

## Article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme

# LA PROCÉDURE DISCIPLINAIRE DE LA COMMISSION BANCAIRE REMISE EN CAUSE



**MATTIAS GUYOMAR**  
Maître des requêtes au Conseil d'État  
Professeur associé à Paris XI

La société d'investissement Dubus avait fait l'objet d'un contrôle de la Commission bancaire, suivi d'une procédure disciplinaire et d'une sanction prononcée par cette même commission. La société forma un recours devant le Conseil d'État, se plaignant du manque d'impartialité et d'indépendance de la Commission ainsi que de l'iniquité de la procédure. Sans succès. Invoquant l'article 6§1 de la CEDH, la société avait ouvert une nouvelle procédure disciplinaire auprès de la Cour européenne des droits de l'homme qui lui a donné raison, par un arrêt du 11 juin 2009, relevant que la requérante a raisonnablement pu avoir l'impression que les mêmes personnes l'ont poursuivie et jugée. Avec cette condamnation de la France, c'est la logique même du système de régulation bancaire qui est ébranlée.

**L**a société Dubus SA est une entreprise d'investissement agréée qui exécute des ordres pour le compte de tiers et négocie pour son compte propre. Suite à un premier contrôle, la société fait l'objet, de la part de la Commission bancaire, d'un blâme, le 9 janvier 1998. Une nouvelle inspection intervient en février et mars 2000. Le rapport, remis le 1<sup>er</sup> septembre 2000, relève, malgré

certaines améliorations, la persistance des faiblesses de l'organisation de la société, notamment en matière de contrôle interne. Le 28 septembre 2000, la Commission bancaire décide d'engager une procédure disciplinaire à l'encontre de la société Dubus. Cette décision est notifiée à la société par lettre en date du 24 novembre 2000. Une audience est organisée le 11 juillet 2001. Et, par une décision en date du 8 octobre 2001, la Commission bancaire inflige un nouveau blâme à la société Dubus. La sanction se fonde sur plusieurs motifs, notamment la méconnaissance de l'article L. 532-2 du Code monétaire et financier, de certains règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière et de l'instruction n° 91-07 de la Société des bourses françaises relative aux règles applicables en matière de représentation des dépôts de clientèle.

La société introduit un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. En effet, lorsqu'elle exerce le pouvoir disciplinaire, en application de l'article 613-21 du Code monétaire et financier, la Commission bancaire est une juridiction administrative comme le prévoit l'article L. 613-23 du même code. À l'appui de son pourvoi, la requérante met en cause, à plusieurs titres, l'organisation et le fonctionnement de la Commission au regard des exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH). Le litige relève bien du champ d'application de cet article. Le Conseil d'État juge en effet que l'article 6 § 1 de la CEDH est applicable à la procédure disciplinaire devant la Commission bancaire (29 novembre 1999 *Société Rivoli Exchange* p. 366).

Il était soutenu, en premier lieu, que la procédure disciplinaire était irrégulière, faute pour la faculté qu'a la Commission bancaire de s'autosaisir d'avoir été prévue par la loi. Le moyen suivant posait une question inédite en jurisprudence : était contestée la possibilité pour la Commission d'assurer à la fois la fonction de contrôle

administratif et l'exercice du pouvoir disciplinaire. La Commission bancaire cumule en effet deux fonctions de nature différente, la fonction de contrôle, d'une part, et la fonction disciplinaire, d'autre part. À l'appui de ce moyen, la requérante soutenait en particulier que les textes applicables n'organisent aucune séparation entre les différentes instances de la Commission bancaire et qu'aucune disposition ne garantit l'indépendance du Secrétariat général par rapport au collège des membres. Elle en déduisait que l'enchaînement du contrôle administratif et de la procédure disciplinaire entraîne une méconnaissance de l'exigence d'impartialité.

Les arguments développés par la société reposaient sur une analyse exacte de l'état du droit. La Commission bancaire est constituée d'un collège dont la composition est fixée par l'article L. 613-3 du CMF. Ce collège siège tantôt en formation administrative, tantôt en formation juridictionnelle. La Commission dispose également de services placés sous l'autorité du Secrétariat général. L'article L. 613-7 du CMF prévoit que les agents et les moyens nécessaires à l'exercice des missions sont mis à la disposition du Secrétariat général par la Banque de France. Comme le prévoit le décret du 28 juin 1996, le Secrétariat général, qui comprend la direction du contrôle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et la direction des études juridiques, est placé sous l'autorité d'un secrétaire général désigné par arrêté du ministre de l'Économie. L'article L. 613-6 du CMF dispose que « le Secrétariat général de la Commission bancaire, sur instruction de la Commission bancaire, effectue des contrôles sur pièces et place ». Le dernier alinéa de cet article 3-6 prévoit que « la Commission délibère périodiquement du programme des contrôles sur place ». Ceux-ci sont ensuite effectués par des inspecteurs de la Banque de France, sous l'autorité du Secrétariat général. À la date des faits litigieux, la pratique développée par la Commission était la suivante. Au vu des rapports qui lui transmet le secrétaire général, le collège des membres décide ou nom d'engager une procédure disciplinaire. Celle-ci donne lieu à une lettre de notification des griefs qui est signée du président de la Commission. Débute alors la procédure juridictionnelle qui n'est pas pilotée par le Secrétariat général, comme l'était la procédure administrative, mais par le collège des membres. En revanche, le Secrétariat général qui a été chargé de la mise en état de la procédure réplique, le cas échéant, aux observations de la personne mise en cause. Aucun rapporteur n'est expressément désigné. 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.

Ainsi que je le reconnaissais dans mes conclusions sur cette affaire : « On peut comprendre qu'une telle organisation puisse être perçue, de l'extérieur, comme reposant sur une certaine confusion des rôles. C'est bien au nom de la Commission bancaire, qui, au final, prononcera la sanction, que l'inspection a été diligentée ». C'est pourquoi les conclusions préconisaient que le pouvoir réglementaire donne un fondement textuel à la pratique de la Commission bancaire. Le rapport public du Conseil d'État pour l'année 2001, consacré aux autorités administratives indépendantes, relevait déjà que

l'absence de règlement intérieur était gênante « en particulier dans les AAI relativement anciennes comme la Commission bancaire, dont les textes institutifs sont laconiques en termes de fonctionnement et de garanties procédurales et dont le fonctionnement peut ainsi opaque ». Ces invitations sont malheureusement restées sans écho.

Le Conseil d'État a néanmoins écarté les moyens de la requérante, conformément à ce que lui proposaient les conclusions, validant ainsi, d'une certaine manière, le fonctionnement interne de la Commission, par sa décision Dubus du 30 juillet 2003.

## LA SOLUTION RETENUE PAR LA DÉCISION DUBUS

Le Conseil d'État admet, en premier lieu, la faculté pour la Commission bancaire de s'autosaisir : « Considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du Code monétaire et financier applicables à la Commission bancaire que celle-ci peut se saisir elle-même des faits de nature à constituer des manquements, par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement, aux dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables ; qu'une telle possibilité conférée à une juridiction de se saisir de son propre mouvement d'affaires qui entrent dans le domaine de compétence qui lui est attribué n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès rappelé par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

### La faculté de s'autosaisir

Dans l'affaire commentée, la Commission bancaire s'était saisie d'office en application de l'article 9 du décret du 24 juillet 1984 aux termes duquel : « Lorsque la Commission bancaire estime qu'il y a lieu de faire application des sanctions prévues [...], elle porte à la connaissance de l'établissement de crédit ou de l'entreprise d'investissement concerné, par une lettre recommandée [...] les faits qui lui sont reprochés ». Mais cette faculté n'était expressément prévue par aucune disposition législative. Par sa décision Société Habib Bank Limited (Section 20 octobre 2000 p. 433), le Conseil d'État avait jugé que la possibilité conférée à la Commission bancaire, par l'article 17 de la loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants, de se saisir de son propre mouvement d'affaires qui entrent dans le domaine de compétence qui lui est attribué n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès énoncée par les stipulations de l'article 6 § 1 de la CEDH. En écartant le moyen, la décision du 30 juillet 2003 admet que la Commission peut également agir d'office lorsqu'elle exerce le pouvoir disciplinaire de droit commun. Cette solution qui étend la jurisprudence de 2000 repose sur la logique d'ensemble de la loi du 24 janvier 1984 : aucune disposition ne prévoyant qu'une procédure puisse être engagée à l'initiative de tiers, il s'agit de l'unique moyen de conférer un effet utile à l'article L. 613-21 du CMF qui dispose que la Commission peut prononcer des sanctions disciplinaires si un établissement de crédit « a enfreint une disposition législative

ou réglementaire afférente à son activité, n'a pas répondu à une recommandation ou n'a pas tenu compte d'une mise en garde ou encore n'a pas respecté les conditions particulières posées ou les engagements pris à l'occasion d'une demande d'agrément » et de ne pas contraindre la Commission à l'inaction. Il faut préciser que la requérante ne contestait pas les modalités de rédaction de l'acte d'autosaisine. Rappelons que la décision précitée Société Habib Bank Limited juge que « la lecture de cet acte ne saurait, sous peine d'irrégularité de la décision à rendre, au regard de l'exigence d'impartialité, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu ».

La décision du 30 juillet 2003 valide ensuite le cumul des fonctions de la Commission bancaire au regard du principe d'impartialité. Les arguments de la société requérante sont écartés sur les deux terrains qu'elle invoquait.

### La validation du cumul de fonctions

En premier lieu, le cumul est admis dans son principe même : « L'attribution par la loi à une autorité administrative du pouvoir de fixer des règles dans un domaine déterminé et d'en assurer elle-même le respect, par l'exercice d'un pouvoir de contrôle des activités exercées et de sanction des manquements constatés, ne contrevient pas aux exigences rappelées par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que ce pouvoir de sanction est aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense, le caractère contradictoire de la procédure et l'impartialité de la décision. »

La décision répond, dans le détail à l'argumentation de la requérante relative à l'absence de séparation organique entre les différentes instances de la Commission : « Si la Commission bancaire assure par son Secrétariat général le contrôle des établissements de crédit et les entreprises d'investissement, les conditions dans lesquelles ses services s'acquittent de cette fonction ne conduisent pas le collège des membres de la Commission à prendre parti sur les faits reprochés aux personnes qui font l'objet d'une procédure disciplinaire ; dès lors que la décision est prise, ainsi que le prévoit la loi, dans l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, les membres de la commission bancaire ne peuvent recevoir d'instruction de quiconque et portent sur l'affaire leur jugement en pleine indépendance. »

Mais la reconnaissance du cumul des fonctions est conditionnelle : si, par lui-même, celui-ci ne contrevient pas à l'exigence d'impartialité, encore faut-il qu'en pratique, la procédure suivie n'ait pas conduit à méconnaître cette dernière.

C'est pourquoi le Conseil d'État vérifie, en second lieu, qu'au cas d'espèce, les conditions dans lesquelles les procédures de contrôle et de sanction se sont déroulées n'ont pas entraîné une violation des règles du procès équitable. Sur ce point également, le moyen est écarté : « Aucun principe général du droit, non plus que les stipulations du premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'impose la séparation des phases d'instruction et de jugement au sein d'un même procès ; ni le Secrétariat général, chargé des contrôles sur pièces et sur place sur instruction de la Commission, ni les personnes qui procèdent pour lui à ces contrôles, ne pren-

nent part à la décision de la Commission relative à la sanction susceptible d'être infligée à l'entreprise contrôlée ; qu'ainsi la procédure suivie par la Commission n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité rappelée au premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Au regard de l'exigence d'impartialité, les conditions dans lesquelles la Commission bancaire s'acquitte de ses différentes fonctions ne doivent pas conduire le collège de ses membres à prendre parti, avant l'issue d'une procédure disciplinaire, sur les faits reprochés aux personnes physiques ou morales qui en font l'objet. Après avoir admis le principe du cumul fonctionnel, le juge a donc vérifié, au cas d'espèce, au vu de l'enchaînement des opérations, si le principe d'impartialité – lequel prohibe tout préjugement de l'affaire – avait été ou non respecté. La condition tenant à l'existence d'une « même affaire » étant remplie<sup>1</sup>, le respect du principe d'impartialité emportait deux séries de conséquences : d'une part, le collège des membres ne devait pas avoir été amené à prendre une position déterminante pour l'issue de la procédure, au stade du contrôle administratif ; d'autre part, le Secrétariat général qui pilote la phase administrative du contrôle ne devait en rien avoir pris part à la décision disciplinaire.

Le Conseil d'État a considéré que ces deux écueils avaient été évités. Au bénéfice de la complète autonomie dont bénéficie le Secrétariat général dans la conduite des opérations de contrôle, il a, en premier lieu, estimé que le collège des membres, siégeant en formation administrative, n'avait pas été amené à préjuger la position qu'il allait prendre en formation juridictionnelle. Ce point était le plus délicat de l'affaire. L'article L. 613-6 du CMF prévoit en effet que le Secrétariat général effectue les contrôles « sur instruction de la Commission bancaire ». La solution retenue s'appuie donc exclusivement sur la pratique suivie selon laquelle ces instructions consistent en la seule approbation, par la délibération prévue au dernier alinéa de l'article précité, du programme d'action. Le Conseil d'État a estimé qu'il était suffisant, pour écarter le moyen, que, dans les faits, le collège des membres, siégeant en formation administrative, se borne à valider les propositions faites par le Secrétariat général et ne connaisse ensuite plus des contrôles effectués, pour son compte, jusqu'à la réception des rapports d'inspection. Il a relevé, en second lieu, que le Secrétariat général ne prenait aucune part à la conduite de la procédure disciplinaire, une fois celle-ci engagée. S'il intervient à ce stade, c'est uniquement pour adresser, dans le cadre de la procédure contradictoire, des observations en réponse aux écritures des personnes poursuivies. A été déterminant, dans la solution retenue, le fait qu'aucun membre du Secrétariat général, qui n'est pas représenté lors des délibérations du collège, ne prenne part à la décision de sanction. Cette solution est à rapprocher de l'hypo-

1. Ce sont en effet les mêmes faits qui ont été appréhendés sous le même angle répressif successivement dans le rapport d'inspection et dans la décision de sanction.

thèse tranchée par la décision SA *Entreprise Razel frères et Le Leuch* (Assemblée 6 avril 2001) dans laquelle a été admise la possibilité pour une chambre régionale des comptes d'enchaîner une mission de vérification administrative et une procédure juridictionnelle de gestion de fait à la condition que les mêmes personnes n'aient pas successivement participé aux deux opérations.

### L'exigence du respect de l'égalité des armes

La logique du raisonnement suivi est éclairée par la solution retenue par une autre décision du Conseil d'État en date du 30 juillet 2003 *Banque d'escompte et Wormser frères réunis*. Cette décision explicite en effet les conditions concrètes dans lesquelles la procédure disciplinaire doit être conduite : « Il résulte de l'ensemble de ces dispositions et des exigences qui découlent des principes rappelés plus haut que, lorsque la commission bancaire estime devoir engager, à l'encontre d'un établissement de crédit ou de l'une des autres personnes soumises à son contrôle, une procédure disciplinaire, les formes à suivre à partir de la délibération qui décide les poursuites sont celles d'une procédure juridictionnelle ; celle-ci implique, en particulier, que la Commission bancaire ne se fonde, pour décider des suites à y donner, que sur des éléments débattus contradictoirement et donc, dans tous les cas, portés à la connaissance de la personne poursuivie ».

Les limites dans lesquelles le Secrétariat général doit agir sont précisément définies : « S'il appartient au Secrétariat général de la Commission, qui a assuré les contrôles qui ont mis en évidence les faits à l'origine des poursuites, de faire valoir devant le collège des membres de la Commission des observations à la suite de celles qui ont été produites par la personne mise en cause et de poursuivre ainsi un débat contradictoire qui assure la pleine information de la Commission, celle-ci ne peut, sous peine d'entacher d'irrégularité la décision à prendre, se fonder sur des éléments écrits fournis par le Secrétariat 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 disciplinaire à laquelle la personne poursuivie a été convoquée ». Ces modalités, qui encadrent strictement l'intervention du Secrétaire général, n'ayant pas été respectées au cas d'espèce, la sanction infligée par la Commission bancaire a été annulée : « Il résulte de l'instruction menée devant le Conseil d'État que des membres du Secrétariat général de la Commission bancaire ont été entendus par celle-ci sur l'affaire qui a donné lieu à la décision attaquée en dehors du cadre de l'audience et donc hors la présence des représentants de l'établissement poursuivi ; que cette circonstance constitue un manquement à l'exigence du caractère contradictoire de la procédure qui entache d'irrégularité la décision attaquée ».

La lecture combinée des deux décisions du 30 juillet 2003 révèle qu'au prix d'un effort qui ne lui a pas semblé insurmontable, le Conseil d'État a admis, en prenant en compte la pratique suivie – tantôt dans le silence des textes ; tantôt à l'encontre de leur lettre – que la séparation des instances (Secrétariat général, d'une part, et collège des membres, d'autre part) au sein de la Commission bancaire était assurée de telle manière que leur intervention successive ne contrevenait pas à l'exigence d'impartialité. Mais les conséquences de ce raisonnement qui repose sur le dédoublement fonctionnel de la Commission sont impa-

rables : dès la procédure disciplinaire engagée, le Secrétariat général, qui doit se comporter comme une partie même s'il n'en a pas la qualité, ne peut plus intervenir autrement que dans le cadre du débat contradictoire et dans le respect de l'égalité des armes.

Son pourvoi ayant été rejeté par le Conseil d'État, la société Dubus a saisi la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France par un arrêt du 11 juin 2009 qui infirme largement la solution retenue par la décision du 30 juillet 2003.

## LA SOLUTION RETENUE PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Avant d'en venir aux motifs de la condamnation de la France, deux points méritent d'être soulignés.

En premier lieu, la Cour européenne a confirmé l'applicabilité – qu'avait admise le Conseil d'État – de l'article 6 § 1 de la Convention européenne à la procédure suivie devant la Commission bancaire. Dans ses écritures en défense, le gouvernement français la contestait pourtant au motif que la sanction litigieuse n'était qu'un blâme, décision qui ne relève ni de la branche civile ni de la branche pénale de l'article 6. La Cour a balayé cette argumentation :

« La Cour observe que la requérante s'est vue infliger un blâme, sanction de nature administrative en droit interne. Toutefois, la lecture de l'article L. 613-21 du CMF démontre que la société requérante pouvait encourir une radiation et/ou une sanction pécuniaire "au plus égale au capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée". De telles sanctions entraînent des conséquences financières importantes, et partant, peuvent être qualifiées de sanctions pénales, (mutatis mutandis, *Guisset c/ France*, n° 33933/96, § 59, CEDH 2000-IX). En effet, la Cour rappelle que la coloration pénale d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passible la personne concernée (*Engel et autres précité*, § 82) et non à la gravité de la sanction finalement infligée » (§ 37).

Il s'agit de la confirmation d'une jurisprudence constante, reprise par le Conseil d'État, selon laquelle l'applicabilité de l'article 6 ne dépend pas de la sanction infligée, mais de la gamme des sanctions prévue par les textes, et en particulier des plus graves d'entre elles.

Il était également soutenu que le contrôle des sanctions prises par la Commission par la seule voie du recours en cassation devant le Conseil d'État méconnaîtrait les exigences conventionnelles. La requérante soutenait que, dans une procédure disciplinaire comme celle de l'espèce, le fait que le Conseil d'État ne puisse pas apprécier la proportionnalité d'une sanction au regard de l'infraction commise entraînerait une violation de l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention. Cette argumentation en rejoint une autre, fréquemment développée devant le Conseil d'État afin de l'inviter à faire évoluer sa grille de contrôle, selon laquelle les limites du contrôle de cassation méconnaîtraient l'article 6 § 1 de la Convention

européenne. Il est vrai que le choix de la sanction est laissé à l'appréciation souveraine de la Commission et ne peut donc être censuré par le juge de cassation qu'en cas de dénaturation. La Cour n'a pas suivi la société sur ce point et n'a relevé, dans la procédure devant le Conseil d'État, aucune violation de la Convention.

Mais pour l'essentiel, la Cour de Strasbourg a fait droit aux prétentions de la société requérante. Elle a refusé de reproduire le raisonnement tenu dans la décision du 30 juillet 2003 et de prendre en compte, au-delà des textes, la pratique ainsi que l'y invitait le gouvernement français en défense.

Il faut tout d'abord relever que l'appréciation de la Cour sur la question de droit débute par la réaffirmation de la décision *Didier c/ France* (n° 58188/00 27 août 2002) : « Si le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, comme la Cour l'a jugé dans le cadre d'une procédure disciplinaire devant le Conseil des marchés financiers, autorité administrative indépendante similaire à la Commission bancaire, où était en cause la participation du rapporteur au délibéré du jugement (*Didier*), ce cumul est subordonné à la nature et l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction, et notamment à l'absence d'accomplissement d'acte d'accusation de sa part ». La Cour a rappelé à cette occasion que « 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 ».

Cette solution, qui consiste en la reprise de la solution dégagée par l'Assemblée du Conseil d'État dans sa décision *Didier* du 3 décembre 1999, n'avait jusqu'alors été retenue que par une décision d'irrecevabilité. Elle repose sur une claire distinction entre les fonctions d'accusation, d'instruction et de jugement et précise dans quelle mesure elles sont ou non incompatibles entre elles. Il n'est pas exagéré d'affirmer que désormais, la jurisprudence européenne est stabilisée sur ce point.

Après avoir rappelé le cadre théorique de son contrôle, la Cour a recherché si la Commission bancaire avait pu décider de la sanction disciplinaire sans « préjugement », compte tenu des actes accomplis par elle au cours de la procédure.

Pour ce faire,

« La Cour relève 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. En particulier, il ne ressort pas du CMF, ni d'un éventuel règlement intérieur, de distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction dans l'exercice du pouvoir juridictionnel de la Commission bancaire. » (§ 56 et 57)

Ce faisant, elle marque son attachement, constant dans sa jurisprudence, à l'existence de garanties formalisées, prévues par les textes.

La Cour rappelle ensuite le déroulement concret de la procédure disciplinaire litigieuse :

« La décision de poursuivre et d'ouvrir une procédure à l'encontre de la requérante fut prise par procès-verbal du 28 septembre 2000 par le secrétaire général et la Commission bancaire

tandis que la notification des griefs à son égard incombait à la Commission en la personne de son président le 24 novembre 2000. Quant à l'instruction de l'affaire, la Cour constate qu'elle n'est pas dévolue à une personne précise. La Commission s'est référée notamment au rapport d'inspection déposé par l'inspecteur R. et aux « analyses du Secrétariat général ». Au cours de la procédure juridictionnelle, le Secrétariat général déposa un mémoire en réplique en réponse aux observations de la requérante. Enfin, la décision de sanction fut prise par le président de la Commission bancaire et cinq membres de celle-ci après une audience. » (§ 59)

Les conséquences qu'elle tire de cette description sont sans appel :

« De cet enchaînement d'actes pris au cours de la procédure juridictionnelle, il résulte, de l'avis de la Cour, que la société requérante pouvait raisonnablement avoir l'impression que ce sont les mêmes personnes qui l'ont poursuivie et jugée. En témoigne particulièrement la phase d'ouverture de la procédure disciplinaire et de la notification des griefs où la confusion des rôles conforte ladite impression. La requérante a pu nourrir des doutes sur la prise de décision par la Commission bancaire dès lors que celle-ci décida de la mise en accusation, formula les griefs à son encontre et finalement la sanctionna. » (§ 60)

On retrouve ici l'importance des apparences dans l'appréciation objective de l'impartialité qui consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle des juges, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ces derniers.

## Deux causes de violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne

Le constat d'une violation des règles du procès équitable repose sur deux éléments différents.

■ Premier point :

« La Cour s'accorde avec l'analyse du Conseil d'État, qui n'a pas remis en cause la faculté d'autosaisine de la Commission bancaire, mais qui l'a subordonnée au respect du principe d'impartialité mais elle croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure. » (§ 60)

En d'autres termes, la jurisprudence *Habib bank Limited* n'est pas condamnée dans son principe mais sa portée est largement atténuée : l'autosaisine est certes possible, mais selon des modalités qui restent à déterminer.

■ Second point :

« À cela, il faut ajouter que le rôle du secrétaire général accentue la confusion soulignée ci-dessus, même s'il n'apparaît pas être intervenu dans la prise de décision de la sanction. En effet, aux termes de l'article L. 613-6 du CMF, le Secrétariat général effectue les contrôles sur instruction de la Commission bancaire, et la procédure disciplinaire est précisément engagée au vu des irrégularités constatées dans le cadre du contrôle administratif ; le Secrétariat général, par son secrétaire, intervient ensuite dans la procédure juridictionnelle en adressant des observations en réponse aux écritures de la partie poursuivie. Enfin, c'est bien au nom de la Commission bancaire qui, au final prononcera la sanction, que l'inspection a été diligentée. » (§60)

La solution audacieuse retenue par le Conseil d'État reposait sur le pari que la Cour européenne accepterait de faire évoluer sa jurisprudence en acceptant de prendre en compte la réalité concrète de la procédure. La Cour est restée sourde à cette invitation et a fait application de sa jurisprudence constante en la matière :

« En résumé, la Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du gouvernement sur l'existence d'une séparation organique au sein de la Commission bancaire. Elle estime que la requérante pouvait nourrir des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et l'impartialité de la Commission du fait de l'absence de distinction claire entre ses différentes fonctions. » (§ 61)

De ce point de vue, la solution retenue n'est pas une surprise. Elle ne doit pas être interprétée comme un désaveu du raisonnement développé dans la décision du 30 juillet 2003. Le dialogue des juges conduit parfois le juge national à prendre l'initiative d'une évolution de jurisprudence. La Cour européenne peut saisir l'occasion qui lui est offerte, comme elle l'a fait avec la décision précitée *Didier* ; elle peut aussi refuser de faire sienne la construction échafaudée par la juridiction nationale, comme dans l'arrêt du 11 juin 2009. Chacun est dans son rôle : si la convergence des jurisprudences est souhaitable, elle ne saurait être systématique.

Il faut ajouter que la société requérante se plaignait également d'une rupture de l'égalité des armes dans le procès entre le Secrétariat général et les personnes poursuivies. Après avoir relevé que la plus grande partie de ce grief avait, en définitive, trait à la confusion des rôles au sein de la Commission bancaire dénoncée dans le grief précédent, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu de l'examiner au fond, eu égard au constat de violation du droit de la requérante à voir sa cause entendue par un tribunal impartial auquel elle était parvenue.

Il n'en reste pas moins vrai que la solution retenue par le Conseil d'État est infirmée par la Cour de Strasbourg qui constate une « violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison du défaut d'indépendance et d'impartialité de la Commission bancaire ». Précisons enfin que, comme elle le fait fréquemment en cas de méconnaissance d'un droit procédural, la Cour a estimé que « le constat d'une violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par la requérante ».

## LES CONSÉQUENCES À TIRER DE L'ARRÊT DU 11 JUIN 2009

Avec la condamnation de la France, c'est la logique même du système de régulation bancaire, qui consiste à confier au même organisme le pouvoir de constater l'existence d'infractions aux règles applicables et le soin d'en tirer les conséquences au plan disciplinaire, qui est ébranlée.

Trois séries de conséquences au moins découlent de l'arrêt du 11 juin 2009.

■ En premier lieu, toutes les procédures qui se sont déroulées dans des conditions similaires doivent être regardées comme entraînant une violation de l'article

6 § 1 de la Convention européenne. Sont ainsi fragilisées les décisions rendues par la Commission bancaire qui ne sont pas encore devenues définitives. On peut en effet raisonnablement penser que le Conseil d'État fera montre de discipline jurisprudentielle et se ralliera à la solution retenue par la Cour.

■ En deuxième lieu, les procédures en cours et à venir doivent, afin d'éviter tout risque contentieux, se dérouler dans le respect des exigences conventionnelles telles qu'interprétées par la Cour européenne. Dans l'attente d'une réforme de structure, deux modifications s'imposent sans tarder.

La première concerne l'acte d'autosaisine : à tout le moins, les modalités doivent en être changées. Il serait même préférable que cet acte n'émane plus, quels qu'en soient les termes, de l'une des personnes qui sera ensuite amenée à délibérer de la décision de sanction. Cette exigence se traduit, s'agissant des affaires pendantes dans lesquelles la saisine a été signée du président de la Commission, par la nécessité que ce dernier s'abstienne de siéger lors de la délibération finale.

La seconde modification concerne la composition de la formation disciplinaire. L'article L. 613-3 du Code monétaire et financier dispose que : « La Commission bancaire comprend le gouverneur de la Banque de France ou son représentant, président, le directeur du Trésor ou son représentant le président de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles ou son représentant et quatre membres ou leurs suppléants nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie pour une durée de cinq ans dont le mandat est renouvelable une fois :

1. Un conseiller d'État proposé par le vice-président du Conseil d'État ;
2. Un conseiller à la Cour de cassation proposé par le premier président de la Cour de cassation ;
3. Deux membres choisis en raison de leur compétence en matière bancaire et financière. [...] »

Il découle des motifs de l'arrêt du 11 juin 2009 qu'en raison de l'absence d'autonomie suffisante du Secrétariat général, les contrôles administratifs doivent être regardés comme étant décidés par et conduits pour le compte du collège. Dans ces conditions, les personnes ayant siégé lors des délibérations administratives – approbation des contrôles à effectuer et décision des suites à y donner – ne peuvent, sans que naisse le soupçon du préjugement, siéger ensuite en formation disciplinaire pour connaître de la même affaire. L'existence de suppléants permet d'organiser, dans le respect des règles de quorum, des délibérations en des formations composées de manière entièrement différente. Cette solution paraît de nature, dans un premier temps, à permettre à la Commission bancaire de continuer à exercer ses prérogatives dans le respect de la jurisprudence européenne.

### La nécessité d'une réforme structurelle

■ En dernier lieu, l'arrêt *Dubus c/ France* appelle à terme une profonde réforme de structure de la Commission bancaire. La perspective de la création d'une nouvelle autorité indépendante, l'Autorité de contrôle prudentiel, offre l'occasion de définir de nouvelles règles d'organisation et de fonctionnement qui mettent le régulateur à l'abri de toute

censure par le juge national et de toute condamnation par la Cour européenne. À mon sens, seule une architecture décalquée de celle de l'Autorité des marchés financiers offrirait une réelle sécurité juridique. La nouvelle autorité<sup>2</sup> comporterait ainsi deux collèges parfaitement étanches : l'un exercerait les fonctions administratives actuellement dévolues à la Commission bancaire ; l'autre la fonction disciplinaire. La question de savoir si cette dernière doit ou non être une juridiction n'est pas déterminante pour le respect de l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Ces deux formations doivent avoir une composition différente et aucun lien de subordination ne doit être institué entre eux.

Le Secrétariat général pourrait être réorganisé sous la forme d'un parquet afin de traduire organiquement la réalité des fonctions qu'il exerce. La décision du Conseil d'État *Banque de l'Île-de-France* en date du 3 décembre 2003 explicite le cadre dans lequel il doit intervenir : « Il appar-

tient aux services de la Commission bancaire de mettre en état les dossiers sur lesquels elle a à se prononcer ; dans ce but, le secrétaire général de la Commission doit faire en sorte que la procédure soit pleinement contradictoire et que, par conséquent, tous les éléments figurant dans la lettre d'ouverture de la procédure disciplinaire aient été complètement discutés ; il en résulte que le secrétaire général de la Commission bancaire peut, après que la banque mise en cause a fait valoir ses observations sur les raisons de l'ouverture à son encontre d'une procédure disciplinaire, formuler ses propres observations auxquelles la banque peut répliquer ». Ces missions correspondent bien à celle d'un organe chargé à la fois du contrôle et de l'accusation.

C'est au prix d'une telle réforme de structure qui implique la mise en place de deux entités distinctes – et, ce faisant, la complète autonomie de la formation disciplinaire par rapport au président de la Commission bancaire – et une redéfinition du rôle du Secrétariat général que pourra être préservée, dans le respect des exigences conventionnelles, la logique du système de régulation bancaire qui repose sur la continuité entre contrôle administratif et procédure disciplinaire. La dualité fonctionnelle impose un dédoublement organique. ■

2. Cette description est sans préjudice d'un éventuel rapprochement entre l'autorité en charge du secteur bancaire et celle en charge des assurances et des mutuelles.

Le plus grand choix  
de littérature pour ceux qui aiment  
les livres d'actions.

[www.revuebanquelibrairie.com](http://www.revuebanquelibrairie.com)

La librairie spécialisée dans la banque et la finance

RB  
REVUE  
BANQUE