

[Ce texte de M. Roland Drago est paru dans *La Semaine juridique, édition générale*, n° 42 (18 octobre 2000), p. 1931-1936]

10 408 - Compétence concernant les commissaires aux comptes et incompatibilité de la procédure de sanction pécuniaire avec l'article 6 de la Convention EDH

a) L'article 4-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 prévoit que des règlements peuvent être pris par la COB concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle, sans préciser à qui s'imposent les règlements ayant un tel objet ; en application des dispositions des articles 9-1 et 9-2 du même texte, la COB peut prononcer des sanctions à l'encontre des auteurs de pratiques contraires à ses règlements, lorsque ces pratiques ont pour effet, notamment, de fausser le fonctionnement du marché ou de porter atteinte à l'égalité d'information et de traitement des investisseurs ou à leurs intérêts ; selon l'article 2 du règlement de la COB n° 90-02 relatif à l'obligation d'information du public, applicable en la cause, l'information donnée au public doit être exacte, précise et sincère et l'article 3 énonce que constitue, pour toute personne, une atteinte à la bonne information du public la communication d'une information inexacte, imprécise ou trompeuse.

Il résulte de ces dispositions que la société appelante n'est pas fondée à prétendre qu'en sa qualité de commissaire aux comptes elle échappe à l'application du règlement n° 90-02 de la COB de sorte que c'est sans excéder ses pouvoirs, ni commettre un quelconque détournement de procédure, que cette dernière s'est prononcée ainsi qu'elle l'a fait après avoir estimé que ladite société était l'auteur de pratiques contraires à ce règlement et entrant dans les prévisions de l'article 9-1 de l'ordonnance précitée.

b) Les prescriptions de l'article 6 de la Convention EDH s'appliquent aux sanctions prévues par l'article 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 qui, bien que de nature administrative, visent comme en matière pénale, par leur montant élevé (10 MF ou le décuple du montant des profits réalisés), et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs de faits contraires aux normes générales édictées par les règlements de la COB et à dissuader les opérateurs de se livrer à de telles pratiques.

S'il est vrai que même lorsqu'elle est saisie d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions susvisées, la COB n'est pas tenue de satisfaire, sous tous leurs aspects, aux prescriptions de forme du paragraphe 1er de l'article 6 de la Convention EDH dès lors que ses décisions subissent *a posteriori*, sur les points de fait, les questions de droit, ainsi que sur la proportionnalité de la sanction prononcée avec la gravité de la faute commise, le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens du texte précité, le moyen tiré de ce que la commission se serait prononcée dans des conditions qui ne respecteraient pas l'exigence d'impartialité peut, en revanche, être utilement invoqué à l'appui du recours formé à l'encontre de sa décision.

À cet égard, le cumul au sein de cette autorité administrative des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement, n'est pas, par lui-même, contraire à l'exigence ci-dessus rappelée ; il y a lieu de rechercher si, compte tenu des modalités concrètes de mise en œuvre de ces attributions, spécialement au regard de la composition des organes appelés à les exercer, le droit de la personne poursuivie à un procès équitable a été ou non méconnu. En l'espèce, le collège de la commission a examiné en sa séance du 4 mars 1997 le rapport de l'enquête effectuée sur l'information financière et comptable de la société concernée et en particulier la note d'information visée par la COB le 29 juin 1993 et publiée le 2 juillet 1993 à l'occasion d'une émission d'obligations convertibles de cette société et, après en avoir délibéré, a décidé d'ouvrir une procédure aux fins d'éventuelles sanctions administratives à l'encontre de diverses personnes, dont la société assurant le commissariat aux comptes, au nombre des signataires de cette note d'information, sur le fondement du règlement 90-02.

Lors de sa séance du 18 juin 1999, le collège de la commission, dont six membres, dont son président, étaient déjà présents à la séance du 4 mars 1997, a arrêté la décision précitée après avoir entendu le rapporteur, qui n'a pas pris part au délibéré, et les personnes mises en cause. Ainsi le collège de la COB a, successivement décidé la mise en accusation de la société de commissaires aux comptes sur des faits qu'il a constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière.

L'exigence d'impartialité doit s'apprécier objectivement. Il résulte des constatations qui précèdent que les craintes de la société en cause quant à l'impartialité de la COB doivent être regardées comme objectivement justifiées.

La requérante est, en conséquence, fondée à soutenir qu'il a été porté atteinte à son droit à un procès équitable et à conclure, pour ce motif, à l'annulation de la décision déferée. Si dans le contentieux de pleine juridiction institué par l'article 12 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, la Cour d'appel de Paris, après avoir annulé la décision objet du recours, a le pouvoir de se prononcer, conformément à l'article 9-2, sur les pratiques dont la COB était saisie, elle ne peut en user lorsque la nullité affecte, comme en l'espèce, l'ensemble des actes de la procédure, viciée dès l'origine.

CA Paris, 1re ch. H, 7 mars 2000 ; Sté KPMG Fiduciaire de France [Juris-Data n° 106246].

Mots-clés : Bourses de valeurs - Commission des opérations de bourse - Sanctions - a) Champ d'application - Commissaire aux comptes - Possibilité (oui) - b) Procédure - Conv. EDH, art. 6 - Application (oui) - COB - Autorité administrative - Cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement - Possibilité (oui) - Impartialité - Appréciation objective - Participation à la décision de poursuites et au délibéré - Craintes de partialité fondées (oui) - Annulation de la décision de sanction (oui).

Juris-Classeur : Sociétés Traité ou Banque et Crédit, Fasc. 1510, par Nicole Decoopman.

LA COUR - (...)

Sur le moyen tiré de l'inapplicabilité aux commissaires aux comptes de la procédure de sanction prévue à l'article 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 :

- Considérant que l'article 4-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 prévoit que des règlements peuvent être pris par la COB concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle, sans préciser à qui s'imposent les règlements ayant un tel objet ; qu'en application des dispositions des articles 9-1 et 9-2 du même texte, la Commission peut prononcer des sanctions à l'encontre des auteurs de pratiques contraires à ses règlements, lorsque ces pratiques ont pour effet notamment, de fausser le fonctionnement du marché ou de porter atteinte à l'égalité d'information et de traitement des investisseurs ou à leurs intérêts ; que selon l'article 2 du règlement de la COB n° 90-02 relatif à l'obligation d'information du public, applicable en la cause, l'information donnée au public doit être exacte, précise et sincère ; que l'article 3 énonce que constitue, pour toute personne, une atteinte à la bonne information du public la communication d'une information inexacte, imprécise ou trompeuse ;

- Considérant qu'il résulte des dispositions susvisées que la société requérante n'est pas fondée à prétendre qu'en sa qualité de commissaire aux comptes elle échappe à l'application du règlement n° 90-02 de la COB de sorte que c'est sans excéder ses pouvoirs, ni commettre un quelconque détournement de procédure, que cette dernière s'est prononcée ainsi qu'elle l'a fait après avoir estimé que ladite société était l'auteur de pratiques contraires à ce règlement et entrant dans les prévisions de l'article 9-1 de l'ordonnance précitée ;

Sur le moyen tiré de l'inobservation des prescriptions de l'article 6 de la Convention EDH :

- Considérant que les prescriptions de l'article 6 de la Convention EDH (la Convention) s'appliquent aux sanctions prévues par l'article 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 qui, bien que de nature administrative, visent comme en matière pénale, par leur montant élevé (dix millions de F ou le décuple du montant des profits réalisés), et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs de faits contraires aux normes générales édictées par les règlements de la Commission et à dissuader les opérateurs de se livrer à de telles pratiques ;

- Considérant que s'il est vrai que même lorsqu'elle est saisie d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions susvisées, la COB n'est pas tenue de satisfaire, sous tous leurs aspects, aux prescriptions de forme du paragraphe premier de l'article 6 de la Convention dès lors que ses décisions subissent *a posteriori*, sur les points de fait, les questions de droit, ainsi que sur la proportionnalité de la sanction prononcée avec la gravité de la faute commise, le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens du texte précité, le moyen tiré de ce que la Commission se serait prononcée dans des conditions qui ne respecteraient pas l'exigence d'impartialité peut, en revanche, être utilement invoqué à l'appui du recours formé à l'encontre de sa décision ,

- Considérant à cet égard, que le cumul au sein de cette autorité administrative des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement critiqué par la requérante, n'est pas, par lui-même, contraire à l'exigence ci-dessus rappelée ; qu'il y a lieu de rechercher si, compte tenu des modalités concrètes de mise en œuvre de ces attributions, spécialement au regard de la composition des organes appelés à les exercer, le droit de la personne poursuivie à un procès équitable a été ou non méconnu ;

- Considérant, en l'espèce, que le collège de la Commission a examiné en sa séance du 4 mars 1997 le rapport de l'enquête effectuée sur l'information financière et comptable de la société D. M. et en particulier la note d'information visée par la COB le 29 juin 1993 et publiée le 2 juillet 1993 à l'occasion d'une émission d'obligations convertibles de cette société ; qu'après en avoir délibéré, il a décidé d'ouvrir une procédure aux fins d'éventuelles sanctions administratives à l'encontre de diverses personnes, dont la société KPMG, sur le fondement du règlement 90-02

- Qu'en raison de l'entrée en vigueur du décret du 31 juillet 1997, modifiant celui du 23 mars 1990 relatif à la procédure d'injonction et de sanctions administratives prononcées par

la Commission des opérations de bourse, le collège a, le 16 septembre 1997, demandé au président de la Commission d'adresser aux intéressés une nouvelle notification des griefs formulés le 4 mars 1997, en y joignant le rapport d'enquête ainsi qu'un document rappelant les droits de la défense ;

- Que par lettre du 2 octobre 1997, « annulant et remplaçant » un précédent courrier du 11 juin 1997, le président de la Commission a notifié en ces termes les griefs visant la société KPMG :

« La Commission a constaté que les comptes consolidés et sociaux de l'exercice 1992, publiés le 2 juillet 1993 dans la note d'information visée par la Commission le 29 juin 1993, à l'occasion d'une émission d'obligations convertibles de 245 millions de F de la société D. M., intégraient des éléments d'actifs fictifs, notamment des stocks de la société L. filiale de la société D. M., ce dont la société KPMG-Fiduciaire de France paraît avoir eu connaissance dès le mois de juin 1993. Il apparaît, en conséquence, que les informations communiquées dans la note d'information et pendant la période d'émission des obligations convertibles, dont la société KPMG-Fiduciaire de France a assumé la responsabilité en tant que commissaire aux comptes de la société D. M., n'étaient ni exactes, ni précises, ni sincères » ;

- Que lors de sa séance du 18 juin 1999, le collège de la Commission dont six membres, dont son président, étaient déjà présents à la séance du 4 mars 1997, a arrêté la décision précitée après avoir entendu le rapporteur, qui n'a pas pris part au délibéré, et les personnes mises en cause ;

. Qu'ainsi 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 ;

- Considérant que l'exigence d'impartialité doit s'apprécier objectivement ;
- Considérant qu'il résulte des constatations qui précèdent que les craintes de la société KPMG quant à l'impartialité de la Commission des opérations de bourse doivent être regardées comme objectivement justifiées ;
- Que la requérante est, en conséquence, fondée à soutenir qu'il a été porté atteinte à son droit à un procès équitable et à conclure, pour ce motif, à l'annulation de la décision déférée ;
- Considérant que la Commission des opérations de bourse demande à la cour, en cas d'annulation de sa décision, de statuer sur le fond ;
- Mais considérant que si dans le contentieux de pleine juridiction institué par l'article 12 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, la Cour d'appel de Paris, après avoir annulé la décision objet du recours, a le pouvoir de se prononcer, conformément à l'article 9-2, sur les pratiques dont la COB était saisie, elle ne peut en user lorsque la nullité affecte, comme en l'espèce, l'ensemble des actes de la procédure, viciée dès l'origine ;
- Qu'il n'y a donc pas lieu de statuer sur les pratiques qui avaient été imputées à la société requérante ;
- Que doit, enfin, être écartée la demande, à caractère indemnitaire, de la société KPMG tendant à ce que soit ordonnée la publication du présent arrêt.

Par ces motifs :

- Annule la décision déférée en tant qu'elle a statué à l'égard de la société KPMG Fiduciaire de France ;
- Dit n'y avoir lieu à statuer sur les pratiques reprochées à la société KPMG Fiduciaire de France (...).

M. Coulon, prem. prés., Mmes Favre, Pinot, prés. ; SCP Bernabe - Ricard - Chardier - Cheviller, avoués, M' Gofard, av.

Note

Lorsque, dans un procès, la partie perdante intente un appel ou un pourvoi en cassation en invoquant le non-respect, par le juge, de règles formelles de procédure ou de principes généraux, la presse dit que cette partie « joue la procédure ». L'expression est péjorative. Elle signifie que cette partie, ne pouvant justifier de son bon droit, s'abrite derrière des « arguties juridiques » subtiles et trop techniques pour être comprises du lecteur, et qui ne sont en fait que des échappatoires.

À notre époque, et à propos de procès retentissants, cette attitude est constante et correspond à ce qu'on appelle maintenant « l'air du temps ».

Pourtant, la phrase célèbre de Jhering conserve toute sa force et les juges ont raison de ne pas suivre la presse dans ses errements. Il se trouve seulement que, par ce moyen, ils peuvent avoir l'occasion de ne pas se prononcer sur des questions complexes ou embarrassantes. C'est l'attitude qu'aurait pu adopter la Cour d'appel de Paris dans la présente affaire en ne statuant que sur la conformité de la décision attaquée à l'article 6 de la Convention EDH et en excluant le fond par la technique du « Sans qu'il soit besoin ».

Félicitons-la d'avoir traité à la fois le fond et la forme, et en suivant, dans le raisonnement, un ordre inverse de celui qui est habituellement pratiqué.

1 - Question de fond : les commissaires aux comptes relèvent-ils de la compétence de la Commission des opérations de bourse (COB) ?

La *COB* a été créée par l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse. Le texte a été modifié fréquemment et notamment par la loi du 2 août 1989 qui lui a conféré un pouvoir d'injonction et de sanction. Elle est une autorité administrative indépendante dont les pouvoirs en cette matière sont soumis, comme ceux du Conseil de la concurrence, au contrôle de la Cour d'appel de Paris. Ses caractères ont été définis par le Conseil constitutionnel dans l'importante décision n° 89-260 DC du 23 juillet 1989 (*Rec. Cons. const*, p. 71. - *V également B. Genevois, Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse : RFD adm. 1989, p. 671*).

Le présent litige concernait une sanction prononcée par elle contre une société de commissaires aux comptes et cette société contestait, devant la cour d'appel, la compétence de la *COB* pour prononcer des sanctions à l'encontre des membres de la profession. La cour répond que la compétence de la *COB* est fondée sur l'article 9-2 de l'ordonnance et que des sanctions peuvent être infligées aux « auteurs des pratiques » visés à l'article 9-1 qui concerne les injonctions. Elle ajoute que le règlement n° 90-02 pris par la *COB* sur la base de l'article 4-1 de l'ordonnance lui permet de prendre des sanctions à l'encontre de « toute personne

» qui a commis les infractions prévues à l'article 9-1 de l'ordonnance et que les commissaires aux comptes n'en sont pas exclus.

On voit que la question ainsi tranchée est fort importante car elle peut concerner l'ensemble des professions réglementées. Au surplus, elle met en jeu des principes de droit public concernant la compétence des autorités publiques.

A - Si l'on interprète bien l'arrêt on comprendra que la compétence de la COB est définie *ratione materiae* et non *ratione personae*, Or cette affirmation mérite d'être analysée de plus près.

Le pouvoir réglementaire de la COB est fondé sur l'article 4-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1989 dont on doit citer le texte :

« (Loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985). Pour l'exécution de sa mission, la Commission peut prendre des règlements concernant le fonctionnement des marchés placés sous son contrôle ou prescrivant des règles de pratique professionnelle qui s'imposent aux personnes faisant publiquement appel à l'épargne, ainsi qu'aux personnes qui, à raison de leur activité professionnelle, interviennent dans les opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de titres.

(Loi n° 96-597 du 2 juillet 1996). Les instructions et recommandations adoptées par la Commission aux fins de préciser l'interprétation et les modalités d'application de ses règlements sont publiées par la Commission dans un délai de quinze jours suivant la date de leur transmission au ministre chargé de l'économie et des finances ».

Lorsqu'ils concernent un marché déterminé, les règlements de la Commission sont pris après avis de la ou des autorités du marché considéré.

Ces règlements sont publiés au *Journal Officiel* de la République française, après homologation par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances.

Le rôle des règlements est notamment de définir les personnes qui relèvent des pouvoirs de la Commission. Ce que fait le règlement n° 90-04 relatif à l'obligation d'information du public (aujourd'hui abrogé et remplacé par le règlement n° 98-07 portant le même titre).

Ce règlement (article 1er) distingue deux catégories de sujets de droit relevant de la COB, les « émetteurs » et les « personnes ». Le terme « émetteur » est défini par le texte : « *personne morale ayant le statut d'émetteur faisant appel public à l'épargne ou dont les instruments financiers sont supports d'un contrat à terme ou d'un instrument financier admis aux négociations sur un marché réglementé* ». Il ajoute que le règlement est applicable aux « dirigeants » de l'émetteur. Les obligations de l'émetteur sont ensuite précisées dans les articles 4 et 7.

Toujours selon l'article 1er, la « personne » n'est pas autrement désignée, sauf qu'il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale. Dans ce cas, ses « dirigeants » relèvent aussi du règlement.

Les textes concernant les « personnes » sont les articles 3, 5 et 6, et non l'article 2 pourtant visé par la cour.

Les articles 5 et 6 concernent toute personne qui est amenée à faire état publiquement de ses intentions (*art. 5*) ou qui prépare, pour son compte, une opération financière (*art. 6*). Il s'agit alors d'acteurs potentiels sur le marché.

En revanche, l'article 3 est ainsi rédigé :

« Constitue, pour toute personne, une atteinte à la bonne information du public la communication d'une information inexacte, imprécise ou trompeuse.

Constitue également une atteinte à la bonne information du public sa diffusion faite sciemment ».

Dans ce cas, l'expression « toute personne » prend une signification tellement vague qu'elle est indéfinie puisqu'il ne s'agit plus des participants réels ou potentiels au marché.

B - En tant qu'autorité administrative, la COB a pu se voir attribuer un pouvoir réglementaire, dans les conditions qu'a indiquées le Conseil constitutionnel (*par ex., à propos du CSA, Déc. n° 89-248 DC, 17 janv. 1989 ; RD publ. 1989, p. 399, note Favoreu*), concernant « des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (*Considérant 15*).

On notera que les règlements que la COB est amenée à prendre concernent les « personnes faisant publiquement appel à l'épargne » et celles qui « ... interviennent dans les opérations sur des titres placés par appel public à l'épargne ou assurent la gestion individuelle ou collective de portefeuilles de titres ». Ou encore, qu'elles peuvent concerner un « marché déterminé » (*Ord. 28 sept. 1967, art. 4-1 préc.*).

Ces termes confirment bien l'analyse qui a été faite précédemment et ne peuvent concerner « toute personne » ne correspondant pas à ces définitions, *a fortiori* pour les appliquer à des commissaires aux comptes.

On peut alors même se demander si, dans l'exercice de son pouvoir réglementaire, la COB n'est pas allée au-delà de son domaine de compétence.

C - Le pouvoir sanctionnateur conféré par la loi à la COB est d'essence pénale, c'est-à-dire qu'il doit être interprété de la même manière que la législation pénale appliquée par une juridiction répressive. Certes, une autorité administrative peut, sous certaines réserves, se voir conférer une compétence répressive. La question a été tranchée par la Cour EDH (*23 oct. 1995, Gradinger c/Autriche: D. affaires 1996, n° 116*) et par le Conseil constitutionnel (*Déc. préc. n° 89-260 DC, 28 juill. 1989*). Cette parenté implique l'application du principe de la légalité des infractions et des peines ainsi que l'interprétation stricte qui est de règle en matière pénale.

Or l'article 1er, dans sa partie soulignée précédemment, et l'article 3 du règlement n° 90-02 sortent du cadre fixé par les articles 9-1 et 9-2 de l'ordonnance de 1967 puisqu'ils ne concernent pas des acteurs sur le marché financier.

Au surplus, l'expression « toute personne » comporte par elle-même une absence totale de clarté et de précision qui a été censurée par le Conseil constitutionnel lorsque ce défaut résultait d'une loi. Il s'agit de la décision n° 84-181 DC des 10-11 octobre 1984, *Entreprises de presse (AJDA 1984, p. 684, note J.-J. Bienvenu ; RD publ. 1986, n° 2, p. 395, note Favoreu)*. La Haute juridiction a estimé qu'une infraction était « édictée en méconnaissance du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines publiques puisque la **détermination de son auteur est incertaine** » (souligné par nous).

Le même raisonnement peut être utilisé dans la présente espèce. S'agissant, non de la conformité d'une loi à la Constitution, mais de la conformité d'un règlement administratif à la loi et aux principes généraux du droit public, le même raisonnement conduit à dire que ces textes sont illégaux d'autant plus qu'ils comportent nécessairement un risque d'atteinte au principe d'égalité et à la règle de l'interprétation stricte en matière répressive.

D - Il ressort des développements qui précèdent que les commissaires aux comptes sont exclus du champ d'application des textes concernant la compétence de la COB. Mais cette analyse se trouve confirmée de façon positive par leur statut tel qu'il résulte des articles 218 à 235 de la loi du 24 juillet 1966. On rappellera qu'il s'agit d'une profession réglementée, que l'accès à cette profession est décidé par des commissions régionales et une commission nationale dans lesquelles les commissaires sont minoritaires, qu'ils prêtent serment devant la cour d'appel (*art. 219-4*), qu'ils sont soumis à des règles d'incompatibilité très strictes destinées à assurer leur indépendance (*art. 219-3, 220, 221 et 222*). Ils sont également soumis à un régime disciplinaire relevant des instances de la profession (*art. 219-3° et 219-2 et D. 12 août 1969 relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes ; art. 88 à 114*) (*V. CNCC, La responsabilité disciplinaire des commissaires aux comptes, juin, 1996*).

Au surplus, ils sont tenus à la règle du secret professionnel et peuvent saisir le procureur de la République des faits délictueux dont ils ont eu connaissance (*art. 233*), et ils ont un régime particulier de responsabilité civile (*art. 234 et 235*).

Toutes ces caractéristiques concernant cette profession libérale viennent confirmer les analyses précédentes qui conduisaient déjà à les exclure des participants au marché tel qu'il est contrôlé par la COB. Un exemple très significatif le montrera.

Selon l'article 5 A de l'ordonnance du 28 septembre 1967 (texte de la loi du 2 août 1989), la COB peut demander aux commissaires aux comptes des sociétés

faisant appel public à l'épargne ou à un expert judiciaire de procéder « *auprès des personnes mentionnées à l'article 4-1 à toute analyse complémentaire ou vérification qui paraîtrait nécessaire* ». Ce texte montre d'abord qu'un commissaire aux comptes exerçant déjà sa fonction auprès des participants au marché peut devenir le collaborateur de la COB et être rémunéré par elle (dernière phrase de l'article 5 A). Au surplus, il confirme que les personnes qui relèvent de la Commission sont celles qui sont mentionnées à l'article 4-1, ainsi qu'on l'a établi précédemment et que les commissaires aux comptes ne peuvent leur être assimilés.

E - Il serait absurde de prétendre qu'en raison de leur statut, les commissaires aux comptes échappent à toute sanction, notamment en raison des faits qui sont évoqués dans la décision commentée. Mais on peut alors soutenir qu'ils relèvent du régime disciplinaire dont il vient d'être question et qu'ils ne peuvent être soumis à un autre régime de sanctions administratives.

Il s'agit là d'une question majeure qu'il faut examiner de plus près. Lorsque des autorités administratives indépendantes ont été créées ou transformées, vers les années 1986-1989, la question a été posée de savoir si les sanctions qu'elles infligeaient pouvaient se cumuler avec des sanctions pénales.

Ce cumul avait déjà été admis par le droit administratif, spécialement à propos des fonctionnaires publics. Au moment de l'adoption de la réforme de la COB, en 1989, le problème fut soumis au Conseil constitutionnel (*Déc. n° 89-260 DC, 28 juill. 1989, préc.*) qui répondit (*Considérants 15, 16 et 22*) que le cumul était possible mais à condition de fixer un plafond aux amendes.

La législation devait tenir compte de cette recommandation, spécialement à propos de la rédaction de l'article 9-3 de l'ordonnance de 1967 (texte de la loi du 2 juillet 1996). Au surplus, cette conception limitée du cumul fut reprise par la Cour EDH dans l'arrêt précité du 23 octobre 1995.

Les requérants devant le Conseil constitutionnel avaient invoqué la règle *non bis in idem*, mais le Conseil a répondu que cette règle ne reçoit pas application « *au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives* ». Il ne s'est donc pas prononcé sur la licéité du cumul de deux sanctions administratives. Mais il a néanmoins décidé de fixer les limites auxquelles il a été fait allusion et qui figurent dans le Considérant 22.

Le même raisonnement a été fait par le Conseil d'État à propos du cumul entre les sanctions pénales et les sanctions fiscales (*CE, avis contentieux, 4 avr. 1997, Jammet: Rec. CE, p. 129*).

La question du cumul de deux sanctions administratives n'a jamais été nettement tranchée mais on doit considérer que celui-ci n'est pas possible. Ainsi, dans le droit de la fonction publique auquel on s'est déjà référé, il est inconcevable que, pour le même fait, deux sanctions puissent frapper le même

fonctionnaire. Il en sera de même ici et pour des raisons tenant à la nature même des sanctions.

Mais il faut aller plus loin. La COB détient un pouvoir propre dans le lancement d'une procédure disciplinaire contre un commissaire aux comptes sur la base de l'article 67 du décret précité du 12 août 1969 relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes. Ce texte est ainsi rédigé :

« Les agents de la Commission des opérations de bourse peuvent demander aux commissaires aux comptes tous renseignements sur les sociétés qu'ils contrôlent en application des articles 3 et 5 de l'ordonnance susvisée du 28 septembre 1967.

La Commission des opérations de bourse peut adresser toute observation qu'elle juge opportune aux commissaires aux comptes des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. Elle saisit, s'il y a lieu, le procureur général aux fins d'exercice de l'action disciplinaire dans les conditions prévues par l'article 94 du présent décret ; le procureur général tient la Commission des opérations de bourse informée des suites de l'affaire ».

La COB était donc incompétente pour exercer des poursuites à l'égard des intéressés puisqu'elle dispose d'une voie spécifique pour agir devant les instances disciplinaires.

F - La cour d'appel ayant eu à statuer sur une question de compétence, on peut comprendre qu'elle ait statué directement. Mais on vient de voir que la compétence était liée à un problème de légalité. Dans ce cas, il y aurait eu lieu à question préjudicielle à faire trancher par le juge administratif. Mais à quoi bon ! La décision de la COB est annulée pour d'autres motifs.

2 - Question de procédure : l'annulation de la décision de la COB pour violation de la Convention EDH

A - Nous vivons, sans le savoir, depuis des décennies dans l'illégalité la plus complète... Voici que la Cour de cassation et, plus récemment, le Conseil d'État, nous apprennent que les règles qui régissent la procédure devant des autorités administratives indépendantes et mêmes certaines juridictions sont contraires au principe d'impartialité, aux droits de la défense et à la présomption d'innocence rappelés par l'article 6 de la Convention EDH. En ce qui concerne les juridictions judiciaires, la jurisprudence concerne principalement la COB et remonte à un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1996 (*Cass. com., 18 juin 1996 : Bull. civ. IV, n° 179 ; JCP G 1996, IV, 1840 ; Juris-Data n° 002498. V également Cass, com., 1er déc. 1998 : Bull. civ. IV, n° 283 ; JCP G 1999, II, 10057, note E. Garaud et CA Paris, 7 mai 1997 : Gaz. Pal. 7 déc. 1997, concl. Y Jobard ; I. Bon-Garcin et Y Reinhard, chron. Droit boursier : D. 1998, somm. comm. p. 63 et s. Il s'agissait d'une déclaration du président de la COB sur des faits ayant ensuite été l'objet de sanction de la part de la Commission).*

Toujours à propos de la COB, on citera ensuite l'arrêt de la Cour de cassation du 5 février 1999 (*Cass. ass. plén., 5 févr. 1999 : JCP G 1999, II, 10060,*

note H. Matsopoulou ; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 1999, p. 8, concl. M. -A. Lafortune) et l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 juillet 1999 (*Petites affiches* 15 oct. 1999, note C. Ducouloux-Favard), à propos de la présence du rapporteur au délibéré de la formation qui a prononcé la sanction.

Quant au Conseil d'État, c'est pour violation du principe d'impartialité qu'il a cassé sans renvoi un arrêt de la Cour des comptes statuant sur une gestion de fait, dans une décision vite devenue célèbre (*CE, ass., 23 févr. 2000, Sté Labor Métal et a. : JCP E 2000, p. 393 ; RFD adm. 2000, p. 435, concl. Seban ; AJDA 2000, p. 404 et 464, chron. M. Guyomar et P. Collin*). Dans cette affaire, le fait d'avoir fait état, dans le rapport public, des faits qui ont ensuite donné lieu à un arrêt, constitue une atteinte au principe d'impartialité et aux droits de la défense.

On notera que la référence à l'article 6 de la Convention EDH ne figure pas dans l'arrêt. Elle figure, au contraire, dans deux décisions à peine plus anciennes concernant des autorités administratives indépendantes, la CNIL et le Conseil des marchés financiers (*CE, 3 déc 1999, Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf concl. Combrexelle ; - ass. 3 déc. 1999, Didier, concl. Seban : JCP G 2000, II, 10267, note F Sudre ; RFD adm. 2000, p. 574-600*).

Les deux arrêts décident le rejet. Les moyens tirés de l'atteinte au principe d'impartialité et aux droits de la défense sont analysés avec une extrême précision aussi bien par les commissaires du Gouvernement que par les décisions elles-mêmes. Peut-on y voir une doctrine ? Il est possible que la Haute assemblée traite différemment les juridictions administratives et les autorités administratives indépendantes. Mais il est possible aussi qu'elle s'oriente vers des analyses pointillistes destinées à éviter que les parties et leurs avocats utilisent de façon trop systématique les moyens tirés de l'article 6.

B - Il est temps de revenir à l'arrêt du 7 mars 2000, qui, on le soulignera, est postérieur de quinze jours à l'arrêt du Conseil d'État *Labor Métal*. Il est visible que la Cour d'appel de Paris a entendu définir avec soin le cadre de son action, même si elle se situe par rapport à une jurisprudence devenue classique.

1°) Selon la cour, la COB doit certes respecter l'article 6 en raison de son pouvoir sanctionnateur mais, en ce qui concerne l'article 6, § 1, elle n'est pas tenue de satisfaire « *sous tous leurs aspects* » à ses prescriptions en raison du fait que les décisions de la COB sont susceptibles d'un recours devant une juridiction au sens plein du mot. En effet, le recours devant la cour n'est pas un appel mais un recours « de pleine juridiction » (*V. J.-M. Auby et R. Drago, Traité des recours en matière administrative, 1992, n° 403 ; R. Drago, Le contentieux de pleine juridiction à la fin du XXe siècle, Mél. Pierre Sandevoy, 2000*).

La cour d'appel dispose d'un pouvoir entier qui lui permet non seulement de réformer la décision de la COB mais aussi de se prononcer « *sur la proportionnalité de la sanction prononcée avec la gravité de la faute commise* ». Au contraire, le Conseil d'État dans l'affaire *Labor Métal* a statué comme juge de

cassation. Mais il dispose d'une compétence comparable à la Cour d'appel de Paris lorsqu'il se prononce à propos des sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers alors qu'il n'est que juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il statue sur les décisions rendues par la CNIL.

Ces différences de pouvoirs expliquent les différences d'attitudes, même si les moyens invoqués dérivent tous de l'article 6 de la Convention EDH.

2°) La cour procède ensuite, de façon détaillée, à l'examen de la procédure suivie par la COB. Elle constate que lors de la réunion du 18 juin 1999 au cours de laquelle la décision attaquée a été rendue, le collège de la Commission comprenait six membres dont son président qui avaient siégé à la séance du 4 mars 1997 au cours de laquelle il avait été décidé d'ouvrir une procédure aux fins de poursuites contre la société en cause. Ainsi, ce collège a successivement « *décidé la mise en accusation... sur des faits qu'il a constatés, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière* ».

On notera que la COB n'avait fait que respecter les règles de procédure prévues par l'ordonnance de 1967 et ses textes d'application. C'est donc la conformité à l'article 6 de la Convention de ces dispositions qui est en cause. Mais il est vrai que, dans un passage précédent, la cour avait constaté cette situation mais avait ajouté que, si diverses fonctions étaient cumulées au sein de la COB, la question qui devait être plus spécialement examinée concernait « *la composition des organes* ». En fait, il était donc dit que les membres de la COB engageant les poursuites devaient être différents de ceux qui statueraient sur la sanction.

Il en résulte donc que les craintes de la société quant à l'impartialité de la COB « *doivent être regardées comme objectivement justifiées* ». On notera la référence faite à l'impartialité objective telle qu'elle est définie par la Cour européenne.

C - Il s'agissait alors de savoir ce qu'allait être finalement la décision de la cour. La COB lui demandait de statuer sur le fond. Il ne s'agissait évidemment pas de revenir sur la question de compétence, tranchée dans la première partie de l'arrêt, mais des actes accomplis par la société poursuivie.

On en revient alors sur la compétence de « pleine juridiction » qui appartient à la cour d'appel. Mais il était facile de répondre que ce pouvoir s'exerce à propos des sanctions déjà prononcées ou, plus généralement, à propos de l'attitude de la COB à l'égard des faits dont elle était saisie. La nullité, affectant l'ensemble de la procédure, ne pouvait conduire qu'à l'annulation - et à l'annulation sans renvoi et pure et simple - de la décision attaquée. C'est donc un arrêt de « non-lieu » (au sens pénal ou quasi pénal) qui est finalement rendu.

Un problème comparable mais non identique se posait devant le Conseil d'État dans l'affaire *Labor Métal*. À la fin de ses conclusions, le Commissaire du

Gouvernement Seban proposait que le Conseil d'État utilisât l'article 11, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1987. Ce texte, qui concerne les différents effets d'un arrêt de cassation, prévoit la solution selon laquelle il peut « régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie ». Il proposait donc soit de rouvrir l'instruction, soit de régler directement l'affaire sur les bases qu'il indiquait. Mais la Haute assemblée ne le suivit pas sur ce point et procéda à l'annulation pure et simple de l'arrêt attaqué.

D - Les motifs invoqués par l'arrêt du 7 mars 2000 signifiaient que la COB (et sans doute certaines autres autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir sanctionnateur) statuait selon une procédure contraire à l'article 6 de la Convention européenne. Quatre mois après le prononcé de l'arrêt, sont intervenus deux décrets du Premier ministre modifiant cette procédure. Bien entendu, ils ne vaudront que pour l'avenir. Il s'agit du décret n° 2000-720 du 1er août 2000 modifiant le décret n° 68-23 du 3 janvier 1968 portant organisation administrative et financière de la COB et du décret en Conseil d'État n° 2000-721 du même jour modifiant les dispositions du décret n° 90-263 du 23 mars 1990 relatives à la procédure de sanctions administratives prononcées par la COB (*JO 2 août 2000, p. 11938 et 11939 ; JCP G 2000, III, 20343 et 20344*). Le décret de 1990 était intervenu pour appliquer la loi du 2 août 1989 et il a déjà été modifié par le décret du 31 juillet 1997 auquel fait référence l'arrêt de la cour d'appel.

Il résulte de ces textes que seul le directeur général de la COB est désormais compétent pour lancer les poursuites et ouvrir les enquêtes. Le régime de celles-ci est réglementé de façon à permettre l'exercice des droits de la défense. S'il apparaît que les faits constatés « peuvent être de nature à caractériser des manquements aux règlements de la commission », le directeur général demande au président de désigner un rapporteur qui sera un membre de la commission (*D. n° 2000-721, art. 5*). Les fonctions du rapporteur sont ensuite indiquées avec une extrême précision et le rapport est communiqué à la personne poursuivie (*art. 6 à 8*). Enfin, l'affaire est portée devant la Commission, la personne mise en cause et son conseil présentent leur défense et doivent avoir la parole en dernier. La décision est prise « en la seule présence » du président et des membres autres que le rapporteur et du secrétaire (*art. 9*).

S'agissant de procédure, la réforme pouvait être réalisée par décrets. Mais l'ordonnance de 1967 ayant valeur législative, on aurait peut-être dû se demander si certaines de ses dispositions ne devaient pas être modifiées pour les rendre conformes à la Convention EDH. Enfin, le contrôle par la Cour d'appel de Paris aurait dû, semble-t-il, impliquer le contresing du Garde des Sceaux alors que les décrets ne sont contresignés que par le Ministre de l'économie.

E - La question importante qui devait être tranchée dans la présente affaire concernait la compétence de la COB à propos des commissaires aux comptes. Elle a été traitée de manière quelque peu rapide et la première partie de cette note tente de montrer l'aspect essentiel de cette question.

Mais celle-ci a été en quelque sorte étouffée par le problème de la validité de la procédure au regard de la Convention EDH. On pourrait alors se demander si l'arrêt du 7 mars 2000 ne sonne pas le glas des autorités administratives indépendantes quand elles sont dotées d'un pouvoir sanctionnateur. À quoi bon se livrer aux contorsions de rédaction des décrets du 1er août 2000 ? À quoi bon cette jurisprudence abondante et finalement parasite sur le principe d'impartialité, la présomption d'innocence et les droits de la défense alors que, d'ores et déjà, le Code de procédure pénale et le Code de procédure civile accordaient toutes ces garanties, avant même que la Convention EDH eût existé ? En dehors du domaine hiérarchique, l'attribution d'un pouvoir sanctionnateur à des autorités administratives est peut-être une aberration. Il serait plus simple et plus clair de transférer directement ce pouvoir à des juges.