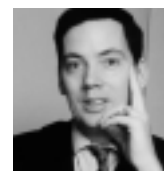


Chronique *financière* et *boursière*



HUBERT DE VAUPLANE
Direction des affaires juridiques
BNP Paribas
Vice-président AEDBF



JEAN-JACQUES DAIGRE
Professeur de droit, Paris I

Cob - Procédure de sanction - Modification du décret de 1990

Décret n° 2000-720 du 1^{er} août 2000, modifiant le décret n° 68-23 du 3 janvier 1968 portant organisation administrative et financière de la Commission des opérations de bourse (JO 2 août 2000, p. 11938) ; décret n° 2000-721 du 1^{er} août 2000, modifiant les dispositions du décret n° 90-263 du 23 mars 1990 relatif à la procédure de sanctions administratives prononcées par la Commission des opérations de bourse (JO 2 août 2000, p. 11939). Voir aussi «Droit des marchés financiers», Litec, 1998, n° 1067 et s.

À la suite de l'affaire Péchiney/Triangle, la Cob, autorité administrative indépendante, a reçu d'une loi du 2 août 1989 le pouvoir de prononcer des sanctions pécuniaires sans attendre que passe la justice. La procédure en a été réglementée par un décret du 23 mars 1990 ; il prévoyait que si la Commission décidait d'engager une procédure de sanction, son président devait faire parvenir à la personne mise en cause le rapport de l'enquête préalable menée par les services, accompagné d'une lettre énonçant les griefs et l'informant de ses droits, et dans le même temps, désignait un rapporteur au sein des membres de la Commission, qui procédait à toute diligence utile et rédigeait un rapport ; lors de la séance, le rapporteur présentait l'affaire, la personne mise en cause et son conseil prenant la parole en dernier ; la décision était prise en la seule présence du président, des membres et du secrétaire. Tel qu'il se présentait à la veille de la réforme du 1^{er} août 2000, le décret de 1990 avait déjà été modifié par un décret du 31 juillet 1997 qui, à la suite de l'une des premières décisions rendues dans l'affaire Oury (5), avait renforcé les droits de la défense de la personne mise en cause pendant la phase d'instruction ; la procédure avait été également retouchée à la suite d'une nouvelle décision rendue dans la même affaire (6) pour faire en sorte que le rapporteur ne participa plus au délibéré (modification de l'article 9 du Règlement intérieur par l'avis Cob du 16 février 1999 : JO 25 février 1999, p. 2936). Il en résultait, pour l'essentiel, que la décision d'ouverture de poursuite était prise par le collège de la Cob et que les principaux actes de l'instruction étaient décidés par son président (notification des griefs, désignation du rapporteur, renvoi

en audience) ; à cela s'ajoutait le fait que l'enquête administrative préalable était diligentée à l'initiative du président (art. 2 du décret n° 88-152 du 16 février 1988). Le collège décidait donc de la poursuite et de la sanction et la même personne, le président, prenait des décisions aux différentes étapes de la procédure, de la nomination des enquêteurs au renvoi en audience de la personne mise en cause, en passant par la notification des griefs et la désignation du rapporteur. Aucune séparation des fonctions n'était organisée entre les phases d'enquête, d'instruction, de poursuite et de sanction.

Dans un arrêt du 7 mars 2000, rendu dans une affaire KPMG Fiduciaire de France, la cour d'appel de Paris (7), invitée à donner son avis sur cette confusion des pouvoirs, ne l'a pas remise en cause par principe : «*Considérant, à cet égard, que le cumul au sein de cette autorité administrative des fonctions de poursuites, d'instruction et de jugement, critiquée par la requérante, n'est pas, par elle-même, contraire à l'exigence ci-dessus rappelée (il s'agit de l'exigence d'impartialité)*», mais a recherché «*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*». Au résultat, la cour de Paris a considéré que les craintes de la partie poursuivie quant à l'impartialité de la Commission devaient être «*regardées comme objectivement justifiées*» dès lors que «*le collège de la Commission a, successivement, dans les conditions ci-dessus mentionnées, décidé la mise en accusation de la société KPMG sur des faits qu'il a constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière*». Aussitôt, la Cob a décidé de suspendre toutes les procédures en cours et de réformer son décret de procédure (8). C'est l'objet des deux décrets du 1^{er} août 2000 (9).

Le premier, le décret n° 2000-720, modifie celui du 3 janvier 1968. Portant organisation administrative et financière de la Cob, ce dernier dispose que le président de la Commission exerce l'autorité sur l'ensemble des services et qu'il nomme le directeur général et le secrétaire général, sous réserve de leur agrément par le ministre de l'économie, des finances et du budget, ainsi que les chefs

de service. Le nouveau texte décide que, par exception, le directeur général exerce seul l'autorité sur les services administratifs pour tout ce qui concerne l'enquête préalable et la désignation du rapporteur. Cela signifie que le président de la Commission perd le pouvoir de décider une enquête, de désigner les enquêteurs et de nommer, à son issue, un rapporteur. L'autre décret, n° 2000-721, vient directement modifier les dispositions du texte de procédure de 1990. En premier lieu, il regroupe la matière en incluant dans le décret de procédure les dispositions relatives aux enquêtes, qui figuraient précédemment dans le décret n° 88-152 du 16 février 1988, qui est abrogé (art. 4). En second lieu et surtout, il vient confirmer et préciser la séparation des fonctions postulée par le décret n° 2000-720. Désormais, l'ouverture d'une enquête est décidée par le directeur général, qui désigne les enquêteurs et en surveille le déroulement, et si les faits relevés par les enquêteurs lui paraissent de nature à caractériser des manquements au règlement de la Commission, il demande au président de désigner un rapporteur parmi les membres de la Commission ; après avoir examiné le dossier, le rapporteur notifie les griefs à la personne mise en cause et procède alors à toute diligence utile, rédige un rapport et renvoie à la personne mise en cause devant.

Quelles sont les principales innovations ? La première est que le président et le collègue ne s'immiscent plus dans l'enquête préalable, dans l'instruction de l'affaire et dans la décision de poursuite, l'enquête préalable est désormais de la seule compétence du directeur général, l'instruction et la décision de poursuite du seul ressort du rapporteur ; la deuxième, corollaire de la première, est que le président et les membres du collège, à l'exclusion du rapporteur, ne participent plus qu'à la décision de sanction et n'ont plus aucun rôle à jouer dans les étapes précédentes de la procédure, ce qui répond aux objections élevées par la cour d'appel de Paris dans l'affaire KPMG ; la troisième est que la procédure de sanction proprement dite se distingue nettement, dorénavant, de la phase d'enquête préalable ; la dernière (sans être exhaustif) est que la phase d'instruction subit une inversion : désormais, le rapporteur commence par examiner le dossier établi par les enquêteurs et notifie seulement après les griefs à la personne mise en cause, de sorte que la décision de poursuite n'est pas préalable à la désignation du rapporteur, mais postérieure et entre les mains de celui-ci.

Que dire pour conclure ? Que la Cob a fait un sérieux effort pour se conformer aux principes fondamentaux du droit processuel moderne, ce qu'il faut saluer. Mais cette réforme présente néanmoins une part d'ombre, en ce que la phase d'enquête préalable, dont l'importance est déterminante pour la suite, n'est plus aux mains des membres de la Cob mais au seul pouvoir du directeur général, donc des services administratifs, ce qui peut laisser craindre une dérive bureaucratique, non plus que la décision de lancer les poursuites au pouvoir dorénavant du seul rapporteur désigné par le directeur général, ce qui n'est pas conforme au principe du fonctionnement collégial de la Cob (art. 2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 ; art. 2 du décret du 3 janvier 1968). Mais rien ne dit que les choses vont en rester là si le ministère de l'économie et des finances réalise son vœu de fusionner la Cob et le CMF (10).

(5) CA Paris, 7 mai 1997 : *Banque & Droit*, mai-juin 1997, p. 40, note H. de Vauplane

(6) Cass. Ass. Plén., 5 février 1999 : *Banque & Droit*, n° 64, mars-avril 1999, p. 35, note H. de Vauplane ; *Gaz. Pal.* des 24 et 25 février 1999, concl. M-A. Lafortune

(7) Paris, 7 mars 2000 : *Banque & Droit*, n° 70, mars.- avril 2000, p. 36, note H. de Vauplane ; *JCP ed.E.* 2000, 992, note A. Couret.

(8) Communiqué relatif à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 mars 2000 et Intervention de Michel Prada, Président de la Cob : *Bull. mensuel Cob* n° 344, mars 2000, p. 11 et s.

(9) voir le commentaire in *Bull. Cob* n° 348, juillet-août 2000, p. 1 et s.

(10) *La Tribune* du 19 septembre 2000, p. XXXII