

**Des principes communs
pour les autorités administratives
dotées d'attributions répressives**



Mai 2012

**DES PRINCIPES COMMUNS
POUR LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES
DOTÉES D'ATTRIBUTIONS RÉPRESSIVES**

Commission Europe
Mai 2012



SOMMAIRE

PARTIE I

Propositions générales d'ordre organisationnel et déontologique11

I. – Impartialité et indépendance11

A – Mieux garantir l'impartialité subjective des acteurs exerçant le pouvoir de sanction des autorités de régulation13

1/ Mettre en place des mécanismes de prévention
des conflits d'intérêts.....14

2/ Adopter des règles de déontologie communes15

3/ Concilier l'impartialité subjective avec l'expression publique
des régulateurs17

4/ Protéger l'indépendance des membres de l'autorité19

B – Garantir l'impartialité objective des organes de sanctions.....21

1/ Assurer la distinction entre les fonctions de jugement
et de poursuite.....23

2/ Exclure le rapporteur du délibéré de l'organe de sanctions24

3/ Assurer la neutralité de l'instruction.....27

4/ Encadrer le pouvoir d'auto-saisine des autorités régulatrices.....28

II – Légalité et sécurité juridique30

A – Affirmer l'application du principe de légalité des délits et des peines30

B – Mieux assurer la sécurité juridique en distinguant les différentes procédures31

C – Garantir le respect du principe non bis in idem32

D – Clarifier et harmoniser les délais de prescription34

III – Secret des affaires et secrets protégés par la loi.....35

PARTIE II

Propositions de règles spécifiques applicables

à chaque étape de la procédure.....37

I – Règles spécifiques au stade de l'enquête ou du contrôle37

A – Cadre de l'enquête38

1/ Renforcer l'impartialité et la responsabilisation des enquêteurs ...38

2/ Améliorer l'information des personnes sollicitées lors
de l'enquête et clarifier le périmètre des investigations39

3/ Encadrer les modalités et le formalisme de l'enquête42

a) Fixation d'un cadre général de l'enquête42

b) Clarification et délimitation des pouvoirs des enquêteurs56

B – Les règles propres au contrôle sur pièces.....63

C – Les règles propres aux visites domiciliaires.....64

II – Règles spécifiques au stade de la décision sur les poursuites ...66

III – Règles spécifiques au stade de l'instruction et du jugement ...69

A – La procédure de sanction69

1/ Assurer un contradictoire effectif tout au long de l'instruction.....70

2/ Assurer le caractère contradictoire et public des débats
devant l'organe de jugement.....73

a) Le caractère contradictoire des débats.....73

b) Le droit du mis en cause d'avoir la parole en dernier.....75

c) Le droit à l'assistance d'un interprète.....76

d) La publicité des débats76

B – Assurer une publicité raisonnée des décisions de sanction.....77

IV – Voies de recours79

1. – Depuis la fin des années 1960, les autorités administratives¹ se sont multipliées en France au rythme moyen d'une par an. L'importance des missions confiées à certaines d'entre elles a justifié que leur soient dévolus des pouvoirs de sanction, jusque-là essentiellement exercés par des juridictions pénales. Parmi la quarantaine d'autorités administratives indépendantes identifiées à ce jour², un quart d'entre elles dispose d'une telle prérogative³.

2. – De la multiplicité, de la diversité, et du souci marqué d'efficacité qui caractérisent ces autorités, découlent logiquement quelques interrogations quant à la cohérence de cet ensemble hétérogène et quant aux principes cardinaux devant encadrer leurs pouvoirs. Créées hors de tout balisage constitutionnel précis et sans logique d'ensemble, elles ne semblent liées par aucun cadre commun. Le rapport du Conseil d'État pour 2001 notait à cet égard que « *s'il est une caractéristique dominante de ce mouvement de création des AAI en France, c'est bien celle du hasard. La plupart des autorités créées constituent une réponse donnée à un problème donné* ». Précisons ici que notre ambition première n'est pas de proposer une organisation plus cohérente de la régulation, et pour ce faire de remettre

(1) Par souci de simplicité, nous utiliserons le terme « autorités administratives » même si certaines des entités visées revêtent une qualification différente.

(2) V. Rapport d'information n° 2925 de MM. René Dosière et Christian Vanneste, fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 28 octobre 2010, t. 1, p. 346 et s.

(3) Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, la Commission de régulation de l'énergie, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, l'Agence française de lutte contre le dopage, l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité de la concurrence, l'Autorité de contrôle prudentiel, l'Autorité de régulation des jeux en ligne et l'Autorité de régulation des activités ferroviaires.

en cause les pouvoirs dévolus aux autorités administratives. Bien sûr, nous nous sommes interrogés sur les raisons qui justifient que certaines autorités jouissent d'un pouvoir de sanction et d'autres pas, et plus généralement sur l'opportunité de pérenniser ce pouvoir, alors que c'est le juge de droit commun qui est l'organe naturel pour exercer la fonction répressive dans des conditions respectueuses des principes du procès équitable. Mais, sans méconnaître ces questionnements essentiels, qui pourraient donner lieu à un prolongement ultérieur de notre réflexion, nous sommes surtout partis du constat que la priorité donnée à l'efficacité, qui correspondait à l'enjeu initial de la création des autorités administratives, n'était plus considérée comme de nature à justifier des atteintes caractérisées à des principes fondamentaux dans un État de droit, lesquelles constituent des facteurs d'incompréhension et d'insécurité dans l'esprit des personnes concernées alors même que la sécurité juridique, c'est-à-dire la clarté et la prévisibilité des règles sanctionnatrices, est un principe général, aussi bien du droit national français⁴ que du droit de l'Union européenne⁵.

3. – Nos propositions poursuivent donc aussi cet objectif à travers l'harmonisation des règles de droit s'appliquant devant les diverses autorités administratives. On ne peut d'ailleurs manquer de relever son émergence progressive en droit positif, comme l'illustre l'harmonisation des solutions retenues pour assurer la conformité à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, des pouvoirs de visite et de saisie dont sont dotés les agents des autorités de régulation et certaines administrations, ou encore la réponse apportée à l'exigence européenne d'impartialité objective, déduite de l'article 6 de la Convention, qui impose notamment une stricte séparation entre les fonctions d'accusation et de jugement⁶. Nous n'en sommes cependant pas encore au rassemblement des

(4) CE 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460.

(5) V. CJCE 14 avr. 2005, *Belgique c/ Commission*, C-110/03, *Rec.* p. I-2801, point 30 ; CJCE 7 juin 2007, *Britannia Alloys & Chemicals c/ Commission*, C-76/06 P, *Rec.* p. I-4405, point 79 ; CJCE 14 janv. 2010, *Stadt Papenburg*, C-226/08, non encore publié au *Recueil*, point 45.

(6) À la suite de la publication des lois organique et ordinaire relatives au Défenseur des droits le 30 mars 2011, l'organisation et le fonctionnement de la formation contentieuse

« commissions de sanctions » dans un « tribunal des marchés financiers », même si l'hypothèse fut évoquée lors du dernier colloque sur les sanctions AMF par Claude Nocquet⁷.

4. – Nonobstant la question de l'harmonisation des procédures, l'exercice des pouvoirs de sanction par des autorités administratives fait débat. D'aucuns y ont ainsi vu une pratique « *assez grave parce qu'elle contribue [...] à la création et au développement (qui est un des phénomènes les plus caractéristiques et les plus inquiétants de l'ascension récente du droit) de ce que l'on peut appeler un pseudo-droit pénal* »⁸. En effet, il a pu sembler que l'exercice de pouvoirs de sanction par des régulateurs contribuait à transformer ces derniers en autorités quasi juridictionnelles, ce qui peut sembler difficilement conciliable avec le principe de séparation des pouvoirs affirmé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹.

5. – Au regard de ces interrogations, le Conseil constitutionnel a été conduit à préciser très tôt les conditions de validité de l'exercice de pouvoirs de sanction par ces entités, en jugeant que l'attribution d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative ne porte pas atteinte au principe de séparation des pouvoirs, dès lors qu'on se situe dans le cadre d'un régime d'autorisation administrative rendu nécessaire par l'obligation de prendre en compte des contraintes techniques et des objectifs de valeur constitutionnelle et que ce pouvoir est exercé par une autorité administrative in-

de la Commission nationale informatique et libertés ont été profondément modifiés. Le législateur a formellement consacré par cette réforme les règles du procès équitable en exigeant une stricte séparation des phases d'enquête et d'instruction d'une part, et de jugement, d'autre part. Ainsi, la composition de la formation restreinte est modifiée : les membres du bureau (Président et Vice-présidents) ne peuvent plus en faire partie. Celle-ci est désormais composée d'un président distinct de celui de la formation plénière et de cinq autres membres élus par les dix-sept membres du collège.

(7) 4^e Colloque de la Commission des sanctions de l'AMF, 5 oct. 2011.

(8) Marcel Waline, *Traité de droit administratif*, 4^e éd., 1963.

(9) Art. 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

dépendante¹⁰. Dans le raisonnement du juge constitutionnel, la contrepartie de ce pouvoir de sanction des autorités administratives réside dans l'application de certains principes constitutionnels applicables tant aux sanctions pénales qu'aux sanctions administratives « *à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* »¹¹.

6. – Cette approche a été confirmée à l'occasion de l'examen du contrôle de constitutionnalité de la loi relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers. Affinant leur jurisprudence, les sages de la rue de Montpensier ont admis dans leur décision du 28 juillet 1989¹² que le législateur puisse attribuer un pouvoir de sanction à toute autorité administrative « *dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* ». Tout comme le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation¹³, la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴ et le Conseil d'État¹⁵ ont également admis que les principes du procès équitable, tels qu'édictés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ont vocation à s'appliquer devant toute autorité administrative collégiale dotée d'un pouvoir répressif¹⁶, même si, dès lors que la décision

(10) Décis. 248 DC du 17 janv. 1989, CSA, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 32.

(11) Décis. 248 DC du 17 janv. 1989, CSA, préc., considérants 35 et 36.

(12) Décis. 260 DC du 28 juill. 1989, loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier ; V. pour un exemple récent : décis. n° QPC2011-200 du 2 déc. 2011.

(13) Cass. com., 9 avr. 1996, *Haddad*, Bull. civ. IV, n° 115, *RJDA* 1996. 645 ; V. aussi Cass., ass. plén., 5 févr. 1999, *Oury*, Bull. civ., n° 1, p. 1.

(14) CEDH 9 mars 1998, req. n° 33933, *Gousset c/ France*, DR 92/122 ; V. aussi : CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A, n° 43, p. 24.

(15) CE 30 oct. 1998, *D.* 1998. IR. 254 ; V. aussi : CE Ass. 3 déc. 1999, *Didier, Lebon*, p. 399 ; *RFDA* 2000. 584, concl. A. Seban ; CE 4 févr. 2005, *Sté GSD Gestion* ; CE 2 nov. 2005, *Société Banque privée Fideuram Wargny*, concl. M. Guyomar.

(16) V. par ex. pour l'application de la Convention EDH à une procédure de sanction devant la COB : Cass. com., 18 juin 1996, n° 94-14.178 ; V. aussi pour l'application de la Convention EDH à une procédure devant la Commission bancaire : CE 30 juill. 2003,

rendue par l'autorité administrative est susceptible de faire l'objet d'un recours devant une juridiction indépendante dotée de la plénitude de juridiction et offrant toutes les garanties d'un procès équitable, certaines de ces garanties, comme la publicité des débats ou le droit d'être assisté gratuitement par un conseil, ne sont pas applicables¹⁷.

7. – Dans le but de respecter ces impératifs, un équilibre doit être recherché entre les prérogatives attribuées aux régulateurs, nécessaires à l'accomplissement de leurs missions, et les droits reconnus aux personnes concernées. Afin d'aboutir à un ensemble harmonisé de principes devant être respectés par toute instance répressive, nous sommes convenus de nous affranchir des clivages sanctions/autres décisions, nature administrative/juridictionnelle de l'organe de décision, qui jusqu'ici servent à justifier les écarts constatés par les entreprises et leurs conseils dans le respect par les autorités administratives des normes protectrices imposées par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

8. – Les grands principes, tels que consacrés et régulièrement rappelés au niveau européen comme devant gouverner toute action répressive ont été recensés, ainsi que les bonnes et mauvaises pratiques au regard de ces principes, observées dans l'exercice du pouvoir de sanction des autorités de régulation. L'objectif de ce document n'est pas de préconiser des réformes à dimension politique dont nous ne contestons pas par ailleurs l'utilité¹⁸, mais de proposer un ensemble de règles ayant vocation à s'appliquer à toute autorité administrative dans l'exercice de son pouvoir de sanction, afin de garantir au mieux et sans compromettre l'efficacité de la régulation, le respect des principes essentiels du procès équitable, ce qui ne peut

n° 238169, *Banque d'escompte et Wormser frères* où le Conseil d'État exige le respect des droits de la défense et des principes d'impartialité et du contradictoire.

(17) CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A, n° 43, p. 24 ; CE sect., 27 oct. 2006, n° 276069, *Parent et al.*, JurisData n° 2006-070936.

(18) V. pour des propositions de ce type les recommandations du rapport n° 2925 sur les autorités administratives indépendantes et l'examen des réponses du gouvernement dans le compte rendu n° 10 du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques du 1^{er} décembre 2011.

que participer à sécuriser la procédure et à favoriser, par l'affirmation de règles claires, une meilleure collaboration entre les régulateurs et les personnes soumises à leur contrôle. L'on pourra noter que certaines de ces propositions vont au-delà des exigences déjà posées par la jurisprudence, voire par la loi en matière pénale. Il doit toutefois être souligné que les investigations pénales sont systématiquement déclenchées et menées sous le contrôle permanent de l'Autorité judiciaire, ce qui n'est pas le cas en matière administrative. Il est donc naturel que de telles procédures soient particulièrement encadrées. En outre, alors que l'enquête pénale est d'une nature inquisitoriale marquée, certains actes d'enquête nécessitent la coopération des personnes concernées. Tel est par exemple le cas à chaque fois qu'est réclamée la remise de certains documents. Il est dans ce cas compréhensible que les personnes appelées à participer à la procédure bénéficient d'un droit à l'information plus important qu'en matière pénale.

9. – Nos propositions sont présentées selon le plan suivant :

- Propositions de principes directeurs, de nature organisationnelle et déontologique, ayant vocation à s'appliquer aux organes et à l'ensemble des acteurs intervenant dans l'exercice du pouvoir de sanction des autorités de régulation ;
- Propositions de règles spécifiques applicables à chaque étape de la procédure : enquête, poursuites, prise de décision par l'organe de sanctions et recours.

PARTIE I

Propositions générales d'ordre organisationnel et déontologique

10. – Au-delà de la recherche d'une harmonisation des règles propres à chaque étape de la procédure suivie par les autorités de régulation dans l'exercice de leur pouvoir de sanction, il apparaît nécessaire d'envisager un corps commun de principes généraux, de nature organisationnelle et déontologique, applicables aux fonctions répressives de ces autorités, propres à répondre aux exigences du procès équitable, notamment en assurant l'impartialité et l'éthique des personnes intervenant à chaque stade du processus susceptible d'aboutir au prononcé d'une sanction. Les problématiques traitées dans ce chapitre intéressent donc l'ensemble des acteurs contribuant à la fonction répressive, qu'ils concourent aux investigations, aux poursuites ou à la prise de décision finale.

I — Impartialité et indépendance

11. – Les autorités administratives dotées de pouvoirs répressifs doivent satisfaire aux exigences du tribunal impartial. Ces exigences trouvent leur

fondement tant dans les sources internes qu'internationales, qui toutes consacrent le droit des justiciables à un tribunal dont l'objectivité, l'indépendance et la neutralité ne doivent pas prêter le flanc à la critique. L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales offre notamment à chacun le droit d'accéder à un tribunal impartial. Ce droit est également consacré à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁹, entré en vigueur le 23 mars 1976 et directement invocable devant les juridictions nationales, ainsi qu'à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a désormais force obligatoire²⁰.

12. – À cet égard, il est acquis, depuis l'arrêt *Piersack c/ Belgique* du 1^{er} octobre 1982, que la Cour de Strasbourg voit deux aspects dans la condition d'impartialité énoncée par l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il faut d'abord que « *le tribunal soit subjectivement impartial, c'est-à-dire qu'aucun de ses membres ne manifeste de parti pris ou de préjugé personnel* » ; ensuite « *le tribunal doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* ». Dans le prolongement de ce raisonnement, nous distinguerons d'une part, les mesures permettant de mieux garantir l'impartialité subjective des acteurs

(19) Art. 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : « 1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil [...] ».

(20) Art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial – Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

exerçant le pouvoir de sanction des autorités de régulation (A) et d'autre part, celles propres à assurer l'impartialité objective des autorités de régulation dans leur fonction répressive (B).

A — Mieux garantir l'impartialité subjective des acteurs exerçant le pouvoir de sanction des autorités de régulation

13. – L'impartialité subjective – ou personnelle – est celle qui est attachée non à la fonction, mais à la personne même du juge. Elle lui interdit de statuer sur un litige dès lors que, pour quelque raison que ce soit, il a, directement ou indirectement, déjà eu à connaître des parties, des éléments ou des circonstances de l'affaire, ou a porté sur celle-ci, objectivement ou non, une opinion personnelle. Dans la démarche subjective, on tente de déterminer ce que le juge pense dans son for intérieur, et s'il abrite en lui quelque raison de favoriser un plaideur. Cela demande des preuves, et c'est pourquoi l'impartialité subjective du juge se présume jusqu'à preuve contraire²¹.

14. – Le principe d'impartialité subjective a été étendu par la jurisprudence à tous les cas dans lesquels la situation d'un juge peut l'amener à prendre connaissance d'un dossier, à se trouver en contact avec l'une des parties ou à adopter, préalablement au jugement, des positions personnelles incompatibles avec une bonne administration de la justice : cela est par exemple le cas lorsque l'une des parties entretient des relations personnelles avec le juge, ou lorsque des magistrats du parquet et du siège, appelés à connaître d'une même affaire, ont des liens familiaux²².

15. – Au regard de ce principe, l'analyse du fonctionnement des autorités administratives a révélé *a posteriori* de nombreuses hypothèses de situa-

(21) CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Va Leuven et De Meyere c/ Belgique*.

(22) Ainsi, la Cour de cassation a jugé que lorsqu'un jugement est rendu sur les réquisitions d'un substitut dont le conjoint siège en qualité d'assesseur, il y a atteinte au principe d'impartialité consacré à la fois par l'article 6, § 1, et par l'article R. 721-1 du code de l'organisation judiciaire (Cass. crim., 30 avr. 1986, JurisData n° 1986-001001 ; Cass. crim., 4 juin 1996, JurisData n° 1996-003404).

tions insatisfaisantes : appartenance d'un des membres délibérants de la Commission des sanctions de l'AMF au comité exécutif d'un groupe bancaire français impliqué dans un différend financier persistant avec la société faisant l'objet de poursuites²³, ou encore exercice par le rapporteur de la Commission des sanctions, à l'époque des faits reprochés, des fonctions d'administrateur puis de conseiller du président d'une société concurrente des sociétés poursuivies²⁴. Ce constat est d'autant plus surprenant que les textes régissant ces autorités et leurs règlements intérieurs ont pour vocation de traiter la question des conflits d'intérêts éventuels.

1/ Mettre en place des mécanismes de prévention des conflits d'intérêts

16. – Compte tenu des dysfonctionnements constatés, plusieurs mesures pratiques peuvent être envisagées afin de prévenir l'apparition de conflits d'intérêts. En premier lieu, la généralisation dans l'ensemble des autorités régulatrices d'une procédure spécifique de récusation à l'instar de ce qui existe déjà devant l'AMF ou l'ACP semble une perspective souhaitable et sans doute inévitable. À cet égard, la publication et l'actualisation au fil de l'eau et en tout cas au moins annuelle du *curriculum vitae* des membres et agents concernés permettraient de connaître leurs activités et fonctions, rémunérées ou non, actuelles et passées. Le degré de transparence exigé devrait être suffisant pour permettre aux personnes mises en cause de déceler un éventuel conflit d'intérêts et d'exercer leur faculté de récusation.

17. – En second lieu, l'obligation faite aux personnes exerçant des pouvoirs d'enquête, de poursuite ou de jugement concernées par un conflit d'intérêts de se retirer du dossier ainsi que celle d'établir une déclaration sur l'honneur d'absence de conflit d'intérêts concernant chaque affaire traitée devrait être instaurée à titre de règle commune à ces autorités. Devrait également être généralisée à l'ensemble des membres et agents des au-

(23) CE, 2 décis., 30 mai 2007, n° 288538 et 293408, *Recueil des décisions de la Commission de sanctions et des juridictions de recours*, n° 42 et 43, p. 317-322.

(24) CE, 4 décis., 26 juill. 2007, n° 293624, 293626, 293627, 29390.

torités concourant à la fonction répressive, l'obligation déjà imposée au sein de certaines autorités, de se retirer d'un dossier lorsque celui-ci concerne une entité au sein de laquelle ils ont exercé des fonctions au cours d'une période dont la durée devrait être fixée à cinq années.

Proposition n° 1

Interdire à tout membre ou agent d'une autorité d'intervenir dans une procédure d'enquête ou de sanction impliquant une entité au sein de laquelle il a exercé une activité professionnelle depuis moins de cinq ans et, d'une façon générale, lui imposer de se retirer du dossier en cas de conflit d'intérêts, quelle qu'en soit la cause et l'ancienneté du facteur générateur.

Proposition n° 2

Instaurer une déclaration sur l'honneur d'absence de conflit d'intérêts pour chaque dossier traité et publier chaque année le *curriculum vitae* actualisé de chacun des membres et agents d'une autorité concourant à la fonction répressive sur le site internet de l'entité concernée.

Proposition n° 3

Mettre en place une procédure de récusation des membres de l'organe de sanction.

2/ Adopter des règles de déontologie communes

18. – L'impartialité des autorités administratives tient en premier lieu à l'indépendance et à l'objectivité de leurs membres. À cet égard, il serait indiqué d'adopter une charte de déontologie et de mettre en place un déontologue conseiller auditeur chargé de veiller au respect de cette charte et d'émettre un avis sur les situations litigieuses. Le conseiller auditeur instauré au sein des autorités nationales et européennes de la concurrence pourrait servir de modèle au statut de ce déontologue.

19. – Cette piste avait déjà été proposée en 2006 par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation. Dans son rapport, il indiquait estimer « *que la loi doit prévoir la définition par chaque AAI de règles déontologiques comprenant, le cas échéant, des incompatibilités a posteriori* »²⁵. Toujours au titre des garanties d'indépendance, l'Office jugeait « *indispensable que chaque autorité apporte la plus grande attention aux garanties d'indépendance de ses services. Il estime que la définition des règles propres à assurer cette indépendance revient aux autorités elles-mêmes, qui doivent en rendre compte au Parlement. Les AAI doivent par conséquent adopter des règles déontologiques adaptées à leur domaine d'activité et aux prérogatives de leurs services* »²⁶.

20. – Cette recommandation semble désormais faire l'objet d'un consensus relatif, le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques ayant repris cette proposition dans son rapport en exprimant le souhait que soit étudié, « *en liaison avec le Conseil d'État, la possibilité d'édicter un code des procédures commun à toutes les AAI disposant du pouvoir de sanction* »²⁷. Elle fait du reste écho aux souhaits exprimés par certains des membres ayant été auditionnés par le Groupe de travail²⁸. À l'invitation du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, il paraît souhaitable d'instaurer un déontologue commun à l'ensemble des autorités, disposant de ce fait d'une expérience potentiellement fournie, et jouissant d'une indépendance qui n'en serait que plus prononcée, ce qui permettrait de combiner indépendance et efficacité²⁹.

(25) Recommandation n° 25 du Rapport n° 404 (préc.), t. 1, p. 115.

(26) Recommandation n° 26 du Rapport n° 404 (préc.), t. 1, p. 116.

(27) Recommandation n° 17 (*Encadrer le pouvoir de sanction des AAI*) du Rapport d'information n° 2925 préc., t. 1, p. 123.

(28) Lors des auditions préalables à la rédaction de ce rapport, M. Philippe Nugue, membre du Conseil national des barreaux, estimait que l'on pourrait penser à un code des procédures de sanction commun à toutes les autorités administratives qui disposent de ce pouvoir.

(29) Un tel organe commun a plusieurs régulateurs a déjà été mis en place au niveau communautaire par les articles 58 et suivants des règlements n° 1093/2010, 1094/2010 et 1095/2010 instaurant un comité de recours commun à l'Autorité européenne des marchés financiers, à l'Autorité bancaire européenne et à l'Autorité européenne des assurances et des pensions européennes. Ce comité a compétence pour

21. – Les principes déontologiques applicables aux autorités administratives préciseraient notamment que leurs agents accomplissent leur mission avec conscience, loyauté, objectivité, indépendance et impartialité et évitent de se trouver confrontés à une circonstance pouvant en faire douter, qu'ils révèlent tout conflit d'intérêts, et qu'ils ne s'immiscent pas dans la gestion interne des personnes contrôlées. Il pourrait aussi y être rappelé l'obligation de secret professionnel qui s'impose à tout agent d'une autorité régulatrice et y être prescrit l'obligation de prendre toutes mesures pour éviter que ne soient divulguées, lors d'une procédure, des informations relevant du secret des affaires, du secret professionnel ou de l'intimité de la vie privée d'une personne.

Proposition n° 4

Adopter un code de déontologie commun rappelant les principes devant être respectés par les agents de l'autorité tout au long des procédures de sanction et notamment le principe de loyauté, en en donnant des exemples de mise en œuvre pratique (sélection impartiale des pièces versées au dossier, examen objectif de toute demande d'acte, etc.).

Proposition n° 5

Instaurer un déontologue-conseiller auditeur commun chargé de se prononcer sur le respect des principes figurant dans le code de déontologie.

3/ Concilier l'impartialité subjective avec l'expression publique des régulateurs

22. – S'agissant de l'expression publique des autorités administratives, certaines dérives ont pu être déplorées. On se souvient par exemple du commentaire, lors d'une conférence publique au Fordham Law Institute de

statuer sur les contestations pouvant être formées quant à la conformité des décisions de ces autorités avec le droit communautaire, ses propres décisions étant ensuite susceptibles d'être contestées devant la Cour de justice de l'Union européenne.

New York, sur une affaire pendante devant le Conseil de la concurrence par le vice-président de cette autorité³⁰ ou encore la révélation d'irrégularités dans un rapport public de la Cour des comptes avant qu'une décision ne soit rendue sur la question³¹.

23. – Ces prises de position ont pour conséquence de placer les personnes mises en cause dans une situation de complète rupture d'égalité des armes, particulièrement préjudiciable en cas de recours contre la décision intervenue : alors que le débat public est préempté par l'autorité, le mis en cause demeure pour sa part tenu d'observer le silence afin d'éviter une polémique publique indisposant les juges ayant à connaître de l'affaire. Au-delà de ces conséquences pratiques, on peut légitimement se demander s'il est dans les prérogatives d'une autorité impartiale de se livrer à une communication par nature hautement préjudiciable aux justiciables concernés par le biais de communiqués de presse, d'interviews détaillées, de commentaires, qui stigmatisent les acteurs du dossier. En pareil cas, la perception de l'autorité est inévitablement celle d'une partie ou d'un procureur.

24. – Ces dérives sont d'autant plus condamnables que les autorités régulières sont soumises, de par leur statut administratif, à une obligation de réserve. C'est donc au double visa des règles du procès équitable et de l'obligation de réserve qui s'imposent aux administrations, qu'il apparaît urgent d'adopter des règles communes de communication pour les autorités dans le cadre de leurs fonctions répressives, précisant les modalités adéquates d'expression publique qui concilient la nécessité de l'information du public avec la retenue inhérente à une autorité administrative impartiale.

(30) L'argument du manque d'impartialité ne prospéra cependant pas, les propos en cause ne traduisant selon la cour d'appel aucun parti pris, même si les conseillers parisiens estimèrent cette prise de position « *regrettable* » : CA Paris, 15 juin 1999, pourvoi rejeté par Cass. com., 20 mai 2000, n° 99-17.038.

(31) CE. Ass., 23 févr. 2000, *Société Labor Métal*, req. n° 195715. Dans une autre affaire, le Conseil d'État a annulé la sanction prononcée par le conseil fédéral de la Fédération française de Football à l'encontre d'un dirigeant de club car le président du conseil fédéral avait antérieurement pris parti dans cette affaire lors d'un entretien avec la presse (CE 27 oct. 1999, *Fédération Française de Football*, req. n° 196251).

25. – Une première approche, radicale, pourrait consister à interdire aux régulateurs toute communication sur des dossiers particuliers. Cette option semble peu adaptée dans la mesure où l'efficacité de leurs actions suppose une visibilité dont les prises de paroles publiques constituent un vecteur essentiel. L'alternative à cette interdiction de principe consiste à restreindre les communications à une description factuelle des dossiers et, le cas échéant, de la décision retenue, à l'exclusion de tout commentaire triomphaliste ou inutilement moralisateur à l'égard des justiciables. Cette option ménagerait ainsi un espace de liberté aux autorités administratives tout en garantissant que l'usage de cette liberté n'excède pas la réserve d'une autorité impartiale. À cet égard, on relèvera avec intérêt que la Cour de justice des Communautés européennes a su, au cours de la décennie écoulée, mettre en place une communication de grande qualité sur la portée de ses arrêts pourtant souvent complexes, en améliorant ainsi l'information du public, tout en respectant l'obligation de réserve qui lui incombe.

Proposition n° 6

Adopter des règles communes de communication sur les procédures de sanction, précisant notamment que les prises de position publiques sur une affaire doivent se limiter à une description factuelle du dossier et, le cas échéant, de la décision adoptée.

4/ Protéger l'indépendance des membres de l'autorité

26. – La question de l'indépendance du juge est essentielle au regard de l'impératif d'impartialité de l'organe de jugement en ce qu'elle est également déterminante de la perception que les justiciables se font de cet organe. Dans son acception la plus large, l'indépendance doit exister « à l'égard de l'exécutif comme à l'égard des parties en cause »³². L'indépendance à l'égard des parties ayant été abordée au titre de l'impartialité,

(32) CEDH 23 juin 1981, *Le Compte, Va Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A n° 43, § 55.

reste donc à considérer l'indépendance dans un sens étroit, à savoir l'indépendance du tribunal à l'égard de l'exécutif. Dans cette perspective, la Cour de Strasbourg a assurément fait œuvre didactique dans l'affaire *Langborger* en précisant que pour juger de l'indépendance à l'égard de l'exécutif, il convenait « *de prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance* »³³.

27. – Les recommandations qui peuvent être tirées de cette jurisprudence sont ainsi déjà tracées, du moins en partie. C'est donc sans surprise que nous appuyons les propositions exprimées par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation au titre de la fortification de l'indépendance des collèges et des services des autorités administratives³⁴. Ces recommandations ont été du reste peu ou prou reprises par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques au titre des propositions visant à assurer l'indépendance organique des autorités administratives. Le Comité recommande essentiellement d'améliorer la légitimité et la représentativité des collègues (Recommandation n° 12)³⁵ et d'améliorer le fonctionne-

(33) CEDH 22 juin 1989, *Langborger c/ Suède*, série A, n° 155, § 32.

(34) (i) « *Prévoir que les membres des AAI ne peuvent effectuer qu'un mandat d'une durée de six ans et que le collègue est renouvelé par tiers tous les deux ans* » (Recommandation n° 22), (ii) « *Appliquer aux membres des AAI un régime d'incompatibilité visant l'exercice de fonctions ou la détention d'intérêts au sein d'organismes qui pourraient être concernés par l'activité de l'autorité et la participation aux activités de l'autorité qui concerneraient des organismes au sein desquels les membres auraient exercé des fonctions ou détenu des intérêts* » (Recommandation n° 23), (iii) « *Soumettre la nomination de personnalités qualifiées au sein du collège d'une AAI à des exigences de compétence en rapport direct avec le domaine d'intervention de l'autorité* » (Recommandation n° 24), « *Prévoir la définition par chaque AAI d'incompatibilités a posteriori, relatives aux responsabilités auxquelles peuvent accéder les anciens membres du collège* » (Recommandation n° 25).

(35) « **Recommandation n° 12 : Améliorer la légitimité et la représentativité des collègues.** (i) – *assurer un meilleur équilibre entre les pouvoirs du Gouvernement et du Parlement dans la désignation des membres du collège des AAI ; prévoir notamment pour toutes les AAI une désignation de leur président à la majorité qualifiée des trois cinquièmes des membres des commissions compétentes des deux Assemblées ; permettre dans chaque collège la nomination d'au moins une personnalité qualifiée par les présidents de chaque Assemblée ;* (ii) – *assurer les conditions d'un bon fonctionnement des*

ment des collèges (Recommandation n° 13)³⁶. Ces recommandations sont complétées par d'autres propositions visant à asseoir l'indépendance fonctionnelle des autorités³⁷.

B — Garantir l'impartialité objective des organes de sanctions

28. – La démarche visant à établir l'impartialité objective d'une autorité sanctionnatrice consiste « à rechercher s'il [existe] des garanties suffisantes [d'impartialité] pour exclure à cet égard tout doute légitime »³⁸. Dans

collèges, la collégialité étant considérée comme un gage d'indépendance ; doter en particulier chaque AAI d'un collège proportionné à sa taille ; en contrepartie, instaurer des règles de quorum, avec démission d'office en cas d'absence répétée non justifiée ; (iii) – préconiser que, compte tenu de l'importance du choix des présidents des collèges, des dispositions de nature législatives établissent précisément les caractéristiques des personnes appelées à présider ou à siéger dans les collèges ; (iv) – assurer dans la composition des collèges la représentation équilibrée de la diversité des points de vue et des expériences professionnelles ; instaurer pour ce faire un mécanisme de désignation de certains membres des collèges par le Conseil économique, social et environnemental ».

(36) « Recommandation n° 13 : **Améliorer le fonctionnement des collèges (i)** – assurer dans les dispositions législatives créant les AAI l'irrévocabilité des fonctions de président, sauf empêchement défini par décret en Conseil d'État ; **(ii)** – généraliser – sauf exception justifiée – les mandats non renouvelables et jouissant d'une durée suffisante (5 à 7 ans) ; **(iii)** – prévoir dans les dispositions législatives créant les AAI un régime d'incompatibilité des membres du collège qui garantisse leur indépendance ; compléter ces dispositions législatives par des dispositions d'application à prendre par chaque AAI pour assurer le respect de règles strictes en matière de déontologie, tant pour les membres du collège que pour les personnels des services ; assujettir en particulier les membres des collèges des AAI de régulation économique à une obligation de déclaration de patrimoine en début et en fin de mandat ; **(iv)** – adapter la notion de membres des collèges à temps plein ou à temps partiel aux besoins des autorités ».

(37) « Recommandation n° 15 : **Assurer un financement pérenne des AAI. (i)** – veiller à ce que, lors de leurs auditions régulières par les commissions permanentes des Assemblées (présentation du rapport annuel et examen du projet de loi de finances), les moyens financiers et humains des AAI soient assurés au regard des missions qui leur sont confiées ; **(ii)** – envisager, quand cela est possible, le financement des AAI par une contribution dont la charge serait supportée par le secteur régulé en contrepartie des services ainsi rendus ».

(38) CEDH 1^{er} oct. 1982, *Piersack c/ Belgique*, req. n° 8692/79, § 30 ; CEDH 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, série A, n° 86, § 24.

cette approche, le facteur déterminant est celui de l'apparence : indépendamment de l'attitude personnelle de ses membres, il est nécessaire de contrôler si « *certaines faits vérifiables autorisent à mettre en doute [l'] impartialité* »³⁹ du juge. Pour ce faire, il convient de vérifier si, en apparence, le justiciable peut avoir des raisons de douter de l'impartialité d'une juridiction⁴⁰ : « *Un simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal* »⁴¹.

29. – La nécessité de lever tout doute quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'organe de sanction commande d'opérer une distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction au sein de l'autorité régulatrice. Cette exigence de distinction des fonctions a notamment été illustrée par une jurisprudence remarquable de la Cour européenne concernant la Commission Bancaire⁴². Peu avant son absorption par l'ACP, cette dernière avait connu un certain revers avec la décision *Dubus* de la Cour européenne qui condamnait la France en raison de la méconnaissance du principe d'impartialité du juge par l'organe de sanctions du régulateur bancaire. Dans cette affaire, la Cour européenne avait précisé de manière très ferme les exigences du droit à un tribunal impartial en jugeant que la « *confusion des rôles* » qui résultait de l'absence de « *distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction* » avait conduit à une violation de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Grâce à ce rappel à l'ordre, ce défaut a pu être corrigé par l'ordonnance du 21 janvier 2010 qui instaura une nouvelle procédure devant l'ACP, calquée sur le modèle de l'AMF et distinguant clairement l'organe en charge des poursuites de celui de jugement.

30. – Dans le même sens, le 2 décembre 2011, le Conseil constitutionnel, répondant à une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la compatibilité avec notre norme fondamentale de l'ancien article L. 613-1 du code monétaire et financier, sur lequel était fondé le pouvoir de sanc-

(39) CEDH 27 sept. 2009, *Merigaud c/ France*, req. n° 32976/04, § 75.

(40) CEDH 27 août 2002, *Didier c/ France*, req. n° 58188/00, § 2 ; CEDH, *Merigaud c/ France*, § 75.

(41) CEDH 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, série A, n° 326.

(42) CEDH 11 juin 2009, *Dubus SA c/ France*, req. n° 5242/04, § 57.

tion de la Commission bancaire, décida que la procédure devant ce régulateur était contraire à la Constitution en ce qu'elle n'organisait pas la séparation des fonctions de poursuites et de jugement⁴³. Bien entendu, il ne fait guère de doute que la même question concernant d'autres autorités, pourrait le cas échéant donner lieu à la même réponse. Il est donc indispensable que la séparation des pouvoirs soit prévue au sein de toutes les autorités régulatrices dotées de prérogatives punitives, faute de quoi l'exercice de celles-ci deviendrait impossible.

31. – Dans cette perspective, plusieurs pistes de réflexion peuvent être envisagées afin de garantir l'impartialité objective des autorités de régulation dans leur fonction répressive.

1/ Assurer la distinction entre les fonctions de jugement et de poursuite

32. – L'impératif d'un organe de jugement distinct, disposant de moyens de fonctionnement et de compétences de nature à garantir son indépendance, a vocation à prendre place au premier rang des principes régissant les autorités administratives, dès lors que celles-ci détiennent un pouvoir de sanction. À ce titre, l'organisation de l'AMF avec un collège en charge des poursuites et une commission des sanctions rendant les décisions, s'est imposée au fil des réflexions comme un modèle évident.

33. – Malgré les réticences exprimées par certains qui pensent notamment que cette séparation ne serait pertinente que pour les autorités dotées d'un pouvoir réglementaire ou atteignant une certaine taille⁴⁴, la généralisation d'un organe de sanctions distinct paraît désormais devoir être pré-

(43) Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011/200 QPC : « *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* ».

(44) M.-A. Frisson-Laroche, *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes*, préc., § 9.1.15 ; Rapport d'information n° 404, préc. ; Rapport d'information n° 2925, préc.

conisée sans réserve aucune, afin précisément d'élargir et d'approfondir l'adhésion du corps social à la régulation indépendante. Les termes de la jurisprudence *Dubus SA c/ France* ne laissent du reste subsister aucun doute quant à sa portée, la Cour européenne ayant imposé l'obligation d'une délimitation claire et lisible des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement. Bien que l'on puisse imaginer une séparation fonctionnelle, il semble qu'une séparation organique de ces fonctions, mieux à même de lever tout doute quant à l'impartialité des juges et d'éviter toute confusion quant au rôle de chaque personne intervenant dans la procédure et donc tout risque de violation des principes du procès équitable, soit à préférer. Le législateur français, tirant conséquences de cette jurisprudence a d'ailleurs lui-même choisi de dissiper toute discussion en instaurant un collège de sanction distinct des services de poursuite. Tel est d'ores et déjà le cas de l'AMF, de l'ACP, de la CRE, ou encore de l'ARJEL. Bien évidemment, cette séparation doit s'accompagner de la dévolution à l'organe de sanction des moyens propres à lui assurer un fonctionnement indépendant.

Proposition n° 7

Séparer clairement les fonctions de jugement de celles d'enquête et de poursuite, notamment par la généralisation d'un organe de sanctions structurellement distinct de celui en charge des poursuites, et mettre en œuvre les moyens financiers et humains permettant de rendre cette séparation effective.

2/ Exclure le rapporteur du délibéré de l'organe de sanctions

34. – Corollaire de l'instauration d'un organe de jugement organiquement indépendant, la séparation claire des fonctions d'instruction et de jugement est également souhaitable. Cette proposition avait déjà été formulée par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques dans son rapport d'information⁴⁵. Le Comité distinguait entre deux modes opéra-

(45) Recommandation n° 17 du Rapport d'information n° 2925, préc., t. 1, p. 123 : « assurer la séparation des fonctions d'instruction et de jugement ».

toires : (i) la « *séparation fonctionnelle entre les services – avec éventuellement un rapporteur général indépendant – qui mènent l’instruction, et le collègue, qui prononce la sanction (Autorité de la concurrence, ARCEP, CSA) » ; et (ii) la « *séparation organique avec les services sous la responsabilité du collègue qui dirigent l’instruction et une commission des sanctions indépendante du collègue qui prononce la sanction (AMF, CRE) »⁴⁶ sans prendre position en faveur de l’un ou de l’autre.**

35. – La question de la séparation des fonctions d’instruction et de jugement s’est posée s’agissant de la présence et du rôle du rapporteur au délibéré, une question comparable se posant à propos du commissaire du Gouvernement. Par principe, le Gouvernement ne dispose pas d’autorité au sens strict du terme à l’égard des régulateurs, en tout cas pas de pouvoir hiérarchique et pas de pouvoir de tutelle. Il se voit néanmoins octroyer la possibilité d’être plus ou moins présent dans le fonctionnement même des autorités et ainsi de faire apparaître ses propres vues sur les affaires que ces autorités ont à examiner. Cette possibilité se concrétise juridiquement par l’existence d’un commissaire du Gouvernement auprès de l’autorité, prévue par les textes dans une dizaine de cas, essentiellement dans les secteurs économiques et financiers⁴⁷. Les pouvoirs de ces commissaires du Gouvernement sont variables mais en tout état de cause, ceux-ci ne doivent prendre aucune part au délibéré de l’organe de jugement.

36. – Quant à la participation du rapporteur aux décisions individuelles prises par les régulateurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme est parfaitement claire. Il a en effet été jugé qu’un rapporteur chargé de l’instruction d’une affaire ne peut participer au délibéré que (i) s’il n’a pas le pouvoir de saisir l’autorité chargée de prononcer des sanctions, (ii) s’il ne participe pas à la formulation des griefs et (iii) s’il n’a pas le pouvoir de classer l’affaire ou d’élargir le cadre de la saisine⁴⁸. Autrement dit, son intervention ne doit pas être de nature à jeter un doute

(46) Rapport d’information n° 2925, préc., t. 1, p. 118.

(47) Pour une liste complète, V. Annexe n° 7 (*Caractéristiques des collèges des AAI*) du Rapport d’information n° 2925, préc., t. 1, p. 230 et s.

(48) CEDH 27 août 2002, *Didier c/ France*, req. n° 58188/00, § 2.

dans l'esprit du justiciable quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'organe de sanction. Avant même cette décision de principe de la Cour européenne, le Conseil de la concurrence avait lui-même eu à connaître d'une hypothèse où était mise en cause la communication par le rapporteur d'un « *projet de notification de griefs* » à un membre du collège. Dans sa décision du 9 mai 2001, le Conseil avait condamné, au nom de l'exigence d'impartialité, cette communication pour avis émanant de l'organe d'instruction. La Cour de cassation retient également le principe d'une séparation claire des fonctions d'instruction et de jugement. Ainsi a-t-elle jugé par exemple dans le cadre d'une procédure devant le Conseil de la concurrence, que la présence du rapporteur lors du délibéré, serait-ce sans voix délibérative, violait l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que ce dernier avait procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits⁴⁹.

L'application rigoureuse de ces solutions jurisprudentielles est d'autant plus cruciale que l'on pourrait assister à la généralisation du commissaire du Gouvernement dans chaque autorité administrative⁵⁰, même si récemment, le Gouvernement a dû renoncer à un tel projet au sein de l'ARCEP, suite à sa dénonciation par la Commission européenne et sous la menace de poursuites devant la CJUE⁵¹.

37. – Il conviendrait en conséquence de généraliser à toutes les autorités le principe selon lequel ni le commissaire du gouvernement, ni le rapporteur ne peuvent participer au délibéré. Cette solution semble là encore la mieux à même d'assurer, quel que soit le rôle effectivement joué par le rapporteur, le respect des principes du procès équitable. À cet égard, pourrait être dressée une liste exhaustive des personnes qui, à l'issue des débats, doivent se retirer pour délibérer.

(49) Cass. com., 5 oct. 1999, n° 97-15.836.

(50) V. Recommandation n° 14 du Rapport d'information n° 2925, préc., t. 1, p. 100 : « *Généraliser, sauf exception justifiée, la présence d'un commissaire du Gouvernement dans chaque AA* ».

(51) V. sur ce point le communiqué de l'ARCEP disponible à l'adresse : <http://www.arcep.fr/index.php?id=10750>.

Proposition n° 8

Interdire au rapporteur et, lorsqu'il en a été désigné un, au commissaire du gouvernement, de prendre part au délibéré de l'organe de sanctions et préciser que seuls les membres de l'organe de sanctions peuvent y prendre part.

3/ Assurer la neutralité de l'instruction

38. – La réalisation d'une enquête conduit les agents qui en sont chargés à développer une conviction quant à la responsabilité de la personne mise en cause, laquelle peut les conduire à préconiser la poursuite de la procédure ou, à l'inverse, le classement de l'affaire. Il serait souhaitable que cette opinion personnelle ne soit pas transmise à l'organe en charge de l'instruction, afin de s'assurer que celle-ci soit menée de façon équilibrée, non biaisée et en toute impartialité.

39. – Au sein de la plupart des autorités administratives, il peut arriver de surcroît que le rapporteur fasse appel aux services d'enquête pour mener ses propres investigations. Cet état de fait s'avère d'autant plus insatisfaisant que devant certaines autorités, l'instruction est réduite à sa plus simple expression. Le poids de l'enquête et donc, de l'opinion des enquêteurs, risque d'être prépondérant au moment du jugement.

40. – Par conséquent, il serait souhaitable de garantir des moyens propres au rapporteur et de s'assurer à tout le moins que, dans l'hypothèse où il devrait être fait appel à des agents du service d'enquête, ceux-ci n'influencent pas l'instruction par leurs préjugés. Il pourrait notamment être prévu qu'un agent ayant eu à intervenir au cours d'une enquête ne peut par la suite collaborer à l'instruction de la même affaire et, afin de s'en assurer, que tout échange entre le rapporteur et le service en charge des enquêtes doit être formalisé par un écrit versé au dossier.

41. – Malgré la conduite d'une instruction impartiale, l'enquête conservera une importance capitale dans le déroulement de la procédure. C'est pourquoi, le service d'enquête doit faire l'objet d'une responsabilisation accrue.

Il importe à cet égard que le rapport d'enquête soit signé par l'enquêteur ayant dirigé la mission chaque fois qu'il en existe un, ce qui permettrait aux intéressés d'avoir un interlocuteur privilégié parmi les enquêteurs au moment de l'instruction et du jugement de l'affaire. En l'état actuel, l'impossibilité d'identifier formellement l'auteur du rapport d'enquête faute de signature est de nature à fragiliser les droits de la défense⁵².

Proposition n° 9

Renforcer l'autonomie de l'instruction à l'égard du service des enquêtes, notamment en imposant que les demandes de l'instructeur à ce service, de même que les réponses, fassent l'objet d'un écrit versé au dossier.

4/ Encadrer le pouvoir d'auto-saisine des autorités régulatrices

42. – La plupart des autorités administratives peuvent s'autosaisir dans l'hypothèse où elles viendraient à avoir connaissance de faits laissant penser qu'une infraction entrant dans leur champ de compétence a été commise⁵³, pouvoir extraordinaire dont ne disposent normalement pas les juridictions. Bien que cette prérogative soit légitime en ce qui concerne les régulateurs, il n'en demeure pas moins qu'« *elle peut poser des problèmes au regard de l'impartialité* »⁵⁴. La mise en œuvre de cette faculté est en effet susceptible d'être perçue comme signe d'un préjugé de la part de l'autorité puisqu'elle a décidé d'agir.

43. – Au regard de cet enjeu, il est indispensable que soient définies des modalités d'exercice de l'auto-saisine compatibles avec les exigences d'impartialité issues de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'État a eu

(52) V. *infra*.

(53) Par exemple, en cas de détection par les services de surveillance de l'autorité, ou encore dans l'hypothèse où de tels faits seraient portés à la connaissance de l'autorité par un tiers.

(54) M.-A. Frisson-Laroche, *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes*, préc., § 10.1.1.

l'occasion de se prononcer sur ce sujet dans l'affaire *Société Habib Bank limited*⁵⁵. Après avoir considéré que la possibilité conférée à une juridiction ou à un organisme administratif, qui peut être qualifié de tribunal au sens de l'article 6, « *de se saisir de son propre mouvement d'affaires qui entrent dans le domaine de compétence qui lui est attribué n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès énoncée par ces stipulations* », il a jugé que l'acte par lequel ce tribunal décide de se saisir de certains faits « *ne saurait, sous peine d'irrégularité de la décision à rendre, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu* ». Ce faisant, le Conseil d'État a sauvé ce pouvoir nécessaire d'auto-saisine en affirmant qu'il suffit que l'acte d'ouverture de la procédure ne traduise pas un sentiment déjà constitué à propos de la situation examinée.

44. – Tirant les leçons de cette position du Conseil d'État, l'Office parlementaire d'évaluation de la législation avait du reste indiqué en son temps que « *l'acte d'ouverture de la procédure [devait] par conséquent faire apparaître avec précision les faits et, le cas échéant, la qualification qu'ils pourraient recevoir, mais ne [devait] porter aucune appréciation laissant à penser que le "procès" a déjà eu lieu* »⁵⁶. Nous ne saurions que trop appuyer cette recommandation qui pourrait trouver aisément sa place dans une charte de déontologie des autorités régulatrices. Afin de garantir l'absence de parti pris initial de la part du régulateur, il pourrait être utile d'exiger une motivation objective de la décision d'ouverture de l'enquête. Par exemple, dans l'hypothèse où des investigations seraient déclenchées en matière boursière concernant l'évolution du cours d'un instrument financier, la décision du Secrétaire général de l'AMF pourrait faire état des constatations ayant emporté cette décision.

Proposition n° 10

Encadrer le pouvoir d'auto-saisine des autorités régulatrices, notamment par une motivation objective de la décision d'ouvrir une enquête.

(55) Dans l'arrêt du 20 oct. 2000, *Société Habib Bank limited*, à propos des actes d'auto-saisine de la Commission bancaire.

(56) Rapport n° 404, préc., t. 1, p. 85.

II — Légalité et sécurité juridique

A — Affirmer l'application du principe de légalité des délits et des peines

45. – Le principe de légalité des délits et des peines est notamment consacré par l'article 7-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 88-248 du 17 janvier 1989 a précisé que ce principe s'appliquait pour les peines prononcées par les juridictions répressives et pour toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle. Le Conseil d'État en fait d'ailleurs application même si le texte répressif n'est pas une loi mais un règlement pouvant conduire au prononcé d'une sanction administrative⁵⁷. Il considère cependant, tout comme l'AMF, que le principe est respecté lorsque la définition de la faute découle de la référence aux obligations auxquelles un professionnel est soumis en vertu des lois et règlements⁵⁸.

46. – La sécurité juridique implique toutefois une certaine prévisibilité des mesures prononcées et il semble à cet égard opportun de souligner, par exemple dans la charte de déontologie, qu'une personne ne devrait pas pouvoir être sanctionnée pour ne pas avoir respecté des obligations professionnelles qui lui sont a posteriori jugées applicables en raison de son activité de fait, hors le cas bien entendu d'une volonté frauduleuse avérée.

47. – Plus généralement, il apparaît utile de réaffirmer avec force la nécessité du principe de légalité, lequel implique notamment que la faute retenue par l'autorité corresponde à un manquement défini de façon suffisamment claire et précise et ne résulte pas d'une interprétation trop extensive de l'organe de jugement. Il serait en particulier pertinent de rappeler que cet or-

(57) CE, ass. plén., 7 juill. 2004, *Benkerrou*.

(58) AMF, Commission des sanctions, 21 juin 2007, *AAZ Finances*.

gane, bien qu'il ait vocation à éclairer les textes par ses décisions et malgré l'effet préventif des sanctions prononcées, ne doit former son jugement qu'en fonction des faits de l'espèce et des normes qui leur étaient applicables au moment du contrôle ou de l'enquête, et non dans un objectif plus général d'orientation de la réglementation.

Proposition n° 11

Réaffirmer le principe de légalité des délits et des peines et son applicabilité aux sanctions administratives, en rappelant que la faute éventuellement retenue par l'organe de sanction doit correspondre à un manquement défini par les textes applicables à l'espèce de façon suffisamment précise et en généralisant l'adoption d'exigences renforcées quant aux standards de la preuve.

B — Mieux assurer la sécurité juridique en distinguant les différentes procédures

48. – Comme il fut rappelé, toutes les garanties du procès équitable n'ont pas à être respectées lors de la procédure de sanction devant une autorité administrative dès lors qu'un recours de pleine juridiction est possible devant une juridiction soumise pour sa part à toutes ces garanties. Il conviendrait donc de définir clairement pour chaque stade d'une procédure, l'applicabilité des garanties dites « différées », c'est-à-dire celles qui, dans certains cas, peuvent ne pas être applicables devant le régulateur. À cet égard, il pourrait être pertinent de reprendre un schéma qui existe déjà dans notre droit pour les administrations. Ainsi, s'il s'agit d'un contrôle sur pièces, le respect des garanties immédiates peut paraître suffisant puisqu'il s'agit de veiller au respect des obligations professionnelles légales ou réglementaires. À l'inverse, s'il s'agit d'une enquête ou d'un contrôle sur place, le respect des garanties immédiates et différées est nécessaire à l'instar de ce qui se passe en matière pénale.

49. – Il pourrait donc être utile d'introduire une distinction claire entre les différents types d'intervention des agents d'une autorité administrative en po-

sant des règles propres pour le contrôle sur pièces, le contrôle sur place, l'enquête et les investigations menées sous le contrôle de l'Autorité judiciaire.

C — Garantir le respect du principe *non bis in idem*

50. – L'article 4 du Protocole additionnel n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit de poursuivre ou de sanctionner une personne en raison de faits ayant déjà donné lieu à une décision définitive. Ce même principe se retrouve à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Or, certains manquements administratifs sont également constitutifs d'infractions pouvant entraîner une condamnation pénale. Le Conseil constitutionnel a approuvé ce dispositif sous réserve du respect du principe de proportionnalité qui exige que le montant global des sanctions prononcées n'exède pas la plus élevée des sanctions encourues⁵⁹. C'est donc logiquement que la Cour de cassation, saisie sur ce point d'une question prioritaire de constitutionnalité, a rejeté la demande⁶⁰.

51. – Reste que la question de la conformité de ce cumul avec les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales semble plus incertaine. En effet, la réserve de la France selon laquelle l'article 4 du protocole n° 7 qui consacre la règle *non bis in idem* ne trouve à s'appliquer que pour les tribunaux statuant en matière pénale, ne semble pouvoir produire l'effet escompté : non seulement elle ne présente pas les conditions de précision exigées par la Convention, mais encore elle a été émise à une époque où la plupart des dispositions fondant les pouvoirs de sanction actuellement dévolus aux autorités administratives françaises n'avaient pas encore été adoptées et ne pouvaient dès lors, comme l'exige là encore la Convention, être visées par la réserve. Du reste, nombre d'auteurs autorisés ont exprimé leur réserve

(59) Art. L. 621-16 du code monétaire et financier.

(60) Cass., ass. plén., 8 juill. 2010, n° 09-71.252 ; pour un rejet du moyen tiré du principe *non bis in idem*, V. Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-10.965.

quant à la solidité juridique de la position française⁶¹. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs eu l'occasion dans un arrêt *Franz Fischer c/ Autriche* du 29 mai 2001⁶², de condamner l'Autriche pour violation de la règle *non bis in idem* en raison du cumul d'une procédure pénale avec une procédure de sanction administrative alors même que l'Autriche avait formulé une réserve similaire à celle de la France, solution réaffirmée plus récemment dans une affaire *Zolotoukhine c/ Russie*⁶³. Un tel cumul pourrait également s'avérer contraire à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne susmentionnée, ce qu'une question préjudicielle pourrait le cas échéant conduire à établir. On notera d'ailleurs, concernant l'application de cet article aux autorités administratives, que la directive Abus de marché fait référence à cette charte et que le projet de directive sur les sanctions pénales relatives aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché présenté le 20 octobre 2011 par la Commission européenne renvoie expressément à son article 50.

52. – Il semble donc nécessaire d'affirmer, par la voie légale, que ce principe prohibe tout cumul de poursuites et/ou de sanctions et que, dès lors qu'une décision a été rendue quant à des faits susceptibles de revêtir une double qualification, plus aucune action n'est possible en raison de ces faits.

Proposition n° 12

Prohiber par voie légale le cumul des poursuites et des sanctions concernant des faits identiques ou substantiellement similaires.

(61) G. Cohen-Jonathan, « Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux », *RGDIP* 1996. 915 ; S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation (qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », in *Mél. Terré*, p. 761, et spéc. p. 771 ; *Rev. sc. crim.* 1996. 487 ; H. Le Nabasque, « La règle “non bis in idem” et les abus de marché, *RD banc. fin.* nov.-déc. 2010, repère 6.

(62) CEDH 29 mai 2001, *Franz Fischer c/ Autriche* ; CJCE 6 juin 2002, *Sailer c/ Autriche* ; CEDH 30 mai 2002, *WF c/ Autriche*.

(63) CEDH 10 févr. 2009, *Zolotoukhine c/ Russie*, n° 14939/03.

D — Clarifier et harmoniser les délais de prescription

53. – La sécurité juridique des personnes placées sous l'autorité des régulateurs exige que les règles de la prescription soient clairement posées. À cet égard, il paraît difficile de comprendre les raisons pour lesquelles les délais de prescriptions seraient plus longs pour certains manquements administratifs que pour les délits pénaux correspondants. Il semble également utile de clarifier les règles applicables en matière de suspension et d'interruption de la computation du délai de prescription en reprenant les principes applicables à la matière pénale, tels qu'éclairés par la jurisprudence de la Cour de cassation.

54. – Ainsi, il pourrait être prévu que les manquements administratifs susceptibles de donner lieu au prononcé d'une sanction par une autorité régulatrice sont prescrits par l'écoulement d'un délai de trois années à compter de la commission des faits s'il s'agit d'un manquement instantané comme par exemple, la réalisation d'une opération d'initié, ou de la cessation des faits s'il s'agit d'un manquement continu comme par exemple le défaut de conformité d'un établissement de crédit aux exigences qui lui sont applicables en matière de contrôle interne⁶⁴.

Proposition n° 13

Uniformiser les délais de prescription des poursuites en le fixant à trois années à compter de la commission des faits (manquement instantané) ou de la cessation des faits (manquement continu), le point de départ du délai pouvant être reporté au jour où l'infraction a pu être constatée.

(64) Contrairement à la solution retenue en matière pénale, il semble qu'en matière administrative, le point de départ du délai de prescription n'ait pas à être reporté au jour où l'infraction a pu être décelée. Ainsi en a décidé la Commission des sanctions de l'AMF (AMF, Commission des sanctions, 19 avril 2012, Caisse d'Épargne et de prévoyance Île-de-France, Caisse d'Épargne et de prévoyance Normandie, Caisse d'Épargne et de prévoyance Provence Alpes Corse, Caisse d'Épargne et de prévoyance Loire Drôme Ardèche et société X venant aux droits de la société Écureuil Gestion) tout en relevant cependant que le régulateur boursier était en mesure de détecter le manquement lors de sa commission.

III — Secret des affaires et secrets protégés par la loi

55. – Le secret des affaires demeure un principe de base de la vie des entreprises. Son importance est d'ailleurs telle qu'une proposition de loi adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012 vise à sanctionner pénalement sa violation⁶⁵. Il ne saurait y être dérogé que dans les cas où la loi le prévoit expressément, en application des pouvoirs confiés aux autorités régulatrices et aux services de l'administration dotés de pouvoirs d'enquête ainsi qu'à l'Autorité judiciaire, dans le cadre du contrôle des opérations ou des procédures dont elles ont la charge. Les membres, les personnels et préposés des autorités administratives ainsi que les experts nommés par elles sont tenus au secret professionnel concernant les faits, les actes et les renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions et les documents et informations obtenus dans le cadre de leur mission⁶⁶.

56. – Il n'en reste pas moins que les personnes soumises au contrôle ou à l'enquête d'une autorité administrative peuvent craindre une divulgation des informations communiquées aux enquêteurs et être réticentes à coopérer pleinement. En particulier, elles peuvent appréhender des transmissions d'informations à l'occasion des investigations menées par l'autorité, notamment, si certaines données se retrouvent incluses dans le dossier consultable par toutes les personnes finalement mises en cause.

57. – Un encadrement spécifique a d'ailleurs été prévu à cet égard en ce qui concerne les enquêtes en matière de concurrence. Il pourrait donc être souhaitable de prévoir un dispositif clair, applicable à toutes les autorités administratives et garantissant le respect du secret des affaires qui pourrait être découvert en cours d'investigations. Il pourrait notamment être précisé que les documents versés au dossier sont expurgés de tout élément relevant du secret des affaires, sauf intérêt direct quant aux investi-

(65) V. sur ce sujet le dossier législatif disponible à l'adresse : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/violation_secret_affaires.asp.

(66) Art. 226-13 du code pénal.

gations menées et à la procédure en cours. Il pourrait également être prévu que tous les documents collectés par les agents de l'autorité doivent être restitués à leur propriétaire à l'issue de la procédure lorsque celui-ci en formule la demande, et que toute copie des éléments autres que ceux sur lesquels la décision s'est fondée doit être détruite sitôt les voies de recours épuisées.

58. – Il peut également arriver que les enquêteurs d'un régulateur se trouvent en présence de documents couverts par un secret légalement protégé et notamment, par la confidentialité des correspondances entre un avocat et son client. En dépit de la position des juridictions françaises sur ce point⁶⁷, il semble nécessaire d'affirmer clairement que cette confidentialité doit pouvoir être opposée efficacement aux agents du régulateur.

Proposition n° 14

Prévoir que les documents saisis, y compris sous forme électronique, doivent être expurgés de tout élément relevant du secret des affaires ou d'un autre secret protégé par la loi, à moins que celui-ci présente un intérêt direct pour les investigations menées ou la procédure en cours, et préciser à cet égard que les correspondances d'avocat ne peuvent en aucun cas être saisies par les agents de l'autorité.

Proposition n° 15

Prévoir que les enquêteurs doivent, sauf exception dûment justifiée, laisser les originaux des documents reçus en copie à la disposition de la personne faisant l'objet de l'enquête ou du contrôle et que l'autorité ne peut conserver que les documents utiles à l'enquête, lesquels doivent, sur simple demande de leurs propriétaires et sauf opposition tenant aux nécessités de la procédure, leur être restitués.

(67) V. par ex. pour une décision récente : Cass. com., 8 mars 2012, n° 10-26.288 où la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt par lequel la Cour d'appel de Paris a refusé d'annuler une procédure de sanction au motif invoqué que les enquêteurs du régulateur avaient saisi et utilisé des correspondances entre un justiciable et son conseil.

PARTIE II

Propositions de règles spécifiques applicables à chaque étape de la procédure

I — Règles spécifiques au stade de l'enquête ou du contrôle

59. – Aux fins de s'assurer du respect par les entités régulées de leurs obligations légales et réglementaires et de caractériser les éventuelles infractions susceptibles de donner lieu à poursuites, les autorités administratives ont été dotées de pouvoirs d'investigations, corollaire indispensable de leur pouvoir de sanction.

60. – On peut, à cet égard distinguer le plus souvent deux types de prérogatives : d'une part, celles qui, en raison de leur caractère coercitif, ne peuvent être mises en œuvre qu'avec l'autorisation et sous le contrôle de l'Autorité judiciaire et qui permettent aux agents de l'autorité d'effectuer des perquisitions et des saisies, et d'autre part, celles qui peuvent être mises en œuvre par les agents du régulateur dès l'ouverture d'une procédure d'enquête, c'est-à-dire pour l'essentiel le droit de visiter des locaux professionnels, de se faire remettre des documents et d'auditionner d'éventuels témoins. Ces pouvoirs, bien que moins contraignants, n'en sont pas moins efficaces. En effet, il est généralement prévu des sanctions pénales à l'encontre des personnes qui, sollicitées par les agents du régulateur, refusent d'apporter leur concours. Cette possibilité de sanction

pénale et l'efficacité qui en découle expliquent que ces prérogatives soient plus utilisées par certaines autorités que celles qui nécessitent de saisir le Juge des libertés et de la détention.

61. – Cette phase d'investigations soulève de délicates interrogations. En effet, bien qu'ils ne soient en principe pas contradictoires, les principes du procès équitable doivent être respectés alors même que l'objectif d'efficacité des autorités de régulation semble exiger de laisser aux enquêteurs une certaine latitude. Un équilibre est donc à trouver en vue duquel plusieurs propositions peuvent être formulées.

A — Cadre de l'enquête

1/ Renforcer l'impartialité et la responsabilisation des enquêteurs

62. – Comme il a été exposé ci-dessus, une exigence d'impartialité tant objective que subjective s'impose tout au long de la procédure de sanction devant une autorité administrative y compris au stade de l'enquête. À cet égard, une séparation stricte entre les fonctions d'enquête et de poursuite doit être prescrite afin que la suite à donner aux investigations soit décidée en toute objectivité et que la personne concernée n'ait pas le sentiment que, dès ce stade, sa cause est entendue.

63. – Mais cet impératif d'objectivité doit également s'imposer dans le choix des enquêteurs. Ceux-ci sont en effet souvent des professionnels qui ont pu avoir, avant d'entrer au service du régulateur, des liens avec l'entité contrôlée. Ainsi par exemple, il arriva à l'occasion qu'un agent de l'ACP menant un contrôle sur un établissement de crédit fut un ancien salarié dudit établissement qu'il avait, au surplus, quitté en mauvais termes. À cet égard, les solutions préconisées ci-avant devront bien entendu s'appliquer aux enquêteurs. En particulier, il devrait être prévu que nul ne peut être désigné pour effectuer une enquête ou un contrôle auprès d'une personne morale au sein de laquelle il a exercé une activité professionnelle au cours des cinq années écoulées. Même au-delà de ce délai, l'agent qui estimerait ne

pas être en mesure de remplir ses fonctions de façon parfaitement objective devrait se récuser.

64. – Bien qu'un droit de récusation *stricto sensu* paraisse difficilement concevable dès la phase d'enquête, la personne faisant l'objet d'investigations doit pouvoir informer l'autorité régulatrice du conflit d'intérêts dans lequel se trouverait un enquêteur et se faire présenter par tout agent auquel elle a affaire une carte d'identité professionnelle comportant une photographie.

65. – Autonomes, les responsables des enquêtes ne doivent en être que plus responsables. Il conviendrait dans ce sens et afin notamment de pouvoir déceler d'éventuels conflits d'intérêts, que la personne visée par l'enquête ait connaissance, non seulement du nom des agents qui la mènent, mais encore, de celui de l'agent qui aura rédigé le rapport transmis à l'autorité de poursuites et qui devrait avoir, comme préconisé ci-dessus, à signer ledit rapport.

2/ Améliorer l'information des personnes sollicitées lors de l'enquête et clarifier le périmètre des investigations

66. – Les conditions permettant le déclenchement d'une enquête ne sont pour l'heure pas précisées. Bien qu'il ne s'agisse que d'une décision administrative ne portant pas en elle-même grief à la personne concernée, la procédure de sanction gagnerait en transparence et donc en crédibilité si les conditions permettant l'ouverture d'investigations étaient précisées. L'information de la personne concernée n'en serait, le moment venu, que meilleure ce qui lui permettrait le cas échéant d'apporter alors les réponses adéquates aux enquêteurs, évitant ainsi au régulateur de prendre de vaines et coûteuses mesures. Il arrive par exemple qu'un mouvement de cours suspect ayant motivé l'ouverture d'une enquête de l'AMF puisse être expliqué sans qu'il soit besoin d'ordonner des mesures lourdes telles que d'importantes remises documentaires. Cette proposition rejoint du reste l'exigence de motivation objective de l'ouverture de l'enquête préconisée ci-dessus.

67. – D'une façon générale, l'information des personnes sollicitées au cours de l'enquête pourrait le plus souvent être améliorée. On peut notamment relever à cet égard que l'ordre de mission n'est généralement pas très précis et fait référence par exemple en matière boursière à l'« information financière délivrée par la société X » depuis une certaine date, ou encore au « mouvement de cours de l'action X ». Cette imprécision empêche le justiciable de protéger efficacement ses droits et de choisir de façon éclairée de participer ou non aux investigations. Impossible pour lui d'appréhender avec justesse l'objet de l'enquête ou d'identifier les actes hors de proportion avec le manquement dont la preuve est recherchée, voire même de déceler des digressions dans les investigations visant à chercher trace d'autres infractions que celle pour laquelle l'enquête a été ordonnée.

68. – Mal informée, la personne sollicitée par les enquêteurs ne peut leur apporter un concours pleinement efficace. Elle ne peut répondre de la façon la plus pertinente aux questions posées. C'est pourquoi, il pourrait être opportun d'imposer par voie réglementaire la rédaction d'un ordre de mission par le secrétaire général de l'autorité ou à tout le moins par le membre de l'autorité en charge des enquêtes. Le contenu de tout ordre de mission devrait aussi être réglementé afin de s'assurer de la présence des informations essentielles (notamment des raisons ayant conduit à l'ouverture de l'enquête) et d'un degré satisfaisant de précision. Outre l'objet détaillé et circonscrit des investigations, l'ordre de mission devrait comprendre l'identité de l'agent responsable de l'enquête ainsi que des personnes qui lui sont adjointes. Mention pourra être portée que le chef de mission peut se faire assister par d'autres agents. Dans l'hypothèse où des personnes autres que des agents du régulateur participent aux investigations, leur qualité de mandataire ainsi que leur identité complète devraient figurer sur l'ordre de mission. Il serait utile d'y ajouter une reconnaissance de leur part qu'ils n'ont pas eu de rapports professionnels avec l'entité contrôlée au cours des cinq années précédentes. Toute méconnaissance de ces obligations par une autorité, si elle porte grief aux droits de la défense, devrait pouvoir entraîner la nullité de l'acte d'enquête concerné et des actes dont il serait le support nécessaire jusqu'à, le cas échéant, une remise en cause de la procédure toute entière.

69. – Bien entendu, toute mesure sans lien avec le périmètre arrêté dans cet ordre de mission ou réalisée par une personne n’y figurant pas serait nulle. Il serait en particulier opportun de préciser qu’aucune information ne peut être recueillie concernant des faits antérieurs à la période visée par l’ordre de mission, sauf à ce que soit établi un rapport direct avec l’objet des investigations, ce qui exclut les éléments dits « de contexte ». Toute modification de l’ordre de mission devrait donner lieu à la rédaction, dans les mêmes conditions, d’un ordre de mission nouveau et copie de cet ordre devrait être remise à toute personne sollicitée.

70. – La bonne information des personnes sollicitées au cours de l’enquête exige également que celles-ci soient clairement informées de leurs droits. Cette information permet bien entendu à la personne concernée d’utiliser et de protéger les droits qui lui sont attribués tant par la Loi ou la Constitution que par les engagements internationaux de la France, mais au-delà, de fixer un cadre clair à l’intervention des enquêteurs, propice à un dialogue serein, loyal et constructif. Il semblerait donc utile d’imposer, chaque fois qu’une mesure d’investigation est menée, la délivrance à la personne concernée, d’un document récapitulatif précisant l’objet et les motifs des investigations, leur cadre procédural avec copie des textes applicables, mais aussi les droits dont cette personne bénéficie et notamment, son droit d’être assistée d’un conseil de son choix ou encore, celui de garder le silence. Ce document serait standardisé et rédigé de façon exhaustive et objective. On notera à cet égard que la Cour européenne des droits de l’homme a consacré dans un arrêt du 14 octobre 2010 le droit de se faire notifier le droit à obtenir l’assistance d’un avocat et de garder le silence⁶⁸. Bien qu’il s’agisse en l’espèce d’une affaire pénale, la solution paraît transposable aux procédures devant les autorités administratives⁶⁹.

(68) CEDH 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*.

(69) Récemment, le Conseil d’État a par exemple reconnu le droit d’être informé de son droit de s’opposer à la visite d’enquêteurs de la CNIL : CE 6 nov. 2009, n° 304300, *Sarl Inter Confort*, JurisData n° 2009-012926, *JCP E* n° 4, 25 janv. 2010. 98, note J.-G. Sorbara.

Proposition n° 16

Imposer l'existence d'un ordre de mission signé, lors de sa rédaction initiale et, le cas échéant, à chacune de ses modifications, par le responsable ayant le pouvoir d'ordonner les enquêtes et les contrôles, et en réglementer le contenu afin qu'il assure une information suffisante de la personne concernée, sur l'identité de l'agent responsable et des personnes qui lui sont adjointes, le cadre de leur intervention, la nature et le périmètre de la mission.

Proposition n° 17

Prévoir, par voie légale, que toute investigation menée sans lien avec le périmètre arrêté par l'ordre de mission ou réalisée par une personne n'y figurant pas est nulle.

Proposition n° 18

Prévoir que toute personne sollicitée à l'occasion d'une mesure d'enquête ou d'instruction doit, dès le premier contact avec les agents de l'autorité, se voir remettre une copie de l'ordre de mission ainsi qu'un document standardisée décrivant ses droits et devoirs ainsi que les prérogatives et obligations desdits agents.

Proposition n° 19

Prévoir que toute intervention au domicile ou dans les locaux professionnels de la personne concernée par l'enquête ou l'instruction doit se matérialiser par un document écrit et suffisamment motivé.

3/ Encadrer les modalités et le formalisme de l'enquête

a) Fixation d'un cadre général de l'enquête

i) Généralisation de l'écrit

71. – Les droits qui doivent être sauvegardés à l'occasion de la mise en œuvre des différentes mesures prises par les enquêteurs ne pourraient être garantis sans qu'il soit dressé, dans un bref délai à l'issue de chacune de ces mesures, un procès-verbal récapitulant les actes réalisés et les

pièces éventuellement recueillies, le déroulé des opérations, la date, le lieu et le fondement, ainsi que les éventuels incidents survenus et permettant au justiciable de reconnaître qu'il a reçu copie des documents qui devaient lui être remis et qu'il a été informé de ses droits et, s'il le souhaite, de formuler les remarques et réserves qui peuvent s'imposer. En cas d'audition, ce procès-verbal revêt une importance particulière en ce qu'il permet à la personne interrogée de s'assurer que ses propos n'ont pas été déformés ou, à tout le moins, mal compris ou mal transcrits. À cet égard, il serait utile de préciser que le procès-verbal doit retranscrire les questions posées par les enquêteurs et non seulement les réponses des personnes entendues⁷⁰.

72. – Ce procès-verbal devrait être signé par les enquêteurs présents ainsi que par la personne sollicitée, laquelle devrait conserver les originaux des documents obtenus par les enquêteurs ainsi qu'une copie du procès-verbal. Il devrait s'agir en cas de visite de locaux professionnels, de la personne présente sur les lieux afin de s'assurer que les observations qu'elle pourrait avoir à formuler ne sont pas éludées.

73. – Aux termes des investigations, il devrait être dressé un rapport d'enquête écrit, constituant une synthèse loyale et complète des éléments recueillis, aussi bien des éléments à charge que des éléments à décharge et indiquant les faits qui, selon les enquêteurs, sont le cas échéant susceptibles de constituer des manquements. Les pièces citées dans ce rapport y seraient toutes annexées et feraient l'objet d'une cotation par ordre chronologique de leur arrivée dans la procédure. Un tel rapport devrait être rédigé quand bien même aucun fait susceptible de constituer un manquement ou de revêtir une qualification pénale n'aurait été constaté. Le rapport serait signé par le chef de mission ainsi que par le secrétaire général ou le rapporteur général de l'autorité et marquerait la fin de la période d'enquête.

(70) La jurisprudence a déjà accepté en effet que tel ne soit pas le cas : CA Paris, 23 mai 2000, *EDF c/ Climespace* où la Cour retient qu'« aucune disposition légale ou réglementaire n'exige la transcription des questions dans les procès-verbaux d'audition ».

Proposition n° 20

Prévoir que toute mesure d'enquête doit être relatée dans un procès-verbal signé par le responsable de l'enquête et la personne concernée, remis en copie à celle-ci et comportant certains éléments obligatoires (date, lieu, nature des constatations opérées, déroulé des opérations, pièces recueillies, éventuels incidents, explications ou observations de la personne concernée et mention de ce que celle-ci a été informée de ses droits).

Proposition n° 21

Prévoir que tout contrôle et toute enquête, même si aucun fait susceptible de constituer des manquements ou une infraction pénale n'est constaté, donne lieu à la rédaction d'un rapport, signé, outre par le chef de mission s'il en a été désigné un, par le responsable ayant le pouvoir d'ordonner les enquêtes et constituant une synthèse complète des éléments recueillis, mentionnant clairement les faits susceptibles de constituer des manquements et accompagné, en annexes, des pièces auxquelles il fait référence.

ii) Réaffirmation du principe de loyauté

74. – Les agents des autorités doivent veiller tout particulièrement à respecter en permanence le principe de loyauté dans la recherche de la preuve. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme a notamment affirmé que l'exigence d'un procès équitable implique une obligation de loyauté dans la recherche policière et judiciaire des preuves⁷¹. Concrètement, ce principe exige que les éléments de preuve ne soient pas recueillis par ruse ou par surprise, mais toujours par des procédés transparents permettant au justiciable de connaître l'objet de la mesure mise en œuvre et la portée de sa coopération. Il ne devrait ainsi, par exemple, pas être organisé d'auditions informelles au cours de visites de lo-

(71) CEDH 6 déc. 1988, *Barbara*, série A, n° 146 ; CEDH 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, JCP 1999. I. 105, n° 38.

caux professionnels sans que les conditions de convocation n'aient été respectées. Il s'agit là d'une façon générale de se comporter, presque d'un état d'esprit que l'agent doit conserver dans chacune de ses actions. C'est pourquoi, il serait sans doute judicieux d'affirmer formellement ce principe essentiel dans la charte de déontologie des autorités.

75. – Mais au-delà du comportement général des agents du régulateur, la question de la sanction de la violation de cette obligation de loyauté a pu donner lieu à des solutions divergentes selon les autorités et les juridictions. C'est pourquoi, il conviendrait de clarifier et d'unifier les solutions en affirmant que tout élément de preuve obtenu de façon déloyale doit être écarté du dossier et que doit corrélativement être annulée toute mesure dont il serait le support nécessaire. Ainsi par exemple, devrait être écarté des débats, comme il fut jugé récemment par la Cour de cassation, tout enregistrement réalisé de façon clandestine⁷².

76. – Le principe de loyauté a pour corollaire la neutralité des enquêteurs à laquelle toute personne sollicitée s'attend et qui doit les conduire à mener leur mission de façon objective et équilibrée, recueillant les éléments à décharge dont ils pourraient avoir connaissance et s'abstenant de tout parti pris. D'ailleurs, une attitude inverse pourrait rendre les personnes sollicitées réticentes à l'idée de collaborer à l'enquête et porter ainsi atteinte à l'efficacité de celle-ci. À cet égard, l'impartialité garantie par les mesures préconisées dans la partie I ci-dessus pourrait également être rappelée aux agents dans la charte de déontologie.

77. – Le principe de loyauté s'impose avec une acuité toute particulière à l'issue de l'enquête, lorsqu'il s'agit d'annexer au rapport les pièces pertinentes. Bien entendu, il ne saurait être exigé des enquêteurs qu'ils joignent à leur rapport copie de l'intégralité des documents dont ils ont pris connaissance à un moment ou un autre de leurs investigations. Une sélection sera à cet égard toujours nécessaire. Cependant, les enquêteurs devraient se voir rappeler, par exemple, dans la charte de déontologie de l'autorité, qu'ils ne sauraient en aucun cas écarter de cette manière une pièce propre à établir

(72) Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667.

la culpabilité de la personne soupçonnée ou, au contraire, de nature à conduire à sa mise hors de cause. La charte de déontologie pourrait utilement leur prescrire, en cas de doute, de verser la pièce concernée au dossier.

78. – Il pourrait également être indiqué de dresser systématiquement une liste des pièces qui n'ont finalement pas été portées au dossier afin que la personne mise en cause puisse, lors de la phase de l'instruction, demander au rapporteur de mener des investigations complémentaires ou d'insérer certaines de ces pièces dans le dossier, voire saisisse l'autorité de l'enquête⁷³ d'une demande spécifique. Enfin, le principe de loyauté devrait également conduire les enquêteurs à examiner sérieusement toute demande d'une mesure formulée par une personne faisant l'objet de l'enquête et, en particulier, toute demande d'audition de témoins. Si au stade de l'enquête, il est difficile de consacrer un droit pour la défense de réclamer des investigations, ne fut-ce que parce qu'aucune personne n'étant encore poursuivie, l'on ne peut définir à qui confier cette prérogative, il devrait être précisé dans la charte de déontologie que les enquêteurs doivent examiner ce type de demandes de façon loyale et équilibrée.

Proposition n° 22

Garantir effectivement que tout élément de preuve obtenu de façon déloyale doit être écarté du dossier et qu'est frappée de nullité toute mesure dont il serait le support nécessaire.

iii) Mise en œuvre effective des droits de la défense

79. – Les droits de la défense *stricto sensu* sont énumérés à l'article 6, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷⁴. Ces droits sont consacrés de façon disparate par

(73) V. *infra*.

(74) Ils comprennent le droit : – d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; – de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; – de se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix

les textes régissant les autorités administratives indépendantes. Au-delà d'une harmonisation, certains de ces droits posent parfois difficulté et mériteraient d'être prescrits formellement et, à cette occasion, précisés quant aux sanctions attachées à leur méconnaissance.

80. – Il en va ainsi du droit à se défendre soi-même ou à être assisté par un avocat tout au long de la procédure d'enquête et, en particulier, lors des auditions. Ce droit est désormais⁷⁵ imposé par les textes qui encadrent la procédure de sanction devant les autorités administratives, lesquels prévoient généralement la possibilité pour la personne poursuivie, entendue, ainsi que pour l'occupant des locaux visités d'être assistés par le conseil de leur choix ainsi que l'information de ces personnes sur ce droit⁷⁶. Il serait cependant utile, non seulement de généraliser à toutes les autorités l'information délivrée sur ce point à toute personne entendue, mais encore de prévoir que dans le cas contraire, l'audition serait nulle. Cette solution ne semble en effet pas aller de soi devant tous les régulateurs. Dans une décision du 15 mai 2008, la Commission des sanctions de l'AMF a ainsi considéré que le refus du rapporteur d'accéder à la demande des témoins auditionnés d'être assistés d'un avocat était sans incidence sur la régularité de la procédure⁷⁷. Cette position heurte frontalement les dispositions de l'article L. 621-11 du code monétaire et financier⁷⁸. Elle pourrait notamment vicier la procédure si des griefs étaient finalement retenus contre

et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; – d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; – de se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

(75) On note notamment la pratique ancienne en matière de concurrence de refuser la présence d'un avocat lors des visites domiciliaires avant que celle-ci ne soit imposée par le code de commerce à son article R. 463-6 entré en vigueur le 27 mars 2007.

(76) La Commission des sanctions de l'AMF considère cependant que cette information n'est pas requise lorsque les enquêteurs demandent par écrit la communication de documents (AMF, Commission des sanctions, 16 sept. 2010, *Orgasynth*).

(77) AMF, Commission des sanctions, 15 mai 2008, *Agilis Gestion, Rev. mens. AMF*, n° 48, juin 2008, p. 41.

(78) Le droit pour toute personne entendue d'être assistée par un conseil figure d'ailleurs également dans la Charte de l'enquête comme dans la Charte de contrôle sur place.

la personne concernée. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs déjà eu l'occasion de juger, concernant une personne d'abord assignée à comparaître comme témoin avant d'être finalement inculpée, que les garanties de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'appliquaient dès son audition comme témoin⁷⁹.

81. – Toujours dans le but de sauvegarder les droits de la défense mais aussi de garantir la loyauté de la procédure, il apparaît souhaitable de préciser la portée des chartes d'enquête ou de contrôle adoptées par certaines autorités. Ces documents énumèrent en effet souvent, en sus de droits formellement consacrés par ailleurs, des bonnes pratiques et autres devoirs des enquêteurs sans précision quant à la force obligatoire de ces éléments. Une confusion peut alors naître chez les personnes sollicitées en cours d'enquête et préjudicier à leurs droits. Il serait donc utile de clarifier la situation en indiquant dans ces chartes que toute violation par un enquêteur des principes qui y figurent et portant grief aux droits de la personne concernée ouvrirait la voie à une annulation de l'acte en cause et de tous les actes dont il serait le support nécessaire, cette remise en cause pouvant aller jusqu'à la nullité de l'intégralité de la procédure.

Proposition n° 23

Étendre à toutes les autorités l'obligation d'informer la personne sollicitée en cours d'enquête, de son droit d'être assisté par le conseil de son choix et prescrire la nullité de tout acte d'enquête réalisé au mépris de cette obligation ainsi que de tous les actes dont il serait le support nécessaire.

Proposition n° 24

Donner valeur juridique aux chartes d'enquête ou de contrôle des autorités en permettant à la personne à laquelle une violation de ces dispositions ferait grief de demander l'annulation de l'acte en cause et de tous les actes dont il serait le support nécessaire.

(79) CEDH 20 oct. 1997, *Serves c/ France*.

iv) Protection du droit de ne pas prendre part à sa propre incrimination

82. – Ce droit fut dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Funke c/ France* du 25 février 1993⁸⁰. Il revêt un double aspect : d'une part, la possibilité de garder le silence, et d'autre part, le droit de ne pas fournir d'éléments de preuve contre soi-même et notamment, de documents compromettants⁸¹. Le Conseil constitutionnel n'a pu quant à lui se pencher sur la question, les questions prioritaires de constitutionnalité déposées à ce sujet n'ayant pas été transmises au motif que le demandeur n'avait pas fait l'objet de condamnation pour délit d'entrave⁸². Ce droit s'impose à tous les stades de la procédure et notamment bien entendu, dès la phase d'enquête⁸³, y compris pour les enquêtes administratives⁸⁴. Est corrélativement prohibée toute contrainte qui viserait à obtenir du mis en cause de tels éléments⁸⁵. En outre, le silence de la personne mise en cause ne saurait tenir une place prépondérante parmi les éléments sur lesquels se fonde sa condamnation même s'il peut venir corroborer d'autres⁸⁶.

83. – Dans un souci de favoriser l'efficacité des autorités administratives, les textes qui leur sont applicables prévoient généralement des sanctions (le plus souvent pénales) contre toute personne qui s'opposerait à une enquête de l'autorité ou qui refuserait d'y prêter son concours⁸⁷. Si les

(80) CEDH 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, JCP G 1994. I. 3742, chron. F. Sudre.

(81) L'arrêt *Funke c/ France* portait d'ailleurs sur la communication de documents comptables exigée par les autorités douanières.

(82) Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-28.375.

(83) CEDH 8 févr. 1996, n° 18731/91, *Murray c/ Royaume-Uni*, GACEDH n° 34.

(84) CEDH 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*.

(85) Dans l'arrêt *Funke c/ France*, la Cour considère que l'obligation de produire des documents bancaires sous peine de se voir imposer des astreintes et d'encourir des sanctions pénales viole les droits de la défense en ce qu'elle constitue une contrainte à concourir à sa propre incrimination ; CEDH 3 mai 2001, *J.B. c/ Suisse*, JCP G 2001. I. 342, chron. F. Sudre.

(86) CEDH 2 mai 2000, *Condron c/ Royaume-Uni*.

(87) V. not. : art. L. 642-2 du code monétaire et financier pour l'AMF ; art. L. 571-4 du code monétaire et financier pour l'ACP ; art. L. 450-8 et L. 464-2 du code de commerce pour l'Autorité de la concurrence ; art. 79 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 pour la CSA ; art. 51 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 pour la CNIL ; art. 42 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 pour la CRE.

actes positifs tendant à empêcher les agents de mener leurs investigations ne sauraient manifestement faire partie de droits de la défense⁸⁸, il n'en va pas de même du refus de prendre part aux investigations. Il semble donc que ces textes réprimant l'entrave aux enquêtes administratives ne devraient pas permettre la condamnation de la personne poursuivie du seul fait qu'elle ait refusé de témoigner ou de fournir des éléments de preuve⁸⁹.

84. – En pratique, les condamnations sont assez rares. Reste que par mesure de clarté et de sécurité juridique, ce droit à garder le silence devrait être formellement consacré par les textes et devrait être systématiquement porté à la connaissance des personnes entendues par les agents du régulateur. Il devrait d'ailleurs en aller de même du droit plus général de ne pas communiquer des documents ou de ne pas répondre aux sollicitations écrites de l'autorité⁹⁰. Bien entendu, ce droit devrait figurer dans la notification adressée à toute personne sollicitée. Resterait alors à l'autorité se heurtant à un refus à requérir de l'autorité judiciaire la possibilité de procéder à une perquisition et à des saisies.

85. – Les textes sur le délit d'entrave aux enquêtes de certaines autorités devraient donc être amendés afin de préciser que sont seuls punissables les actes positifs visant à nuire au bon déroulé des investigations (par exemple, par la destruction de documents ou encore leur modification) ou le refus sans aucun motif de répondre aux sollicitations des enquêteurs, étant pré-

(88) Pour des exemples de condamnations de tels comportements, V. not. (pour la Commission bancaire) : CA Paris, 22 sept. 1993, *D.* 1994. *Somm.* 321, obs. M. Vasseur ; Cass. crim., 31 mai 2006, *Gaz. Pal.* 2007. *somm.* 3332, note J. Lasserre Capdeville ; Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-85182, inédit.

(89) Pour des exemples de condamnation de tels comportements, V. not. (pour le Conseil de la concurrence) : CA Riom, 27 sept. 2007, *Lettre distrib.* mars 2008 (refus de communiquer des documents comptables) ; CA Paris, 13^e ch. B, 21 janv. 2000, *JurisData* n° 2000-111565 ; *D. affaires*, 2000. 150, obs. Marmontel (refus de répondre à des questions adressées par courrier) ; Cass. crim., 14 janv. 1991, n° 90-80.293, *JurisData* n° 1991-001362 ; *Dr. pén.* 1991. 8 (refus d'obéir à une convocation).

(90) V. par ex. Cass. crim., 24 févr. 2009, n° 08-84-410 où la Cour de cassation juge que le délit d'opposition à la fonction des agents enquêteurs en matière de concurrence est compatible avec l'article 6 de la CESDH.

cisé que la volonté de ne pas concourir à son éventuelle incrimination ultérieure devrait être considéré comme un motif valable⁹¹.

Proposition n° 25

Consacrer formellement le droit de garder le silence et de ne pas communiquer de pièces compromettantes ainsi que l'obligation pour les agents de l'autorité d'en informer systématiquement les personnes qu'ils souhaitent entendre.

Proposition n° 26

Réformer le délit d'entrave afin de préciser que sont seuls punissables les actes positifs visant à nuire au bon déroulement des investigations et non la simple mise en œuvre du droit de ne pas concourir à sa propre incrimination.

v) Limitation de la durée de la phase non contradictoire des investigations

86. – L'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre le droit pour tout justiciable d'être jugé dans un délai raisonnable, apprécié en considération de la complexité de l'affaire (notamment pour les infractions économiques ou financières nécessitant la mise en œuvre d'expertises)⁹², du comportement du justiciable⁹³ et de celui du juge⁹⁴ et, s'écoulant à compter non pas de l'ouverture de l'enquête mais de la mise en accusation. Cette garantie du procès équitable n'est pas, habituellement, sanctionnée par la nullité de la procédure mais par l'octroi de dommages-intérêts⁹⁵.

(91) À titre d'exemple, on peut citer l'article L. 39-4 du code des postes et des communications électroniques qui prévoit des sanctions contre ceux qui refusent *sans raison valable* de coopérer avec l'autorité ce qui devrait inclure le souci de ne pas concourir à sa propre incrimination.

(92) V. par ex. Cons. Conc., décis. n° 07-D-08, 12 mars 2007, *BOCCRF* 7 juin 2007.

(93) V. par ex. CA Pau, 13 mai 1992, *JurisData* n° 1992-048101.

(94) CEDH 19 février 1991, *Ficara c/ Italie*, n° 196 A.

(95) Cass. crim., 3 févr. 1993, *JCP G* 1994. II. 22197, note P. Chambon ; CE 28 juin 2002, *D.* 2002. IR. 2304.

87. – On peut cependant imaginer qu'un délai excessif mis à examiner une affaire peut conduire à une violation des droits de la défense en ce qu'il ferait obstacle à la réunion et à la production des preuves à décharge par le mis en cause, et entraîne par là même l'annulation de la procédure. Une telle annulation fut déjà prononcée par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire dite « des parfums »⁹⁶. Cet arrêt fut certes censuré par la Cour de cassation pour des raisons tenant à l'appréciation des juges en l'espèce⁹⁷, mais le principe d'une annulation d'une procédure en raison du trop long délai écoulé entre le moment où l'enquête fut ouverte et celui où elle fut portée à la connaissance de la personne visée semble demeurer.

88. – C'est pourquoi, il serait opportun d'encadrer le calendrier de la procédure d'enquête, aussi bien pour permettre à la personne finalement mise en cause de se défendre efficacement, que pour garantir la fiabilité des investigations⁹⁸. On comprend en effet aisément qu'une durée excessive de l'enquête peut empêcher celle-ci de présenter une défense efficace à l'audience. Des pièces auront pu disparaître⁹⁹, des témoins auront pu décéder, devenir introuvables ou, tout simplement, ne plus se remémorer parfaitement les faits et donc, ne plus pouvoir répondre aux questions¹⁰⁰. En outre, lorsqu'une personne morale est mise en cause, ses dirigeants peuvent changer ce qui risque là encore de compliquer la tâche de la défense.

89. – Il pourrait donc être imposé que les ordres de mission délivrés aux enquêteurs soient à durée déterminée et qu'une durée normale des enquêtes soit arrêtée au-delà de laquelle, toute prolongation devrait faire l'objet

(96) CA Paris, 10 nov. 2009, JurisData n° 2009-015168.

(97) Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-72.031, *FS-D, Sté Beauté prestige international (BPI) et al.*, JurisData n° 2010-021987.

(98) L'AMAFI avait déjà, dans son rapport du 20 juillet 2009 sur l'évolution du pouvoir de sanction de l'AMF, prôné une définition du champ et d'une durée précise des investigations.

(99) Même si dans ce cas, les efforts fournis par le mis en cause pour les conserver tiendraient vraisemblablement une place centrale dans l'appréciation du juge.

(100) La précision des témoignages peut revêtir une importance capitale. Que l'on songe par exemple à la prise en compte pour établir la détention d'une information privilégiée de la date, voire de l'heure précise d'un contact entre le mis en cause et un initié.

d'une décision spéciale sous peine de nullité de la procédure. Un délai d'un an semble à cet égard raisonnable. Il pourrait en outre être prévu que cette décision de prorogation soit obligatoirement portée à la connaissance des personnes susceptibles d'être mises en cause, ce qui assurerait que l'enquête ne demeure pas secrète au-delà de ce délai.

Proposition n° 27

Limitier à un an le délai maximum d'enquête, sauf circonstances particulières devant être précisées dans la décision d'enquête et dans l'ordre de mission et prévoir qu'une prorogation du délai initial n'est possible qu'à la condition, sauf exception dûment motivée, d'être portée à la connaissance des personnes susceptibles d'être mises en cause.

Proposition n° 28

Prévoir que la violation de ces dispositions entraîne la nullité de la procédure en cas d'atteinte aux droits de la défense.

vi) Introduction d'une dose de contradiction lors de la phase d'enquête

90. – La phase d'enquête se distingue en principe par son caractère non contradictoire. À ce stade, les personnes faisant l'objet des investigations ne sont pas encore formellement mises en cause et ne peuvent donc avoir accès au dossier ni formuler d'observations quant aux éléments qui pourraient avoir été recueillis à charge. Cette situation n'est cependant favorable ni aux personnes ultérieurement mises en cause, ni à l'enquête elle-même.

91. – L'absence de contradiction est bien entendu susceptible de préjudicier aux droits des personnes en cause. Il est en effet possible qu'une enquête comportant des imperfections, voire des violations des droits de la défense ou encore, du principe de loyauté, fasse l'objet d'un rapport finalement transmis à l'autorité de poursuite qui pourra décider sur une base biaisée d'engager une procédure de sanction.

92. – Cette situation est également défavorable à l'autorité elle-même qui risque de mettre en œuvre des moyens inutiles en raison des défauts de l'enquête. Cet écueil est aggravé par le fait que le travail d'instruction pré-

parant la phase finale de jugement s'appuie parfois de manière très prononcée sur le travail préliminaire des enquêteurs et sur leur rapport. Une phase contradictoire à la fin de la procédure d'enquête, une fois que les investigations menées par les agents du régulateur ont permis de déterminer les personnes susceptibles de faire l'objet de sanctions, peut permettre d'éviter de tels inconvénients.

93. – La décision de déclencher ou non des poursuites est d'une importance telle qu'elle ne devrait pouvoir être prise qu'une fois l'autorité de poursuites pleinement éclairée c'est-à-dire après avoir recueilli les observations des personnes concernées. Il est d'autant plus extraordinaire qu'une telle possibilité ne soit pas prévue devant toutes les autorités régulatrices que l'enquête n'étant par principe pas contradictoire, les personnes finalement poursuivies peuvent ne pas avoir été auditionnées par les enquêteurs¹⁰¹. Pour reprendre une image utilisée par l'AMAFI dans son rapport du 20 juillet 2009 sur l'évolution du pouvoir de sanction de l'AMF, la situation des justiciables poursuivis par certaines autorités ressemble à celle d'une personne mise en examen par un juge d'instruction sans avoir été entendue ni avoir pu formuler d'observations.

94. – Une procédure garantissant aux personnes susceptibles d'être mises en cause un droit d'information et d'expression avant transmission du rapport d'enquête à l'organe de poursuites existe déjà devant l'Autorité de contrôle prudentiel ainsi que devant l'AMF. Il conviendrait de généraliser ce mécanisme et de prévoir que le rapport d'enquête, avant d'être transmis à l'autorité de poursuite, doit être communiqué aux personnes susceptibles d'être poursuivies, lesquelles du reste devraient être systématiquement entendues par les enquêteurs. Ces personnes disposeraient alors d'un délai suffisant, par exemple de deux mois, pour transmettre des observations ou demander des investigations complémentaires. À cette occasion, il pourrait également être réclamé que certaines pièces finalement écartées du dossier y soient insérées, ce qui serait de nature à réparer d'éventuels abus dans la sélection, par les enquêteurs, des pièces versées au dossier.

(101) V. par ex. Cons. conc., décis. n° 03-D-36, 29 juill. 2003, *Secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation*.

95. – Ces demandes ne s'imposeraient pas aux enquêteurs mais dans l'hypothèse où ils décideraient de ne pas y donner suite, ils devraient en indiquer les raisons. Si des investigations supplémentaires sont menées, le rapport modifié en conséquence serait de nouveau transmis aux personnes susceptibles d'être mises en cause afin qu'elles complètent leurs observations initiales dans un délai plus court. Il semble cependant préférable, afin d'éviter toute manœuvre dilatoire, de ne pas autoriser une nouvelle demande d'actes. Afin de permettre à la personne susceptible d'être mise en cause d'être la dernière à intervenir, le rapport ne pourrait plus ensuite être modifié par les services d'enquête. Ce rapport auquel seraient ajoutées les observations des personnes visées serait ensuite transmis à l'autorité de poursuites.

Proposition n° 29

Octroyer aux personnes susceptibles d'être mises en cause un droit d'information et d'expression avant la transmission du rapport d'enquête à l'organe de poursuites leur permettant notamment, dans les deux mois à compter de leur information, de demander des investigations complémentaires que les enquêteurs ne peuvent refuser que par une décision dûment motivée.

vii) Instauration d'une autorité de contrôle de l'enquête

96. – L'une des différences majeures entre les pouvoirs dits « non coercitifs » que les enquêteurs peuvent mettre en œuvre de leur propre initiative et les pouvoirs dits « coercitifs » qui ne peuvent être utilisés que sur habilitation du Juge des libertés et de la détention est que ces premières ne donnent lieu à aucun contrôle formel de la part de l'Autorité judiciaire. Autrement dit, lorsqu'un justiciable estime que ses droits ont été méconnus par les agents d'une autorité administrative, il ne peut en référer à aucune entité distincte. Tout au plus, peut-il s'adresser aux supérieurs hiérarchiques de l'agent en cause pour signaler l'incident. Notons ici que les agents des autorités administratives peuvent jouir de prérogatives importantes, dépassant parfois celles d'officiers de police judiciaire agissant hors du cadre d'une enquête de flagrance. Par exemple, les agents de l'AMF

peuvent, sans autorisation judiciaire, se faire remettre par un opérateur téléphonique les factures détaillées de l'abonné de leur choix. Certes, le Conseil constitutionnel a pu valider une telle faculté dans sa décision n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, mais un contrôle minimal, par exemple par le déontologue précité, n'en demeure pas moins souhaitable.

97. – Il est vrai que le principe du contradictoire impose que, dans l'hypothèse où des poursuites ont été ultérieurement engagées, la personne concernée peut discuter de la légalité des mesures prises par les enquêteurs. Ce contrôle *a posteriori* peut se révéler tardif, plusieurs mois et parfois plus d'une année pouvant s'écouler entre la mesure en cause et la décision de l'organe de jugement. Entre temps, le comportement des enquêteurs aura pu causer un préjudice irrémédiable aux justiciables. Ainsi en va-t-il par exemple en cas de violation du secret des correspondances échangées entre un avocat et son client¹⁰².

98. – Les enquêteurs eux-mêmes peuvent souhaiter, dans certaines situations de doute, pouvoir faire valider une mesure qu'ils envisagent de prendre par une autorité neutre qui sécurisera leur action. C'est pourquoi l'instauration d'une autorité indépendante faisant office de référent en matière de droits de la défense durant les investigations serait souhaitable¹⁰³. Ce rôle pourrait être dévolu au déontologue conseiller auditeur.

Proposition n° 30

Octroyer aux personnes visées par des actes d'enquête la possibilité de porter tout incident, irrégularité ou violation du code de déontologie de nature à porter atteinte à leurs droits, à la connaissance du déontologue conseiller auditeur, lequel rend alors, après audition des personnes concernées, un avis écrit, non suspensif et versé à la procédure.

(102) *V. infra.*

(103) *V. infra.*

b) Clarification et délimitation des pouvoirs des enquêteurs

99. – Les prérogatives dites « non coercitives » que les agents des autorités administratives sont susceptibles de mettre en œuvre ont fait l'objet, de la part de certains enquêteurs, d'utilisations contestables, et parfois contestées, peu propices à une coopération efficace entre les personnes visées et le régulateur et qui, en outre, font peser sur la procédure toute entière un risque de remise en cause par les juridictions nationales, voire supranationales. Une première mesure propre à remédier à cette situation consiste en l'obligation susmentionnée de délivrer à toute personne faisant l'objet d'une mesure d'enquête une information standardisée sur ses droits et ses devoirs et sur les pouvoirs et obligations des enquêteurs.

100. – Au-delà de cette nécessaire information, le cadre procédural des enquêtes mériteraient d'être plus clairement et précisément délimité.

i) Clarification de la délimitation entre mesures administratives et mesures judiciaires

101. – Pour l'heure, force est de constater que les situations dans lesquelles les enquêteurs doivent avoir recours aux prérogatives qui nécessitent l'intervention de l'Autorité judiciaire ne sont pas clairement définies. Sans doute les mesures préconisées plus haut afin de garantir l'exercice effectif du droit de chaque justiciable de ne pas concourir à sa propre incrimination devrait entraîner une utilisation accrue de la procédure de perquisition et de saisie sur habilitation judiciaire. Il serait cependant souhaitable que la réglementation permette de marquer clairement cette frontière en définissant des critères fiables. Il pourrait en particulier être prévu expressément que les visites de locaux professionnels ne puisse se faire, par application du droit au respect du domicile, qu'avec l'accord préalable et formel de l'occupant, dûment informé de son droit de refuser, ou sinon, sur habilitation judiciaire.

Proposition n° 31

Prévoir que la visite d'un domicile ou de locaux professionnels ne peut se faire qu'avec l'accord formel et préalable de l'occupant, dûment informé de son droit de refuser, ou, à défaut, sur habilitation judiciaire.

ii) Affirmation d'un principe de proportionnalité des actes d'enquête

102. – Les enquêteurs des autorités administratives indépendantes peuvent prendre toutes mesures qu'ils estiment utiles à leurs investigations dans les limites bien entendu des pouvoirs qui leurs sont conférés. Autrement dit, leurs prérogatives ne sont délimitées que dans leurs modalités, non dans l'ampleur de leur mise en œuvre. Ils peuvent ainsi se faire remettre des documents en grand nombre et, le cas échéant, y déceler trace d'infractions non ciblées initialement par leurs recherches. Un tel comportement pourra par exemple se rencontrer lors d'enquêtes de l'AMF où les agents du régulateur supposés enquêter sur une information fautive ou trompeuse délivrée au marché, en tireront prétexte pour réclamer toute la documentation ayant trait à la communication financière de l'émetteur concerné sur une période donnée. Ce travers est du reste aggravé par le caractère flou de certains ordres de mission¹⁰⁴ permettant aux agents du régulateur d'étendre le champ de leurs investigations sans limites précises.

103. – Il devrait donc être affirmé un principe de proportionnalité des mesures d'enquête ainsi que le principe corollaire de finalité qui prohibe toute utilisation d'éléments recueillis au cours d'une enquête à d'autres fins que celles prévues par l'ordre de mission des enquêteurs, principes qui, du reste, seraient en adéquation avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁵ et des juridictions communautaires qui retiennent que les moyens déployés par les enquêteurs ne doivent être ni arbitraires, ni disproportionnés¹⁰⁶.

Proposition n° 32

Affirmer un principe de proportionnalité des mesures d'enquête ainsi que le principe corollaire de finalité qui prohibe toute utilisation d'éléments recueillis au cours d'une enquête à d'autres fins que celles assignées aux enquêteurs et notamment, dans une autre procédure, concomitante ou ultérieure.

(104) V. *supra*.

(105) CEDH 16 dé. 1997, *Camezind c/ Suisse*.

(106) CJCE 14 déc. 1962, *San Michele e.a., Rec. p. 449*.

iii) Uniformisation du régime de remise documentaire

104. – La mise en œuvre par les enquêteurs des autorités administratives de leur pouvoir de se faire remettre des documents n'est pas sans soulever des difficultés au regard de la confidentialité de certains d'entre eux. En effet, certains enquêteurs, principalement de l'AMF et de l'Autorité de la concurrence, ont pris l'habitude, avec l'approbation des juridictions de recours¹⁰⁷, de se faire remettre l'intégralité de messageries électroniques, y compris les éventuels courriels échangés entre la personne concernée et son conseil, méconnaissant ainsi un principe essentiel à la mise en œuvre des droits de la défense¹⁰⁸ et consacré tant par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, que par les engagements internationaux de la France¹⁰⁹.

105. – Une telle pratique heurte frontalement la jurisprudence des juridictions communautaires¹¹⁰. Pourtant, il est possible d'instaurer, comme c'est déjà le cas pour certaines autorités étrangères ou supranationales, comme par exemple, l'autorité néerlandaise de la concurrence ou encore la Commission européenne dans l'exercice de ses pouvoirs d'enquête en matière de concurrence, une procédure permettant de concilier les nécessités de l'enquête avec le secret des échanges entre un conseil et son client. Il conviendrait pour cela de prévoir, outre l'insaisissabilité de tels documents¹¹¹, que, chaque fois que la personne sollicitée en vue d'une remise de sa messagerie indique aux enquêteurs qu'un courriel est couvert par la confidentialité des échanges avec son avocat, quatre possibilités peuvent être envisagées :
– soit les enquêteurs acceptent de ne pas emporter les courriels concernés et renoncent donc à prendre copie de l'intégralité de la messagerie ;

(107) V. par ex. pour des remises lors d'enquêtes AMF : CA Paris, 9 sept. 2010, n° 2010/00128 ; pourvoi rejeté par Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2012, n° F 10-26.288 ; CA Paris, 29 sept. 2011, n° 2010/24176.

(108) V. en ce sens : CJCE 18 mai 1982, *AM&S c/ Commission* qui qualifie cette protection de principe général du droit communautaire.

(109) Cass. crim., 8 avr. 2010, n° 08-87.415 ; pour une saisie globale justifiée par la volonté de perturber le moins possible l'entreprise concernée, V. néanmoins Cass. crim., 14 nov. 2001, n° 01-85.965.

(110) TPICE 17 sept. 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd c/ Commission*, T-125/03 et T-253/03 ; pourvoi rejeté par CJUE 14 sept. 2010, C-550/07 P.

(111) V. *supra*.

- soit les enquêteurs, avec l'accord du justiciable et en sa présence, prennent connaissance succinctement de chaque courriel contesté afin de s'assurer de son caractère confidentiel et, si le désaccord persiste, optent pour l'une des trois autres options ;
- soit les enquêteurs contestent le caractère confidentiel et choisissent d'emporter copie des autres courriels et de communiquer à l'autorité de contrôle de l'enquête copie scellée des courriels contestés afin que celle-ci tranche la question de leur confidentialité ;
- soit les enquêteurs choisissent de n'emporter copie d'aucun courriel, prennent une copie scellée de la messagerie qu'ils transmettent à l'autorité de contrôle de l'enquête en demandant au justiciable de fournir à cette autorité une liste des courriels qu'il estime confidentiels, à charge pour l'autorité, une fois la vérification effectuée, de transmettre aux enquêteurs une messagerie expurgée de tout échange confidentiel.

106. – Toute saisie d'un document indiqué comme couvert par la confidentialité des échanges entre un avocat et son conseil devrait pouvoir entraîner la nullité de la procédure d'enquête toute entière afin d'éviter que les enquêteurs n'exploitent en toute impunité les données qui s'y trouvent.

107. – Par ailleurs, on a pu constater que certains enquêteurs, sous couvert de se faire remettre des documents, réclamaient en réalité des réponses écrites à leurs questions, contournant ainsi la procédure prévue pour les auditions. Il serait donc utile de préciser que la procédure de remise documentaire ne peut en principe être utilisée par les enquêteurs que pour se faire remettre des pièces préexistantes et non pour obtenir des réponses à leurs questions. Les questions écrites peuvent cependant apporter dans certains cas une souplesse bienvenue et éviter de faire déplacer le responsable d'une entreprise pour un simple éclaircissement. C'est pourquoi, ce principe affirmé, il pourrait y être apporté une dérogation dans le cas où la question s'accompagne d'une information claire indiquant à la personne sollicitée qu'elle n'est pas tenue de répondre et qu'elle peut en tous les cas se faire assister par le conseil de son choix. La réponse pour être valide et pouvoir être versée au dossier devrait s'accompagner d'une renoncia-

tion expresse de la personne sollicitée à son droit d'être interrogée oralement suivant la procédure prévue pour les auditions.

108. – Les enquêteurs des autorités régulatrices peuvent en outre généralement ordonner la conservation de documents aux personnes concernées par les investigations. Là encore, une harmonisation de cette prérogative serait la bienvenue et permettrait de préciser qu'une telle mesure doit faire l'objet d'une confirmation écrite qui en précise la durée et les conditions de renouvellement. Le chef de mission devrait informer la personne objet des investigations au fur et à mesure que les inspecteurs cessent d'avoir besoin des documents et informations conservés afin qu'elle puisse les classer ou les détruire. La personne objet du contrôle ou de l'enquête pourrait, en tout état de cause, classer ou détruire lesdits documents ou informations à la clôture de la procédure.

Proposition n° 33

Expliciter dans un document commun les bonnes pratiques et obligations des autorités en matière de recueil documentaire (afin d'éviter les abus relatifs à la remise de l'intégralité de messageries électroniques, d'harmoniser les modalités de conservation des documents, etc.).

iv) Encadrement des auditions

109. – Les auditions constituent souvent une part importante du dossier constitué au cours de l'enquête. L'exercice est d'autant plus délicat que le témoin peut ultérieurement être mis en cause. Il convient donc de s'assurer tout particulièrement lors de telles opérations du respect des principes du procès équitable et notamment des droits mentionnés ci-avant de se taire et d'être assisté d'un conseil. Rappelons que toute violation de ces droits pourrait entraîner la nullité de la procédure mise en œuvre contre la personne entendue¹¹². Ces auditions devraient donc faire l'objet d'une réglementation uniforme prévoyant, comme c'est déjà le cas pour certaines autorités :

– des conditions formelles de convocation (lettre recommandée avec demande d'avis de réception) ;

(112) V. par ex. CEDH 27 oct. 2011, *Stojkovic c/ France et Belgique*, n° 25303/08.

- une information pertinente de la personne sollicitée lui indiquant notamment son droit de garder le silence et de se faire assister par le conseil de son choix ;
- un délai minimal destiné à permettre au témoin de se préparer et de rassembler souvenirs et documents afin de répondre au mieux aux enquêteurs, lequel devrait être fixé au moins à huit jours ;
- la rédaction et la signature par les agents présents et la personne entendue, après relecture, d'un procès-verbal d'audition comportant la transcription fidèle des questions posées et des réponses apportées.

110. – Bien entendu, cet encadrement condamne la pratique de certains enquêteurs consistant à interroger de façon informelle les personnes rencontrées lors des visites de locaux professionnels. Une telle pratique est à proscrire non seulement parce qu'elle viole les droits des justiciables ainsi entendus, mais encore parce qu'elle ne permet pas de recueillir des témoignages fiables, les personnes concernées devant répondre « à chaud », sans réflexion et sans toujours savoir dans quel cadre et dans quel but les questions leur sont posées. Le risque pour les enquêteurs d'être menés à l'erreur par de telles pratiques n'est donc pas à négliger.

111. – C'est pourquoi il devrait être expressément prévu qu'aucun témoin ne peut être entendu sans avoir été dûment convoqué et informé de ses droits. La Cour de cassation semble en outre admettre que les personnes entendues puissent renoncer à leurs droits. Le risque étant important qu'une telle pratique ne se développe et conduise à des abus, il devrait également être expressément prévu qu'une personne entendue, si elle peut choisir de renoncer expressément à l'assistance d'un conseil, ne peut en revanche renoncer au bénéfice du délai et des formes de la convocation. Dans l'hypothèse où la méconnaissance de ces règles porterait préjudice aux droits de la défense, l'audition en cause pourrait être annulée, ainsi que les actes dont elle serait le support nécessaire. Cette solution est seule efficace, la simple nullité de l'audition laissant les enquêteurs en possession d'informations dont ils n'auraient jamais dû avoir connaissance.

Proposition n° 34

Expliciter dans un document commun les bonnes pratiques et obligations des autorités en matière d'auditions (conditions formelles de convocation, information sur le droit de garder le silence, délai minimal de 8 jours pour préparer l'audition, rédaction et signature du procès-verbal, etc.), rappelant notamment qu'aucune personne ne peut être entendue sans avoir été dûment convoquée et informée de ses droits.

B — Les règles propres au contrôle sur pièces

112. – Le contrôle sur pièces a pour objet de s'assurer que les professionnels ainsi que les personnes physiques placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte respectent leurs obligations, celles-ci résultant des codes en vigueur, du règlement général de l'autorité ou encore des règles professionnelles élaborées par les associations professionnelles et approuvées par le régulateur.

113. – Généralement, le secrétaire ou rapporteur général de l'autorité établit les ordres de mission précisant l'objet du contrôle. Un rapport de contrôle est systématiquement rédigé à la suite d'un contrôle sur pièces. Il est transmis pour observation à l'entité contrôlée qui y répond. À la suite des échanges entre l'entité contrôlée et le régulateur, le secrétaire ou rapporteur général envoie à cette dernière une lettre de suite l'avisant des faits relevés et l'informant des mesures qu'elle doit mettre en œuvre, le cas échéant. Le secrétaire ou rapporteur général transmet également, s'il y a lieu, le dossier au Collège. Le Collège décide alors des suites à donner au dossier. Ce schéma qui correspond notamment à celui en place devant l'AMF pourrait être généralisé à toutes les autorités administratives.

Proposition n° 35

Encadrer de façon uniforme la procédure de contrôle sur pièces en précisant notamment qu'un rapport doit systématiquement être rédigé et transmis à l'entité contrôlée qui doit pouvoir y répondre et être informée des suites données au contrôle, y compris lorsqu'aucune poursuite n'est finalement engagée.

C — Les règles propres aux visites domiciliaires

114. – L'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre le droit au respect du domicile pour les personnes physiques. Il peut également, dans certaines circonstances, être interprété comme incluant pour une personne morale le droit au respect de son siège social et de ses locaux professionnels. Il est donc naturel que les visites domiciliaires soient strictement encadrées.

115. – Un droit de visite existe au profit de certaines autorités administratives (Autorité de concurrence, AMF, ACP, etc.). On peut distinguer à cet égard les visites de locaux professionnels et les perquisitions proprement dites. Dans cette première procédure, aucune possibilité de contrainte matérielle n'est donnée aux enquêteurs, de sorte que son accomplissement devrait nécessiter le consentement de la personne qui en fait l'objet, alors que dans la seconde, l'autorisation judiciaire permet de passer outre un éventuel refus de l'occupant des lieux. Cependant, le délit d'obstruction à l'enquête aboutit à relativiser cette différence théorique.

116. – Les décisions des cours suprêmes rappellent les principes en la matière¹¹³ et notamment le respect du principe de proportionnalité¹¹⁴. Il serait donc utile de rappeler formellement ces exigences. L'ordonnance et le déroulement des opérations de visite et de saisie sont susceptibles de re-

(113) CE 6 nov. 2009, n° 304300, décision qui se prononce sur la question de la compatibilité du pouvoir d'enquête de la CNIL, avec l'article 8 de la Convention EDH, la décision statuant dans le sens de l'incompatibilité.

(114) Cass. com., 8 déc. 2009, n° 08-21.017.

cours, ce qui implique une notification de l'ordonnance du juge. Mais il serait également utile d'affirmer clairement que la personne concernée par la visite doit avoir accès, afin de pouvoir contester l'autorisation judiciaire, à l'ensemble des documents et pièces produits par l'autorité régulatrice devant le juge des libertés et de la détention. De plus, il devrait être rappelé le nécessaire respect du principe de loyauté dans l'obtention des informations soumises aux juges en vue d'obtenir l'autorisation de procéder à des opérations de perquisition et de saisie. En particulier, de telles opérations ne sauraient être autorisées sur le seul fondement d'une dénonciation anonyme. En outre, aucune disposition ne prévoit que la personne visitée puisse se faire assister de la personne de son choix. Il paraît ainsi nécessaire de prescrire que pendant toute visite domiciliaire, la personne visitée peut se faire assister d'un conseil, droit qui devrait être rappelé dans l'ordonnance notifiée. Il serait également utile pour des raisons pratiques de prévoir que les enquêteurs ne peuvent accéder à des locaux professionnels en dehors de leurs heures normales d'occupation.

117. – À l'issue de la visite, un procès-verbal devrait être dressé dans les conditions décrites ci-avant. Si l'inventaire sur place présente des difficultés, les pièces et documents saisis sont placés sous scellés. Le procès-verbal devrait mentionner le délai et les voies de recours et être adressé au juge qui a autorisé la visite. La nullité du procès-verbal doit pouvoir être sollicitée par la personne visitée devant le Premier président de la cour d'appel par déclaration remise ou adressée par pli recommandé au greffe de la cour dans un délai de 15 jours qui court à compter de la remise ou de la réception du procès-verbal, délai non suspensif.

118. – Au cours de ces perquisitions sur autorisation judiciaire, des documents peuvent être saisis ce qui, dans certains cas, pose la question du respect du secret des correspondances d'avocat. Comme en matière de remises documentaires, il conviendrait de rappeler la primauté de ce principe. En cas de contestation sur la possibilité de saisir certains documents, ceux-ci devraient être placés sous scellés jusqu'à ce que la question soit judiciairement tranchée. Jusque-là, il devrait être rappelé que ces éléments ne peuvent être consultés par les enquêteurs.

Proposition n° 36

Définir clairement les situations dans lesquelles les enquêteurs doivent disposer d'une autorisation préalable de l'Autorité judiciaire pour procéder à des investigations sur place sans avoir à recueillir l'assentiment de l'occupant des lieux.

Proposition n° 37

Consacrer le droit de la personne visitée de connaître l'ensemble des documents produits au juge des libertés et de la détention à l'appui de la demande d'autorisation.

II — Règles spécifiques au stade de la décision sur les poursuites

119. – La décision de poursuivre une personne à l'encontre de laquelle la phase d'enquête a permis de mettre au jour des éléments à charge marque l'entrée dans une nouvelle phase de la procédure. Cette décision prend le plus souvent la forme d'une notification des griefs adressée à la personne mise en cause par l'organe d'enquête ou, lorsqu'il s'en distingue, de poursuite. L'organe chargé de décider des poursuites peut cependant aussi ordonner des investigations supplémentaires, décider qu'il n'y a lieu à poursuites, transmettre le dossier au procureur de la République ou à une autre autorité régulatrice, française ou étrangère ou encore, se contenter d'un « rappel à la loi ». Il conviendrait de préciser que toute enquête ou contrôle doit, dans un certain délai après transmission du rapport d'enquête (un mois semble raisonnable) faire l'objet d'une décision formelle sur la suite à donner à la procédure.

120. – La notification des griefs emporte deux conséquences principales qui en font la pierre angulaire de toute la procédure de sanction. En premier lieu, elle marque le début du contradictoire¹¹⁵. À compter de cette

(115) V. par ex. en matière boursière : CA Paris, 2 juill. 1999, *Bull. Joly Bourse*, 1999, n° 494, note N. Rontchevsky.

notification, la partie défenderesse pourra avoir accès au dossier et ainsi exercer pleinement ses droits. La personne mise en cause bénéficie généralement d'un certain délai pour faire connaître ses observations. Cette possibilité devrait être généralisée, un délai harmonisé de deux mois paraissant raisonnable. Il devrait cependant être prévu que le point de départ devrait être repoussé si, par extraordinaire, le dossier complet ne pouvait à cette date être mis à la disposition de la personne poursuivie¹¹⁶. En second lieu, la notification des griefs arrête également les contours du litige : la décision de l'organe de jugement ne pourra par la suite ni retenir des faits non visés dans la notification des griefs¹¹⁷, ni imputer les faits y figurant à des personnes non désignées par elle¹¹⁸, même si une notification des griefs complémentaire peut être émise devant certains régulateurs sur l'initiative du rapporteur¹¹⁹. On comprend dès lors l'enjeu de cet acte.

121. – C'est la raison pour laquelle, il pourrait utilement être rappelé dans la charte de déontologie des autorités que cette notification doit respecter la présomption d'innocence et ne pas présenter ces faits comme déjà établis¹²⁰. Il pourrait aussi être indiqué que cette notification doit être rédigée de façon complète et précise, même si elle n'a pas à contenir l'énumération exhaustive de tous les éléments sur lesquels la décision finale de l'organe de jugement pourra être prise. La précision de la notification des griefs fait d'ailleurs partie des droits de la défense, l'article 6, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrant à cet égard le droit pour tout justiciable faisant l'objet de poursuite d'« être informé, dans le plus court délai, dans

(116) V. par ex. AMF, Commission des sanctions, 16 janv. 2008, *Infogrames Entertainment et autres*, *Rev. mens. AMF* juin 2008, n° 48, p. 121.

(117) CE 2 nov. 2005, *Gaz. Pal.* 21 juin 2006. 25, note F. Boucard.

(118) Cette seconde condition est cependant interprétée largement par la Cour d'appel de Paris qui a déjà eu l'occasion d'affirmer en matière boursière qu'un dirigeant pouvait être sanctionné alors même que la notification des griefs ne visait formellement que la société elle-même (CA Paris, 1^{er} avr. 2003, *Banque et droit*, juill.-août 2003. 45, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre).

(119) Art. R. 621-39 du code monétaire et financier *in fine* ; pour un exemple de reprise de la procédure après nouvelle notification afin de compléter la liste de griefs : AMF, Commission des sanctions, 21 janv. 2010, *M. E.*

(120) CE 20 oct. 2000, *D.* 2001. 1072, obs. M. Sousse.

une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ».

122. – Or, le contenu de cette notification est inégalement encadré selon les autorités. Certes, l'organe de sanctions ou la juridiction de recours veille le plus souvent à ce que cette notification contienne tous les éléments de droit et de fait pertinents¹²¹, mais il serait préférable pour davantage de sécurité juridique que le contenu soit prévu par un texte. Il en va de même en ce qui concerne la traduction en langue étrangère de la notification des griefs qui bien que mise en œuvre en pratique¹²², gagnerait à être prévue pour toutes les autorités, ce qui permettrait de clarifier le point de la traduction des pièces qui, en l'état actuel de la jurisprudence n'est, à juste titre nous semble-t-il, pas imposée¹²³.

123. – Le contenu de celle-ci serait précisément encadré. Elle devrait contenir tout d'abord les éléments de fait et de droit fondant les poursuites ainsi que, en annexe, le rapport d'enquête. Pour des raisons évidentes de volume, les pièces n'auraient pas à être toutes systématiquement transmises à la personne mise en cause. Cependant, il devrait être indiqué à celle-ci qu'elle peut prendre connaissance du dossier et notamment, des pièces citées dans le rapport d'enquête, et qu'elle peut en prendre copie. Il devrait également être porté à sa connaissance la qualification des faits retenus et les sanctions susceptibles d'être prononcées. Enfin, il devrait lui être rappelé son droit à l'assistance d'un conseil et le délai dont elle dispose pour formuler ses observations. Dans l'hypothèse où la personne concernée estimerait le contenu de la notification des griefs trop imprécis, elle devrait pouvoir, dans un délai fixe à compter de la réception (un délai de huit jours semble suffisant), saisir l'autorité de l'enquête d'une demande non suspensive d'éclaircissement.

(121) V. par ex. AMF, Commission des sanctions, 25 janv. 2007, *Rev. mens. AMF* n° 39, p. 109 ; CA Paris, 23 janv. 1995, *Bulletin Joly Bourse*, 1995. 119, note Th. Bonneau.

(122) V. par ex. AMF, Commission des sanctions, *Banca Popolare di Milano et MM. Roberto Mazzota et Fabrizio Viola*.

(123) V. par ex. AMF, Commission des sanctions, 29 sept. 2007, préc.

Proposition n° 38

Prévoir que toute personne mise en cause ou directement intéressée par une enquête ou un contrôle est, sur simple demande, informée par l'autorité des suites données aux investigations.

Proposition n° 39

Encadrer précisément le contenu de la notification des griefs, à laquelle doit être annexé le rapport d'enquête (exposition précise et complète, dans le respect de la présomption d'innocence, des éléments de faits et de droit fondant les poursuites, qualification des faits, sanctions susceptibles d'être prononcées, droit à l'assistance d'un conseil, délai pour formuler les observations, etc.).

Proposition n° 40

Prévoir qu'à dater de la notification des griefs, la personne mise en cause dispose d'un délai de deux mois, pour transmettre ses observations à l'autorité et d'un délai de quinze jours pour saisir l'organe de poursuites d'une demande, non suspensive, d'éclaircissements sur la notification des griefs.

III — Règles spécifiques au stade de l'instruction et du jugement

124. – Une fois la notification des griefs adressée à la personne mise en cause, s'ouvre une phase contradictoire devant l'organe de jugement (A) et l'adoption d'une décision de sanction ou de mise hors de cause (B).

A — La procédure de sanction

125. – En tous les cas, la phase d'instruction devrait prévoir des règles propres à garantir l'indépendance des agents du régulateur dont l'instruc-

teur souhaite s'adjoindre les services et qui, à l'heure actuelle, demeurent placés sous la subordination de l'autorité ayant décidé des poursuites.

1/ Assurer un contradictoire effectif tout au long de l'instruction

126. – La phase d'instruction revêt une importance toute particulière en ce qu'elle est la seule étape où peuvent être menées des investigations de façon pleinement contradictoire. Ceci implique en premier lieu que les personnes mises en causes doivent avoir accès à l'intégralité du dossier en ce compris l'ensemble des pièces et documents recueillis au cours des investigations. Il serait pertinent de rappeler ce principe.

127. – Le contradictoire implique également la possibilité pour le mis en cause de solliciter des mesures d'instruction. À cet égard, le droit reconnu au mis en cause par l'article 6, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « *d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* » revêt une importance particulière. Ce droit vise à compléter l'exigence d'égalité des armes en permettant à la personne mise en cause, dès lors qu'elle en fait la demande, d'une part, d'interroger les témoins à charge et, d'autre part, de faire entendre ses propres témoins comme l'autorité de poursuite pourrait le faire¹²⁴. Ces deux possibilités ne confèrent cependant aucun droit absolu au mis en cause. En effet, les droits de la défense ne sont atteints que lorsqu'une condamnation se fonde, uniquement ou dans une mesure déterminante, sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu¹²⁵ interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats¹²⁶. Quant à la possibilité de réclamer l'audition de témoins à décharge, elle n'emporte pour l'autorité sollicitée qu'une obligation d'examiner la requête, non d'y

(124) CEDH 22 juin 2006, *Guilloury c/ France*.

(125) Hors le cas bien évidemment d'un obstacle matérielle résultant par exemple de l'impossibilité de localiser le témoin.

(126) CEDH 20 sept. 1993, *Saïdi c/ France*.

satisfaire, dès lors qu'un refus n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits de la défense¹²⁷.

128. – La grande latitude reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme aux autorités nationales pour apprécier l'utilité des témoignages sollicités¹²⁸ se retrouve dans les textes encadrant les autorités administratives, lesquels permettent, à la personne en charge de l'instruction, comme à l'organe de jugement, d'entendre toute personne dont l'audition leur semble utile¹²⁹. Cette latitude est validée par la jurisprudence dès lors que la loyauté de la procédure n'est pas atteinte¹³⁰, mais devrait cependant s'accompagner d'une obligation de motiver tout refus d'entendre un témoin à décharge¹³¹, après un examen suffisamment sérieux de la demande¹³². Afin de parfaire le respect des droits de la défense sur ce point et compte tenu des rejets parfois systématiques devant certains régulateurs, il serait souhaitable d'offrir au mis en cause, en cours de procédure, la possibilité de contester tout refus d'entendre un témoin¹³³. Une obligation similaire devrait être prévue concernant l'adjonction de pièces au dossier à la demande de la personne mise en cause. En outre, il devrait être précisé que les personnes mises en cause doivent obligatoirement être entendues par le rapporteur au moins une fois avant que celui-ci ne rédige son rapport, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui devant toutes les autorités.

(127) CEDH 5 avr. 2001, *Erich Priebke c/ Italie*.

(128) CEDH 22 avr. 1992, *Vidal c/ Belgique*.

(129) V. not. : art. R. 621-39 et R. 621-40 du code monétaire et financier pour l'AMF ; art. R. 612-47 du code de commerce pour l'ACP ; art. R. 463-7 et R. 464-6 du code de commerce pour l'Autorité de la concurrence.

(130) V. par ex. : Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-20.811 pour l'AMF ; Cass. com., 26 nov. 2003, *BOCCRF* n° 2, 12 mars 2004. 175 ; Cass. com. 22 févr. 2005, n° 03-20.928, 03-21.005, 03-21.032, 03-21.045 et 03-21.141, *BOCCRF* 23 juin 2005. 464. Rapp. Cons. conc. 2005. 351 pour le régulateur de la concurrence.

(131) V. en ce sens : Cass. crim., 27 juin 2001, *Gaz. Pal.* 24 févr. 2002. 18, note Y. Monnet.

(132) Pour un exemple de motivation par le Conseil de la concurrence, V. décis. n° 03-D-96 du 3 mars 2003.

(133) V. *infra*.

129. – À titre de sanction, il serait prévu que tout refus infondé d'entendre un témoin ou de porter au dossier une pièce pertinemment proposée par la défense et, plus généralement, toute abstention non justifiée de prendre en compte un élément à décharge devrait pouvoir donner lieu à l'annulation de la procédure. Cette solution correspond du reste à la position de la Cour européenne de droits de l'homme qui assimile à une violation du devoir de loyauté toute abstention de rechercher ou de produire certains éléments à décharge¹³⁴.

130. – À l'issue de son instruction, le rapporteur transmet à l'organe de jugement son rapport. Afin de respecter le principe du contradictoire et le droit de tout justiciable de bénéficier du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense¹³⁵, la personne mise en cause doit également en être destinataire et pouvoir formuler des observations. Le représentant de l'autorité de poursuite devrait lui aussi pouvoir communiquer ses remarques sur le rapport du rapporteur. Pour s'assurer que la personne mise en cause dispose d'un délai suffisant pour pouvoir prendre connaissance de ces remarques et le cas échéant, y apporter une réponse, le représentant de l'accusation devrait se voir imposer de transmettre ses observations par écrit et au plus tard dix jours avant la séance devant l'organe de jugement. Cette communication écrite préalable aurait également le mérite de permettre aux membres de l'organe de jugement de mieux se préparer aux débats et de rendre une décision davantage mûrie.

131. – Le rapporteur peut enfin vouloir lui aussi formuler des observations ou apporter des précisions sur son rapporta près l'avoir transmis. Il devrait être précisé que cette intervention ne peut être qu'écrite et qu'elle devrait également être adressée à l'autorité de poursuites et à la défense, lesquelles devraient alors bénéficier d'un délai déterminé pour réagir le cas échéant par de nouvelles observations. Serait ainsi évité, sauf mise à jour d'éléments nouveaux durant les débats, tout revirement de la part du rap-

(134) CEDH 16 févr. 2000, *Fitt c/ Royaume-Uni*, n° 29777/96 ; CEDH 9 mai 2003, *Georgios Papageorgiou c/ Grèce*, n° 59506/00.

(135) Art. 6, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

porteur propre à mettre le mis en cause dans une situation délicate en considération de laquelle il n'a pu préparer sa défense¹³⁶.

Proposition n° 41

Prévoir que toute personne mise en cause qui le demande doit être obligatoirement entendues par le rapporteur avant que celui-ci ne rédige son rapport.

Proposition n° 42

Prévoir que le représentant de l'organe de poursuites doit transmettre ses observations par écrit à l'organe de sanctions et à la personne mise en cause au plus tard cinq jours avant l'audience devant l'organe de sanctions.

Proposition n° 43

Prévoir, en cas d'éventuelles nouvelles observations du rapporteur, que celles-ci doivent être formulées par écrit et qu'un délai doit être laissé à l'organe de poursuites et à la défense pour y répondre.

*2/ Assurer le caractère contradictoire et public des débats
devant l'organe de jugement*

a) Le caractère contradictoire des débats

132. – Les débats devant l'organe de jugement constituent l'étape finale de la procédure de sanction et le point d'orgue de la mise en œuvre du principe du contradictoire. Le respect de ce principe impose en premier lieu que la personne mise en cause soit systématiquement présente ou à tout le moins dûment appelée ce qui devrait être expressément prévu par les

(136) V. par ex. CA Paris, 12 févr. 2004 contre Cons. conc., 22 déc. 2003, décis. n° 03-MC-04, *BOCCRF* n° 2004-05 où le commissaire du gouvernement a changé de position en cours de séance.

textes¹³⁷. La CJUE impose d'ailleurs que la personne mise en cause ait eu la possibilité d'être entendue avant toute condamnation¹³⁸.

133. – Il conviendrait également que la formulation d'observations sur le rapport du rapporteur par le représentant de l'organe de poursuites soit encadrée comme il vient d'être décrit. Il se peut cependant qu'au cours des débats, des éléments supplémentaires soient mis en évidence ou éclairés de façon nouvelle, ne fût-ce qu'en raison de la faculté pour l'organe de jugement d'entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile. Dans pareil cas, il devrait être prévu la faculté pour le mis en cause et pour l'organe de poursuites de réclamer une suspension des débats afin d'adapter leur position.

134. – En application du principe du contradictoire mais aussi de l'égalité des armes, la personne mise en cause doit avoir la faculté de solliciter l'audition de toute personne dont le témoignage lui paraît utile. Là encore, un refus de la part de l'organe de jugement devrait être systématiquement justifié. De même la personne mise en cause doit, conformément aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, pouvoir entendre et interroger les témoins à charge. Il serait utile de rappeler ces principes et de prévoir la nullité de toute décision de sanction se fondant sur le témoignage d'une personne que le mis en cause n'a pu interroger à aucun stade de la procédure¹³⁹, sauf cas de force majeure.

135. – Autre conséquence du respect du contradictoire, l'organe de jugement, s'il souhaite soulever d'office un moyen ou retenir un élément de fait ou de droit non encore soumis à discussion, doit inviter les parties à transmettre leurs observations à ce sujet et leur donner le temps nécessaire à la préparation de leur argumentaire, ce qui mériterait aussi d'être rappelé. À l'issue des débats, une note d'audience devrait être signée par

(137) V. par ex. art. 41 du Règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence et art. L. 463-7 du code de commerce.

(138) CJUE 25 oct. 2011, *Solvay SA c/ Commission*, C-109/10 et C-110/10.

(139) CEDH 13 avr. 2006, *Vaturi c/ France*, n° 75699/01 ; CEDH 23 avr. 1997, *Van Mechelen et autres c/ Pays-Bas*.

le président de l'organe de jugement, ce qui permettrait comme devant toute juridiction de s'assurer du bon déroulement de l'audience.

Proposition n° 44

Renforcer le caractère contradictoire des débats devant l'organe de sanctions, notamment en formalisant la faculté de demander une suspension des débats en cas d'éléments nouveaux ou dans l'hypothèse où l'organe de sanction soulève d'office un moyen ou retient un élément non encore soumis à discussion.

b) Le droit du mis en cause d'avoir la parole en dernier

136. – La Cour de cassation a eu l'occasion, à plusieurs reprises, d'énoncer comme principe général du droit¹⁴⁰ puis comme principe général de procédure¹⁴¹ la faculté pour tout mis en cause d'avoir la parole en dernier, sous peine de nullité de la procédure. Ainsi, la personne poursuivie (ou son conseil) doit toujours avoir le dernier mot et pouvoir répliquer à toute observation, écrite ou orale¹⁴². Compte tenu de l'importance reconnue à ce droit par la jurisprudence, celui-ci mériterait d'être formellement consacré devant tous les régulateurs, ce qui est du reste le cas devant la plupart d'entre eux.

Proposition n° 45

Consacrer formellement le droit pour le mis en cause d'avoir la parole en dernier.

(140) V. par ex. Cass. crim., 16 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 23.

(141) Cass., ass. plén., 7 juill. 2005, *Bull. crim.* n° 202 ; Cass. civ. 1^{re}, 25 févr. 2010, n° 09-11.180 ; Cass. crim., 23 août 1993, *Bull. crim.* n° 258.

(142) V. en ce sens : Cass. com., 27 janv. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 42 ; Cass. com., 13 juill. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 163 ; Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-21.045.

c) Le droit à l'assistance d'un interprète

137. – L'article 6, § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à la personne mise en cause, dès lors qu'elle ne maîtrise pas suffisamment notre langue¹⁴³ et qu'elle en fait la demande¹⁴⁴, de bénéficier de l'assistance gratuite¹⁴⁵ d'un interprète afin notamment de pouvoir préparer sa défense en s'entretenant avec son avocat¹⁴⁶.

138. – Mis en œuvre pour des raisons pratiques évidentes¹⁴⁷, ce droit mériterait d'être formalisé afin notamment d'en délimiter les contours. Il conviendrait en effet de préciser l'obligation corollaire de fournir une traduction de la notification des griefs mais non des autres pièces du dossier¹⁴⁸.

d) La publicité des débats

139. – La publicité des débats fait partie des exigences européennes du procès équitable, qu'il s'agisse de l'ouverture des débats au public ou de la proclamation publique de la décision¹⁴⁹. Malgré son importance, elle fait l'objet de dispositions très variées selon le régulateur. Tantôt, la publicité est de principe¹⁵⁰, tantôt le huis clos est prescrit¹⁵¹, les exceptions présentant quant à elles la même diversité¹⁵².

(143) L'assistance ne peut être obtenue qu'en cas d'incompréhension véritable. Le rejet de la langue française par une personne la maîtrisant suffisamment ne permet pas de bénéficier de cette mesure : Cass. crim., 26 juill. 1993, *Bull. crim.* n° 251.

(144) Cette assistance doit être demandée par la personne concernée qui autrement, ne saurait alléguer une violation de ses droits : Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-16.296.

(145) Le coût de la mesure ne peut être mis à la charge de la personne poursuivie : Cass. crim., 24 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 94.

(146) Cass. crim., 29 juin 2005, n° 3971 ; Cass. crim., 6 déc. 1994, *Bull. crim.* n° 394.

(147) V. par ex. AMF, Commission des sanctions, 7 juin 2007, *Sociétés Vivendi Universal et autres*.

(148) V. par ex. : Cass. crim., 4 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 293 ; AMF, Commission des sanctions, 29 mars 2007, préc.

(149) V. par ex. : CEDH 29 oct. 1991, *Helmets c/ Suède*, n° 11826/85 ; CEDH 8 déc. 1983, *Pretto c/ Italie*.

(150) V. par ex. art. L. 621-15 IV *bis* du code monétaire et financier pour l'AMF.

(151) V. par ex. : art. L. 463-7 du code de commerce pour l'Autorité de la concurrence ou encore art. L. 2135-8 du code des transports pour l'ARAF.

140. – Il conviendrait donc de s'interroger sur l'instauration d'un principe de publicité des débats et des exceptions nécessaires permettant au président de l'organe de jugement de déroger à ce principe. La formulation de l'article L. 621-15 IV *bis* du code monétaire et financier pourrait à cet égard servir de modèle : « [...] *d'office ou sur la demande d'une personne mise en cause, le président de la formation saisie de l'affaire peut interdire au public l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public, de la sécurité nationale ou lorsque la protection des secrets d'affaires ou de tout autre secret protégé par la loi l'exige* ».

Proposition n° 46

Généraliser le principe de la publicité des débats et définir précisément les conditions d'une dérogation à ce principe.

B — Assurer une publicité raisonnée des décisions de sanction

141. – Au stade de la délibération et du prononcé de la décision, plusieurs normes à valeur constitutionnelle ou supranationale s'imposent à l'organe de jugement. Une mention de ces principes dans la charte de déontologie serait sans doute utile, rappelant en particulier aux membres de l'organe de jugement qu'ils doivent motiver leurs décisions de façon précise, et ce y compris en ce qui concerne le quantum de la sanction.

142. – La question majeure soulevée à ce stade par les procédures en vigueur devant les différents régulateurs dotés de pouvoirs de sanction est cependant celle de la publicité de la décision finalement rendue. Cette pu-

(152) V. par ex. : art. 16 de la délibération n° 2006-147 du 23 mai 2006 fixant le règlement intérieur de la Commission nationale de l'informatique et des libertés pour la CNIL qui prévoit une exception à la publicité demandée par le mis en cause « *dans l'intérêt de l'ordre public, de la protection de la vie privée de l'une des parties concernées ou lorsque la publicité est susceptible de porter atteinte au secret des affaires ou à tout autre secret protégé par la loi* » ou encore, art. 19 du décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 sur la procédure de sanction de la CRE qui dispose à l'inverse que « *La séance est publique, sauf demande contraire de la personne poursuivie* ».

blication présente à la fois des intérêts et des inconvénients évidents. En premier lieu, une telle mesure permet à la sanction prononcée de produire un effet dissuasif propre à renforcer l'action du régulateur concerné. Elle permet également d'assurer la prévisibilité des solutions retenues par l'organe de jugement et ainsi, de garantir une certaine sécurité juridique aux personnes placées sous l'autorité du régulateur. Compte tenu de ces intérêts indéniables, il pourrait être envisagé de généraliser le principe de publicité des décisions de sanction comme de mise hors de cause.

143. – La publicité de la décision peut cependant présenter des inconvénients potentiellement graves. Elle risque particulièrement de porter atteinte à la réputation de la personne sanctionnée et de lui causer ainsi un préjudice professionnel important. C'est pourquoi, il conviendrait de préciser, à l'instar de ce qui existe pour la Commission des sanctions de l'AMF que la publication doit être écartée en cas de *risque de perturber gravement les marchés financiers ou de causer un préjudice disproportionné aux parties en cause*¹⁵³.

144. – Pour éviter de causer un préjudice disproportionné aux personnes mises en cause sans pour autant renoncer à la publication de la décision et à ses vertus pédagogiques, une solution réside dans l'anonymisation de la décision, pratique qui a été développée en marge des textes, notamment par l'AMF. Cette mesure permet en outre d'éviter que, plusieurs années après la décision en question, internet ne porte encore trace de la condamnation et ne permette de connaître l'identité des personnes sanctionnées après l'écoulement d'un délai qui devrait pourtant leur permettre de bénéficier d'un droit à l'oubli. Il convient cependant de noter qu'actuellement, cette pratique n'est guère encadrée, ce qui est source de confusion et d'incertitude pour les justiciables. C'est pourquoi, il serait opportun de formaliser la pratique de l'anonymisation en prévoyant notamment que toute personne mise hors de cause peut de plein droit à sa demande obtenir l'anonymisation de la décision à son égard, que la mise hors de cause soit prononcée par l'autorité ou par la juridiction de recours. Pour les

(153) Art. L. 621-15, V du code monétaire et financier.

autres personnes, l'anonymisation pourrait être obtenue sur demande, le refus de l'organe de jugement devant alors être motivé.

Proposition n° 47

Uniformiser et encadrer la publicité des décisions de sanction, notamment en définissant clairement les situations dans lesquelles il doit être dérogé au principe de publicité et celles dans lesquelles une anonymisation de la décision doit être ordonnée.

IV — Voies de recours

145. – Si le principe du double degré de juridiction est applicable par principe aux autorités régulatrices, les modalités de sa mise en œuvre sont encore très diverses. On peut notamment constater que certaines décisions doivent être portées devant le Conseil d'État¹⁵⁴, tandis que d'autres recours reviennent à la Cour d'appel de Paris¹⁵⁵. Plusieurs autorités voient même leurs décisions réparties entre les deux juridictions selon des critères d'attribution ne permettant pas toujours une démarcation claire et logique. La dispersion du contentieux issu des décisions rendues par les différents régulateurs entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire est regrettable. En effet, le cadre dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme justifie un traitement particulier de ces recours : à une harmonisation des procédures visant à l'observation des garanties du procès équitable doit répondre une unité de jurisprudence. Une illustration éclatante des problèmes causés par la division actuelle du contentieux peut être trouvée dans le traitement des absorptions de personnes morales ayant commis des manquements sanctionnés par l'AMF : là où la Cour d'appel de Paris refuse de sanctionner la personne ayant absorbé l'entité auteur des

(154) Il s'agit des décisions de l'ACP, du CSA, de la CNIL, de l'ARCEP, de l'ARJEL, de la CRE et de l'ARAF.

(155) AMF et Autorité de la concurrence.

manquements¹⁵⁶, le Conseil d'État retient pour sa part la responsabilité de l'absorbante¹⁵⁷. Une Autorité en charge de tous les recours mettrait fin à ces regrettables divergences. L'unification du contentieux auprès de la Cour d'appel de Paris serait une solution opportune : elle traite en effet déjà les recours les plus emblématiques des Autorités, ceux rendus en matière d'entorse à la réglementation des marchés financiers et de pratiques anti-concurrentielles¹⁵⁸. À tout le moins, si la dualité des recours devait être maintenue, il serait souhaitable que la répartition des affaires entre les juridictions s'opère en fonction de la nature des dossiers et non, comme c'est par exemple le cas en ce qui concerne les décisions de l'AMF, en fonction de la qualité des personnes.

146. – Plus encore, les recours offerts aujourd'hui, même si l'on laisse de côté la question de leur centralisation auprès d'une juridiction unique, gagneraient à voir leur étendue plus clairement définie. En effet, si les recours devant le Conseil d'État sont de pleine juridiction, ceux présentés à la Cour d'appel de Paris se bornent théoriquement à un contrôle de réformation ou d'annulation. Pourtant, en pratique, la Cour a pris l'habitude de rejuger entièrement l'affaire. Le recours devant être, pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'occasion de respecter l'ensemble des garanties offertes par l'article 6, il est primordial que le contrôle opéré par le juge soit le plus large possible, c'est-à-dire que l'intégralité de l'affaire soit rejugée, et non pas que soient seulement examinés les moyens mis en avant par les parties. Il serait donc opportun de clarifier l'étendue du recours en affirmant clairement son effet entièrement dévolutif.

(156) CA Paris, 14 mai 1997, *Rev. sociétés*, 1997. 827, note H. Le Nabasque ; *Bull. Joly Bourse*, 1997. 379, note N. Rontchevsky. ; Cass. com., 15 juin 1999, *Bull. Joly Bourse*, 1999. 579, note N. Rontchevsky.

(157) CE, 17 déc. 2008, n° 316000, *Bull. Joly Bourse*, 2009. 50 ; CE 22 nov. 2000, n° 207697, *RJDA* 03/01, n° 331, p. 299 ; CE 30 mai 2007, n° 293423, *Banque et droit*, juill. 2007. 29, obs. de Vauplane et J.-P. Bornet ; CE 6 juin 2008, n° 299203.

(158) Une telle solution semble conforme à la Constitution dès lors que les décisions de sanction en cause sont susceptibles d'engendrer des contestations contentieuses diverses (par exemples, des demandes de dommages et intérêts) dont certaines devraient être tranchées par le juge judiciaires et que, par conséquent, la dévolution des recours formés contre ces décisions à une juridiction de l'ordre judiciaire permet une bonne administration de la justice (Cons. const., décis. n° 86-224 DC du 23 janv. 1987).

147. – Enfin, il conviendrait de généraliser la possibilité offerte aux organes de poursuite de certaines autorités régulatrices de faire appel des décisions rendues par l'organe de jugement, possibilité d'autant plus logique que ce dernier est indépendant.

Proposition n° 48

Uniformiser le régime des recours contre les décisions de l'organe de sanctions en en confiant le traitement à une juridiction unique et en affirmant clairement l'effet entièrement dévolutif de la saisine de celle-ci.

Proposition n° 49

Généraliser la possibilité offerte aux organes de poursuites de certaines autorités de faire appel des décisions rendues par l'organe de sanctions.

Composition de la commission

Présidents :

Didier MARTIN

Avocat à la Cour

Anne-José **FULGÉRAS**

Conseiller spécial auprès de la Direction générale de Natixis

François **FRANCHI**

Président de chambre à la Cour d'appel de Reims

Membres :

Yann AGUILA

Avocat à la Cour

Charles ARSOUZE

Avocat à la Cour

Odile DE BROSES

Directrice du service juridique, AFEP

Bertrand DACOSTA

Rapporteur public au Conseil d'État

Sylvie D'ARVISENET

Avocat à la Cour

Fabrice FAGES

Avocat à la Cour

Muriel GOLDBERG-DARMON

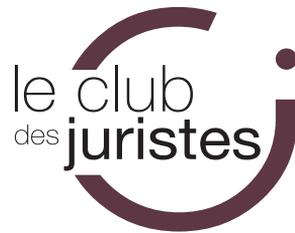
Avocat à la Cour

Ronald MAMAN

Avocat à la Cour

Jonathan MATTOU

Avocat à la Cour



Association déclarée - 4, rue de la planche 75007 Paris

Tél. : 01 53 63 40 04 - Fax : 01 53 63 40 08

www.leclubdesjuristes.com