

9 – LE CONSEIL DES MARCHÉS FINANCIERS ET LA COMMISSION DES OPÉRATIONS DE BOURSE NE RESPECTENT PAS LE PRINCIPE D'IMPARTIALITÉ – Nicolas Rontchevsky

Un auteur a récemment critiqué avec force le désordre juridique français et sa conséquence pour les justiciables : l'insécurité (A. Decocq, *Ecrits en hommage à J. Foyer*, PUF, 1997, p. 147). L'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 1999 et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 mars 2000 en offrent une nouvelle illustration dans le domaine de la répression administrative des infractions boursières. Le rapprochement de ces deux décisions montre en effet qu'une profonde divergence subsiste entre les juridictions administrative et judiciaire quant à la portée du principe d'impartialité. Ce constat (I) appelle des propositions de réforme pour unifier les règles de procédure applicables devant les autorités administratives de régulation de l'économie (II).

I) Statuant sur le recours formé par un prestataire de services d'investissement contre une décision du Conseil des marchés financiers lui ayant infligé une sanction pécuniaire de cinq millions de francs et retiré sa carte professionnelle pour une durée de six mois en application de l'article 69 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 (cette Revue 1999.719), l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 1999 affirme que la présence du rapporteur au délibéré du CMF en matière disciplinaire n'enfreint pas le principe d'impartialité « rappelé » à l'article 6, § 1 de la convention européenne des droits de l'homme (A). Ce disant, la Haute juridiction administrative est en contradiction avec la solution retenue par la Cour de cassation dans ses arrêts du 5 février 1999 (cette Revue 1999.467) à propos du rapporteur de la Commission des opérations de bourse. L'écart entre les deux ordres de juridictions semble encore accentué par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 mars 2000 qui remet une nouvelle fois en cause le déroulement de la procédure de sanction devant la COB (B).

A) Le Conseil d'Etat affirme successivement que le CMF statuant en matière disciplinaire « doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la Convention européenne des droits de l'homme ; que, compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conformes 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 ; que cependant – et alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne – le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6, § 1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'Etat à l'encontre de sa décision ». A l'issue d'une analyse concrète des pouvoirs dont est investi le rapporteur du CMF par le décret n° 96-872 du 3 octobre 1996, « qui ne diffèrent pas de ceux que la formation disciplinaire collégiale du conseil des marchés financiers aurait pu elle-même exercer », le Conseil d'Etat conclut qu'« il n'est résulté de sa participation aux débats et au vote à l'issue desquels il a été décidé d'infliger une sanction à M. Didier aucune méconnaissance du principe d'impartialité rappelé à l'article 6, § 1 de la convention européenne des droits de l'homme ».

S'agissant enfin de la détermination du plafond de la sanction pécuniaire encourue par l'intéressé (fixé par l'art. 69-III, L. du 2 juill. 1996 au triple des profits réalisés), le Conseil d'Etat affirme que « c'est à bon droit que le Conseil des marchés financiers a pris pour base le montant des profits réalisés lors de la revente par la SNC Dynabourse arbitrage des titres non apportés à l'offre publique d'achat, en le rapportant à la part détenue par M. Didier dans le capital de cette société ».

On retiendra surtout de cette décision qu'elle marque une évolution de la position du Conseil d'Etat en ce qui concerne l'interprétation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'application du principe d'impartialité.

La première affirmation constitue en effet un revirement de jurisprudence « spectaculaire » (F. Sudre, note préc., n° 5) au regard de décisions antérieures de la Haute juridiction administrative qui déclaraient l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme inapplicable aux décisions de sanctions rendues par des autorités administratives qui ne sont pas des juridictions (V. not. CE, 4 mai 1998, Sté de bourse P. Wargny, Lebon, p. 192). Le Conseil d'Etat admet donc désormais que les sanctions des autorités administratives indépendantes – le CMF est ainsi qualifié par un communiqué diffusé par le Conseil d'Etat après sa décision du 3 décembre 1999 (Petites affiches, 14 déc. 1999, p. 4) – relèvent de la matière pénale au sens de l'article 6, § 1 de la convention européenne des droits de l'homme, rejoignant ainsi la position adoptée dès 1996 par la Cour de cassation (Com. 9 avr. 1996, Bull. civ. IV, n° 115 ; adde Com. 5 oct. 1999, Bull. civ. IV, n° 158 ; D. 1999.AJ.44, obs. A. L).

La deuxième affirmation est conforme quant à elle à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère de manière constante que des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention d'organes non juridictionnels ne satisfaisant pas aux garanties de l'article 6 de la convention dès lors que les décisions prises subissent a posteriori le contrôle effectif d'un organe juridictionnel indépendant doté de la plénitude de juridiction et offrant les garanties de l'article 6 (V. not. CEDH 23 juin 1981, Le Compte et autres, A. 43 ; 21 févr. 1984, Oztürk, A. 73 ; 19 déc. 1997, Helle, Lebon DEH 2911). Mais il faut souligner que cette solution est en retrait par rapport à la position de la Cour de cassation qui a manifestement choisi d'aller au-delà des exigences européennes (V. not. Cass. ass. plén., 5 févr. 1999, préc.) pour imposer une véritable « juridictionnalisation » de la procédure devant les autorités administratives indépendantes (V. F. Sudre, note préc., n° 13).

Aux termes de sa troisième affirmation, le Conseil d'Etat admet néanmoins que le principe d'impartialité « rappelé à l'article 6, § 1 » peut être invoqué à l'appui d'un recours contre une décision disciplinaire du CMF « eu égard à la nature, à la composition et aux attributions » de celui-ci. Autrement dit, le Conseil d'Etat découvre un principe général d'impartialité en droit interne (sur cette « déconventionnalisation » du principe d'impartialité, V. l'analyse pleine d'humour de F. Sudre, note préc., n° 17, qui y voit un « efficace tour de passe-passe »).

La quatrième affirmation concernant l'appréciation de l'impartialité du rapporteur est également conforme à la conception de l'impartialité objective retenue par les arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme qui ont tendance à admettre – de manière discutable – le cumul de fonctions juridictionnelles différentes par un même juge dans une même affaire (V. not. CEDH 22 févr. 1996, Bulut, JCP 1997.I.4000, n° 25, obs. F. Sudre). A cet égard, le Conseil d'Etat s'est livré à une analyse minutieuse des pouvoirs du rapporteur du CMF, tels qu'ils résultent du décret n° 96-872 du 3 octobre 1996. La Haute juridiction estime que le principe d'impartialité a été respecté dans la mesure où le rapporteur ne peut ni déclencher la poursuite, ni participer à la formulation des griefs et ne peut adopter au cours de l'instruction des mesures de contraintes (perquisitions ou saisies par ex.). Autrement dit, conformément à la jurisprudence européenne, le Conseil d'Etat considère que l'exigence d'impartialité est respectée dès lors que les actes d'instruction effectués par le rapporteur sont sommaires et ne sont pas de nature à laisser à penser qu'il a un préjugé. Dans cette hypothèse, le rapporteur peut non seulement participer aux débats, mais aussi au vote de l'organisme investi d'un pouvoir de sanction.

Cette solution est désormais acquise pour le rapporteur du CMF statuant en formation disciplinaire, mais le Conseil d'Etat a bien précisé qu'elle ne préjuge pas de celles qui seront adoptées lorsqu'il aura à connaître de sanctions infligées par d'autres organismes au sein desquels le rapporteur est doté de certains pouvoirs de poursuite ou de formulation des griefs (Communiqué du CE, préc.). La conformité des différentes procédures de sanction administrative au principe d'impartialité sera donc appréciée au cas par cas.

Si cette position est en harmonie avec la jurisprudence européenne, elle contraste en revanche singulièrement avec les solutions retenues par la Cour de cassation à propos du rapporteur de la COB (Cass. ass. plén., 5 févr. 1999, préc.) et du Conseil de la concurrence (Com. 5 oct. 1999, préc.) dont la

participation au délibéré, même sans voix délibérative, est jugée contraire au principe du contradictoire et de l'égalité des armes dès lors que l'intéressé a procédé à des investigations utiles pour l'instruction des faits (sur cette divergence entre le CE et la Cour de cassation, V. not. A. Bienvenu-Perrot, note préc. II, in fine). A cet égard, la Cour de cassation tire toutes les conséquences du rôle essentiel joué par le rapporteur dans les procédures de sanction administrative en raison de sa mission d'instruction et de ses pouvoirs d'investigation.

Mais « Vérité Quai de l'horloge, erreur au Palais Royal » semble-t-il. L'impartialité devient ainsi une « garantie à géométrie variable » devant les Hautes Juridictions françaises (M. Boizard, obs. préc., p. 64) et l'on a le désagréable sentiment que des habitudes culturelles prennent le pas sur la sécurité juridique des administrés. Force est en effet de constater que la Cour de cassation a voulu et su imposer aux autorités administratives indépendantes placées sous son contrôle sa culture procédurale qui s'exprime essentiellement par le respect du principe de la contradiction et du principe d'impartialité (V. déjà G. Canivet, La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales, RJDA 1996.423, n° 35). En revanche, ces principes ont traditionnellement occupé une place plus modeste dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a une autre culture procédurale (V. F. Sudre, note préc., n° 16-17 ; H. de Vauplane, obs. préc., p. 54, col. 1).

Le clivage culturel qui existe entre les juridictions administrative et judiciaire ressort encore plus nettement de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 mars 2000 qui estime que l'exercice par les mêmes membres du collège de la COB des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement porte atteinte à l'exigence d'impartialité objective.

B) Les magistrats parisiens étaient saisis en l'occurrence d'un recours formé par une société de commissariat aux comptes contre une décision de la COB du 18 juin 1999 qui lui avait infligé une sanction pécuniaire de 500 000 F pour avoir manqué au règlement n° 90-02 relatif à l'information du public en signant la note d'information se rapportant à un emprunt obligataire émis par la société Dapta Mallinjoud, société cotée. On se souvient que la Cour d'appel de Paris avait déjà ordonné le sursis à exécution de la mesure de publication dont la COB avait assorti sa décision (CA Paris, 16 sept. 1999, cette Revue 2000.144). A l'appui de son recours tendant à titre principal à l'annulation de la décision de la COB est subsidiairement à sa réformation, la société invoquait deux arguments tirés d'une part de l'inapplicabilité aux commissaires aux comptes de la procédure de sanction prévue à l'article 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 et d'autre part de l'inobservation des prescriptions de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme.

Le premier argument est rejeté par la Cour d'appel de Paris qui affirme « qu'il résulte des dispositions de l'article 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 et de l'article 3 du règlement COB n° 90-02, que la société requérante n'est pas fondée à prétendre qu'en sa qualité de commissaire aux comptes, elle échappe à l'application du règlement n° 90-02 ». Cette solution est à l'abri de la critique au regard des textes visés qui permettent de sanctionner « toute personne » qui a communiqué au public ou diffusé une information inexacte, imprécise ou trompeuse. Il faut rappeler ici que la contresignature par les commissaires aux comptes des notes d'information et des notes de présentation est obligatoire en vertu d'une norme du conseil national des commissaires aux comptes (n° 354) qui prévoit que les commissaires aux comptes donnent leur avis sur les notes d'information publiées par les sociétés qui émettent dans le public des valeurs mobilières de toutes natures (V. Mémento comptable F. Lefebvre 2000, n° 5080-2). Or il est certain que la contresignature du commissaire aux comptes, professionnel indépendant, constitue une attestation de fiabilité extrêmement importante pour le public. Dans ces conditions, en contresignant une note contenant des informations qui ne sont pas conformes aux exigences du règlement n° 90-02 (devenu règl. n° 98-07), le commissaire aux comptes est bien l'auteur d'un manquement audit règlement. On sait du reste que des commissaires aux comptes ayant certifié une note relative à une augmentation de capital contenant des informations inexacts ont déjà été

condamnés sur le terrain voisin du délit de fausse information prévu par l'article 10-1, alinéa 3 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 (T. corr. Paris, 17 déc. 1997, cette Revue 1998.640).

En revanche, le second argument fait mouche. Au terme d'une longue motivation, la Cour d'appel de Paris considère en effet que l'exigence d'impartialité n'a pas été respectée par la COB. Pour parvenir à cette conclusion, la cour affirme tout d'abord que même si la COB n'est pas tenue de satisfaire sous tous leurs aspects aux prescriptions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (V. déjà en ce sens, Com. 9 avr. 1996, préc.), « le moyen tiré de ce que la commission se serait prononcée dans des conditions qui ne respecteraient pas l'exigence d'impartialité peut, en revanche, être utilement invoqué à l'appui du recours formé à l'encontre de sa décision ». Elle ajoute que « le cumul au sein de cette autorité administrative des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, critiqué par la requérante, n'est pas, par lui-même, contraire à l'exigence ci-dessus rappelée ; 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 ».

Faisant application de ces principes, la cour examine alors les différentes étapes de la procédure à l'issue de laquelle la société requérante a été sanctionnée. Elle constate qu'en sa séance du 4 mars 1997, le collège de la COB a examiné le rapport de l'enquête effectuée sur l'information financière et comptable de la société Dapta Mallinjoud et a décidé d'ouvrir une procédure aux fins d'éventuelles sanctions à l'encontre de diverses personnes dont la société requérante et que par une lettre du 2 octobre 1997, le président de la COB a notifié les griefs visant la société.

Enfin, la cour examine sous l'angle du principe d'impartialité la séance du collège de la COB à l'issue de laquelle a été prononcée la sanction. Elle constate que « lors de sa séance du 18 juin 1999, le collège de la commission, dont six membres, dont son président, étaient déjà présents à la séance du 4 mars 1997, a arrêté la décision précitée après avoir entendu le rapporteur, qui n'a pas pris part au délibéré, et les personnes mises en cause ; qu'ainsi le collège de la commission a, successivement, dans les conditions ci-dessus mentionnées, décidé la mise en accusation de la société X sur des faits qu'il a constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière ; considérant que l'exigence d'impartialité doit s'apprécier objectivement ; considérant qu'il résulte des constatations qui précèdent que les craintes de la société X quant à l'impartialité de la commission des opérations de bourse doivent être regardées comme objectivement justifiées ; que la requérante ait, en conséquence, fondé à soutenir qu'il a été porté atteinte à son droit à un procès équitable et à conclure, pour ce motif, à l'annulation de la décision déferée ».

Après avoir annulé la décision de sanction, la cour refuse de statuer comme le lui demandait la COB sur les pratiques qui avaient été imputées à la société requérante en rappelant la solution déjà posée dans son arrêt du 2 juillet 1999 (cette Revue 1999.919) : « si dans le contentieux de pleine juridiction institué par l'article 12 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, la Cour d'appel de Paris, après avoir annulé la décision objet du recours, a le pouvoir de se prononcer conformément à l'article 9-2, sur les pratiques dont la COB était saisie, elle ne peut en user lorsque la nullité affecte, comme en l'espèce, l'ensemble des actes de la procédure, viciée dès l'origine ».

Cette longue motivation appelle plusieurs observations.

Alors que jusqu'à présent l'exigence d'impartialité objective avait été invoquée principalement pour critiquer la participation du rapporteur au délibéré (qui n'était pas en cause ici, la Cour d'appel a examiné pour la première fois sous cet angle le déroulement de l'ensemble de la procédure de sanction de la COB. A l'instar de la Cour de cassation (V. Cass. ass. plén., 6 nov. 1998, deux arrêts, D. affaires 127, obs. J. F.), les conseillers parisiens se sont en effet référés expressément à l'impartialité objective qui ramène à l'organisation de la juridiction et impose l'existence de garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (V. CEDH 1^{er} oct. 1982, Piersak, A. n° 53). A cet égard, la cour admet

que la COB peut cumuler les fonctions de poursuite d'instruction et de jugement sans manquer à l'exigence d'impartialité. L'arrêt n'implique donc pas un démantèlement des pouvoirs de la COB. La cour estime en revanche que les modalités concrètes de l'exercice du pouvoir de sanction peuvent en l'occurrence susciter un doute quant à la neutralité des membres du collège de la COB qui non seulement se sont prononcés sur la culpabilité et la sanction mais sont aussi intervenus antérieurement aux différents stades de la procédure.

Cette appréciation concrète de l'exigence d'impartialité objective apparaissait déjà en filigrane dans les arrêts rendus par la Cour d'appel de Paris le 7 mai 1997 (JCP 1997 éd. EI.676, n° 14, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain) dans l'affaire Oury. Or il avait été souligné que les modifications apportées à la procédure de sanction par le décret n° 97-774 du 31 juillet 1997 ne répondaient pas à tous les griefs formulés par ces décisions (V. not. C. Ducouloux-Favard et N. Rontchevsky, Bull. Joly 1997.107, spéc. II, n° 13 et s.). La COB est ainsi une nouvelle fois sanctionnée par la Cour d'appel de Paris pour n'avoir pas entendu ceux qui, dès 1997, l'avaient invitée à distinguer en son sein l'organe de lancement de la poursuite de l'organe de jugement (A. Viandier et J.-J. Caussain, obs. préc.) ou ceux qui, récemment encore, lui suggéraient de modifier sa méthode de traitement des affaires (cette Revue 1999.471).

Il semble que la COB a maintenant bien compris les exigences de la Cour d'appel de Paris puisque son président a indiqué qu'un projet de modification du décret de procédure n° 90-263 du 23 mars 1990 allait être soumis aux autorités de tutelle afin de mettre en place des systèmes de délégation et de répartition fonctionnelle des tâches de manière à ce qu'un membre du collège appelé à statuer sur le fond n'intervienne pas en amont. Le déroulement de la procédure de sanction sera ainsi peut être déjà modifié lorsque ces lignes seront publiées. Pour l'instant, la COB a décidé de suspendre les procédures de sanction en cours pour lesquelles le délibéré n'est pas encore intervenu et a précisé que les faits relevés à l'issue des enquêtes correspondantes, et susceptibles de constituer des délits ont été ou seront transmis au Parquet compétent.

Quoi qu'il en soit, force est de constater que l'application des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes investies d'un pouvoir de sanction ressemble désormais fort à un « bric-à-brac jurisprudentiel » (F. Sudre, note préc., in fine), ce qui « accroît l'illisibilité du droit et l'insécurité des opérateurs économiques » (H. de Vauplane, obs. préc., p. 54, col. 2). Ceux-ci peuvent en effet difficilement comprendre que les garanties du procès équitable soient différentes dans le cadre de la procédure de sanction devant la COB et devant le CMF statuant en matière disciplinaire alors que chacune de ces autorités a pour mission de sanctionner des manquements à la réglementation boursière. Il n'est donc que temps de mettre fin à ces divergences.

II) Il a déjà été suggéré à diverses reprises d'unifier les règles de procédure devant les autorités administratives de régulation de l'économie (V. not. C. Ducouloux-Favard, La COB et les droits de l'homme, Petites affiches, 10 févr. 1999, p. 14). Cette idée est reprise aujourd'hui par des auteurs qui proposent de reconnaître le caractère juridictionnel de ces autorités (V. H. de Vauplane, obs. préc., p. 54, col. 2) et d'instaurer un tronc commun de règles de procédure inspirées de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme qui consacrerait notamment le respect des droits de la défense et de l'égalité des armes pour renforcer la sécurité juridique (V. M.-A. Lafortune, L'application de la convention européenne des droits de l'homme aux procédures de sanction administrative, RD bancaire et bourse 1999.217, spéc. III). Ce code de procédure uniforme, qui s'inscrirait parfaitement dans le mouvement de codification du droit français, devrait également enfermer le pouvoir de sanction de toutes les autorités de régulation dans un délai de prescription et mettre fin au cumul de poursuites pénales et administratives ou disciplinaires pour des mêmes faits qui apparaît contraire à la règle non bis in idem, quoiqu'en disent les juridictions administrative et judiciaire (V. encore récemment CA Paris, 26 oct. 1999, Bull. Joly Bourse 2000.153, à propos du cumul de sanctions administrative et pénale en matière d'infractions boursières).

Si cette unification des règles de procédure n'était pas rapidement réalisée, certains ne manqueront pas d'en tirer argument pour suggérer de confier les pouvoirs de sanction des autorités de régulation à une juridiction spécialisée de l'ordre judiciaire (V. déjà en ce sens, H. de Vauplane, obs. préc., p. 54 in fine).