

L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable

Présidence :

Denys de Béchillon, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Intervenants :

Jacques Fourvel, Conseiller du président du Groupe Casino pour la prévention et la sécurité juridique

Mattias Guyomar, Conseiller d'État, professeur ; associé à l'Université Paris Sud 11

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 37 - OCTOBRE 2012

Le 5 avril 2012(1) s'est tenue, au Conseil constitutionnel, une conférence sur le thème « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable ». Il s'agit de la cinquième conférence du cycle consacré à l'entreprise face aux droits fondamentaux, organisé par la Société de législation comparée avec le soutien du Conseil constitutionnel et intitulé « Les Jeudis de la SLC »

Résumé : L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », tel était le thème de la cinquième conférence du cycle consacré à l'entreprise face aux droits fondamentaux, organisé par la Société de législation comparée avec le soutien du Conseil constitutionnel, dont l'objet est de réunir des personnalités d'horizons différents, afin de réfléchir aux enjeux que représentent les droits fondamentaux pour l'entreprise aujourd'hui.

Cette conférence, sous la présidence de Denys de Béchillon, professeur à l'Université de Pau, a permis des échanges particulièrement fructueux entre un juriste d'entreprise, Jacques Fourvel, conseiller du président d'un grand groupe de distribution et un conseiller d'État, Mattias Guyomar, sur le thème du respect du droit au procès équitable, tel qu'il est garanti, notamment, par le premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dans le cadre des procédures de sanction mises en œuvre par les autorités de régulation.

Elle a permis d'aborder les questions que posent, au regard de ce droit, mais aussi au regard du droit au respect du secret des locaux professionnels et de la correspondance, tant la phase d'enquête préalable, que le cœur même du « procès » devant les autorités administratives, ainsi que les questions liées à la portée et au contrôle des sanctions que celles-ci peuvent, le cas échéant, être amenées à prononcer.

Denys de Béchillon : « Procès équitable », c'est une affaire sérieuse. Il y a presque une contradiction dans le fait même de s'interroger sur la possibilité qu'un procès ne le soit pas. Je vous rappelle que dans une bonne définition philosophique de la fonction de juger, celle qu'avait donnée Alexandre Kojève, le juge est un tiers désintéressé et impartial. C'est même à ça qu'on le reconnaît. Par voie de conséquence, la possibilité qu'il puisse y avoir un procès (digne de ce nom) qui ne serait pas équitable défie l'entendement.

Mais enfin le fait est qu'on a dû se préoccuper d'organiser cette équité. Et comme vous le savez aussi, cela a pris du temps et n'a pas été très simple. La notion de procès équitable a été beaucoup reliée au travail créateur de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) sur le fondement de la convention. Mais il est peut-être un tantinet excessif de le dire ainsi parce que d'autres institutions avant elle, et notamment le Conseil d'État, avaient largement contribué à édifier tout un *corpus* qui, s'il n'avait pas nécessairement le nom, avait au moins la fonction de faire respecter ces règles du procès équitable. En outre, le Conseil constitutionnel y a aussi beaucoup contribué, alors même que la Constitution était très peu explicite sur les questions processuelles. Cela a d'ailleurs été une part de son génie que de redécouvrir à cet effet, dans la Déclaration des droits de l'homme, cette idée de « garantie des droits » prévue à l'article 16 de la déclaration. Tout est déjà là-dedans : la notion d'une effectivité, d'une protection réelle des droits fondamentaux qui ne peut passer que par l'organisation d'un procès de très bonne qualité.

Quoi qu'il en soit, une espèce de distance critique s'est instaurée, pendant assez longtemps à l'égard de cette notion de procès équitable. Beaucoup d'acteurs et en particulier beaucoup de juridictions considéraient qu'il y avait un peu d'excès dans cette affaire, notamment parce que la théorie des « apparences » d'un procès équitable apparaissait futile. Nombre de gens se disaient qu'il n'était peut-être pas si raisonnable que ça de se préoccuper de la manière dont le justiciable percevait la justice. L'important était qu'elle *soit* satisfaisante. J'avoue avoir fait longtemps partie de ce clan des grognons, mais j'ai changé d'avis. Je crois d'ailleurs que le Conseil d'État aussi a changé d'avis et que tout le

monde, en vérité, a changé d'avis. Tout le monde s'est acclimaté à l'idée qu'il est vital que le justiciable soit confiant en sa justice, qu'il ait le sentiment que les dés ne seront pas pipés et que, pour le moins, les choses se passeront bien. À des degrés divers, nous avons commencé à abandonner l'ambition de vouloir éduquer à toute force le justiciable pour lui apprendre qu'il a tort, qu'il ne comprend rien, qu'il pense mal... Nous ne rêvons plus de le dresser à endurer ce qui lui apparaît comme une anomalie. Tous les débats sur la présence au délibéré du commissaire du gouvernement qui - y compris aux yeux de votre serviteur - sont parfois apparus quasiment obscènes parce que l'institution est irremplaçable, n'étaient en réalité pas si inutiles. Le problème se posait pour de bon de savoir si l'on devait prendre au sérieux la perception de ce justiciable qui ne comprenait pas pourquoi le commissaire du gouvernement allait délibérer avec ses camarades et pouvait en concevoir de la crainte ou de l'amertume. Et maintenant que l'on a pris ça au sérieux, et que l'on a apporté des réponses intelligentes à ce problème, en les contenant dans des limites raisonnables, les choses vont plutôt mieux.

Le procès équitable est devenu une préoccupation constante. Nous avons tous nos sensibilités. Elles peuvent être plus ou moins exacerbées sur tel ou tel point, mais enfin plus personne ne pense que cette question soit secondaire. Tant mieux.

S'ajoute à ces éléments de contexte un point spécifique pour notre sujet de ce soir. Le bain européen de préoccupation pour le procès équitable était *ab initio* très peu favorable à une interrogation sur le monde de l'entreprise. Cela a été souvent dit dans le cadre de ce cycle de conférence : la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas été construite à cet effet. On pensait à Strasbourg, et pas forcément à tort, qu'il était plus important de se préoccuper des mauvais traitements dans les arrière-salles des commissariats de police, que du vécu subjectif d'une entreprise.

Mais, là aussi les conceptions ont beaucoup évolué. Il y a dix ans, une partie de la doctrine était très hostile à l'idée que la CEDH puisse se faire le juge de la protection des intérêts des entreprises. Mais nous n'en sommes plus là. Une culture *générale* de la protection de tous les droits fondamentaux s'est instillée partout, qui bénéficie aussi aux personnes morales. Fort heureusement, d'ailleurs, parce que les entreprises jouent gros. Et ce d'autant que la police économique, sous sa forme moderne de régulation, lui impose des contraintes extrêmement lourdes. Comme vous le savez, les autorités administratives indépendantes dont nous allons essentiellement parler ce soir sont des tribunaux « au sens de ». Pour une part essentielle de leurs attributions, elles doivent être traitées comme des tribunaux sous l'angle procédural. Tant mieux. Lorsque vous exposez une entreprise à des sanctions qui peuvent être de l'ordre de la centaine de millions d'euros voire plus, vous ne pouvez pas lui demander de prendre à la légère la perception qu'elle a de la manière dont le procès dont elle est l'acteur va se dérouler puisque c'est bien d'un procès qu'il s'agit.

De fait, la régulation économique est devenue non seulement un sujet de préoccupation politique majeur mais aussi un élément central du vécu des entreprises. Il existe une très forte conflictualité possible aujourd'hui dans le monde de l'entreprise, qui n'est pas simplement liée aux rapports quelquefois un peu tendus qui peuvent opposer deux concurrents ou deux partenaires mais aussi à la relation, compliquée, difficile, qui s'instaure entre le contrôleur - c'est-à-dire le régulateur - et le contrôlé, quelle que soit d'ailleurs la nature de la régulation en cause. Il est donc proprement vital que les choses se passent bien dans la réalité de ces « procès » comme dans la perception que les acteurs en ont. Encore une fois, les entreprises jouent gros et sont légitimes à exiger un procès équitable et perceptible comme tel.

Simplement, cette bonne perception n'est pas toujours partagée, et c'est une des raisons pour lesquelles il nous est apparu heureux de confronter ici un homme d'entreprise, même s'il ne l'a pas toujours été et si son expérience d'homme du parquet est déterminante dans sa manière de penser, et un homme du Conseil d'État, contrôleur du contrôleur et doté, lui aussi, d'une expérience et d'une hauteur de vue précieuses.

Je vais leur céder la parole en vous précisant simplement deux choses. Nous laisserons de côté le thème du droit pénal, faute de temps. Et nous traiterons essentiellement du procès équitable *devant les autorités de régulation* puisque les débats les plus actuels et les plus ardents se déploient sur ce terrain.

Nous procéderons en respectant un séquençage dont vous allez mesurer tout de suite la grande puissance et la grande originalité, puisque c'est en trois parties que cet échange se déroulera : avant, pendant et après le procès.

Jacques Fourvel : Merci d'avoir rappelé que l'entreprise est au cœur du débat parce qu'elle est au cœur de la société, elle est créatrice de richesses et bien sûr, créatrice d'emplois. Elle est soit adulée, soit décriée, soit critiquée dans les temps que nous connaissons aujourd'hui, mais elle est incontournable.

Je voudrais dire par ailleurs, que mes propos que vous avez la bienveillance d'écouter aujourd'hui, je les tiens à titre exclusivement personnel. Je suis effectivement président du comité de gestion des risques d'une grande entreprise, je suis conseiller du président directeur général d'un

grand groupe de distribution, mais je ne suis pas ici pour délivrer un message. Les propos que je tiens sont exclusivement les miens, et à un double titre car en outre je suis encore et pour quelque temps magistrat de l'ordre judiciaire en disponibilité et de la même façon les magistrats sont astreints au devoir de réserve donc vous voyez, ce que je dirai, ce sera exclusivement mon point de vue et il n'y a pas de message délivré.

Ces deux expériences professionnelles peuvent sembler contradictoires parce que j'ai été pendant vingt ans magistrat dont seize ans au parquet de Paris et pendant dix ans à la division financière ; d'abord à la section financière et ensuite j'ai été le chef de la section économique, section qui connaît justement des contentieux de la consommation, des ententes, des affaires de concurrence. Ainsi donc j'ai été pendant quelques années, disons simplement du côté de la répression. Et aujourd'hui, depuis douze ans, je suis dans une entreprise et, contrairement aux apparences, il n'y a pas de contradiction parce que la loi reste la loi.

Ce que craint aujourd'hui l'entreprise, ce que craint un groupe de la taille de mon groupe, c'est d'être mal perçu, d'avoir une mauvaise d'image, c'est-à-dire qu'une entreprise de la taille de la mienne ne veut absolument pas se mettre dans une situation où elle serait susceptible d'être accusée de commettre des infractions, qu'il s'agisse d'infractions de droit pénal, mais de façon générale d'infractions économiques qui pourraient mettre en cause et faire soupçonner son honorabilité, son honnêteté, parce qu'on a vu dans le passé que ce préjudice d'image pouvait être mortel. Il y a des exemples que tout le monde connaît : Kléber Colombes, il y a quarante ans, que des organisations de consommateurs américains avaient accusé de vendre des pneus dangereux. Les procès ont duré dix ans et au bout de dix ans, on s'est aperçu que les pneus n'étaient absolument pas dangereux, mais l'entreprise avait quasiment disparu sur ce marché.

L'on peut aussi prendre l'exemple de la société Perrier et des accusations de présence de benzène dans les bouteilles d'eau minérale. Aux États-Unis, cette société a perdu le marché pendant des années. L'image pour l'entreprise, c'est ainsi quelque chose d'extrêmement important. Et la seule façon d'avoir une bonne image, c'est de se conduire bien et, donc, de respecter la loi. L'entreprise est un sujet de droit, l'entreprise est dans la vie, l'entreprise est susceptible de comparaître en justice comme auteur d'infractions pénales et la loi de 1994 qui a prévu que l'entreprise serait désormais susceptible de commettre des infractions pénales a fait beaucoup pour que celle-ci devienne, de manière générale, un acteur du droit. Le droit au procès équitable, pour l'entreprise, relève de l'évidence. Toute personne, qu'elle soit physique ou morale qui comparaît devant une juridiction, a le droit d'être traitée de façon équitable, c'est la Convention européenne des droits de l'homme qui l'exige (article 6), dont la France est signataire, comme le sera, d'ici, peu, l'Union européenne. Selon une jurisprudence abondante, les règles du procès équitable s'appliquent partout, devant les juridictions traditionnelles bien sûr, mais aussi devant les autorités administratives indépendantes, telles que l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité de la concurrence ou d'autres encore. L'on pourrait presque se poser la question, finalement, de l'utilité de cette conférence.

Mais en réalité, l'on s'aperçoit qu'il y a sur le procès équitable, une sorte de micro-chirurgie qui consiste à dissocier les garanties de l'article 6 susceptibles de s'appliquer : le paragraphe trois, d'accord, le paragraphe deux, d'accord aussi. Le paragraphe premier, il faut en discuter. Je me rappelle il y a trente ans, lorsque j'étais jeune auditeur de justice et me préparais à devenir magistrat. En 1979, un an donc après la création de la CNIL, première autorité administrative indépendante, il y avait une disposition de procédure pénale qui permettait au Parquet de délivrer un mandat de dépôt de très brève durée, puisque c'était un mandat de dépôt qui valait jusqu'à la comparution, en général sous 24 heures, devant le tribunal correctionnel, statuant en flagrant délit mais c'était un procureur qui incarcérait un déféré. Aujourd'hui bien évidemment, trente trois ans plus tard, cela serait totalement invraisemblable, impossible qu'un parquetier procède de son propre chef à une incarcération. Mais de même, il y a trente ans si on nous avait dit que l'avocat serait présent en garde à vue tout le monde aurait protesté, affirmant que c'était impossible, inimaginable : l'enquête ne pouvait évidemment avoir lieu en présence d'un avocat !! Aujourd'hui, l'avocat est en garde à vue et les plus hautes autorités sont là pour nous dire que la terre judiciaire continue de tourner.

C'est pour cela que l'on peut aujourd'hui se poser la question suivante : « est-ce que cette micro-chirurgie qui consiste à sélectionner celles des stipulations de l'article 6 qui vont ou non s'appliquer aux contentieux devant les autorités administratives indépendantes, est bien raisonnable ? N'est-elle pas un combat d'arrière-garde ? » Ne serait-ce pas l'honneur de nos autorités administratives indépendantes que de dire : « organisons nos travaux de façon à être de cette grande efficacité qu'on loue à juste titre, mais en respectant l'article 6 dans la totalité de sa lettre et de son esprit » ?

Mattias Guyomar : Je ferai quatre séries de remarques liminaires qui portent sur les douze dernières années. Il y a environ douze/treize ans, le procès équitable faisait en effet irruption dans les procédures de répression économique.

La première remarque fait, je crois, l'unanimité, qu'il s'agisse des acteurs économiques, des acteurs de la régulation ou des « contrôleurs des contrôleurs » : il n'y a pas d'efficacité répressive sans légalité procédurale ; l'une sert l'autre.

La deuxième remarque repose sur une forme de paradoxe : on applique en effet de plus en plus complètement les garanties processuelles prévues à l'article 6 de la Convention européenne qui est relatif au procès équitable, aux procédures administratives de répression alors qu'elles ont été extraites de l'univers juridictionnel, notamment pénal. Je constate un mouvement progressif mais considérable qui tend à « juridictionnaliser » des procédures administratives, à rebours de l'objectif initialement poursuivi.

Ma troisième observation concerne le niveau d'application de ces garanties processuelles. À mon sens, c'est là que subsiste encore la différence principale avec les procédures répressives de nature juridictionnelle, comme celle dont était chargée feu la commission bancaire par exemple. Lors de la phase administrative de la répression, on applique seulement certains des items de l'article 6 et pas d'autres. Mais si le juge est saisi, débute une seconde phase où joue l'ensemble des garanties du procès. Le recours au juge permet au « contrôleur du contrôleur » d'assurer le respect de la totalité des règles processuelles. Il faut reconnaître que cette séquenciation en deux phases s'apparente à de la micro-chirurgie. J'insiste sur l'importance de cette distinction entre des stades d'application de l'article 6 différenciés mais complémentaires. Certaines garanties, qui ont vocation à irriguer l'ensemble de la chaîne répressive, s'appliquent immédiatement à l'autorité administrative, chargée de la répression.

En quatrième et dernier lieu, je remarque qu'au fil du temps, le spectre des phases contrôlées s'est considérablement élargi. De manière tout à fait normale, les entreprises ont d'abord attaqué devant le juge la sanction qui leur avait été infligée. Et ensuite, à l'appui de leurs conclusions dirigées contre la sanction elle-même, les requérants ont progressivement contesté d'autres phases de la procédure répressive, en particulier l'instruction disciplinaire qui constitue la phase cruciale - c'est là qu'a été mis en cause le rôle du rapporteur, qu'a été encadrée la possibilité de cumuler différentes fonctions. À ensuite été contestée la phase aval de la sanction elle-même, l'accessoire qui peut l'accompagner, à savoir la sanction complémentaire que constitue la publication de la sanction. Enfin, à rebours de l'ordre chronologique, ce n'est que récemment que les requérants ont songé à critiquer ce qui s'est déroulé en amont de la sanction, avant même la saisine ou l'autosaisine de l'autorité de poursuite. Les dernières évolutions de la jurisprudence concernent cette « pré-histoire » de la répression qui conduit, via l'enquête, administrative ou les visites domiciliaires, au recueil des éléments qui vont permettre de constituer un dossier destiné à l'autorité en charge de la fonction d'accusation.

D. B. : Merci pour ces propos introductifs. Venons-en à cette phase de l'avant procès. On a beaucoup parlé de la période d'enquête, de la période à l'intérieur de laquelle des visites, des perquisitions pouvaient se dérouler. À nouveau, pour mémoire, je vous rappelle que l'idée de protéger la « vie privée » d'une entreprise était quasiment choquante il y a encore quelques années. Or c'est elle que l'on applique aujourd'hui, et fort heureusement d'ailleurs, parce que ce n'est pas dépourvu de douleur que d'être ainsi « visité ».

J. F. : Pendant vingt ans, j'ai validé le placement de personnes en garde à vue et, lorsque des officiers de police judiciaire m'appelaient en me demandant de prolonger cette garde à vue, très honnêtement, je ne m'intéressais qu'à la constitution de l'infraction et non pas au vécu ou au ressenti de la personne concernée. En arrivant en entreprise, j'ai pu constater personnellement le vécu de telles interventions : lors d'une enquête dite « lourde », neuf fonctionnaires assermentés se présentent, accompagnés de trois policiers et vous demandent d'ouvrir les bureaux et les tiroirs. Il faut être à l'intérieur pour le ressentir : c'est un vrai choc ! Les collaborateurs s'étonnent, s'inquiètent, s'interrogent : « qu'avons-nous fait de mal ? ». Nul ne sait pourquoi ces gens sont là. Le problème central est, à mon sens, celui de la transparence et du secret, notamment dans toute cette phase d'enquête des autorités administratives indépendantes. Il me revient à ce propos une intervention faite, au cours d'un colloque, par un ancien président de la chambre de régulation de la Cour d'appel de Paris qui disait en substance que la cour était tout à fait disposée à étendre de façon très large les garanties du procès équitable dans les procédures des autorités administratives indépendantes, sous réserve que subsiste, dans l'enquête, une dimension inquisitoriale. C'est ce vocable qui nous choque, à savoir le fait qu'en 2012 on puisse encore évoquer des enquêtes inquisitoriales. Car les enjeux sont considérables : si l'on parle, par exemple, de l'Autorité de la concurrence, les sanctions encourues représentent 10 % du chiffre d'affaires mondial. Dans un groupe comme le mien, cela représenterait 3 milliards et demi d'euros d'amende. Vous imaginez donc ce que l'on peut redouter, mais aussi ce que l'on peut s'estimer en droit d'exiger comme respect des droits de la défense, quand il s'agit d'enjeux de cette nature. Lorsque je suis arrivé dans mon entreprise il y a douze ans, j'ai employé une expression très familière qui m'a, depuis, souvent été rappelée. Alors qu'on me demandait s'il fallait répondre à telle ou telle accusation et comment, j'ai déclaré : « un innocent ça hurle ». Lorsque vous êtes accusé et que vous avez le sentiment de l'être injustement, il faut se manifester de la façon la plus ferme, la plus ouverte, la plus publique, la plus contradictoire. Ce qui est de nos jours incompatible avec la notion d'enquête inquisitoriale. C'est là que réside le grand intérêt, à mon sens, de la phase d'audience devant les autorités administratives indépendantes, autrement dit de la phase de débat contradictoire. L'une des difficultés, aujourd'hui, du statut et de la pratique de ces autorités réside justement dans la phase d'enquête. Je comprends fort bien que ces autorités souhaitent maintenir leur efficacité, leur rapidité d'intervention. Pour moi c'est une parfaite évidence, mais cela ne peut pas se faire au détriment d'un débat, j'allais dire judiciaire mais je sais bien qu'il faut employer ce terme avec pudeur puisque ce ne sont pas des juridictions. Il y a une exigence de transparence, parce que nous sommes dans une société où l'on vit de transparence. Cette transparence, elle est partout, on l'exige partout, on l'exige des politiques, on

l'exige des juges, on l'exige des tribunaux. Le fait que vous puissiez être l'objet d'une perquisition qui est organisée et qui se déroule dans des conditions qui sont celles de la contrainte du pénal implique de la transparence. Les gens qui viennent perquisitionner sont des gens qui sont extrêmement bien élevés, qui sont totalement dépourvu d'agressivité, mais leur présence même est violente. Et il y a lieu que le débat qui s'organise à ce moment-là soit un débat parfaitement égalitaire, contradictoire et certainement pas inquisitorial. Cette phase de leur intervention est ainsi, je le crois, la partie qui pêche peut-être le plus dans la pratique de nos autorités administratives indépendantes.

M. G. : C'est effectivement une phase décisive parce que, comme je l'ai déjà dit, c'est à ce stade que sont recueillis les éléments sur le fondement desquels l'autorité compétente va, ou non, décider d'engager des poursuites. Ce « dossier de départ » qui est transmis au rapporteur chargé d'instruire la procédure, comporte le rapport d'enquête ou d'inspection des services rattachés à l'autorité de contrôle. Les requérants ne s'y sont pas trompés et ont soulevé des moyens contestant la manière dont l'inspection avait été diligentée, notamment en invoquant une méconnaissance des droits de la défense. Dans un premier temps, la réponse du Conseil d'État a été de dire que le juge ne contrôlait rien de ce qui s'était déroulé avant l'auto-saisine ou la saisine. Tout ce qui s'était passé en amont échappait au cadre du procès. Cette réponse n'était pas juridiquement absurde dans la mesure où les personnes poursuivies bénéficient des droits de la défense dans le cadre de la procédure disciplinaire elle-même. Or, dans le cadre de cette procédure, elles peuvent contester les éléments qui ont été recueillis lors des enquêtes et constatés dans les rapports d'inspection. Elles vont pouvoir le contester, et même, le cas échéant, produire des témoignages à décharge.

Dans un arrêt *Prédica* du 30 mars 2007, le Conseil d'État juge qu'une société ne peut utilement invoquer, à l'encontre de la procédure d'enquête ou d'inspection préalable à l'engagement des poursuites, le principe selon lequel nul n'est tenu de s'incriminer lui-même. À mon sens, cette façon d'isoler la première séquence, de manière parfaitement étanche, et les suivantes a cédé avec une décision de section du 6 novembre 2009, *Société Interconfort*. Toutes les conséquences contentieuses de cette décision de principe ne se sont pas encore manifestées. Ce qui est intéressant, c'est que ce n'est pas au regard de l'article 6 de la Convention européenne que cette société Interconfort a obtenu gain de cause, mais au regard de l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée... Et que dit cet arrêt de section ? Il reconnaît que le droit au respect du domicile que protègent les stipulations de l'article 8 de la Convention, s'applique également, dans certaines circonstances, aux locaux professionnels où des personnes morales exercent leurs activités. Il s'agit d'un premier pas, qui me semble être tout à fait opportun, dans le sens d'une définition extensive du droit au respect de la « vie privée des entreprises ». La décision ajoute que ce droit doit être concilié avec les finalités légitimes du contrôle, par les autorités publiques, du respect des règles qui s'imposent à ces personnes morales dans l'exercice de leurs activités. Après avoir défini une telle mise en balance, la décision contrôle le déroulement de la visite domiciliaire. Le Conseil d'État relève qu'il n'est pas contesté que les responsables des locaux ayant fait l'objet des contrôles sur place qui ont permis aux membres de la CNIL de constater des manquements sanctionnés par la délibération attaquée n'ont pas été informés de leur droit de s'opposer à ces visites, et il annule la sanction comme rendue sur une procédure irrégulière.

Je crois que ce qui a été fait sur le fondement de l'article 8 est transposable à l'article 6. J'en déduis que, dès ces phases préliminaires d'enquête et d'inspection, les personnes qui font l'objet des contrôles peuvent obtenir la garantie de l'ensemble des droits qu'ils tiennent du respect du contradictoire et de la défense.

Je pense qu'il serait très difficile aujourd'hui, si l'on venait démontrer que des poursuites ont été engagées sur le fondement d'un rapport d'enquête qui a bafoué profondément des droits découlant de l'article 6 ou de l'article 8 de la Convention européenne, de ne pas transposer ce précédent de 2009. Dans un autre contexte, le Conseil d'État a appliqué cette solution à une sanction infligée par le Conseil supérieur de la magistrature à un magistrat, en admettant qu'était opérant le moyen tiré de ce que le contrôle effectué par les services d'une inspection des services judiciaires n'avait pas respecté les droits de la défense. C'est heureux : tout se cristallise à ce stade et il serait très difficile de remédier ensuite à des irrégularités qui ont pu biaiser de manière irrémédiable l'enclenchement de la procédure disciplinaire. Je disais tout à l'heure que l'efficacité répressive se fonde sur la légalité procédurale. C'est bien un service rendu à l'autorité de contrôle que de vérifier qu'elle a été à même d'engager ses poursuites et d'exercer ses attributions sur le fondement d'un dossier parfaitement régulier.

D. B. : Nous reviendrons peut-être tout à l'heure sur ce problème, que je crois très important, du différé dans le temps, c'est-à-dire l'idée que des infirmités procédurales en amont peuvent être corrigées *dans un deuxième* temps, par l'exercice de voie de recours. Mais je vous propose de le laisser de côté encore un moment et de rester un instant sur la problématique des visites domiciliaire et des saisies, pour dire deux choses.

Premièrement, n'oublions pas que les entreprises ne disposent pas d'un « joker ». La puissance publique, elle, peut en avoir un dans certains cas, lorsqu'elle peut opposer le confidentiel défense à la saisie de documents. Qu'on le veuille ou pas, il y a une espèce de nudité de l'entreprise.

Deuxièmement, n'oublions pas que les saisies et les perquisitions ont pris aujourd'hui un tour informatique marqué. On prend des ordinateurs, on fait des *_backup_s* de disques durs, etc. Or cela n'est pas du tout anodin. C'est très violent, en soi, sous l'angle de la vie privée.

Mais surtout, cela pose un grave problème de confiance dans l'impartialité de ce qui suivra. Lorsque la fraction réputée non poursuivante d'une autorité de régulation a entre ses mains un ensemble de données brutes, l'entreprise se demande forcément si certaines de ces données, même complètement extérieures à l'affaire qui justifie la perquisition, ne vont pas alimenter, le cas échéant, plus tard, une autre poursuite sur un autre terrain. *De facto*, elle, ne *peut* pas avoir confiance dans l'impartialité de ce qui va s'ensuivre. Elle a forcément peur, parce qu'elle ne sait pas ce qui va lui tomber dessus et qu'elle n'a aucune raison de croire en l'innocuité, sous cet angle, de la saisie qui vient d'avoir lieu. Les remparts qu'on lui promet sont en papier trop fin pour susciter la moindre réassurance.

J. F. : Dans ce type de procédures, il n'y a pas de réquisitoire supplétif. La saisie intervient et si, effectivement, les fonctionnaires qui saisissent « font leur marché » en conservant des dizaines voire des centaines de milliers de mails, ils peuvent y trouver beaucoup de choses sans rapport avec leur enquête. D'abord des affaires privées, c'est évident puisqu'aujourd'hui l'ordinateur que l'on a sur son bureau recèle des éléments du travail mais aussi des photos de vacances et un certain nombre de choses personnelles. Cette matière privée appellerait l'application de l'article 8 de la Convention. Mais l'on va aussi y trouver un certain nombre de documents d'affaires qui n'ont strictement rien à voir avec les poursuites en cours. Le fait que l'on puisse lire, dans des décisions, que l'on a tout saisi, simplement parce que l'on ne pouvait techniquement pas faire autrement me laisse particulièrement sceptique. Je ne suis pas un spécialiste de l'informatique, mais quand je fais « rechercher » sur mon ordinateur avec un mot-clé, mon ordinateur me donne tous les documents qui sont relatifs à ce mot-clé. Mais ça, il semble que les autorités administratives indépendantes ne puissent pas le faire. Alors effectivement, il y a les fichiers ce qui ont été effacés, mais qui sont encore sur le disque dur. Pourtant, il existe des moyens de les identifier. Ainsi, les autorités européennes de la concurrence, à ma connaissance, n'emportent pas tout lorsqu'elles procèdent à des perquisitions. Mais il est vrai que celles-ci durent plus longtemps : au lieu d'une journée, ces perquisitions peuvent durer deux jours, trois jours et parfois quatre jours. Néanmoins, les enquêteurs ne repartent qu'avec ce qu'ils sont venus chercher. Je me demande donc si l'on ne pourrait pas, d'une certaine façon, faire ici ce que nos amis font là-bas. Certes, l'on nous dit : « rassurez vous, braves gens, un juge va vous restaurer dans vos droits et si, effectivement, on vous a pris des choses qu'on ne devait pas prendre, la Cour d'appel de Paris va dire le droit et va vous permettre de récupérer vos documents ». Mais lorsque l'on voit un malheureux président de chambre ayant l'idée un peu naïve de désigner un expert, en lui demandant de dire ce qui est en liaison avec l'enquête et ce qui ne l'est pas, la Cour de cassation lui répond que cette expertise n'a rien à voir avec l'objet dont ce juge est saisi. Donc, vous n'avez pas le droit de commettre un expert pour trier les messages qui ont été saisis. Alors que faut-il comprendre ? Que le président de chambre et ses deux assesseurs vont étudier près de 600.000 mails, comme je l'ai vu dans un dossier, pour les classer un par un ? Et l'on nous affirme qu'il y a un véritable contrôle juridictionnel des perquisitions et des saisies... Je m'interroge !

M. G. : Au Conseil d'État, nous nous trouvons dans une configuration procédurale différente. Intervenant en premier et dernier ressort, dans le cadre d'un recours de pleine juridiction, le Conseil d'État possède un large office qu'il n'hésite pas à mobiliser de manière de plus en plus importante. Ainsi, il multiplie ce qu'on appelle les enquêtes à la barre, c'est-à-dire la convocation des parties lors d'une séance d'instruction, en la forme contradictoire, avec un pilotage oral de l'instruction. Dans le cadre de la procédure inquisitoriale, les juges posent directement des questions aux parties qui viennent avec leurs avocats et les témoins qu'ils souhaitent éventuellement faire entendre. Une de ces procédures qui a concerné la Commission bancaire, devenue l'Autorité de contrôle prudentiel, a eu un peu de retentissement. Elle a conduit à l'annulation d'une décision qui enjoignait à un établissement de crédit de respecter un ratio de solvabilité minimum sur fonds propres (*Société anonyme de crédit immobilier de France développement*, 30 décembre 2011). Du point de vue de la mobilisation des outils procéduraux à la disposition du juge administratif, je n'identifie pas *a priori* les mêmes limitations ou les mêmes bornes s'agissant de la recherche d'éventuelles irrégularités situées en amont des poursuites. Cela ne signifie pas qu'il ne faudra pas, à un moment ou à un autre, en édifier certaines mais je vois mal comment on pourrait reconnaître la possibilité d'aller contester la régularité de la procédure disciplinaire au regard de la manière dont les éléments ont été recueillis lors de l'enquête administrative, pour refuser ensuite d'en tirer les conséquences. C'est tout ou rien : soit on peut exciper de l'irrégularité de la phase amont et alors il n'y a pas de borne à ce que l'on peut théoriquement contester, soit on reconstitue la muraille de Chine que j'évoquais tout à l'heure, entre la phase d'enquête et la phase postérieure à la saisine ou à l'auto-saisine.

Je voudrais maintenant rebondir sur l'idée de confiance dont Denys de Béchillon a parlé à l'instant. Je crois que c'est essentiel, parce que derrière tout ce qui vise à l'équité de la procédure, se niche l'idée de loyauté de l'autorité de contrôle vis-à-vis des contrôlés. Or, cette loyauté doit se manifester à chaque phase de la procédure, dès le stade du contrôle administratif. Elle implique, non seulement un certain nombre de garanties qui sont purement procédurales, mais aussi une forme de comportement. Par son comportement, l'autorité de contrôle ne doit pas laisser penser qu'elle peut piéger l'entreprise qui est poursuivie. Si la procédure devient un piège pour les personnes qui sont poursuivies puis sanctionnées, on mesure bien la perspective de contentieux ultérieurs. Plus on provoque d'insatisfactions procédurales lors de la phase administrative et plus il y a de contestations devant le juge. Je rêve d'une sanction attaquée devant le juge qui ne donnerait lieu qu'à la contestation de son bien-fondé. Dans un monde idéal, la légalité procédurale aurait été respectée et reconnue par les personnes qui ont fait l'objet des poursuites comme satisfaisante. Mais si j'examine mes douze/treize ans d'âge de jurisprudence, je relève que les 4/5^e des moyens dont nous avons été saisis au Conseil d'État, sont des moyens de procédure, de légalité externe. Cela reflète tout d'abord le besoin objectif de

construire une boîte à outils procédurale adaptée à la répression administrative. Il existait un besoin, il y avait un vide, que la jurisprudence a comblé grâce au dialogue des juges, avec la Cour de Strasbourg, avec la juridiction judiciaire, avec le Conseil constitutionnel. Mais ce flux de contentieux n'a pas seulement été la traduction de ce manque de cadre procédural : il a également révélé une profonde insatisfaction subjective des personnes poursuivies qui ont souvent eu l'impression d'avoir été maltraitées.

J. F. ...mais justement n'était-ce pas le cas ? De quoi parlons-nous ? Il s'agit de façon générale de délits financiers, de mauvais comportements financiers. Ces mauvais comportements, comment faut-il les prouver ? On les prouve avec des documents bien sûr, qui sont saisis. Mais aussi avec des témoignages, parfois. Et quand la société en cause souhaite connaître l'entier dossier pour savoir si les éléments qui sont retenus à charge contre elle ne sont pas voisins d'un élément qui pouvait être retenu à décharge, on lui répond que ce n'est pas possible. Je crois en effet qu'il s'agit d'infractions pour lesquelles la procédure est au cœur du sujet. Il n'y a pas de cadavre, pas d'arme à feu, pas de couteau sanguinolent. La seule preuve possible se fonde sur des documents. La manière dont le document est saisi et l'utilisation qui en est faite au cours de la procédure est donc absolument fondamentale. Certes, à la périphérie de ces documents, il y a effectivement quelques témoignages. Mais c'est bien l'existence d'un débat franc et l'absence de suspicion, autrement dit l'impartialité de la procédure, qui fait la crédibilité de l'institution. Pourquoi respecte-t-on les décisions de l'autorité ? Parce que l'on est sûr que la décision a été rendue objectivement et l'une des façons d'objectiver cette bonne foi et cette volonté de respecter la loi c'est le respect de la procédure. C'est pour ça que cette phase d'enquête est fondamentale.

D. B. : Je partage tout à fait le désir de Mattias Guyomar de ne voir que des requêtes développées au fond et de constater la réduction du débat à ce qu'il pourrait avoir d'essentiel. Mais encore faut-il que cela soit possible, or nous sommes loin du compte.

Reprenons l'histoire de la saisie d'un disque dur. Comment voulez-vous qu'une entreprise vive autrement que comme un drame le fait d'avoir mis entre les mains de quelqu'un qu'elle perçoit naturellement comme un accusateur potentiel un ensemble de données complètement brut dans lequel il peut y avoir tout et n'importe quoi et surtout de quoi lui faire mal ? Ce n'est pas possible. Par ailleurs ce que dit Mattias Guyomar est très important lorsqu'il distingue les moyens de légalité externe et les moyens de légalité interne et qu'il pointe la densité des débats contentieux sur le terrain de la procédure. Mais comment voulons-nous qu'il en aille autrement, alors que pour l'entreprise c'est ce qu'il y a de plus douloureux ? Si elle est dans la situation d'avoir le sentiment de n'avoir pas été traitée de manière impartiale, par exemple parce que le disque dur a été intégralement exporté, si elle a le sentiment que le débat contradictoire n'a pas eu lieu parce qu'il n'a pas eu lieu, comment voulez-vous qu'elle ne prenne pas *d'abord* en grippe les conditions procédurales dans lesquelles s'est construite la décision qui sera prise à son encontre ?

M. G. : Je ne conteste évidemment pas la légitimité de ce débat contentieux : je dis simplement que dans le monde dont je rêvais, il n'aurait pas lieu de se produire parce qu'on aurait respecté toutes les garanties. Naturellement, si mauvais traitement il y a, ou en tout cas sentiment d'un mauvais traitement, c'est tout à fait normal de saisir le juge pour qu'il arbitre entre les parties. Je disais juste qu'une procédure bien menée, en règle sur la forme et au regard des garanties dont chaque personne poursuivie doit pouvoir bénéficier, devrait, dans un monde idéal, non pas être incontestable, mais incontestée.

D. B. : Nous sommes parfaitement d'accord mais j'observe que, à chaque fois que se font jour des projets, des propositions de réforme un peu sérieuses - dans le registre « *on va faire une séparation organique ou fonctionnelle lourde dans toutes les autorités de régulation, on va mettre du contradictoire partout*, etc. », personne n'en veut. On nous explique que c'est épouvantable, qu'il ne faut pas le faire, que c'est trop compliqué, trop déstructurant, etc. Moi, c'est cette réticence *a priori* qui me semble problématique.

Quoi qu'il en soit, nous sommes en plein cœur du débat sur l'impartialité. Or, dans ce débat, un point sensible est celui de la séparation des fonctions, et un point très critique est celui de l'autosaisine. À nouveau, je voudrais bien que Jacques Fourvel nous donne son sentiment sur ces aspects.

J. F. : Je répondrai très simplement que l'autosaisine fait partie du mode de fonctionnement de l'autorité administrative indépendante. Si elle doit attendre une plainte, une saisie ministérielle ou une dénonciation, elle perdra certainement une partie de son pouvoir. Mais il faut que des garanties soient accordées à ce maintien de l'autosaisine, et que celui qui décide de l'enquête, parce qu'il pense avoir préalablement recueilli des indices graves et concordants, ne soit pas associé au jugement. Par le passé, j'ai été parquetier et je sais que lorsque vous avez ce type de soupçon, il est parfois difficile d'admettre qu'à l'issue de l'enquête, on n'a rien trouvé et donc qu'un non-lieu s'impose. Je pense, à titre personnel, que l'autosaisine doit être maintenue, mais de façon totalement étanche par rapport à ceux qui, *in fine*, seront amenés à juger des faits qui feront l'objet de l'enquête. J'entends bien sûr l'argument d'allongement des délais, j'entends l'argument de surcoût, je dirais néanmoins que, dans un monde idéal, cette autosaisine doit être le fait d'une autorité, d'une partie de l'autorité qui ne se consacre qu'à cela et qui ne collabore plus, par la suite, ni à l'enquête, ni au jugement.

M. G. : Je partage entièrement ce que vient de dire Jacques Fourvel. Des illustrations jurisprudentielles récentes témoignent de ce que la seule véritable garantie complète repose sur la distinction organique. Je ne dis pas que c'est la seule envisageable mais je crois que c'est la seule qui soit *a priori* complète, au regard des droits dont doivent pouvoir bénéficier les personnes poursuivies. Je partage également ce qu'il dit en rappelant qu'il faut préserver l'autosaisine. En réalité, c'est la raison d'être de l'autorité administrative indépendante que de pouvoir faire « trois en un » : le contrôle, la poursuite et la sanction. Si l'on casse cette faculté d'agir dans ces trois directions, la répression administrative ne présentera guère de valeur ajoutée par rapport à la répression pénale.

Il faut donc conserver aux mains des autorités répressives cette faculté de se saisir de leur propre mouvement, pour reprendre la formule de l'arrêt *Habib Bank Limited* du 20 octobre 2000 du Conseil d'État. Cet arrêt de section consacre, au regard de l'article 6 de la Convention européenne, la faculté de s'autosaisir, pour la commission bancaire, comme pour les autres autorités. Mais il faut que, dans l'acte d'accusation, rien ne puisse apparaître comme un pré-jugement de l'affaire. Sont ainsi prohibées les pré-qualifications trop précises qui pourraient laisser penser que l'issue de la procédure est déjà certaine.

C'était une solution habile mais qui s'est révélée difficile à appliquer. Elle a d'ailleurs donné lieu à une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg à propos de ce que l'on peut appeler le « feuilleton Dubus ». Dans un arrêt du 30 juillet 2003, le Conseil d'État a appliqué cette solution à une sanction de la commission bancaire. On était un peu gêné, il faut l'avouer, parce qu'à l'époque les distinctions organiques n'étaient absolument pas organisées par les textes. La loi bancaire - codifiée au Code monétaire et financier - n'avait en effet rien prévu au niveau organique. Les garanties relevaient donc de la seule pratique de la commission bancaire : le secrétariat général diligentait les enquêtes et, le cas échéant, poursuivait et puis la sanction était prononcée par d'autres personnes, membres de la commission. La décision du 30 juillet 2003, en se fondant sur ce constat empirique, a admis que cela suffisait à garantir le respect du principe d'impartialité. Le 11 juin 2009, la Cour de Strasbourg condamne la France en infirmant cette approche réaliste. Le plus important est que la Cour juge que la faculté d'autosaisine n'est pas, dans son principe, contraire à l'article 6. Par ailleurs, elle confirme la jurisprudence *Didier* (CE Assemblée 3 décembre 1999) s'agissant de la distinction des fonctions et plus précisément de celles qui sont cumulables (instruction et sanction) et de celles qui sont impossibles à exercer successivement (accusation et sanction). Mais pour le reste, la Cour, fidèle à sa jurisprudence que nous avons en vain tenté de faire évoluer, s'en tient à la théorie des apparences. Elle se place du point de vue de la personne poursuivie qui ne peut deviner que la pratique irait au-delà de ce qu'avaient prévu les textes pour assurer *de facto* le respect des distinctions organiques requises au nom de l'exigence d'impartialité. Le Conseil d'État se comportera ensuite en un loyal relais de la jurisprudence de la Cour européenne. Le 8 novembre 2010, une décision de sous-sections réunies transpose la solution et annule une sanction de la Commission bancaire comme rendue au mépris de l'article 6.

Est ensuite posée, devant le Conseil d'État, une question prioritaire de constitutionnalité à propos de ces dispositions désormais abrogées, puisque la Commission bancaire a été remplacée par l'Autorité de contrôle prudentiel. Naturellement, le Conseil d'État renvoie cette question au Conseil constitutionnel. Et dans sa 200^e décision QPC du 2 décembre 2011, celui-ci abroge ces dispositions après avoir considéré que le principe d'impartialité qui est inhérent à l'exercice des fonctions juridictionnelles a été méconnu faute pour la loi d'avoir suffisamment distingué entre la fonction d'autosaisine et la fonction de sanction. Ce qui est très intéressant, c'est que le commentaire de cette décision, indique quelque chose qui est un peu différent de ce que, à mon sens, la lecture de l'arrêt *Dubus* du 11 juin 2009 laisse à penser de l'état de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il y est dit qu'« il est loisible au regard de cette décision d'organiser au plan organique ou au plan fonctionnel la distinction des fonctions », c'est-à-dire que la jurisprudence constitutionnelle n'implique pas nécessairement que la dualité fonctionnelle se traduise par un dédoublement organique alors que l'arrêt *Dubus*, qui s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg peut être interprété comme imposant un dédoublement organique.

Le Conseil d'État en a tiré les conséquences. Le 22 décembre 2011, à propos de feu l'Autorité de contrôle des assurances, le Conseil d'État applique complètement la jurisprudence européenne et annule la sanction qui avait été attaquée en relevant que l'encadrement du pouvoir de poursuite de l'AC était insuffisant au regard de l'étendue des autres pouvoirs dont elle dispose qui couvrent, à la fois le contrôle des organismes, la décision d'ouvrir une procédure disciplinaire et de définir les griefs, l'instruction de la procédure et le prononcé de la sanction. Quelle parade organiser ? Pour ma part, je crois que l'on peut la dénicher dans la structure et l'organisation de l'Autorité des marchés financiers. En ce sens, je cite un arrêt *M. Genêt* du 18 février 2011. Le requérant invoquait l'existence d'un préjugement dans la procédure disciplinaire à raison de l'acte d'autosaisine, de la notification des griefs. Mais cette décision du 18 février 2011 juge que, dès lors que la notification des griefs émane d'un organe distinct de la commission des sanctions, il ne saurait être utilement soutenu à l'appui d'une demande d'annulation d'une décision prise par cette dernière qu'en tenant pour établis les faits dont elle faisait état et en prenant parti sur leur qualification, cette notification aurait constitué un préjugement de l'affaire entachant la sanction attaquée d'une méconnaissance du principe d'impartialité. J'en déduis que, quand il existe une distinction organique, les exigences posées par la jurisprudence *Habib Bank Limited* ne jouent plus : on peut même admettre un engagement des poursuites extrêmement pré-qualifiant dans la mesure où ce ne sont pas les mêmes instances et encore

moins les mêmes personnes qui ont conduit les deux phases de la procédure. Cette décision du 18 février 2011 montre très clairement quelle est la parade institutionnelle au risque d'annulation et la manière d'organiser l'enclenchement des procédures dans le complet respect des droits des personnes poursuivies.

J. F. : La séparation des fonctions me paraît en effet être une nécessité absolue. Je citerai néanmoins une chronique qui a été publiée par le chef du service juridique de l'Autorité de la concurrence M. Zivy, qui a écrit, je cite : « la mise en place de la séparation des fonctions au sein de l'autorité, séparation collège/instruction, avait eu pour conséquence que dans un certain nombre de cas, qu'il estime certaines années à 45 à 50 % des affaires concernées, le collège a adopté une position différente en tout ou en partie de celle proposée par les services de l'instruction que ce soit en mettant hors de cause telle ou telle entreprise, en ne retenant pas tel ou tel grief ou encore en prononçant un non-lieu général ».... Le service juridique de l'Autorité nous dit que depuis la séparation des fonctions, 50 % des dossiers ont fait l'objet d'une réformation totale ou partielle. C'est donc que la sagesse nous imposait de séparer les fonctions.

D. B. : Je vous propose d'en venir au cour même du procès mais de nous limiter à deux ou trois questions.

À commencer par la plus simple : comment l'entreprise perçoit-elle la manière dont une audience peut se dérouler, une fois qu'elle est devant son juge, que l'instruction est terminée, qu'elle est là à devoir s'expliquer et le cas échéant rendre des comptes ? Est-ce que la manière dont les choses se passent devant les autorités de régulation est satisfaisante et, sinon, en quoi ?

J. F. : Ce qui est important c'est que le justiciable soit entendu et le soit par des autorités qui sont prêtes, à la fois à écouter ses développements, et à examiner ses preuves. Il m'a été rapporté que, parfois, il pouvait arriver à certains rapporteurs d'exhiber des éléments nouveaux qui étaient ensuite validés par la cour d'appel, parce qu'ils avaient été librement discutés à l'audience. C'est donc, il faut bien le comprendre, que le débat à l'audience des autorités administratives indépendantes est un débat très libre, puisque l'accusation peut ajouter des éléments. Je n'en dirai pas plus. Comme on le lit dans les meilleures parutions, il faut peut-être une partie inquisitoriale de l'enquête mais le plus vite cette partie inquisitoriale s'ouvrira, le mieux ce sera. Je pense que la ratification par l'Union européenne de la Convention européenne des droits de l'homme va marquer un tournant et, aujourd'hui, il faut que chacun soit prêt à échanger sur l'ensemble des points.

D. B. : Sur le problème du séquençage, je rappelle de quoi il s'agit. Toutes les jurisprudences, que ce soit celle de la CEDH, de la Cour de justice, du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour d'appel de Paris, disent la même chose à savoir que, si l'on fait abstraction du défaut d'impartialité, qui est toujours sanctionné, la plupart des infirmités procédurales commises devant les autorités de régulation ne vicient pas la procédure de manière irrémédiable parce que les voies de recours qui pourront être exercées ultérieurement devant un tribunal de pleine juridiction contre les décisions de ces autorités permettront une espèce de nettoyage d'ensemble.

La plupart des juridictions étant d'accord là-dessus, je trouve que c'est intéressant d'y venir parce qu'il y a plusieurs postulats là-dedans qui sont quand même extrêmement discutables.

Le premier, c'est qu'il soit toujours nécessaire, en pratique, d'exercer une voie de recours pour avoir droit à un procès complètement équitable. On aurait pu s'attendre, puisque l'on est en présence de quelque chose qui ressemble à un tribunal, à ce qu'on puisse se satisfaire *de plano* de la manière dont on a été jugé ; que l'on n'ait pas forcément *besoin* de faire un recours ensuite.

Le deuxième postulat, plus grave me semble-t-il, est que tout est réputé s'équivaloir. Est-ce bien raisonnable ? Cette opération de nettoyage *a posteriori* en est-elle bien vraiment une, et est-elle toujours suffisante ? Cette question donne un peu le tournis. Mattias Guyomar a parlé très subtilement tout à l'heure de la problématique du vice de procédure. Le problème du vice de procédure, paradoxalement, c'est qu'il n'est pas pris au sérieux. Longtemps après, on se dit facilement que ce sont des arguties d'avocat, que c'est invoqué pour amuser le terrain, pour gagner du temps, etc. ... Mais, en réalité, pour toutes les raisons que nous nous sommes déjà dites, le vice de procédure est souvent très grave, en valeur absolue, dans le contexte qui nous occupe.

Enfin, il faut se demander si la correction peut être effective. Et là non plus, les choses ne vont pas de soi. Jusqu'où, dans nos systèmes de droit, un vice de procédure entache-t-il de manière irrémédiable - c'est-à-dire jusqu'à l'annulation - la légalité d'un acte ? Jusqu'à quel point un juge, lorsqu'il a identifié un vice de procédure lourd, peut-il se dire : « *bon, ils se sont mal comportés, mais ce qui est fait est fait, alors je vais dénoncer ça pour la bonne forme, mais je ne vais rien faire qui conduise à annuler irréversiblement la décision prise, et surtout éviter de faire quoi que ce soit qui empêche l'autorité de recommencer le processus un peu plus proprement et de reprendre, le cas échéant, la même décision au fond* ».... Je trouve qu'il y a matière à un vrai questionnement, assez peu mené, sur la légitimité du postulat selon lequel les vices de procédure sont presque toujours régularisables. Je ne dis pas qu'il faille abandonner cette idée, mais certainement qu'il y aurait bénéfice à la remettre sur le tapis.

J. F. : Effectivement, on lit dans la jurisprudence de la CEDH, mais aussi dans celle de nos juridictions internes, qu'il est acceptable de ne pas respecter complètement l'article 6, dès lors que le juge judiciaire dira en appel s'il s'agissait d'une petite violation ou d'une grosse violation. Il y a en quelque sorte des niveaux différents dans le fair-play et je dirais que cet état de fait est assez particulier : au pénal, un justiciable qui comparait devant un tribunal correctionnel pour une infraction lambda, voire même quelqu'un qui commet une infraction de 5^e classe, a le droit d'être jugé de façon absolument identique à deux reprises sur le fond, alors qu'en 5^e classe on encourt 1.500 € d'amende ou 3.000 € en récidive.

Ici ce n'est pas le cas : alors que certaines autorités administratives indépendantes sont en droit de condamner un justiciable à plusieurs centaines de millions d'euros d'amende, on nous dit en substance que ce n'est pas illégal, que ce n'est pas tout à fait respectueux de l'article 6 mais qu'il faut aller voir la cour d'appel... et puis devant la cour d'appel, et ça aussi c'est un autre problème... l'autorité est là aussi... Cette présence de l'autorité administrative indépendante devant la cour d'appel est quelque chose qui me pose également problème.

Devant la cour d'appel vous avez le droit de développer tous les arguments de nullité de procédure, mais vous y retrouvez, par exemple, l'Autorité de la concurrence qui développe également des arguments à la fois par écrit et par oral. Cette présence est une sorte d'ovni juridique : l'autorité n'est pas une partie au sens de la procédure, puisque c'est elle qui condamne. Mais elle déploie ses arguments, elle défend en quelque sorte sa décision. Est-ce qu'on pourrait voir devant une cour d'appel ordinaire statuant en droit commun un président de tribunal correctionnel venir dire aux magistrats de la cour d'appel « vous savez mon jugement est parfait vous n'allez pas le réformer ni dans le *quantum* ni dans le principe de la condamnation » ? C'est surréaliste. Et je me suis même laissé dire que, parfois, l'Autorité était représentée devant la Cour par un membre du collège qui a rendu la décision attaquée et qui vient défendre celle-ci et qui, le lendemain, va prendre un nouveau dossier au fond défendu par hasard par les mêmes avocats dont on peut se demander s'ils jouissent d'une totale liberté de critique. Alors je ne sais pas s'il faut parler d'article 6... de procès équitable... je laisse cette question ouverte.

M. G. : Je suis d'un point de vue absolument opposé à celui de Jacques Fourvel et je vais essayer de démontrer pourquoi. C'est un arrêt de section, l'arrêt *Parent* du 27 octobre 2006 qui affirme que « compte tenu que les décisions susceptibles d'être prises par l'AMF sont soumises au contrôle de pleine juridiction du Conseil d'État, la circonstance que la procédure suivie devant eux ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6 n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ». Voilà de l'eau au moulin de Jacques Fourvel ! Et pourtant je crois que ce postulat qui est nécessaire sur le plan théorique, est aujourd'hui devenu caduc. Au-delà de cette prémisse qu'il faut continuer de réaffirmer pour deux séries de raisons, on a fini par exiger, dès le stade de la répression administrative, le respect de la quasi-totalité des règles du procès équitable.

Pourquoi cette prémisse est-elle néanmoins théoriquement nécessaire et pourquoi continue-t-on, arrêt après arrêt, à la réaffirmer ? Pour deux raisons.

La première tient à ce que nous ne sommes pas, nous l'avons dit et nous l'avons redit, face à des procédures juridictionnelles. Nous nous trouvons face à des procédures administratives. Ce n'est que par exception, par dérogation, qu'il convient d'attirer, dès la phase administrative, un certain nombre de garanties propres au procès. Si, par leur géométrie, les procédures devant les autorités administratives s'apparentent à des procédures juridictionnelles à ce point qu'on a pu parler de « tribunaux au sens de l'article 6 », il n'y a cependant pas une complète assimilation. Fort heureusement, toute une série de caractéristiques liées aux tribunaux ne s'appliquent pas à ces autorités-là. Par exemple, le secret du délibéré, qui est une exigence propre à l'exercice des fonctions juridictionnelles, ne s'applique pas au prononcé des sanctions administratives. L'applicabilité des exigences du procès dès la phase administrative n'implique pas une requalification organique de l'autorité répressive. La jurisprudence n'a pas procédé à une juridictionnalisation de ces autorités : elle se borne à exiger l'application et le respect de règles processuelles à toutes les phases de ces procédures disciplinaires administratives. Le risque serait sinon d'aller à l'encontre de l'objectif poursuivi par la mise en place des régimes de sanction administrative, à savoir l'externalisation par rapport à la répression pénale.

La deuxième raison trouve sa source dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg : lorsque nous appliquons sa jurisprudence, sous le timbre conventionnel, le juge national n'est pas enclin à aller au-delà de ce que la cour juge elle-même.

D. B. : Je vous invite à relire la décision du Conseil constitutionnel, qui ne date pas d'hier, sur le Conseil de la concurrence, et à vous interroger en conscience sur le point de savoir si les raisons pour lesquelles il y est dit que le travail de cette autorité n'est pas juridictionnel sont totalement convaincantes. Que des autorités administratives, en soi, ça ne soit pas tout à fait pareil que des « vrais » juges ; qu'il ne faille pas redonder le droit pénal, etc., tout ça est parfaitement exact. Mais enfin, le bilan pratique, aujourd'hui, c'est que, finalement, on a un peu fait son marché dans les règles du procès équitable... Est-ce bien digeste pour une entreprise qui, je le répète, peut être condamnée à des centaines de millions d'euros d'amende...

M. G. : Voici le risque que j'ai pris en te laissant la parole avant que j'ai conclu parce que tu n'aurais peut-être pas dit cela si tu avais été convaincu par le deuxième temps de mon raisonnement - ce que je vais m'employer à faire maintenant.

Il existe en effet une coïncidence quasi complète, dès la phase administrative, entre ce qu'on imposerait à une procédure juridictionnelle et ce qu'on exige de ces procédures administratives. Je dis quasi complète parce que la publicité est hors champ. Ces procédures n'ont pas à être publiques. Elles peuvent l'être, mais ne le doivent pas nécessairement. Pour le reste, nous sommes aujourd'hui dans un état de la jurisprudence où tout est applicable, sauf le droit à l'aide juridictionnelle. Progressivement, la jurisprudence a agrégé à la phase administrative de répression l'ensemble des garanties du procès équitable.

Nous avons commencé par le principe d'impartialité. Cela relève presque du bon sens qu'il irrigue l'ensemble de la chaîne disciplinaire. On ne va pas attendre d'aller devant le juge pour pouvoir bénéficier de l'impartialité ! J'ajoute que le principe d'impartialité revêt la même portée qu'il s'applique à une autorité administrative ou à une autorité juridictionnelle. Dans tous les cas, il implique l'absence de tout préjugement.

Ont ensuite été ajoutés les droits de la défense. C'est très important : cela signifie qu'au paragraphe 1 de l'article 6, on a aimanté le paragraphe 3 qui décline les garanties spécifiques au volet pénal de cet article.

La jurisprudence a ensuite admis l'applicabilité du paragraphe 2 de l'article 6 qui est relatif à la présomption d'innocence.

Enfin, l'arrêt *Parent* a précisé ceux des items du paragraphe 3 qui trouvent à s'appliquer à la phase administrative de la sanction. Le Conseil d'État y a rangé l'exigence d'une notification des griefs en temps utile pour pouvoir y répliquer efficacement, le droit à un interprète, le droit de faire entendre des témoins à décharge, évidemment le droit d'être assisté d'un conseil ou d'un avocat. La seule garantie qui ne s'applique pas, dans le bloc des exigences du procès équitable, c'est, outre la publicité des audiences qui est garantie par le paragraphe 1 de l'article 6, le droit à l'assistance gratuite d'un avocat. Vous constaterez avec moi que la prémisse dont je défendais tout à l'heure les fondements théoriques est en pratique vidée de quasiment toute sa portée.

J. F. : Ce qui me surprend dans ces contentieux c'est le nombre d'arrêts de l'assemblée plénière. Je lisais ce matin justement un arrêt du 7 janvier 2011 rendu par cette assemblée à propos d'enregistrements de conversations téléphoniques effectués à l'insu de l'auteur des propos. Et bien il faut aller jusqu'à une assemblée plénière pour qu'on finisse par admettre l'idée qu'il n'est pas normal d'enregistrer clandestinement les communications de quelqu'un et de s'en servir dans une procédure, ce qui veut dire que, et chacun le sait ici, on est allé jusqu'à la Cour de cassation une première fois, la Cour de cassation a cassé, il y a une cour d'appel de renvoi et on est revenu devant l'assemblée plénière pour dire : vous n'avez pas le droit d'utiliser un enregistrement clandestin dans une procédure, en l'espèce conduite par l'autorité de la concurrence. Donc je suis fort aise de vous entendre dire que tout va bien, mise à part l'aide judiciaire, mais je me dis quand même qu'il reste quelques kystes de non-respect...

M. G. : Je n'ai pas dit que tout allait bien ! J'ai simplement dit qu'en l'état de la jurisprudence, tout devrait aller bien. Ce que je réfute, c'est le propos inaugural que vous avez tenu consistant à dire : « on trie parmi les exigences du procès équitable au motif qu'il en existerait certaines dont on peut accepter que les autorités de répression soient exonérées ». Toutes ces exigences s'imposent en effet mais avec des niveaux d'applicabilité différents.

Je vais prendre trois exemples qui soulignent les fortes contraintes qui pèsent aujourd'hui sur la conduite des procédures répressives. La première tient à la distinction des fonctions. Depuis l'arrêt *Didier* du 3 décembre 1999, qui a été confirmé par la Cour de Strasbourg, on distingue clairement trois fonctions : accusation, instruction et sanction. On ne peut pas cumuler les fonctions d'accusation et de sanction. En revanche, on peut cumuler instruction et sanction mais sous certaines conditions. Toute tâche ou toute attribution du rapporteur qui est chargé d'instruire les procédures et qui lui permettrait d'élargir le périmètre des poursuites, de décider une extension de grief, le disqualifie pour participer ensuite à la prise de sanction. On est parvenu à une « séquenciation » fine des procédures. Cela aboutit, s'agissant de la distinction entre les fonctions qu'on peut exercer successivement et celles dont le cumul est interdit, à un très net encadrement par rapport à ce qui se passait auparavant.

Le deuxième exemple concerne l'exigence d'impartialité. J'ai parfois entendu, ces dernières années, des critiques vis-à-vis du Conseil d'État, au motif qu'il aurait fait jouer, en matière d'impartialité, la « théorie des apparences » d'une manière beaucoup trop rigoureuse, s'agissant par exemple des membres ou même des rapporteurs de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers. Dans un arrêt *Piard* du 26 juillet 2007, le Conseil d'État a jugé que le principe d'impartialité pesait sur le rapporteur. Un membre de la commission des sanctions désigné comme rapporteur de l'affaire avait exercé les fonctions d'administrateur et de conseiller du président d'une société qui, à l'époque des faits reprochés à la société poursuivie devant la commission, était l'un des principaux concurrents de celle-ci. Le Conseil d'État a considéré

que, dans ces conditions, le principe d'impartialité faisait obstacle à ce que l'intéressé exerce les fonctions de rapporteur et a annulé la sanction prononcée au vu de son instruction. Une telle conception extensive des conflits d'intérêts illustre que le Conseil d'État confère sa pleine portée à la « théorie des apparences ».

Troisième et dernier exemple : le Conseil d'État a jugé, dans une autre décision *Piard* du 29 mars 2010, que l'article 6 §3 de la Convention européenne était méconnu si l'absence d'audition d'un témoin avait préjudicié aux droits de la défense.

J'ai donné trois exemples, mais il en existe beaucoup d'autres qui témoignent du profond renouvellement du cadre procédural qui s'impose aux autorités administratives indépendantes qui sont chargées de conduire la répression administrative en matière économique et financière.

J. F. : Nous allons dans le bon sens ; simplement nous y allons lentement. L'entreprise redoute la justice parce qu'elle l'ignore. De même que la justice, qu'elle soit judiciaire, qu'elle soit administrative ou qu'elle soit spécifique, comme celle rendue par les autorités administratives indépendantes, ignore en partie l'entreprise. Cela, même si ces autorités, en particulier l'Autorité de la concurrence, se considèrent comme investies d'une mission de protection de l'ordre public économique. Je préférerais à titre personnel une fonction de protection de l'ordre public économique plutôt qu'une mission. Ce que je veux dire, c'est que la justice connaît mal l'entreprise et que l'entreprise connaît mal la justice et c'est pour cela qu'on essaie d'améliorer les rapports entre les deux. Ce que demande l'entreprise c'est finalement peu de chose, c'est d'être traitée directement, simplement. Et lorsque les enjeux sont très importants, comme devant certaines autorités, que le débat soit le plus simple, le plus franc et le plus direct. Anecdotiquement, lorsque les griefs sont notifiés par l'Autorité de la concurrence, on a deux mois pour répondre, deux mois pour répondre à des investigations qui peuvent avoir duré plusieurs années. Je comprends l'argument de rapidité et je comprends qu'on souhaite ne pas engluier l'Autorité de concurrence dans des délais qui rendraient son intervention beaucoup moins efficace. Mais, encore une fois, deux mois c'est ridicule. On pourrait, sans retarder les procédures, doubler allègrement ce délai : quatre mois c'est très important surtout quand les griefs sont notifiés au début du mois de juillet et qu'il faut une réponse pour le 1^{er} septembre. Là, vous avez dans les cabinets d'avocats parfois un petit problème. Méthodologiquement il y a donc des petits pas à faire qui ne changeraient pas la face du monde, mais qui fluidifieraient les relations entre les autorités et l'entreprise. Mais je suis tout à fait d'accord : on va dans le bon sens ; on y va lentement.

D. B. : Passons cinq ou dix minutes à se préoccuper de l'après, c'est-à-dire de la sanction. Une fois que le procès a eu lieu, il se traduit par une décision. Quels sont les thèmes que vous avez envie d'aborder ? Le montant ? La nature des sanctions ? La publicité qui leur est donnée ? Les voies de recours dont elles font l'objet ?

J. F. : Deux éléments simplement : je crois - et tel était mon cas avant d'entrer dans l'entreprise - que l'on ne se figure pas aisément que, pour générer un million d'euros de recettes nettes, il faut vendre beaucoup de packs d'eau minérale et que l'on ne se rend pas forcément bien compte de cette donnée dans les autorités administratives. Parfois, il me semble que des chiffres sont lancés sur la sanction de manquement, dont on n'est pas trop sûr de l'évaluation du préjudice causé. Il y a effectivement un rapport entre la sanction et ce que l'on appelle, ou que l'on croit appeler, la richesse de l'entreprise qui devrait sûrement être amélioré.

Sur la publicité, le justiciable qui a fauté, à partir du moment où sa culpabilité est établie, est condamné et c'est normal, c'est justice. Mais est-il nécessaire de médiatiser ces condamnations d'une façon qui est... je n'emploierai pas des mots qui nous renverraient au moyen âge, mais je pense qu'une condamnation, c'est quelque chose qui est parfaitement ressenti. Je parlais tout à l'heure du droit à l'image ou, plus exactement, de l'inquiétude qu'ont les entreprises de ne pas perdre leur bonne image et je pense que, quand une décision est prononcée, quand une peine est prononcée, quand elle est définitive et bien l'entreprise est condamnée. On a aujourd'hui un diable, c'est Internet. On sait très bien qu'Internet a oublié le droit à l'oubli. Donc je ne serais pas choqué que les décisions qui sont prononcées par les autorités le soient de manière anonyme. Cela leur ferait peut-être perdre un certain impact, mais aujourd'hui les cours et les tribunaux ne médiatisent pas leurs décisions à l'inverse de ce qui se fait parfois ailleurs. Je pense qu'il y a peut-être un petit peu d'excès là-dedans.

M. G. : L'anonymat me fait penser à une affaire qu'on avait eue, il y a quelques années, au Conseil d'État. Nous avions anonymisé parce que c'était quand même la radiation du Dr G., médecin personnel de Monsieur F.M. ! Heureusement qu'on a progressé depuis !

S'agissant de la publication des sanctions, je partage l'avis de Jacques Fourvel. Cela renchérit considérablement l'impact de la sanction, à tel point que nous avons développé toute une jurisprudence qui contrôle de plus en plus strictement les modalités, comme le bien-fondé de la publication des sanctions. La décision de publication constitue une sanction complémentaire qui peut faire l'objet de conclusions divisibles de la sanction principale. Les entreprises comme les particuliers peuvent saisir le juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative : elles peuvent donc obtenir en temps utile la suspension de l'exécution de cette décision. Par ailleurs, le Conseil d'État a jugé que si une société absorbante était sanctionnée à raison de faits commis par une société qu'elle avait absorbée, il n'était pas légalement

possible au regard du principe de la personnalité des peines, de publier la sanction qui comporte le nom de la société absorbante alors même qu'elle se trouve être juridiquement comptable des faits commis par la société absorbée. Enfin, lorsque, au Conseil d'État, nous annulons ou réformons une décision de sanction, nous ordonnons que soit substituée à la publication de la sanction initiale la décision du Conseil d'État qui, d'une certaine manière, rétablit ce qui doit être. S'agissant de la sanction de publication, je dirais que le juge a pris l'entière mesure de l'importance qu'elle revêtait au regard de ses effets et a su affiner son contrôle afin de le rendre particulièrement efficace.

Pour terminer sur « l'aval de la sanction », je voudrais dire un mot du contrôle du juge dont la jurisprudence n'a cessé de renforcer la profondeur et l'efficacité. Je ne reviens pas sur les procédures de référé qui permettent au juge d'intervenir, certes à titre provisoire, mais en temps utile. Je donnerai trois illustrations de cette efficacité renforcée. En premier lieu, le juge admet, quoiqu'il soit investi d'un pouvoir de pleine juridiction, de contrôler non seulement le bien-fondé de la sanction mais aussi sa légalité externe. Le juge annule les décisions qui ne sont pas assez motivées alors qu'il aurait pu considérer que le fait que notre décision se substitue à la décision attaquée rendait inopérant ce type de vice (18 février 2011 *Genét*). Deuxièmement, selon le vice qui justifie l'annulation de la sanction, les effets de la décision du Conseil d'État sur la procédure disciplinaires ne sont pas identiques. Certains vices permettent de reprendre une procédure alors que d'autres anéantissent la possibilité d'engager à nouveau des poursuites. Le Conseil d'État examine systématiquement les moyens présentés devant lui dans un ordre qui fait partir de celui dont le bien-fondé entraînerait les effets les plus radicaux sur la procédure. En quelque sorte, le juge donne la priorité au « moyen atomique » sur les autres. Lorsqu'un moyen est fondé, mais qu'il n'entraîne pas l'anéantissement total de la procédure, le Conseil d'État s'efforce d'écarter d'abord, par dérogation au principe de l'économie de moyen, les autres moyens qui, s'ils avaient été fondés, auraient entraîné des effets plus radicaux. Il cherche ainsi à éclairer complètement l'autorité répressive sur ce qu'elle peut ou ne peut plus faire. Le dernier exemple concerne l'exigence de proportionnalité. Dans l'exercice de son pouvoir de réformation, il arrive au juge de confirmer des sanctions mais aussi d'en réformer, par exemple en diminuant le montant. Si nous confirmons la décision attaquée, la proportionnalité de la sanction est vérifiée à la date à laquelle elle a été prononcée bien sûr, ainsi que le respect des règles de plafond. Si en revanche le juge décide d'user de son pouvoir de substitution, c'est à la date à laquelle il statue que ces opérations seront effectuées, au vu de l'ensemble des éléments apportés par la société à l'appui de sa requête. Enfin, depuis un arrêt *Provalor* du 27 juin 2007, le juge tient compte pour apprécier la proportionnalité de la sanction, non seulement du montant de la sanction en lui-même, mais aussi des difficultés financières qu'elle est susceptible d'occasionner pour la société et ses associés. Ce n'est pas dans l'absolu ou dans l'abstrait que le *quantum* de l'amende est apprécié.

Je dirais donc, non pas pour rassurer Jacques Fourvel parce que je ne suis pas là pour ça, mais simplement pour lui répondre, que si le juge n'est pas toujours familier du monde de l'entreprise, il s'efforce chaque jour d'en comprendre de mieux en mieux les mécanismes et les ressorts.

(1) Le 5 avril 2012 s'est tenue, au Conseil constitutionnel, une conférence sur le thème « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable ». Il s'agit de la cinquième conférence du cycle consacré à l'entreprise face aux droits fondamentaux, organisé par la Société de législation comparée avec le soutien du Conseil constitutionnel et in