

Procédures disciplinaires bancaires

DE L'ARRÊT DUBUS À LA CRÉATION DE L'ACP



NICOLAS
MORDAUNT-
CROOK
Avocat
Landwell
& Associés

L'arrêt rendu le 11 juin 2009 par la CEDH en faveur de la société Dubus a contribué à clarifier les termes du débat sur l'étendue des aménagements à apporter à l'organisation des pouvoirs de contrôle et de sanction des autorités bancaires. De ce point de vue, les évolutions qui avaient, dans une certaine mesure, permis de préciser l'articulation entre les fonctions de supervision et les attributions juridictionnelles de la Commission bancaire, n'ont pas été jugées suffisamment protectrices des intérêts du justiciable. Dans les faits, la portée de l'arrêt Dubus est aujourd'hui indissociable des enjeux liés à la constitution de la nouvelle autorité de contrôle prudentiel et à la réorganisation qui en découle.

Dans son arrêt du 11 juin 2009, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) avait condamné l'État français à verser à la société Dubus 15 000 euros, au titre du dédommagement des frais et dépens exposés par l'entreprise d'investissement pour contester la procédure diligentée puis la sanction infligée à son encontre par la Commission bancaire. La requérante n'avait pas en revanche été indemnisée du préjudice moral dont elle se prévalait, la Cour l'ayant estimé « suffisamment réparé par le [seul] constat de la violation de l'article 6.1 de la Convention [européenne des droits de l'homme – la « Convention »] auquel elle parvient ».

De fait, l'importance de cette décision résidait bien dans la reconnaissance d'une violation de la Convention par l'État français « en raison du défaut d'indépendance et d'impartialité » de la Commission bancaire. Pour autant, il faut le souligner, l'arrêt Dubus a aussi été l'occasion pour la CEDH de conforter, au plan des principes, la dualité inhérente aux autorités administratives indépendantes et le pouvoir d'auto-saisine qui en découle – dont l'exercice doit toutefois être strictement encadré.

En définitive, la solution retenue en 2009 par le juge européen était prévisible en l'état du dispositif disciplinaire de la Commission bancaire – certes amélioré par la jurisprudence du Conseil d'État – du fait des difficultés que soulevait son imprécision, voire son ambiguïté, au regard de la « théorie des apparences » développée par la Cour. Au cours de la période de transition qui s'est ouverte entre la décision rendue par la CEDH et la constitution de la nouvelle Autorité de contrôle prudentiel (ACP)¹, certains expédients procéduraux ont pu être mis en place. À l'évidence toutefois, compte tenu du rapprochement alors déjà programmé entre le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, la Commission bancaire, le Comité des entreprises d'assurance et l'Autorité de contrôle des assurances, il fallait attendre que les modalités de fonctionnement de l'ACP soient davantage fixées pour prendre la mesure des conséquences de l'arrêt Dubus, sur l'organisation du pouvoir de contrôle et de sanction. De ce point de vue, la publication de l'ordonnance du 21 janvier 2010² confirme les orientations de principe annoncées, qui devront sans doute encore être précisées.

1. L'ACP, dont l'appellation peut sembler quelque peu réductrice, au vu du rôle que jouaient jusqu'ici le CECEI et les services juridiques de la Commission bancaire dans l'élaboration de la doctrine en droit bancaire et financier.

2. Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance (l'« Ordonnance »).

CARACTÉRISTIQUES DE LA PROCÉDURE COMMISSION BANCAIRE

Comme l'indiquait le commissaire du gouvernement³ Mathias Guyomar dans ses conclusions devant le Conseil d'État relatives à l'affaire Dubus, « La Commission bancaire cumule deux fonctions de nature différente : la fonction de contrôle d'une part et la fonction disciplinaire, d'autre part, au titre desquelles elle dispose de prérogatives de trois ordres : le contrôle administratif et le pouvoir d'injonction, en premier lieu, le pouvoir de sanction, en second lieu⁴ [...] Lorsqu'elle exerce le pouvoir disciplinaire [...], elle est une juridiction administrative⁵ ».

Ainsi la Commission était constituée d'un collège de six membres qui siégeait tantôt en formation administrative, tantôt en formation juridictionnelle. Elle disposait des services placés sous l'autorité du Secrétaire général, dont les agents et moyens étaient mis à disposition par la Banque de France et le secrétaire général (lui-même désigné par arrêté du ministre de l'Économie et des Finances).

Pour le commissaire, qu'a suivi le Conseil d'État dans son arrêt du 30 juillet 2003, cette organisation était réputée caractériser une véritable dualité organique dont la traduction aurait été la suivante : « La Commission délibère périodiquement du programme des contrôles sur place⁶. Ceux-ci sont ensuite effectués par des inspecteurs de la Banque de France, sous l'autorité du Secrétaire général. Au vu des rapports que lui transmet le secrétaire général, le collège décide ou non d'engager une procédure disciplinaire. Celle-ci donne lieu à une lettre de notification des griefs. Débute alors la procédure juridictionnelle qui n'est pas pilotée par le Secrétaire général mais par le collège des membres. En revanche, le Secrétaire général qui a été chargé de la mise en état réplique, le cas échéant, aux observations de la personne mise en cause. Aucun rapporteur n'est expressément désigné⁷. C'est le président qui rapporte devant le collège des membres qui décide, à l'issue d'une procédure contradictoire, des suites disciplinaires qu'il convient de donner à l'affaire ». Enfin, le commissaire constatait qu'aucun membre du Secrétaire général, non représenté lors des délibérations du Collège, ne prenait part à la décision de sanction⁸.

La reconnaissance effective de cette dualité avait un caractère essentiel puisque c'est elle qui fondamentalement, pour le Conseil d'État, rendrait compatible, au sein d'une même autorité, le cumul des fonctions de contrôle et de sanctions (et donc le pouvoir d'auto-saisine) avec le principe d'impartialité. Dans son principe, cette reconnaissance n'a jamais été remise en cause par la CEDH. Force est de constater qu'à défaut, c'est le régime des autorités administratives indépendantes tout entier qui eût été à revoir.

Pour autant par nature, l'existence du cumul de fonctions impose à l'évidence une vigilance particulière au regard du risque de « pré-jugement » ou de carence du contradictoire.

Ainsi, dans l'arrêt *Habib Bank*⁹, le Conseil d'État, tout en refusant de considérer que le pouvoir d'auto-saisine serait par principe incompatible avec le principe d'impartialité découlant de l'article 6.1 de la Convention¹⁰, avait condamné la Commission bancaire. En effet, la notification des griefs – selon une pratique établie jusqu'à cette date – présentait « pour établis les faits dont elle faisait état en prenant parti sur leur qualification d'infractions à différentes dispositions législatives ».

On sait que depuis l'arrêt *Habib Bank*, le conditionnel (« ces faits, s'ils étaient établis, pourraient constituer ») avait remplacé le présent de l'indicatif dans les lettres de notification de griefs.

De même s'agissant du respect du contradictoire, le Conseil d'État a veillé à ce que la Commission bancaire ne puisse se fonder sur des éléments écrits par le Secrétaire général qui n'auraient pas été communiqués à la personne poursuivie ou sur des observations orales faites par celui-ci en dehors du cadre de l'audience disciplinaire¹¹.

Dans les conditions et sous les réserves énoncées ci-dessus, la haute juridiction administrative française, relevant « qu'aucun principe général du droit n'impose la séparation des phases d'instruction et de jugement au sein d'un même procès, que ni le Secrétaire général, chargé des contrôles [...], ni les personnes qui procèdent pour lui à ces contrôles, ne prennent part à la décision de la Commission relative à la sanction [...], en déduisait que la procédure suivie par la Commission n'était pas contraire à l'exigence d'impartialité rappelée à l'article 6 de la Convention.

DE L'IMPORTANCE DE L'APPARENCE

Si l'arrêt *Dubus* de la CEDH a quant à lui condamné la Commission bancaire pour défaut d'impartialité, les analyses de la Cour rejoignaient pour partie celles exposées précédemment. Ainsi celle-ci commençait-elle par constater que la Commission bancaire était bien qualifiée par la loi française de juridiction administrative lorsqu'elle statuait en application de l'article L. 613-21 du CMF et que l'exigence de publicité des audiences découlant du caractère pénal des incriminations avait été formellement reconnue par le Conseil d'État¹². Au plan des principes, la CEDH ne revenait pas sur la possibilité pour la Commission bancaire de cumuler les pouvoirs de

3. Rebaptisé « rapporteur public » depuis le 1^{er} février 2009.

4. Conseil d'État 30 juillet 2003 – conclusions communes à 3 affaires, dont deux concernaient la société Dubus, et l'une la Banque d'Escompte Wormser et Frères.

5. Cf. article L. 613-23 du Code Monétaire et Financier (CMF).

6. Dispositions prévues par l'article L. 613-6 du CMF.

7. Ce point constituait clairement l'une des ambiguïtés de la procédure devant la Commission bancaire et explique d'ailleurs que le Conseil d'État n'ait pas cru devoir prendre, comme la Cour de Cassation, une position rigoureuse sur le rôle du rapporteur et son implication dans l'instruction (cf. Cass. Ass Plén. 5 février 1999, COB c/ Oury).

8. Cf. également les arguments développés par le gouvernement devant la CEDH selon lesquels « dans la pratique, le Secrétaire Général quitte la salle après l'audition et la Commission bancaire délibère en la seule présence de ses membres ».

9. CE, sect., 20 octobre 2000, Sté Habib Bank Limited.

10. On relèvera accessoirement que l'arrêt *Dubus* du CE (30 juillet 2003) a étendu la reconnaissance du pouvoir d'auto-saisine à l'ensemble des matières entrant dans le champ du contrôle de la Commission bancaire, au-delà donc de la législation antiblanchiment dont il était question dans l'arrêt *Habib*, et au titre de laquelle cette autorité était – en tout état de cause – expressément autorisée par les textes à « agir d'office ».

11. CE, 30 juillet 2003, Banque d'escompte Wormser Frères Réunis (condamnation de la Commission bancaire).

12. CE 29 nov. 1999 Sté Rivoli Exchange. La publicité des audiences devant la Commission bancaire n'a été formellement prévue par les textes qu'avec le décret du 3 novembre 1996, pour mise en conformité avec l'article 6-1 de la Convention.

contrôle et de sanction¹³, ou encore sur le principe même de l'auto-saisine : « La Cour s'accorde avec l'analyse du Conseil d'État, qui n'a pas remis en cause la faculté d'auto-saisine de la Commission bancaire mais qui l'a soumise au respect du principe d'impartialité [...] ».

En revanche, elle jugeait insuffisante l'approche retenue par le gouvernement français qui consistait à considérer que la dualité organique, gage de l'impartialité, serait suffisamment caractérisée « en raison de la séparation, en pratique, des fonctions du collège de la Commission bancaire et de son Secrétariat général ». La Cour se fondait ici sur une jurisprudence bien établie¹⁴ aux termes de laquelle, dans un État de droit, le juge doit offrir des garanties suffisantes pour exclure, dans l'esprit des justiciables à commencer par le prévenu, tout doute quant à son impartialité objective, les apparences pouvant en la matière revêtir une importance significative.

Or en l'espèce, la Cour relevait « d'emblée l'imprécision des textes qui régissent la procédure devant la Commission bancaire, quant à la composition et aux prérogatives des organes appelés à exercer les différentes fonctions qui lui sont dévolues ». Elle constatait ainsi que :

- la décision de poursuivre et d'ouvrir une procédure avait été prise par le Secrétaire général ;
- les griefs avaient été notifiés à la société Dubus par le président de la Commission ;
- l'instruction n'avait été dévolue à personne en particulier, la Commission s'étant simplement référée au rapport d'inspection et aux analyses du Secrétariat général ;
- ce dernier avait déposé un mémoire en réplique aux observations de la société Dubus ;
- la décision de sanction avait été prise par le président de la Commission et cinq membres du Collège, après une audience publique et un délibéré ;
- cette décision avait été notifiée à la société Dubus par le Secrétaire général.

Il résultait pour la Cour de cet enchaînement que la société « pouvait raisonnablement avoir l'impression que ce sont les mêmes personnes qui l'ont poursuivie et jugée ». La CEDH s'appuyait notamment sur la confusion apparente de la phase d'ouverture et de notification des griefs et relevait, de manière générale l'ambiguïté du rôle du secrétaire général qui, aux termes de l'article L. 613-6 du CMF, était réputé effectuer les contrôles « sur instruction de la Commission bancaire », alors même que la procédure disciplinaire (sous la responsabilité du président) était précisément engagée au vu des irrégularités constatées dans le cadre du contrôle administratif.

En définitive, la théorie de l'apparence a fait obstacle à l'approche résolument « pratique » adoptée en 2003 par le commissaire du gouvernement Guyomar. Celui-ci reconnaissait certes que « les textes applicables n'organisent aucune séparation entre les différentes instances et qu'aucune disposition ne garantit l'indépendance du Secrétariat général par rapport au Collège des membres » ou encore que l'organisation de la Commission bancaire pouvait « être perçue, de l'extérieur,

comme reposant sur une certaine confusion des rôles ». Mais il estimait que la séparation des deux instances permettait d'assurer « dans les faits, l'autonomie de la procédure disciplinaire par rapport au contrôle administratif ». S'agissant de la portée de l'article L. 613-6, le Commissaire constatait ainsi qu'« en pratique, les instructions [du Président] consistent en l'approbation [...] du programme d'actions. Dans les faits, le Collège, siégeant en formation administrative, se borne à valider les propositions faites par le Secrétariat général [et] ne connaît ensuite plus des contrôles effectués, pour son compte, jusqu'à la réception des rapports d'inspection ».

Il n'en demeure pas moins que si, pour le commissaire du gouvernement, « la théorie des apparences ne devait pas dériver en tyrannie des apparences », ses recommandations sur le fond ne différaient pas sensiblement des conclusions de la CEDH lorsqu'il préconisait « que le pouvoir réglementaire se saisisse de cette question et donne un fondement textuel à la pratique actuelle de la Commission bancaire¹⁵ ».

ÉVOLUTIONS LIÉES À LA CONSTITUTION DE L'ACP

La portée de l'arrêt Dubus, et ses conséquences sur l'organisation du pouvoir de contrôle et de sanction des établissements de crédit, ont d'abord été difficiles à apprécier, dans l'attente du rapprochement entre les autorités de contrôle bancaires et des assurances, dont le rationale intégrait évidemment des objectifs plus larges.

Certes, dès la publication de l'arrêt, les Autorités ont cherché, dans la mesure du possible, à tenir compte des observations de la CEDH. La décision rendue le 15 juillet 2009 à l'encontre de la Caisse Nationale des Caisses d'Épargne et de Prévoyance fournit de ce point de vue une bonne illustration. On y trouve l'attendu suivant aux termes duquel « la Commission qui a siégé le 23 mars 2009, lors de la séance à l'issue de laquelle a été décidée l'ouverture d'une procédure disciplinaire à l'encontre de la CNCE, et le 2 juin 2009 lors de la précédente audition des représentants de la CNCE, était composée de membres dont aucun n'a siégé lors de l'audience du 8 juillet 2009, [...] dans ces conditions, les membres statuant sur ce dossier n'ont pas été en position de préjuger sur les faits et griefs concernés par la présente procédure ».

Pour autant, ces énonciations ne pouvaient constituer que des expédients transitoires, dans l'attente de modifications plus profondes, elles-mêmes largement tributaires des contours qui seraient donnés à l'organisation de la nouvelle Autorité.

L'Ordonnance était en conséquence très attendue. Élaboré sur la base de l'habilitation donnée au gouvernement par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et soumis à l'état d'avant-projet aux représentants des professionnels avant d'être transmis au Conseil d'État, le texte a fait l'objet d'une adoption définitive le 21 janvier.

13. Principe déjà reconnu par la jurisprudence de la CEDH à laquelle se référerait en l'espèce l'État français (Piersack c. Belgique, 1^{er} octobre 1982).

14. Cf. arrêt Didier c. France, 27 août 2002.

15. Le rapport public du Conseil d'État pour 2001 consacré aux autorités administratives indépendantes ayant lui-même relevé que l'absence de règlement intérieur était « gênante, en particulier dans les autorités comme la Commission bancaire, dont les textes sont laconiques en termes de fonctionnement et de garanties procédurales et dont le fonctionnement peut être jugé opaque ».

Comme les pouvoirs publics l'avaient laissé entendre dès l'automne dernier, la refonte générale à laquelle la création de l'ACP donne aujourd'hui lieu est bien l'occasion pour eux de définir et de formaliser des procédures harmonisées de contrôle, d'instruction et de jugement, l'organisation retenue par l'AMF ayant à cet égard influencé les rédacteurs de l'Ordonnance.

Dans la configuration retenue au titre de l'ACP, ce qui est aujourd'hui le Secrétariat général conserverait les pouvoirs administratifs de contrôle et d'enquête qui lui sont propres, en ce compris le pouvoir d'injonction. Le déclenchement des poursuites, sur examen des rapports d'inspection, serait confié à celui des deux collèges sectoriels ayant vocation à couvrir les établissements de crédit¹⁶ et qui serait, dans son domaine, responsable, en la personne du président, de notifier les griefs à l'établissement ou la personne mise en cause.

La notification serait ensuite transmise à ce qui était jusqu'ici le Collège de la Commission bancaire dans sa formation de jugement, et qui deviendrait la Commission des sanctions. Il reviendrait à cette instance, saisie par le collège compétent, d'instruire le dossier, l'audience se déroulant en présence du membre du collège ayant décidé de l'ouverture de la procédure, sans que celui-ci

ait voix délibérative, mais sans pour autant que l'Ordonnance ait prévu la désignation par la Commission d'un rapporteur distinct comme dans le cas des procédures diligentées par l'AMF.

S'agissant du délibéré lui-même, son déroulement est expressément prévu¹⁷ hors la présence des parties, du commissaire du gouvernement (c'est-à-dire le directeur du Trésor ou son représentant) et du membre du collège ou des services chargés de l'assister (cf. jurisprudence COB¹⁸). En l'absence de disposition contraire, il faut comprendre que le secrétaire général n'assistera pas au délibéré, à défaut pour lui de faire partie des membres de la Commission des sanctions.

L'ensemble du dispositif devrait être prochainement précisé à l'occasion de l'adoption, sans doute au mois de mars, du règlement intérieur que réclamait en son temps le Conseil d'État et que l'Ordonnance prévoit aujourd'hui. ■

16. D'après les informations dont nous disposons, le premier collège sectoriel « établissements de crédit » de l'ACP se tiendrait début mars et prendrait dès ce moment le relais à la fois de la Commission bancaire et du CECEI qui ne tiendra aucun comité en février. On relèvera à cet égard que les pouvoirs d'agrément comme de contrôle seront désormais réunis au sein du Collège – à l'image de l'organisation retenue par l'AMF.

17. Nouvel article 621-38 du CMF.

18. Cass. Ass. Plén., 5 février 1999, COB c/ Oury et a.