



HAL
open science

La CEDH comme facteur de divergence entre les systèmes juridiques

Thomas Perroud

► **To cite this version:**

Thomas Perroud. La CEDH comme facteur de divergence entre les systèmes juridiques . Harmonisation et Union européenne, K. Adberamane (dir.), Jan 2016, Tours, France. hal-01699007

HAL Id: hal-01699007

<https://hal.science/hal-01699007>

Submitted on 1 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La CEDH comme facteur de divergence entre les systèmes juridiques : l'exemple de la régulation¹

Thomas Perroud, Professeur à l'Université Aix Marseille

*

Nous voudrions dans cette contribution montrer à quel point la Convention européenne des droits de l'homme a été un facteur de divergence, d'éloignement des droits en Europe, dans le domaine de la régulation. La France, avec la création d'agences indépendantes dans les années 1980 a été le seul pays à utiliser l'article 6 de la Convention comme levier afin de juridictionnaliser la fonction contentieuse de ces autorités (leurs pouvoirs de sanction et de règlement des différends). Ce processus a abouti à en faire de véritables tribunaux, sans bien sûr la publicité et l'infamie qui s'attache à ceux-ci. Dans un monde post-Nicolo, l'activisme du milieu des affaires a réussi à convaincre le juge judiciaire puis administratif de la nécessité d'en faire de quasi-juridictions, évolution qui s'est terminée devant le Conseil constitutionnel qui range désormais les autorités administratives indépendantes dans le champ de l'article 16 de la Constitution. La CEDH n'a donc pas servi à harmoniser, mais au contraire à écarter, elle a servi de tremplin au service des prétentions d'acteurs économiques puissants.

Pour montrer cela, il faut d'abord établir qu'à aucun moment la CEDH n'impose la juridictionnalisation de la fonction contentieuse des autorités de régulation et notamment la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de décision. Elle se borne à donner un choix, que les acteurs français vont utiliser pour obtenir un procès sur mesure (I). Ensuite, je voudrais établir que la France et le Royaume-Uni partaient de situations communes. Un droit de la procédure administrative jurisprudentiel qui imposait une certaine souplesse à l'administration (II). Après cela, j'essaierai de montrer que l'article 6 a servi de levier argumentatif en France pour justifier la juridictionnalisation de la procédure des AAI et donc

¹ Nous conservons le style oral de cette contribution. Nous serons ici très synthétique car cette contribution reprend certaines conclusions de notre travail de thèse : T. Perroud, La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Dalloz, Coll. Nouvelle Bibliothèque des thèses, Vol. 127, 2013 ; chron. N. Foulquier, R.F.D.A., « Chronique des thèses », 2013, p. 201.

une divergence des procédures administratives en France et au Royaume-Uni (III). Enfin, il faudra tenter de trouver des explications (IV).

I. - La CEDH n'impose aucune séparation fonctionnelle

Mais d'abord, tentons de montrer qu'à aucun moment la CEDH n'impose la juridictionnalisation des autorités administratives indépendantes et même, plus largement, de l'Administration. Ce qu'il importe d'établir ici c'est que la Cour de Strasbourg n'impose pas le respect des prescriptions de l'article 6 sur le droit au procès équitable en première instance. La Cour a en effet une conception globale du procès équitable qui permet de conserver une certaine dose de souplesse à la procédure devant l'Administration et donc de différer les protections de l'article 6.

Frédéric Sudre affirme en effet que les procédures administratives, lorsqu'elles ne sont pas mises en œuvre par des juridictions ordinaires, qu'elles portent sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusations en matière pénale, n'ont pas à obéir aux prescriptions de l'article 6 § 1 pourvu que la décision de l'organe puisse être contestée devant une instance qui remplit toutes les conditions de l'article en question². La Cour a, de longue date, concédé que des « impératifs de souplesse et d'efficacité » puissent justifier que les organes administratifs chargés de statuer sur des droits garantis par l'article 6 ne remplissent pas les conditions de cet article³.

Mais cette concession n'est pas une abdication et la Cour pose une alternative aux États membres dès l'arrêt « Albert et Le Compte » du 10 février 1983 : « ou bien lesdites juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6 § 1, ou bien elles n'y répondent pas, mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article »⁴. Or, les autorités de régulation françaises subissant toutes un contrôle de pleine juridiction soit du Conseil d'État, soit de la Cour d'appel de Paris, les conditions de l'article 6 sont pleinement remplies, et il n'y avait donc pas de problème. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle aucun de nos voisins n'a de problème avec l'article 6.

² V. F. Sudre, « Droit à un procès équitable » (Fasc. 6526), in Convention européenne des droits de l'homme, Droits garantis, JurisClasseur Europe Traité, n° 80 et suiv..

³ V. C.E.D.H., 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, § 51..

⁴ V. C.E.D.H., 10 février 1983, Albert et Le Compte, § 29.

L'existence d'un recours et son adéquation avec les exigences de l'article 6 sont donc capitales dans le respect des droits que les citoyens tiennent de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Mais l'organe de première instance n'a pas à respecter ces obligations, il s'agit d'une jurisprudence constamment réaffirmée par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est un choix français de « déborder » pour reprendre le mot de Frédéric Sudre, des exigences de l'article 6 pour les appliquer aux autorités sectorielles⁵.

Une décision de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait sembler informer notre raisonnement. Il s'agit de l'arrêt Dubus, dans laquelle la Cour sanctionne comme contraire à l'article 6 les procédures devant la Commission bancaire, et notamment la confusion des différents stades (poursuite, instruction, jugement). Mais deux éléments nous amènent à dire qu'au contraire cette solution est parfaitement conforme à la règle énoncée plus haut. D'abord, la loi avait qualifié la Commission bancaire de juridiction administrative spécialisée. Or, la Cour a toujours été plus sévère dans le cas des véritables juridictions. Mais surtout le recours contre les décisions de la Commission était un recours en cassation, lequel ne remplit pas les conditions du recours de pleine juridiction. La censure était donc prévisible.

La Convention n'impose donc pas une séparation des fonctions dès la première instance. Elle donne un choix, une liberté aux États. Le système français était donc parfaitement conforme à la CEDH. Il n'en a pas été ainsi. La procédure des autorités de régulation a subi les foudres du juge judiciaire d'abord, du juge administratif ensuite. Pendant ce temps, la procédure devant les agences anglaises n'a jamais été contestée. Or, l'évolution est d'autant plus étonnante que les deux pays partaient de situations semblables.

⁵ V. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, préc., spéc. p. 372. V. L'extension des garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires : les contraintes européennes, F. Sudre, C. Picheral (dir.), *Institut de droit européen des droits de l'homme*, 2002.

II. - La France et le Royaume-Uni : une conception proche de la procédure administrative

La France et le Royaume-Uni avaient en effet en commun l'absence de codification de leur procédure administrative, comme le déplore en France Guy Isaac⁶ et comme le remarque, au Royaume-Uni, Paul Craig⁷. L'encadrement de l'action administrative est donc laissé aux juridictions, qui se sont attachées, au cas par cas, à fixer des règles plus ou moins générales que doivent respecter les administrateurs, et au législateur qui, en fonction des institutions qu'il était amené à créer, s'est évertué, ou pas, à mettre en place des procédures plus ou moins protectrices. L'histoire de la manière dont les droits administratifs français et anglais ont peu à peu accommodé l'exercice de la fonction contentieuse de l'Administration peut permettre de montrer, en reprenant l'expression de Jean Rivero, l'existence d'un « droit commun européen »⁸ autour des principes généraux du droit⁹.

C'est donc bien la confrontation de ces principes traditionnels avec l'action des autorités de régulation qui a poussé chaque pays dans une direction différente. Mais, pour manifester cette divergence, il faut au préalable montrer la communauté. Les juges de l'Administration ont eu à cœur, dans les deux pays, de soumettre l'Administration contentieuse à certains principes tant procéduraux que substantiels que l'on peut rapprocher.

Il peut sembler toutefois difficile de tracer avec précision les garanties que les juges se sont attachés à accorder au justiciable poursuivi par l'Administration. Comment, parmi l'ensemble des évolutions jurisprudentielles contemporaines, énoncer un cadre de principes immuables auxquels les juges de l'Administration se seraient de tout temps tenus, afin de manifester la

⁶ V. G. Isaac, La procédure administrative non contentieuse, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 79, 1968, spéc. Conclusion pp. 671.

⁷ V. P. Craig, Administrative Law, Sweet & Maxwell., 2012, 7^e éd., *passim*.

⁸ V. J. Rivero, « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe, M. Cappelletti (dir.), Sijthoff, Leyden, Bruylant, Bruxelles, Klett-Cotta, Stuttgart, Le Monnier, Firenze, 1978, pp. 389-406, reprod. In Pages de doctrines, pp. 489 suiv..

⁹ V. G. della Cananea, « Administrative Law in Europe: A Historical and Comparative Perspective », in A. von Bogdandy, S. Cassese, P. Huber, Ius Publicum Europeum, vol. III - Administrative Law, 2010, reprod. In Italian Journal of Public Law, 2009, vol. 2, spéc. p. 185 : « general legal principles have been providing the basis of a “droit commun européen” ».

spécificité du régime de la fonction contentieuse des autorités de régulation ? Il y a des évolutions, mais aussi des cas et il semble a priori compliqué de sélectionner, dans le régime juridique actuel, ce qui tient de la tradition de ce qui tient de l'innovation. C'est pourtant ce que l'on tentera de faire et pour cela, on s'en tiendra à l'étude de la jurisprudence de droit administratif que l'on pourrait qualifier de « classique », celle qui n'a pas subi l'influence externe de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou internes, de la régulation.

Ce lot commun de principe peut se résumer à l'existence de garanties formelles et substantielles minimales. On se bornera ici à étudier la procédure. Les garanties formelles dont bénéficient les personnes poursuivies par l'Administration sont essentiellement de deux types. Elles concernent d'une part la défense des personnes poursuivies et, dans ce cas, la jurisprudence leur confère un certain nombre de droits opposables à l'Administration. Elles concernent d'autre part l'autorité administrative, les qualités que celle-ci doit réunir pour pouvoir statuer.

Deux remarques s'imposent : d'abord, la jurisprudence a fait montre d'un grand pragmatisme, affirmant d'ailleurs dans les deux pays, la spécificité de la procédure administrative par rapport à la procédure juridictionnelle ; ensuite, ce pragmatisme a permis au juge d'établir une échelle de garanties en fonction du caractère répressif, correctif, ou d'urgence de la procédure. Les deux pays ont affirmé l'importance du contradictoire dans la procédure : le droit d'être informé et d'être entendu. On connaît bien l'arrêt Dame veuve Trompier Gravier en France, qui est l'arrêt qui a érigé les droits de la défense au rang de principes généraux du droit. La jurisprudence administrative française a clairement énoncé que l'autorité administrative « ne peut prendre une décision ayant, notamment, le caractère d'une sanction, sans avoir mis l'intéressé en mesure de faire valoir ses moyens de défense, “dans le cadre d'une procédure contradictoire” »¹⁰. Elle déduit du droit d'être entendu quatre exigences : bénéficier d'un délai suffisant pour répondre, de la possibilité de présenter ses observations de « la façon la plus

¹⁰ V. R. Chapus, Droit administratif général, tome 1, Montchrétien, p. 1118, n° 1312. L'auteur cite l'arrêt Conseil d'État, 16 avril 1975, Association La Comédie de Bourges, Recueil Lebon p. 231.

appropriée », lui permettant de « s’expliquer effectivement », ainsi que la possibilité d’être assisté d’un conseil qui peut être un avocat¹¹.

L’équivalent existe au Royaume-Uni. Pour Lord Morris, « il est bien établi que les exigences essentielles de la justice naturelle comprennent le droit pour quelqu’un susceptible d’être condamné de se défendre et, pour cela, il doit avoir été mis au courant des charges, des allégations ou des suggestions qu’il devra affronter »¹². Lord Diplock développe le même argument dans l’arrêt *O’Reilly v Mackman* : « l’exigence qu’une personne [...] ait le droit d’être informée des allégations formulées contre elle et de présenter ses observations est si fondamentale à tout système juridique civilisé qu’il faut présumer que le législateur a eu l’intention que l’inobservation d’un tel principe rende la décision nulle ». Les juges n’hésitent pas à parler en termes élevés de ce droit qui est, pour Lord Morris encore, « au fondement de

¹¹ V. *Contra* J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967, pp. 474-475, n° 335 ; G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968, pp. 410-411. Mais, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (n°55-9) ne sont pas de cet avis : « en vertu des textes relatifs à la profession d’avocat, l’intéressé a, en matière disciplinaire, droit à l’assistance d’un avocat sauf lorsque celle-ci est incompatible avec le fonctionnement de l’organisme en cause ou est exclue par les dispositions statutaires régissant les personnes intéressées (Conseil d’État, Sect., 4 mai 1962, Lacombe, Recueil Lebon p. 300 : AJ 1962.289, chr. Galabert et Gentot ; Sect., 8 novembre 1963, ministre de l’Agriculture c. Latour, Recueil Lebon p. 532 : AJ 1964.28, chr. Fourré et Mme Puybasset) ». De même, René Chapus cite des arrêts dans ce sens (*Droit administratif général*, tome 1, préc., p. 1120). Certains arrêts qu’ils citent se situent dans l’hypothèse où un texte prescrit que l’autorité administrative doit avertir l’intéressé de « “la possibilité de se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix” (...) formalité [qui] présente, pour le Conseil d’État, un caractère obligatoire » (Conseil d’État, Sect., 17 juin 1988, M. Bernard Labrosse, n° 81.815). Le Conseil d’État juge aussi que la méconnaissance par l’autorité administrative de l’obligation d’avertir la personne poursuivie de la possibilité de se faire assister d’un conseil « présente le caractère d’un vice substantiel » (Conseil d’État, 21 juin 1996, Commune de Buchères c. M. Collery, n° 140775). De manière plus claire encore le Conseil d’État a jugé en 1996 que « dans le cas où la procédure d’instruction d’une demande adressée à l’autorité administrative comporte le droit pour l’intéressé d’être entendu pour présenter ses observations à l’appui de cette demande, il résulte des dispositions précitées [texte relatif à la profession d’avocat] que l’intéressé peut bénéficier de l’assistance d’un avocat lors de son audition, à moins que cette assistance ne soit exclue par les textes régissant cette procédure ou incompatible avec le fonctionnement de l’organisme en cause ». M. Degoffe va aussi dans ce sens (*Droit de la sanction non pénale*, *Economica*, 2000, n° 435), ainsi que R. Hostiou (*Procédure et formes de l’acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, 1974, p. 108).

¹² V. *Ridge v Baldwin* [1963] 2 W.L.R. 935. Traduction de : « It is well established that the essential requirements of natural justice at least include that before someone is condemned he is to have an opportunity of defending himself, and in order that he may do so that he is to be made aware of the charges or allegations or suggestions which he has to meet ». V. sur cette notion de justice naturelle : A. Lefas, « Essai de comparaison entre le concept de “natural justice” en droit administratif anglo-saxon et les “principes généraux du droit” ainsi que les “règles générales de procédure” en droit administratif français », *Revue internationale de droit compare*, Vol. 30, n°3, Juillet-septembre. pp. 745-775.

notre système »¹³. Les juges n'hésitent pas à parler en termes élevés de ce droit qui est, pour Lord Morris encore, « au fondement de notre système »¹⁴.

Le contenu du droit d'être informé est variable, car il est d'essence téléologique : il permet de matérialiser la possibilité de se défendre, qui deviendrait complètement artificielle sans cela. Aussi ce droit doit-il être compris de manière à rendre possible — et pas simplement factice — l'opportunité de formuler des observations, de se présenter à l'audience si une audience doit avoir lieu et de préparer effectivement sa défense¹⁵. Le standard du caractère raisonnable de l'action administrative est ici particulièrement utilisé par les juges : l'information doit être communiquée dans un délai raisonnable, permettant ainsi à la personne de préparer sa défense¹⁶, les détails des charges doivent aussi être adaptés à cette fin¹⁷ : donner à la personne incriminée l'opportunité réelle de se défendre. Pour reprendre les termes de Buckley LJ, « comme le but du droit d'être entendu est de permettre au prévenu de se défendre [...], il suit de cela que l'information doit être suffisante pour lui permettre de préparer sa défense »¹⁸. Quatre éléments ont été particulièrement mis en avant par Sedley : la consultation doit avoir lieu au moment où la procédure est à un stade précoce, les griefs doivent être communiqués de manière suffisante, un délai convenable doit être accordé et enfin les observations doivent être prises en compte par l'autorité en charge de la décision¹⁹.

¹³ V. O'Reilly v Mackman [1982] 3 W.L.R. 1096. Traduction de : « But the requirement that a person who is charged with having done something which, if proved to the satisfaction of a statutory tribunal, has consequences that will, or may, affect him adversely, should be given a fair opportunity of hearing what is alleged against him and of presenting his own case, is so fundamental to any civilised legal system that it is to be presumed that Parliament intended that a failure to observe it should render null and void any decision reached in breach of this requirement ».

¹⁴ V. Ridge v Baldwin [1963] 2 W.L.R. 935. Lord Morris in « My Lords, here is something which is basic to our system: the importance of upholding it far transcends the significance of any particular case ».

¹⁵ V. Hoggard v Worsbrough Urban DC [1962] 2 Q.B. 93.

¹⁶ V. Lee v Department of Education and Science (1967) 111 S.J. 756.

¹⁷ V. Ex p. Daisy Hopkins (1891) 61 L.J.Q.B. 240 ; McDonald v Lanarkshire Fire Brigade Joint Committee 1959 S.C. 141.

¹⁸ V. Stevenson v United Road Transport Union [1977] 2 All E.R. 941.

¹⁹ V. R v Brent London Borough Council, ex p Gunning (1985) 84 LGR 168 (les principes de Sedley sont ici approuvés par le juge Hodgson) ; R v Sutton Borough Council ex p Hamlet (unrep.) ; R v London Borough of Barnet ex p B [1994] ELR 357, 372 G.

Cette notion est donc particulièrement plastique, les juges tentent de concilier au cas par cas, les droits du justiciable et l'efficacité, la flexibilité disent Wade et Forsyth²⁰, de la procédure. Le contenu du droit est tiraillé entre le besoin de ne pas rendre le droit factice, l'importance de respecter une procédure qui doit aboutir à une solution juste et le pragmatisme voulu par le législateur.

Les juges ont donc tenté, dans chaque pays, de soumettre l'Administration à une procédure contradictoire qui ne soit pas une simple formalité, mais qui permette à l'intéressé de se défendre efficacement, tout en tentant de préserver l'efficacité de l'action administrative. Comme le montre Pascale Idoux, la contradiction possède «un statut conditionné par l'exigence d'efficacité»²¹. C'est une conclusion qui s'applique bien à chaque pays. L'exigence d'impartialité est aussi affirmée dans les deux pays.

Dans les deux pays, la substance du contradictoire et de l'impartialité est passablement la même. Les juges sont les régulateurs de l'action administrative, orientée autour des principes généraux du droit. Les juges tentent à chaque fois d'établir un compromis entre la défense des droits des citoyens et l'efficacité de l'action administrative.

À ce stade deux choses sont acquises : d'une part, le droit de la CEDH laisse les États libres de choisir entre une juridictionnalisation complète de la procédure des autorités indépendantes ou un recours de pleine juridiction, et, d'autre part, il est acquis que les deux pays partaient de situations relativement similaires. Il faut maintenant retracer l'évolution française vers la séparation fonctionnelle et donc la divergence entre la France et le Royaume-Uni.

²⁰ V. H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, préc. p. 420.

²¹ V. P. Idoux, *La contradiction en droit administratif français*, Université de Montpellier I, 2005, p. 695 suiv..

III. - La genèse de la divergence : l'utilisation stratégique de la CEDH pour fonder la séparation fonctionnelle

La CEDH a donc généré une divergence entre les deux pays qui partaient de situations similaires. L'impact comparé de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est à cet égard exemplaire : alors qu'il n'a eu pratiquement aucune influence dans les secteurs régulés au Royaume-Uni, il a bouleversé l'exercice de la fonction contentieuse en France. Le choix français de discriminer entre les obligations de l'article 6 applicable en première instance et celles dont l'inobservation peut être rachetée par un recours adéquat, s'oppose au choix anglais d'offrir un véritable mécanisme de recours, offrant toutes les garanties du procès équitable et de laisser l'autorité administrative libre de régler sa procédure à sa guise.

Concernant la France, nous analyserons plus précisément les jurisprudences du Conseil d'État — laquelle a évolué — de la Cour de cassation, et enfin celle du Conseil constitutionnel.

En France, l'impartialité est un principe général du droit qui s'impose à l'Administration, même sans texte. Malgré les controverses doctrinales sur l'arrêt qui aurait clairement posé ce principe, il est consacré *expressis verbis* par l'arrêt Didier de 1999²² en matière administrative ; le Conseil constitutionnel avait rappelé, dans sa décision sur la Commission des opérations de bourse, que celle-ci était astreinte à une obligation d'impartialité, comme toute autorité administrative²³.

²² V. les dév. que consacre P. Idoux à ce sujet dans sa thèse (La contradiction en droit administratif français, préc., p. 452-453). Alain Seban dans ses conclusions sous l'arrêt Didier affirme que le principe est ancien et le fait remonter à l'arrêt Louis du 20 juin 1958 (Rec. p. 368, V. A. Seban, « Le principe d'impartialité et les autorités de régulation : le cas du Conseil des marchés financiers, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 3 décembre 1999, Didier », RFDA 2000 p. 584). É. Mitard fait remonter cette consécration à l'arrêt Trèbes du 4 mars 1949 (« L'impartialité administrative », AJDA 1999 p. 478). Les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative dressent, eux, une généalogie très complète de ce principe, qui aurait été consacré implicitement dès 1872 et explicitement en 1927 (ouvrage préc., pp. 766-767). Pour Frédéric Sudre au contraire, l'arrêt Didier opère un véritable revirement de jurisprudence : « À propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », La Semaine Juridique Édition Générale n° 10, 8 mars 2000, II 10267.

²³ V. Conseil constitutionnel, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, préc., cons. 10, « L'absence d'un régime d'incompatibilité n'est pas de nature à altérer l'indépendance de la Commission des opérations de bourse, dès lors que cette

Mais la portée de ce principe va être complètement refaçonnée par les exigences du procès équitable pour consacrer un véritable principe de séparation des fonctions de poursuite, d’instruction et de jugement. Nous avons déjà établi que la CEDH n’impose aucunement cette évolution, cette séparation fonctionnelle des agences. Cette évolution résulte en France d’un activisme du juge judiciaire. Le juge administratif s’est résigné progressivement. Le point final de ce combat fut porté par le Conseil constitutionnel qui consacre la séparation, non plus sur le fondement de la Convention, mais sur celui de la Déclaration de 1789.

A. - La position du Conseil d’État : rechercher l’orthodoxie et la conformité avec la jurisprudence de Strasbourg

Le Conseil d’État, une fois le droit au procès équitable déclaré applicable à la procédure devant une autorité administrative indépendante, s’en tenait à une lecture orthodoxe, conforme à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, de la portée de ce principe, en affirmant que « compte tenu du fait que sa décision peut faire l’objet d’un recours de plein contentieux devant le Conseil d’État, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l’article 6 § 1 précité n’est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ». Toutefois, le moyen tiré de la participation du rapporteur au délibéré est examiné, mais ne prospère pas. La reconnaissance de l’applicabilité de l’article 6 § 1 est donc au départ platonique. Le Conseil d’État mène une analyse des textes, du rôle du rapporteur dans les faits et conclut au respect du principe d’impartialité. Le Conseil d’État censure par contre, au titre de l’impartialité, le fait pour la Commission bancaire de présenter des faits comme établis, avant toute décision, ce qui peut laisser penser à un préjugement²⁴ ou la nomination d’un rapporteur qui aurait eu des liens avec la personne mise en cause (en

autorité est, à l’instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d’impartialité pour l’examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent ».

²⁴ V. Conseil d’État, Sect., 20 octobre 2000, Société Habib Bank Ltd, Rec. 433, concl. Lamy ; JCP 2001.II.10459, concl. Lamy ; AJ 2000.101, chr. Guyomar et Collin, et 1071, note Subra de Bieusses ; D. 2001.2665, note Louvaris ; RD publ. 2001.407, note Guettier.

l'espèce il avait été auparavant administrateur de la société mise en cause²⁵). De même le juge administratif consacre, sur le fondement de l'impartialité, un devoir de récusation des membres d'un organe répressif qui auraient des liens avec la personne poursuivie²⁶.

Concernant la pomme de discorde, le rôle du rapporteur, le Conseil d'État considère que la participation de celui-ci au délibéré ne pose pas, en soi, de problème²⁷ ; sauf lorsque, en raison de la nature de l'instance en question, le recours disponible contre la décision est un recours en cassation qui ne remplit donc pas les conditions du recours de pleine juridiction posé par l'article 6 § 1²⁸. Il est néanmoins des décisions qui censurent la participation du rapporteur au délibéré lorsque celui-ci a procédé à des opérations d'investigation, dès la première instance,

²⁵ V. Conseil d'État, 26 juillet 2007, Global equities et autres c. AMF, n° 293908 : M. Collet, « Autorités de régulation et procès équitable », AJDA 2007 p. 80 ; Bulletin Joly Bourse, 1 septembre 2007 n° 5, P. 645, concl. M. Guyomar ; V. CE, 30 mai 2007, Société Europe Finance et Industrie, n° 293408, Bulletin Joly Bourse, 01 mai 2007 n° 3, p. 371, concl. M. Guyomar.

²⁶ V. Conseil d'État, 27 octobre 2006, Parent c. AMF, n° 276069, Recueil Lebon p. 454 : RTD Com, 2007. 406, note N. Rontchvesky ; D. 2006. AJ 2792 ; D. 2007. Pan. 2418, spéc. 2425, obs. B. Le Bars et S. Thomasset-Pierre ; AJDA 2007. 80, note M. Collet ; RTDF 2007/1, p. 117, obs. N. Rontchvesky ; RD banc. fin. mars-avr. 2007, n° 86, p. 42, note D. Bompoin ; Banque et Droit janv.-févr. 2007, n° 111, p. 32, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-Mars et J.-P. Bornet ; LPA 28 nov. 2006, n° 237, p. 18, note J.-M. Glatt ; ibid. 20 déc. 2006, p. 4 ; Bull. Joly Bourse 2007, p. 80, § 6, concl. M. Guyomar ; Dr. sociétés 2007. Comm. 55, note Th. Bonneau ; JCP E 2007. 1218, p. 15, obs. B. Dondero ; G. Dolidon, RLDA janv. 2007, n° 12, p. 31. J.-P. Relmy, « Impartialité et autorité des marchés financiers : de l'impartialité personnelle à la partialité structurelle ? », RTD Com. 2010 p. 29.

²⁷ V. concernant le Cour des comptes, Conseil d'État, 27 juillet 2005, M. Balkany, n° 261819, n° 267942 ; 24 février 2003, M. Perrin, SARL Deltana, n° 227945 ; Conseil d'État, Sect., 22 novembre 2000, Société Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux, n° 207697 ; 31 mars 2004, Société Etna Finance, n° 243579 (Conseil de discipline de la gestion financière) ; 3 décembre 2003, Pharmacie du soleil, n° 246315 (commission supérieure des soins gratuits) ; 6 février 2006, n° 262312, Mme Lasserre ; 21 octobre 2009, n° 312928 et 314791, Catalano (Conseil supérieur de la magistrature) ; 17 novembre 2004, M. Armand X., n° 261349 (Conseil des marchés financiers) ; 19 mars 2003, Monsieur Hannoun, n° 240718 : Droit des sociétés, 2003 pp. 29-30, note T. Bonneau ; Petites affiches, 23 avril 2003 n° 81, p. 5, concl. M. Guyomar (Conseil des marchés financiers).

²⁸ V. Conseil d'État, 18 mai 2005, M. Bessis, n° 263727 (« la participation du rapporteur au délibéré porte atteinte au principe d'impartialité de la juridiction et est intervenue en violation des stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ») ; 4 septembre 2000, Mme Gomez, n° 215434 ; Concernant le rôle du rapporteur devant la Cour des comptes Conseil d'État, 14 décembre 2001, Société Réflexions, Médiations, Ripostes, n° 222719 (« Si le principe général d'impartialité fait obstacle à ce que le rapporteur devant la Cour des comptes participe au jugement de comptes dont il aurait eu à connaître à l'occasion d'une vérification, il en va autrement dans le cas où le rapporteur de l'affaire devant la Cour des comptes, statuant en appel, n'a exercé aucun des pouvoirs d'investigation prévus aux articles R. 141-2 et R. 141-3 du code des juridictions financières »).

mais cette jurisprudence est, semble-t-il, limitée aux juridictions administratives²⁹. De surcroît, le Conseil d'État prend soin de préciser que si la participation du rapporteur au délibéré ne pose pas de problème en soi, c'est à condition que celui-ci ne soit pas « à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs ; qu'il n'a [it] pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine »³⁰. Il résulte de cette décision Didier que, pour le Conseil d'État, le grief d'impartialité ne saurait prospérer que si, comme le résume Mattias Guyomar, trois conditions sont cumulativement remplies — lesquelles doivent être analysées à partir de la typologie des fonctions établies par le Conseil dans la décision Didier, à savoir les fonctions d'accusation, d'instruction et de jugement — : « les fonctions successivement exercées doivent l'avoir été à propos de la même affaire ; [...] l'exercice de la première fonction doit avoir révélé l'existence d'un parti pris sur l'issue de cette affaire ; [...] la part prise par la personne mise en cause, dans l'exercice de sa première fonction, doit légitimement laisser à penser qu'il a personnellement pris position sur l'affaire »³¹. Aussi, lorsque ces trois fonctions sont clairement séparées, comme dans le cas de l'Autorité des marchés financiers, le grief d'impartialité ne saurait connaître de succès ; quand bien même le collège, chargé de l'accusation, ou même le rapporteur, chargé de l'instruction, seraient pour le premier amené à formuler des griefs et, pour le second, à proposer une extension des griefs concernant une société à propos de faits sur lesquels ces deux organes avaient précédemment pris parti, à l'encontre d'autres sociétés. Lorsque chaque organe statue de manière indépendante et n'influe pas sur la fonction de l'autre, le Conseil d'État considère

²⁹ V. Conseil d'État, Ass., 6 avril 2001, n° 206764 et 206767, S.A. Entreprise Razel Frères (« Le rapporteur chargé de la vérification de gestion ne peut pas participer au délibéré de la chambre régionale des comptes statuant en matière de gestion de fait ») : RFDA 2001 p. 1299, concl. A. Seban.

³⁰ V. Conseil d'État, décision Didier, préc.. V. M. Guyomar, P. Collin, « Diverses applications du principe d'impartialité » AJDA 2000 p. 126 ; F. Donnat, D. Casas, « Le refus du formalisme inutile par le Conseil d'État », AJDA 2002 p. 1443.

³¹ V. concl. M. Guyomar sous Conseil d'État, 28 déc. 2009, Refco Securities, n° 305621, Bulletin Joly Bourse, 1er mars 2010 n° 2, p. 138.

que le reproche d'impartialité ne peut qu'être repoussé³². Son contrôle est ainsi très pragmatique et celui-ci ne souhaite pas affirmer de principes rigides lorsque l'organisation administrative et la répartition des tâches ne donnent à aucun acteur du processus répressif le pouvoir d'influencer les autres³³.

C'est pourquoi le juge administratif a été jusqu'à affirmer très clairement dans un arrêt relatif à la procédure devant la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance : « qu'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 que, une fois prise par la CCAMIP la décision d'ouvrir une procédure de sanction, les phases d'instruction et de prononcé de la sanction soient séparées ; que le président de la commission ne dispose ni d'attributions différentes de celles que la commission pourrait elle-même exercer ni du pouvoir de décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la commission ; qu'ainsi, la participation du président au délibéré de la commission n'est pas, par elle-même, de nature à porter atteinte à l'exigence d'impartialité rappelée au premier paragraphe de l'article 6 de la convention »³⁴. Il affirme encore l'absence d'un principe de « séparation des phases d'instruction et de jugement au sein d'un même procès » concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel³⁵ et la Commission bancaire³⁶ et ajoute même, pour cette dernière, que « la seule circonstance que la

³² V. Conseil d'État, 28 décembre 2009, Société Refco Securities, n° 305621. Le juge considère ainsi que la circonstance qu'un rapporteur, qui, conformément à sa mission, a pu prendre parti sur la nature et la qualification des faits susceptibles d'être retenus à l'encontre d'une personne mise en cause soit désigné pour instruire des griefs notifiés à une ou plusieurs autres personnes sur le fondement des mêmes faits n'est pas par elle-même contraire au principe d'impartialité. Conseil d'État, 18 février 2011, Genet c. ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, n° 316854, Bulletin Joly Bourse, 1 juin 2011, n° 6, p. 356, n° 176, note J. Lasserre Capdeville.

³³ V. aussi Conseil d'État, 2 nov. 2005, Banque privée Fideuram Wargny, n° 271202, Bulletin Joly Bourse, 1 janvier 2006 n° 1, p. 62, concl. M. Guyomar. Lorsque le rapporteur se limite à sa mission, qui est d'instruire une affaire et par conséquent de prendre parti sur la qualification des faits, mais qu'il ne participe pas à la prise de décision, le reproche de partialité ne saurait qu'être écarté.

³⁴ V. Conseil d'État, Sect., 17 novembre 2006, Société CNP Assurances, n° 276926.

³⁵ V. Conseil d'État, 6 janvier 2006, société Lebanese Communication Group, n° 279596, Recueil Lebon p. 1.

³⁶ V. Conseil d'État, 25 juillet 2007, Société Dubus SA, n° 266735 : RFDA 2007 p. 1211, concl. M. Guyomar (« Rappelons tout d'abord qu'aucun principe général du droit, non plus que les stipulations de l'article 6 §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne fait obstacle à ce que la Commission bancaire se

commission bancaire dispose à la fois du pouvoir d'engager une procédure disciplinaire et de celui de prononcer une sanction ne suffit pas à considérer qu'elle se prononcerait en méconnaissance du principe d'impartialité »³⁷. Pour le Conseil d'État, la confusion des fonctions n'est pas en soi contraire au principe d'impartialité, cette circonstance seule ne peut permettre de manifester un manquement à cette exigence.

Malgré ces affirmations très claires, le Conseil d'État a été amené à tirer les conséquences de l'arrêt Dubus de la Cour européenne des droits de l'homme qui censure la procédure applicable devant la Commission bancaire pour défaut d'impartialité en raison du cumul de fonctions, prenant de ce fait le contre-pied de la position du Conseil d'État. Dans cet arrêt Dubus S.A. c. France³⁸, la Cour s'intéresse à l'impartialité objective de la Commission, et note à cet égard qu'« 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 ». Mais ceci n'est pas en soi contraire à la Convention, comme la Cour a pu le juger dans une affaire Didier : « 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, précité), 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 ». Toutefois, l'analyse précise de la

saisisse elle-même de faits de nature à constituer des manquements ni n'impose la séparation des phases d'instruction et de jugement au sein d'un même procès »).

³⁷ V. Conseil d'État, 3 décembre 2003, Banque SBA, n° 244084 (Inédit au Recueil Lebon) ; Conseil d'État, 16 janvier 2006, société Eurotrading Capital Market, n° 270083 (Inédit au Recueil Lebon) ; Conseil d'État, 12 janvier 2004, Banque de gestion privée Indosuez, n° 245750 (Inédit au Recueil Lebon).

³⁸ V. C.E.D.H., 11 juin 2009, Dubus S.A. c. France, n° 5242/04. V. Bulletin Joly Bourse, 1^{er} février 2011, n° 2, pp. 124 - 128, note J.-G. de Tocqueville, G. Goffin ; Revue de Droit Bancaire et Financier, 1^{er} mai 2010, n° 3, p. 75, note J.-P. Kovar, J. Lasserre Capdeville ; Revue de Droit Bancaire et Financier, 1^{er} mai 2010, n° 3, pp. 90-92, note A.-M. Moulin ; JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 19 novembre 2009, n° 47, pp. 11-14, note P. Pallier ; Recueil Dalloz Sirey, 1^{er} octobre 2009, n° 33, pp. 2247 -2250, note A. Couret ; Bulletin Joly Bourse, 1^{er} septembre 2009, n° 5, pp. 388-395, note L. Ruet ; Droit administratif, 1^{er} août 2009, n° 8, pp. 20-24, note G. Houillon ; Banque et Droit, 1^{er} juillet 2009, n° 126, pp. 16-17, note T. Bonneau.

procédure devant la Commission bancaire amène la Cour à conclure que « 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 (paragraphe 12 et 13 ci-dessus). 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. 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 (paragraphe 27 ci-dessus), 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 »³⁹.

Le Conseil d'État va tirer toutes les conséquences de cette censure, allant à l'encontre des conclusions du rapporteur Pierre Collin qui avançait que la solution Dubus était une solution d'espèce⁴⁰. Le Conseil d'État censure la confusion des fonctions au sein de la Commission bancaire : « ce pouvoir [se saisir de son propre mouvement] doit être suffisamment encadré pour ne pas donner à penser que les membres de la formation disciplinaire tiennent les faits visés par la décision d'ouverture de la procédure ou la notification subséquente des griefs comme d'ores et déjà établis ou leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer comme d'ores et déjà reconnu, en méconnaissance du principe d'impartialité rappelé par l'article 6 précité ; qu'ainsi que l'a jugé la Cour européenne des droits de l'homme par l'arrêt du 11 juin 2009 rendu dans l'affaire Dubus SA contre France, cet encadrement était insuffisant dans le cas de la Commission bancaire, au regard de l'étendue des pouvoirs dont elle disposait, couvrant à la fois le contrôle des établissements de crédit, la décision d'ouvrir une procédure disciplinaire et de définir les griefs reprochés, l'instruction de la procédure et le prononcé des sanctions disciplinaires ; qu'eu égard à l'insuffisance des garanties dont la

³⁹ V. C.E.D.H., 11 juin 2009, Dubus S.A. c. France, n° 5242/04, §60.

⁴⁰ V. Conseil d'État, Sect., 8 novembre 2010, Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance, n° 329384 et 330042 : Bulletin Joly Bourse, 1er février 2011 n° 2, note F. Crédot, T. Samin, concl. P. Collin ; Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2011, comm. 1, note F. J. Crédot, T. Samin ; Recueil Dalloz, 2011 p. 1643, note H. Synvet.

procédure était entourée, la circonstance que les mêmes personnes se prononcent sur la décision de poursuivre, d'une part, et sur la sanction, d'autre part, était de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de cette juridiction ». Le juge administratif a fait sien ce raisonnement concernant ce même organisme, illustrant encore la position traditionnelle de ce juge vis-à-vis des décisions de Strasbourg, résumée par Daniel Labetoulle dans l'arrêt *Debout* du 27 octobre 1978 : « dans la mesure du possible, deux préoccupations : d'une part, éviter toute solution qui serait radicalement incompatible avec la jurisprudence de la Cour ; d'autre part, éviter aussi toute solution qui, sur un point, marquerait une rupture avec le droit national »⁴¹.

Il nous semble que deux raisons, qui n'apparaissent pourtant pas dans la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, peuvent expliquer cette solution, par ailleurs parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ces deux raisons sont d'ailleurs liées. La première tient au caractère de juridiction administrative de la Commission bancaire, d'après la loi. Or, la Cour de Strasbourg est toujours plus sensible à faire respecter les principes du procès équitable aux juridictions⁴². La seconde s'explique par la nature du recours. Le recours contre la décision de cette juridiction est un recours en cassation devant le Conseil d'État. Or, on ne peut dire que le recours en cassation remplit les critères du recours de pleine juridiction, critère imposé par la Cour pour « racheter » les entorses au procès équitable de la première instance⁴³. D'ailleurs, on ne peut que constater que la réforme de la structure de la Commission bancaire, devenue l'Autorité de contrôle prudentiel a modifié ces deux points : l'autorité est désormais une autorité administrative indépendante et le recours formé contre ses décisions est un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État⁴⁴.

⁴¹ V. Recueil Lebon p. 403. V. aussi B. Genevois, « Le Conseil d'État et la Convention européenne des droits de l'homme », *Gazette du Palais*, 12 juin 2007, n° 163, p. 13.

⁴² V. à cet égard les dév. de F. Sudre, *Convention européenne des droits de l'homme — Droit à un procès équitable*, *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 6526, n° 78 suiv..

⁴³ V. le comm. de M. Guyomar, « La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause », *Banque & Droit*, n° 127, sept.-oct. 2009, pp. 3 suiv..

⁴⁴ V. Code monétaire et financier, article L612-1 ; article L612-16-IV (pour la nature du recours). V. le comm. J.-G. de Tocqueville, B. Delaunay, « Le pouvoir de sanction de l'ACP : le nouveau cadre procédural », *Bulletin Joly Bourse*, 1 février 2011 n° 2, p. 124.

Après la censure de la CEDH, le Conseil d'État semble se rallier à la position maximaliste de la Cour de cassation et exiger une séparation des fonctions. On peut le voir dans un arrêt du 22 décembre 2011 sur l'ACAM, dans lequel le Conseil d'État juge que le cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de décision « eu égard à l'insuffisance des garanties dont la procédure est entourée, (...) est de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de cette autorité ;

La Cour de cassation choisit, elle, de “déborder” les exigences de la Convention, pour reprendre le mot de Frédéric Sudre⁴⁵. Cette divergence, que l'on a déjà pu constater à propos du principe de personnalité des peines, ne contribue pas à améliorer la cohérence du système⁴⁶.

B. - La jurisprudence de la Cour de cassation et la consécration d'un principe de séparation

La portée de l'impartialité n'est pas la même, comme le rappelle Gweltaz Eveillard⁴⁷, pour la Cour de cassation. La consécration du procès équitable s'accompagne, pour ce juge, de la consécration d'un nouveau principe de procédure administrative, celui de la séparation des fonctions.

Dans l'arrêt *Commission des opérations de bourse c. Oury*, la Cour de cassation confirme la décision d'appel en jugeant que “l'arrêt relève que l'un des membres de la Commission,

⁴⁵ V. F. Sudre, *Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable*, JurisClasseur Europe Traité, Fasc. 6526, n° 82.

⁴⁶ V. la critique de P. Delvolvé, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *Petites affiches*, 17 septembre 2001, n° 185, p. 18.

⁴⁷ V. l'analyse du principe d'impartialité menée par G. Eveillard, « L'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la procédure administrative non contentieuse », *AJDA* 2010 p. 531. Cet auteur affirme précisément « Cette position est contraire à celle de la Cour de cassation ». V. aussi l'analyse de D. Custos, « Independent administrative authorities in France : structural and procedural change at the intersection of Americanization, Europeanization and Gallicization », in *Comparative Administrative Law*, S. Rose-Ackerman, P. L. Lindseth (ed.), *Research Handbooks in Comparative Law Series*, Edward Elgar Publishing, 2011, chap. 17 ; T. A. G. Beazley, « Holding the Balance-Effective Enforcement, Procedural Fairness and Human Rights », in *Regulating financial services and markets in the twenty first century*, E. Ferran, C. Albert, E. Goodhart (ed.), Hart Publishing, 2001, chap. 9.

nommé rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles ; que c'est, dès lors, 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 »⁴⁸. Confirmant cette solution concernant le Conseil de la concurrence, la Cour de cassation casse cette fois l'arrêt d'appel au motif "qu'en statuant ainsi, alors que la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire au principe évoqué ; qu'il en est de même pour la présence à ce délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle ; que la cour d'appel a ainsi violé le texte susvisé »⁴⁹. Dans un arrêt du 7 mars 2000, la Cour d'appel de Paris sanctionne de nouveau la Commission des opérations de bourse pour défaut d'impartialité, défaut constitué en l'espèce par le fait que "le collège de la Commission a, successivement, dans les conditions ci-dessus mentionnées, décidé la mise en accusation de la société KPMG sur des faits qu'il a constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière »⁵⁰. La procédure d'engagement devant l'autorité de concurrence, ne constituant pas une accusation en matière pénale au sens de l'article 6, n'a pas à respecter le principe de séparation⁵¹.

⁴⁸ V. Cour de cassation, ass. plén., 5 février 1999, COB c. Oury et a., préc..

⁴⁹ V. Cour de cassation, com., 5 octobre 1999, SNC Campenon Bernard SGE c. Min. économie, préc..

⁵⁰ V. Cour d'appel de Paris, 7 mars 2000, n° 1999/15862 : Recueil Dalloz 2000. p. 212, note M. Boizard ; Revue des sociétés 2000. p. 327, note S. Robineau ; Revue de science criminelle 2000. p. 629, note J. Riffault ; Revue trimestrielle de droit commercial 2000. p. 405, note N. Rontchevsky.

⁵¹ V. Cour de cassation, 4 novembre 2008, société Canal 9, n° 07-21.275. La Cour juge ainsi que l'évaluation menée par le rapporteur, afin de mettre à jour des préoccupations de concurrence ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 §1 ; aussi, « le fait pour le Conseil, d'avoir, avant d'apprécier la pertinence des engagements pris par le GIE et de leur donner force exécutoire, pris une part active aux discussions ayant eu lieu après l'évaluation préliminaire dans les conditions de l'article R. 464-2 du code de commerce, tient au caractère négocié de cette phase de la procédure et ne caractérise pas une immixtion du Conseil dans l'instruction de l'affaire ». La C.J.U.E. a même jugé que le principe de proportionnalité n'était pas applicable à cette procédure (C.J.U.E., 29 juin 2010, aff. C-441/07 P, Alrosa company Ltd, concl Av. Gén. Mme J. Kokott, 17 sept. 2009 : P. Kipiani, « Les engagements, vers un droit "négocié" en matière de pratiques anticoncurrentielles », Contrats, conc., consom. 2010, n° 12, Étude n° 13, p. 6 ; L. Idot, « Acceptation des engagements et principe de proportionnalité », Europe 2010, n° 10, comm. n° 322, p. 27 ; G. Muguet-Poullenc, E. Barbier de La Serre, « La procédure d'engagements en droit de l'Union : à la recherche du juste équilibre entre efficacité administrative et protection des entreprises »).

Mais la Cour de cassation évoque désormais, de manière autonome, les principes de “séparation des fonctions”⁵², ou “de la séparation des fonctions d’instruction et de jugement”⁵³, ou encore “de la séparation des fonctions de poursuite et d’instruction”⁵⁴. Ces principes apparaissent aussi comme moyens à l’appui d’un recours que le juge judiciaire accepte d’examiner en tant que tel, et non plus sous le fondement de l’impartialité⁵⁵. Comme en droit pénal, la séparation des fonctions doit être réalisée à chaque stade et l’accusation, l’instruction et le jugement doivent être nettement séparés. Il est d’ailleurs révélateur que la Cour de cassation et la Cour d’appel de Paris utilisent le terme jugement pour des décisions qui sont, en réalité, des décisions administratives.

⁵² V. Cour de cassation, 21 juin 2011, société Colas Midi-Méditerranée, n° 09-67793 : « Mais attendu que la présence du rapporteur ayant instruit l’affaire traitée ainsi que du rapporteur général au délibéré de la décision du Conseil ne saurait entacher l’instruction, antérieure à ce délibéré, d’une méconnaissance du principe de la séparation des fonctions et porter atteinte aux droits de la défense ; que c’est donc à bon droit que l’arrêt retient que l’atteinte au principe d’impartialité du juge entachant le délibéré du Conseil et entraînant l’annulation de sa décision, n’a pas pour conséquence l’irrégularité de la procédure d’instruction qui l’a précédée ; que le moyen n’est pas fondé ». L’atteinte au principe de séparation des fonctions entache le délibéré (mais pas la régularité de la procédure d’instruction).

⁵³ V. Cour de cassation, ch. comm., 23 juin 2004, pourvois n° 01-17.896, Bulletin civil – B.O.C.C.R.F. n° 10 du jeudi 9 décembre 2004, page 828 ; 15 janvier 2008, n° 07-11.677 ; 23 juin 2004, n° 01-17.896, Bulletin civil – B.O.C.C.R.F., n° 10 du jeudi 9 décembre 2004, page 828 ; Cour d’appel de Paris, 1er ch., Sect. H, n° 2002/14535, 18 février 2003 (« étant au surplus observé que le principe de la séparation des fonctions d’instruction et de jugement a été pleinement respecté »).

⁵⁴ La consécration de ce principe par la Cour de cassation, qu’elle déduit du principe d’impartialité, est toutefois plus limitée, puisque celle-ci juge que la décision du Conseil de la concurrence de s’autosaisir n’est pas un acte de poursuite, dès lors le rapporteur peut être présent à la séance pendant laquelle cette autorité décide de se saisir d’office. Mais la portée de ce jugement est limitée ici à l’autosaisine. V. Cour de cassation, 23 juin 2004, société BNP Paribas, n° 01-17.896, B.O.C.C.R.F., n° 10, jeudi 9 décembre 2004, p. 828.

⁵⁵ V. Cour d’appel de Paris, 1er ch., sect. H, 15 novembre 2005, société Télévision par satellite “TPS”, B.O.C.C.R.F., n° 8, 26 septembre 2006, p. 852. V. aussi Cour de cassation, QPC, 13 mai 2011, société France Télécom et société Orange Caraïbe, n° V 10-25.772. Dans cette décision statuant sur une demande de question prioritaire de constitutionnalité, les sociétés posaient la question de la compatibilité avec la Constitution des dispositions de l’article « L. 461-4 du code de commerce en ce qu’il aurait pour effet d’instaurer au sein de l’Autorité de la concurrence une confusion des pouvoirs ». La Cour de cassation rejette la question, mais examine la question de la séparation des fonctions, non plus sous le fondement de l’impartialité, mais sur celui de la séparation des fonctions, montrant ainsi que le fondement de la question juridique a désormais changé : « attendu que cette disposition s’intégrant dans l’ensemble de celles régissant la procédure devant l’Autorité de la concurrence et ayant, notamment, pour objet et pour effet de parfaire la séparation des fonctions d’instruction et de décision au sein de l’Autorité de la concurrence, la question ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s’attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués ».

La divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation est dès lors nette. Là où le premier affirmait qu'aucun principe général du droit non plus que les stipulations de l'article 6 § 1 n'imposent la séparation des fonctions ; la Cour de cassation, elle, érige cette séparation en principe et l'étend à des autorités administratives, alors que le Conseil constitutionnel cantonne, lui, cette jurisprudence à l'exercice des fonctions juridictionnelles⁵⁶. Force est de constater que la jurisprudence de la Cour de cassation aura plus d'influence sur les autorités sectorielles qui vont, à la suite de ces arrêts, modifier leur règlement intérieur pour clarifier le rôle du rapporteur. Toutefois, la constitutionnalisation récente du principe de séparation des fonctions concernant les juridictions administratives spécialisées poursuit l'évolution engagée par la Cour de cassation⁵⁷.

Il reste à présent à analyser le dernier acte de cette évolution : la consécration de la séparation fonctionnelle par le Conseil constitutionnel, prouvant, s'il en était besoin, que l'article 6 n'a servi que de levier pour consacrer un principe existant dans notre droit, mais qui ne disposait d'aucune base en droit positif.

⁵⁶ V. Conseil constitutionnel, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC (J.O.R.F., 9 juillet 2011, p. 11979 (@ 103)). Dans cette décision, le fondement du principe d'impartialité est dérivé du principe de séparation des pouvoirs inscrit à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil précise « le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ». Cette jurisprudence est donc limitée à ce domaine, mais elle n'en a pas moins pour effet, dans ce domaine, de condamner le cumul de fonctions d'instruction et de jugement dans le chef du juge pour enfants : « Considérant que le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ; que, toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution ; que, par suite, l'article L. 251-3 du code de l'organisation judiciaire est contraire à la Constitution » (§11).

⁵⁷ V. les deux questions prioritaires de constitutionnalité : Conseil constitutionnel, 25 novembre 2011, M. Michel G. [Discipline des vétérinaires], n° 2011-199 QPC ; Conseil constitutionnel, 2 décembre 2011, Banque populaire Côte d'Azur [Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire], n° 2011-200 QPC : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 2, 12 Janvier 2012, 1034, comm. Y. Paclot ; Bulletin Joly Bourse, 1 février 2012, n° 2, p. 55, note J. Lasserre Capdeville. Le Conseil juge dans la seconde que : « Considérant que les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution » (cons. 8).

C. - L'élévation du principe de séparation au rang constitutionnel

Avec la QPC, l'utilisation stratégique de l'article 6 n'est plus nécessaire. Le combat se déplace au niveau constitutionnel. Le droit constitutionnel des sanctions administratives était conditionné, depuis les décisions de 1989 concernant la Commission des opérations de bourse et le Conseil supérieur de l'audiovisuel, par un critère matériel : toute "sanction ayant le caractère d'une punition", qu'elle soit administrative ou pénale, doit respecter un socle commun et minimum de principe que le Conseil avait précisé (des principes substantiels, la légalité des délits et des peines, notamment, et des principes procéduraux comme les droits de la défense). À partir de la décision 2012-280 QPC, qui est la décision pivot, sur l'Autorité de la concurrence, le Conseil ajoute un nouveau critère, organique celui-ci : celui de l'autorité administrative indépendante. Le Conseil décide que les autorités administratives indépendantes sont soumises au principe d'indépendance et d'impartialité, consacré par l'article 16 de la Déclaration, alignant ainsi leur régime sur celui des juridictions⁵⁸ et doivent donc se soumettre à une séparation fonctionnelle.

Autrement dit, avec la QPC, le combat contentieux délaisse l'article 6, pour utiliser l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il y a bien eu une utilisation stratégique de la CEDH, afin d'atteindre un but purement national, et qui entraîne donc une divergence entre les États.

Au Royaume-Uni par contre, aucune évolution similaire ne peut être remarquée, la confusion des fonctions règne. En revanche, les justiciables bénéficient d'un recours de pleine juridiction devant un tribunal qui remplit toutes les conditions de l'article 6 et qui est composé de techniciens suffisamment experts dans la matière pour pouvoir contrôler au fond les appréciations des agences.

⁵⁸ L'explication au Cahier est très éclairante de cette volonté : Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre, pp. 11-13.

IV. - Alors pourquoi cette divergence ? L'article 6 a servi de levier pour contester la régulation.

Les différences de voies empruntées par les deux pays résultent donc de plusieurs facteurs. La culture de la doctrine nationale semble être le facteur le plus évident, tant celle-ci a joué un rôle important en France dans le rejet de la répression administrative. La jurisprudence et singulièrement la jurisprudence judiciaire ne doit pas être négligée, mais le fondement des solutions du juge judiciaire français doit être recherché ailleurs que dans le droit au procès équitable qui est pourtant le fondement immédiat des solutions. La cohérence de la jurisprudence judiciaire, tant sur le plan de la consécration d'un principe de séparation des fonctions que sur l'extension de l'application du code de procédure civile à la procédure devant l'autorité française de concurrence⁵⁹, montre qu'en réalité, le juge judiciaire étend l'empire de sa jurisprudence, de ses principes, de son fonctionnement, à la procédure administrative.

L'activisme juridictionnel qui caractérise la France depuis les années quatre-vingt-dix ne peut s'expliquer que par la fin du légicentrisme qui caractérisait ce pays depuis la troisième République. Le Royaume-Uni ne s'est toujours pas détourné de ce modèle et la souveraineté du Parlement reste entière, en dehors du droit de l'Union européenne.

En conclusion, on peut donc dire que la CEDH n'a pas servi l'harmonisation, elle a servi les intérêts d'une classe de requérants pour contester la régulation. Elle a servi à accomplir une transformation complète d'institutions qui d'administrative au départ, sont devenues des quasi-juridictions et que la dernière jurisprudence du Conseil constitutionnel range désormais dans l'orbite de l'article 16 et non plus seulement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Guillaume Tusseau⁶⁰ a bien montré dans sa thèse comment les normes

⁵⁹ L'assemblée plénière de la Haute juridiction civile, contre l'avis de l'avocat général Mme Petit, déclare que « sauf disposition expresse contraire du Code de commerce, les règles du Code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence » (Cour de cassation, Ass. Plen., 7 janvier 2011, n°09-14316 et 09-14667, Société Philips France et Société Sony France. V. É. Vergès, Lexbase Hebdo, Édition Privée Générale, 20/01/2011, n° 424 ; E. Chevrier, Recueil Dalloz, 20/01/2011, n° 3 , p. 157 ; M. Malaurie-Vignal, Semaine Juridique (édition générale), 17/01/2011, n° 3 , p. 90).

⁶⁰ G. Tusseau, Les normes d'habilitation, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006.

d'habilitation peuvent servir des stratégies de pouvoir. Cette analyse démontre amplement qu'il en est de même pour les droits internationaux des droits de l'homme, qui servent ici des stratégies nationales.