



**Hubert de Vauplane**  
Direction des affaires juridiques  
Paribas

## Jurisprudence et décisions administratives

### **Cob. 1<sup>re</sup> affaire : pouvoir de sanction.**

#### **Respect de la présomption d'innocence (non).**

#### **Application de la Convention européenne des Droits de l'homme (oui). Annulation (oui).**

### **2<sup>e</sup> affaire : pouvoir de sanction.**

#### **Rôle du rapporteur. Cumul des prérogatives d'instruction et de délibération.**

#### **Violation de la CEDH (oui). Annulation (oui)**

1<sup>re</sup> affaire : Cass. com. 1<sup>er</sup> décembre 1998 : Oury/Cob.

2<sup>e</sup> affaire : Cass. plén. 5 février 1999 : Oury/Cob (deux arrêts, mêmes parties, même solution).

Voir «Droit des marchés financiers», *Litec*, n° 167 et 1071.

*Dans la première espèce, en vertu de l'article 6, § 1 et 2 de la CEDH, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial qui décidera du bien-fondé de toute accusation portée contre elle en matière pénale, à laquelle sont assimilées les poursuites en vue de sanctions pécuniaires ayant le caractère de punition prononcée par une autorité administrative, et est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. En déclarant, avant l'ouverture de la procédure de la Cob et la notification des griefs, que la société en cause se livrait à des acrobaties comptables, le président de la Cob a porté atteinte à la présomption d'innocence. Il importe peu qu'ayant par la suite cessé ses fonctions, il n'ait pas participé à la délibération décidant des poursuites, ni à la décision sur le fond.*

*Dans la deuxième espèce, la présence du rapporteur en charge de procéder à l'instruction sur les faits reprochés lors du délibéré du collège se prononçant sur la sanction suffit à annuler la décision de sanction.*

Ces trois arrêts (celui du 1<sup>er</sup> décembre 1998 – 1<sup>re</sup> espèce – et les deux du 5 février 1999 – 2<sup>e</sup> espèce) viennent préciser deux points de droit : quelle portée donner à des propos tenus par le président de la Cob sur une affaire de sanction en cours d'examen, et, tout au moins pour les deux arrêts de l'assem-

blée plénière, quel est le rôle du rapporteur dans la procédure de sanction de la Cob ? Chacun de ces deux points sera examiné séparément. Ces trois décisions sont rendues à propos d'une même affaire, celle de la Compagnie immobilière Phénix (CIP) et de son ex-dirigeant M. Oury. Rappelons brièvement les faits : entre 1995 et 1996, la Cob ouvre à l'encontre de M. Oury plusieurs procédures de sanctions administratives pour manquement à la bonne information du marché à la suite d'un communiqué trop optimiste du 21 octobre 1993 pour comptabilisation des plus-values de cession non réalisées dans les comptes de l'exercice 1991 et non inscription de provisions pour risques dans les comptes des exercices 1991 à 1993 et enfin pour comptabilisation d'une plus-value non réalisée dans les comptes 1992. Alors que la Cob ne s'est pas encore prononcée sur le fond du dossier, son président, dans une interview accordée au journal «La vie française» fait part des «*acrobaties comptables de l'immobilière Phénix, où des hôtels sont passés à des prix gonflés de filiale en filiale, comme un mistigris*». M. Oury, président de la CIP au moment des faits, décide alors de contester sur le fond le principe même des sanctions prononcées par la suite à son égard pour violation du respect de la présomption d'innocence. Pour des raisons de procédure, l'examen de ces recours passe devant deux chambres de la cour d'appel de Paris : la chambre économique et financière, et la 1<sup>re</sup> chambre civile, section Cob. Or, les deux chambres n'apportent pas des réponses identiques aux différents recours mis en œuvre par M. Oury. Alors que dans un arrêt du 10 septembre 1996 (1), la première chambre civile rejetait le recours en annulation formé par M. Oury, la chambre économique, dans une décision du 7 mai 1997 (2), annulait au contraire deux sanctions de la Cob. Le plus curieux dans cette affaire tient au fait que les différentes sanctions de la Cob concernaient les mêmes faits, la même personne, et que l'appréciation de la violation du principe de la présomption d'innocence n'a pas été entendue de la même manière par les deux chambres de la cour d'appel de Paris. C'est cette décision du 10 septembre 1996 qui a été cassée sans renvoi par l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1998 à la suite d'un recours de M. Oury; quant aux deux décisions du 7 mai 1997, elle ont donné lieu à l'arrêt de l'assemblée plénière du 5 février 1999 qui rejette le pourvoi intenté par la Cob. Si toutes ces décisions vont dans le même sens, nous verrons que les moyens retenus par la Cour de cassation n'ont pas été les mêmes dans un cas comme dans l'autre.

• Qu'il s'agisse de la portée des déclarations du président de la Cob et de la violation du principe de la présomption d'innocence ou de la procédure même de sanction applicable devant la Commission, les deux espèces commentées s'appuient, directement pour la première, indirectement pour la seconde, sur les principes inscrits dans la Convention européenne des Droits de l'homme (CEDH). On se rappelle que dans l'affaire *Métrologie*, la Cour de cassation, dans un arrêt de la chambre commerciale du 9 avril 1996 (3), avait décidé que les prescriptions de l'article 6 de la CEDH s'appliquent aux sanctions pécuniaires de la Cob, alors même que celles-ci sont ni de nature civile, ni de nature pénale, mais se rapprochent de ces dernières par leur montant élevé et la publicité qui leur en est donnée. Par cet arrêt du 9 avril 1996, la chambre commerciale s'inspirait directement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui admet l'intervention préalable d'organismes administratifs et corporatifs, pour des «*impératifs de souplesse et d'efficacité entièrement compatibles avec la protection des Droits de l'homme*» (4). Le recours à la CEDH démontre l'importance et le rôle que joue cette convention, et notamment son article 6 § 1 et § 2. Le § 1 dispose que «*toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale*». Cette disposition est connue comme le droit à un «*procès équitable*» (5). Le § 2 de cet article 6 mentionne notamment que «*toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie [...]*».

L'application de la CEDH aux sanctions prononcées par la Cob, et d'une manière générale par toute autorité administrative dotée d'un pouvoir de sanction, est importante dans la mesure où la jurisprudence de la Cour européenne définit la notion d'«*accusation en matière pénale*» dans un sens matériel, et non formel, se fondant sur le caractère «*punitif*» et le caractère général de la norme, à but à la fois préventif et répressif. La CEDH doit ainsi être tenue comme faisant partie de notre juridique interne. Pourtant, il semble que les juridictions administratives aient plus de difficultés que les juridictions de l'ordre judiciaire à appliquer cette convention. Certes, dans deux décisions récentes, le Conseil d'Etat s'appuie sur la CEDH pour annuler et renvoyer deux décisions, l'une de la Cour de discipline budgétaire et financière, et l'autre de la Cour des comptes prononçant l'une comme l'autre des amendes. La Haute juridiction administrative estime que les agissements incriminés pouvant donner lieu à amende doivent être regardés comme étant des «*accusations en matière pénale*» au sens de l'article 6 de la CEDH et qu'en conséquence ces juridictions financières auraient dû siéger en séance publique (6). Mais justement, le problème tient en la qualification de juridiction de certaines instances administratives. Or, le Conseil d'Etat refuse souvent de voir dans certains organismes professionnels dotés de pouvoirs de sanctions disciplinaires de véritables juridictions administratives, niant ainsi la possibilité pour les personnes poursuivies de faire application de la CEDH. Tel était notamment le cas pour le Conseil des bourses de valeurs et pour le Conseil des marchés à Terme (7).

• En ce qui concerne la portée des propos prononcés par le président de la Cob, la question posée à la Cour de cassation consistait à déterminer dans quelle mesure ils étaient susceptibles de servir de base à l'annulation de la décision de sanction prononcée par la Commission comme ayant porté atteinte à la présomption d'innocence. Dans l'arrêt du 10 septembre 1996, pour écarter le grief de non-respect de la présomption d'innocence, les magistrats de la première chambre civile de la cour de Paris avaient retenu que l'auteur des propos incriminés, ayant cessé ses fonctions de président de la Cob le 4 octobre 1995, n'avait participé ni à la délibération du 12 décembre 1995 sur la poursuite de la procédure, ni à la décision sur le fond. Au contraire, dans la décision du 7 mai 1997 la même cour de Paris relevait «*qu'il est sans incidence que l'auteur des déclarations attentatoires ait cessé ses fonctions avant la mise en accusation de la personne visée et le prononcé de la sanction à son encontre ou qu'il n'ait pas pris part à la décision répressive*». Pour sa défense, la Cob se référait à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 juin 1996 (8). On se souvient que cette décision était la première à avoir cassé sans renvoi puis annulé – sur le fondement de l'article 6-2 de la CEDH – un arrêt de la cour de Paris en matière de sanction Cob. En effet, dans une décision du 6 avril 1994, la cour de Paris avait rejeté le recours en annulation de M. Conso dans l'affaire des Ciments français à la suite de la procédure de sanction de la Cob à son égard. M. Conso soutenait que le président de la Cob avait violé la présomption d'innocence en stigmatisant imprudemment dans un entretien accordé au journal *Le Figaro* le comportement de cette entreprise pour «*ses lacunes dans l'information*» et «*la mise en place d'un mécanisme de dissimulation*». La cassation de l'arrêt du 6 avril 1994 avait été prononcée alors «*qu'il était établi que ces déclarations publiques avaient été faites entre la notification des griefs à M. Conso et le prononcé de la sanction prise contre lui sous la présidence de leur auteur*». Dans l'affaire Conso, contrairement à l'affaire Oury, le président de la Commission était en exercice pendant le déclenchement et le déroulement de la procédure de sanction de manquement et avait participé à la séance de décision. Pour se défendre, donc, la Cob soutenait le rejet du grief invoqué par M. Oury en se référant à la jurisprudence Conso : dès lors que le président de la Cob n'avait ni participé au déroulement de la séance, ni au prononcé de la sanction pécuniaire, il n'avait pu porter atteinte au principe de présomption d'innocence. Dans sa décision du 1<sup>er</sup> décembre 1998, la Cour de cassation rejette l'argument en indiquant que «*[...] peu importait par ailleurs que l'auteur, ayant cessé ses fonctions, n'ait pas participé à la délibération décidant de la poursuite de la procédure [...] dès lors que le respect de la présomption d'innocence interdit que le président de la Cob en exercice déclare une personne coupable d'une infraction avant même que les juges compétents ne se soient prononcés*». Par contre, les deux arrêts de l'assemblée plénière du 5 février 1999 ne répondent pas à ce point, alors même que la Cob en avait fait un de ses arguments de défense. En effet, dans les deux pourvois apparaissait un élément de fait nouveau par rapport à la décision de décembre 1998 sur lequel s'appuyait la Commission pour soutenir la cassation des deux arrêts du 7 mai 1997. Si le président de la Commission était bien en fonction au moment du déclenchement, le 20 juin 1994, de l'enquête administrative, il ne l'était plus le 28 novembre 1995 lorsque la Cob, au vu des résultats des investigations, avait pris la

décision d'engager à l'égard de M. Oury une procédure de sanction. Ces propos étaient donc antérieurs à l'ouverture de la procédure de sanction. Dès lors, et par un raisonnement a contrario de la décision de la Cour de cassation du 18 juin 1996, la Cob estimait qu'il convenait de casser les deux arrêts de la cour de Paris ayant reconnu la violation de la présomption d'innocence. L'argument est trop subtil pour être retenu. La présomption d'innocence est un principe essentiel de la procédure pénale. Elle a été renforcée par la loi du 4 janvier 1993 par l'insertion dans le code civil d'un article 9-1 dont l'alinéa 1<sup>er</sup> stipule que «*chacun a droit au respect de la présomption d'innocence*». Les travaux en cours au Parlement soulignent le besoin de renforcement de la portée de ce principe. Face à une question de principe qu'est celle de la présomption d'innocence, c'est le contenu du principe qui importe. Dans ses conclusions aux arrêts du 5 février 1999, l'avocat général Lafortune estime que le fait que le président de la Cob n'était plus en fonction lors de la décision d'engager des poursuites à l'égard de M. Oury, n'est pas suffisant et déterminant pour écarter le respect du principe de présomption d'innocence. En effet, et conformément à la décision de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 1998, dès lors que le président de la Commission en exercice ne respecte pas cette présomption, il y a violation de l'article 6 § 1 et 2 de la CEDH, peu importe qu'il ait ou non participé à un moment quelconque à la procédure de sanction : le président de la Commission est investi d'un devoir de réserve absolu que l'on peut, en référence à la jurisprudence des initiés, qualifier de «devoir d'abstention de tout commentaire» dans les procédures ou enquêtes en cours.

### **Le rôle du rapporteur**

• En ce qui concerne le rôle accordé au rapporteur dans la procédure de sanction de la Commission, les deux arrêts rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 5 février 1999 dépassent le seul cadre du pouvoir de sanction de la Cob pour s'appliquer à de nombreuses autres autorités administratives disposant de pouvoirs administratifs comparables (Conseil de la concurrence, ART, CSA, Commission bancaire...). Par cet arrêt, l'assemblée plénière a entendu résoudre le problème de savoir si la présence du conseiller rapporteur au délibéré entâche ou non la décision de nullité. En l'espèce il était reproché à la procédure du décret du 23 mars 1990 de confondre en de mêmes mains plusieurs types de pouvoirs inconciliables : en effet, le Collège de la Cob avait désigné un de ses membres pour procéder en qualité de rapporteur, à toutes diligences utiles avec le concours des services administratifs, à la rédaction du rapport. En conséquence, le collège a successivement décidé la mise en accusation de M. Oury sur des faits qu'il a constatés et des chefs d'infraction qu'il a déterminés, puis, sans faire connaître les motifs à ce dernier, a décidé de la poursuite de la procédure à son encontre, et enfin a constaté la culpabilité de l'intéressé et l'a sanctionné. Selon M. Oury, cette procédure confondait ainsi dans le même organe de décision les fonctions de poursuite, d'instruction et constatation de la culpabilité, le tout sans faire connaître la raison du maintien des poursuites ni prévoir de débat contradictoire écrit sur le rapport d'instruction établi par le rapporteur ayant ensuite pris part au délibéré. Dès lors, la sanction prononcée a pu donner l'impression de ne pas avoir été décidée dans les conditions d'impartialité, selon une procédure équitable ménageant les

droits de la personne poursuivie, satisfaisant tout à la fois aux exigences de l'article 6 § 1 de la CEDH et à celles du principe fondamental du respect des droits de la défense. Pour apprécier les enjeux, il convient de préciser les modalités pratiques de cette procédure au moment des faits (celle-ci ayant été aménagée par la suite) avant de déterminer la portée de l'arrêt. La procédure de sanction administrative débute par une phase administrative comportant une décision d'enquête, la désignation des enquêteurs, l'établissement et le dépôt du rapport d'enquête. La Commission se réunit pour étudier ce rapport et décider soit de classer le dossier, soit d'ouvrir une procédure de sanction. Le président de la Cob notifie alors, par lettre recommandée avec AR, à la personne concernée par les poursuites, les griefs retenus, lui rappelle qu'elle peut se faire assister d'un conseil, prendre connaissance et copie des pièces du dossier et l'invite à adresser ses observations écrites. Au cours d'une séance, dite intermédiaire, la Commission décide soit de ne pas poursuivre la procédure du fait de la pertinence des observations de l'intéressé, soit au contraire de poursuivre la procédure de sanction. Un rapporteur est alors désigné par le président de la Cob et la personne mise en cause est notifiée des poursuites engagées à son encontre. Le rapporteur procède alors «à toutes diligences utiles». La personne mise en cause est convoquée à la séance du jugement au cours de laquelle le rapporteur présente l'affaire oralement ; puis intervient la défense. L'affaire est alors mise en délibéré. Le rapporteur y participe en tant que membre du collège avec voix délibérative.

Avant même cet arrêt, le rôle de ce rapporteur avait donné lieu à de nombreuses critiques par la doctrine qui voyait se concentrer sur ce personnage les pouvoirs du parquet, du juge d'instruction et du juge du siège (9). Selon l'avocat général Lafortune, si la jurisprudence tirée de l'affaire *Métrologie* dans l'arrêt de la chambre commerciale du 9 avril 1996 admet des «tolérances» dans les règles de procédure appliquées au cours de l'intervention préalable d'une autorité administrative, celles-ci n'impliquent nullement que les garanties fondamentales du procès équitable et du principe de l'égalité des armes contre les parties prévues par la CEDH et qui sont propres à la procédure pénale ne soient pas effectivement respectées par l'accusateur public dès le début de la phase administrative durant les phases de l'enquête et de la procédure de sanction. En effet, les manquements aux règlements d'une autorité administrative sont des «accusations en matière pénale» et non des «contestations sur des droits et des obligations de caractère civil». Dès lors, les sanctions prononcées par la Cob doivent satisfaire sous tous leurs aspects aux prescriptions de l'article 6 de la CEDH. Outre la violation de la CEDH, la procédure prévue par le décret de 1990 contrevient au respect du principe de l'égalité des armes. En effet, la présence du rapporteur lors du délibéré doit aussi s'apprécier au regard de ce principe, selon lequel chaque partie doit avoir la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas par rapport à la partie adverse. Or, la présence du rapporteur lors du délibéré contrevient au respect de ce principe.

Alors même que le pourvoi ne portait pas sur le problème de la présence du rapporteur au délibéré, l'assemblée plénière a saisi l'occasion qui lui était offerte pour se prononcer sur cette question ; elle estime que dès lors que l'arrêt attaqué «*relève que l'un des membres de la Commission, nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à*

toutes investigations utiles [...] c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif a justifié sa décision». Cette décision s'inscrit dans la suite de deux autres décisions de la même assemblée plénière rendues le 6 novembre 1998 concernant le rôle des différents acteurs dans un procès. Elle a ainsi estimé, en visant le § 1 de l'article 6 de la CEDH, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial et que cette exigence doit s'apprécier objectivement. Dans un autre arrêt rendu le même jour, elle a décidé que la présence d'un magistrat statuant sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement.

### Les aménagements à la procédure après l'arrêt

Les deux décisions rendues le 5 février 1999 ont parfois été présentées comme supprimant tout pouvoir de sanction à la Commission. Il s'agit d'une vision trop simpliste des choses : seul le rôle du rapporteur est contesté ; pour remédier aux conséquences tirées de cette jurisprudence, un réaménagement des règles de procédures s'avère indispensable. A cet égard, on sait qu'avant même cet arrêt, la procédure a été modifiée par le décret n° 97-774 du 31 juillet 1997 modifiant celui du 23 mars 1990. Selon cette procédure, le rapporteur est désigné dès la décision de la Commission d'ouvrir une procédure de sanction de manquement. Comme auparavant, les griefs retenus sont notifiés à la personne mise en cause qui a la possibilité de présenter des observations. Le rapporteur instruit avec le concours des services de la Commission et dispose toujours à cet égard de larges pouvoirs lui permettant d'effectuer «toutes diligences utiles» et notamment d'entendre la personne mise en cause ou toute personne dont le témoignage est nécessaire. Le texte supprime la séance intermédiaire du collègue. Le rapport écrit du rapporteur est annexé à la convocation de la personne mise en cause pour la séance de jugement. Le rapporteur présente toujours oralement son rapport ; la défense est ensuite entendue ; l'affaire mise en délibérée, et le rapporteur continue de participer avec voix délibérative au délibéré. Si le principe du contradictoire est renforcé par l'établissement d'un rapport écrit et communiqué avant la séance à la personne poursuivie et la suppression de la séance intermédiaire qui se tenait de manière non contradictoire, le rapporteur continue cependant de participer au délibéré, alors même que ses pouvoirs restent importants. Le jour même de la publication des deux arrêts du 5 février 1999, la Cob a indiqué qu'elle étudiait «de façon approfondie toutes les conséquences à en tirer» (10). Depuis lors, pour tenir compte de cet arrêt, elle a modifié son règlement intérieur, précisant que «ni le président, ni aucun membre de la Commission ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle il a exercé les fonctions de rapporteur» (11). Est-ce suffisant ? Doit-on aller jusqu'à modifier le décret de 1990, voire l'ordonnance de 1967 ? S'il est trop tôt pour répondre, l'on peut penser qu'à ce stade la Commission se contentera d'une réforme minimaliste, au risque de provoquer de nouvelles jurisprudences, mais afin de préserver l'efficacité de son pouvoir de sanction. L'alternative consisterait à séparer franchement les différents pouvoirs de la Commission, notamment celui de réglementer et celui de prononcer des sanctions.

(1) Paris, 10 septembre 1996, *RJDA* 1996, n° 1487.

(2) Paris, 7 mai 1997, *Banque & droit*, mai-juin 1997, p. 40, note H. de Vauplane ; *D.* 1997, IR, p. 142 ; *RD. bancaire et bourse* 1997, p. 119, obs. Germain et Frison-Roche.

(3) Cass. com. 9 avril 1996, *Banque & droit* n° 47, mai-juin 1996, p. 31 ; *D. affaires* 1996, p. 606 ; *RJDA* 1996, n° 645 ; *RD. bancaire et bourse* 1996, p. 177, obs. Germain et Frison-Roche ; *Petites affiches*, 26 juin 1996, p. 29, note C. Ducouloux-Favard.

(4) Arrêt CEDH du 10 février 1983, n° 1/1982/47/75-76, Albert et Le Compte/Belgique ; arrêt CEDH du 23 octobre 1984, n° 9/1982/55/84, Ozturk/République fédérale d'Allemagne.

(5) M. Fabre, «Le droit à un procès équitable : étude de jurisprudence sur l'application de l'article 6 § 1 de la convention EDH», *JCP G* 1998, I, 57, p. 1425.

(6) *Petites affiches* du 15 janvier 1999, note J.-M. André.

(7) Cf. CE, 3 avril 1998, Wargny, *Banque & droit* n° 61, septembre-octobre 1998, p. 37, note H. de Vauplane.

(8) Cass. com. 18 juin 1996, *Bull. civ. IV*, n° 179 ; *Banque & droit*, juillet-août 1996, n° 48, p. 32, note H. de Vauplane.

(9) H. de Vauplane, note sous Paris, 7 mai 1997, *Banque & droit* n° 53, mai-juin 1997, p. 40 ; R. Ramette, «La réforme de la Cob et le cumul de pouvoir de sanctions, normatifs et d'investigation», *Bull. Joly bourse* 1995, p. 483 ; F. Buchet, «Vers un progrès des droits de la défense devant la Cob», *Rev. sociétés* 1997, p. 481.

(10) Communiqué de presse Cob du 5 février 1999.