

12 – LE POUVOIR DE SANCTION ET LE CONTRÔLE DU JUGE – Pierre Delvolvé, Les Petites

Affiches n° 185 du 17 septembre 2001, n° spéc., La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché, p.18–28.

1. Pour contrôler le marché, le législateur a institué des autorités spéciales et leur a attribué un pouvoir de sanction ² .

Il est rare qu'elles aient seulement ce pouvoir. Le seul exemple en ce sens est celui du Conseil de discipline de la gestion financière ³ . Les autres institutions cumulent soit, comme le Conseil de la concurrence ⁴ , un pouvoir de sanction et un pouvoir d'injonction, soit, comme la Commission bancaire ⁵ et la Commission de contrôle des assurances ⁶ , un pouvoir de vérification, de mise en garde, d'injonction et de sanction, soit, comme la Commission des opérations en bourse ⁷ , le Conseil des marchés financiers ⁸ , le Conseil supérieur de l'audiovisuel ⁹ , un pouvoir réglementaire, un pouvoir d'agrément, ou d'autorisation, ou d'approbation, un pouvoir d'injonction et un pouvoir de sanction, soit enfin, comme l'Autorité de régulation des télécommunications ¹⁰ , la Commission de régulation de l'électricité ¹¹ , un pouvoir réglementaire, un pouvoir de trancher des différends, un pouvoir de sanction.

Considérées isolément, les différentes mesures prises par ces autorités peuvent constituer les unes, des mesures de police « pures », indépendantes de toute idée de sanction comme a pu le reconnaître le Conseil d'État ¹² , les autres, des mesures répressives, soit disciplinaires ou professionnelles ¹³ soit non ¹⁴ .

On peut s'étonner qu'un même organisme puisse cumuler un pouvoir réglementaire (qui, comme le pouvoir législatif, est normatif), un pouvoir exécutif (notamment par l'adoption de décisions individuelles, telles que celles d'autorisation ou d'injonction) et un pouvoir qui, même s'il n'est pas judiciaire, est répressif. Au regard du principe de la séparation des pouvoirs, il y a une méconnaissance des règles fondamentales de l'État, puisque, selon l'article 16 de la Déclaration de 1789, « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

La contradiction peut se trouver levée si l'on considère que les fonctions administratives ne consistent pas simplement à exécuter la loi par l'application, cas par cas, de ses dispositions ou à faire fonctionner les services publics, mais qu'elles comportent aussi, comme la jurisprudence l'a reconnu depuis longtemps, l'adoption de dispositions générales ¹⁵ et, éventuellement, l'édiction de sanctions, disciplinaires comme c'est le cas à l'égard des fonctionnaires, ou non, comme ce l'est à l'égard des personnes autorisées à occuper le domaine public ¹⁶ .

Plus largement, le cumul, au profit d'une même autorité administrative, de pouvoirs qui devraient apparemment être séparés s'explique aujourd'hui par la fonction de régulation ¹⁷ . Celle-ci a pour objet d'assurer un certain ordre dans un domaine d'activité (le plus souvent à caractère économique), où les acteurs (les opérateurs) jouissent d'une large marge de liberté et dont l'exercice doit être encadré, dans l'intérêt général, par des mesures appropriées. Celles-ci peuvent relever de procédés divers, relevant classiquement de pouvoirs distincts mais qui trouvent leur unité dans l'objet auquel ils s'appliquent, le domaine où ils s'exercent, la finalité qu'ils poursuivent. Alors s'explique qu'une même autorité puisse prendre des mesures diversifiées, utiliser une palette d'attributions, allant du pouvoir réglementaire au pouvoir répressif ¹⁸ .

Dans ce cadre, le pouvoir de sanction apparaît comme un pouvoir de régulation parmi d'autres.

2. Sa singularité tient à ce qu'il est attribué à une autorité administrative.

Il peut certes être attribué à une véritable juridiction, comme l'est la Commission bancaire lorsqu'elle exerce son pouvoir disciplinaire, selon la qualification expresse du législateur ¹⁹ , qu'il lui a retirée pour d'autres aspects de son contrôle ²⁰ .

L'attribution d'un pouvoir de sanction à un organisme n'en fait pas nécessairement une juridiction et peut lui laisser un statut administratif _ au moins au sens du droit français.

C'est ce qu'a reconnu expressément le Conseil constitutionnel à plusieurs reprises. Ainsi sa décision du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence ²¹, le qualifie d'« organisme administratif ». Pareillement, le Conseil supérieur de l'audiovisuel est « une autorité administrative indépendante », « de nature non judiciaire » ²², la Commission des opérations de bourse, « une autorité administrative », un « organe administratif » ²³, l'Autorité de régulation des télécommunications, « une autorité administrative indépendante », une « autorité administrative » ²⁴.

Cela n'empêche pas que leur soit accordé un pouvoir de sanction. Pour la réalisation des « objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression », « il est loisible au législateur », non seulement « de soumettre les différentes catégories de services de communication audiovisuelle à un régime d'autorisation administrative », « de charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle », mais encore, « sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, (de) doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission » ²⁵; « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction » ²⁶; « la loi peut sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative indépendante de pouvoirs de sanction » ²⁷.

3. Mais, au sens du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et plus précisément de son article 6-1, l'attribution d'un pouvoir de sanction à un organisme peut le faire apparaître comme un tribunal, même s'il exerce aussi de multiples autres attributions (administratives, réglementaires, consultatives par exemple).

C'est ce qu'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme, notamment le 30 novembre 1987 dans l'affaire H. c/ Belgique ²⁸: « un tel cumul d'attributions ne saurait à lui seul priver une institution de la qualité de tribunal pour certaines d'entre elles ». Car « un « tribunal » se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence » ²⁹, ou encore infliger des sanctions.

Celles-ci peuvent toucher aux droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6-1 lorsque, même infligées à titre disciplinaire, elles compromettent, comme une suspension, une interdiction, l'exercice d'une profession ³⁰.

Elles peuvent avoir aussi une « coloration pénale » même si elles sont purement pécuniaires. La « matière pénale » au sens du même article 6-1 est identifiée lorsqu'une infraction est prévue par une règle générale assortie d'une sanction, que cette règle a un caractère punitif, que la sanction a une finalité préventive et répressive et qu'elle est d'une certaine gravité ³¹.

Après avoir refusé d'admettre l'application de l'article 6-1 soit parce que l'organisme infligeant une sanction n'était pas une juridiction ³² soit parce que les sanctions infligées ne paraissaient ni toucher aux droits et obligations de caractère civil ni concerner la matière pénale, notamment en matière disciplinaire ³³, le Conseil d'État, précédé par la Cour de cassation ³⁴, a fini par admettre que des organismes infligeant des sanctions, qu'il constituent au sens français des juridictions ³⁵ ou non ³⁶, relèvent du champ d'application de l'article 6-1.

Cela contribue à renforcer les conditions de l'attribution et de l'exercice du pouvoir de sanction.

4. Le Conseil constitutionnel les avait déjà précisées. En particulier, selon la décision du 17 janvier 1989 (v. note 21), « il appartient au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis (...) ; conformément au principe du respect des droits de la défense, lequel constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, aucune sanction ne peut être infligée sans que (l'intéressé) ait été mis à même tant de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés que d'avoir accès au dossier le concernant ; (...) aucune sanction ne revêt un caractère automatique ; (...) toute décision prononçant une sanction doit être motivée ; (...) le principe de proportionnalité doit pareillement recevoir application (...) ; un même manquement ne peut donner lieu qu'à une seule sanction administrative ; (...) une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense ; (...) ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ; (...) toutefois, appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements ».

De même, la décision du 28 juillet 1989 (v. note 22) souligne « d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » ; elle constate que la Commission des opérations de bourse est indépendante et « à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent ». Elle précise qu'en cas de cumul de sanctions pécuniaires infligées par les juridictions pénales et par la Commission, le montant global ne peut, en raison du principe de proportionnalité, dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourus.

La décision du 23 juillet 1996 (v. note 23) est plus rigoureuse : « une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale ». Au surplus, le pouvoir de sanction accordé à une autorité administrative (en l'espèce l'Autorité de régulation des télécommunications) se limite exclusivement aux infractions à la législation qu'elle a pour mission de mettre en œuvre – ce qui souligne d'ailleurs l'unité, au sein de la fonction de régulation, des mesures exécutives et des mesures répressives.

5. L'extension du champ d'application de l'article 6-1 de la Convention européenne aux autorités administratives infligeant des sanctions a contribué également à les soumettre aux conditions définies par cette stipulation, selon laquelle « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ».

Cependant ces autorités administratives ne sont pas soumises à de telles conditions dans leur intégralité – pour la raison même qu'elles ne sont pas exactement des tribunaux.

La Cour européenne des droits de l'homme a expressément reconnu, dans l'arrêt déjà cité (v. note 29) du 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leusen et De Meyere c/ Belgique*, que « l'article 6-1, s'il consacre le droit à un tribunal, n'astreint pas pour autant les États contractants à soumettre les contestations (...) à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des tribunaux conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs et a fortiori juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous les aspects à ces mêmes prescriptions ».

La Cour de cassation a repris des formules semblables ³⁷. De même, dans l'arrêt *Didier* du 3 décembre 1999 (v. note 35), le Conseil d'État relève « que la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil

des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6-1 précité, n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ».

6. L'essentiel est que le recours à un juge permette ensuite de remplir pleinement leurs exigences.

Dans l'arrêt du 10 février 1983, *Albert et Lecompte c/ Belgique* (série A n° 58), la Cour européenne admet qu'« ou bien les juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6-1 ou bien elles n'y répondent pas, mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, les garanties de cet article ».

C'est également l'intervention d'un juge qui, pour le Conseil constitutionnel, constitue une garantie nécessaire en cas d'attribution d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative.

Dans sa décision du 17 janvier 1989, il relève, pour admettre l'attribution d'un pouvoir de sanction au Conseil supérieur de l'audiovisuel, « que toute décision infligeant une sanction peut faire l'objet (...) d'un recours ». Dans le cas contraire, aurait été violé le droit au recours, dont le Conseil constitutionnel a souligné à d'autres occasions, qu'assurant « la garantie des droits » exigée par l'article 16 de la Déclaration de 1789, il a une valeur constitutionnelle : le « droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction » doit être organisé et respecté ³⁸ .

7. Le contrôle du juge constitue ainsi une condition essentielle du pouvoir de sanction des autorités administratives.

La particularité de celles qui assurent la régulation d'un marché ne les soustrait pas à cette exigence, mais peut rendre délicate sa mise en œuvre. Pour elles spécialement, la question se déplace et se dédouble :

- à quel juge confier ce contrôle (I) ?
- quel contrôle doit exercer ce juge (II) ?

I. Quel juge pour contrôler le pouvoir de sanction ?

8. Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, la détermination du juge compétent pour contrôler le pouvoir de sanction des autorités administratives est secondaire, pour ne pas dire indifférente : l'essentiel est que le juge chargé de ce contrôle présente toutes les caractéristiques et garanties d'un tribunal commandées par l'article 6-1. Chaque État reste libre, dans le cadre de son organisation juridictionnelle, de donner compétence à une juridiction ou à une autre dès lors qu'elle remplit pleinement ces conditions.

En droit français, c'est la dualité de juridictions _ celles de l'ordre administratif, celles de l'ordre judiciaire _ qui a provoqué un débat et suscité des difficultés lorsqu'ont été instituées les autorités de marché. Celles-ci, par leur statut, sont administratives (supra n° 2). Mais, par leurs fonctions, elles connaissent principalement des entreprises. La première considération conduit à les rattacher à l'ordre juridictionnel administratif, la seconde justifierait de les soumettre à l'ordre judiciaire. Le conflit, à la fois théorique et pratique, a dû être réglé par le Conseil constitutionnel au regard de principes (A) dont la mise en œuvre a conduit à des solutions diversifiées (B).

A.

9. Les principes qui ont permis de déterminer le juge compétent pour contrôler les autorités de marché ont été dégagés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence (v. note 20). L'un est constitutionnel : le principe de la séparation des pouvoirs (a). L'autre est seulement fonctionnel : celui de la bonne administration de la justice (b).

a)

10. Le principe de la séparation des pouvoirs ne commande pas, par lui-même, à dire vrai, que le contrôle des décisions administratives, spécialement lorsqu'elles infligent des sanctions, soit effectué par des juridictions administratives. Il commande la distinction des fonctions législatives, exécutives et juridictionnelles, non la séparation des autorités administratives et judiciaires _ comme le montrent d'expérience les exemples étrangers, principalement anglo-saxons, et même en France, l'attribution aux juridictions judiciaires de certains contentieux impliquant l'administration, notamment en matière de responsabilité ³⁹, y compris pour appliquer un régime administratif ⁴⁰.

Aussi bien le Conseil constitutionnel a-t-il dénié que « les dispositions (...) de la loi des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (aient) en elles-mêmes valeur constitutionnelle ».

C'est « la conception française de la séparation des pouvoirs » qui a conduit à faire figurer au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République - c'est-à-dire parmi les principes constitutionnels - « celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

Ainsi, les autorités de marché, étant des autorités administratives, qui, notamment lorsqu'elles infligent des sanctions, exercent des prérogatives de puissance publique (supra n° 2), le contrôle de leurs décisions doit normalement relever en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative.

(...)

II. Quel contrôle du juge sur le pouvoir de sanction ?

20. Si la Cour européenne des droits de l'homme et, comme elle, la Cour de cassation et le Conseil d'État admettent que les prescriptions relatives au droit à un procès équitable peuvent ne pas être toutes satisfaites au niveau de l'autorité administrative qui inflige la sanction (supra n° 5), du moins, d'une part, certaines de ces exigences doivent déjà être satisfaites à ce niveau, d'autre part, elles doivent toutes l'être au niveau du juge qui exerce le contrôle. Celui-ci, selon la Cour européenne ⁵⁷, doit avoir notamment le pouvoir de réexaminer « les questions de fait et celles de droit » qui se posent au sujet de la sanction, exercer un plein contrôle, qu'elle qualifie de contrôle de « pleine juridiction » ⁵⁸.

Le Conseil constitutionnel, de son côté, dans sa décision déjà citée du 23 janvier 1987 (v. note 20), considère que doit être observée « une garantie essentielle des droits de la défense » que constitue la procédure de sursis.

Ces formules conduisent à déterminer quels recours doivent être organisés (A) avant d'examiner particulièrement l'objet du contrôle du juge (B).

(...)

La dispersion des autorités et des recours a fait perdre au système sa cohérence.

B.

29. Il pourrait la retrouver dans l'objet du contrôle exercé par le juge, puisque, quelle que soit la juridiction compétente, il doit couvrir l'ensemble des questions de droit et de fait qui se posent à propos de la sanction infligée et contestée. Le présent rapport ne peut passer en revue toutes celles qu'examinent le juge. Ne sont retenues que les plus importantes, qui apparaissent à propos de la régularité des conditions dans lesquelles la sanction a été prise (a) et du contenu de la sanction (b).

a)

30. Le contrôle de régularité permet de vérifier que les conditions de compétence, de forme, de procédure ont été observées. L'importance des droits de la défense, de la présomption d'innocence, de l'égalité des armes a été soulignée dans la jurisprudence constitutionnelle et européenne (v. supra, n° 4). La jurisprudence récente a particulièrement mis l'accent sur l'exigence d'impartialité.

Celle-ci a été formulée depuis longtemps dans la jurisprudence administrative et s'impose à toute autorité administrative, infligeant ou non une sanction⁹¹. Elle a été rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 28 juillet 1989 relative à la Commission des opérations de bourse (v. note 22).

La condition d'un « tribunal impartial » exprimée par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a suscité une jurisprudence importante de la Cour européenne : pour elle, l'impartialité doit être à la fois objective, en ce que les conditions d'intervention d'un organisme ne doivent pas donner même l'apparence d'une partialité, et subjective, en ce que les membres de cet organisme ne doivent pas avoir préalablement pris une position comportant une appréciation pouvant constituer une sorte de préjugement⁹².

Les juridictions françaises, tant judiciaires qu'administratives, en ont tenu compte.

31. La Cour de cassation, dans l'arrêt de son Assemblée plénière du 5 février 1999, C.O.B. c/ Oury⁹³, a considéré que l'un des membres de la Commission des opérations de bourse, nommé rapporteur, ayant procédé à l'instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles, et ayant participé au délibéré, le principe d'impartialité avait été violé. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 7 mars 2000, K.P.M.G.–Fiduciaire de France⁹⁴, a admis que le cumul au sein de la C.O.B. des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'est pas en soi contraire à l'exigence d'impartialité posée par l'article 6-1, mais qu'il y a lieu de rechercher si, compte tenu des modalités concrètes de mise en œuvre de ces attributions, spécialement au regard de la composition des organes appelés à les exercer, le droit de la personne poursuivie à un procès équitable a été ou non méconnu. Elle a jugé qu'en l'espèce il avait été violé car le collège de la C.O.B. a successivement décidé la mise en accusation d'une société sur les faits qu'il a constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué sur sa culpabilité et enfin lui a infligé une sanction.

La procédure de la C.O.B. a donc dû être modifiée⁹⁵.

Dans la même ligne, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 5 octobre 1999, S.N.C. Campenon Bernard S.G.E. (v. note 36) a jugé que « la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire au principe de l'égalité des armes ; il en est de même pour la présence au délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle ».

32. La jurisprudence administrative, en dépit des apparences⁹⁶, n'est pas en retrait par rapport aux précédentes.

A propos du Conseil des marchés financiers, le Conseil d'État, dans l'arrêt Didier du 3 décembre 1999 (v. note 35), a considéré « que le rapporteur, qui n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs ; qu'il n'a pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine ; que les pouvoirs d'investigation dont il est investi pour vérifier la pertinence des griefs et des observations de la personne poursuivie ne l'habilitent pas à faire des perquisitions, des saisies ni à procéder à toute autre mesure de contrainte au cours de l'instruction » ; qu'en l'espèce, le rapporteur n'a pas « excédé les pouvoirs qui lui sont conférés (...), qui ne diffèrent pas de ceux que la formation disciplinaire collégiale du Conseil des marchés financiers aurait elle-même pu exercer ; que, dès lors, il n'est résulté de sa participation aux débats et au vote à l'issue desquels il a été décidé d'infliger une sanction (...) aucune méconnaissance du principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Le même jour, il a appliqué la même analyse à propos du rôle du rapporteur dans des organismes ne constituant pas des autorités de marché ici étudiées, et qui, tel l'ordre des médecins ⁹⁷, relèvent du champ d'application de l'article 6-1, ou, telle la Commission nationale de l'informatique et des libertés ⁹⁸, n'en relèvent pas.

33. L'homogénéité des jurisprudences à propos du rôle du rapporteur est apparue avec des solutions qui, pour avoir été adoptées à propos d'organismes autres que des autorités de marché, n'en sont pas moins transposables à celles-ci.

D'une part, la Cour de cassation a jugé le 23 mai 2000 ⁹⁹ qu'en égard aux attributions particulières d'un bâtonnier quant à l'enquête et aux suites à donner à une affaire, « il ne peut dès lors ni présider la formation disciplinaire ni participer au délibéré ».

D'autre part, le Conseil d'État, qui avait déjà censuré un arrêt de la Cour des comptes rendu dans une affaire sur laquelle elle avait pris position dans un rapport public ¹⁰⁰, en a annulé un autre en raison de la participation du rapporteur à un jugement de comptes dont il a eu à connaître à l'occasion d'une vérification de gestion ¹⁰¹.

34. Au-delà du rôle du rapporteur, le principe d'impartialité a été appliqué de la même manière par les deux ordres de juridiction à propos d'autorités de marché.

Ainsi la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt déjà cité du 7 mars 2000 (v. note 93), a censuré la Commission des opérations de bourse pour avoir pris position sur une affaire avant d'arrêter la décision finale.

De même le Conseil d'État, dans l'arrêt (Sect.) du 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd ¹⁰², a considéré que la Commission bancaire, si elle a le droit de se saisir d'office et de porter à la connaissance d'un établissement de crédit les faits qui lui sont reprochés, « a méconnu la règle d'impartialité en présentant pour établis les faits dont elle faisait état et en prenant parti sur leur qualification d'infractions à différentes dispositions législatives et réglementaires ».

Le contrôle de l'impartialité et, plus généralement, de la régularité s'est ainsi nettement resserré.

b)

35. Celui de la proportionnalité répond à une double exigence : celle du principe même de proportionnalité des sanctions, dont le Conseil constitutionnel a souligné l'importance pour admettre que des autorités administratives puissent en infliger (v. supra n° 4) ; celle de la « pleine juridiction », au sens déjà évoqué (supra n° 22), commandant l'appréciation de toutes les questions de droit et de fait, et non pas seulement la censure de l'arbitraire ¹⁰³.

36. Le contrôle de proportionnalité peut être exercé dans le cadre du recours pour excès de pouvoir.

Tel a été le cas pour les sanctions qu'infligeait l'ancien Conseil des bourses de valeurs. Dans l'arrêt Le Cun (v. note 32), le Conseil d'État a considéré « que les faits commis (...) étaient de nature à justifier légalement la sanction pécuniaire de un million de francs qui (...) a été infligée par la décision attaquée ». Si la motivation est succincte, les conclusions du commissaire du gouvernement indiquaient les raisons qui, dans le cadre d'un contrôle « maximum », justifiaient la solution.

Le même type de contrôle aurait pu continuer à s'exercer si n'avait été préféré, voire imposé, le recours en réformation (v. supra, n° 22).

37. Celui-ci peut aboutir au même résultat qu'un recours pour excès de pouvoir, non seulement parce que, si le juge considère qu'aucune sanction n'était méritée, il annule celle qui a été infligée, mais aussi lorsque, considérant comme appropriée celle qui l'a été, il rejette le recours.

Ainsi, dans l'affaire Radio-Solidarité (supra, note 13), concernant le retrait de l'autorisation d'exploiter un service de radiodiffusion sonore, le Conseil d'État a jugé « qu'en égard à la gravité des manquements

reprochés et, en particulier, à la persistance de l'association requérante à méconnaître la limite de puissance fixée par son autorisation, en dépit des mises en demeure répétées qui lui avaient été adressées et des sanctions dont elle avait déjà fait l'objet, la sanction infligée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne présente pas un caractère excessif ». De même, dans l'affaire « Ici et Maintenant » (v. note 13), la réduction de la durée de l'autorisation n'était pas excessive, « compte tenu de la gravité et de la répétition des faits reprochés ».

L'intérêt essentiel du recours en réformation est de permettre au juge de substituer à la sanction initialement infligée celle qui lui paraît adéquate. Le refus de modulation de la sanction dans certains contentieux ¹⁰⁴ ne paraît pas pouvoir être opposé au type de sanction examiné ici.

Ainsi, dans l'affaire Société de bourse Wargny (supra, note 31), le Conseil d'État, statuant expressément « sur l'existence des infractions et l'adéquation des sanctions » infligées par l'ancien Conseil du marché à terme, a examiné les différentes fautes retenues par celui-ci et en a écarté une : en conséquence, « eu égard à l'importance qui s'attache à ce dernier grief, il y a lieu de réduire la sanction prononcée en la limitant au blâme et à une sanction pécuniaire d'un montant de 100.000 F » (au lieu de 250.000 F).

38. Lorsque la Cour d'appel de Paris est compétente, elle ne statue pas différemment. Les décisions rendues sur recours contre les sanctions infligées par le Conseil de la concurrence sont les plus nombreuses. Elles sont d'autant plus significatives que les textes précisent les critères au regard desquels la proportionnalité de ces sanctions doit être appréciée. Selon l'article 13 alinéa 3 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu l'article L. 464-2 alinéa 3 du nouveau Code de commerce), « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné ».

Tantôt, après avoir annulé la décision du Conseil de la concurrence, par exemple pour manquement au principe d'impartialité, en raison du rôle du rapporteur (supra, n° 31), elle se prononce, « dans le contentieux de pleine juridiction institué par l'article 15 alinéa 1 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 » (article L. 464-8 du Code de commerce) « sur les principes dont le Conseil était saisi », et inflige elle-même les sanctions (qui peuvent être identiques à celles qu'avait infligées le Conseil) ¹⁰⁵ .

Tantôt elle retient les sanctions infligées par le Conseil, soit en reprenant la même appréciation que lui, soit en lui en substituant une autre ¹⁰⁶.

Tantôt elle substitue aux sanctions prononcées par le Conseil, une sanction différente, soit plus soit moins élevée ¹⁰⁷ , sauf à ce que son arrêt soit lui-même cassé pour motivation impropre à établir la proportionnalité ¹⁰⁸ .

* * *

39. Au terme de cette analyse, on peut d'abord constater que le pouvoir de sanction des autorités de marché se trouve aujourd'hui effectivement et efficacement encadré.

Il l'est en amont par la détermination des conditions dans lesquelles un tel pouvoir peut leur être reconnu.

Il l'est en aval par l'intervention d'un juge qui contrôle les décisions prises.

Les craintes et les réserves que l'attribution d'un tel pouvoir de sanction à des autorités administratives peut susciter à la fois au regard des principes de la répartition des pouvoirs et de la pratique de son exercice peuvent être apaisées en considération des résultats atteints.

Les efforts conjugués des jurisprudences, constitutionnelle, européenne, administrative et judiciaire, sont parvenus à des résultats que l'on peut considérer comme satisfaisants. Les garanties nécessaires à la protection des particuliers et des entreprises contre les abus du pouvoir de sanction ont été mises en place et sont mises en œuvre.

40. Les solutions sont pourtant trop hétérogènes pour être pleinement satisfaisantes.

Elles comportent certes des éléments d'unité, tenant notamment à la manière dont sont contrôlées l'impartialité des autorités et proportionnalité des sanctions, dans le cadre de recours qui relèvent tous de la pleine juridiction.

Mais l'unité laisse place à la diversité, s'agissant du juge compétent, des procédures par lesquelles il est saisi, notamment en cas d'urgence. Ces différences seraient sans importance si elles n'avaient pas de conséquences sur la situation des intéressés : mais d'un juge à l'autre, d'une procédure à l'autre, ils n'ont pas les mêmes garanties.

Les solutions ont été adoptées une à une, autorité par autorité, juge par juge, parfois avec deux juges pour une même autorité, et deux voire plusieurs solutions pour un même juge. Elles n'ont pas fait l'objet d'une vue d'ensemble. Le système n'a pas de cohérence ¹⁰⁹.

A force de diversifier les autorités, de démultiplier les procédures, de différencier les contrôles, on arrive à décomposer l'État – non pas seulement au sens faible (« diviser, séparer en éléments »), mais au sens fort (« altérer les éléments d'un corps »).

Au bout du compte, c'est l'unité de l'État qui peut se trouver compromise.

1 – Le présent rapport, d'abord présenté oralement au colloque du 22 janvier 2001, a été étoffé et remanié en vue de sa publication. Il a été mis à jour à la date du 31 mai 2001.

2 – Sur l'ensemble du sujet, v. notamment Conseil d'État, Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, La Documentation française, 1995 ; M. Degoffe, Droit de la sanction non pénale, Economica, 2000 ; M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal, Economica, 1992 ; Petites Affiches du 17 janvier 1990, no spécial sur Les sanctions administratives, et notamment : F. Moderne, Sanctions administratives et protection des libertés individuelles au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, p. 15 ; C. Teitgen-Colly, Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes, p. 25 ; J.F. Brisson, Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. A propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, A.J.D.A. 1999.847 ; F. Moderne, Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens, R.F.D.A. 1997.1 ; J. Ribs et R. Schwartz, L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes, Gaz. Pal. 2000, no 210-211, p. 3 à 11.

3 – Ancien Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilière _ articles L. 623-1 et s. du nouveau Code monétaire et financier.

4 – Ordonnance du 1er décembre 1986 ; articles L. 464-1 et s. du nouveau Code de commerce.

5 – Loi du 24 janvier 1984 ; articles L. 613-1 et s. du Code monétaire et financier.

6 – Loi du 31 décembre 1989 ; articles L. 310-12 et s. du Code des assurances.

7 – Ordonnance du 28 septembre 1967, modifiée par les lois du 2 août 1989 et du 2 juillet 1996 ; articles L. 621-1 et s. du Code monétaire et financier.

8 – Loi du 2 juillet 1996 ; articles L. 622-1 et s. du Code monétaire et financier.

9 – Loi du 30 septembre 1986 ; article modifié notamment par celle du 17 janvier 1989.

10 – Loi du 26 juillet 1996 ; articles L. 36-1 et s. du Code des postes et télécommunications.

11 – Loi du 10 février 2000 ; articles 36 et s.

12 -C.E., 12 mars 1999, S.A. Jacqueline du Roure, Rec. Leb. p. 60 : retrait de l'agrément d'une société de gestion de portefeuille, prononcé par la C.O.B., « qui n'est pas une juridiction, s'est bornée sans prononcer une sanction ni poursuivre une infraction à faire usage de ce pouvoir » parce que le titulaire cesse de remplir les conditions mises à l'octroi de l'agrément. Le « but de police » poursuivi par l'ancien Conseil des bourses de valeurs est expressément relevé par l'arrêt Le Cun du 1er mars 1991, v. note 32.

13 -Par exemple, les sanctions prononcées par la Commission bancaire, le Conseil de discipline de la gestion financière, le Conseil des marchés financiers.

14 -Par exemple, les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, la Commission des opérations de bourse, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (pour ce dernier, v. notamment C.E., 14 juin 1991, Association Radio Solidarité, Rec. Leb. p. 232 ; R.F.D.A. 1992.1025, note J.-L. Autin ; 9 octobre 1996, Association « Ici et Maintenant », Rec. Leb. p. 401).

15 -C.E., 8 août 1919, Labonne, Rec. Leb. p. 727 ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 12e éd., 1999, p. 219.

16 -Par ex. C.E., Sect., 5 mai 1944, Dame Trompier Gravier, Rec. Leb. p. 133 ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 363.

17 -V. notamment La régulation : monisme ou pluralisme ?, in Petites Affiches du 10 juillet 1998 ; J. Chevallier, Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés, Justices, 1995, no 1, p. 81 ; M. Frison-Roche, Le droit de la régulation, D. Aff. 2001.610. L'expression est devenue officielle avec la création d'organismes de « régulation » (télécommunications, électricité) et la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques.

18 -Sur les différents sens du mot « régulation » et l'acception dans laquelle « l'autorité de régulation doit se voir doter de l'ensemble des pouvoirs qui lui sont nécessaires pour assurer sa mission », v. l'étude du Conseil d'État sur Les autorités administratives indépendantes, in E.D.C.E., no 52, 2001, p. 253 et s., spécialement p. 279-280.

19 -Article 48 de la loi du 24 janvier 1984 ; article L. 613-23. I du Code monétaire et financier. Sur les conséquences de cette qualification au regard du principe de publicité des audiences, v. C.E., 29 novembre 1999, Société Rivoli Exchange, Rec. Leb. p. 367.

20 -Loi du 8 août 1994.

21 -Décision 86-224 DC, Rec. p. 8 ; Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit., p. 704.

22 -Cons. const., no 88-248 DC, 17 janvier 1989, cons. 27 et 37, Rec. p. 18 ; R.F.D.A. 1989.215, comm. B. Genevois.

23 -Cons. const., no 89-260 DC, 28 juillet 1989, cons. 6 et 10, Rec. p. 71 ; A.J.D.A. 1989.619, note J. Chevallier ; R.F.D.A. 1991.691, comm. B. Genevois.

24 -Cons. const., no 96-378 DC, 23 juillet 1996, cons 15 et 21, Rec. p. 99 ; A.J.D.A. 1996.694, note O. Schrameck.

25 -Cons. const., 17 janvier 1989, précité, cons. 26 et 27.

26 -Cons. const., 28 juillet 1989, précité, cons. 6.

27 -Cons. const., 23 juillet 1996, précité, cons. 15.

28 -C.E.D.H., 30 novembre 1987, H. c/ Belgique, série A, no 127 - B, ¶50.

29 -C.E.D.H., 27 août 1991, Demicoli c/ Malte, série A, no 210, ¶40.

30 –C.E.D.H., 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, série A, no 43 ; R.D.S.S. 1982.65, note L. Dubouis ; 26 septembre 1995, *Diennet c/ France*.

31 –C.E.D.H., 8 juin 1976, *Engel*, série A no 22 ; Cah. dr. eur. 1978.368, note G. Cohen-Jonathan ; 21 février 1984, *Oztürk*, série A, no 73 ; 24 février 1994, *Bendenoun c/ France*, série A, no 284 ; R.F.D.A. 1995.1182, note J.-P. Maublanc et L. Maublanc-Fernandez.

32 –Par exemple le Conseil supérieur de l'audiovisuel : C.E., 14 juin 1991, *Association Radio Solidarité*, précité note 12 ; pour le Conseil du marché à terme : C.E., 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny*, Rec. 192.

33 –Pour les juridictions des ordres professionnels : C.E., Sect., 27 octobre 1978, *Debout*, Rec. 395, concl. D. Labetoulle, R.D.S.S. 1979.59, note L. Dubouis, et 210, note J.-M. Auby ; Ass. 11 juillet 1984, *Subrini*, Rec. 259 ; D. 1985.150, concl. contr. B. Genevois ; A.J.D.A. 1984.534, chr. J.-É. Schoettl et S. Hubac ; pour le Conseil des bourses de valeurs : C.E. Ass., 1er mars 1991, *Le Cun*, Rec. 71, R.F.D.A. 1991.612, concl. M. de Saint-Pulgent, A.J.D.A. 1991.358, chr. R. Schwartz et C. Maugüé.

34 –Cass. civ. 1re, 10 janvier 1984, Bull. civ. I. no 8, p. 6 ; Cass. com., 9 avril 1996, *Haddad c/ A.J.T.*, Bull. civ. IV, no 115, p. 96, à propos de la C.O.B.

35 –A propos des juridictions des ordres professionnels : C.E., Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, Rec. 34, concl. M. Sanson, A.J.D.A. 1996.358, chr. F. Stahl et D. Chauvaux ; Sect., 3 décembre 1999, *Leriche*, Rec. 402, concl. R. Schwartz, A.J.D.A. 2000.126, concl. M. Guyomar et P. Collin.

36 –A propos du Conseil des marchés financiers, C.E., Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, Rec. 399, R.F.D.A. 2000.584, concl. A. Seban, et 1060, chr. L. Sermet ; A.J.D.A. 2000.126, chr. M. Guyomar et P. Collin.

37 –A propos du Conseil de la concurrence, Cass. com., 5 octobre 1999, *S.N.C. Campanon Bernard CGE*, Bull. civ. IV, no 158, p. 133 ; J.C.P. 2000.II.10255, note Cadou.

38 –Cons. const., 9 avril 1996, no 96-373 DC, cons. 83, Rec. 43 ; A.J.D.A. 1996.371, chr. O. Schrameck ; R.F.D.C. 1996.589, note T.S. Renoux. Dans le même sens Cons. const., 21 décembre 1999, no 99-422 DC, cons. 64, Rec. 143 ; A.J.D.A. 2000.48, chr. J.-É. Schoettl ; R.F.D.C. 2000.125, note D. Ribes.

39 –L'exemple le plus simple est celui de la loi du 31 décembre 1957 transférant aux juridictions judiciaires le contentieux des accidents de véhicules de l'administration.

40 –Outre, à titre de droit commun, le régime de responsabilité de la puissance publique en cas de dommages causés par le service public judiciaire (Cass. civ., 23 novembre 1956, *Trésor public c/ Dr Giry*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit., p. 537), des régimes spéciaux établis par le législateur par exemple pour les fautes commises par les membres de l'enseignement public (loi du 5 avril 1937), et pour les dommages causés par les attroupements et émeutes (dont le contentieux n'a été « restitué » aux juridictions administratives que par la loi du 9 janvier 1986).

57 –C.E.D.H., 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, série A, no 132 ¶ 71.

58 –C.E.D.H., 10 février 1993, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, série A, no 58, ¶ 29.

91 –Par ex. C.E., Sect., 20 juin 1958, *Louis*, Rec. 368 ; 9 novembre 1966, *Commune de Clochars-Carnoët*, Rec. 591, D. 1967.92, concl. G. Braibant, A.J. 1967.34, chr. J. Lecat et J. Massot, R.D.P. 1967.334 ; M. Degoffe, *L'impartialité de la décision administrative*, R.F.D.A. 1988.711 ; v. E. Mitard, *L'impartialité administrative*, A.J.D.A. 1999.479.

92 –Par ex. C.E.D.H., 21 septembre 1982, *Piersack c/ Belgique*, série A, no 53 ; 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, série A, no 86.

- 93 –Bull. civ., no 1, p. 1 ; Gaz. Pal. des 24–25 février 1999, concl. Lafortune, note Degueldre, Gramblat et Herbière ; J.C.P. 1999. II. 10060, note Matsopoulou.
- 94 –J.C.P. 2000. II. 10408, note R. Drago ; v. G. Canivet, La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales, R.J.D.A., mai 1996, p. 42 et s.
- 95 –Décrets nos 2000–720 et 721 du 1er août 2000.
- 96 –V. par ex. J.–F. Brisson, article précité.
- 97 –C.E., Sect., 3 décembre 1999, Leriche, précité note 34.
- 98 –C.E., Ass., 3 décembre 1999, Caisse de crédit mutuel de Bain–Tresboeuf, Rec. 397 ; R.F.D.A. 2000.574, concl. J.–D. Combrexelle ; A.J.D.A. 2000.126, chr. M. Guyomar et P. Collin ; J.C.P. 2000. II. 10267, note F. Sudre.
- 99 –Cass. civ. 1re, Bull. civ. I, no 151, p. 99 ; A.J.D.A. 2000.762, obs. P. Sargos.
- 100 –C.E., Ass., 23 février 2000, Société Labor Métal, R.F.D.A. 2000.435, concl. A. Seban ; A.J.D.A. 2000.404, chr. M. Guyomar et P. Collin.
- 101 –C.E. Ass., 6 avril 2001, S.A. Entreprise Razel Frères, Leuch, A.J.D.A. 2001.453, chr. M. Guyomar et P. Collin.
- 102 –J.C.P. 2001. II. 10459, concl. F. Lamy ; A.J.D.A. 2000.1001, chr. M. Guyomar et P. Collin, et 1071, note P. Subra de Bieusses.
- 103 –C.E.D.H., 29 avril 1988, Belibos c/ Suisse, série A, no 132.
- 104 –C.E., Sect., 28 juillet 1999, G.I.E. Mumm–Perrier–Jouet, Rec. 257, concl. J.–C. Bonichot ; Petites Affiches no 44 de 1999, concl. J.–C. Bonichot ; A.J.D.A. 1999.783, chr. P. Fombeur et M. Guyomar.
- 105 –Par exemple, Paris, 29 juin 2000, relatif aux recours formés par la Ligue nationale de football, B.O.C.C.R.F. du 12 septembre 2000, p. 468.
- 106 –V. en ce sens Cass. com., 13 mars 2001, Société Entreprise Jean Lefebvre Méditerranée, B.O.C.C.R.F. du 23 avril 2001, p. 311.
- 107 –Par exemple, Paris, 19 septembre 2000, Syndicat des négociants détaillants en combustibles ; 17 octobre 2000, Syndicat national des ambulanciers de montagne.
- 108 –Par exemple, Cass. com., 14 décembre 1999, ministre de l'Économie c/ Société S.C.R.
- 109 –La réforme des autorités financières, qui fait l'objet d'un projet de loi, pourrait permettre de retrouver une certaine unité. Mais le projet a été retiré de l'ordre du jour (...).