

LES AUTORITÉS DE RÉGULATION CONFRONTÉES À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

UN ENTRETIEN AVEC MARIE-ANNE FRISON-ROCHE,
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS-IX DAUPHINE

Le professeur Marie-Anne Frison-Roche nous livre son analyse de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 5 février, au regard du fonctionnement des autorités de régulation.

Petites Affiches — Peut-on déduire de la décision qui vient d'être rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation que la Commission des opérations de bourse et, plus généralement, les autorités de régulation, doivent être considérées comme des juridictions à part entière ?

M.-A. F.-R. - En réalité, et cela a été bien expliqué à l'audience par l'avocat général Maurice Lafortune, il n'est pas nécessaire de se poser la question. En droit européen, les qualifications juridiques sont transparentes et le fait de se demander s'il s'agit ou non d'une juridiction renvoie à des qualifications juridiques abstraites, que le droit européen ignore. En France, nous avons le réflexe d'analyser en premier lieu la nature de l'organisme en cause, de le qualifier et ensuite seulement nous en déduisons les règles auxquelles il doit se conformer. L'esprit du droit européen est beaucoup plus pratique et concret : on analyse la situation effective de la personne qui se trouve en face de l'organe, et ce qui est susceptible de lui arriver; si la décision prise « fait mal » et ne se justifie pas par la réparation d'un préjudice, on appelle cela une sanction et par conséquent, on déclenche l'article 6. Le fait que l'organisme ait tel ou tel statut n'interfère pas. Du coup, ces droits européens sont en quelque sorte archaïques puisqu'il font l'économie des qualifications, mais ils sont aussi extrêmement efficaces. Avec l'arrêt Oury, la Cour de cassation s'est placée dans la logique du droit européen et elle n'a affirmé à aucun moment que la C.O.B. agissait comme une juridiction.

P.A. — Cela ne limite-t-il pas la portée de l'arrêt ?

M.-A. F. R. — Au contraire. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation font une ellipse et disent : « la personne est sanctionnée, donc j'applique l'article 6 ». Autrement dit, cet article n'est pas applicable à telle ou telle forme d'organisme, mais à chaque fois qu'une sanction est prononcée.

P.A. — Si la Cour de cassation avait choisi de qualifier la C.O.B., aurait-elle déclenché une révolution ?

M: A. F: R. — Non, elle aurait seulement provoqué une polémique sans fin sur la qualification des autorités de régulation, ce qui n'aurait pas eu de conséquence pratique puisque il n'est pas nécessaire de qualifier la C.O.B. de juridiction pour lui appliquer l'article 6. En revanche, on aurait assisté à une montée en puissance du sentiment d'incompréhension de certaines autorités administratives, lorsqu'on veut les qualifier de juridictions. D'où l'intérêt d'avoir un discours beaucoup plus pragmatique et donc plus efficace : cette personne est susceptible de subir une sanction, en conséquence de quoi il faut lui accorder des garanties procédurales. C'est pourquoi l'arrêt est également bien rédigé dans ce qu'il ne dit pas, c'est-à-dire en ce qu'il ne passe pas par l'étape de la qualification. Ne plus passer par cette dispute des qualifications peut d'ailleurs aider à rapprocher les points de vue de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat quant à l'applicabilité de l'article 6.

P.A. — Toutes les autorités administratives sont-elles concernées par cet arrêt ?

M.-A. F.-R. — Tout à fait, le C.S.A., l'A.R.T., le C.M.F., le C.S.M., la Commission bancaire et les ordres professionnels.

ENTRETIEN

P.A. — Certains ont déjà réagi en expliquant que l'arrêt Oury de l'Assemblée plénière marquait la fin des autorités de régulation. Partagez-vous cette analyse ?

M.-A. F.-R. — Non, je ne crois pas que cet arrêt constitue un obstacle au développement des autorités de régulation. Certains ont estimé que si on sanctionnait la C.O.B., on aboutissait à juridictionnaliser toutes les autorités administratives et donc à supprimer les autorités de régulation. L'arrêt ne dit à aucun moment que l'organisme est illégitime dans le cumul des pouvoirs dont il dispose. Ceci pour une raison très simple, c'est que tout le monde est bien conscient du fait que les autorités de régulation sont confrontées à des situations de rapports de force et d'asymétrie d'information qui justifient de rompre avec la tradition de séparation des pouvoirs en admettant que les autorités de régulation puissent les cumuler tous. Simple-ment, à l'intérieur de l'autorité, il est nécessaire de distinguer les fonctions suivant les personnes qui les exercent, c'est tout. Il ne s'agit pas d'exiger une révolution, mais de faire en sorte que ce ne soit pas la même personne qui instruit le dossier et ensuite participe au prononcé de la décision.

P.A. — Précisément, l'une des difficultés posées par cet arrêt est de déterminer ce que signifie exactement « participer au délibéré ». Pourtant la question paraît simple...

M.-A. F.-R. — Il y a en effet une interprétation très simple, peu avancée pourtant, qui consiste à dire que participer au délibéré signifie être présent. Or, pour interpréter l'arrêt, beaucoup avancent que participer aux délibérés, c'est voter. Et on a même dit que c'était voter avec voix délibérative. C'est la raison pour laquelle le C.S.A. a estimé que la solution ne le concernait pas, puisque le rapporteur est présent mais qu'il n'a qu'une voix consultative. Le Conseil de la concurrence a estimé pour sa part qu'il n'était pas non plus concerné car le rapporteur est présent mais ne vote pas. Et le directeur général de la C.O.B. a expliqué que la Commission des opérations de bourse s'était déjà par avance conformée à l'arrêt, puisque désormais le rapporteur ne vote plus. Mais dès l'instant qu'on est présent, on participe — il est à ce propos remarquable que dans le texte du communiqué de la C.O.B. (N.D.L.R.: cf. supra, p. 20), il soit explicitement mentionné que la censure concerne « la présence du rapporteur au délibéré » —. C'est d'ailleurs logique dans la mesure où lorsque vous êtes présent lors d'un délibéré, vous êtes susceptibles d'influencer les débats et en cela, rien que par cela, le principe d'impartialité objective, sous-jacent à l'arrêt, est contrarié. En réalité, ces problèmes apparemment complexes doivent être analysés avec un regard simple, et un esprit simple vous dirait immédiatement : « s'il est là, c'est pour une raison »... Et lorsqu'on évoque une participation à une manifestation, on ne vise pas nécessairement le pouvoir de prendre part à la décision, laquelle ne fait que clore la discussion. D'ailleurs, plus techniquement, la chambre commerciale, dans un arrêt très remarqué du 4 janvier 1994, a nettement distingué dans le déroulement des assemblées de sociétés, le pouvoir de voter d'une part, et le pouvoir de participer (c'est le terme utilisé par la Cour) d'autre part. Ainsi, participer n'est pas nécessairement voter.

P.A. — Certains répondront que l'on peut être présent et se taire...

M. A. F. R. — L'esprit simple vous rétorquerait : « Dans ce cas, pourquoi est-il là ? S'il se tait, il n'a qu'à être dehors ».

P.A. — Quelles sont les conséquences pratiques qui vont découler de cet arrêt ?

M.-A. F.-R. — Tout d'abord, il faut prendre acte que les autorités de régulation ne sont pas en elles-mêmes remises en cause, notamment pas dans le cumul des pouvoirs dont elles bénéficient. En outre, le fait que l'Assemblée plénière n'ait pas, comme l'avait fait la chambre commerciale dans son arrêt du 1^{er} décembre 1998, repris à son compte les critiques directement formulées contre l'ancien président de la C.O.B., lequel avait par ses déclarations à la presse mis en danger l'impartialité de l'institution, peut faire penser que les juges vont laisser

s'équilibrer davantage devoir d'information précoce et précise du marché et respect de la présomption d'innocence. Mais la critique procédurale est sévère : les règlements et décrets qui organisent les procédures doivent être revus. A ce propos, la question se pose de savoir si l'arrêt qui mentionne le fait que le rapporteur avait été désigné parmi les membres de la Commission, institue cette circonstance comme constitutive de la violation de l'article 6 de la C.E.D.H. Le C.S.A. l'a affirmé dans sa réaction à l'arrêt, sans doute parce que son rapporteur lui est extérieur, et désigné par le Conseil d'Etat. Mais on peut soutenir au contraire que cette extériorité ne diminue pas le grief de partialité objective qui pèse sur celui qui, tout à la fois, instruit et participe au délibéré. Dès lors, cette circonstance est indifférente. Même dans un tel cas, il faut réformer la procédure. Ainsi, j'estime que la portée de l'arrêt est la suivante : dès l'instant qu'il existe un rapporteur — peu important les conditions de sa désignation — doté de pouvoir d'instruction, il ne peut plus être présent au délibéré. Les textes régissant toutes les autorités doivent être réformés s'ils en disposent autrement.

P.A. — Les réactions qui ont suivies le prononcé de l'arrêt donnent à penser qu'elles n'ont pas l'intention de s'y résoudre. Pour quelle raison selon-vous ?

M.-A. F.-R. — D'abord parce que les autorités de régulation sont proches de la pensée administrative et économique — ce qui est très bien — mais un peu éloignées de la culture judiciaire. Ensuite, elles ont le sentiment qu'elles sont légitimes en elles-mêmes et qu'il n'y a pas lieu de les soupçonner en exprimant une exigence de séparation des fonctions en leur sein. Et enfin il y a l'idée d'efficacité : il est normal que celui qui a instruit le dossier, autrement dit celui qui le connaît le mieux, prenne la décision. C'est plus simple. Comme elles manquent d'information et sont confrontées à des opérateurs très puissants qui cherchent à entraver leur mission, elles essaient d'être le plus efficace possible. C'est pourquoi on leur autorise à cumuler les pouvoirs et elles en déduisent qu'elles peuvent aussi cumuler les fonctions. Pour un esprit efficace, il est absurde d'écarter du processus décisionnel celui qui connaît le dossier parce qu'il l'a instruit. Il faut avoir une pensée judiciaire pour considérer que cela pose un problème. Ainsi, les autorités administratives sont de bonne foi dans l'analyse qu'elles font de leur propre situation et, du coup, de la portée de l'arrêt à leur égard ; c'est là toute la difficulté.

P.A. — Le dernier moyen reprochait à l'arrêt attaqué de n'avoir pas permis au défendeur de faire valoir sa défense...

M.-A. F.-R. — La Cour de cassation n'a pas voulu examiner le moyen. On hésite donc à l'estimer valide. Mais il y a l'idée, commune en jurisprudence, que dès l'instant où les parties ont été en mesure de critiquer un rapport, quand bien même elles ne pourraient le faire qu'à l'issue de l'exposé du rapport, les droits de la défense ont été respectés. C'est vrai par exemple en matière d'expertise pénale où vous ne pouvez pas faire valoir vos droits devant l'expert, mais seulement une fois que le rapport est déposé.

P.A. — La France risque-t-elle d'être condamnée par la Cour européenne en raison des procédures suivies devant les autorités de régulation ?

M.-A. F.-R. — Il y avait un risque sérieux en ce sens concernant la C.O.B., et la Cour de cassation a donc préservé les intérêts français en rendant cette décision. Mais il faut maintenant que les autorités de régulation s'ajustent, car si elles s'en tiennent à une interprétation très restrictive de l'arrêt, la menace d'une condamnation subsistera. En outre, leurs décisions pourraient très bien être infirmées par les juridictions de recours (Cour d'appel de Paris, Conseil d'Etat), ce qui n'irait pas dans le sens de l'efficacité qu'elles recherchent. Elles devraient donc chercher à éviter ce que l'on pourrait appeler « le risque juridictionnel », en adoptant par provision l'interprétation la plus large de l'arrêt.

ENTRETIEN

P.A. — En s'appuyant sur l'article 6 de la C.E.D.H. pour prononcer sa décision, la Cour de cassation semble creuser davantage l'écart qui la sépare du Conseil d'Etat, puisque ce dernier a plutôt tendance à estimer que l'article 6 n'est pas applicable aux autorités de régulation....

Marie-Anne Frison-Roche — La jurisprudence administrative n'est pas radicale au point de déclarer que l'article 6 de la C.E.D.H. ne s'applique pas en droit administratif, mais elle en limite considérablement la portée, notamment parce qu'elle exige que l'organe en cause soit une juridiction. En l'espèce, il ne s'agissait pas formellement d'une juridiction, et pourtant la Cour de cassation a fait usage de l'article 6, ce qui n'est guère surprenant dans la mesure où les juridictions judiciaires usent très largement de cet article à l'égard des autorités administratives. Cet arrêt, rendu en Assemblée plénière, ne fait qu'insister avec un peu plus de force qu'habituellement sur ce sujet, d'où le sentiment d'une différence plus nette encore entre la jurisprudence des deux cours suprêmes. D'un côté, le Conseil d'Etat s'appuie sur les sources internes et non des moindres, puisqu'il s'agit de la loi et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; de l'autre, la Cour de cassation prend directement appui sur le droit européen alors qu'elle aurait très bien pu viser les principes généraux du droit parmi lesquels figurent les droits de la défense ; dans ce cas, il y aurait eu égalité de légitimité entre les deux cours suprêmes. Mais le droit européen est supérieur au droit français, ne l'oublions pas.

P.A. — On entend dire parfois que ce décalage est dû au fait que le Conseil d'Etat n'a pas su à un moment donné de son histoire prendre le « virage européen »...

M.-A. F. R. — Le Conseil d'Etat a sans doute reflété une culture juridique moins européenne que la Cour de cassation, ce qui explique ce que l'on pourrait appeler son décalage de réaction. Ainsi, pour l'effectivité de la hiérarchie des normes, seulement en 1989. Ou pour l'application du droit de la concurrence en droit administratif, seulement en 1997. Et il faut reconnaître qu'il ne prend acte de l'effectivité de la Convention européenne des droits de l'homme que très lentement.

P.A. — Qu'advient-il si le Conseil d'Etat, saisi d'un problème similaire s'agissant d'une autorité de régulation relevant de sa compétence, refuse d'appliquer l'article 6 ?

M.-A. F. R. — Sans doute ferait-il courir à la France un risque européen. Ce d'autant plus que les autorités qu'il contrôle se sentent protégées par sa jurisprudence, ce qui crée un décalage de pratique et de sensibilité avec les autorités administratives qui relèvent des juridictions judiciaires. C'est pourquoi il faudrait que le Conseil d'Etat accélère l'évolution et admette une large application de l'article 6 sans avoir pour autant à passer par le hiatus de la qualification, juridictionnelle ou non, des autorités en cause.

Propos recueillis par Olivia DUFOUR et Eric BONNET

Le communiqué de la Commission des opérations de bourse (5 février 1999)

La C.O.R. prend acte de la décision de la Cour de cassation réunie en assemblée plénière le 5 février 1999,

Elle en examine actuellement les termes et étudiera, de façon approfondie, toutes les conséquences à en tirer.

Elle rappelle qu'elle a indiqué scrupuleusement les textes législatifs et réglementaires de 1989 et 1990 qui régissaient alors sa procédure de sanction. La décision de la Cour de cassation remet en cause, sur un point précis — la présence du rapporteur au délibéré — compatibilité de ces textes avec la Convention européenne des droits de l'homme.»