité doit être également effective en matière disciplinaire et que la personne poursuivie doit savoir, à partir du libellé de la citation, quels actes et omissions engagent sa responsabilité professionnelle personnelle... ». Le pourvoi formé contre cet arrêt n'a pas invoqué la prévisibilité : Cass. com., 10 février 2015, n° 13-25221.

10. Sur la définition de la règle de droit voire de la norme juridique, voir par exemple : F. Terré, *Introduction au droit*, Dalloz, 2015, p. 198, n° 247.

11. Tout en en convenant, nous voyons aussi que les présentations actuelles recèlent une difficulté préalable à toute réflexion. L'alternative entre la prévisibilité-principe et la prévisibilité-caractère propose des voies qui ne sont pas sur les mêmes plans. Or, cette question n'en est pas une parmi d'autres, elle concerne à la fois le tréfonds de la notion et la méthode adéquate pour l'éclairer. On devine que la méthode même du juge est à l'origine de ce creux. Par voie de conséquence, une analyse pleinement édifiante imposerait notamment de vérifier tous les arrêts de la CEDH qui ont inspiré le concept ; ce serait un travail considérable visant à reprendre à nouveaux frais les données du droit positif.

I. CONSIDÉRATIONS SUR LA NOTION DE PRÉVISIBILITÉ DE LA SANCTION

Pour avoir quelques points d'application, la question peut être jugée comme étant spéciale et éminemment pratique¹². Cela peut ainsi la placer dans l'actualité du droit financier quand une personne ignore si elle sera poursuivie, en application de la loi du 21 juin 2016 sur la répression des abus de marché, devant la Commission des sanctions de l'AMF ou devant le juge pénal, lequel a des sanctions plus lourdes et infamantes (l'emprisonnement) à sa disposition¹³. Ce sont les professionnels du droit et leurs clients qui s'interrogent sur la sanction prévisible, le cas échéant en mettant en cause leur constitutionnalité au moyen d'une QPC ; ainsi, la sanction pécuniaire fixée au seul plafond de cent millions d'euros en matière d'infractions boursières vient juste d'être discutée, en vain¹⁴. Les professionnels veulent savoir précisément ce qu'ils risquent. Où l'on voit l'origine pratique de la notion.

Les intéressés, poursuivis, veulent démontrer au juge qu'ils auraient dû mieux savoir ou parfaitement savoir ce qu'ils risquaient. Des cas récents illustrent la situation, ainsi celui du banquier qui méconnaît les règles de livraison des titres, lesquelles rendent le marché plus fluide et plus sûr. À elles seules, ces obligations professionnelles suffisent à satisfaire à l'exigence de la prévisibilité de la sanction¹⁵.

12. Mais les spécialistes de la peine généralisent la question : E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, 2015, 2^e éd., pp. 118 et 119, n° 254 à 256.

13. V. J. Chacornac *La répression des abus de marché à l'épreuve de la prévisibilité des peines : vers un autre Grande Stevens ?*, D. 2016. 1264.

14. Cass. com., 16 mars 2017, n° 16-22652 ; cet arrêt sur QPC pose une autre question impliquant la prévisibilité s'agissant des dispositions des articles L. 621-14 et L. 621-15 du code monétaire et financier : sont-ils contraires au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'aux principes de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité et de sécurité juridique garanti par les articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 34 de la Constitution, en ce qu'ils punissent notamment tout manquement à l'obligation édictée par l'article 223-1 du règlement général de l'AMF selon lequel « l'information donnée au public doit être exacte, précise et sincère », sans définir avec précision l'information donnée au public ; la critique a été vaine autant sur le grief de méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines que sur celui de méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité des peines : Cons. const., Déc. 2017-634 QPC, 2 juin 2017. La prévisibilité a déjà été l'objet d'une QPC : Cons. const., Déc. 2013-354 QPC, 22 nov. 2013 ; B. Mathieu, *Sécurité juridique*, JCP E, 2014, 116.

15. La réglementation en matière de délai de règlement-livraison montre des obligations professionnelles et très techniques. Après le juge administratif (CE, 18 nov. 2011, N° 322786, Lebon, T. p. 788), un arrêt de la CEDH du 1^{er} septembre 2016 (48158/11) exclut toute violation du principe d'impartialité de la commission des sanctions de l'AMF et du principe de la légalité des délits et des peines (E. Rogey, *Bull. Joly Bourse*, 2016, n° 11, p. 461). Les règles édictées par le Code monétaire et financier et l'AMF forgent des obligations professionnelles qui rendent suffisamment prévisible la sanction en lien avec leur responsabilité professionnelle. La cour n'use donc pas de la foudre de l'article 7 de la Convention. L'AMF avait du reste précisé le sens de la réglementation ce qui convainquait de la prévisibilité de la sanction. Tel n'est pas toujours le cas. La commission des sanctions de l'ACPR a ainsi considéré que les dispositions du Code de la sécurité sociale, qui interdisent la rémunération des dirigeants des institutions de prévoyance sociale, sont suffisamment claires pour que la sanction de leur non-respect soit raisonnablement prévisible, même sans précision

Ce grief est un moyen de critiquer l'élément légal de la poursuite, pris ici dans son expression de la peine. La sanction prévisible est, en effet, une sanction prévue par une disposition légale ou réglementaire. Ainsi, elle est d'abord une sanction possible, une mesure prévue par les dispositions normatives. Sanction prévisible et sanction possible se ressemblent. La sanction possible est celle dont on peut constater l'existence formelle (la loi et ses avatars) pour des faits plus ou moins bien cernés. La sanction possible existe dans l'ordre théorique. On doit la distinguer de la sanction probable, celle anticipée de façon pratique et casuelle au vu des faits, voire de la situation personnelle et des éventuels antécédents des intéressés ; cette dernière relève moins de l'ordre juridique que de la pratique.

La sanction possible se lit, elle est théoriquement possible. Mais il existe parfois deux ou trois séries de sanctions possibles (pénales, administratives, professionnelles/disciplinaires...), avec, le cas échéant, une fourche de procédure (avec la voie pénale, administrative ou professionnelle, avec la question du cumul des peines ou celle de l'aiguillage procédural évoqué *supra* et *infra*). Au seul moyen du sens commun des mots¹⁶, la sanction prévisible montre une nuance avec la sanction possible. La sanction prévisible voudrait, elle, se deviner, sortir d'un doigt de l'ordre théorique : elle aspire à l'ordre pratique tout en se distinguant de la sanction probable précitée (fruit d'une simple évaluation factuelle). Pour tel comportement, quel sera le type voire le contenu de la sanction ? La sanction prévisible pourrait ne plus l'être si l'intéressé devait ne pas pouvoir trier parmi les sanctions possibles, formellement énoncées. La prévisibilité est donc un point de faille de la sanction énoncée dans la loi : parfois la sanction possible offre une incertitude en sorte qu'elle manque de prévisibilité.

On doit ici formuler deux observations en mélangeant fond et méthode. En premier lieu, la prévisibilité de la sanction renvoie selon nous à l'idée de sanction prévisible, les deux ont été tenues pour équivalentes. En second lieu, on note que la prévisibilité joue sur le couple prohibition-sanction, et pour cause : en tant que caractère, elle est un dérivé du principe de la légalité des délits (prohibitions) et des peines (sanctions). La prévisibilité de la sanction suppose donc la prévisibilité des peines. Ces aspects se distinguent de principe, sans que l'on sache dire si la jurisprudence est en ce sens ou si, subodorant sinon une antinomie au moins de possibles antagonismes, la question demeure posée¹⁷... Prévisibilité juridique et sécurité juridique ne recouvrent-elles pas finalement des subtilités trop grandes ?

de la règle par l'Autorité (Commission des sanctions, ACPR, décision du 19 juillet 2016, n° 2015-11, *JurisData* : 2016-023598).

16. Le terme « prévisibilité » demeure dans son sens commun : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^e éd., 2016, V^o prévisibilité, p. 802.

17. Ainsi, il faudrait se demander si, en l'espèce, l'exigence de prévisibilité de l'incrimination ne peut pas influencer la prévisibilité de la peine. N'est-il pas des imperfections prenant leur source dans l'énoncé de l'interdit, sans atteindre sa légalité, qui affecte la légalité et la prévisibilité de la peine ? Au fond, on se répète, si la légalité de la peine à son propre champ, sa prévisibilité ne peut-elle pas être affectée autrement que par son seul énoncé légal ?

Mais la prévisibilité de la peine est-elle réellement autonome ? On se le demande alors même qu'on peut effectivement présenter en droit pénal, de façon isolée, « l'application du principe de la légalité aux peines »¹⁸. Pourtant, l'autonomie de la peine est relative qui dépend d'une prohibition. Il pourrait en être de même de l'autonomie de la prévisibilité de la peine. Ainsi, l'application d'un texte pénal à une situation nouvelle, commandée par l'évolution de la société, implique la légalité des peines attenantes... Ces peines ne sont ainsi que prévisibles par ricochet – à moins que ce ne soit par unité de la règle (pénale) ? C'est un peu pareil lorsqu'un terme assez général est jugé suffisamment clair pour désigner une prohibition, un interdit, alors que cela est contesté¹⁹. La légalité de la prohibition semble impliquer la légalité des peines, des sanctions. Ce qui joue ici à la faveur de la répression pourrait jouer en sa défaveur en soulevant d'autres points. Les rapports de la prévisibilité-prohibition avec la prévisibilité-sanction ne méritent-ils pas une réflexion approfondie ? La dualité vaut-elle pour toute discussion ? Qu'est-ce donc que cette « prévisibilité juridique » ou « prévisibilité de la loi » fréquemment invoquée par les personnes poursuivies ?... et reprise *expressis verbis* dans quelque motivation de juge²⁰. N'est-ce pas une notion unitaire qui masque l'antagonisme sous-jacent entre la prévisibilité-prohibition et la prévisibilité-sanction ? Dans une demande en justice, comme dans une motivation, la question pourra, et même devra, être tranchée pour tenir un discours rigoureux.

Détacher la prévisibilité de la sanction de la prévisibilité de la prohibition, siège de l'infraction, interroge encore. Le travail sur les notions empêche ici sur le ou les mécanismes qu'on examine plus bas. À ce jeu de remise en cause générale, on peut se poser une autre question. Détacher la prévisibilité juridique de la prévisibilité factuelle, soit le fait et le droit, comme nous l'avons fait, par une analyse purement notionnelle, est-il pertinent ? Mais cette question est un peu irréaliste. Entre le fait et le droit, le système juridique a trouvé un mode de fonctionnement et la science juridique un mode de raisonnement. Malgré ses facettes factuelles, la prévisibilité de la sanction reste une notion juridique mais imbriquée à la légalité de la prohibition²¹.

18. B. Bouloc, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., p. 141, n° 143. On comprend que la question vise ici à sublimer la prévisibilité...

19. Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2014, n° 13-19284, rejet pourvoi c/ CA Lyon, 18 avr. 2013 : La Gazette du Palais, 10 oct. 2014, n° 283-284, note J.-M. Brigant. Les termes « modération » et « délicatesse » sont suffisamment clairs et précis pour justifier des poursuites disciplinaires ce qui exclut toute violation des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

20. Voyez un cas où la prévisibilité est invoquée globalement en étant incluse dans le principe de légalité : « Le moyen tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines, lequel inclut l'exigence de prévisibilité de la loi et, en tout état de cause, des exigences de loyauté et de confiance légitime » (CE, 5 oct. 2016, n° 389377, *State Bank of India*).

21. D'ailleurs, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en son article 49, 1, distingue moins nettement l'aspect peine de la légalité requise de « l'infraction », comme si ses rédacteurs avaient pu assimiler que la prévisibilité avait un aspect unique. Notre collègue Mayaud (*op. cit.*, n° 29) note que, néanmoins, la CJUE interprète cet article comme le font les autres juridictions majeures pour les dispositions précitées posant le principe de légalité.

L'œuvre humaine, individuelle ou collective, contient par définition un facteur d'imprévisibilité lié au comportement de l'être humain. L'Homme n'a cependant pas le monopole de l'imprévisibilité. Les éléments peuvent se déchaîner soudainement, une machine très fiable peut voir une de ses pièces se casser, un logiciel infailible peut se bloquer. On peut donc transposer le lieu commun de la sécurité, selon lequel « en matière sécurité, le risque zéro n'existe pas », à la question de la prévisibilité de la sanction : « l'imprévisibilité zéro n'existe pas ». Pourquoi ? Parce que c'est la vie ! Aux racines de la vie est l'imprévisibilité qui modifie une norme (le jeu habituel d'une cellule, d'un électron...) pour en établir une autre. On ne saurait changer ce que nous sommes au plus intime : l'imprévisibilité participe de la créativité, laquelle conditionne la création. La vie. En somme, et à l'endroit cette fois : la prévisibilité absolue n'existe pas. On s'en rapproche dans certaines activités de l'Homme, dans les activités d'ingénierie et de technologie, mais elle diverge alors de l'essence humaine.

Ce point vaguement philosophique fait s'interroger²². Dans sa course à la construction juridique, qui est un pan de l'organisation politique faite de réalités et de convictions sociales, économiques, scientifiques, religieuses, etc., le juriste arrive à dégager un droit à la prévisibilité. Il découle, d'une part, de la prévisibilité de la règle punitive de fond ou de procédure et, d'autre part, de la prévisibilité de la sanction. Cette construction est voulue rigoureuse. Le juriste qui la met au cordeau est en dernier lieu le juge, quoique tous les juristes (qu'ils appartiennent à la sphère administrative, politique, associative ou privée) participent à la construction de l'ouvrage. On constate que sa source jurisprudentielle – un peu imprévisible – est spécialement humaine. La machine implacablement rigoureuse n'a pas remplacé le juge et la prévisibilité de la sanction peut avoir des reflets d'imprévisibilité... L'imprévisibilité est humaine et aucune construction ne peut changer cela. Pour cela, la prévisibilité est seulement un idéal²³ ; il faut la considérer comme telle pour conjurer toute déconvenue. Mais la tâche du juriste le ramène à la pratique. Le mécanisme de la prévisibilité est-il plus aisé à sonder que sa notion ?

II. INTERROGATIONS SUR LE MÉCANISME DE LA PRÉVISIBILITÉ DE LA SANCTION

Le défaut de prévisibilité d'une règle peut avoir des effets notables. Selon quels mécanismes ? On envisage donc la prévisibilité comme un mécanisme alors même que la loi l'ignore ; mais, comme elle se calque sur le principe, connu et détaillé, de la légalité des délits, on peut en décrire quelques mécanismes, fut-ce dans un ordre incertain. En outre, le mécanisme de la prévisibilité ressort du droit positif

22. La question de la prévisibilité est une question pleinement philosophique qui côtoie la causalité et le déterminisme. C'est seulement sous notre plume, et dans la présente analyse, que ce point est « vaguement philosophique ». Les futurs débats sur la prévisibilité de la sanction pourraient s'alimenter de considérations philosophiques.

23. A. Flückiger, Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal, Cahiers du Conseil constitutionnel janvier 2007, n° 21, Dossier : La normativité.

sinon de la loi : selon le Conseil constitutionnel, « lorsque le mécanisme mis en place risque, du fait des cumuls possibles, de conduire à violer le principe de proportionnalité des peines, il appartient aux autorités juridictionnelles, ainsi, le cas échéant, qu'aux autorités administratives chargées du recouvrement des amendes, de le respecter »²⁴. La prévisibilité participe d'un mécanisme – le mécanisme reste une notion trop mal connue...

Dans une belle analyse, le professeur Pascal Beauvais décortiquait il y a dix ans le mouvement qui y a abouti²⁵. En livrant l'origine technique de la prévisibilité demandée, parfois consacrée, on entrevoit le mécanisme. On ne peut que le citer : « Interprétant l'article 7 de la Convention [européenne de sauvegarde des droits de l'Homme] à la lumière de son objet et de son but, la Cour de Strasbourg place celui-ci sous le signe de la sécurité des personnes et écarte la conception continentale de la légalité des délits et des peines, qui réserve au législateur le monopole de la création du droit pénal. Dans cette perspective, la légalité implique essentiellement des conditions qualitatives visant à garantir au justiciable la prévisibilité du droit pénal. L'exigence de prévisibilité synthétise, en effet, les différentes obligations découlant de l'article 7 de la Convention européenne. La raison d'être des conditions d'accessibilité, de clarté, de précision, de non-rétroactivité et de non-application extensive du droit pénal réside, in fine, dans l'exigence de prévisibilité ». On ne saurait mieux dire pour présenter le mécanisme constitutif et agrégatif de diverses exigences techniques.

Pour la sanction répressive (pénale ou autre), la prévisibilité est devenue un moyen fort des droits de défense de la personne poursuivie, ce n'était peut-être pas aisé à anticiper il y a un quart de siècle. En premier lieu, nous notons la force du concept de prévisibilité qui semble dominer la règle de la légalité des peines et des délits. Voilà un concept général, mais aussi juridique. Le Vocabulaire juridique, cité à deux reprises, le confirme. Le concept surgit de l'énoncé de la règle au point de la commander. Voilà une pensée pure qui trouve dans le mot un sens qui commande à la règle ; le concept commande le sens du principe de la légalité par sa seule signification générale. Plus clairement : le concept éclaire la règle et il en donne la dimension²⁶. La prévisibilité serait alors une condition de la règle légale²⁷, laquelle en influence l'interprétation, au demeurant spéciale (validité !). Si l'origine littérale du concept ne convainc pas, on peut y voir une originale libérale – de philosophie politique libérale.

On doit aussi voir la consécration de la prévisibilité comme une condition de validité de la norme pénale, pour ce qu'explique le professeur Beauvais, fort de

24. Cons. const. 12 janv. 2002 : n° 2001-455 DC § 86 ; V. Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Commenté, Dalloz, 2016, p. 201, par M. Lacombe et autres.

25. Le droit à la prévisibilité en matière pénale dans la jurisprudence des cours européennes, Archives de politique criminelle, 2007/1 (n° 29), p. 308 ; source électronique (CAIRN) : <https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2007-1-page-3.htm> (document accessible au 3 novembre 2017).

26. ... et ce qu'il s'agisse d'une règle de principe, comme ici, ou d'une règle plus modeste énonçant une solution spéciale, casuelle ou d'application.

27. Caractère et condition de la règle semblent ici être apparentés...

références et de la notion de « prééminence du droit » ? qui a inspiré le juge européen (CEDH, 22 novembre 1995, S.W. c. Royaume-Uni)²⁸. C'est, selon cet auteur, renvoyer à la conception britannique qui consacre la soumission des gouvernants au droit et sa consécration de certaines règles de fond (notion anglo-saxonne de *rule of law*). Malgré la subtilité de ladite règle, du moins pour un esprit continental, c'est bien cette conception qui semble avoir inspiré le juge européen pour fixer le droit positif.

Au plan procédural, l'idée de prévisibilité peut exiger, pour le respect de la procédure, qui varie, de soulever la question de la prévisibilité *in limine litis* – avant toute défense au fond dit-on au pénal. En effet, point n'est besoin d'examiner l'affaire au fond si la règle fondant la poursuite est hors la légalité. La prévisibilité de la sanction peut imposer – à la personne poursuivie et au juge – une mécanique procédurale spéciale. La prévisibilité peut être soumise – selon la procédure applicable – au régime des exceptions ou des questions préjudicielles. On la voit donc mal jouer en défense au fond. Cependant, cette méthode n'inspirera pas tous les rédacteurs de décisions. Une décision de l'ACPR donne l'exemple d'un examen préalable renvoyé à la motivation au fond au motif (prétexte ?) d'une analyse *in concreto* au vu des faits et actes interdits²⁹. La décision montre que la mécanique est entravée par les notions en cause. Ce que la société poursuivie reproche aux règles fondant la poursuite est le défaut de clarté et de prévisibilité de la règle. Or la prévisibilité exige de la clarté, mais la clarté sans prévisibilité semble une fausse clarté, ou une clarté manquant de précision... On rentre un peu dans un cercle vicieux. Une défense complète ne risquant de manquer aucun moyen et argument devra s'attaquer à la clarté, à la précision puis à la prévisibilité et enfin au trois simultanément (sauf si manifestement seule l'une n'est pas en cause). De façon paradoxale, on se dit que le juge devrait donner des contours prévisibles et clairs à la notion de prévisibilité qu'il a imposée.

Le retour que le juge européen fait à l'invocation de la prévisibilité marque l'esprit : l'exigence de prévisibilité est nuancée ; le juge national n'a pas de raison de ne pas le suivre dans sa nuance. Aux professionnels, il indique et juge que, au-delà d'une certaine précision, la règle posée ne viole pas ce commandement sous-jacent de prévisibilité dans la mesure où le professionnel doit être prudent et qu'il peut être conseillé au plan juridique³⁰. Incidemment, notons que nombre de juges ont pu avoir auparavant cela en tête sans l'exprimer, et lors même que la critique de la légalité ne reposait pas sur la prévisibilité de la sanction. Mais voilà qui est posé. On s'interroge alors. À trop en vouloir ou en faire, la défense du professionnel ne se retourne-t-elle pas contre lui ? Pour quelques causes particulières, défendues avec une particulière exigence de prévisibilité, les professionnels ne voient-ils pas leurs obligations alourdies ? Ils doivent être prudents et conseillés !

28. Article préc., conclusion.

29. ACPR, Déc. 8 décembre 2016, n° 2015-08, AXA France Vie, Revue Banque, 2017, n° 805, p. 88, obs. Kovar et Lasserre Capdeville.

30. E. Rogey, art. préc.

Nous avouerons n'avoir jamais pensé que le professionnel du monde des affaires, quant à lui, doive être prudent sur le plan juridique. Nous doutons que la prudence paye, non pas parce que l'imprudance paye... mais parce que l'audace juridique paye. Autrement dit, la prise de risques juridiques professionnels nous semble être un facteur de succès dans la vie des affaires³¹.

Cela est cependant moins vrai pour les activités très réglementées qui s'inspirent des règles dites déontologiques ; là, le jeu de la *compliance* ou l'effort spécifique de conformité demandé au professionnel fait penser l'inverse. Le juge – interne ou international – doit-il alors moduler l'exigence de prévisibilité ? La prévisibilité est-elle une exigence objective ou une exigence dépendante de la personne qui l'invoque ? Identifier un professionnel et considérer qu'il peut disposer de conseils juridiques ouvre la porte à une analyse subjective. En matière financière, la société cotée peut être poursuivie devant l'AMF tout comme ses dirigeants, mais souvent aussi un salarié ordinaire ou encore « toute personne ». Tous ont-ils pu consulter un avocat de la même façon ? Or, à imaginer que le juge doive et puisse rechercher la subjectivité affectant la prévisibilité, la diversité ainsi introduite rendrait les sanctions complexes à comprendre... imprévisibles ? La prévisibilité, ô paradoxe, pourrait-elle déjà manquer de lisibilité (on n'ose pas dire de précision ou de clarté).

Les conditions du débat sur la prévisibilité posent également question. On peut invoquer la prévisibilité de la sanction devant un juge, un régulateur, une administration... en présence ou pas de victimes. Par exemple, une autorité de régulation qui régule et sanctionne (par deux organes distincts) peut envisager la question dans le mouvement dit de *compliance* ou de conformité. L'exigence de prévisibilité pourra alors être diminuée car une obligation de prudence peut être requise du professionnel et des normes molles expliciter les sanctions. Le régulateur doutera aisément du brouillard dans lequel la personne poursuivie estime et soutient avoir été. Le mécanisme de la prévisibilité subit son cadre de poursuite – le législateur doit le savoir.

Le mécanisme de prévisibilité peut encore jouer sur la procédure qui, d'une façon ou d'une autre, justement, oriente vers telle ou telle autorité et telle ou telle peine. Dans une belle analyse, le professeur Chacornac³² souligne l'intérêt d'un arrêt de la CEDH du 22 janvier 2013³³. La Cour de Strasbourg y condamne la République de Malte pour violation de l'article 7 de la Convention fixant le principe de légalité. Le requérant se plaignait d'une option discrétionnaire de poursuite du procureur lui faisant risquer de six mois à dix ans d'emprisonnement devant la *Criminal Court* mais de quatre ans à la perpétuité devant la *Court of Magistrates*. La

31. Une loi ou un code qui s'inspirerait de la prudence pour déterminer le comportement des entreprises et de leurs dirigeants serait donc de nature à constituer une entrave de l'activité économique.

32. Article préc.

33. CEDH 22 janv. 2013, n° 42931/10, Camilleri c/ Malte, D. 2013. 2713, obs. G. Roujou de Boubée.

CEDH juge que ce mécanisme viole l'article 7 de la Convention qui, d'une part, doit être interprété et appliqué en vue d'assurer une protection effective contre les poursuites, condamnations et peines arbitraires et, d'autre part, « implique des exigences qualitatives, qui incluent celles d'accessibilité et de prévisibilité » pour la définition de l'infraction comme de la peine (point 35). L'auteur de la chronique anticipe ainsi le problème que pourrait poser l'aiguillage de procédure (pénale ou AMF) par le procureur général dans la répression des abus de marché³⁴ ; on rappelle que la procédure pénale implique seule le risque de sanctions pénales notables. On constate ici que le mécanisme de la prévisibilité joue à la fois par une règle de procédure (aiguillage) et deux règles de peines (pénales ou administratives). La prévisibilité exige donc parfois d'analyser le cadre légal d'espèce (expression ici idoine) par une interprétation globale dépassant la qualité interne de la règle.

La prévisibilité de la sanction peut encore inspirer une illégalité liée à l'information de la règle d'interdiction et/ou de peine. Dans une espèce, le juge refuse de faire droit à une demande trop audacieuse. Une personne critiquait le formulaire (!) de l'AMF au moyen duquel un actionnaire doit informer l'autorité, et donc le public, qu'il accroît ou diminue sa participation d'une société³⁵. Il permet concrètement de respecter les principes cardinaux de transparence et d'égalité du marché. Il est connu du moindre journaliste que cette obligation est une infraction assez grave impliquant des poursuites et sanctions... Le juge, quoique tenu de donner des motifs qui ne soient ni généraux ni péremptoirs, renvoie à la loi qui impose les sanctions³⁶. L'idée du formulaire aura été vaine, mais elle montre que le défaut de prévisibilité de la sanction, du moins selon certains plaideurs, pourrait affecter une formalité.

34. Art. 705-1, C. proc. pén. ; art. L. 465-3-6, IV, C. mon. et fin.

35. Paris, 30 juin 2016, RG 2015/04613, éditions Lexbase, N° LXB : A7790RU3 ; Banque et Droit, n° 169, sept. 2016, p. 64, obs. A. Bisch.

36. Paris, 30 juin 2016, précité :

« Sur le principe de prévisibilité de la sanction et du droit à ne pas s'auto-incriminer.

Les requérants soulèvent la nullité de la procédure de poursuite et par conséquent celle de la décision de la Commission des sanctions au motif que le formulaire de déclaration de franchissement de seuil et d'intention ne contient pas d'information claire sur la sanction administrative encourue en cas de déclaration tardive. Ils expliquent que les textes visés dans le formulaire « contreviennent au principe de clarté applicable en matière répressive et au droit de ne pas s'auto-incriminer ».

Il ressort de la lecture du formulaire communiqué (pièce AMF 1) que sont visés dans son intitulé, les articles L. 233-7 et L. 233-9 du code de commerce et les articles 223-11 et suivants du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

Or les textes du code de commerce définissent précisément l'obligation pour une personne qui détient un nombre d'actions déterminé d'informer l'AMF dans un certain délai et renvoient au Règlement général de l'Autorité des marchés financiers pour la fixation dudit délai, celui-ci étant prévu par l'article 223-14.

Dès lors que la référence aux obligations administratives est précisée et que les obligations sont définies de façon précise et complète, comme c'est le cas en l'espèce, il en découle que la prévisibilité du manquement est assurée, autrement dit que le principe de clarté des sanctions a été respecté, sans qu'il soit besoin que le formulaire en cause comporte des informations précises sur les sanctions administratives encourues.

De surcroît, les requérants avaient confié à un professionnel du droit le soin de remplir le formulaire de déclaration des franchissements de seuil et d'intention. »

Enfin, alors que l'enjeu est grand, la structure des peines ne semble pas, elle, altérer la prévisibilité des sanctions. Dans la tradition française, en effet, il semble admis que, de la dispense de peine (certes c'est un mécanisme légal spécial)³⁷ à la peine maximale, la question ne se pose pas. On ne discute pas la grande latitude du juge ou de l'autorité. L'imprévisibilité du juge n'échappe cependant plus au domaine de la prévisibilité de la sanction ; d'autres principes assurent la recherche d'équilibre et de raison, de justice. Le juge est obligé de motiver sa décision et de respecter le principe de proportionnalité et d'individualisation de la peine. En outre, le principe de la nécessité des peines délimite ce risque presque en amont de la loi. La prévisibilité a ses limites, mais elle devrait encore permettre quelques spéculations et demandes audacieuses. La question pourrait se poser alors que les sanctions, notamment dans le domaine du secteur économique et financier, renvoient à des grandeurs astronomiques.

Une analyse souple faite de divers constats flexibles n'autorise pas à conclure sur un point précis. Pour nous, ce moment n'est pas celui des convictions mais celui des considérations et des interrogations. La prévisibilité est une belle idée assurant la vitalité du principe de légalité et elle s'entend au plan global. Elle dépasse la seule considération d'une règle comportant une peine. D'apparence simple, la prévisibilité de la sanction est assez complexe, parfois imprécise et son domaine est large. On considère que le débat demeure ouvert et, pour cela, finalement, on l'entreprendra. On se demande en effet si l'instabilité législative ne pourrait pas être vue, à l'occasion, comme entravant le droit à la prévisibilité ? Voilà que la voie de la transformation d'un caractère de la règle de la légalité en un pur droit subjectif s'ouvre. Les codes numériques de la base de données Légifrance – au demeurant excellente – affichent un droit fugitif menaçant le droit positif. Les futures diverses versions des codes donnent de véritables codes par anticipations. Si, dans un cas, une réforme différée mais réformée, montrait trois « *droits applicables* » en une période assez courte, la difficile lisibilité ne porterait-elle pas atteinte à la prévisibilité des peines énoncées ? Sans pouvoir répondre, on voit ici que la notion de prévisibilité s'irrigue spécialement des imperfections de la loi... lesquelles mettent en question la politique législative.

37. La sanction peut être écartée (les droits de la personne poursuivie ne sont certes plus en cause) ce qui illustre la latitude de l'autorité qui sanctionne : voyez ce cas, certes spécial au contentieux disciplinaire, selon lequel la juridiction disciplinaire peut, sous le contrôle du juge de cassation, tenir compte des circonstances pour ne pas infliger de sanctions (CE 10 fév. 2014, Delan, req ; n° 360382, AJDA 2014, 384).

LES POUVOIRS AUTONOMES DE COMMUNICATION DE L'AMF AU REGARD DES DROITS DE LA DÉFENSE

Hubert de Vauplane

Avocat associé, Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

Rémi Jouaneton

Avocat, Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

Pour accomplir ses missions de protection de l'épargne et de surveillance des marchés d'instruments financiers, l'Autorité des marchés financiers (« **AMF** »), en tant qu'autorité publique indépendante (dont la mention relative à sa personnalité morale a d'ailleurs disparu de l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier à la faveur de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017¹), est dotée de pouvoirs d'investigation et de contrainte dont certains peuvent être particulièrement déstabilisants pour la personne qui en est l'objet.

C'est assurément le cas des prérogatives contenues à l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier, si l'on en juge par les nombreuses critiques qu'elles ont suscitées². Les nombreux commentaires, relatifs notamment à la manière dont la jurisprudence a traité la question de la communication des documents couverts par le secret professionnel, ont souvent mis en avant le peu de cas que les juges faisaient du respect des droits de la défense³.

1. La loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, ainsi que la loi organique n° 2017-54 du même jour, ont pour objet de simplifier le paysage de ces autorités dont la prolifération, ces dernières années, rendait le régime difficilement lisible. L'article 2 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 disposant désormais formellement que « *les autorités publiques indépendantes disposent de la personnalité morale* », il a paru au législateur superfétatoire de le rappeler à l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier au sujet de l'AMF, si bien que la précision textuelle quant à sa personnalité morale a été abrogée.

2. V. notamment : D. Bompoin, Les beaux cadeaux du 10^e anniversaire de l'Autorité des marchés financiers, Bull. Joly Bourse, décembre 2013, p. 607.

3. C. Arsouze, La difficile conciliation d'impératifs contradictoires : droit d'accès aux locaux à usage professionnel par les enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers et droit au respect du domicile, Revue des sociétés 2007 p. 851 ; N. Rontchevsky, La confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client à l'épreuve de la recherche des preuves d'abus de marché, RTD Com. 2012 p. 165 ; D. Marty, M. FRANÇON, L'utilisation induite d'une information confidentielle par l'AMF validée par la Cour de cassation, JCP E, n° 16, 19 avril 2012, 1251 ; E. Dezeuze, M. Françon, Enquête AMF et secret des correspondances d'avocat : « C'est Quand Qu'on Va Où ? », Revue des sociétés 2013 p. 367.