

Chronique *financière* *et boursière*



HUBERT DE VAUPLANE
Direction des affaires juridiques
BNP Paribas
Président AEDBF



JEAN-JACQUES DAIGRE
Professeur de droit, **Paris I**

I Actualités jurisprudentielles

CMF. Procédure disciplinaire. Non-communication des conclusions du commissaire du gouvernement. Participation du rapporteur au délibéré. Convention EDH. Principes d'égalité des armes et de tribunal impartial. Violation (Non)

CEDH, 31 mai 2000, requête n° 58188/00, *Didier c/France*.
Voir H. de Vauplane et J.-P. Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3^e éd., Litec, n° 194, p. 208 et s.

Lors d'une procédure disciplinaire devant le CMF, la présence du rapporteur au délibéré n'est pas contraire au principe d'impartialité de l'article 6-1 de la Convention EDH dans la mesure où il n'a pas participé à la saisine du Conseil ni à la formulation des griefs, où sa participation à l'instruction ne s'est accompagnée de l'exercice d'aucun pouvoir d'investigation et où l'exposé de son rapport à l'ouverture de l'audience a été suivi d'un débat contradictoire. Par ailleurs, l'absence d'effet suspensif du recours devant le Conseil d'Etat ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence, ni la présence du CMF en tant que partie ne porte atteinte à l'égalité des armes et au caractère équitable de la procédure, ni la non-communication des conclusions du commissaire du gouvernement. Enfin, le recours devant le Conseil d'Etat étant un recours de pleine juridiction suffit à répondre aux exigences de la Convention.

1. La Cour européenne des droits de l'homme met un terme à l'affaire Didier en rejetant le recours de l'intéressé. On se souvient qu'un arbitragiste d'une société de bourse avait été condamné disciplinairement par le CMF. Saisi par l'intéressé, le Conseil d'Etat avait rejeté les griefs tirés du non-respect des principes posés par l'article 6.1 de la Convention EDH. Tout en admettant que le CMF, lorsqu'il statue disciplinairement, doit être regardé comme un tribunal décidant du bien-fondé d'accusation en matière pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention¹, il avait décidé que si néanmoins le CMF n'est pas tenu de respecter en tous points les prescriptions de l'article 6-1 de la Convention, cela ne l'exonère pas cependant de respecter les principes processuels européens fondamentaux, mais que la participation du rapporteur au délibéré n'emportait pas méconnaissance du principe d'impartialité². Le Conseil d'Etat retenait une conception réaliste de l'impartialité objective³ et rejoignait ainsi l'approche également concrète de la Cour de cassation⁴. Il prenait cependant une position opposée à celle-ci qui, à propos du rôle du rapporteur de la COB, avait annulé une décision de sanction au motif que le rapporteur avait procédé à l'instruction de l'affaire⁵. D'autant plus déçu par la décision du Conseil d'Etat, l'intéressé a saisi la Cour européenne des droits de l'homme et lui a soumis plusieurs griefs, tous rejetés.

2. La première série de griefs était centrée sur le rôle du rapporteur. Le requérant invoquait un manquement à l'impartialité du fait de la participation de celui-ci au déli-

1 Est un tribunal celui qui statue sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale; appartient à la manière pénale, toute sanction qui présente les caractéristiques d'une sanction pénale, ce qui est le cas des sanctions disciplinaires: S. Guinchard, « Le procès équitable: garantie formelle ou droit substantiel? », Mélanges Farjat, éd. Frison-Roche, p. 148; c'est également le cas des sanctions administratives prononcées par la COB: Cass. com. 9 avril 1996, (Haddad): *Bull. civ. IV*, n° 115; *Banque & droit*, n° 47, mai-juin 1996, p. 31, note H. de Vauplane; *RD. Droit bancaire et Bourse* 1996, p. 177, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche; Cass. com. 1^{er} décembre 1998, (Oury): *Banque & droit*, n° 64, mars-

avril 1999, note H. de Vauplane; *JCP* 1999, II, 10057, note E. Garaud
2 CE, 3 décembre 1999, Didier: *Banque & droit* n° 69, janvier-février 2000, p. 53, chronique financière et boursière H. de Vauplane; *JCP G.* 2000, II, 10267, note F. Sudre.

3 F. Sudre, note sous C. E 3 décembre 1999, Didier, précité.

4 Cass. Ass. plén. 6 novembre 1998, deux arrêts, *JCP* 1998, II, 10198, rapport P. Sargos.

5 Cass. Ass. plén., 5 février 1999: *JCP G.* 1999, II, 10060, note H. Matso-poulou.

béré de la décision. La Cour EDH n'esquive pas le problème et rappelle ce qu'elle a déjà souvent décidé, qu'il faut s'attacher tant à l'impartialité subjective, qui suppose de tenir compte des convictions qui ont pu éventuellement déterminer la décision d'un juge, qu'à l'impartialité objective, qui consiste à vérifier si la procédure présente des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime. La Cour a déjà eu l'occasion de préciser que « *l'impartialité au sens de l'article 6, § 1, s'apprécie selon une double démarche: la première consiste à essayer de déterminer la conviction personnelle de tel ou tel juge en telle occasion; la seconde amène à s'assurer qu'il offre des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* »⁶. La première n'ayant pas été mise en cause, la Cour ne s'arrête qu'à la seconde et rappelle qu'elle a l'habitude de l'apprécier concrètement et que pour elle « *le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès. De même, la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugéant l'appréciation finale. Il importe que cette appréciation intervienne avec le jugement et s'appuie sur les éléments produits et débattus à l'audience* »⁷. Lui restait alors à dire si, en l'occurrence, il en allait ainsi, ce qu'elle fait en recherchant d'abord si, durant la phase d'instruction puis de jugement, le rapporteur avait pu faire preuve de parti pris, compte tenu de ses fonctions et de sa connaissance approfondie du dossier, ensuite si l'appréciation préliminaire opérée par le rapporteur ne pourrait pas être assimilée à un pré-jugement.

Sur le premier point, la Cour estime que si le juge rapporteur ne participe pas à la formulation de l'accusation, sa connaissance approfondie du dossier n'implique pas de préjugé et constate que telle était la situation en l'espèce : le rapporteur du CMF n'avait été désigné qu'après la saisine du Conseil par le président de la COB, ce qui faisait qu'il n'était pas à l'origine de celle-ci, il n'avait pas participé à la formulation des griefs, il n'avait pas le pouvoir de classer l'affaire ou d'élargir le cadre de la saisine et son intervention se limitait à la vérification de la véracité des faits. En résumé, pour la Cour EDH, le rapporteur qui se contente d'instruire l'affaire sans exercer de pouvoir d'investigation peut également participer à la décision. Autrement dit, pour la Cour de Strasbourg, si la séparation des fonctions de poursuite et des fonctions de jugement est nécessaire à l'impartialité objective, celle des fonctions d'instruction et de jugement ne le sont pas si les premières ne s'accompagnent d'aucun pouvoir d'investigation ou de coercition. Au résultat, à CEDH donne ainsi raison au Conseil d'État (affaire Didier)

contre la Cour de cassation (affaire Oury)⁸, encore que le premier a statué à propos du rapporteur du CMF statuant en matière disciplinaire et la seconde à propos du rapporteur de la COB statuant en matière de sanction administrative, ce qui ne fait cependant pas de différence au regard de l'application de l'article 6-1 de la Convention EDH. Mais il faut noter que la Cour de Strasbourg comme le Conseil d'État se sont placés sur le seul terrain de l'impartialité, alors que la Cour de cassation s'était placée sur celui de l'égalité des armes, ce qui ne permet pas de savoir quelle aurait été sa position à l'égard de cet autre principe fondamental, même si l'on peut probablement inférer de son raisonnement qu'elle ne l'aurait sans doute pas retenu non plus.

Sur le second point, la Cour constate que le rapport du rapporteur à l'ouverture de l'audience est nécessairement suivi d'un débat contradictoire, de sorte qu'elle estime que celui-ci peut, lors du délibéré, forger sa conviction au vu de l'ensemble des éléments et des arguments en cause. Autrement dit, il peut y avoir une sorte de « préavis » au vu du dossier écrit, car ce premier avis peut évoluer grâce au débat contradictoire. La cour EDH considère précisément que « *la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond. Enfin, l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugéant l'appréciation finale* », ce qu'elle avait déjà fait dans l'arrêt Morel sur le juge-commissaire⁹. Il est vrai qu'il n'y a rien là de différent par rapport à ce qui se passe pour tout juge, qui peut se forger une conviction provisoire au vu du dossier et la faire évoluer au vu des débats.

Au résultat, bien que la Cour prenne soin de préciser qu'elle statue « *au vu des circonstances particulières de la présente affaire* », il n'en reste pas moins que le rapporteur est sauvé dans son principe, du moins, s'il ne participe pas à la formulation de l'accusation, s'il n'exerce pas de pouvoir d'investigation et s'il n'intervient pas à l'audience après les parties.

3. Une seconde volée de griefs était également formulée, griefs liés à la question du double degré de juridiction. En premier, le requérant se plaignait d'une atteinte à la présomption d'innocence du fait de l'absence d'effet suspensif du recours, ce que la Cour écarte par principe, celle-ci refusant systématiquement de statuer sur les conditions d'un sursis à exécution. Il se plaignait ensuite de ce que le CMF étant partie à la procédure devant le Conseil d'État se trouvait successivement en position de juge et de partie, ce qui aurait porté atteinte à l'égalité des armes et au caractère équitable de l'ensemble de la procédure. L'argument était intéressant, car il est vrai que cette situation n'est pas parfaitement satisfaisante. Il a d'ailleurs été déjà soulevé par une juridiction française¹⁰, sans lendemain il est vrai¹¹. La Cour EDH ne le retient pas, par un premier raisonnement

6 CEDH, 3^e section, 6 juin 2000, Morel c/France, requête n° 34130/96 (<http://hudoc.echr.coe.int/udoc/ViewHtml.asp?Item=1 & Action = Html & X = 118103204...>).

7 L'arrêt Didier cite ce considérant de principe, qu'il puise dans un arrêt précédemment rendu par la CEDH, le 6 juin 2000, Morel c/France : D. 2001, sommaires commentés, p. 1062, obs. N. Fricero.

8 CE, 3 décembre 1999, Didier, précité; Cass. Ass. plén., 5 février 1999, précité. Voir H. de Vauplane et J.-P. Bornet, *Droit des marchés financiers*,

3^e éd., n° 194, p. 209.

9 CEDH, 6 juin 2000, Morel c/France, précité.

10 Paris, 1^{er} H., 5 mars 2002, deux arrêts, affaires Olitec et Gerbelot-Barillon : *Banque & droit* n° 83, chronique financière et boursière, p. 22, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre.

11 Paris, 1^{er} H., 27 juin 2002, deux arrêts, affaires Olitec et Gerbelot-Barillon : *Banque & droit* n° 85, chronique financière et boursière, p. 28, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre.

qui laisse dubitatif: « *en faisant un recours contre la décision du CMF et en demandant donc au Conseil d'État d'annuler la décision de cet organisme, lequel a été doté par la loi du 2 juillet 1996 de la personnalité morale, c'est le requérant lui-même qui a conféré au CMF la qualité de partie défenderesse devant le Conseil d'État* ». Curieux argument, en effet, dès lors que le CMF est considéré comme un tribunal au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Viendrait-il à l'idée de faire de l'État une partie dans les procédures d'appel et de cassation, du fait qu'il s'agit de recours contre des décisions rendues par ses représentants? La Cour ajoute surtout que le principe de l'égalité des armes n'a pas été atteint, le requérant n'ayant pas été placé en situation déséquilibrée par rapport au CMF. Elle considère en effet, ce qui est acceptable, que le principe de l'égalité des armes doit être apprécié avec mesure et qu'il suffit que « *chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* ». Le requérant se plaignait également de la non-communication des conclusions du commissaire du gouvernement. La Cour se contente de rappeler qu'elle a déjà eu l'occasion de décider, dans l'affaire Kress c/France le 7 juin 2001¹², que la procédure suivie devant le Conseil d'État offrait suffisamment de garanties au justiciable. La participation du commissaire du gouvernement au délibéré n'étant pas invoquée, la Cour n'a pas eu à statuer sur ce point, ce qui lui a peut-être évité de désespérer un peu plus certains juristes...¹³. Le requérant se plaignait enfin de ne pas avoir bénéficié d'un véritable second degré de juridiction. Il est vrai que l'article 6-1 n'impose pas que les procédures civiles ou pénales, au sens large, se déroulent devant de véritables juridictions. Le juge européen admet que des impératifs de souplesse et d'efficacité puissent justifier l'intervention d'organes non juridictionnels, ne satisfaisant pas à toutes les garanties processuelles, mais exige alors que le justiciable dispose d'un recours devant une juridiction indépendante, dotée de la plénitude de juridiction et offrant toutes les garanties, le contrôle de pleine juridiction supposant que la juridiction puisse exercer un contrôle complet et détienne le pouvoir de réformer la décision entreprise en tous ses points, de droit et de fait, ce qui est le cas en l'espèce devant le Conseil d'État¹⁴. La Cour relève qu'il s'agit en l'espèce d'un recours de pleine juridiction, ce qui suffit à répondre aux exigences de la Convention.

4. Au résultat, le sentiment est que la Cour EDH, après avoir étendu le plus loin possible le domaine d'application des principes processuels de l'article 6-1 de la Convention par une interprétation « dilatée » de la notion de tribunal, est aujourd'hui plus mesurée sur le degré de judiciarisation des procédures menées par des organes non juridictionnels et s'adonne, sur ce point, à une application plutôt

prudente des principes de la Convention¹⁵. On avait remarqué que la jurisprudence judiciaire française était globalement plus exigeante que celle de la Cour de Strasbourg, en particulier sur la question de l'impartialité du juge, et qu'il y avait là une interprétation nationale progressiste de la Convention EDH¹⁶. Par cet arrêt, la Cour EDH confirme plutôt la ligne modérée et pragmatique du Conseil d'État et infirme le pronostic qui avait pu être esquissé, d'une incitation de la Cour européenne des droits de l'homme à parler aussi fort que les juridictions judiciaires françaises¹⁷. Ainsi, se construit peu à peu un droit particulier de la sanction non pénale¹⁸.

12 CEDH, 7 juin 2001, Kress c/France: D. 2001, p. 2619, note R. Drago.
13 S. Guinchard, « Dialogue imaginaire entre un justiciable moyen et un juriste désespéré par l'arrêt Kress »: D. 2003, p. 152.

14 F. Sudre, précité, p. 213.

15 F. Sudre, « Le droit à un procès équitable, « hors les juridictions ordinaires », Mélanges Dubouis, Dalloz, 2002, p. 205 et s. Voir également S. Guinchard, « Le procès équitable: garantie formelle ou droit substantiel? », précité, p. 139 et s.; J.-P. Marguénaud, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6 de la CEDH », Mélanges Stoufflet, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2001, p. 213.

16 J.-P. Marguénaud, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6 de la CEDH », Mélanges Stoufflet, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2001, p. 217.

17 J.-P. Marguénaud, précité, p. 228.

18 Voir M. Degoffe, Droit de la sanction non pénale, *Economica*, 2000, tant il est vrai que les principes processuels européens sont avant tout des principes puisés dans ceux de la procédure pénale.