

Frédéric SUDRE
Caroline PICHERAL

Institut de droit européen des droits de l'Homme
Université de Montpellier

L'extension des garanties du procès équitable
Hors les juridictions ordinaires :
Les contraintes européennes

Novembre 2002

SOMMAIRE

Introduction

Partie I : Le principe de la judiciarisation des procédures hors les juridictions ordinaires

- Chapitre 1 Les critères européens d'applicabilité de l'article 6 CEDH
 - Section 1 : Des critères matériels déterminants
 - Section 2 : un critère organique secondaire
- Chapitre 2 La judiciarisation fondée sur le critère de la "matière pénale"
 - Section 1 : le domaine principal de la judiciarisation : les sanctions pécuniaires
 - Section 2 : le domaine accessoire de la judiciarisation : les sanctions pénitentiaires
- Chapitre 2 La judiciarisation fondée sur le critère du caractère civil des droits et obligations en cause
 - Section 1 : un facteur principal d'applicabilité : l'incidence sur l'activité professionnelle
 - Section 2 : un facteur accessoire d'applicabilité : l'incidence sur le patrimoine

Partie II: le degré de judiciarisation des procédures hors les juridictions ordinaires

- Chapitre 1 L'emprise de l'article 6 sur les procédures hors les juridictions ordinaires
 - Section 1 : Une judiciarisation tributaire de l'existence d'un contrôle de pleine juridiction
 - Section 2 : Le moment du procès équitable
- Chapitre 2 Les implications de l'article 6 sur la procédure hors les juridictions ordinaires
 - Section 1 : L'assimilation à un « tribunal »
 - Section 2 La publicité des audiences
 - Section 3 L'indépendance et l'impartialité
 - Section 4 L'égalité des armes

INTRODUCTION

Entendu comme garantie formelle de la régularité de la procédure¹, le droit à un procès équitable, vivifié par l'interprétation dynamique et luxuriante que le juge européen a donné de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, fait aujourd'hui figure de norme processuelle de référence pour tout contentieux. Nul ne peut désormais ignorer qu'en vertu de cette disposition, tout individu a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et dans un délai raisonnable par un « tribunal » indépendant et impartial. Cela suppose notamment que l'intéressé bénéficie d'une procédure contradictoire et de l'égalité des armes...

Véritable « *ius commune* » de la procédure, le droit à un procès équitable se positionne nécessairement au carrefour des droits. Ignorant la dualité de nos ordres de juridiction, transcendant les clivages disciplinaires, le droit à un procès équitable rompt avec les schémas et catégories traditionnels de notre champ juridique, brouillant aussi bien la division entre droit public et droit privé que la distinction des procédures administratives et juridictionnelles. Grâce à une acception matérielle des notions autonomes² de « droits et obligations de caractère civil » et d' « accusation en matière pénale », la Cour européenne a étendu le domaine de la garantie du procès équitable à tous les contentieux, de quelque nature qu'ils soient, dès lors que le litige relève de la « matière civile » ou de la « matière pénale »³. La jurisprudence européenne atteste ici des importantes potentialités de l'article 6§1, qui ne s'applique pas seulement aux mesures juridiquement qualifiées de sanctions (administratives, disciplinaires, fiscales ...) mais aussi à des décisions juridiquement défavorables à l'individu⁴. Cette attractivité est encore accrue par une relative indifférence à l'égard de la nature de l'organe qui statue. En d'autres termes, l'un des intérêts de l'article 6§1 tient à ce que cette disposition ne s'applique pas exclusivement aux juridictions au sens du droit interne.

Le résultat de cette œuvre prétorienne est, plus particulièrement, une application du droit à un procès équitable « *hors les juridictions ordinaires* », c'est-à-dire, selon la Cour européenne, « *à des organes non considérés, à l'échelle nationale, comme des tribunaux de type classique, parce que non intégrés aux structures judiciaires ordinaires* »⁵ : sont donc concernés aussi bien les organes corporatifs que les autorités administratives ou les juridictions administratives « spéciales » ... Or, le

¹Voir, S.Guinchard, Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, *Mélanges Farjat*, 1999, p. 139.

²Voir, IDEDH, Les concepts autonomes de la CEDH, *Cahiers de l'IDEDH*, Université de Montpellier I, 1997 ; F. Sudre, Le recours aux « notions autonomes », in F. Sudre (dir), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll « Droit et justice », 1998, p. 93.

³Il en va ainsi, par exemple, pour les procédures devant l'Autorité régionale des transactions immobilières, en Autriche (Sramek, 22/10/1984, A/84), ou devant l'Association professionnelle pour la santé et le bien être mental et social, aux Pays-Bas (Schouten et Meldrum, 9/12/1994, A/304).

⁴Tel un refus de permis de construire (Allan Jacobsson, 25/10/1989, A/163) ou un refus d'attribution de prestations d'aide sociale (Salesi, 26/10/1993, A/257-E).

⁵De Cubber, 26/10/1984, A/86, § 32 ; Gustafson, 1/07/1997, *Rec.*, 1997, p. 1149, § 45.

juge national n'est pas resté à l'écart de ce mouvement initié par le juge européen : en témoigne éloquemment ces dernières années le fait que le juge interne, qu'il soit judiciaire ou administratif, n'a pas hésité à soumettre aux contraintes du procès équitable – la liste n'est pas exhaustive – la Commission centrale d'aide sociale⁶, le Conseil supérieur de l'éducation⁷, le CNESER⁸, la COB⁹, le Conseil de la concurrence¹⁰, le Conseil des marchés financiers¹¹, la Cour de discipline budgétaire et financière¹², les instances disciplinaires ordinaires¹³ ou encore la Cour des comptes¹⁴.

Il y a donc bien une attractivité du modèle européen du procès équitable. Appliqué « hors les juridictions ordinaires », le droit à un procès équitable conduit à une recomposition du champ juridique qui se manifeste par une « *judiciarisation* » desdits organes, comprise non comme une multiplication des actions en justice mais comme *l'extension à des procédures non-juridictionnelles des garanties requises d'un « tribunal »*. On perçoit alors que l'enjeu – l'accès à une procédure équitable – est d'importance, eu égard au fait que le caractère empreint d'inégalité des rapports entre l'Administration et les administrés est d'autant plus sensible et préoccupant que les procédures engagées peuvent avoir une issue préjudiciable à l'intéressé et que les organes devant lesquels elles sont susceptibles d'avoir lieu sont nombreux.

Il convient donc de déterminer l'influence exacte de la Convention, telle qu'interprétée par la Cour, dans la généralisation des garanties processuelles, sachant que l'influence de l'article 6§1 sur les procédures non-juridictionnelles ne dépend pas seulement du dynamisme propre de la jurisprudence européenne, mais aussi de facteurs extrinsèques à l'instrument européen. Son applicabilité peut, en effet, soit être récusée par les juridictions nationales appelées à statuer sur les décisions prises par tel ou tel organisme administratif¹⁵, soit être privée d'intérêt du fait d'exigences similaires du droit interne (il en va ainsi du principe général des droits de la défense). La combinaison de ces deux séries de considérations justifie qu'on doive situer les apports du droit européen dans l'émergence d'un modèle

⁶CE, 29/07/1994, Département de l'Indre, concl. J.-C. Bonichot, *RFDA*, 1995, p. 162 ; chron. L. Touvert et J.-H. Stahl, *AJDA*, 1994, p. 691.

⁷CE, 10/01/2000, Massard, n°190041.

⁸CE, 19/01/2000, Mlle Pawlowski, n°187353 ; CE, 7/06/2000, Zurmely, n°206362.

⁹Cass., Ass. plén., 5/02/1999, COB c/ Oury, *Gaz. Pal.*, 24-25/02/1999, concl. M.-A. Lafortune, *JCP*, 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou.

¹⁰Cass. com., 5/10/1999, Campenon Bernard SGE, *JCP.*, G, 2000, II, 10255, note E. Cadou.

¹¹CE, 3/12/1999, Didier, *RFDA*, 2000, p. 584, concl. A. Seban, *JCP*, G, 2000, II, 10267, note F. Sudre, *AJDA*, 2000, p. 172, chron. M. Guyomar et P. Collin, p. 120.

¹²CE, 30/10/1998, Lorenzi, *AJDA*, 1998, p. 1047, *RDJ*, 1999, p. 633, note G. Eckert.

¹³CE, 30/12/1996, L'Hermitte, *RTDH*, 1998, p. 365, obs. J. Andriantsimbazovina ; Cass. 1° civ, 31/03/1998, L. et a. c/ Proc. Gén. prés CA Rennes et 28/04/1998, G. c/ C. et a, *JCP*, G, 1999, II, 10102, note J. Pralus-Dupuy ; Cass. 1° civ, 5/10/1999, C. c/ Proc. Gén. prés CA Basse-Terre et D. c/ Proc. Gén. prés CA Douai, *JCP*, G, 1999, II, 10203, concl. M. Jerry Saint-Rose.

¹⁴Dans le cadre d'une procédure de gestion de fait : CE, 23/02/2000, Société Labor Metal et autres, *RFDA*, 2000, p. 435, concl. M. Seban ; *AJDA*, 2000, p. 464, chron. M. Guyomar et P. Collin, p. 404.

¹⁵Le Conseil d'Etat a, par exemple, commencé par nier que la Commission centrale d'aide sociale puisse se voir soumise à l'article 6§1 : CE, 14/12/1988, Cohen, *Droit administratif*, 1989, n°4 ; CE, 17/03/1993, Mme Gabeur, *Lebon*, p. 541.

de « procédure équitable », afin d'identifier un réseau de contraintes parallèles et éventuellement inédites par rapport à celles assurées en droit interne. Cela suppose, à la fois, de mesurer l'extension des garanties du procès équitable « hors les juridictions ordinaires » et de déterminer si les exigences européennes sont transposées telles quelles ou si leur diffusion se paie au prix de leur banalisation et de leur atténuation : pour dire les choses autrement, l'attractivité du modèle européen du procès équitable s'accompagne-t-elle de son adaptation ?

La recherche se fonde sur les procédures devant quatre catégories différentes d'organes situés « hors les juridictions ordinaires » – les autorités administratives indépendantes (AAI), les organes disciplinaires, les commissions sociales, les juridictions financières –, identifiées en raison de leur nature et des mesures qu'il leur est loisible de prendre à l'encontre des individus. Au sein de ces catégories, l'exhaustivité étant hors d'atteinte, ont été sélectionnés pour étude ceux des organes qui paraissent être les plus représentatifs, soit des juridictions « spécialisées », soit des organes non juridictionnels, *stricto sensu*¹⁶.

Au titre des juridictions spécialisées, ont ainsi été retenues d'une part la Cour des Comptes (et les Chambres régionales des comptes) et la Cour de discipline budgétaire et financière, d'autre part les autorités disciplinaires instituées dans le cadre d'ordres professionnels (Ordre des médecins, des pharmaciens et des avocats, lesquels ont donné lieu à une abondante jurisprudence), dans celui de la Fonction publique (Conseil supérieur de l'Education nationale, Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche) ou dans le domaine pénitentiaire (Commission de discipline) et, enfin, trois organes intervenant en matière sociale (la CNITAT, la Commission centrale d'aide sociale et la Commission départementale des travailleurs handicapés).

Au titre des organes non-juridictionnels strictement entendus, deux catégories d'autorités ont été privilégiées : les autorités administratives indépendantes et, de façon plus marginale, des commissions administratives intervenant en matière fiscale ou sociale. Les autorités administratives indépendantes constituant un ensemble assez hétérogène, la recherche s'est centrée sur celles d'entre elles qui sont dotées de compétences normatives, autrement dit celles qui sont en mesure d'affecter très directement l'exercice des droits individuels. Cette délimitation a conduit à étudier dans le domaine de la régulation économique le Conseil de la Concurrence, la Commission des opérations de bourse, la Commission bancaire et, enfin, le Conseil des marchés financiers (bien que la nature de cet organe soit relativement ambiguë, ses pouvoirs le rapprochant à certains égards d'une autorité disciplinaire, ses fonctions régulatrices nous ont paru déterminantes pour sa classification) et, dans le secteur de la communication, l'Autorité de régulation des télécommunications et le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Il était, par ailleurs, malaisé d'identifier une catégorie donnée de commissions administratives, plus particulièrement sujettes à judiciarisation, mais deux organes ont toutefois retenu

¹⁶C'est-à-dire ne bénéficiant pas de la qualité de « juridiction » en droit interne.

l'attention car susceptibles de poser certains problèmes au regard de l'article 6 de la CEDH : la Commission des infractions fiscales (dont les avis conformes, quoiqu'ils conditionnent l'engagement de poursuites pénales à l'encontre du contribuable, sont réputés ne pas faire grief et sont donc insusceptibles de recours dans l'ordre juridique interne) et la Commission de surendettement (dont les décisions touchent systématiquement soit au patrimoine du débiteur soit à celui des créanciers).

Afin d'apporter un éclairage comparatiste et de préciser la portée dont est réellement investi l'instrument européen – l'article 6§1 de la CEDH est-il susceptible d'être à l'origine d'un modèle européen de « procédure équitable » ? –, il a semblé souhaitable d'intégrer dans le champ de l'étude des exemples étrangers significatifs. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre en effet que l'extension des garanties du procès équitable n'est pas une problématique propre à la France : l'applicabilité de l'article 6 aux juridictions ordinaires en Belgique¹⁷ ou à des autorités administratives spéciales en Autriche¹⁸, a suscité de nombreux arrêts de référence. Mais plutôt que d'étudier leurs suites dans l'ordre juridique interne, il a paru préférable d'envisager la situation dans des Etats où la vocation de l'article 6 à constituer un dénominateur commun semblait moins évidente. A cet égard, l'exemple de l'Espagne et du Royaume-Uni s'avère particulièrement intéressant, quoique pour des raisons diamétralement opposées. D'un côté, le souci des constituants espagnols de s'aligner sur les normes européennes communes incite paradoxalement à s'interroger sur une éventuelle médiatisation des dispositions de la Convention, et plus précisément de l'article 6, dont les exigences ont été substantiellement intégrées dans l'article 24 de la norme fondamentale ibérique. Car le risque est alors que les juges internes privilégient ce dernier et que les débats relatifs à sa portée ou à ses conditions d'application interfèrent sur les effets de l'article 6. D'un autre côté, le dualisme britannique et le refus d'incorporer la Convention jusqu'en 2000 conduisent à se demander si le phénomène de judiciarisation s'arrête aux frontières d'Albion, ou s'il s'est développé indépendamment des contraintes européennes. Ainsi la problématique générale du rapport apparaît-elle également renouvelée dans ces deux Etats par les spécificités de leur ordre juridique.

Il n'était cependant pas concevable de mener pour chacun d'eux une étude de même ampleur que celle consacrée au cas français. Au demeurant, la comparaison n'a de sens que si elle porte sur des catégories équivalentes d'organes ; or, il n'est pas toujours possible d'en identifier. On verra notamment que les *quasi non gouvernementals organisations* britanniques ne sauraient être assimilées purement et simplement aux autorités administratives françaises... La recherche s'est donc centrée sur des autorités qui permettaient d'établir un véritable parallèle. Ont à ce titre été retenus la *Comision nacional del mercado de valores* et le *Tribunal de defensa de la competencia* pour l'Espagne et l'Ordre des avocats d'Angleterre et du Pays de Galles.

¹⁷ CourEDH, 23/06/1981, Le Compte Van Leuven et de Meyere, A/43 ; CourEDH, 10/02/1983, Albert et Le Compte, A/58.

¹⁸ CourEDH, 22/10/1984, Sramek, A/84.

Certains de ces organismes font l'objet d'une jurisprudence européenne déjà établie. A défaut, il est possible d'analyser – à la lumière des critères définis par la Cour de Strasbourg – ce qui, dans leurs pouvoirs, serait susceptible de susciter l'application de l'article 6. Au-delà, on cherchera à identifier les exigences dont le droit de la Convention impose le respect en dehors du cadre juridictionnel ordinaire. Mais le propos ne peut se vérifier seulement dans la jurisprudence européenne. Compte tenu de l'autonomie interprétative dont jouissent les juges nationaux, juges de droit commun de la Convention, il faut également considérer la manière dont ils « reçoivent » les contraintes européennes, d'autant que le bilan s'annonce contrasté.

En effet, la recomposition du contentieux, induite par l'application des garanties du procès équitable hors les « juridictions ordinaires », si elle paraît s'inscrire dans une logique d'harmonisation des droits internes et de leurs diverses branches autour du standard européen de la bonne justice dégagé par la jurisprudence européenne, ne va cependant pas sans heurts et sans tensions. Si l'on regarde d'un peu plus près ce qu'il en est de l'application en droit interne du droit à un procès équitable à tel ou tel organe « non-juridictionnel », les résistances au droit européen se font jour et les divergences d'interprétation apparaissent, non seulement entre les juges nationaux et la Cour européenne mais encore entre les juges nationaux eux-mêmes. A la vision harmonieuse d'une application généralisée de l'article 6§1 de la CEDH succède celle d'une application désordonnée – si ce n'est conflictuelle – de cette disposition.

On ne saurait s'étonner vraiment de cette distorsion si l'on prend soin d'admettre, selon l'économie même de l'article 6§1 et l'interprétation qu'en a faite le juge européen, que « le droit à un procès équitable » recouvre deux volets distincts : la matière du procès équitable et les garanties du procès équitable. Une chose est de savoir si le droit à un procès équitable est applicable à telle procédure, une autre est de se demander si les garanties du procès équitable sont respectées. Or, pour l'essentiel, c'est cette distinction entre champ d'application et garanties du procès équitable qui en France trace la ligne de partage entre convergences et divergences entre les juges internes, s'agissant de l'application du droit à un procès équitable « hors les juridictions ordinaires ».

D'un côté, si l'on considère la matière du procès, les convergences s'opèrent sur le principe de la « judiciarisation » des procédures non-juridictionnelles (I).

De l'autre, si l'on envisage le respect des garanties du procès équitable, les divergences s'installent sur le degré de « judiciarisation » des procédures non-juridictionnelles (II).

Les exemples étrangers toutefois n'obéissent pas exactement au même schéma. L'applicabilité de l'article 6 est plus incertaine, alors que les enjeux de son application sont pondérés. Aussi les spécificités nationales relativisent-elles finalement la généralité de la « judiciarisation » (III).

PARTIE I – LE PRINCIPE DE LA JUDICIARISATION DES PROCEDURES HORS LES JURIDICTIONS ORDINAIRES

L'article 6 de la Convention est l'une des dispositions clef de la Convention, sur un plan à la fois qualitatif (car il ne saurait exister de société démocratique sans droit à un tribunal impartial ni procès équitable) et quantitatif (puisqu'il s'agit de l'article le plus souvent invoqué par les requérants dénonçant la durée excessive des procédures juridictionnelles ou des pratiques internes et des détails de procédures utilisés à leur détriment). Ainsi la « place éminente » du droit à un procès équitable dans une société démocratique - très tôt affirmée par la Cour¹⁹ – est-elle démontrée par une jurisprudence aussi abondante que dynamique. La manière dont le juge européen des droits de l'homme détermine le domaine de l'article 6 en fait une disposition potentiellement très attractive, transcendant les particularités nationales. D'une part, l'autorité de chose interprétée, dont la Cour prétend revêtir ses arrêts, induit que les solutions dégagées ne valent pas seulement pour le droit de l'Etat défendeur ; se formerait ainsi un noyau commun de règles processuelles, un modèle européen de procédure équitable. D'autre part, l'influence de l'article 6 se fait sentir indépendamment des distinctions établies dans les ordres juridiques nationaux, entre les différentes catégories de procédures (juridictionnelles et administratives). C'est dire que les garanties attendues des tribunaux judiciaires vont être exigées d'autres autorités et c'est en ce sens qu'intervient le phénomène de « judiciarisation ». C'est dire aussi que les qualifications formelles, retenues en droit interne, ne permettent pas de délimiter *a priori* le champ d'application de l'article 6. Dans ces conditions, quelle peut-être la portée de cette judiciarisation ? Y a-t-il des limites à l'attractivité de l'article 6 ? Pour répondre à ces questions, il est nécessaire de clarifier les critères européens d'applicabilité de la disposition (Chapitre I), avant de mesurer leurs implications respectives en droit français, que ce soit au titre de la matière pénale (Chapitre II) ou de la matière civile (Chapitre III).

¹⁹CourEDH, 17/01/1970, Delcourt c/ Belgique, A/11, § 25.

CHAPITRE I – LES CRITERES EUROPEENS D'APPLICABILITE DE L'ARTICLE 6 CEDH

En vertu de l'article 6 de la Convention, « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal (...) qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale ...* » (nous soulignons). Cette formulation pouvait laisser supposer que l'applicabilité de cette disposition était subordonnée à l'existence d'une procédure contentieuse devant une juridiction, au sens formel du terme. Mais le juge européen des droits de l'homme, privilégiant une lecture téléologique, s'est centré sur un critère matériel, tiré de l'objet de la contestation.

Dans son arrêt *Golder*, du 21 février 1975 (A/18), la Cour précise ainsi que « *l'article 6§1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil* » (§ 36). Il en résulte que « *ce texte ne vaut pas seulement pour une procédure déjà entamée : peut aussi l'invoquer quiconque, estimant illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits (de caractère civil), se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant aux exigences de l'article 6§1* » (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, 23 juin 1981, A/43, § 44). Et, dans cette dernière décision, marquant bien la priorité du critère matériel, la Cour peut conclure : « *Dés lors que la contestation des décisions prises à leur encontre doit être considérée comme relative à des "droits et obligations de caractère civil", les requérants avaient droit à l'examen de leur cause par un "tribunal" remplissant les conditions de l'article 6§1* » (§ 50).

L'économie de l'article 6 est alors fixée par le juge européen : il est applicable à toute procédure devant des organes qui « *décident* » soit en matière civile, soit en matière pénale, quand bien même ces organes ne sont pas des « *juridictions* » au sens du droit interne. Dès lors, on peut se demander quelle est la place des considérations organiques dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme. Si les critères matériels sont déterminants (Section I), le critère organique n'apparaît pas indifférent. Il est simplement secondaire (Section II).

Section I – Des critères matériels déterminants

C'est un fait désormais acquis que dans le système de la Convention, l'applicabilité de l'article 6 dépend de l'interprétation donnée aux notions de « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » et « d'accusations en matière pénale ». Comme précédemment souligné, le choix d'un critère d'ordre matériel n'est déjà pas indifférent, puisqu'il fait entrer dans le domaine de l'article 6 des procédures intentées devant des organes n'ayant pas la qualité de juridictions dans l'ordre juridique interne. Mais on aurait pu penser que l'influence de la disposition conventionnelle se limitait alors au contentieux judiciaire. Or la Cour n'a pas fait droit à une interprétation littérale des termes, qui aurait abouti à les entendre dans leur sens ordinaire en droit interne. Il en résulte que des contentieux habituellement qualifiés de publics pourront relever de l'article 6. Les organes de la Convention ont ainsi procédé à une double extension des garanties du procès équitable, en dehors des juridictions ordinaires (cf. infra, Section II), et en dehors du champ judiciaire. Dans l'analyse des critères matériels d'applicabilité, ce second aspect doit naturellement être privilégié. Pour mesurer l'attractivité de l'article 6, on est donc amené à préciser le sens respectif des notions de « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » (§ I) et « d'accusations en matière pénale » (§ II).

§ I. – Le sens européen de la notion de « contestations sur des droits et obligations de caractère civil »

Gérard Gonzalez

En tant que telle, la notion de « droits et obligations de caractère civil » est assez floue et sa signification ne peut être éclairée par les indications du droit interne. Car, elle constitue une notion autonome, comme l'a très clairement affirmé la Cour dans son arrêt *König* (28 juin 1978, GA n°13, § 88) censé confirmer une jurisprudence antérieure moins explicite. Selon cet arrêt, « *le problème de l'autonomie du sens des termes de la Convention par rapport à leur sens en droit interne a déjà été posé à plusieurs reprises devant la Cour [...] La Cour a aussi déjà reconnu implicitement celle du concept de 'droits et obligations de caractère civil' notamment dans l'arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971* » (A/13, § 94). Le juge européen se donne ainsi toute latitude pour déterminer l'applicabilité du droit à un procès équitable, selon des critères propres qui peuvent méconnaître ceux du droit interne, voire s'y opposer. Logiquement, les concepts autonomes, en tant qu'ils déterminent le champ d'application de la Convention, doivent être d'interprétation large. Cette tendance ne peut qu'être renforcée par la nature des droits en cause dans l'article 6, le procès équitable étant un élément

indispensable du principe de la « *prééminence du droit* » qui ne se « *conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux* »²⁰.

L'approche privilégiée par la Cour, si elle peut paraître *a priori* favorable aux requérants, n'est pas exempte de critiques. Le maniement quasi discrétionnaire d'une notion déjà floue (A), qui aboutit à l'absorption, dans le champ de l'article 6, de situations très variées fortement marquées par des éléments de droit public (B), fait parfois peu de cas des exigences de prévisibilité, de sécurité juridique et de cohérence que l'on est en droit d'attendre d'une juridiction et que la Cour ne manque d'ailleurs pas d'exiger des Hautes-Parties contractantes.

A- La matière civile : une notion floue à la discrétion de la Cour

La volonté de privilégier une conception large de la notion de « droits et obligations de caractère civil » faisant abstraction de la distinction entre droit public et privé (1) se traduit par l'utilisation prédominante du critère attractif de la patrimonialité, dès lors que des éléments de droit public sont en cause (2).

1 - Une conception large de la matière civile.

L'article 6 est évidemment applicable aux litiges de droit privé survenant entre des particuliers et tranchés par des tribunaux de l'ordre judiciaire dans les pays où existent une séparation entre ordre administratif et judiciaire. Sont logiquement qualifiés de « civils » les droits relatifs aux problèmes de tutelle ou de visite et de garde des parents (par ex. arrêt du 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, A/290, § 57), à l'obtention de la séparation de corps d'avec son conjoint (arrêt du 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, A/32, § 21) , au droit de jouir d'une bonne réputation (arrêt du 21 février 1975, *Golder*, précité, § 27 ; 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, A/80, §§ 105-107) et bien sûr à tout contentieux relatif au droit de propriété ou à une demande de réparation entre particuliers ou à l'égard d'autorités se conformant au droit privé. Récemment, s'est posé le problème du système de consignation visant à faire obstacle aux constitutions de parties civiles « téméraires » mais constituant aussi, pour certaines victimes sans ressources et n'ayant pas obtenu l'aide judiciaire, le fondement d'un véritable déni de justice. La Cour estime que la recherche par le requérant au travers d'une déclaration de culpabilité, de la réparation civile du préjudice financier issu, en l'espèce, du vol de son mobilier, relève de la matière civile et l'article 6§1 s'applique²¹.

²⁰Cour EDH, 21/2/1975, *Golder*, A/6, § 34.

²¹Cour EDH, 28/02/1999, *Aït-Mouhoub c/ France*, RDP, 1999, p.886, obs. S. Soler.

Il peut aussi, parfois, être important de délimiter la nature exacte du différend civil ou pénal qui va déterminer l'application ou non des paragraphes 2 et 3 de l'article 6 propres à la matière pénale. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Minelli c/ Suisse* relatif à une « peine de suspicion », la Cour juge que la lésion d'un droit individuel de « caractère civil » tel celui de jouir d'une bonne réputation, constitue parfois aussi une infraction pénale. En l'espèce, la situation juridique de l'intéressé l'amène à conclure à la nature pénale de la procédure intentée contre lui et, en conséquence, à l'applicabilité de l'art. 6 § 2 (arrêt du 25 mars 1993, A/62).

La difficulté principale fut de faire admettre l'applicabilité de l'article 6 dans des procédures contentieuses relevant en partie du droit public. Par touches successives, la Cour a imposé une conception du champ de la matière civile faisant abstraction de la législation en cause, de la nature de l'organe chargé de l'appliquer et privilégiant l'objet des droits du requérant.

Dans l'affaire *Ringeisen*, contrairement à la Commission, la Cour estima que l'art. 6§1 s'applique à « toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé » et que « peu important dès lors la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée (loi civile, commerciale, administrative, etc...) et celle de l'autorité compétente en la matière (juridiction de droit commun, organe administratif, etc.) ». Dans cette affaire relative à l'approbation d'un contrat d'achat de terres agricoles par une instance administrative autrichienne (une Commission de district et régionale des transactions immobilières), la Cour releva que « la décision de la commission régionale, bien que faisant application de règles de droit administratif, devait être déterminante pour les rapports de caractère civil entre Ringeisen et les époux Roth », ce qui suffit pour rendre l'art. 6 applicable (arrêt précité, §94).

Par la suite, la Cour n'aura de cesse de développer cette jurisprudence neutralisante à l'égard des distinctions nationales entre droit privé et droit public. Par l'arrêt *König* relatif à la contestation par le requérant du retrait d'une autorisation d'exercer la médecine et d'exploiter une clinique devant les tribunaux administratifs allemands, la Cour souligne que si le litige oppose un particulier et une autorité publique, il n'est pas « décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique » et que « pour savoir si une contestation porte sur la détermination d'un droit de caractère civil, seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause » (arrêt précité, § 90). Le contentieux des poursuites disciplinaires entre dans le champ d'application de l'article 6 dès lors qu'est en cause le droit du requérant de continuer d'exercer, par exemple, la profession médicale, ce droit étant mis en œuvre à titre libéral dans des relations contractuelles ou quasi contractuelles avec des clients ou patients et présente donc un caractère privé²².

²²Cour EDH, 23/06/1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, A/43.

Il faut donc, dans l'optique de l'applicabilité de l'article 6, procéder à un recadrage des frontières entre droit privé et droit public, qui ne passent plus par la nature des parties ou des organes administratifs ou juridictionnels en cause mais bien par celle du droit revendiqué par le requérant. Il pourrait s'agir de distinguer entre droits civils et droits politiques selon une approche prenant en compte les instruments onusiens de garantie des droits de l'homme. Comme on l'a suggéré, « *au vu aussi bien de l'art. 14§1 du Pacte des Nations Unies que de l'art. 6§1 de la Convention européenne, les termes "contestations sur des droits et obligations de caractère civil" doivent s'entendre comme couvrant toute contestation en dehors de celles portant sur des droits et obligations de nature politique, qu'il s'agisse d'autres contestations dans le domaine public ou de contestations dans le domaine privé* »²³. Mais cette proposition ne résout pas toutes les difficultés. En l'absence de définition abstraite de la notion de « droits et obligations de caractère civil » que la Cour s'est toujours refusée à livrer - ce qui aurait entravé d'éventuels développements de sa jurisprudence - il est donc nécessaire de trouver une méthode permettant d'effectuer ce recadrage.

La juridiction européenne des droits de l'homme a d'abord utilisé la technique du bilan entre les éléments de droit privé et de droit public lorsque les deux aspects apparaissaient présents au sein d'un même droit. Elle a ainsi eu recours à cette méthode, également qualifiée de faisceau d'indices, dans ses arrêts *Feldbrugge c/ Pays-Bas* (29 mai 1986, A/99) et *Deumeland c/ RFA* (27 février 1987, A/100). Après avoir rappelé les principes de sa jurisprudence *König*, elle souligne que « *pas plus que dans cette précédente affaire, la Cour ne croit devoir donner en l'espèce une définition abstraite* » de la matière civile, mais, « *placée pour la première fois devant le domaine de la sécurité sociale, et plus particulièrement le régime de l'assurance-maladie* » elle doit dégager « *des éléments propres à préciser ou compléter les principes* » de l'arrêt *König* (arrêt *Feldbrugge*, §27). Notant la grande diversité des régimes d'assurance-maladie au sein des États membres, elle souligne que « *certaines lui confèrent un caractère public, d'autres au contraire un caractère privé ; d'autres enfin semblent adopter un système mixte* », situation encore compliquée par des divergences jurisprudentielles au sein d'un même ordre juridique. Elle se livre en conséquence à une évaluation des éléments de droit public du système concerné (législation, obligation de s'assurer, intervention d'organismes publics) et de droit privé (nature personnelle et patrimoniale du droit contesté, rattachement au contrat de travail, affinités avec une assurance de droit commun) pour conclure à « *la prédominance des seconds* » : bien qu'aucun des aspects de droit privé n'apparaisse décisif à lui seul, « *additionnés et combinés ils confèrent au droit revendiqué un caractère civil au sens de l'article 6§1* » qui s'applique (§§ 28-40 de l'arrêt *Feldbrugge*). Le même raisonnement est appliqué dans l'arrêt *Deumeland* (§§ 62-74). La Cour était partagée sur ces deux affaires (3 voix de majorité dans l'arrêt *Feldbrugge*, 2 seulement dans l'arrêt

²³G. Sperduti, Sur la notion de 'droits et obligations de caractère civil' dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges R-J. Dupuy*, Pédone 1991, p.287.

Deumeland). De fait, la méthode suivie pouvait laisser craindre une certaine imprévisibilité de la jurisprudence européenne dans le sens ou sont considérés comme facteurs déterminants « *des éléments qui peuvent varier d'un système de sécurité sociale à un autre et même d'une catégorie de droits à l'autre dans le cadre d'un même système* » (opinion dissidente commune des sept juges dans l'affaire *Feldbrugge*, A/99, p.21). Le risque est donc d'avoir une application variable de la Convention d'un système à l'autre avec pour résultat que certaines « victimes » potentielles d'une violation de la Convention soient mieux protégées que d'autres.

Dès lors, un critère unificateur va s'imposer, à titre principal sinon exclusif, comme révélateur de la matière civile : l'aspect patrimonial du droit revendiqué et du but poursuivi. Cet élément était d'ailleurs cité, mais parmi d'autres, dans les arrêts *Feldbrugge* (§37) et *Deumeland* (§71) et évoqué également par l'opinion dissidente commune des juges opposés à la solution de la Cour²⁴. Toutefois, la méthode du bilan continue d'être appliquée, notamment lorsque s'agissant de l'obligation de cotisation de sécurité sociale, l'élément patrimonial pour l'employeur concerné n'est pas décisif ni suffisant puisque de tels paiements « *ne sont pas d'une importance cruciale pour ses moyens d'existence* ». La Cour parvient néanmoins avec la méthode initiée dans les arrêts *Feldbrugge* et *Deumeland* à déterminer la nature civile de l'obligation en cause (arrêt du 9 décembre 1994, *Schouten et Meldrun*, A/304, §§ 50-60).

Sans être exclusive de toute autre référence, l'utilisation du critère attractif de la patrimonialité apparaît prédominante.

2 - L'utilisation prédominante du critère attractif de la patrimonialité.

En dehors de la question spécifique des cotisations, lorsque la question de l'applicabilité de l'article 6§1 au contentieux de la sécurité sociale s'est à nouveau posée, notamment dans l'affaire *Salesi*²⁵, la Cour, après avoir rappelé les affaires *Feldbrugge* et *Deumeland* souligne que « *l'évolution juridique amorcée par ces arrêts et le principe de l'égalité de traitement permettent d'estimer que l'applicabilité de l'article 6§1 constitue aujourd'hui la règle dans le domaine de l'assurance sociale* » (§ 18). Puis vient l'argument décisif : « *...malgré les aspects de droit public signalés par le Gouvernement, Mme Salesi ne se voyait pas concernée dans ses rapports avec l'administration en tant que telle, usant de prérogatives discrétionnaires ; atteinte dans ses moyens d'existence, elle invoquait un droit subjectif de caractère patrimonial, résultant des règles précises d'une loi donnant effet à la*

²⁴Arrêt *Feldbrugge*, p. 24, § 13 de l'opinion précitée ; arrêt *Deumeland*, p. 36, § 13 de l'opinion dissidente des huit juges.

²⁵Cour EDH, 26/02/1993, A/257-E, p. 59.

Constitution" (§ 19, souligné par nous). La Cour conclut par un argument procédural, relevant que « *la protection de ce droit fondamental se trouve du reste organisée de telle sorte qu'au stade judiciaire, les litiges le concernant ressortissent à la compétence de la juridiction ordinaire, le juge du travail* » (§ 19). Ainsi consolidée et étendue, puisque l'affaire *Salesi* était relative à l'aide sociale et non à l'assurance sociale et comportait donc des aspects de droit public plus importants, la jurisprudence *Feldbrugge* et *Deumeland* sera pérennisée sur le fondement du caractère patrimonial du droit en cause. Dans l'affaire *Schuler-Zraggen*²⁶, jugée quelques mois plus tard, la Cour reprend les termes de son arrêt *Salesi* pour souligner le fait que l'applicabilité de l'article 6 § 1 constitue désormais la règle dans le domaine de l'assurance sociale « *y compris même de l'aide sociale* ». Et comme précédemment, la considération la plus importante en faveur de cette applicabilité en l'espèce « *réside dans la circonstance que malgré les aspects de droit public signalés par le Gouvernement, la requérante ne se voyait pas seulement concernée dans ses rapports avec l'administration en tant que telle, mais aussi atteinte dans ses moyens d'existence ; elle invoquait un droit subjectif de caractère patrimonial, résultant des règles précises d'une loi fédérale* » (§46, souligné par nous).

L'évolution est très nette depuis les arrêts précités des années quatre-vingt. Aujourd'hui, « *le critère de l'incidence d'une situation ou d'un acte sur les droits patrimoniaux du justiciable apparaît ...comme le critère décisif de l'applicabilité de l'article 6* »²⁷. Il a été imposé par la Cour en quelques arrêts de principe.

Dans l'affaire *Éditions Périscope*²⁸ relative à la réparation d'un dommage que l'État aurait causé à cette société en lui refusant des avantages consentis à des concurrents (abattements fiscaux et tarifs postaux préférentiels consentis aux organes de presse), la Cour « *relève que l'action de la société requérante avait un objet 'patrimonial' et se fondait sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux* » et le droit en question « *revêtait donc 'un caractère civil' nonobstant l'origine du différend et la compétence des juridictions administratives* ». Le critère se dédouble donc: il faut une revendication patrimoniale touchant un droit lui-même patrimonial.

Mais l'appréciation qui en est faite peut être compréhensive et l'objet du litige n'être qu'indirectement patrimonial. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Procola*²⁹. Cette société contestait l'application par les autorités luxembourgeoises de la réglementation européenne sur les quotas laitiers et sur les prélèvements supplémentaires (amendes de surproduction) effectués auprès des producteurs. La procédure engagée sur le plan interne devant le Conseil d'État ne pouvait aboutir qu'à l'annulation des arrêtés litigieux mais « *aurait permis à la requérante de s'adresser aux juridictions civiles pour récupérer le montant qu'elle estimait indûment payé* ». La Cour note que *Procola* utilisait ainsi

²⁶Cour EDH, 24/06/1993, A/263.

²⁷F. Sudre, *op. cit.*, p. 223.

²⁸Cour EDH, 26/03/1992, A/234, § 40.

²⁹Cour EDH, 28/09/1995, A/326, § 39.

« l'unique moyen - indirect - dont elle disposait pour tenter d'obtenir le remboursement des prélèvements supplémentaires ». Ainsi, « compte tenu du lien étroit existant entre la procédure engagée par l'intéressée et les répercussions que l'issue de ladite procédure aurait pu avoir sur un droit de caractère patrimonial et, d'une manière plus large, sur l'activité économique de Procola, le droit en question revêtait un caractère civil ». De plus, le versement de ces sommes supplémentaires pouvant s'analyser en une privation de propriété, le droit au respect des biens est en cause et revêt « assurément un caractère civil ».

Le critère de la patrimonialité apparaît donc déterminant pour l'applicabilité de l'article 6§1 à des domaines soumis plus ou moins largement au droit public. Plusieurs méthodes d'instrumentalisation de ce critère par la Cour peuvent être évoquées (mais, nous le verrons, chacune comporte des limites et exceptions) :

- confrontée à des situations comportant de forts éléments de droit public, comme en matière d'assurance ou d'aide sociale, la Cour va procéder à un examen détaillé des éléments de droit public et de droit privé, lui permettant de faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre (l'impression prévaut d'un postulat de départ d'applicabilité). Une fois la « règle » établie – à savoir l'applicabilité de principe de l'article 6§1 –, seules les éventuelles exceptions vont être recherchées au cas par cas ; pour ce faire, le critère patrimonial est, sinon suffisant (la Cour relevant parfois la qualité du juge national chargé de ce contentieux, le caractère précis de la législation), du moins déterminant. La méthode du bilan détaillée redevient nécessaire lorsque, dans un domaine déjà exploré par la Cour, se pose une question nouvelle comme par exemple celle de l'obligation de payer les cotisations, différente de celle des droits relatifs aux prestations ou aides sociales.

- les revendications dont l'objet est patrimonial et qui se fondent sur une atteinte à des droits patrimoniaux, comme le droit de propriété, ouvrent aussi largement les portes de l'applicabilité de l'article 6§1, y compris s'agissant de problèmes liés à l'application de la législation fiscale (*Éditions Périscope*). Dans l'affaire *National et Provincial Bulding society, Leeds Permanent Buiding society et Yorkshire building society c/ Royaume-Uni*, la Cour relève d'ailleurs abruptement que les actions en restitutions étaient « des actions de droit privé et cruciales pour la décision sur des droits de caractère privé à récupérer des sommes chiffrables » (arrêt du 23 octobre 1997, §97).

- dans des cas où le contentieux relevant d'un juge administratif a son pendant devant le juge judiciaire, comme en matière de responsabilité pour faute de l'administration, la Cour se satisfait du caractère déterminant de l'issue de la procédure pour des droits et obligations « de caractère privé » dont la préservation a une dimension pécuniaire (par ex. arrêt *X c/ France*, 31 mars 1992, A/234-C).

- dans certains cas, enfin, le critère de la patrimonialité n'est pas déterminant. L'obligation de cotisation sociale a déjà été évoqué. Il en va de même du contentieux des sanctions disciplinaires qui présentent, néanmoins, des conséquences patrimoniales indirectes (cf. *infra*, Chapitre III) et aussi,

depuis une récente évolution de la Cour abandonnant le critère patrimonial³⁰, des contentieux impliquant des agents publics (cf. *infra*).

B - L'absorption de situations de droit public très variées dans le champ de l'article 6§1.

L'inventaire des matières réputées civiles par la Cour est très éclectique et fait apparaître une conception très souple de la patrimonialité appliquée à des contentieux partiellement ou complètement administratifs (1). Sans doute des limites existent-elles, que l'objet patrimonial des revendications ne parvient pas toujours à repousser et qui peuvent être identifiées à des domaines « politiques » (le terme voulant ici évoquer l'implication de compétences régaliennes, telles la perception de l'impôt ou l'exercice des pouvoirs de police...). Mais le champ d'application extensif de l'article contribue à en réduire la portée (2).

1 - L'emprise de la matière civile sur des domaines fortement marqués par le droit public.

Le constat ne peut qu'être provisoire tant les frontières paraissent mouvantes. Toutefois l'inventaire des domaines de prédilection de l'article 6§1 rend très nettement compte du souci de la Cour de donner aux droits garantis par cette disposition une effectivité aussi large que possible. Cette démarche - même si elle peut apparaître dans certains cas désordonnée au risque de friser l'incohérence - doit être approuvée, tant il est vrai que l'idée de laisser certains justiciables sans aucune garantie quant au caractère équitable de l'appréciation de leur contestation est choquante. Entre une conception hypertrophiée de l'applicabilité de l'article 6§1 et la volonté de contenir celle-ci dans des limites raisonnables (mais raisonnables pour qui ?), le choix doit se porter sur l'option la plus favorable aux justiciables qui, s'ils succombent, doivent conserver à tout le moins l'impression de ne pas avoir été victimes, sinon d'une injustice, du moins d'une procédure inéquitable. En ce sens, la consécration de l'intérêt patrimonial comme critère déterminant de l'applicabilité de l'article 6§1 est totalement efficiente.

a - Le contentieux du droit de propriété et de l'urbanisme

Depuis l'arrêt *Sporrong et Lönnroth* (23 septembre 1982, A/52), le principe de l'applicabilité de l'article 6§1 au contentieux du droit de propriété ou, plus précisément, du « respect des biens » -

³⁰Cour EDH, 8/12/1999, Pellegrin c/ France, *RDP*, 2000, obs. G. Gonzalez.

contentieux personnel éminemment subjectif et donc "matière civile" par nature - n'a cessé de se renforcer. D'autant que la conception du droit garanti par l'article 1 du premier protocole est elle-même très large, puisqu'il inclut les biens meubles immeubles et les droits réels, les biens corporels ou incorporels, créances, brevets, parts sociales, clientèles des professions libérales (arrêt du 26 juin 1986, *Van Marle*, A/101), licences de débits de boissons (arrêt du 7 juillet 1989, *Tre Traktörer*, A/159), autorisation d'exploiter une carrière ...

Une question devait inévitablement se poser : était-il concevable d'identifier une contestation portant sur un droit de propriété tout en estimant que ladite contestation n'affectait pas un droit civil au sens de l'article 6§1 ? La Commission le pensait s'agissant d'un recours contre un règlement administratif (rapport du 6 juillet 1994 dans l'affaire *Procola*). Dans leur opinion dissidente quatre commissaires stigmatisait cette position, qu'ils jugeaient contradictoire. La Cour leur a donné raison puisque, après avoir souligné l'importance des procédures engagées sur « *un droit de caractère patrimonial* » conférant au litige en question un caractère civil, elle relève : « *Au demeurant [...] la Commission a considéré dans sa décision sur la recevabilité que le versement aux autorités nationales d'une somme au titre du prélèvement supplémentaire pouvait s'analyser en une privation de propriété... Or le respect des biens revêt assurément un caractère civil* » et « *partant, l'article 6§1 s'applique* » (arrêt *Procola*, précité §§ 39-40). Il y a donc superposition entre le champ d'application de l'article 1 du premier protocole et la matière civile de l'article 6§1. Mais il n'y a pas confusion : l'article 6§1 peut trouver à s'appliquer en dépit de l'irrecevabilité des griefs invoqués au titre de l'article 1 du Protocole. Ainsi, la Convention ne garantissant pas un droit à la restitution des biens, la requête ayant un tel objet est irrecevable sous l'angle de l'article 1 du Protocole. En revanche, au titre de l'accès à un tribunal concernant l'usage d'un bien, le même requérant est recevable à invoquer une violation de l'article 6§1 (Décision de recevabilité du 6 avril 2000, *Potocka et a. c/ Pologne*, req. 3376/96, note info. n°17, avril 2000). L'autonomie de l'identification de la matière civile est ainsi affirmée avec force, indépendamment de l'applicabilité d'un article consacré à la protection patrimoniale des requérants.

Le contentieux de l'expropriation entre naturellement dans ce cadre³¹ quand bien même celui-ci trouverait son origine dans un accord international librement négocié. Dans l'affaire *Beaumartin c/ France* qui soulevait ce problème, la Cour conclut que « *la contestation ... tirait son origine d'une mesure d'expropriation et visait le principe et/ou l'étendue d'une réparation. Elle avait ainsi des répercussions directes sur le droit de propriété des intéressés, droit de caractère civil ; son issue, qui dépendait de l'interprétation du traité, était directement déterminante pour un tel droit* » et l'article 6§1 « *trouve donc à s'appliquer* » (24 novembre 1994, A/296-B, § 28).

³¹R. Hostiou, Le droit français de l'expropriation et la Convention EDH, *AJDA*, 2000, pp. 290-299.

Le contentieux de l'urbanisme interfère souvent avec le droit de propriété et se trouve, en conséquence, dans le champ d'applicabilité de l'article 6§1³². Ont ainsi été soumises à cet article les contestations portant sur une interdiction municipale de construire (arrêt du 25 octobre 1989, *Allan Jacobsson*, A/163), un refus de dérogation individuelle à un plan d'urbanisme (arrêt du 28 juin 1990, *Skärby*, A/180), une décision administrative d'amendement à un plan de construction (arrêt du 28 juin 1990, *Mats Jacobsson*, A/180) ou encore l'action d'un tiers contre un permis de construire devant une juridiction administrative (arrêt du 25 novembre 1994, *Ortenberg c/ Autriche*, A/295-B). C'est encore la dimension patrimoniale qui joue le rôle de déclencheur de l'applicabilité de l'article 6§1. Par exemple, dans l'affaire *Ortenberg*, la Cour souligne que la requérante s'est appuyée sur le droit public mais que « *ce faisant, elle voulut néanmoins éviter une atteinte à ses droits patrimoniaux, car elle estimait que les travaux sur le terrain attenant à sa propriété en compromettraient la jouissance et en réduiraient la valeur marchande* ». Ainsi, « *compte tenu du lien étroit existant entre la procédure engagée par l'intéressée et les répercussions de l'issue de ladite procédure sur sa propriété, le droit en question revêtait un caractère 'civil'* » (§28). On en déduira *a contrario*, qu'un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisent pas à faire entrer en jeu l'article 6§1. La question pourra se poser s'agissant notamment d'actes réglementaires déterminant l'affectation des espaces : par exemple, applicabilité de l'article 6§1 au contentieux relatif à un POS - annulé par la suite -classant les terrains du requérant en zone inconstructible (arrêt du 27 octobre 1994, *Katte Klitsche de la Grange c/ Italie*, A/293-B) ou à la contestation de servitudes réglementaires comportant interdiction de bâtir (arrêt du 16 septembre 1996, *Matos e Silva c/ Portugal*, Rec., 1996-IV).

Le droit de l'environnement peut aussi se trouver à la croisée de ces chemins. Il a par exemple été jugé que la demande déposée par les requérants au sujet de l'autorisation donnée à une entreprise d'entreposer des déchets sur un terrain voisin de leur propriété avait directement trait à leur « *droit de jouir de l'eau de leur puits comme boisson, élément de leur droit de propriétaires du terrain* ». Il en résulte que, nonobstant les éléments de droit public invoqués par le Gouvernement, l'article 6§1 est applicable au titre de la matière civile (arrêt du 25 novembre 1993, *Zander c/ Suisse*, A/279-B, p. 40, § 27).

b - Le contentieux de la réparation

Une action en réparation, associée à un recours fondé sur le droit au respect des biens, relève naturellement du champ d'application de l'article 6§1. La question est de savoir si, en dehors d'une mise en cause du droit de propriété, le contentieux administratif de la réparation entre dans le champ

³²J.-B. Auby, *Droit de l'urbanisme et droit européen*, AJDA, 1995, pp. 667-673.

d'application de l'article 6§1 au titre de la matière civile ? Dans son arrêt *Baraona*, la Cour avait jugé que le droit à réparation revendiqué par le requérant « revêt un caractère privé, car il a un contenu personnel et patrimonial et se fonde sur une atteinte à des droits de cette nature, notamment le droit de propriété » (arrêt du 8 juillet 1987, A/122, § 44). L'adverbe « notamment » semblait indiquer que toute action de cette nature, même déconnectée du droit de propriété, pourrait relever de la « matière civile ». L'incertitude toutefois était permise. Aussi le Gouvernement français a-t-il tenté de faire valoir dans l'affaire *Periscope* (précitée) qu'admettre en l'espèce (refus d'un avantage fiscal et postal pour certaines publications), le caractère civil du droit à réparation « aboutirait à rendre l'article 6§1 applicable à toute procédure destinée à obtenir la compensation d'un dommage, indépendamment de la nature du droit invoqué » y compris lorsque l'État « intervient en qualité de détenteur de la puissance publique » (§ 39). On sait que la Cour n'a pas été sensible à cet argument et qu'elle a, en cette occasion, fait jouer le caractère attractif du critère de patrimonialité : objet patrimonial de la revendication et atteinte à des droits « eux aussi patrimoniaux », bien que le non respect du droit de propriété ne soit pas invoqué en l'espèce (§40).

De fait, le simple intérêt pécuniaire du requérant, cherchant à engager la responsabilité d'une autorité publique, suffit presque automatiquement à justifier l'applicabilité de l'article 6§1, d'ailleurs très rarement contestée dans son principe par les États concernés. Dans l'affaire *X. c/ France*, relative à l'indemnisation des personnes contaminées par le VIH, la Cour a relevé que l'article 6§1 « s'applique indépendamment de la qualité publique ou privée des parties comme de la nature de la 'loi' régissant la 'contestation' » pour conclure que « en l'espèce, en raison de la finalité de l'action, l'issue de la procédure était déterminante pour des droits de caractère privé » (arrêt du 31 mars 1992, A/234, §30). L'objectif même de l'action en réparation permet donc de l'assimiler à une contestation de nature civile. Cette jurisprudence a été largement confirmée depuis. La seule question qui reste pendante est de savoir si une distinction est possible entre les demandes liées à un régime de responsabilité pour faute – qui peut être qualifié de « responsabilité civile » nonobstant la compétence du juge administratif (arrêt *H. c/ France*, A/162) – et celles liées à la responsabilité sans faute (pour risque ou rupture d'égalité devant les charges publiques), appliquée par le juge administratif et qui n'a pas d'équivalent devant les juridictions judiciaires. Si l'on s'en tient au critère finaliste, la réponse devrait être négative. Dans l'arrêt *Georgiadis*, certes relatif à l'indemnisation d'une faute de l'État grec, la Cour note que « le droit à réparation ... revêt, de par sa nature même, un 'caractère civil' » (arrêt du 29 mai 1997, Rec., 1997-III, § 34). On comprendrait difficilement un tel morcellement du champ d'application de l'article 6§1, s'agissant de situations très proches comme l'illustre le contentieux de la réparation des dommages subis par les victimes de transfusions sanguines contaminées par le VIH³³.

³³Voir obs. G. Gonzalez sur Cour EDH, 22 et 29/04/1998, Richard, Pailot, Leterme et Henra c/ France, RDP, 1999, p. 872.

c - Le contentieux des prestations de sécurité sociale

Comme on l'a vu (cf. *supra*), la matière civile absorbe ce contentieux, dont les aspects très nets de droit public sont néanmoins jugés insuffisants pour l'emporter sur les aspects de droit privé, notamment les liens avec les contrats de travail.

d- Le contentieux disciplinaire

Depuis l'arrêt *König*, il est de jurisprudence constante³⁴ que les sanctions disciplinaires infligées par des juridictions ordinaires mettent en cause un droit de "caractère civil" - le droit d'exercer la profession à titre libéral - et dès lors donnent lieu à des procédures « dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé » (arrêt du 20 mai 1998, *Gautrin c/ France*, RDP, 1999, p. 874, obs. F. Sudre). Sont concernés : les sanctions portant interdiction définitive ou temporaire d'exercer, sans considération de durée, le refus d'autorisation d'exercice opposé à une personne n'ayant jamais pratiqué (arrêt du 19 avril 1993, *Kraska c/ Suisse*, A/254-B) et, sans doute aussi, des sanctions telles l'avertissement ou le blâme susceptibles de porter atteinte à la réputation, droit lui-même de caractère civil³⁵.

e - Le contentieux de la fonction publique

Après avoir refusé en bloc l'applicabilité de l'article 6§1 au contentieux de la fonction publique, la Cour a dans un premier temps ouvert la porte de son prétoire aux agents publics désireux de faire valoir leur droit purement ou essentiellement patrimonial (arrêt du 26 novembre 1992, *Lombardo*, A/249-B ; arrêt du 24 août 1993, *Massa et Scuderi*, A/265-A et B ; arrêt du 17 mars 1997, *Neigel c/ France*, Rec. 1997-IV). Le critère de la patrimonialité démontrait en cette circonstance son utilité, mais aussi toute les incertitudes et approximations qu'il était susceptible de générer dans un domaine fortement marqué par le droit public, dans sa dimension la plus contraignante et aussi la plus exorbitante³⁶. La Cour, consciente des dérives possibles et des interrogations avérées, a souhaité clarifier sa jurisprudence en abandonnant la référence à l'aspect patrimonial du litige. Selon le nouveau critère posé par l'arrêt *Pellegrin*, seuls les agents occupant des « *emplois caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la*

³⁴Cour EDH, 28/06/1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, A/43 ; Cour EDH, 26/09/1995, *Diennet c/ France*, A/325-A.

³⁵En l'absence de jurisprudence de la Cour, voir CE, 30/12/1996, *L'Hermitte*, RTDH, 1998.365, obs. J. Andriantsimbazovina.

³⁶Voir les arrêts de 1998 concernant la France, chron. F. Sudre, *JCP*, éd. G, 1998.I.107 et 1999.I.105 ; voir aussi RDP, 1999, pp. 866-870, obs. G. Gonzalez.

puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques » (§ 66) ne peuvent, au titre de la matière civile, revendiquer l'applicabilité de l'article 6§1. La Cour réceptionne ainsi le critère posé par le droit communautaire en matière d'exceptions à la libre circulation des salariés et semble opter pour une applicabilité très large du droit à un procès équitable (arrêt du 8 décembre 1999³⁷ ; confirmé par un arrêt du 27 juin 2000, *Frydlender c/ France*, req. 30979/96 : agent public contractuel chargé de l'expansion économique à New-York dans le secteur des vins et spiritueux sous l'autorité du conseiller commercial de l'ambassade de Washington).

Cette nouvelle jurisprudence est particulièrement révélatrice de la volonté du juge européen des droits de l'homme de repousser les limites de l'article 6. Au fur et à mesure que s'étend la « matière civile », les domaines soustraits à l'applicabilité de la disposition conventionnelle se réduisent.

2 – La réduction des domaines soustraits à l'applicabilité de l'article 6 « matière civile »

Les contentieux mettant en cause des prérogatives régaliennes de l'Etat ou des droits et obligations de nature politique n'entrent normalement pas dans le champ de l'article 6. Mais même dans ces domaines traditionnellement préservés, il n'est pas exclu que la matière civile s'insinue et progresse « à la marge ».

a - Le contentieux fiscal

Le contentieux fiscal échappe en principe à l'article 6§1 au titre de la matière civile, comme l'a rappelé la Cour dans une décision d'irrecevabilité du 20 avril 1999³⁸ (recours contre une loi créant une majoration de la taxe fiscale sur les machines à sous) : « *hormis les amendes imposées à titre de sanction pénale, l'article 6 n'est pas applicable aux procédures fiscales et le fait de démontrer qu'un litige est de nature patrimoniale n'est pas suffisant pour qu'il soit couvert par la notion de 'droits et obligations de caractère civil', notamment lorsque l'obligation, qui est de nature patrimoniale, résulte d'une législation fiscale* ». Cette pétition d'inapplicabilité vient d'être solennellement confirmée dans un arrêt du 12 juillet 2001, *Ferrazzini c/ Italie* (req. 44759/98). Mais il faut noter que par cet arrêt, la Grande Chambre a déclaré la requête recevable et n'a pas considéré, comme l'avait fait la Cour précédemment, que l'argument était incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. Après s'être interrogée sur le point de savoir si le champ d'application de l'article 6§1 doit être ou non étendu aux litiges entre les citoyens et les autorités publiques concernant la légalité en

³⁷RDP, 2000, obs. G. Gonzalez ; chron. J.-F. Flauss, *AJDA*, 2000, pp. 530-532.

³⁸*Vidacar S.A. et Opergrup S.L. c/ Espagne*, req. 41601/98 et 41775/98.

droit interne des décisions de l'administration fiscale, elle conclut que « les évolutions qui ont pu avoir lieu dans les sociétés démocratiques ne concernent pas toutefois la nature essentielle de l'obligation [...] de payer des impôts » et que « la matière fiscale ressortit encore au noyau dur des prérogatives de la puissance publique, le caractère public du rapport entre le contribuable et la collectivité restant prédominant » (§ 29). Toutefois, cette position a été adoptée par onze voix contre six et dans leur opinion dissidente fortement argumentée, les six juges ont montré la voie d'une possible évolution.

b - Le contentieux des mesures de police administrative

La jurisprudence récente de la Cour donne quelques signes d'une réduction de l'inapplicabilité de l'article 6, volet civil, dans le domaine des publications étrangères. Mais la résistance de ce secteur à une contamination par l'article 6 §1 demeure forte s'agissant notamment du contentieux de l'éloignement des étrangers.

S'agissant des publications étrangères, la Cour vient de se prononcer en faveur de l'applicabilité de l'article 6§1 à un tel contentieux. Dans un arrêt du 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France* (req. n°39288/98), elle a confirmé sa décision de recevabilité du 18 janvier 2000. Par mimétisme avec l'affaire *Editions Périscope c/ France*, elle relève que l'action de l'association visait l'annulation d'une mesure administrative l'empêchant de distribuer et de mettre en vente un ouvrage qu'elle avait publié. Les importantes conséquences d'ordre patrimonial sont concrétisées par l'indemnisation du préjudice matériel et moral résultant d'une application prolongée de l'interdiction (9 années), jugée d'ailleurs illégale par le CE français (CE, Sect^o., 9 juillet 1997, *GAJA*, n°115) et permettent à la Cour cette évolution.

En revanche, pour ce qui est de l'éloignement des étrangers, l'appréciation de la Commission quant à l'inapplicabilité du volet civil de l'article 6 à cette matière sensible de police administrative n'a jamais varié (par ex. décision du 2 mai 1979, *Singh Uppal*, DR 17.165 ; décision 6 juillet 1982, *X., Y. et Z. c/ Royaume-Uni*, DR, 29.205). La conception de la Cour est tout aussi restrictive. La Grande chambre vient de le déclarer solennellement en jugeant que l'article 6§1 n'est pas applicable aux contentieux des décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers et que, en conséquence, une procédure de relèvement de l'interdiction du territoire français n'est pas assujettie au respect de la règle du délai raisonnable (arrêt du 5 octobre 2001, *Maaouia c/ France*, req. 39652/98).

c - Le contentieux de la représentation politique

L'aspect patrimonial ou économique du droit allégué, comme le paiement d'une somme égale au montant du dépassement du plafond de dépenses électorales autorisées (arrêt du 21 octobre 1997, *Bloch c/ France*³⁹), ne suffit pas à déclencher l'applicabilité de l'article 6§1, sans prise sur ce contentieux relatif à un droit par nature politique et non civil.

d - Le contentieux de certains agents de la fonction publique

Dans ce domaine, la Cour entend désormais circonscrire l'exception à l'application de l'article 6§1 aux litiges impliquant des agents occupant des emplois caractéristiques de l'exercice de la puissance publique et de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État (arrêt *Pellegrin* précité). L'aspect « politique » l'emporte ici sur l'aspect civil dans le sens où les emplois exclus du champ d'application de l'article 6§1 sont ceux pour lesquels aucun équivalent ne peut être trouvé dans les relations de travail relevant du droit commun.

L'étude de la jurisprudence européenne confirme donc que la notion de « droits et obligations de caractère civil » est assez floue pour permettre à la Cour, qui ne s'estime pas liée par les qualifications nationales, de développer une jurisprudence finaliste, favorisant l'effet utile et l'effectivité de la garantie conventionnelle des droits des justiciables⁴⁰. L'interprétation de la notion de « matière pénale » semble s'inscrire dans le même sens.

§ II. – Le sens européen de la notion de matière pénale.

Bertrand Ecochard

Comme la notion de « droits et obligations de caractère civil », celle de « matière pénale » ne se prête pas à une définition aisée. D'une part, elle ne semble pas totalement assimilable à ce que le droit interne qualifie en général de « droit pénal », en ce sens qu'il existe des nuances entre droit pénal, procès pénal et matière pénale. Ensuite, on assiste au sein même des Etats membres à un

³⁹RFDA, 1998, p. 999, obs. P. Jan.

⁴⁰F. Sudre, Le recours aux 'notions autonomes', in *L'interprétations de la CEDH*, Bruylant 1998, p. 97.

« éclatement des catégories pénales »⁴¹ qui rend cette matière complexe et oblige à la prudence tout travail de droit comparé⁴².

Pourtant, une application uniforme de la Convention suppose nécessairement que ses termes soient interprétés sur la base de critères communs. Et une garantie effective des droits qu'elle énonce implique également que l'interprète s'attache, au-delà des apparences, à la réalité des situations⁴³.

C'est la raison pour laquelle il est apparu nécessaire que le contenu de la notion de « matière pénale » soit défini au niveau européen, c'est-à-dire par la Cour européenne des droits de l'Homme, seul interprète autorisé de la Convention. C'est ce qu'elle a fait dès ses premiers arrêts sur la question, en dégagant les critères matériels de la notion (A). Leur définition va alors servir à la Cour de grille de lecture pour requalifier un contentieux porté devant elle, afin de déterminer s'il y a lieu ou non de contrôler le respect des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette application *in concreto* des critères européens, qui s'effectue selon une pondération d'ensemble des différents éléments, quel que soit le contentieux soumis, révèle la capacité d'attraction que possède la notion européenne de « matière pénale », ou du moins le flou de ses frontières⁴⁴ (B).

A – L'identification de la notion européenne de « matière pénale »

Appelée à juger de l'applicabilité de l'article 6 aux différentes espèces qui lui étaient soumises, la Cour a très tôt affirmé l'autonomie de la notion de « matière pénale ». Un certain nombre de raisons, tant « circonstancielles » que de politique générale d'interprétation, ont pu motiver sa démarche (1). Si à proprement parler, les critères de définition ainsi dégagés ne contribuent pas à faire émerger une notion européenne uniforme, ils n'en sont pas moins propres au système de la Convention (2).

1 – Une notion nécessairement européenne

Dès l'affaire *Engel et autres c/Pays-Bas*⁴⁵, la Cour a considéré que « si les Etats contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une

⁴¹M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Paris, 1992, spéc. pp. 16 et ss.

⁴²Cf. par exemple le Rapport sur la décriminalisation du Comité européen pour les problèmes criminels, *Conseil de l'Europe*, aff. jur., Strasbourg, 1980, spéc. pp. 21 et ss.

⁴³Cour EDH, 27/02/80, *Deweert c/Belgique*, série A, Vol. 35, § 44.

⁴⁴M. Delmas-Marty (Dir.), *La matière pénale au sens de la CESDH comme flou du droit pénal*, RSC, 1987, p. 819

⁴⁵Cour EDH, 23/11/76, série A, Vol. 22.

latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention. La Cour a donc compétence pour s'assurer, sur le terrain de l'article 6 et en dehors même des articles 17 et 18, que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal » (§ 81). Les motifs de l'autonomisation de la notion de « matière pénale » ont ensuite été abondamment repris par la Cour dans ses arrêts ultérieurs.

La justification première tient au caractère fondamental des garanties offertes par l'article 6 de la Convention⁴⁶ : dans l'arrêt *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*⁴⁷, la Cour rappelle en effet que « la garantie d'un procès équitable, but de l'article 6, figure parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention ». La « place éminente dans une société démocratique »⁴⁸ que détient ce droit⁴⁹ explique alors les raisons qu'a le juge européen de vouloir maîtriser les conditions de son applicabilité.

On rappellera que le rattachement d'un litige à la « matière pénale » (ou aux « droits et obligations de caractère civil ») permet sa confrontation aux garanties énoncées par l'article 6. Condition *sine qua non* du « déclenchement » de ce dernier⁵⁰, l'interprétation de notion de « matière pénale » ne peut dépendre de la seule volonté des Etats défendeurs. Il est en effet conforme à l'idée de prééminence du droit et à l'effectivité de la protection que la Cour seule maîtrise le champ d'application des garanties de l'article 6 de la Convention, en évitant par là toute tentative de « fraude à la Convention »⁵¹.

L'affirmation de l'autonomie de la notion dans le cadre de la Convention s'est particulièrement imposée pour permettre au juge européen de dépasser un conflit de définition. Celui-ci se caractérise le plus souvent par le fait que l'Etat défendeur, assimilant la « matière pénale » à la seule catégorie ainsi dénommée par son droit interne, dénie l'applicabilité en l'espèce de l'article 6. Or, dans la logique de l'article 32 CEDH⁵², c'est à la Cour qu'il appartient d'interpréter les notions contenues dans la

⁴⁶ F. Sudre, L'application de l'article 6 § 1 de la CEDH, in *Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union européenne*, Paris, Cour de Cassation, 2000, pp. 29-50, sp. p. 31.

⁴⁷ 28/06/84, série A, Vol. 80, § 69.

⁴⁸ Cf., par exemple, Cour EDH, 23/10/90, *Moreira de Azevedo c/ Portugal*, série A, Vol. 189, § 66.

⁴⁹ Il est, à ce titre, considéré comme faisant partie des éléments constitutifs de l'ordre public européen : cf. F. Sudre, Existe-t-il un ordre public européen ?, in *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ?*, Actes du colloque organisé par le CREDHO à Rouen les 11 et 12 mai 1995 (dir. P. Tavernier), Bruylant, Bruxelles, 1996, pp.39-80, spéc. pp. 50 et ss.

⁵⁰ La Cour aborde toujours, en effet, son analyse sous l'angle de cet article en deux temps : elle envisage d'abord la question de son applicabilité à la matière en cause pour analyser ensuite, le cas échéant, l'observation de ses garanties.

⁵¹ M. Delmas-Marty (Dir.), La matière pénale au sens de la CESDH comme flou du droit pénal, *RSC*, 1987, pp. 819-862, sp. p. 824 ; Voir également : F. Ost, Originalité des méthodes d'interprétation de la Convention, in M. Delmas-Marty (Dir.), *Raisonner la raison d'Etat*, PUF 1989, p. 461.

⁵² Celui-ci dispose que :

"1. La Compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumis dans les conditions prévues par les articles 33, 34 et 47.
2. En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide."

Convention, quitte à ce que cela implique une requalification des procédures internes par rapport à la définition européenne.

Au delà, enfin, il s'agit d'une question d'uniformité d'interprétation et donc d'application de la Convention : on imagine difficilement que l'applicabilité d'une des clauses fondamentales de la Convention puisse dépendre de la variété des définitions nationales de la matière pénale. L'idée de standard européen suppose au contraire que la Cour en fasse abstraction. Il est vrai que les auteurs de la Convention avaient certainement à l'esprit ce que leur droit interne, en général, qualifie de pénal. En attestent d'ailleurs les garanties énumérées par l'article 6, qui sont classiquement celles requises des juridictions statuant en matière civile ou pénale. Mais il est dans la logique de l'interprétation des traités - et plus encore pour la Convention qui fonde un « ordre public européen »⁵³ - de dégager un sens commun, conforme à son objet et à son but. A cet égard, « *il va sans dire que l'interprétation autonome est la méthode adéquate aux conventions multilatérales, en particulier de celles à caractère normatif, comme la Convention européenne des droits de l'Homme* »⁵⁴.

Si la Cour requalifie de cette manière certaines procédures de droit interne et donc remet en cause les classifications traditionnelles (contribuant ainsi à dégager une « catégorie juridique nouvelle »⁵⁵), on ne peut pas dire pour autant qu'elle cherche par là à imposer une définition européenne du droit pénal⁵⁶. Sa démarche est plus pragmatique ; il s'agit pour elle d'assurer l'application de la Convention et non d'imposer une doctrine⁵⁷. En ce sens, par rapport aux autres notions autonomes de la Convention, celle de « matière pénale » peut sembler particulière ; la Cour l'a au demeurant reconnu dès l'affaire *Engel et autres* : « *La question de l' « autonomie » de la notion de « matière pénale » n'appelle pas exactement la même réponse [que pour d'autres notions comme « accusation »] (...) [elle] opère pour ainsi dire à sens unique* »⁵⁸. Ceci signifie que les Etats sont libres de rattacher certains domaines à la matière pénale, sans que la Cour effectue un examen de l'applicabilité de l'article 6. Mais en sens inverse, son contrôle sera par contre systématique⁵⁹.

Dans ces conditions, il ne peut exister de concept unitaire de la « matière pénale »⁶⁰. Le travail de la Cour consiste plutôt en une opération de « rattachement », d' « assimilation », avec pour seul objectif l'application des garanties de l'article 6. Compte tenu de ce pragmatisme, sa jurisprudence ne

⁵³Cour EDH, 23/03/1995, *Loizidou c/ Turquie* (exceptions préliminaires), A/310, spéc. § 75.

⁵⁴Opinion dissidente du Juge F. Matscher jointe à l'arrêt *Öztürk c/ RFA* (21/02/84, série A, Vol. 73), p. 29.

⁵⁵L'expression est empruntée à M. Delmas-Marty in *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Thémis 1992, spéc. p. 29.

⁵⁶Cf. Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'Homme, *Cahiers de l'IDEDH*, n°6, 1997, spéc. pp. 82-83.

⁵⁷Ce qui correspond tout à fait à la nature subsidiaire de son contrôle.

⁵⁸§ 81.

⁵⁹Voir cependant *infra* au sujet de l'affaire *Escoubet c/ Belgique* (Cour EDH, 28/10/99, Rec. 1999-VII).

⁶⁰La "matière pénale" n'est déjà pas synonyme de "droit pénal" ; elle ne renvoie donc pas aux catégories du droit interne.

remet pas fondamentalement en cause les mouvements de dépenalisation que connaissent les Etats membres⁶¹. C'est la raison pour laquelle, d'ailleurs, s'agissant de sanctions prononcées par des autorités administratives, elle n'imposera pas nécessairement à tous les stades de la procédure interne que les prescriptions de l'article 6 soient exactement suivies.

Le rattachement d'un contentieux soumis à la Cour au domaine pénal, tel qu'il est défini au sens européen, se fait alors à l'aide de trois critères qui ont été très tôt posés par la jurisprudence.

2 – Les critères de qualification de la matière pénale.

C'est dans l'affaire *Engel et autres*⁶², où la Cour a pour la première fois affirmé l'autonomie de la notion de « matière pénale », que les critères de définition matérielle de cette dernière ont été énoncés⁶³. Face à un éventuel conflit avec un Etat quant à l'applicabilité de l'article 6 au titre de la matière pénale, trois éléments devront être pris en compte :

- la qualification de l'infraction dans l'ordre juridique interne
- la nature même de l'infraction reprochée
- la nature et le degré de sévérité de la sanction prononcée, exécutée ou simplement encourue⁶⁴.

L'appréciation de ces critères, qui sont alternatifs⁶⁵, s'effectue par recours au sens ordinaire des termes et au droit comparé des Etats membres. Ainsi que la Cour l'a précisé, "*Il y a lieu d'examiner (...), eu égard à l'objet et au but de l'article 6, au sens ordinaire de ses termes et au droit de ses Etats contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé*"⁶⁶.

Le premier critère (qualification de l'infraction dans l'ordre juridique interne) ne constitue évidemment qu'un simple point de départ ; il n'a qu'une valeur indicative et non déterminante. Pour son analyse, la Cour peut se fonder sur la législation de l'Etat défendeur⁶⁷, la doctrine⁶⁸, les travaux

⁶¹La Cour l'a précisé notamment dans l'affaire *Öztürk* : "*La Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la "décriminalisation" existant – sous des formes fort diverses – dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*" (§ 50).

⁶²Cour EDH, 23/11/76, A/22, § 81.

⁶³Pour une analyse très détaillée de ces différents critères ainsi que de leur pondération suivant les cas d'espèce soumis à la Cour, se reporter aux résultats du groupe de travail dirigé par M. Delmas-Marty, *La matière pénale au sens de la CESDH comme flou du droit pénal*, RSC, 1987, p. 819.

⁶⁴Dans l'affaire *Engel et autres* (précitée), la Cour a en effet énoncé que : "*Sans doute la Haute Cour militaire n'a-t-elle frappé Mr de Wit que de 12 jours d'arrêts aggravés, c'est-à-dire d'une sanction non privative de liberté mais le résultat final du recours ne saurait amoindrir l'enjeu initial.*" (nous soulignons, § 85).

⁶⁵ Voir cependant *infra*.

⁶⁶ Cour EDH, 21/02/84, *Öztürk c/RFA*, A/73, § 50.

⁶⁷ Par exemple, Cour EDH, *Engel* précité

⁶⁸ Par exemple, Cour EDH, *Öztürk*, précité.

préparatoires⁶⁹ ainsi que la jurisprudence⁷⁰. Dans la plupart des affaires, l'examen de la législation interne ne permet d'aboutir qu'à une conclusion nuancée, sinon plaidant franchement pour le caractère non pénal du litige⁷¹. L'affaire *Escoubet c/ Belgique*⁷² nous apprend cependant que, parfois, le fait que la sanction en cause soit prévue par une loi pénale particulière n'est pas déterminante aux yeux de la Cour. Il s'agissait, en l'espèce, d'une procédure de retrait immédiat du permis de conduire pour cause de conduite en état d'ivresse. Dans ce cas, le droit interne belge prévoit que ce système s'applique à titre préventif et par mesure de prudence, avant même l'engagement des poursuites. Mais celui-ci est néanmoins prévu par une loi pénale particulière. Or la Cour précise dans son arrêt (§ 34) que ce fait n'est pas déterminant au regard de la Convention ; elle rappelle à cet égard que l'article 6 « *n'entre en jeu que lorsqu'une « accusation en matière pénale » est dirigée contre une personne particulière* » (§ 34). Autrement dit, si la Cour, en l'espèce, semble de façon paradoxale prendre le contre-pied du droit interne pour écarter l'application de l'article 6 de la Convention⁷³, c'est en réalité parce que son analyse se fait *in concreto*, par rapport à la personne « accusée » et non d'après le système institué par la législation en cause⁷⁴.

Le second critère (la nature même de l'infraction), est quant à lui, d'un plus grand poids. Il est explicité par différents sous-critères qui détermineront le caractère pénal ou non pénal. Ainsi, le caractère général de la norme définissant l'infraction (une norme qui « *concerne virtuellement la population toute entière* »⁷⁵ et non « *un groupe déterminé doté d'un statut particulier* »⁷⁶) lui donnera une coloration pénale. De même, le but de la norme (à la fois dissuasif et répressif) devra être pris en compte⁷⁷. La Cour prend également en considération le lieu de transgression⁷⁸ ainsi que la « qualité » de l'auteur de l'infraction (membre d'un Parlement⁷⁹ ou d'une institution judiciaire⁸⁰, par exemple) pour déterminer si cette dernière relève du domaine disciplinaire.

Le troisième critère (la nature et le degré de sévérité de la sanction prononcée, exécutée ou encourue) revêt aussi une grande importance. S'agissant en premier lieu de la nature de la sanction, les peines privatives de liberté seront au premier chef concernées. Il est établi depuis l'affaire *Engel et autres*, que « *ressortissent à la matière pénale les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leur modalités d'exécution ne sauraient*

⁶⁹ Par exemple, Cour EDH, 23/03/94, *Ravnsborg c/ Suède*, A/283-B.

⁷⁰ Par exemple, Cour EDH, 28/06/84, *Campbell et Fell*, A/ 80. Voir également l'affaire *Guisset c/ France* du 26/09/2000 dans laquelle la Cour EDH a déclaré l'article 6 § 1 applicable au titre de la « matière pénale » en se fondant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat (à propos d'amendes prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière).

⁷¹ Par exemple, Cour EDH, 24/09/97, *Garyfallou AEBE c/ Grèce*, rec. 1997-V, § 33.

⁷² Cour EDH, 28/10/1999, rec. 1999-VII.

⁷³ Opinion dissidente commune aux Juges Tulkens, Fischbach et Casadevall.

⁷⁴ Le Gouvernement, en l'occurrence, contestait également la nature pénale de la mesure en cause.

⁷⁵ Cour EDH, 27/08/91, *Demicoli c/ Malte*, A/210, § 33.

⁷⁶ Cour EDH, 24/02/94, *Bendenoun c/ France*, A/284, § 47.

⁷⁷ Cour EDH, 24/02/94, *Bendenoun c/ France*, précité.

⁷⁸ Par exemple dans les prisons : Cour EDH, 28/06/84, *Campbell et Fell*, série A, Vol. 80.

⁷⁹ Cour EDH, *Demicoli c/ Malte*, précité

⁸⁰ Cour EDH, 22/05/90, *Weber c/ Suisse*, série A, Vol. 177.

causer un préjudice important » (nous soulignons). Mais, la privation de liberté ne doit pas nécessairement s'analyser du point de vue juridique. En d'autres termes, des mesures qui en droit ne seraient pas qualifiées de privation de liberté, peuvent néanmoins y être assimilées dans le cadre de la Convention. Ainsi, la Cour en a-t-elle jugé pour une perte de remise de peine : « *en prolongeant la détention bien au-delà de ce qui eût été le cas sans elle, la sanction s'est apparentée à une privation de liberté même si juridiquement elle n'en constituait pas une* »⁸¹ (nous soulignons). Ajoutons également que dans l'arrêt *Weber*⁸², la Cour a considéré qu'une amende, qui pourrait être convertie en arrêts sous certaines conditions, doit également être jugée comme relevant de la matière pénale au sens de la Convention⁸³. Dépassant les mesures qui atteignent les libertés physiques, la Cour considère que les effets dissuasifs d'une sanction doivent également être pris en compte. Elle admet en conséquence que des amendes puissent ressortir à la matière pénale dans l'affaire *Öztürk*⁸⁴. Peu importe en l'occurrence qu'il ait été fait application d'une législation sur les contraventions administratives. Ce qui compte pour déterminer la nature d'une sanction pécuniaire, ce sera son caractère punitif, dissuasif et répressif. Encore pourrait-on s'attendre à ce qu'elle doive être particulièrement lourde. Mais s'agissant, en second lieu, du degré de sévérité de la sanction, la Cour a précisé que « *la faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque* »⁸⁵. Ainsi, si elle semble se référer à certains critères fixes (peines privatives de liberté, inscription au casier judiciaire, lourdes amendes), sa jurisprudence montre pourtant que même des sanctions pécuniaires légères peuvent être considérées comme pénales. L'appréciation revêt alors une dimension subjective⁸⁶ : la rigueur de la sanction dépend de son impact sur la personne et du cadre dans lequel elle est prononcée (prison⁸⁷ ; armée⁸⁸). Dans son avis rendu au sujet de l'affaire *Weber*, « *La Commission rappelle, par ailleurs, que l'appréciation de la sévérité d'une sanction doit nécessairement tenir compte du contexte juridique et des circonstances réelles dans lesquelles cette sanction est infligée et exécutée* »⁸⁹.

C'est en général la combinaison de ces trois critères, ainsi que leur pondération, qui détermine l'appartenance à la matière pénale. Il semble alors difficile, au travers de la jurisprudence de la Cour, de déterminer une frontière franche entre ce qui en relève ou non. Ce « flou du droit pénal » entendu au sens de la Convention explique que la notion contenue dans l'article 6 puisse se révéler

⁸¹ *Campbell et Fell*, précité, §72.

⁸² Précité.

⁸³ Voir toutefois les affaires *Ravnsborg* (précitée) et *Putz c/ Autriche* (22/02/1996, Rec. 1996-I) dans lesquelles la Cour n'a pas semblé tenir compte de cette considération. Mais ces affaires peuvent être considérées comme isolées (voir par exemple les affaires *Bendenoun* et *Garyfallou* précitées). Elles ont en outre été fortement critiquées en raison de l'analyse particulièrement restrictive menée par la Cour (voir à cet égard l'opinion dissidente du Juge De Meyer joint à l'affaire *Putz* ainsi que la note de F. Massias, *RTDH* 1997, pp. 503-519).

⁸⁴ Cour EDH, 21/02/84, *Öztürk c/ RFA*, série A, Vol. 73.

⁸⁵ Cour EDH, 21/02/84, *Öztürk c/ RFA*, A73. Précisons cependant que la Cour semblait en l'espèce pencher pour le rattachement à la « matière pénale » au regard du second critère.

⁸⁶ Voir à ce sujet le passage précité de l'affaire *Campbell et Fell*.

⁸⁷ *Campbell et Fell*, précité.

⁸⁸ Cour EDH, 23/11/76, *Engel et autres*, précitée

⁸⁹ Cour EDH, 22/05/90, *Weber c/ Suisse*, A/ 177, avis Commission, p. 31, §107.

particulièrement attractive, mais aussi, parfois, relativement restrictive selon l'appréciation de la Cour.

B- L'attractivité pondérée de la notion européenne de « matière pénale ».

L'appréciation des trois critères précédemment exposés ne permet pas de dégager une « échelle de valeur » fixe, utilisable pour chaque nouvelle situation. La méthode de la Cour (par ailleurs critiquée en doctrine⁹⁰ et au sein même de la Cour⁹¹) s'assimile plutôt à une évaluation générale de la situation en cause, impliquant une pondération des critères variable selon les cas d'espèce. Ce maniement des critères de la part de la Cour (1) aura pour conséquence d'attirer de nouveaux contentieux dans la "matière pénale", non en fonction de leur nature même, mais plutôt par rapport à l'enjeu du litige soumis (2).

1 - Le maniement des critères de la "matière pénale" par la Cour.

Jusqu'à l'affaire *Bendenoun*⁹², la Cour semblait adopter une démarche relativement logique, en utilisant comme grille de lecture les trois critères de la « matière pénale » au sens européen, étant entendu que ces derniers ne devaient intervenir que de façon alternative et non cumulative. Autrement dit, il suffisait que l'un de ces critères emporte la qualification pénale pour que jouent les garanties de l'article 6. Ainsi, si dans la plupart des affaires la Cour a conclu en ce sens au stade du troisième critère, il lui est également arrivé de retenir la qualification de pénal au niveau du second. Dans l'affaire *Öztürk*⁹³, relative à un litige portant sur une contravention administrative dans le domaine de la circulation routière, la Cour a en effet énoncé que « *comme le manquement commis par M. Öztürk revêtait un caractère pénal au regard de l'article 6 de la Convention, il ne s'impose pas de l'examiner de surcroît sous l'angle du dernier des critères énoncés plus haut. La faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque* » (§ 54). De même, dans l'affaire *Lutz*⁹⁴, « *la Cour relève que les critères adoptés (...) sont alternatifs et non cumulatifs* » (§ 55).

Mais à partir de l'affaire *Bendenoun*, la Cour semble plutôt s'orienter vers une analyse cumulative des trois critères. Dans cette affaire, qui concernait une majoration d'impôts pour fraude fiscale, la Cour n'a pas clairement distingué les trois critères, mais procédé à leur lumière à une évaluation générale de différents facteurs pour conclure en ces termes : « *Ayant évalué le poids respectif des différents aspects de l'affaire, la Cour note la prédominance de ceux qui présentent une*

⁹⁰ Par exemple : R. Koering-Joulin et P. Truche, Retour sur le champ "pénal" européen..., *Mélanges L-E. Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 513-523.

⁹¹ Voir à cet égard, l'opinion dissidente du juge De Meyer jointe à l'affaire *Putz c/ Autriche*, précitée.

⁹² Précitée.

⁹³ Précitée.

⁹⁴ Cour EDH, 25/08/87, série A, vol. 123

coloration pénale. Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés, ils confèrent à l'"accusation" litigieuse un "caractère pénal" au sens de l'article 6 § 1, lequel trouvait donc à s'appliquer » (§ 47). Plus explicitement, la Cour a énoncé dans l'affaire *Garyfallou*⁹⁵, et après avoir rappelé que les trois critères sont alternatifs, que « cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une "accusation en matière pénale" » (§ 33). Pour autant, l'analyse traditionnelle n'a pas été abandonnée, ainsi que l'atteste l'affaire *Escoubet*⁹⁶. Mais cette évolution traduit en tous les cas une certaine hésitation dans le choix d'une méthode⁹⁷, ce qui ne facilite pas la compréhension d'une logique pourtant nécessaire aux juges internes pour s'adapter à l'analyse européenne. Elle favorise ainsi également l'incertitude quant aux contentieux entrant dans le domaine pénal.

S'ajoute à ces flottements dans l'utilisation alternative ou combinée des critères, une certaine imprécision quant à l'appréciation du troisième d'entre eux, et plus particulièrement quant à l'évaluation du seuil de gravité de la sanction.

En ce qui concerne en premier lieu les peines privatives de liberté, l'affaire *Engel et autres* avait posé comme principe que celles-ci relevaient de la « matière pénale », à moins que « par leur nature, leur durée, ou leurs modalités d'exécution [elles] ne sauraient causer un préjudice important » (§ 82). Mais, dans la jurisprudence ultérieure, on a pu constater que quelques jours d'arrêts, encourus en cas de non paiement d'une amende, donnaient à la situation en cause un caractère pénal. Ainsi, dans l'affaire *Weber*⁹⁸, « La Cour note que l'amende pouvait s'élever à 500 francs suisses et être convertie en arrêts sous certaines conditions. L'enjeu revêtait donc une importance assez grande pour entraîner la qualification pénale, au sens de la Convention, du manquement imputé au requérant » (§ 34)⁹⁹. En l'occurrence, les jours d'arrêts étaient de un pour trente francs d'amende et ne pouvaient excéder trente jours. Or les affaires *Ravnsborg* et *Putz*¹⁰⁰ ont semblé traduire une remise en question de ce seuil, puisqu'en l'occurrence la Cour n'a pas retenu la qualification de « pénal » alors que le requérant s'exposait à une peine d'emprisonnement de quatorze jours à trois mois dans la première espèce, et de dix jours dans la seconde. Cette appréciation au demeurant peut être doublement discutée, eu égard à ses conditions et à ses conséquences. D'une part, elle ne paraît pas avoir résulté de la fixation d'un seuil de gravité précis dans ce domaine. D'autre part, il convient de considérer que « à l'heure où les

⁹⁵ Précitée.

⁹⁶ Précitée. Voir également, par exemple, Cour EDH, 21/10/97, *Pierre-Bloch c/ France*, Rec. 1997-VI ; 22/02/96, *Putz c/ Autriche*, Rec. 1996-I.

⁹⁷ Ainsi que le relèvent R. Koering-Joulin et P. Truche (article précité), "Au total, ce qui dérange actuellement dans la jurisprudence de la Cour, ce n'est pas qu'elle se tourne parfois vers la méthode "cumulative" mais plutôt qu'elle n'ait pas encore tranché entre les deux méthodes d'appréciation ; au gré des affaires à juger, elle privilégie l'une plutôt que l'autre en feignant d'ignorer que le choix de la méthode peut parfois être déterminant pour l'issue du litige" (p. 524).

⁹⁸ Précitée.

⁹⁹ Voir également les affaires *Demicoli* et *Bendenoun*, précitées.

¹⁰⁰ Précitées.

Etats démocratiques multiplient les peines alternatives à l'emprisonnement, en matière notamment de petites, voire de moyenne délinquance, placer si haut le seuil de gravité d'une sanction s'avère peu conforme à l'esprit protecteur de la Convention européenne. Ne durerait-elle que vingt-quatre heures, une privation de liberté demeure une peine au sens pénal du terme sans qu'il soit besoin de s'interroger en plus sur son quantum »¹⁰¹.

Pour ce qui est en second lieu des sanctions administratives, on peut également relever un certain flottement dans la jurisprudence de la Cour, qu'il s'agisse des montants pécuniaires¹⁰² ou de mesures privatives ou restrictives de droits. Loin de définir abstraitement, objectivement une sorte de seuil de gravité, la Cour semble adopter une démarche plus proche de l'appréciation subjective, évaluant l'impact de la mesure litigieuse sur la situation du requérant. Mais cette jurisprudence risque d'entraîner certains écarts difficilement justifiables entre les espèces. Et le malaise s'accroît à l'occasion de certaines divergences entre la Cour et la Commission. L'affaire *Putz* peut encore être citée à cet égard dans la mesure où, suite à l'appréciation sous l'angle du troisième critère, la Commission estime que « *les peines en jeu en l'espèce revêtaient une importance assez grande pour entraîner la qualification "pénale" au sens de la Convention, des manquements imputés à l'intéressé* » (§ 55), tandis que la Cour conclut au caractère non pénal en raison du fait que « *l'enjeu pour le requérant n'était pas assez important pour autoriser à qualifier de pénales les infractions en cause* » (§ 37).

Si la méthode de la Cour peut entraîner une certaine imprévisibilité de sa jurisprudence, il n'en demeure pas moins que l'interprétation autonome qu'elle adopte de la notion de « matière pénale » a pour effet d'attirer de nombreux contentieux dans le cadre de la protection de l'article 6.

2 - Les contentieux attirés

En requalifiant les contentieux dont les Etats membres déniaient le caractère pénal, la Cour a déjà pu faire bénéficier un grand nombre d'entre eux des garanties de l'article 6 de la Convention.

Il en a d'abord été ainsi dans le domaine disciplinaire. En ce qui concerne la discipline pénitentiaire, la Cour a considéré, dans l'affaire *Campbell et Fell*¹⁰³, que, sous l'angle du troisième critère, une perte de remise de peine (de 570 jours, auxquels s'ajoutaient 91 jours de différentes sanctions telles : la suppression de privilèges, l'exclusion du travail en commun, l'interruption des

¹⁰¹ R. Koering-Joulin et P. Truche, article précité, p. 519.

¹⁰² Dans son opinion dissidente jointe à l'affaire *Pierre-Bloch* (précitée), le Juge De Meyer s'étonne qu'en l'espèce « on semble estimer qu'un montant de 59 572 francs français n'est pas assez important pour en faire une sanction relevant de la matière pénale au sens de l'article 6 § 1, alors qu'on a admis que 60 marks allemands suffisaient dans l'affaire *Öztürk*, 300 francs suisses dans l'affaire *Weber* et 250 livres maltaises dans l'affaire *Demicoli* » (En l'espèce, l'amende s'ajoutait à une inéligibilité d'un an).

¹⁰³ Précitée.

rémunérations et le régime cellulaire) devait être considérée comme relevant de la « matière pénale ». De même, dans le cadre de la discipline militaire, la Cour a jugé dans l'affaire *Engel et autres*, au sujet d'un des requérants, que la menace de lourdes peines privatives de liberté faisait tomber le litige dans le domaine pénal, en précisant : « *Sans doute, la Haute Cour militaire n'a-t-elle frappé M. De Wit que de 12 jours d'arrêts aggravés, c'est à dire d'une sanction non privative de liberté, mais le résultat final du recours ne saurait amoindrir l'enjeu initial* » (§ 85).

Dans le domaine des contraventions au code de la circulation routière, l'affaire *Öztürk* a déjà été présentée (contravention administrative pour conduite imprudente ayant causé un accident). Il convient cependant dans ce cadre de comparer les affaires *Malige* et *Escoubet*¹⁰⁴. Dans la première espèce, la Cour a considéré que le retrait de points du permis entrainait dans le domaine pénal : « *La Cour relève que le retrait de points peut entraîner à terme la perte de validité du permis de conduire. Or il est incontestable que le droit de conduire un véhicule à moteur se révèle de grande utilité pour la vie courante et l'exercice d'une activité professionnelle* » (§ 39). Pourtant, dans l'affaire *Escoubet* où était en cause une procédure de retrait de permis, la Cour n'a pas déclaré l'article 6 applicable en l'espèce. Ceci montre bien que la Cour procède à une évaluation générale du litige qui lui est soumis en ne se fondant pas seulement sur les trois critères et l'atteinte d'un seuil de gravité, mais sur un ensemble de circonstances (en l'occurrence, la Cour semble avoir été influencée par le fait que le permis a été restitué au requérant deux jours après. Mais il n'empêche que la peine encourue était de 45 jours et le retrait immédiat).

Ont encore été considérés comme relevant de la « matière pénale » les contentieux nés de sanctions fiscales (majorations d'impôts¹⁰⁵), de sanctions encourues ou prononcées à raison soit de la violation du secret de l'instruction par un journaliste¹⁰⁶ soit de l'atteinte aux privilèges parlementaires (écrits diffamatoires d'un journaliste¹⁰⁷), ou de sanctions administratives infligées pour un manquement à des règles commerciales¹⁰⁸.

Mais il convient de préciser ici à nouveau que cette liste peut encore s'allonger en fonction des litiges qui seront soumis à la Cour et de l'appréciation que celle-ci en fera. Surtout, il s'agit de cas d'espèces qui ne peuvent amener à conclure à la nature pénale de principe de ces contentieux¹⁰⁹, ainsi que l'atteste la comparaison entre les affaires *Escoubet* et *Malige*. L'analyse de la Cour se faisant *in concreto*, on ne saurait considérer avec certitude que l'ensemble des sanctions administratives ou disciplinaires par exemple ressortent à la « matière pénale » (et ce d'autant plus que certaines d'entre

¹⁰⁴ Précitées.

¹⁰⁵ Cour EDH, *Bendenoun*, précité.

¹⁰⁶ Cour EDH, *Weber c/ Suisse*, précité ; *Ravnsborg*, précité.

¹⁰⁷ Cour EDH, 27/08/91, *Demicoli*, A/210. On ne pouvait en l'espèce parler de droit disciplinaire.

¹⁰⁸ Cour EDH, 24/09/97, *Garyfallou AEBE c/ Grèce*, Rec. 1997-V.

¹⁰⁹ En ce sens, H. Tagaras, La notion d'accusation en matière pénale et les droits de l'accusé, in UAE, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp.43-56, sp. p. 46.

elles peuvent affecter des droits et obligations de caractère civil – cf. supra § I). Une certaine prudence s'impose donc... Il conviendrait que le juge européen précise quelque peu ses critères, ou du moins sa méthode d'évaluation afin d'offrir aux juridictions internes une grille d'analyse plus fiable.

*

L'interprétation européenne des notions de « matière pénale » et de « droits et obligations de caractère civil » se signale par sa souplesse. Souplesse des modes d'analyse d'abord : la Cour emploie des critères, qui soit se prêtent à de multiples applications (tel la patrimonialité), soit donne lieu à des appréciations contingentes (telle la gravité de la sanction). Dans les deux cas s'évoque une certaine discrétionnalité. Souplesse des contours ensuite : la plasticité des notions de « matière pénale » et de « droits et obligations de caractère civil » se traduit par une extension des garanties du procès équitable en dehors du domaine strictement judiciaire. Cet élargissement contient naturellement en germe l'éventualité d'une application de l'article 6 en dehors des juridictions ordinaires. Mais encore convient-il de savoir dans quelle mesure. La question de l'applicabilité étant tranchée par référence aux critères matériels, reste alors à savoir quelle est la place des considérations organiques dans le raisonnement de la Cour.

Section II - Un critère organique secondaire

Frédéric Sudre et Caroline Picheral

La portée des notions « d'accusations en matière pénale » et de « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » a contribué à étendre et à diversifier le champ d'application organique de l'article 6 : juge des référés et Cours constitutionnelles, juridictions ordinaires et organes administratifs ont ainsi été soumis à ses exigences. C'est dire qu'ils ont été considérés comme des « tribunaux » au sens de la Convention, autrement dit comme « *un organe, établi par la loi, indépendant et impartial qui, en suivant une procédure de caractère judiciaire, est habilité et obligé à rendre des décisions contraignantes au sujet des controverses ou des affaires qui lui ont été soumises* »¹¹⁰. Le terme semble ainsi donner lieu à une interprétation, sinon expressément, du moins matériellement, autonome¹¹¹.

Il convient alors de s'interroger sur la définition européenne de la notion de « tribunal » (§ I) avant d'examiner la fonction que le juge européen a assigné au critère organique dans l'économie de l'article 6§1 : à défaut d'être un critère d'applicabilité de l'article 6, la notion de « tribunal » joue le rôle d'un critère secondaire de différenciation du champ d'application organique de l'article 6 (§ II) et de détermination incidente du champ d'application temporel de cette disposition (§ III).

§ I - La définition européenne de « tribunal »

L'interprétation de cette notion repose sur des critères uniformes, proprement européens, directement inspirés par une perspective téléologique au plan méthodologique et par le principe de la prééminence du droit au fond. Il est alors clair qu'une telle approche participe du phénomène d'extension des garanties du procès équitable à des procédures non-judiciables.

Les critères du « tribunal » seront examinés (A), avant que l'on précise l'ambivalence qui s'attache à cette notion dans la jurisprudence européenne (B).

A Les critères du « tribunal »

Pour être qualifié de tribunal au sens de la Convention, un organe doit pouvoir répondre à trois séries d'exigences d'ordre fonctionnel (1), institutionnel (2), et procédural (3).

¹¹⁰F. Matscher, La notion de « tribunal » au sens de la CEDH, in *Les Nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, 1996, pp. 29-47, spéc. p. 29.

¹¹¹Sur cette technique interprétative, voir notamment F. Sudre, Le recours aux notions autonomes, in F. Sudre, (Dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, pp. 93-131, et IDEDH, Les concepts autonomes de la CEDH, *Cahiers de l'IDEDH*, n°6, Montpellier, 1997.

1 - Les critères fonctionnels

Pour la Cour Européenne des droits de l'homme, un tribunal se caractérise d'abord par son rôle juridictionnel : « *Il lui appartient de trancher sur la base d'une norme de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »¹¹². Il s'ensuit que la compétence de décider¹¹³, et plus précisément le pouvoir de rendre une « *décision obligatoire, qu'une autorité non-judiciaire n'aurait pas le pouvoir de modifier* »¹¹⁴, constitue un critère nécessaire. La Cour n'hésite d'ailleurs pas à en faire un « *attribut essentiel du tribunal* »¹¹⁵. Reste à déterminer le contenu exact de cette exigence.

On sait en premier lieu qu'elle s'apprécie en termes exclusivement qualitatifs et non quantitatifs. En ce sens, un organe chargé de trancher un nombre restreint de litiges peut fort bien constituer un tribunal¹¹⁶.

Il est acquis en deuxième lieu que le dédoublement fonctionnel est indifférent. Le cumul d'attributions administratives et contentieuses ne prive pas un tribunal de sa qualité¹¹⁷.

Il peut arriver en troisième lieu que le droit à un tribunal dépende de l'existence d'un contrôle de pleine juridiction. Cela étant, l'identification des pouvoirs requis n'est pas exempte d'aléas, en ce sens que l'exigence de pleine juridiction donne lieu à des appréciations variables (cf. *infra*, Titre II, Chapitre I, Section I). Dans l'affaire *Gradinger*¹¹⁸, par exemple, le juge européen des droits de l'homme a considéré qu'une Cour administrative, à laquelle son mandat ne permettait pas de réformer en tous points, en droit comme en fait, la décision d'un organe inférieur, ne saurait passer pour un tribunal. Il est parvenu à une conclusion contraire dans l'affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, en décidant que les limites à la compétence de la Cour de Cassation, s'agissant du contrôle des faits, ne privaient pas cette dernière de son caractère de « tribunal », réputé « évident ». On relèvera l'irruption de considérations strictement formelles dans le raisonnement du juge de la Convention... La pleine juridiction n'apparaît donc pas comme un élément général de définition, mais plutôt comme une condition compensatoire, dans le cas où sont intervenus en première instance des organes

¹¹²Cour EDH, 22/10/1984, Sramek, A/84 ; Cour EDH, 27/08/1991, Demicoli, A/210 ; Cour EDH, 30/11/1987, H. c/ Belgique, A/127-B.

¹¹³Cette compétence est, selon les termes de la Cour, « *inhérente à la notion de tribunal* » (Cour EDH, 23/10/1985, Benthem, A/97 : à propos de la Section du contentieux du Conseil d'Etat dans l'exercice de ses fonctions consultatives).

¹¹⁴Cour EDH, 23/10/1985, Benthem, A/97, § 40 ; CourEDH, 30/11/1987, Hc/Belgique, A/127-B, § 50 ; CourEDH, 19/04/1988, Belilos, A/132 § 64 ; CourEDH, 19/04/1994, Van de Hurk, A/288, § 45.

¹¹⁵Cour EDH, 19/04/1994, Van der Hurk, A/288, § 52 (à propos du Conseil d'appel en matière économique). Dans le cadre de l'article 5, l'organe doit ainsi pouvoir statuer sur la légalité de la détention...

¹¹⁶Cour EDH, 08/07/1986, Lithgow, A/102.

¹¹⁷Cour EDH, H. c/ Belgique, précité.

¹¹⁸Cour EDH, 23/10/1995, A/328-C.

administratifs ou disciplinaires. Encore certains infléchissements ne sont-ils pas exclus : un contrôle juridictionnel limité sur les faits peut néanmoins être jugé suffisant pour des raisons de réalisme¹¹⁹.

Mais le rôle juridictionnel ne suffit pas : « *seul mérite l'appellation de tribunal un organe répondant à une autre série d'exigences* ».

2 - Les critères institutionnels

Il s'agit principalement de l'indépendance à l'égard de l'Exécutif et des parties au litige¹²⁰. Le tribunal doit être affranchi de toute tutelle, de tout lien hiérarchique, n'être soumis à aucun ordre, instruction, ni même influence, afin de « *prendre ses décisions uniquement sur la base du droit* »¹²¹. Ce qui était jusque-là un élément de la garantie, une exigence processuelle, devient donc un critère de définition conceptuelle, rendant quelque peu redondante l'expression de « tribunal indépendant ».

Les modes d'appréciation en sont divers, la Cour retenant en quelque sorte la méthode du faisceau d'indices. Elle peut ainsi se référer au mode de désignation¹²², à la durée du mandat, à l'existence de garanties contre les pressions extérieures... La collégialité n'est en revanche pas requise et, dans l'ensemble, les critères institutionnels ne se sont guère développés, au-delà de la condition d'indépendance statutaire.

En revanche, une troisième catégorie d'exigence s'est progressivement imposée.

3 - Les critères procéduraux

Initialement, la Cour n'imposait aucune considération de cet ordre. Suivant une interprétation classique, le terme de « tribunal » impliquait seulement que l'organe appelé à statuer ait une nature judiciaire. Il ne se rapportait aucunement à la procédure à suivre¹²³. « *L'expression évoque une idée d'organisation plutôt que de fonctionnement, d'institution plutôt que de procédure* ». Puis

¹¹⁹Cour EDH, Zumtobel, Fischer, Ortenberg, précités ; dans le même sens, à propos de la High Court : Cour EDH, 05/06/1995, Air Canada, A/316 et Cour EDH, 22/11/95, Bryan, A/335-A.

¹²⁰Cour EDH, 05/11/1981, X. c/ Royaume-Uni, A/46 : « *Par tribunal, l'article 5§4 n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires du pays. Tel que l'emploie la Convention, ce mot sert à désigner des organes présentant des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels figure l'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties* ». Dans le même sens, Cour EDH, 27/06/1968, Neumeister, A/7 ; Cour EDH, 18/06/1971, De Wilde, Ooms et Versyp, A/12 (à propos du juge de paix) ; Cour EDH, 16/07/1971, Ringeisen, A/13 (à propos de la Commission régionale des transactions immobilières), Cour EDH, 04/12/1979, Schiesser, A/34, § 29 ; Cour EDH, 24/10/1979, Winterwerp, A/33 (à propos du juge de paix et du tribunal d'arrondissement) ; Cour EDH, 23/06/1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, A/43 (à propos du Conseil de l'Ordre des Médecins et de la Cour de Cassation belges) ; Cour EDH, Benthem, précité.

¹²¹F. Matscher, La notion de « tribunal » au sens de la CEDH, in *Les Nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, 1996, pp. 29-47, spéc. p. 35.

¹²²Serait par exemple susceptible de poser problème le fait que le juge ait été nommé sur proposition d'une association dont les intérêts sont en cause dans l'affaire dont le tribunal est saisi : Cour EDH, 22/06/1989, Langborger, A/155.

¹²³Cour EDH, Neumeister, précité ; Cour EDH, 21/02/1975, Golder, A/18.

l'interprétation européenne enregistra une certaine évolution, dans le cadre de l'article 5§4 notamment. « *De cette finalité globale d'assurer que nul ne soit arbitrairement dépouillé de sa liberté découle, dans le domaine de l'article 5§4, la nécessité de suivre une procédure de caractère judiciaire, donnant des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit, sans quoi on ne saurait parler de tribunal* »¹²⁴.

Bien que cette approche procédurale de la notion de tribunal ait été directement inspirée par l'objet d'une disposition spécifique, elle ne s'est pas limitée au champ d'application de cette dernière. D'une part, le principe de prééminence du droit et le modèle de l'Etat de droit – qui sont en l'occurrence à la base du raisonnement de la Cour – sont des standards transversaux, qui irriguent l'ensemble de la Convention ; or, le droit à un procès équitable en est une manifestation topique. D'autre part, la notion de tribunal est réputée être unitaire. « *A la vérité, la Convention ['] emploie dans plusieurs articles. Elle s'en sert pour désigner l'un des éléments constitutifs de la garantie accordée à l'individu par la disposition en cause. Il s'agit toujours dans ces cas divers d'organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs mais encore des garanties de procédure judiciaire* »¹²⁵.

On ne s'étonnera donc pas que cette troisième série de critères se soit généralisée et qu'elle ait également trouvé à jouer dans le cadre de l'article 6§1. Cette exigence implique « *que les décisions soient prises en appliquant des normes matérielles en vigueur à des faits, établis conformément aux règles de procédure prévues et en accordant aux comparants le droit à être entendus* »¹²⁶.

Au total, la notion européenne de tribunal ne manquera pas d'évoquer l'interprétation communautaire de la notion de juridiction, définie aux fins de l'ex-article 177 du Traité de Rome comme un organe institué par une loi, dont les membres sont nommés par l'autorité publique, dont la juridiction est obligatoire, statuant en droit, à l'issue d'une procédure contradictoire. Le rapprochement s'impose d'autant plus que, traditionnellement, la CJCE exigeait que l'éventuel infléchissement de ce dernier principe soit compensé par « *le degré élevé d'indépendance et d'impartialité de l'organe appelé à juger* »¹²⁷. Cette convergence contribue à donner un contenu homogène (et à tous égards singulier) aux concepts voisins de juridiction et de tribunal.

Dans le cadre de la Convention, en effet, on voit que la notion de tribunal donne lieu à une interprétation matérielle, indépendante des qualifications nationales. Cette circonstance a conduit

¹²⁴Cour EDH, Schiesser, précité, § 30.

¹²⁵Cour EDH, De Wilde, Ooms et Versyp, précité, § 78.

¹²⁶F. Matscher, La notion de « tribunal » au sens de la CEDH, in *Les Nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, 1996, pp. 29-47, spéc. p. 29.

¹²⁷CJCE, Politi, Pretore di Salo.

plusieurs auteurs¹²⁸ à la faire figurer parmi les concepts autonomes implicites. Cette analyse n'a toutefois bénéficié d'aucune confirmation jurisprudentielle. Une comparaison avec la catégorie des notions expressément dites autonomes permet de constater que « tribunal » pourrait répondre à certains des critères qui définissent ladite catégorie¹²⁹. Outre la signification originale qui lui est donnée, le terme relève du domaine processuel, à l'instar de « *droits et obligations de caractère civil* », de « *matière pénale* », de « *peine* », d' « *arrestation* » et de « *témoignage* ». Mais, à la différence de ces dernières notions, celle de « *tribunal* » ne détermine pas l'applicabilité de l'article 6.

B. L'ambivalence de la notion de tribunal dans la jurisprudence européenne

On pourrait être tenté de croire que c'est l'assimilation de l'autorité à un tribunal qui entraîne sa soumission aux exigences de procès équitable. Ce sentiment toutefois ne correspond pas au raisonnement de la Cour. Non que le critère organique soit indifférent : s'il ne constitue pas à proprement parler un préalable, au même titre que « *matière pénale* » ou « *droits et obligation de caractère civil* », il n'en détermine pas moins les conditions dans lesquelles l'article 6 va s'appliquer. Mais son sens matériel et formel doivent alors être distingués.

1 – La notion matérielle de tribunal

La notion matérielle de tribunal, loin de jouer le rôle d'un critère d'applicabilité, constitue un élément substantiel de la garantie du procès équitable.

Il est vrai que dans l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*¹³⁰, la Cour recherche, au titre de l'applicabilité, de quels organes le respect de l'article 6 peut être exigé. Elle écarte ainsi de son analyse le Conseil provincial de l'Ordre des Médecins, au motif que « *l'article 6§1 n'astreint pas les Etats contractants à soumettre les contestations sur les droits et obligations à caractère civil à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des tribunaux conformes à ses diverses prescriptions* » (§ 51). Mais dans ce cas, les critères européens de la notion ne sont pas vérifiés ;

¹²⁸W.J. Ganshof van der Meersch, Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention, *Mélanges Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 201-220. Du même auteur, La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *RIDC*, 1980, pp. 317-335 ; G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, 1989, p. 195 ; M.-A. Eissen, La Cour Européenne des Droits de l'Homme, *RDP*, 1986, pp. 1539-1597 ; P. Rolland, L'interprétation de la Convention, in F. Sudre (dir.), *Le juge administratif français et la CEDH*, *RUDH*, 1991, pp. 280-289, spéc. p. 283.

¹²⁹Pour une réflexion sur les concepts potentiellement autonomes, voir IDEDH, Les concepts autonomes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Cahiers de l'IDEDH*, n°6, 1997, pp. 93-109.

¹³⁰Cour EDH, 23/06/1981, A/43.

l'analyse repose exclusivement sur des considérations d'efficacité administrative et sur une appréciation *in globo* de la procédure. De même la Cour ne se préoccupe-t-elle dans l'affaire *Sramek*¹³¹ ni de l'Autorité de district, parce que celle-ci « *avait donné son agrément au contrat et que la requérante ne soulève à son sujet aucun grief* » (§ 35), ni de la Cour Constitutionnelle dans la mesure où « *il ne lui incombe pas de statuer sur le fond de la contestation* » (§ 35). Sans doute pourrait-on voir dans ce dernier argument une référence implicite aux critères fonctionnels de la notion de tribunal. Mais il suggère également qu'il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle de trancher une contestation sur des droits et obligations de caractère civil.

En fait, à considérer l'ensemble des arrêts mettant en cause des organes qui n'appartiennent pas au système judiciaire ordinaire de l'Etat défendeur, on peut observer que l'opération de qualification est toujours postérieure à la reconnaissance de l'applicabilité de l'article 6. Ainsi, dans les affaires *Ettl*¹³², *Ringeisen, Campbell et Fell*¹³³ ou *Van der Hurk*¹³⁴, le juge commence-t-il par rechercher si le litige est de nature civile au sens de la Convention, avant de s'assurer des qualités de l'instance. En vérifiant les pouvoirs, la composition et le statut de l'organe par rapport aux critères du « tribunal », la Cour contrôle le respect de l'article 6. Si l'autorité qui a eu à connaître des litiges ne peut être qualifiée de tribunal, elle ne se trouve pas pour autant soustraite aux principes du procès équitable. La Cour conclut au contraire à une violation de la Convention.

L'interprétation matérielle de la notion de « tribunal » est alors le résultat de la valorisation du critère tiré du domaine de la contestation. Cette approche conduit en effet à faire relever de l'article 6 des matières qui ne sont pas de la compétence des juridictions ordinaires. C'est parce que la Cour a voulu garantir le principe de prééminence du droit dans tous les litiges d'ordre privé affectant les droits subjectifs de l'individu – indépendamment du caractère administratif ou judiciaire de la juridiction – qu'elle a été amenée à traiter en « tribunal » des organes variés. Leur requalification est une conséquence nécessaire et non une condition préalable de l'application extensive de l'article 6.

Dès lors, la notion européenne de tribunal explicite une des garanties dont tout individu doit bénéficier, dans le cadre d'une « *contestation sur des droits et obligations de caractère civil* » ou sur « *le bien-fondé d'une accusation en matière pénale* ». Et c'est à ce titre qu'il faudra vérifier que les instances traitées répondent aux critères institutionnels, fonctionnels et procéduraux dégagés par la Cour européenne (cf. *infra*, Partie II, Chapitre II, Section I).

Par contre, la notion formelle de tribunal joue un tout autre rôle.

2 – La notion formelle de tribunal

¹³¹Cour EDH, 22/10/1984, A/84.

¹³²Cour EDH, 23/04/1987, A/117.

¹³³Cour EDH, 28/06/1984, A/80.

¹³⁴Cour EDH, 19/04/1994, A/288, précité.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'interprétation européenne de « tribunal » n'exclue pas que soient prises en compte les conceptions nationales. Mais elles seront successivement, et non conjointement, employées. C'est à dire qu'au moment d'apprécier si les exigences de l'article 6 ont bien été respectées, de rechercher par exemple si l'organe en cause peut être tenu pour un tribunal au sens de la Convention¹³⁵, la Cour écarte toute référence à sa qualification juridique interne. En revanche, celle-ci détermine, en amont, si l'article 6 doit s'appliquer de façon pleine et entière aux instances de première instance ou d'appel. Pour mesurer la valeur de la notion dans la jurisprudence européenne, il est donc important de garder à l'esprit cette dissociation, trop souvent occultée. Autant la notion matérielle de tribunal est un moyen de vérification du respect de l'article 6, autant l'appartenance au système judiciaire ordinaire, autrement dit la qualité formelle de tribunal, est un facteur de différenciation du champ d'application organique du droit à un procès équitable.

§ II - La différenciation du champ d'application organique de l'article 6

Il n'y a pas nécessairement coïncidence entre le champ d'application matériel de l'article 6 – défini par les notions de matière « civile » et de « matière pénale » – et son champ d'application organique : pour dire les choses autrement, ce n'est pas parce que une procédure est « civile » ou « pénale » au sens de la Convention que l'article 6 s'applique nécessairement à tous les degrés de la procédure en cause. La notion de « tribunal » entre alors en jeu : le fait qu'une autorité appartienne ou non au système juridictionnel ordinaire d'un Etat permet de distinguer deux cercles concentriques dans le champ d'application de l'article 6.

A. Les juridictions ordinaires

Les juridictions de droit commun en constituent le centre, le domaine traditionnel et naturel, pour reprendre les termes de la Cour dans l'arrêt *De Cubber*¹³⁶. Selon le juge européen, « *l'article 6§1 concerne d'abord les juridictions de première instance [et] ne requiert pas l'existence de juridictions supérieures. Sans doute ses garanties fondamentales, parmi lesquelles figure l'impartialité, doivent-elles être assurées par les cours d'appel ou de cassation qu'a pu créer un Etat contractant, mais il n'en découle point que les juridictions inférieures n'aient pas à les fournir même en pareil cas. Une telle conséquence irait à l'encontre de la volonté sous-jacente à l'instauration de plusieurs degrés de juridiction : renforcer la protection des justiciables* » (§ 32). Et de préciser que l'organe en litige « *ne constituait pas une autorité administrative ou corporative ni une juridiction ordinale, mais bien un*

¹³⁵ CourEDH, 22/10/1984, Sramek, A/84, §§ 36-37.

¹³⁶ Cour EDH, 26/10/1984, A/86.

tribunal au sens tant formel que matériel du terme [...] Les motivations des arrêts susmentionnés ne sauraient justifier la réduction des exigences prévues à l'article 6§1 dans son domaine traditionnel et naturel » (§ 32).

L'analyse de la jurisprudence européenne conduit à affirmer que si la juridiction ayant statué en premier degré est un tribunal classique, au sens formel et matériel, cette juridiction est tenue par l'ensemble des garanties de l'article 6. Celles-ci s'appliquent par ailleurs à tous les stades de la procédure et l'Etat qui a institué des juridictions d'appel ou de cassation doit « *veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6* » (*Delcourt*, 17 janvier 1970, A/11, § 25).

Néanmoins, le caractère équitable du procès fait l'objet d'une appréciation *in concreto*, selon les circonstances particulières de l'espèce, et *in globo*, au vu de l'ensemble de la procédure : ainsi, le juge européen prend en compte les particularités des procédures d'appel et de cassation (*Delcourt*, précité, § 26) et admet aussi qu'une juridiction supérieure puisse « *effacer la violation initiale d'une clause de la Convention* » (*De Cubber*, précité, § 33 ; *Edwards*, 16 décembre 1992, A/247-B).

Par exemple, dans l'affaire *De Cubber*, le vice n'affectait pas simplement le déroulement de la procédure et revêtait un caractère organique (composition du tribunal) que la cour d'appel n'a pas corrigé (§ 33) ; au contraire, dans l'affaire *Edwards*, l'instance d'appel corrige les déficiences du procès initial (concernant la contestation de témoignage à charge). Une bonne illustration de la méthodologie de la Cour est fournie par l'arrêt *Ettl*, du 23 avril 1987 (A/117), où est en cause la conformité à l'article 6 de la CEDH d'une procédure de remembrement ayant vu l'intervention successive de quatre tribunaux. Alors que le troisième et le quatrième tribunal (cour administrative et Cour constitutionnelle) répondaient à l'exigence d'indépendance et d'impartialité posée par l'article 6§1, la Cour recherche néanmoins si cette condition est également remplie par les deux premiers tribunaux (commissions régionale et suprême de la réforme agraire ; dans le même sens, *Stallinger et Kuso*, 23 avril 1997, *Rec.*, 1997, p. 666).

Plus particulièrement, le juge européen s'est prononcé en faveur de l'indivisibilité des garanties du procès équitable en matière pénale : dans son arrêt *Saunders c/ Royaume-Uni*, rendu en Grande chambre le 17 décembre 1996¹³⁷, la Cour européenne affirme ainsi que « *les exigences générales d'équité consacrées à l'article 6 [...] s'appliquent aux procédures pénales concernant tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe* » (§ 74). De plus, le juge européen a une approche large des garanties du procès équitable en matière pénale : ainsi, la Cour examine le grief tiré des droits de la défense sous l'angle des § 1 et § 3 combinés de l'article 6,

¹³⁷*Rec.*, 1996, 2044 ; *JCP*, 1997, I, 4000, chron. F. Sudre.

estimant que « *les exigences du § 3 de l'article 6 représentent des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti par le § 1* » (*Doorson*, 26 mars 1996, *Rec.*, 1996, p. 446, § 66).

Il est donc parfaitement clair que, dans l'ordre juridique français, les juridictions administratives et judiciaires doivent satisfaire à toutes les exigences européennes, à moins que les procédures d'appel et de cassation ne permettent de rectifier les manquements constatés en premier ressort.

B. Les organes « hors les juridictions ordinaires »¹³⁸

La jurisprudence européenne n'impose pas que les procédures de première instance – que ce soit en matière « civile » ou en matière « pénale » - qui se déroulent devant les organes qui ne sont pas intégrés aux « *structures judiciaires ordinaires* » (*Gustafson*, 1 juillet 1997, *Rec.*, 1997, p.1149, § 45), tels les organes administratifs ou disciplinaires, remplissent les exigences du procès équitable. En effet, le juge européen, de longue date, admet que des « *impératifs de souplesse et d'efficacité* » peuvent justifier l'intervention d'organes non juridictionnels ne satisfaisant pas aux garanties de l'article 6 (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, 23 juin 1981, A/43, § 51).

La Cour européenne précise, dans sa décision *Albert et Le Compte* du 28 janvier 1983 (A/58), les conditions de compatibilité d'un tel système à l'article 6, en affirmant que l'attribution à des juridictions ordinales de la compétence de statuer sur des infractions disciplinaires « *n'enfreint pas en soi la Convention. Toutefois, celle-ci commande alors, pour le moins, l'un des deux systèmes suivants : ou bien lesdites juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6§1, ou bien elles n'y répondent pas mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article* » (§ 29).

Il importe donc, pour que les exigences de l'article 6 soient satisfaites, que le justiciable puisse disposer d'un recours devant un organe juridictionnel indépendant qui, à la fois, soit doté de la plénitude de juridiction et offre les garanties de l'article 6. Précisons, cette question étant développée par ailleurs, que la notion de « pleine juridiction », quoique incertaine¹³⁹, implique que soit exercé un contrôle complet de légalité et que le juge national soit compétent « *pour les points de fait comme pour les questions de droit* » (*Zumtobel*, 21 septembre 1993, A/268-A) et détienne, en matière pénale, « *le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit* » (*Schmautzer*, 23 octobre 1995, A/328-A).

La question de l'application de l'article 6 à un organe non-juridictionnel recouvre alors deux hypothèses, qui doivent être soigneusement distinguées.

¹³⁸Nous entendons par là des organes qui ne font pas partie des juridictions ordinaires mais qui peuvent néanmoins être des juridictions « spécialisées » au sens du droit interne.

¹³⁹Voir C. Mamontoff, La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la CEDH et ses implications en matière de sanctions administratives, *RFDA*, 1999, p. 1004.

1 - L'organe non juridictionnel n'est pas soumis au contrôle d'un « tribunal » au sens de l'article 6

L'organe en question doit alors remplir lui-même les exigences de l'article 6. La jurisprudence européenne est sans ambiguïté et on en donnera deux exemples.

Dans l'arrêt *H. c/ Belgique*, du 30 novembre 1987 (A/127 B), où est en cause une procédure suivie devant le Conseil de l'Ordre des avocats (réinscription au tableau), la Cour juge qu'un cumul d'attributions (de nature administrative, réglementaire, contentieuse, consultative ou disciplinaire) « ne saurait à lui seul priver une institution de la qualité de "tribunal" pour certaines d'entre elles » (§ 50 et, relevant que les décisions du Conseil de l'Ordre ne sont susceptibles d'aucun recours, conclut à la violation de l'article 6 pour défaut de publicité, ce vice ne pouvant se voir corrigé à un stade ultérieur de la procédure.

Dans l'affaire *Gustafson* (1 juillet 1997, *Rec.*, p. 1149) était en question le rejet d'une demande d'indemnisation par l'Office d'indemnisation des victimes d'infractions. Alors même que les décisions de l'Office sont sans appel, la Cour conclut à la non violation de l'article 6. Sa décision est topique : « aux fins de l'article 6§1, un tribunal ne doit pas nécessairement être une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires. Il peut, comme l'Office en cause, avoir été institué pour connaître de questions relevant d'un domaine particulier dont il est possible de débattre de manière adéquate en dehors du système judiciaire ordinaire. Ce qui importe pour assurer l'observation de l'article 6§1, ce sont les garanties, tant matérielles que procédurales, mise en places [...] Si les décisions rendues par l'Office étaient définitives et insusceptibles d'appel devant une autorité administrative supérieure ou devant une juridiction, il ressort des considérations qui précèdent que ledit organe remplissait, pour les besoins de la cause, les exigences requises d'un tribunal au sens de l'article 6§1 qui [...] ne garantit pas un droit d'appel » (§ 45 et § 48).

2 - L'organe non juridictionnel est soumis au contrôle d'un « tribunal » au sens de l'article 6.

La jurisprudence européenne est ici bien établie. On fournira un aperçu de cette jurisprudence, dans des domaines différents, avant d'en tirer quelques enseignements.

a - Aperçu de la jurisprudence

Dans l'affaire *Albert et Le Compte* (28 janvier 1983, A/58), trois organes sont intervenus dans la procédure disciplinaire : le conseil provincial de l'Ordre des médecins, le conseil d'appel et la Cour de cassation. La Cour recherche si le requérant a bénéficié devant le conseil d'appel ou, « à défaut », la Cour de cassation, du « droit à un tribunal » et « à une solution juridictionnelle du litige tant pour les points de fait que pour les questions de droit » (§ 29) et constate que le défaut de publicité au stade de

la procédure disciplinaire n'a pas été comblé par le caractère public de l'instance en cassation car cette juridiction ne connaît pas du fond de l'affaire, l'examen des faits et « *l'appréciation de la proportionnalité entre faute et sanction* » échappant à son contrôle (§ 36). En conséquence, le requérant n'a pas été entendu « *publiquement* » par "un tribunal jouissant de la plénitude de juridiction et statuant en public ».

En matière de sanctions administratives, la Cour considère, par sa décision *Oztürk*, du 21 février 1984 (A/73), que confier à des autorités administratives le soin de poursuivre et de réprimer des infractions à la circulation routière « *ne se heurte pas à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6* » (§ 56) et constate, en l'espèce, que le tribunal cantonal n'a pas respecté l'article 6§3 e). De même, dans sa décision *Schmautzer* en date du 23 octobre 1995 (A/328-A)¹⁴⁰, à propos de poursuites pénales administratives pour absence du port de la ceinture de sécurité, la Cour note qu' « *il faut que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les exigences de l'article 6§1 de la Convention subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction* » (§ 34) et constate que ni la Cour constitutionnelle ni la Cour administrative ne remplissent cette condition.

Le juge européen fait application de principes similaires dans le cadre du contentieux du travail (*Obermeier*, 28 juin 1990, A/179). En l'espèce, les juridictions du travail ne sont pas compétentes pour vérifier la validité d'un licenciement d'une personne handicapée, auquel une autorité administrative investie d'un pouvoir discrétionnaire (le Conseil pour les personnes handicapées) a consenti. Dès lors, les conditions de l'article 6 ne sont remplies que « *si les décisions administratives liant les cours et tribunaux ont été rendues conformément aux exigences de cette disposition* » (§ 70). Or, si ladite décision peut faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour administrative, celle-ci n'est pas un organe judiciaire de pleine juridiction, car elle exerce un contrôle trop limité, pouvant seulement rechercher si « *les autorités administratives ont usé de leur pouvoir discrétionnaire d'une manière compatible avec l'objet et le but de la loi* » (§ 70). La Cour conclut alors à la violation de l'article 6.

Des solutions identiques ont été retenues dans le cadre d'un contentieux de l'expropriation (*Zumtobel*, 21 septembre 1993, A/268-A) ou encore d'un contentieux très spécifique, relatif à une décision d'un conseil paroissial finlandais fixant la rémunération d'un bedeau ayant fait l'objet d'un recours devant le chapitre épiscopal, organe à la fois administratif et judiciaire du diocèse (*Helle*, 19 décembre 1997, *Rec.*, p. 2911). Dans cette dernière affaire, la Cour européenne affirme avec netteté qu'« *une violation de l'article 6§1 de la Convention ne peut être fondée sur le manque allégué d'indépendance ou d'impartialité d'un organe juridictionnel, ni sur le manquement par cet organe à*

¹⁴⁰JCP, 1996, I, 3910, chron. F. Sudre.

une garantie procédurale essentielle si la décision rendue était soumise au contrôle subséquent d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction et offrant les garanties de l'article 6 ».

b - Enseignements

Sans prétendre à l'exhaustivité, on se bornera à faire trois remarques.

- D'abord, pour souligner qu'il n'y a pas, dans l'hypothèse ici examinée de l'intervention d'un organe non juridictionnel soumis ensuite au contrôle d'un « tribunal », de garanties « minimales » de l'article 6 à respecter par l'organe non juridictionnel. A cet égard, la Cour de cassation, faisant application de l'article 6 à la procédure devant le Conseil de la concurrence, procède à une modulation des garanties du procès équitable, peu conforme à l'esprit de la jurisprudence européenne. La Cour de cassation juge en effet, de manière contradictoire à notre sens, que la garantie de publicité de l'article 6 ne s'applique pas au Conseil de la concurrence parce que les décisions de ce dernier sont soumises au contrôle de pleine juridiction de la Cour d'appel de Paris, mais que le principe de l'égalité des armes du même article 6 est, lui, applicable (Cass. Com., 5 octobre 1999, *Campeon Bernard SGE, SA Bouygues et autres*)¹⁴¹.

- En second lieu, il est clair que la jurisprudence européenne n'impose pas que les autorités administratives ou les instances ordinales soient soumises en tout ou partie aux prescriptions de l'article 6, dès lors que les décisions qu'elles prennent dans l'exercice de leur pouvoir de sanction peuvent être déférées à un juge qui, d'une part répond lui-même à l'ensemble des prescriptions de l'article 6 – Conseil d'Etat ou Cour d'appel – et, d'autre part exerce un entier contrôle en droit et en fait sur les décisions incriminées. Il en est ainsi plus précisément du Conseil d'Etat lorsque il est saisi d'un recours de pleine juridiction¹⁴² ou d'un recours pour excès de pouvoir, dès lors qu'est exercé un contrôle entier de proportionnalité, comme la Commission européenne des droits de l'homme en a convenu à propos d'une décision disciplinaire du Conseil des bourses de valeur¹⁴³. On relèvera ici que le Tribunal de première instance des Communautés européennes fait une exacte application de la jurisprudence européenne pour rejeter un moyen tiré de la violation de l'article 6 CEDH, en faisant valoir que les pouvoirs de la Commission de la Communauté dans le cadre de la procédure de contrôle des ententes sont contrôlés par un organe juridictionnel et indépendant disposant d'une compétence de

¹⁴¹JCP, 2000, II, 10255, note E. Cadou.

¹⁴²Ainsi pour les décisions du Conseil des marchés financiers.

¹⁴³Décision du 30/06/1993, X. c/ France, req. n°18845/91, cité par J.-F.Flauss, Chron., AJDA, 1994, p. 27.

pleine juridiction, le TPI lui-même (TPI, 14 mai 1998, *Enso Espanola c/ Commission*, aff. T-348/94)¹⁴⁴.

- Enfin, il convient de constater *prima facie* que la Cour de cassation, en décidant par ses arrêts du 5 février 1999¹⁴⁵ et du 5 octobre 1999 (*Campeon Bernard SGE, SA Bouygues et autres*, précités) de soumettre la COB puis le Conseil de la concurrence au principe de l'égalité des armes de l'article 6 de la CEDH, va, sans conteste, au delà des exigences de la CEDH telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation a ainsi solennellement choisi¹⁴⁶ de déborder la Convention européenne des droits de l'homme pour imposer une « juridictionnalisation » de la procédure, devant les instances ordinales¹⁴⁷ ou les autorités administratives indépendantes¹⁴⁸, que l'article 6§1 de la CEDH ne requiert aucunement.

Cette démarche – que l'on explicitera plus loin (cf. *infra*, Partie II, Chapitre I, Section II) – n'est pas contraire à la CEDH qui, on le sait, énonce un « standard minimum » et n'interdit aucunement au droit interne d'être plus protecteur. Ainsi, la Cour de cassation belge, bien avant son homologue français, a, sous forme d'un principe général du droit, étendu le principe d'impartialité de l'article 6 à tous les stades d'une procédure, même débouchant sur un contrôle de pleine juridiction (Cass, 23 mai 1985, RG 7145, *Pas* 1985, I, n°575) : la conséquence en est alors, comme le notent justement les Professeurs Velu et Ergéc, que « devant les juridictions inférieures, c'est un principe général du droit qui supplante la garantie énoncée à l'article 6§1 »¹⁴⁹.

L'ambivalence de la notion de « tribunal » peut expliquer que, défendant leur autonomie interprétative, les juridictions internes – spécialement administratives – ne se rallient que partiellement à cette analyse et n'hésitent pas à utiliser la notion de tribunal (dans son sens national d'abord, puis dans son sens européen ensuite) comme critère d'applicabilité de l'article 6. Il faut d'ores et déjà noter – on y reviendra plus en détail par la suite – que le Conseil d'Etat, après avoir longtemps privilégié un critère organique qui le conduisait à juger l'article inapplicable à une décision n'émanant pas d'une juridiction (et, partant, aux autorités administratives prononçant des sanctions¹⁵⁰), a nettement infléchi sa position dans l'arrêt *Didier* du 3 décembre 1999, où il affirme que le Conseil des marchés financiers décide du « bien fondé d'accusations en matière pénale » lorsqu'il exerce son pouvoir de sanction

¹⁴⁴*Europe*, juillet 1998, comm. n°230.

¹⁴⁵Cass., Ass. plén., 5/02/1999, COB c/ Oury, *Gaz. Pal.*, 24-25 février 1999, concl. M-A. Lafortune, *JCP*, 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou.

¹⁴⁶Cass., Ass. plén., 5/02/1999, COB c/ Oury, précité.

¹⁴⁷Cass. 1° civ., 31/03/1998 L. et a. c/ Procureur général près la CA Rennes et 28/04/1998, G. c/ C. et a., *JCP*, 1999, II, 10102, note J. Pralus-Dupuy ; Cass. 1° civ., 5/10/1999, C. c/ Procureur général près la CA Basse-Terre et D. c/ Procureur général près la CA Douai, *JCP*, 1999, II, 10203, concl. M. Jerry Saint-Rose.

¹⁴⁸Cass. com., 5/10/1999, *Campeon Bernard SGE et autres*, précité.

¹⁴⁹J. Velu et R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, n°402.

¹⁵⁰Avis du 31/03/1995, *Ministre du Budget c/ SARL Auto-Industrie Méric (RJF)*, 1995, p. 236, concl. J. Arrighi de Casanova).

disciplinaire¹⁵¹. Et si, ultérieurement, le Conseil d'Etat semble avoir admis l'invocabilité de l'article 6§1 à l'égard de toute juridiction ou « *organe administratif qui, [au vu de] sa nature, sa composition ou ses attributions, peut être qualifié de tribunal au sens de la Convention* »¹⁵², il semble bien que l'extension des garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires s'opère encore sur la base de considérations organiques.

On voit donc que le critère organique divise les juges – européen et nationaux – aussi bien par son rôle que par son contenu. Il y a là, sans conteste, un facteur de confusion quant à une appréhension claire des conditions d'applicabilité de l'article 6. Cette confusion est vraisemblablement amplifiée par le fait que champ d'application organique et champ d'application temporel de l'article 6 se distinguent malaisément.

§ III - La détermination incidente du champ d'application temporel de l'article 6

Dès lors qu'une procédure est « civile » ou « pénale » au sens de la Convention, il convient de s'interroger sur la détermination du stade¹⁵³ auquel l'article 6 est applicable ; c'est poser alors la question de l'application de l'article 6 à la procédure avant-jugement et, semble-t-il, retrouver le jeu du critère organique. Mais en raison de l'approche globale du procès équitable qu'il retient, le juge européen mêle intimement, dans une démarche empirique, la question de l'applicabilité de l'article 6 à celle de l'application des garanties du procès équitable pour trancher la question de savoir si l'avant-procès relève ou non de l'article 6.

A - La globalité du procès

De jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'homme apprécie le caractère équitable du procès au vu de l'ensemble de la procédure : « *pour savoir si le résultat voulu par l'article 6 – un procès équitable – a été atteint, il échet de prendre en compte l'ensemble des procédures internes dans l'affaire considérée* » (*Imbrioscia*, 24 novembre 1993, § 38)¹⁵⁴ ou, selon une autre formulation, « *l'exigence d'équité s'applique à l'ensemble de la procédure et ne se limite pas*

¹⁵¹JCP, 2000, II, 10267, note F. Sudre.

¹⁵²CE, 20/10/2000, *Habib Bank*, JCP, 2001, II-10459.

¹⁵³ Cette problématique est différente de celle qui sera abordée dans la Section II du Chapitre I de la Partie II, laquelle pour concerner le moment du procès équitable, vise à préciser si les organes étudiés sont ou non astreints au respect de l'article 6, au vu du contrôle juridictionnel auquel ils sont ultérieurement soumis. La présente analyse en revanche porte sur les phases d'instruction qui précèdent la saisine et la décision des « tribunaux » au sens européen du terme...

¹⁵⁴A/275, Chron., JCP, 1994, I, 3742. Pour d'autres exemples : *Kerojärvi*, 19/07/1995, A/322, § 40 ; *Murray*, 8/02/1996, Rec, 1996, 30, § 63 ; *Mialhe*, 26/09/1996, Rec, 1996, 1319, § 43.

aux audiences contradictoires » (*Raffineries grecques Stan et Stratis Andreadis*, 9 décembre 1994, A/301-B, § 49).

Comme le souligne justement notre collègue Dominique Allix, c'est « *une approche globale des procédures prenant en compte l'ensemble du procès* » que retient le juge européen¹⁵⁵. La Commission européenne des droits de l'homme a défini cette approche globale ainsi : « *les procédures dont l'équité est contestée doivent être envisagées dans leur ensemble pour déterminer si un vice affectant une phase précoce de la procédure a pu être corrigé par la suite. Néanmoins, ce principe souffre exception lorsque le vice est si important pour le procès qu'il est irrémédiable ou qu'il est décisif pour le déroulement ultérieur de celui-ci* » (Déc, 4 juillet 1983, *H. c/ Royaume-Uni*)¹⁵⁶. Le juge européen rend donc « *indivisibles, par construction, les étapes successives d'une procédure conduisant à un jugement* »¹⁵⁷. Une telle méthode d'appréciation conduit naturellement à étendre les garanties du procès équitable à la phase de la procédure antérieure au « jugement » (devant une juridiction ordinaire, spécialisée, ou même l'un des organes administratifs étudiés).

B - L'avant-procès

Par une décision de principe, *Imbrioscia c/ Suisse* (24 novembre 1993, préc.)¹⁵⁸, la Cour européenne affirme que « *l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un « tribunal » compétent pour décider du « bien-fondé de l'accusation », mais il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement* » (§ 36). Selon la jurisprudence européenne, les garanties du procès équitable – notamment celles tenant aux droits de la défense – valent non seulement pour la phase de jugement, mais « *peuvent aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès* » (*ibid*) : c'est dire que les exigences de l'article 6 valent pour la phase de l'instruction.

Cette jurisprudence a, depuis lors, été clairement confirmée :

- En premier lieu, pour les procédures pénales « classiques » : à propos, par exemple, du droit de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination lors d'un interrogatoire de police ou

¹⁵⁵D. Allix, *Le droit à un procès pénal équitable. De l'accusation en matière pénale à l'égalité des armes*, *Justices*, 1998, n°10, p. 25.

¹⁵⁶Req n°10000/82, *D.R.*, vol. 33, p. 265.

¹⁵⁷J.-P. Le Gall, *A quel moment le contradictoire ?*, in Université Robert Schuman de Strasbourg et Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, 1996, p. 63. L'auteur poursuit : « *L'exigence du contradictoire est donc en quelque sorte « aspirée » en amont du tribunal* ».

¹⁵⁸Était en cause, dans cette affaire, l'absence d'un avocat lors des interrogatoires de l'accusé par la police et lors de la phase d'instruction.

d'une enquête administrative (*Murray*, 8 février 1996, préc. ; *Saunders*, 17 décembre 1996, préc.)¹⁵⁹ ou du droit à la présomption d'innocence, qui doit être respecté lors des enquêtes pénales (*Allenet de Ribemont*, 10 février 1995)¹⁶⁰ et s'apprécie au regard de l'ensemble de la procédure pénale litigieuse, envisagée comme un tout et incluant, en conséquence, le mode d'administration des preuves (ainsi, des rapports ou dépositions d'experts : *Bernard*, 23 avril 1998)¹⁶¹. On rappellera ici que la Cour de cassation, chambre criminelle, s'est ralliée à l'extension des garanties du procès équitable à la procédure d'instruction¹⁶²

- En second lieu, pour les procédures « civiles » au sens de la Convention : s'agissant de l'absence de communication à un individu de documents administratifs qui lui étaient opposés dans le cadre d'une procédure en indemnisation contre l'Administration (*Kerojärvi*, 19 juillet 1995, § 42)¹⁶³ ou de la non-communication aux parents de rapports sociaux de nature à influencer sur l'issue de l'audience dans le cadre d'une procédure relative à une mesure de placement d'enfants (*Mc Michael*, 24 février 1995, A/307-B)¹⁶⁴.

- En dernier lieu, pour les procédures « pénales » au sens de la CEDH mais non du droit interne. Dans sa décision *Benedoun c/ France* (24 février 1994)¹⁶⁵, relative à une procédure concernant une majoration d'impôts imposée par le fisc, la Cour européenne affirme, alors que le requérant se plaignait de la non-communication par l'Administration des douanes et le fisc de certaines pièces du dossier, que « *la notion de procès équitable [peut] comporter l'obligation, pour le fisc, de consentir à fournir au justiciable certaines pièces, ou même l'intégralité de son dossier* » (§52). De même, dans sa décision *Hentrich*, du 22 septembre 1994¹⁶⁶, la Cour juge que le principe de l'égalité des armes est violé dès lors que la motivation sommaire et générale de la décision de l'Administration fiscale d'exercer son droit de préemption en cas d'insuffisance du prix de vente d'un bien (sur la base, à l'époque, de l'article 668 du CGI) ne permet pas à l'intéressé de faire valoir sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas par rapport à l'Administration (§ 56). Enfin, on évoquera l'arrêt *Miailhe c/ France*, du 26 septembre 1996¹⁶⁷, où la Cour européenne, faisant implicitement application du principe dégagé dans son arrêt *Imbrioscia* (préc.), accepte de connaître du grief tiré de l'absence de débat contradictoire préalablement à l'avis de la Commission des infractions fiscales et affirme qu'elle doit « *s'assurer que la procédure a revêtu dans son ensemble un caractère équitable, eu égard aux irrégularités éventuellement intervenues avant le renvoi de l'affaire devant les juges du fond* » (§ 45). L'application des garanties de l'article 6 à la procédure fiscale non

¹⁵⁹ *JCP*, 1997, I, 4000, chron. F. Sudre.

¹⁶⁰ A/308, *JCP*, 1996, I, 3910, chron. F. Sudre.

¹⁶¹ *JCP*, 1999, I, 105, chron. F. Sudre.

¹⁶² *Crim.*, 29/04/1996, *Bull* n°170 ; voir D. Karsenty, La garantie d'un procès équitable dans la jurisprudence récente de la Chambre criminelle, *Rapp. Cour de cassation*, La Documentation française, 1996, p. 121.

¹⁶³ *JCP*, 1996, I, 3910, chron. F. Sudre.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ A/284, *JCP*, 1995, II, 22372, note S.-N. Frommel ; *Chron.*, *JCP*, 1995, I, 3823.

¹⁶⁶ *JCP*, 1995, I, 3823, chron. F. Sudre.

¹⁶⁷ *JCP*, 1997, 4000, chron. F. Sudre.

contentieuse est expressément confirmée par la récente décision de recevabilité *Le Meignen c/ France*, du 11 janvier 2000 (req n°41544/98).

L'extension des garanties de l'article 6 à la phase de la procédure se déroulant en amont de la décision du « tribunal » a été récemment amplifiée par l'arrêt *Mantovanelli c/ France*, du 18 mars 1997¹⁶⁸. A propos d'une expertise médicale ordonnée par le juge administratif dans le cadre d'une procédure en responsabilité contre un CHR, la Cour européenne précise que les exigences du contradictoire doivent être respectées lors de la phase de l'expertise technique, dès lors que celle-ci a une influence prépondérante sur la décision du juge. Alors qu'en principe la Convention ne régleme pas le régime des preuves, dont la Cour dit qu'il « *relève au premier chef du droit interne* » (*Schenk*, 12 juillet 1988, A/140), il est clair que le juge européen considère que la recherche du caractère équitable d'une procédure considérée dans son ensemble inclut « *la manière dont la preuve a été administrée* » (*Mantovanelli*, § 34). Cette solution, rendue dans le cadre d'une procédure « civile », vaut *a fortiori* pour une procédure pénale. Là encore, la Cour de cassation paraît se ranger à la solution européenne puisqu'elle juge, par une décision du 7 avril 1999, que viole l'article 6§1 de la CEDH la Cour d'appel qui déclare que la radiation d'une personne sur une liste d'experts n'entre pas dans le champ d'application de cette disposition (Cass., civ., 1°, *Trintignac c/ Procureur général CA Aix en Provence, D.*, 1999, n°16, Actualité, p. 1).

La jurisprudence européenne *Imbrioscia-Mantovanelli* conduit donc clairement à une application des garanties du procès équitable à l'avant-procès. Au vu de cette jurisprudence, il faut admettre que l'application des règles du procès équitable à une procédure de jugement emporte également son application à la procédure en amont du jugement et implique que le principe de l'égalité des armes et celui des droits de la défense soient effectivement respectés par l'administration dès le début de l'enquête administrative et, ensuite, durant les phases de la procédure conduisant au jugement¹⁶⁹.

Il convient, cependant, de prendre la mesure de l'appréciation du caractère équitable de « *la procédure considérée dans son ensemble* » qu'effectue la Cour.

Le juge européen inscrit le contrôle du caractère équitable d'une procédure dans le cadre d'une pesée globale et d'un contrôle concret prenant en compte « *toutes les circonstances significatives propres à chaque espèce* » et ne se contente pas, pour forger son appréciation, d'un seul stade de la procédure. En d'autres termes, l'insertion de la procédure avant-jugement dans le champ d'application de l'article 6 ne signifie pas pour autant que les garanties du procès équitable doivent être respectées, totalement ou partiellement, à ce stade de la procédure.

¹⁶⁸*Rec.*, 1997, 424 ; *Chron.*, *JCP*, 1998, I, 107 ; *RTD civ.*, 1997, 1008, *chron.* J.-P. Marguénaud ; *AJDA*, 1999, 173, note H. Muscat.

¹⁶⁹En ce sens, M.-A. Lafortune, *concl.*, Cass., Ass. plén., 5/02/1999, COB c/ Oury, précité.

Ainsi, quel que soit le stade de la procédure où celle-ci a été viciée de manière irrémédiable, la Cour européenne constatera que la procédure « *dans son ensemble* » n'est pas équitable et conclura à la violation de l'article 6. A charge pour le juge national, si le droit interne lui en donne la faculté, de rouvrir la procédure litigieuse pour la réformer.

*

On retiendra de ces développements deux idées principales. Il apparaît en premier lieu que l'interprétation matérielle et européenne de la notion de tribunal, loin d'être une condition de l'extension des garanties du procès équitable, en est une conséquence. Elle explicite l'une des garanties énoncées par l'article 6. Il s'avère en second lieu que si la nature d'un organe, au sens du droit interne, ne détermine pas davantage l'applicabilité de l'article 6 à la procédure en cause, elle interfère en revanche sur l'application de ses dispositions audit organe.

Ces observations permettent de préciser l'apport respectif des critères organiques et matériels à la problématique de l'accès au droit.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Si l'interprétation européenne de « tribunal » exprime bien le phénomène d'assimilation des autorités administratives et disciplinaires aux institutions juridictionnelles et, à ce titre, représente un concept particulièrement significatif dans la problématique de l'accès au droit, entendu comme une généralisation des garanties processuelles, c'est surtout l'interprétation autonome de « *droits et obligations de caractère civil* » et de « *matière pénale* » qui favorise la diffusion des contraintes européennes dans le système juridique interne.

Encore faut-il que les juridictions nationale se rangent aux critères dégagés par la Cour de Strasbourg...Il leur revient en effet au premier chef de procéder à la qualification des litiges qui leur sont soumis, en s'affranchissant des catégories du droit interne. C'est de ce point de vue que l'on peut maintenant tenter de mesurer l'ampleur du phénomène de judiciarisation, en évaluant l'attractivité respective dans l'ordre juridique français des notions de « *matière pénale* » et de « *droits et obligations de caractère civil* », dont l'étude en droit européen a montré qu'elles pouvaient contribuer à soumettre un même contentieux aux exigences de l'article 6.

CHAPITRE II – LA JUDICIARISATION FONDEE SUR LE CRITERE DE LA « MATIERE PENALE »

Pour délimiter le domaine de la judiciarisation au titre de la matière pénale, il était nécessaire de faire au préalable une opération de tri, en écartant d'emblée tous les organes qui ne prennent que des décisions relevant de l'article 6 au titre de la matière civile.

Parmi les décisions prises par les organes restants, il fallait encore évacuer toutes celles qui tombent manifestement sous le coup de l'article 6, matière civile. Prenons par exemple le cas de l'Autorité de régulation des télécommunications, qui peut infliger aux opérateurs de télécommunications une sanction de retrait d'autorisation, ou encore celui de la Commission des opérations de bourse qui peut prononcer, à l'encontre des prestataires de services d'investissements agréés pour exercer la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, une interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis. De telles décisions touchent les intérêts professionnels et patrimoniaux des personnes concernées et ne rentrent pas, au vu de la jurisprudence européenne, dans le champ d'application de l'article 6, matière pénale.

Cette opération de sélection nous a conduit à déterminer le domaine potentiel de la judiciarisation en fonction de la nature de la sanction.

En recherchant celles qui pouvaient rentrer dans le champ de l'article 6, matière pénale, il est rapidement apparu qu'une catégorie se détachait : les sanctions pécuniaires. En effet, elles représentent, pour la grande majorité des organes étudiés, l'unique sanction relevant de la matière pénale et constituent à ce titre le domaine principal de la judiciarisation.

Les sanctions pénitentiaires font quant à elles figure d'exception, car elles rentrent dans le cadre d'un contentieux très spécifique et ne constituent que le domaine accessoire, voire marginal, de la judiciarisation.

Section I - Le domaine principal de la judiciarisation : les sanctions pécuniaires.

Le contentieux de la régulation administrative, le contentieux financier et budgétaire ainsi que le contentieux des amendes fiscales ont tous un point commun : dans la gamme, parfois assez large, des sanctions légales susceptibles d'être infligées, seules les sanctions pécuniaires sont de nature à rentrer dans le champ d'application de l'article 6 au titre de la matière pénale. Pour autant, les procédures présentent des spécificités telles qu'il est nécessaire de les aborder successivement.

§1 - Le contentieux de la régulation administrative

Laure Milano

Après avoir identifié les sanctions pécuniaires que les différentes autorités administratives indépendantes peuvent prendre dans l'exercice de leur fonction de régulation (A), il conviendra d'examiner si l'article 6 leur est à ce titre applicable (B).

A – L'identification des sanctions pécuniaires

La nature des sanctions étant d'ores et déjà précisée, l'identification portera sur leur rigueur, et plus précisément, sur la manière dont leur montant est déterminé. A cet égard, il existe différents modes de calcul mais il est schématiquement possible de distinguer deux systèmes.

- Soit la sanction pécuniaire représente un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé ; tel est le cas pour les sanctions infligées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) ou le Conseil de la concurrence.

Pour le CSA comme pour l'ART, la sanction peut aller jusqu'à 3% du chiffre d'affaires, hors taxe, du dernier exercice clos sur une période de douze mois. En cas de récidive, le montant est porté à 5%.

Pour le Conseil de la concurrence, le maximum encouru est fort lourd, puisqu'il peut représenter 5% du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France.

- Soit la sanction pécuniaire prend réellement la forme d'une amende, c'est le cas pour les sanctions infligées par la Commission des opérations de bourse (COB), la Commission bancaire ou le Conseil des marchés financiers (CMF).

Pour la COB, il faut cependant distinguer deux types de sanctions :

* Celles qui viennent corriger le manquement aux règlements concernant le fonctionnement des marchés ; il s'agit alors de sanctions administratives. La sanction pécuniaire peut dans ce cas être au plus de 10 millions de francs ou au plus du décuple du montant des profits réalisés le cas échéant.

* Celles qui viennent sanctionner le manquement aux pratiques professionnelles ; il s'agit de sanctions disciplinaires. Contre un prestataire de services d'investissements agréé pour exercer la gestion de portefeuille pour compte de tiers, la sanction pécuniaire est au plus de 5 millions de francs ou au plus du décuple du montant des profits réalisés le cas échéant. Contre des personnes placées sous l'autorité ou agissant pour le compte des prestataires de services d'investissement, la sanction pécuniaire ne peut être supérieure à 400.000 francs ou au triple du montant des profits réalisés le cas échéant.

En ce qui concerne les amendes infligées par la Commission bancaire, leur plafond varie également selon qu'elles visent des établissements de crédit ou des « changeurs manuels ». Dans le premier cas, leur montant est au plus égal au capital minimum auquel est astreint l'établissement par la loi. Dans le second cas, il ne peut dépasser 250.000 francs.

Enfin, pour le Conseil des marchés financiers, la loi prévoit que deux catégories de personnes peuvent se voir infliger ses sanctions.

* Il s'agit, en premier lieu, du prestataire de services d'investissements, des membres d'un marché réglementé, des entreprises de marché et des chambres de compensation. Parmi les sanctions applicables en raison des manquements à leurs obligations professionnelles, le CMF peut infliger une sanction pécuniaire dont le montant ne peut être supérieur à 5 millions de francs ou au décuple du montant des profits éventuellement réalisés.

* Le second type de personnes visées sont celles placées sous l'autorité ou agissant pour le compte des prestataires de services d'investissements, des entreprises de marché et des chambres de compensation. Dans ce cas, le montant de la sanction pécuniaire ne peut être supérieur à 400.000 francs. ou au triple du montant des profits éventuellement réalisés.

Il convient maintenant de déterminer si les sanctions pécuniaires ainsi mesurées, entrent dans le domaine de l'article 6, lequel serait de ce fait applicable aux procédures initiées par les autorités administratives indépendantes.

B – L'applicabilité de l'article 6 à raison des sanctions pécuniaires

Cette question recouvre en fait une double problématique :

- ces sanctions pécuniaires relèvent-elles de la matière pénale, au sens du droit européen ?

- le juge national estime-t-il que l'article 6 de la CEDH est applicable aux autorités administratives indépendantes lorsqu'elles décident de telles sanctions ?

Le premier point n'appelle pas de longs développements. Au vu des trois critères dégagés par la Cour de Strasbourg¹⁷⁰, qui, rappelons-le ne sont pas cumulatifs mais peuvent être néanmoins « *additionnés et combinés* », on constate que le premier, tiré des indications du droit national, n'est que de peu d'utilité. Aucun des textes instituant ou réglementant ces autorités ne qualifient les sanctions pécuniaires infligées par celles-ci de sanctions relevant du droit pénal. En ce qui concerne en second lieu la nature de l'infraction, il est clair que, dans tous les cas, le prononcé de la sanction repose sur la constatation d'un manquement aux règles définies par le législateur, le gouvernement ou l'autorité elle-même. Le but recherché est alors évident. La sanction pécuniaire vise, quelle que soit l'autorité qui l'a infligée, à produire un effet dissuasif et répressif ; elle tend à éviter une éventuelle récidive de l'auteur du manquement et de manière plus générale, à décourager tous ceux qui seraient enclins à se comporter de même. Quant à la sévérité de la sanction, dans chaque cas examiné, il faut constater que les répercussions sur les intéressés sont très importantes.

Toutefois, les organes de la Convention n'ont pas rendu d'arrêts ou décisions concernant les autorités administratives ici étudiées. Leur éventuelle soumission à l'article 6 constitue, en revanche un problème auquel le juge national a déjà été confronté. L'œuvre de qualification de ces sanctions, préalable nécessaire à la question de l'application de l'article 6, lui a donc été dévolue.

Or la démarche du juge national n'est pas aussi pragmatique que celle du juge européen. Bien souvent, il élude la question de l'applicabilité matérielle de l'article 6 ou n'en traite que de manière superficielle. Des divergences d'interprétation entre les deux ordres de juridiction viennent encore obscurcir la jurisprudence nationale, rendant la question de l'applicabilité d'autant plus complexe que certaines de ces autorités sont à la fois soumises au contrôle des juges judiciaire et administratif.

Examinons tout d'abord la jurisprudence du juge judiciaire (1) qui se montre globalement plus favorable à l'application de l'article 6 que le juge administratif (2).

1. - Réception de l'article 6 CEDH dans la jurisprudence judiciaire.

L'exemple de la COB est, à ce titre, très intéressant, car il a donné lieu à une jurisprudence abondante et semble avoir été le précurseur en matière d'applicabilité de l'article 6.

¹⁷⁰Cour EDH, 8/06/1976, Engel et autres c/ Pays-Bas, A/22, § 81 : « *il importe d'abord de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'Etat défendeur ; il y a lieu d'examiner ensuite, eu égard à l'objet et au but de l'article 6, au sens ordinaire de ses termes et au droit des Etats contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé* ».

a - La solution de principe retenue à propos de la COB.

Le juge judiciaire (Cour d'appel de Paris puis pourvoi en cassation) est compétent pour connaître des sanctions administratives infligées par la COB.

Il faut ici saluer l'attitude progressiste de la Cour d'appel de Paris qui, par cinq arrêts du 12 janvier 1994¹⁷¹, a posé le principe selon lequel « *les prescriptions de l'article 6 de la CEDH s'appliquent aux sanctions pécuniaires prévues par l'article 9-2 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 qui, bien que de nature administrative, visent comme en matière pénale, par leur montant élevé (dix millions de francs ou le décuple des profits réalisés) et la publicité qui leur est donnée, à punir les auteurs de faits contraires aux normes générales édictées par les règlements de la Commission et à dissuader les opérateurs de se livrer à de telles pratiques* ».

La Cour d'appel se sert ici d'un faisceau d'indices pour déterminer la nature pénale de ces sanctions, elle incorpore donc à sa propre jurisprudence l'interprétation délivrée par la Cour européenne dans son arrêt *Engel*, sans toutefois préciser qu'elle s'approprie cette interprétation.

Elle utilise d'abord le critère de la sévérité de la sanction en s'appuyant sur leur « *montant élevé* » et « *la publicité qui leur est donnée* ». Il est intéressant de noter que la Cour d'appel, pour apprécier la sévérité de la sanction, se base, non pas sur le montant de la sanction effectivement infligée aux intéressés, mais sur le montant maximum encouru, soit 10 millions de francs ou le décuple des profits réalisés. En effet, dans l'affaire *Haddad* par exemple, le requérant s'était vu infligé par la COB une sanction de 350.000 francs ; de même dans l'affaire *Schwartzmann*, la sanction infligée était de 50.000 francs ; on était donc loin du maximum encouru. Il semble donc que, quel que soit le montant de la sanction réellement infligée, même si celui-ci est relativement faible, le juge interne considère que le critère de la sévérité de la sanction est rempli en raisonnant sur le montant maximum potentiellement encouru.

Puis, la Cour d'appel, poursuivant la démarche européenne, recherche le but de ces sanctions. Ce but est à la fois punitif (« *punir les auteurs de faits contraires aux normes générales édictées (...)* ») et dissuasif (« *dissuader les opérateurs de s'y livrer* »). La nature du comportement transgresseur est claire : le prononcé de la sanction repose sur la constatation d'un manquement aux prescriptions définies par les règlements de la COB.

La Cour d'appel qualifie donc les sanctions pécuniaires infligées par la COB de sanctions appartenant à la matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH et décide que l'article 6 est applicable à la procédure régissant ces sanctions. Cette solution est d'autant plus novatrice que la COB

¹⁷¹CA Paris, 1^{re} ch., sect. COB, 12/01/1994 (5 arrêts), *Schwartzmann*, *Friedland Investissement*, *Métrieologie Internationale*, *Fraiberger*, *Haddad* ; *RJDA*, 11/94, n°1149, p. 884.

avait toujours réfuté par principe l'applicabilité de ce texte supérieur, en invoquant le caractère administratif de la procédure de sanction qu'elle a pour charge de mettre en œuvre, non concerné à ce titre par l'article 6 qui ne vise que les « *droits et obligations de caractère civil* » et « *l'accusation en matière pénale* ».

Ces décisions de principe ont d'ailleurs été approuvées par la doctrine : « *elles constituent un projet objectif du droit. Ces affirmations sont posées dans l'intérêt même de la COB qui accroîtra sa légitimité et la bonne réception de son action par sa soumission à des règles supérieures* »¹⁷².

Il fallait toutefois attendre la confirmation de cette solution par la Cour de cassation. Celle-ci interviendra par un arrêt très remarqué du 9 avril 1996, *Haddad*¹⁷³.

Pour la première fois, dans cet arrêt, la Cour de cassation statue sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention à la procédure suivie devant la COB. Concernant l'applicabilité de l'article 6, la Cour suit les conclusions de l'Avocat général, M. A Piniot, qui emboîte le pas de la Cour d'appel de Paris et dit « *approuver sans hésitation la Cour d'appel de Paris d'avoir (...) déclaré applicables ces dispositions de la Convention* »¹⁷⁴. Reprenant les trois critères d'appréciation dégagés par la Cour européenne et citant la jurisprudence afférente, l'Avocat général remarque que « *si l'on applique ces critères aux sanctions administratives prononcées par la COB, on ne peut que constater, qu'à l'instar des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence auxquelles s'applique la Convention, nous sommes en présence d'une infraction pour partie dépenalisée, mais qui, pour relever d'une procédure administrative de sanction à la différence de la plupart des autres Etats où elle est uniquement pénale, demeure de nature pénale en raison du caractère général de la norme protégée et du but à la fois préventif et répressif de la sanction ainsi qu'en raison de la gravité des peines encourues et de leur effet dissuasif* ».

Dans son arrêt, la Cour de cassation reprendra mot pour mot la solution dégagée par la Cour d'appel et s'abstiendra, elle aussi, de citer dans le corps de l'arrêt la jurisprudence européenne.

Cette solution n'est guère surprenante. Guy Canivet, à l'époque conseiller à la Cour de cassation, chambre commerciale, a exprimé son opinion en ces termes : « *si on fait application de cette grille de qualification [les critères d'appréciation dégagés par la Cour EDH] aux sanctions pécuniaires que peut prononcer la COB, il est certain que de telles sanctions relèvent de la matière pénale. Ce sont des infractions rédigées en termes généraux, voisines des infractions pénales, n'ayant que récemment été distraites du contentieux criminel, dont les finalités répressives dissuasives*

¹⁷²M. Germain et M.-A. Frison-Roche, *Actualité / Droit des opérations sur capital, Revue de droit bancaire*, n°41, janvier/février 1994, p. 38.

¹⁷³Cass. com., 9/04/1996, *Haddad c/ Agent judiciaire du Trésor, JCP*, éd. G, n°26, IV, 1996, p. 169.

¹⁷⁴Conclusions de l'Avocat général M.A Piniot sous l'arrêt *Haddad, RJDA*, 5/96, p. 438.

résultent tout à la fois de l'importance du montant maximum encouru et des mesures de publicité dont elles sont assorties »¹⁷⁵.

La Cour de cassation confirmera cette analyse, mais de manière beaucoup plus succincte, dans l'arrêt *Conso*¹⁷⁶ du 18 juin 1996, puis dans l'arrêt *Oury*¹⁷⁷ du 1^{er} décembre 1998 : « *Attendu qu'en vertu de ce texte [l'article 6-1 et 2 de la CEDH], toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial qui décidera du bien-fondé de toute accusation portée contre elle en matière pénale, à laquelle sont assimilées les poursuites en vue de sanctions pécuniaires ayant le caractère d'une punition prononcées par une autorité administrative [...]* ».

Dans ces arrêts, la Cour ne se livre pas à la recherche d'un faisceau d'indices, contrairement à sa démarche dans l'arrêt *Haddad*. Comme le souligne E. Garaud dans son commentaire de l'arrêt *Oury*, « *la Chambre commerciale aurait sans doute pu motiver davantage sa décision, en précisant, comme elle l'a fait dans un arrêt antérieur [l'arrêt Haddad], que la nature punitive des sanctions prises par la COB réside dans leur montant élevé et dans la publicité qui leur est donnée* »¹⁷⁸.

Il semble toutefois que, comme nous l'avions remarqué pour l'arrêt *Haddad* de la Cour d'appel de Paris, le montant de la sanction importe peu dans le raisonnement de la Cour de cassation (la pénalité infligée par la COB à M. Conso était de 400.000 francs et celle infligée à M. Haddad de 500.000 francs) ; elle estime que le but répressif de l'amende infligée est un critère suffisant d'applicabilité de l'article 6.

Si, dans ses arrêts *Conso* et *Haddad*, la Cour de cassation traite de manière superficielle la question de l'applicabilité matérielle de l'article 6, l'arrêt *Oury* du 5 février 1999 (faisant suite au premier arrêt *Oury* en date du 1^{er} décembre 1998) rendu en assemblée plénière¹⁷⁹ est encore plus surprenant.

Est en cause la procédure de sanction suivie devant la COB, qui a amené celle-ci à infliger à M. Oury deux sanctions de 500.000 francs chacune. L'arrêt de la Cour de cassation est particulièrement bref et peu explicite. Pour justifier l'arrêt de la Cour d'appel de Paris annulant les décisions de la COB pour violation de l'article 6-1 de la CEDH ainsi que du principe fondamental du respect des droits de la défense, la Cour se situe sur le seul plan de la présence du rapporteur au délibéré. A aucun moment n'est explicitée l'application de l'article 6-1 aux sanctions

¹⁷⁵G. Canivet, « La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales », *RJDA*, 5/96, p. 426.

¹⁷⁶Cass. com., 18/06/1996, *Conso c/ Agent judiciaire du Trésor*, *JCP*, 1997, p.66.

¹⁷⁷Cass. com., 1/12/1998, *Oury c/ Agent judiciaire du Trésor*, *JCP*, G, 1999, p. 372 ; *JCP*, G, n°12, II 10057, 1999, p. 589.

¹⁷⁸Voir *JCP*, G, 1999, *op. cit.*, p. 591.

¹⁷⁹Cass. Ass. plén., 5/02/1999, *Oury c/ COB*, *JCP*, éd. G, n°13, 1999, p. 636 ; *LPA*, n°29, février 1999, p. 3, note Ducouloux-Favard.

administratives... comme si la chose allait dorénavant de soi. Beaucoup de commentateurs¹⁸⁰ se sont montrés surpris que la Cour de cassation ne profite pas de cet arrêt de principe pour expliquer clairement sa démarche.

Heureusement, les conclusions de l'Avocat général M. Lafortune¹⁸¹ sur cet arrêt sont beaucoup plus précises et celui-ci se prononce en faveur de l'applicabilité matérielle de l'article 6 de la Convention au titre de la matière pénale aux sanctions pécuniaires infligées par la COB.

La Cour d'appel de Paris est, quant à elle, beaucoup plus attentive à suivre la logique européenne et se prononce dans tous ses arrêts sur la question de l'applicabilité de l'article 6 aux sanctions pécuniaires en reprenant la formule inaugurée dans ses arrêts du 12 janvier 1994¹⁸².

La COB est l'autorité qui a donné lieu à la jurisprudence la plus abondante en ce qui concerne l'application de l'article 6 de la Convention. Cette jurisprudence aura été l'annonciatrice d'un mouvement général d'extension de l'application de l'article 6 à l'ensemble des autorités administratives indépendantes.

b - L'extension de l'applicabilité de l'article 6

S'agissant, par exemple, du Conseil de la concurrence, la Cour d'appel de Paris a admis, dans un arrêt du 26 avril 1994¹⁸³, que « *les prescriptions de l'article 6 de la CEDH s'appliquent aux sanctions de caractère répressif prononcées par [cette autorité] en application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1996* ». Puis dans un arrêt du 15 juin 1999¹⁸⁴, la formule utilisée est plus précise : « *Considérant que sont assimilées à une accusation en matière pénale les poursuites engagées en vue de sanctions pécuniaires ayant le caractère d'une punition prononcée par une autorité administrative, telles celles que peut infliger le Conseil ; que dès lors, dans l'exercice de son pouvoir de sanction, cette autorité est tenue au respect des garanties ci-dessus énoncées [l'article 6-1 et 2 de la CEDH]* ».

La Cour d'appel qualifie donc les sanctions pécuniaires infligées par le Conseil de la concurrence « *d'accusation en matière pénale* » au sens de la Convention. Là encore, comme pour la

¹⁸⁰J.F. Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la CEDH », *AJDA*, 1999, p. 848 ; *LPA*, n°29, février 1999, p. 6.

¹⁸¹*BICC*, 15/05/1999, p. 5.

¹⁸²*Op. cit.* ; voir par exemple l'arrêt CA Paris, ch. éco. et fin., 14/05/1997, Société Compagnie générale d'immobilier Georges V et a. c/ Agent judiciaire du Trésor, *JCP*, E, n° 28-29, II, 1997, p. 160 et, plus récemment, l'arrêt CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 7/03/2000, Société KPMG - Fiduciaire de France c/ COB, *LPA*, n°101, mai 2000, p. 4.

¹⁸³CA Paris, 26/04/1994, C.D.R.M. c/ Société France Loisirs S.A.R.L., *BOCC*, 18/05/1994, p. 182.

¹⁸⁴CA Paris, 1^{re} ch. H., 15/06/1999, SA Canal Plus c/ SNC Télévision par Satellite (TPS) et a., *JCP*, éd. G, n°7-8, II 10254, 2000, p. 306.

COB, le but répressif de la sanction semble suffisant pour déclencher le jeu de l'article 6§1, mais aucune référence n'est faite à la jurisprudence européenne, ni aux critères dégagés par celle-ci.

En revanche, il est étonnant de remarquer que la Cour de cassation, comme dans le cas de la COB, ne traite pas de la question de l'applicabilité de l'article 6, au titre de la matière pénale, aux sanctions pécuniaires infligées par le Conseil. Ainsi, dans un arrêt du 5 octobre 1999¹⁸⁵ dans lequel étaient en cause des sanctions pécuniaires infligées par le Conseil à trente et une entreprises (sanctions comprises entre 5.200 et 148.700.000 francs) et alors que les requérants contestaient la procédure suivie devant le Conseil en invoquant l'article 6§1 de la Convention, la Cour de cassation élude complètement le problème de l'applicabilité de l'article 6. La Cour applique l'article 6§1 sans se soucier de qualifier les sanctions au sens du droit européen.

Cependant, même si la jurisprudence interne n'est pas très explicite, il apparaît incontestablement que les sanctions pécuniaires infligées par le Conseil de la concurrence appartiennent à la matière pénale, comme le démontre O. Flécheux¹⁸⁶ dans son commentaire de l'arrêt du 5 octobre 1999.

Reprenant les critères énoncés par la Cour EDH, il s'intéresse aux indications du droit national et remarque que « *le Conseil constitutionnel semble en substance estimer que les sanctions infligées par des organismes qualifiés d'organismes administratifs indépendants, et parmi celles-ci les sanctions infligées par le Conseil de la concurrence, se rattachent à la sphère du droit pénal. Le Conseil constitutionnel a considéré que les principes de légalité, de proportionnalité et de non-rétroactivité des peines énoncés à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ne concernent pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étendent nécessairement à toutes sanctions ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* ». Et il cite, à titre d'exemple, l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 26 avril 1994¹⁸⁷. En ce qui concerne l'objet et le but poursuivis par les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui régissent le Conseil de la concurrence, il souligne que « *les dispositions de l'ordonnance de 1986 ont pour objet et pour but de maintenir la libre concurrence sur le marché français. Elles affectent donc des intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal. Les sanctions infligées par le Conseil de la concurrence sont des mesures visant notamment les entreprises ayant commis des faits constituant, aux termes de l'article 17-1 de l'ordonnance de 1986, des infractions* ». Enfin, s'appuyant sur l'arrêt

¹⁸⁵Cass. com., 5/10/1999, Société Campenon Bernard S.G.E. et autres c/ Ministère de l'Economie, des Finances et du Budget, *LPA*, n°206, octobre 1999, p. 4 ; *JCP*, G, II 10255, 2000, p. 309 ; *JCP*, E, n°50, 1999, p. 2016.

¹⁸⁶O. Flécheux, Libre concurrence et garantie d'un procès équitable, *Gaz. Pal.*, n°336, 2/12/1999, p. 1938.

¹⁸⁷*Op. cit.*

de la Cour EDH, *Ozturk*¹⁸⁸, il examine la nature et la sévérité des sanctions encourues, soit une amende d'un montant maximum égal à 5% du chiffre d'affaires annuel pour une entreprise.

Selon l'auteur, « *il ressort, par conséquent, sans ambiguïté du faisceau des indications concordantes relevées ci-dessus que des procédures engagées devant le Conseil revêtent le caractère d'une accusation en matière pénale au sens de la Convention. L'article 6 de la Convention est par conséquent applicable au contentieux porté devant le Conseil de la concurrence* ».

La Cour européenne, quand elle a à juger de l'application de l'article 6, opte pour une démarche en deux temps que l'on retrouve dans tous ses arrêts. Elle commence toujours par se prononcer sur l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention : le litige porte-t-il sur « *des droits ou obligations de caractère civil* » ou sur « *une accusation en matière pénale* » ? Si la réponse à cette question est affirmative alors seulement elle statuera sur la bonne application de cet article.

On ne peut pas attribuer de telles vertus pédagogiques aux arrêts de la Cour de cassation, qui éludent le plus souvent la première phase du raisonnement. L'applicabilité de l'article 6 semble, dans les arrêts de la Cour, relever de l'évidence, comme s'il s'agissait d'une chose entendue à laquelle il est désormais inutile de consacrer des développements. Si une telle attitude témoigne du maniement de plus en plus courant de l'article 6 et d'un ancrage solide de ses principes dans notre droit interne, on peut toutefois reprocher un manque de rigueur dans le raisonnement de la Cour de cassation. Rappelons-le, la question de l'applicabilité matérielle de l'article 6-1 de la Convention est la condition *sine qua non* de l'application des principes du procès équitable.

On ne peut, cependant, reprocher à la Cour de cassation de négliger les exigences européennes relatives au procès équitable ; elle va même au-delà de ces exigences en terme d'application de l'article 6 aux autorités administratives. Sa position est d'ailleurs jugée jusqu'au-boutiste par une partie de la doctrine française (cf. *infra*, Partie II, Chapitre I).

En effet, la jurisprudence européenne n'impose pas que les autorités administratives soient soumises en tout ou en partie aux prescriptions de l'article 6, dès lors que les décisions qu'elles prennent dans l'exercice de leur pouvoir de sanction peuvent être déférées à un juge qui, d'une part, répond lui-même à l'ensemble des prescriptions de l'article 6 et, d'autre part, exerce un entier contrôle en droit et en fait des décisions incriminées¹⁸⁹. Or tel est bien le cas de la COB ou du Conseil de la concurrence dont les décisions sont déférées à la Cour d'appel de Paris, recours que l'on peut qualifier de « recours de pleine juridiction » au sens de la Convention.

Mais le juge national est en droit d'aller au-delà des exigences européennes, qui ne représentent qu'un seuil minimum, et la Cour de cassation a donc décidé d'appliquer l'article 6 à la

¹⁸⁸Cour EDH, 21/02/1984, *Ozturk c/ Allemagne*, A/73 : « *selon le sens ordinaire des termes, relèvent en général du droit pénal, les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif et qui consistent d'habitude en des peines privatives de liberté et en des amendes* ».

¹⁸⁹Cour EDH, 28/01/1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, A/58.

procédure suivie devant ces autorités. La position des juridictions administratives est beaucoup plus nuancée.

2. - Réception de l'article 6 CEDH dans la jurisprudence administrative.

Le Conseil d'Etat se montre beaucoup plus réticent que le juge judiciaire en ce qui concerne l'application des garanties de l'article 6 aux autorités administratives. Selon le Commissaire du Gouvernement J.-C. Bonichot, « *les juridictions administratives appliquent l'article 6 de la CEDH dans sa lettre et dans son esprit* »¹⁹⁰. Cette opinion nous semble tout à fait contestable car, contrairement au principe posé par la jurisprudence européenne, le Conseil d'Etat a pendant longtemps décidé de l'applicabilité de l'article 6 en fonction de la qualification interne de l'organe concerné ; la priorité était donc donnée au critère organique. Aujourd'hui, toutefois, la jurisprudence de la Haute juridiction administrative semble en passe d'évoluer vers une solution plus conforme aux exigences européennes.

a - La jurisprudence administrative classique : la prédominance du critère organique

Cette approche organiciste a clairement été exposée par le Conseil d'Etat dans son avis du 31 mars 1995, *Auto-Industrie Méric*¹⁹¹, concernant les sanctions fiscales et notamment les pénalités pour mauvaise foi et manœuvres frauduleuses prévues par le Code général des impôts : « *Il résulte du texte même de cet article [l'article 6 de la CEDH] que l'ensemble de ses stipulations n'est applicable qu'aux procédures contentieuses suivies devant les juridictions lorsqu'elles statuent sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusations en matière pénale. [...] Il suit de là que l'article 6 précité n'énonce, y compris dans son paragraphe 2, aucune règle ou principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions, et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé des sanctions, quelle que soit la nature de celles-ci, par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi* ».

Ce n'est que dans le second temps de son raisonnement que le Conseil d'Etat considère la nature de la décision en cause : « *Les principes que fixe ledit article 6 sont en revanche applicables à la contestation, devant les juridictions compétentes, des majorations d'impositions prévues à l'article 1729-1 du code général des impôts en cas de manœuvres frauduleuses qui, dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation pécuniaire d'un préjudice, constituent, même si le législateur a*

¹⁹⁰J.C. Bonichot, *LPA*, n°11, janvier 1999, p. 10.

¹⁹¹CE, Avis, section, 31/03/1995, Ministre du budget c/ SARL Auto-Industrie Méric et autre, *Rec.*, p. 154 ; *AJDA*, 1995, p. 739, note M. Dreifuss ; *RJF*, 5/95, p. 326, conclusions de J. Arrighi De Casanova.

laissé le soin de les établir et de les prononcer à l'autorité administrative, des accusations en matière pénale au sens des stipulations de l'article 6 précité ».

Le message est donc simple : les décisions juridictionnelles sont soumises à l'article 6 si leur nature les fait entrer dans le champ d'application de cet article. En l'espèce, le caractère punitif de ces décisions suffit à les considérer comme des « accusations en matière pénale ». En revanche, les décisions administratives ne sont pas soumises à l'article 6.

Pour le Conseil d'Etat, l'applicabilité de l'article 6 dépend donc de deux conditions l'une matérielle (l'existence d'un litige portant sur un « droit de caractère civil » ou sur une « accusation en matière pénale »), l'autre organique (la saisine d'un organe juridictionnel). Toutefois, la condition organique est le critère prédominant puisque, à supposer le critère matériel rempli, l'article 6§1 ne s'appliquera qu'aux procédures juridictionnelles et non aux procédures administratives. Cette approche ne tient pas compte de la jurisprudence européenne qui, d'une part, conçoit la notion de « tribunal » comme une notion autonome dégagée des qualifications nationales et, d'autre part, n'en fait pas un critère d'applicabilité de l'article 6 (cf. *supra*, Chapitre I, Section II). Elle ne date pas au demeurant de l'avis *Auto-Industrie Méric*.

Dans un arrêt de 1991¹⁹², concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil d'Etat avait déjà rejeté l'applicabilité de l'article 6, au motif que le critère de l'organisme juridictionnel n'était pas établi. Et cette solution a encore été confirmée en 1996 : en réduisant d'un an la durée d'autorisation d'émettre accordée à une radio locale, le CSA « *ne prend pas une décision de caractère juridictionnel mais prononce une sanction administrative* », si bien que les exigences du procès équitable ne sauraient trouver à jouer¹⁹³.

La jurisprudence *Méric* a par la suite amené le Conseil d'Etat à juger, dans un arrêt *SA Jacqueline du Roure*¹⁹⁴, que la COB, quand elle statue en matière de sanctions disciplinaires (il s'agissait d'un retrait d'agrément de société de gestion de portefeuille), « *n'est pas une juridiction* » et ne peut se voir appliquer l'article 6 de la Convention.

Il a également considéré dans un arrêt *Vuillieme*¹⁹⁵, que la Commission bancaire, lorsqu'elle statue comme simple autorité administrative, n'est pas soumise à l'article 6 de la Convention : « *Considérant que, lorsqu'elle fait usage des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 44 de la loi précitée, la Commission bancaire ne prend pas une décision de caractère juridictionnel mais statue comme autorité administrative ; que, dès lors, le requérant ne saurait utilement invoquer une éventuelle méconnaissance de l'article 6§1 de la CEDH, dont les dispositions ne sont, en tout état de*

¹⁹²CE, 14/06/1991, Association Radio-Solidarité, *Rec.* p. 232.

¹⁹³CE, 9/10/1996, Association Ici et Maintenant, *Leb.*, p. 401.

¹⁹⁴CE, 12/03/1999, SA Jacqueline du Roure, *Rec.* p. 60.

¹⁹⁵CE, 21/02/1997, Vuillieme, *Rec.* p. 693 ; *RJDA*, 5/97, p. 453.

cause, applicables qu'aux procédures contentieuses suivies devant des juridictions lorsqu'elles statuent sur des droits et obligations de caractère civil ou sur des accusations en matière pénale »¹⁹⁶.

Dans la même logique, l'application du critère organique conduit, inversement, le Conseil d'Etat à juger l'article 6 applicable, au titre de la matière pénale, aux sanctions prises par la Commission bancaire quand elle statue en tant que juridiction administrative, parce que celle-ci, selon les termes de la loi, rend des décisions juridictionnelles. Ainsi dans l'arrêt *Société Rivoli Exchange*¹⁹⁷, la Haute juridiction administrative énonce : « *qu'il résulte des termes de la loi du 12 juillet 1990 que les sanctions prononcées par la Commission bancaire sur le fondement de l'article 25 de la loi du 12 juillet 1990 ont le caractère de décisions juridictionnelles ; que la Commission bancaire, lorsqu'elle prononce à ce titre des sanctions, doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées du § 1 de l'article 6 de la Convention européenne [...]* ».

Outre l'applicabilité de l'article 6, matière pénale, à ces sanctions, il faut ici noter deux choses.

Tout d'abord, par la formulation utilisée dans son arrêt, le Conseil d'Etat fait entrer dans la matière pénale toute la compétence disciplinaire. Il faut rappeler, que concernant les « changeurs manuels », selon l'article 25 de la loi de 1990, la Commission peut infliger un avertissement, un blâme, une interdiction d'exercer la profession et, en sus ou à la place, une sanction pécuniaire au plus égale à 250.000 francs. Il est clair qu'au regard de la jurisprudence européenne, seule la sanction pécuniaire est susceptible de rentrer dans le champ de l'article 6 au titre de la matière pénale. Pourtant, le Conseil d'Etat englobe toutes ces sanctions sous le couvert de la matière pénale : « *... la Commission bancaire, lorsqu'elle prononce à ce titre (au titre de l'article 25 de la loi du 12 juillet 1990) des sanctions, doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale...* ». En l'espèce, la sanction infligée par la Commission consistait en un blâme et une sanction pécuniaire de 250.000 francs.

De plus, pour qualifier ces sanctions, le Conseil d'Etat ne se réfère absolument pas à la jurisprudence européenne, ni aux critères dégagés par celle-ci. Ici, la sanction pécuniaire infligée représente le maximum encouru ; on peut donc supposer que la sévérité de cette sanction a été le critère décisif pour faire jouer l'article 6, matière pénale.

Dans un arrêt *Société Habib Bank Limited*¹⁹⁸, le Conseil d'Etat semble étendre, par analogie, l'applicabilité de l'article 6 aux sanctions disciplinaires prises à l'encontre des établissements de crédit sur le fondement de l'article 45 de la loi de 1984 (la Commission bancaire statue toujours comme juridiction administrative). On notera cependant qu'en l'occurrence la société s'était vu infliger à la

¹⁹⁶Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt CE, 14/06/1999, SNC Delubac, inédit.

¹⁹⁷CE, 19/11/1999, Société Rivoli Exchange, *Rec.* p. 366.

¹⁹⁸CE, 20/10/2000, Société Habib Bank Limited, *JCP*, G, n°3, 2001, p. 142, conclusions F. Lamy.

fois un blâme et une amende de 300.000 francs. Il est alors concevable que la sanction disciplinaire, en soi mineure, ait été en quelque sorte « pénalisée » (cf. *infra*, Chapitre III, Section I). En outre, l'arrêt n'a pas le mérite de la clarté : le Conseil d'Etat ne traite pas de la question de l'applicabilité matérielle de l'article 6-1 et les conclusions du Commissaire du gouvernement ne sont guère plus précises. Il tranche la question par une formule lapidaire : « *N'y revenons pas, l'article 6-1 est opérant à l'encontre des sanctions décidées par la Commission bancaire lorsqu'elle statue en application de l'article 45 de la loi bancaire, la Commission devant alors être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens de ces stipulations [il cite ici l'arrêt Rivoli Exchange qui n'est pourtant pas beaucoup plus clair]. Il n'est pas non plus douteux que la Commission statue aussi sur des obligations de caractère civil puisque les sanctions peuvent aboutir à l'interdiction d'exercer une activité* ».

Voilà donc le problème réglé sans autre explication ni aucune référence aux critères européens. On apprend juste que, parmi la longue liste des sanctions disciplinaires pouvant être infligées aux établissements de crédit, certaines appartiennent à la matière civile et d'autres à la matière pénale, contrairement à l'arrêt *Rivoli Exchange* qui englobait toutes les sanctions concernant les « changeurs manuels » dans la matière pénale.

C'est la jurisprudence récente relative au Conseil des marchés financiers qui semble être en passe de faire évoluer la position du Conseil d'Etat et remettre en cause la doctrine *Méric*.

b - L'évolution de la jurisprudence administrative : la priorité du critère matériel

Conformément à la position qu'il avait exprimée dans son avis *Auto-Industrie Méric*, le Conseil d'Etat a longtemps jugé que l'article 6 était inapplicable aux décisions à caractère administratif ; tel fut le cas à propos de deux autorités administratives que le Conseil des marchés financiers a dorénavant remplacé. Ainsi il a jugé que l'article 6 était inapplicable aux « *organismes qui, comme le Conseil des bourses de valeurs, sont appelés à prononcer une sanction de caractère disciplinaire* »¹⁹⁹ ou au Conseil du marché à terme (CMT) qui « *n'est pas une juridiction* »²⁰⁰.

Puis, sans crier gare et de manière presque subreptice, dans un arrêt concernant le Conseil du marché à terme²⁰¹, le Conseil d'Etat a amorcé un revirement et accepté enfin, semble-t-il, l'idée d'appliquer les principes de la CEDH aux procédures disciplinaires diligentées par les autorités administratives ou professionnelles indépendantes. En l'espèce, un prestataire de services d'investissement, qui avait subi un blâme et une sanction pécuniaire, a tenté de faire annuler la

¹⁹⁹CE, Ass., 1/03/1991, Le Cun, *RFDA*, 1991, p. 612, conclusions M. de Saint Pulgent.

²⁰⁰CE, 4/05/1998, Société de bourse Patrice Wargny, *Rec.* p. 192.

²⁰¹CE, 9/04/1999, GIE Oddo-Futures c/ CMT, inédit, cité dans le *JCP*, éd. E, 1999, p. 1435.

décision du CMT pour des raisons de procédure et de fond. Il obtient très partiellement gain de cause sur ce second aspect mais, pour le reste, ses arguments sont écartés. Le requérant demandait en particulier l'annulation de la décision du CMT parce que la séance au cours de laquelle il avait pu se faire entendre n'avait pas été publique. L'arrêt rejette ce moyen, mais en expliquant « *que l'examen, en séance publique, par le Conseil d'Etat d'un recours présenté, comme en l'espèce, en application de ces dispositions [relatives à la procédure devant le Conseil d'Etat], assure le respect de la publicité de l'audience exigée par l'article 6§1 de la CEDH* ». Pour simplifier, le Conseil d'Etat ne juge pas utile d'appliquer l'article 6 à la procédure suivie devant le CMT, puisque les décisions prises par cette autorité administrative font l'objet d'un recours devant un organe juridictionnel de pleine juridiction qui remplit, lui, les exigences de l'article 6²⁰². Cependant, pour la première fois, le Conseil d'Etat accepte de confronter la procédure suivie devant une autorité administrative à l'article 6 de la Convention, alors qu'il écartait jusque-là ce moyen comme inopérant, conformément à la jurisprudence *Méric*.

Mais c'est dans l'arrêt *Didier* du 3 décembre 1999²⁰³, concernant le Conseil des marchés financiers (CMF), qu'apparaît clairement la remise en cause de la doctrine *Méric*. Dans son commentaire, le Professeur F. Sudre parle même de « *revirement de jurisprudence spectaculaire* ».

En l'espèce, M. Didier, responsable des activités d'arbitrage de la société Dynabourse, s'était vu infliger par le CMF, statuant disciplinairement, la sanction du retrait de la carte professionnelle pour une durée de six mois assortie d'une sanction pécuniaire de 5 millions de francs. Le requérant soutenait devant le Conseil d'Etat que la participation du rapporteur de l'affaire au délibéré du CMF avait méconnu les stipulations de l'article 6§1 de la CEDH.

Loin de rejeter le moyen comme inopérant, le Conseil d'Etat, statuant sous le visa de l'article 6 CEDH, décide que « *quand il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions prévues par l'article 69 de la loi susvisée du 2 juillet 1996, le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la CEDH ; que, compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6§1 précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable ; que, cependant – et alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne – le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité rappelé à l'article 6§1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme être utilement*

²⁰²Position conforme à celle de la Cour de Strasbourg, voir Cour EDH, 23/06/1981 et 10/02/1983, arrêts *Le Compte c/ Belgique*, A/43 et A/58.

²⁰³CE, Ass., 3/12/1999, *Didier*, *Rec.*, p.399, *AJDA*, 2000, p. 172 ; note F. Sudre, *JCP*, éd. G, II 10267, 2000, p. 425.

invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'Etat à l'encontre de sa décision ». Le Conseil d'Etat décide donc que les sanctions prises par le CMF, statuant en matière disciplinaire, rentrent dans le champ d'application matériel de l'article 6§1 au titre de la matière pénale. Toutefois, et en accord avec la jurisprudence européenne, la procédure suivie devant le CMF n'est pas soumise en tous points aux prescriptions de l'article 6, dès lors que les décisions de cette autorité administrative peuvent faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'Etat.

Cette importante décision appelle plusieurs commentaires.

- En ce qui concerne l'applicabilité de l'article 6 au vu d'une « accusation en matière pénale », on peut tout d'abord remarquer que, comme dans l'arrêt *Rivoli Exchange*, le Conseil d'Etat englobe l'ensemble des sanctions infligées dans la matière pénale, alors qu'en l'espèce la sanction du retrait de la carte professionnelle ressort, de toute évidence, de la matière civile.

Ce qui aurait pu être attribué à une formulation un peu rapide dans l'arrêt *Société Rivoli Exchange* est réitéré ici. Faut-il alors en déduire que le Conseil d'Etat aurait une acception plus large que la Cour européenne de la notion de matière pénale ? Cela ne nous paraît pas être le cas ; d'ailleurs, dans un arrêt *Société Athis* du 22 juin 2001²⁰⁴, à propos d'un retrait d'agrément – sanction qui peut être assimilée à un retrait de carte professionnelle – le Conseil énonce que « *la mesure contestée porte atteinte [aux] droits et obligations de caractère civil* » du requérant. Peut-être le Conseil souhaite-t-il, dès lors qu'une sanction pénale au sens européen est en cause (ce qui était le cas en l'occurrence, puisque la sanction pécuniaire infligée à M. Didier relevait sans aucun doute de la matière pénale), appliquer à l'ensemble de la procédure de sanction – y compris aux sanctions de nature civile – les garanties protectrices qui entourent une « personne accusée » (nous pensons ici aux dispositions des articles 6§2 et 3 de la Convention).

On notera ensuite que l'arrêt ne rappelle pas les critères européens de la matière pénale. Mais les conclusions du Commissaire du gouvernement Seban sont explicites²⁰⁵. Après avoir énoncé les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour EDH, il conclut : « *La Cour de Strasbourg n'hésiterait sans doute pas longtemps avant d'estimer que les sanctions financières infligées par le CMF ressortissent à la matière pénale au sens de la Convention. Il s'agit d'amendes, technique caractéristique de la matière pénale et, au surplus, d'amendes qui peuvent, comme en l'espèce, atteindre des montants substantiels. En outre, et au regard du second critère, l'amende présente bien un caractère répressif – sanctionner une irrégularité – et préventif – dissuader l'intéressé de recommencer – par opposition à une indemnité qui réparerait un préjudice. Enfin, l'amende peut être fortement modulée, voire écartée, en fonction d'une appréciation du comportement de l'intéressé. La Cour a d'ailleurs reconnu le caractère pénal au sens de la Convention à des sanctions prononcées*

²⁰⁴CE, 22/06/2001, Société Athis, *AJDA*, 2001, p. 638.

²⁰⁵RFDA, 2000, p. 585.

dans le cadre de la procédure de contrôle administratif des prix, consistant en une amende et la fermeture temporaire d'un magasin (Cour EDH, 27/02/1980, Deweer c/ Belgique, A/35), ce qui n'est pas très différent des sanctions infligées en l'espèce, à savoir une amende et le retrait temporaire de la carte professionnelle ».

Avec l'arrêt *Didier*, les sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes, ou assimilées, entrent à leur tour dans le champ d'application de l'article 6. Le Conseil d'Etat cède donc progressivement au mouvement de « pénalisation » des sanctions administratives initié par la Cour européenne²⁰⁶. De plus, l'opposition entre les jurisprudences administrative et judiciaire apparaît plus nuancée : elles s'accordent pour admettre que les sanctions administratives pécuniaires relèvent de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention. Elles divergent cependant sur les conséquences à en tirer quant à la procédure à suivre devant l'autorité investie du pouvoir de sanction, et plus précisément sur « *le moment du procès équitable et impartial* »²⁰⁷.

- En ce qui concerne la référence au critère organique, l'arrêt *Didier* bat en brèche la jurisprudence *Méric*. En effet, la qualification explicite du CMF comme organisme non juridictionnel n'empêche pas le Conseil d'Etat de juger que cette autorité décide du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations de la Convention. Un doute subsiste toutefois quant à l'application en l'espèce de l'article 6, dès lors que la Haute juridiction administrative retient le moyen tiré de la violation du « *principe d'impartialité rappelé à l'article 6§1* » (nous soulignons). La formule²⁰⁸, passablement ambiguë, pourrait suggérer que l'Assemblée du contentieux s'est fondée non sur la disposition conventionnelle mais sur un principe général du droit, fort opportunément découvert²⁰⁹. L'arrêt *Didier* divise sur ce point la doctrine. Certains commentateurs estiment que la solution repose sur le seul droit interne²¹⁰. D'autres y voient, au contraire, une extension des exigences européennes, bien que le juge administratif ait explicitement constaté que l'existence d'un recours de pleine juridiction dispensait l'autorité d'observer toutes les garanties du procès équitable (cf. *infra*, Titre II, Chapitre I). Selon le Professeur Sermet²¹¹, « *l'arrêt Didier revient ainsi sur la séparation classique entre activité administrative et activité juridictionnelle car, en abandonnant le critère organique, le Conseil d'Etat ne se contente pas de renouveler les conditions d'applicabilité de l'article 6 ; il entame un processus de juridictionnalisation partielle de l'activité administrative, qui consiste à vérifier que l'article 6 est respecté durant la phase administrative. Même si l'on ne prête*

²⁰⁶Cour EDH, 21/02/1984, Ozturk, A/73.

²⁰⁷J.-F. Brisson, *op. cit.*, p. 850.

²⁰⁸Reproduite dans CE, 22/11/2000, Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux, req. n°207697 (à propos du CMF).

²⁰⁹Dans ses conclusions (*op. cit.*), le Commissaire du Gouvernement Seban avait proposé d'écarter comme inopérant le moyen tiré de l'article 6, mais avait considéré que « *le principe d'impartialité de l'action administrative [...] est un principe général du droit interne* ».

²¹⁰F. Sudre, A propos d'un bric-à-brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction, *JCP*, 2000, 10267.

²¹¹*Op. cit.*, p. 1062.

aucune autorité jurisprudentielle à l'arrêt Didier, il s'agit là de l'apport le plus étonnant de la décision, qui n'était impliqué ni par la jurisprudence européenne ni par les conclusions des commissaires du gouvernement Seban et Combrexelle ».

Dans cette perspective, l'évolution du Conseil d'Etat marque la fin d'une divergence de jurisprudence avec la Cour de cassation, quant à l'applicabilité de l'article 6§1 aux autorités administratives indépendantes, au prix d'une interprétation constructive de la Convention européenne.

On ne saurait pour autant en déduire que l'invocabilité de l'article 6§1 ne repose plus sur la preuve du critère organique et que la démonstration du critère matériel suffise dans tous les cas. Car, dans l'arrêt *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*²¹², rendu le même jour que l'arrêt *Didier*, le caractère non-juridictionnel de la CNIL a suffi pour écarter l'applicabilité de l'article 6. Comme le souligne le Professeur Sermet, « *la cohérence entre ces deux décisions eût été plus compréhensible si le Conseil avait exclu le moyen tiré de l'article 6, au motif que le contentieux en cause n'emportait aucune accusation en matière pénale, comme le suggérait le commissaire du gouvernement Combrexelle, non suivi sur ce point* ».

On doit donc considérer avec MM. P. Collin et M. Guyomar²¹³ que « *cette avancée jurisprudentielle [constituée par l'arrêt Didier] est précisément circonscrite : pour que le moyen tiré de l'article 6§1 soit opérant, il faut, d'une part, que l'organisme administratif à l'encontre duquel il est soulevé présente des caractéristiques l'assimilant à une quasi-juridiction et, d'autre part, que le vice allégué soit de nature à compromettre de manière irrémédiable la procédure. Cette solution repose principalement sur des considérations d'ordre pragmatique : technicité de la matière, caractère déterminant de la phase initiale de la procédure, effets immédiats et parfois irrémédiables de la décision, lourdeur des sanctions prononcées, nature du vice allégué. Il va de soi que les hypothèses dans lesquelles l'article 6§1 n'est pas applicable à la phase administrative, quand bien même les sanctions prononcées doivent être regardées comme entrant dans son champ d'application, resteront les plus nombreuses* ».

La jurisprudence du Conseil d'Etat semble désormais combiner quatre critères, comme l'explique M. Guyomar²¹⁴, maître des requêtes au Conseil d'Etat : « *deux principaux et deux subsidiaires* ». Les critères principaux restent le critère matériel et le critère organique ; quant aux critères subsidiaires, il s'agirait de la « *la nature, la composition et des attributions* »²¹⁵ de l'organe en cause, d'une part, et de la nature du vice allégué, d'autre part.

²¹²CE, Ass., 3/12/1999, Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf, *RFDA*, 2000, p. 584, conclusions de J.D. Combrexelle.

²¹³*AJDA*, 2000, p. 132.

²¹⁴P. Guyomar, Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par le Conseil d'Etat, *AJDA*, 2001, p. 522.

²¹⁵Voir arrêt *Didier*, *op. cit.*

Selon M. Guyomar, le premier de ces critères subsidiaires « recouvre un certain nombre de caractéristiques : la composition collégiale de l'autorité administrative, la procédure applicable devant elle, le large pouvoir dont elle dispose dans l'appréciation des infractions et enfin la nature et la gravité des sanctions qu'elle peut prononcer, qui permettent au juge de qualifier un organisme administratif de tribunal au sens de l'article 6§1 [...] ». Plus loin, il poursuit, « sans préjuger de l'évolution de la jurisprudence, on peut [en effet] raisonnablement penser que l'applicabilité exceptionnelle de l'article 6§1 à une procédure administrative se justifie par la particularité de la matière pénale au sens de ces stipulations. Il nous semble en effet que le critère tiré des attributions de l'organisme en cause doit être compris comme recouvrant l'existence d'un pouvoir de sanction relevant de la branche pénale de l'article 6§1. [...] Quelles que soient sa nature et sa composition, une autorité administrative dont les décisions relèvent exclusivement de la branche civile de l'article 6§1 paraît très difficilement pouvoir être regardée comme un tribunal au sens de cet article ». Ceci expliquerait la position du Conseil dans l'arrêt *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, rendu à propos de la CNIL, dans lequel la mesure attaquée, un avertissement, ne pouvait être regardée comme relevant de la matière pénale au sens de la Convention.

Cette analyse a d'ailleurs été confirmée par un récent arrêt du 22 juin 2001, *Société Athis*²¹⁶. Dans cette affaire était en cause une mesure de retrait d'agrément de société de gestion de portefeuille prononcée à l'encontre de la Société Athis par la COB, statuant en matière disciplinaire. La société requérante soutenait que l'auto-saisine de la COB révélait sa partialité à son encontre, en violation du droit au procès équitable. La mesure de retrait d'agrément touchant manifestement à des « droits et obligations de caractère civil », « la question se posait donc de savoir pour décider du caractère opérant du moyen s'il y avait lieu ou non de faire application de la jurisprudence issue de la décision *Didier* selon laquelle une autorité administrative peut être qualifiée de tribunal au sens de l'article 6§1, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions dans l'hypothèse où lesdites attributions relèvent de la branche civile et non de la branche pénale des stipulations de la Convention européenne »²¹⁷. La réponse est négative, le Conseil écartant l'article 6 par une motivation identique à celle retenue dans l'arrêt *SARL Auto-Industrie Méric* : « Considérant [...] que la Société Athis soutient également que l'article 6§1 de la CEDH serait applicable au litige dès lors que la mesure contestée porte atteinte à ses droits et obligations de caractère civil ; que, toutefois, ces stipulations [...] n'énoncent aucune règle ou aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de décisions par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi ».

²¹⁶CE, 22/06/2001, *Société Athis*, *AJDA*, 2001, p. 638 et le commentaire de M. Guyomar et P. Collin, p. 634.

²¹⁷P. Collin et M. Guyomar, *AJDA*, 2001, *op. cit.*

Le Conseil d'Etat a donc entendu cantonner la portée de ses récentes innovations jurisprudentielles. Le mouvement de juridictionnalisation dans lequel entre la haute juridiction administrative, loin d'être systématique, ne concernera que certaines autorités administratives, celles qui interviennent dans le domaine pénal. Ce n'est apparemment que dans ce cadre que le critère matériel devient prédominant. Comme le soulignent P. Collin et M. Guyomar²¹⁸, « *la décision Société Athis se situe ainsi dans la ligne d'une jurisprudence réaliste, propre au juge administratif, qui préserve, dans le respect des exigences procédurales essentielles, les autorités administratives indépendantes d'un excès de formalisme qui serait de nature à diminuer l'efficacité de leur activité de régulation* ».

Témoignant de ce mouvement de juridictionnalisation, le Conseil d'Etat a rendu un arrêt²¹⁹ concernant l'Autorité de régulation des télécommunications. La Société Copper Communication a saisi l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) d'une demande de sanction à l'encontre de France Télécom pour manquement à ses obligations de neutralité et de confidentialité. Par une décision du 22 juillet 1998, l'ART a rejeté la demande de la requérante ; cette dernière a donc saisi le Conseil d'Etat d'une demande tendant à l'annulation de la décision de l'ART et conteste la régularité de la procédure suivie par l'ART pour défaut d'impartialité.

Voici la réponse apportée par le Conseil d'Etat : « *Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, la seule présence de Mme Cospérec, collaborateur désigné par le directeur général de l'autorité de régulation des télécommunications pour assister, sans voix délibérative, à la séance du 22 juillet 1998 au cours de laquelle la décision attaquée a été prise, n'a pas constitué un manquement à l'obligation d'impartialité prescrite par les stipulations de l'article 6§1 de la CEDH* ». Sans se préoccuper de l'applicabilité matérielle de l'article 6§1, le Conseil d'Etat confronte la procédure suivie devant l'ART à l'article 6. En ce qui concerne l'applicabilité matérielle de l'article 6§1, on ne sait pas ici exactement quelle était la sanction encourue par France Télécom, mais la loi prévoit deux catégories de sanctions²²⁰ : celles qui ont « *une portée fonctionnelle ou professionnelle, en ce sens qu'elles restreignent les capacités d'action des opérateurs concernés et peuvent même aboutir à leur cessation d'activité* »²²¹ (elles relèvent de la matière civile) et celles qui se présentent comme de véritables sanctions pécuniaires (en l'espèce la sanction représente un montant maximum de 3 % du chiffre d'affaires et 5 % en cas de récidive ; elle appartient sans hésitation possible à la matière pénale).

Peut-être est-ce la simple éventualité de ces dernières qui justifie que l'applicabilité de l'article 6 soit en l'espèce tenue pour acquise. En tout état de cause, il faut noter que le Conseil d'Etat ne recourt pas plus au critère organique qu'au critère matériel ; il ne se prononce pas sur la nature

²¹⁸ *op. cit.*

²¹⁹ CE, 28/07/2000, Société Copper Communication.

²²⁰ Cf. *infra*.

²²¹ J.-L. Autin, « Autorités administratives indépendantes », *Juris-Classeur*, fasc. 75, p. 12.

administrative ou juridictionnelle des décisions rendues par l'ART. Or, il est clair que l'ART n'est pas une juridiction au sens du droit interne. L'arrêt s'inscrit à cet égard dans la ligne de l'arrêt *Didier*, confirmé par l'arrêt *Société crédit Agricole Indosuez Cheuvreux* du 22 novembre 2000.

En ce qui concerne le déroulement de la procédure devant l'ART au regard des exigences de l'article 6, le Conseil constate qu'il n'y a pas eu violation du principe d'impartialité. Toutefois, il aurait pu préciser, conformément à sa jurisprudence antérieure et à celle de la Cour EDH, que l'ART, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours de plein contentieux, n'a pas à se conformer en tout point aux exigences de l'article 6§1. L'arrêt s'écarte sur ce point de la motivation des arrêts *Didier* et *Société crédit Agricole Indosuez Cheuvreux*.

Le droit à un procès équitable, tel qu'il est garanti par la CEDH, en matière administrative, est subordonné à la définition que donne le juge administratif du champ d'application de l'article 6§1. S'il reconnaît depuis longtemps l'autonomie des notions de « *droits et obligations de caractère civil* » et « *d'accusations en matière pénale* », il butait encore sur des considérations organiques. Il semble que l'orientation nouvelle de sa jurisprudence, combinant quatre critères, soit plus conforme aux grandes lignes dégagées par la Cour européenne, dans la mesure où les pouvoirs conférés à une autorité administrative peuvent éventuellement permettre de l'assimiler à une quasi-juridiction.

Certes, le Conseil d'Etat refuse encore d'étendre la solution de l'arrêt *Didier* à la matière civile, comme en témoigne l'arrêt *Société Athis*. Il faut reconnaître, à la décharge du juge administratif, qu'à l'évidence, « *l'article 6 de la CEDH n'a pas été conçu pour les autorités administratives. Son application à l'administration est en quelque sorte contre nature, mais elle est justifiée par les fonctions répressives de l'administration nouvelle* »²²². De plus, on constate un souci constant chez les tenants de l'orthodoxie administrative d'éviter une banalisation du juridictionnel qui ternirait l'image de la justice ; comme le rappelait J.-C. Bonichot²²³ « *juridictionnaliser à l'excès n'est pas de bonne administration* ».

La jurisprudence administrative reste encore en retrait par rapport à la jurisprudence judiciaire, qui elle, va au-delà des exigences européennes, mais elle nous semble peut-être plus proche de l'esprit de la Convention.

§2. - *Le contentieux financier et budgétaire*

Laure Milano

Ce contentieux relève de juridictions administratives spécialisées qui ont un lien de parenté étroit : la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes d'une part, et la Cour de discipline

²²²J.-F. Brisson, *op. cit.*, p. 859.

²²³*Op. cit.*

budgétaire et financière (CDBF) d'autre part, cette dernière étant en partie une émanation de la Cour des comptes. Il convient d'identifier le pouvoir de sanction qui leur est conféré (A) avant de déterminer la nature de ces sanctions au sens du droit européen (B).

A - Identification des sanctions infligées par ces juridictions.

La CDBF est habilitée à infliger des amendes aux ordonnateurs et administrateurs qui ont violé les règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses (art. L. 313-1 et suivants du CJF). Sont justiciables de la Cour toute personne appartenant au cabinet d'un membre du Gouvernement, tout fonctionnaire ou agent civil ou militaire de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ainsi que des groupements des collectivités territoriales et tout représentant, administrateur ou agent des autres organismes qui sont soumis soit au contrôle de la Cour des comptes, soit au contrôle d'une chambre régionale des comptes, et également tous ceux qui exercent, en fait, les fonctions de ces personnes (art. L. 312-1 du CJF).

Le montant de l'amende varie en fonction de la gravité de la faute commise et peut atteindre le double du traitement ou salaire annuel brut de l'intéressé. La CDBF peut en outre infliger une pénalité supplémentaire en décidant de la publication de l'arrêt de condamnation au Journal Officiel.

La Cour des comptes, quant à elle, juge les comptes des comptables publics sous réserve des compétences attribuées en premier ressort aux chambres régionales et territoriales des comptes (art. L. 111-1 du CJF). Les chambres régionales des comptes jugent, en premier ressort, l'ensemble des comptes des comptables publics des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (art. L. 211-1 du CJF). Les comptables publics sont en effet tenus de produire annuellement leurs comptes au juge afin qu'il effectue un contrôle de régularité consistant à vérifier que la compatibilité enregistre bien toutes les opérations effectuées dans l'exercice et que celles-ci ont été faites conformément aux règles prescrites par le droit budgétaire et la comptabilité publique. Le juge doit effectuer une étude objective de la responsabilité du comptable en se fondant exclusivement sur les éléments matériels du compte (il n'a ni à apprécier subjectivement le comportement du comptable, ni à tenir compte des circonstances dans lesquelles une irrégularité a pu être commise). A l'issue de cet examen, il rend un arrêt (Cour des comptes) ou jugement (chambres régionales) définitif qui est exécutoire de plein droit. Il peut s'agir d'un arrêt (ou jugement) de décharge, si aucune charge n'est retenue à l'encontre du comptable, ou d'un arrêt de débet, dans le cas d'une injonction non satisfaite de versement d'une recette non recouvrée, de versement d'une dépense irrégulièrement payée, de comblement d'un déficit de fonds ou valeurs et, plus généralement, de la régularisation d'une situation mettant en jeu la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable. Le débet est constitué du montant en principal (montant du manquement dans les comptes) et des intérêts. Il n'est pas une sanction personnelle infligée au comptable mais constate uniquement un manquement dans les comptes et oblige le

comptable au reversement. Par ailleurs, l'article L. 195-11 du Code électoral prévoit l'inéligibilité du comptable dans le département où il exerce ou a exercé ses fonctions depuis moins de six mois.

La Cour et les chambres régionales des comptes n'ont pas juridiction sur les ordonnateurs sauf ceux qu'elles ont déclarés comptables de fait. Elles peuvent mettre les comptables de fait en débet et sont également habilitées à les condamner à l'amende en raison de leur immixtion dans les fonctions de comptable public (art. L. 131-11 et L. 231-11 du CJF).

B - L'applicabilité de l'article 6 à raison de ces sanctions.

Pendant longtemps, l'applicabilité de l'article 6 au contentieux financier et budgétaire a été exclue. Tant la doctrine que le Conseil d'Etat, juge de cassation des arrêts de la Cour des comptes et des arrêts de la CDBF, s'y sont montrés hostiles en raison de la spécificité du contentieux traité devant ces juridictions administratives. Depuis lors, si le problème de l'applicabilité de l'article 6 au contentieux devant la CDBF a été résolu, la situation est moins claire pour la procédure suivie devant la Cour des comptes et les chambres régionales.

1 - Une applicabilité reconnue pour la CDBF.

La CDBF n'a pas à sa disposition une gamme de sanctions étendue. Son pouvoir réside uniquement dans la possibilité d'infliger des amendes.

Si l'on confronte ces dernières aux critères européens, on constate que le premier critère – les indications données par le droit national – n'est pas déterminant. La CDBF est une juridiction administrative et la plupart des infractions qu'elle poursuit sont des infractions spécifiques qui n'existent pas dans le Code pénal. Toutefois, de nombreux indices viennent à l'appui de la qualification pénale de ces sanctions.

On peut tout d'abord mentionner le vocabulaire employé tant par la loi de 1948, qui institue la CDBF que par les arrêts de la Cour dans lesquels elle utilise fréquemment les termes d'« *infraction* » ou de « *sanction* »²²⁴. Ensuite, il faut constater le caractère à la fois préventif et répressif de la procédure. Le caractère répressif découle en premier lieu du but dans lequel a été instituée la CDBF : sanctionner efficacement les agents publics qui ont méconnu les règles de la comptabilité publique. Ainsi selon M. C. Descheemaeker, « *l'activité de la Cour l'apparente plutôt au juge pénal* »²²⁵. Les modalités selon lesquelles se déroule la procédure devant la Cour ne sont d'ailleurs pas sans analogie

²²⁴Voir CE, 7/07/1978, Massip, *Rec.*, p. 301 ; CDBF, 14/05/1973, Marchal, *GAJF*, n°53.

²²⁵C. Descheemaeker, *Le Conseil d'Etat et la Cour de discipline budgétaire et financière*, *RFFP*, juin 2000, p. 71.

avec la procédure pénale : elle est dotée d'un ministère public à l'instar des tribunaux judiciaires, les droits de la défense sont garantis et elle peut apprécier les circonstances atténuantes ou aggravantes. Il faut encore noter que la Cour se prononce après avoir constaté qu'une infraction aux règles de la comptabilité publique a bien été commise, conformément au principe de la légalité des délits et des peines. Certaines infractions qu'elle sanctionne peuvent l'être également par le juge pénal et la Cour peut saisir celui-ci en lui transmettant des faits relevés ou des pièces établies dans le cadre de la procédure se déroulant devant elle (art. L. 314-18 du CJF). L'aspect préventif de la procédure provient de la crainte qu'elle peut inspirer aux auteurs potentiels d'irrégularités. Comme l'écrit M. C. Descheemaeker, cette juridiction est « *crainte d'une manière diffuse par les agents publics* »²²⁶.

Enfin, la gravité des poursuites encourues confirme la nature pénale de ces sanctions. Le but de ces sanctions est à la fois préventif (dissuader les agents publics de méconnaître les règles de la comptabilité publique) et répressif (sanctionner ceux qui les ont violées). Ces amendes sont des sanctions et non des réparations ; l'objectif poursuivi par la Cour est avant tout de sanctionner les irrégularités de gestion, non d'obtenir – comme c'est le cas dans le cadre de la responsabilité pécuniaire des comptables publics – le retour des deniers de l'Etat. Le montant des amendes peut être très élevé. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs souligné « *le caractère de particulière gravité que présentent les poursuites exercées devant cette haute juridiction (la CDBF)* »²²⁷.

Le juge administratif a cependant affirmé, à plusieurs reprises, que ces amendes n'avaient le caractère ni d'une sanction pénale, ni d'une sanction disciplinaire ou professionnelle²²⁸. La CDBF a adopté la même position et a confirmé que ces sanctions n'avaient pas un caractère pénal²²⁹. Le Conseil d'Etat a ainsi refusé de faire entrer l'infliction d'amendes par la CDBF dans le champ d'application de l'article 6 de la CEDH, le litige ne portant ni sur des « *droits ou obligations de caractère civil* », ni sur une « *accusation en matière pénale* »²³⁰.

Puis, il a opéré un revirement de jurisprudence dans l'arrêt *Lorenzi* du 30 octobre 1998²³¹. Dans cette affaire, M. Lorenzi, condamné à une amende de 1.000 francs par la CDBF, lui demandait l'annulation de l'arrêt de la CDBF en raison du non-respect du principe de la publicité des audiences prévu à l'article 6 § 1 de la CEDH. Le Conseil d'Etat fait droit à sa demande, alors même que l'article L. 314-15 du Code des juridictions financières affirme que « *les audiences de la Cour ne sont pas publiques* ». Il a en effet considéré que « *quand elle est saisie d'agissements pouvant donner lieu aux amendes prévues par la loi susvisée du 25 septembre 1948, la Cour de discipline budgétaire et*

²²⁶ *Op. cit.*

²²⁷ CE, Ass., 30/06/1961, Procureur général près de la Cour des comptes, *Rec.*, p.451.

²²⁸ CE, 7/07/1978, Massip, *Rec.*, p. 301, « *Considérant que l'amende infligée par la CDBF au sieur Massip (...) n'a pas le caractère d'une sanction pénale ni celui d'une sanction disciplinaire ou professionnelle* » ; voir dans le même sens CE, Ass., Procureur général près de la Cour des comptes, précité ; CE, 9/12/1977, De Grailly, *Rec.*, p 493.

²²⁹ CDBF, 22/01/1992, Cuvelier et Gonzales, *Rec. jur. fi.*, p. 127.

²³⁰ CE, 30/10/1991, Gautier et Dussine, président et directeur de l'Institut technique de la vigne et du vin (inédit).

²³¹ CE, 30/10/1998, Lorenzi, *Rec.* p. 375 ; *LPA*, n° 11, janvier 1999, p. 12.

financière doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la CEDH, et doit dès lors siéger en séance publique sans que puissent y faire obstacle les dispositions susrappelées du Code des juridictions financières ou de l'article 23 de la loi du 25 septembre 1948 » (nous soulignons).

En l'espèce, l'amende infligée à M. Lorenzi était de faible importance mais on sait que le montant de l'amende ne constitue pas un élément déterminant pour le juge. Il lui suffit de constater que des amendes peuvent être infligées sur la base de textes précis. Dès lors, il semble bien que ce soit le but répressif et la nature de ces sanctions qui emportent l'applicabilité de l'article 6, matière pénale. Il est toutefois regrettable que la Haute juridiction ne fasse pas référence de manière précise aux critères dégagés par la jurisprudence européenne.

S'il faut saluer cet arrêt comme une étape supplémentaire dans la mise en œuvre des principes européens régissant le droit au procès équitable, il faut cependant reconnaître que le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat était quasiment inévitable.

Longtemps la doctrine a argué de la spécificité du contentieux porté devant la CDBF pour faire obstacle à l'application de la Convention. Comme le souligne M. J.-M. André, si « *la Cour est une juridiction à part entière (...), elle se rapproche à bien des égards d'une instance disciplinaire. En effet, la sanction des infractions aux règles de la comptabilité publique apparaît comme un contentieux essentiellement interne à l'administration* »²³². Aussi le Conseil d'Etat aurait-il pu choisir d'appliquer sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle les juridictions disciplinaires ne statuent pas en matière pénale et ne tranchent pas de contestations sur des droits et obligations de caractère civil²³³. Toutefois, deux éléments militaient en faveur de l'applicabilité de l'article 6 à la procédure suivie devant la CDBF. D'une part, sa position étant devenue intenable en raison de l'acceptation de plus en plus large des notions de droits et obligations de caractère civil et de matière pénale retenue par la Cour EDH, le Conseil d'Etat a finalement reconnu l'applicabilité de l'article 6 à la procédure suivie devant un organe disciplinaire par un arrêt *Maubleu* du 14 février 1996²³⁴. Dès lors, il était logique que la CDBF, qui est un organe juridictionnel, soit soumise au respect de l'article 6. D'autre part, il existait antérieurement à l'affaire Lorenzi, une décision du 9 mars 1998 de la Commission européenne - *Guisset contre France* – dans laquelle elle affirmait que les amendes prononcées par la CDBF, qui ont un objectif à la fois préventif et répressif, constituaient des accusations en matière pénale. Cette interprétation était confortée par la gravité de la sanction, le montant des amendes encourues dépassant largement ce qui pourrait être considéré comme une sanction purement disciplinaire.

Le Conseil d'Etat dans l'affaire Lorenzi n'a donc fait que suivre la voie tracée par la Commission de Strasbourg et a ainsi évité à la France une nouvelle condamnation par les organes de contrôle

²³² *Op. cit.*, p.13.

²³³ Voir les arrêts du CE du 27/10/1978, *Debout, Rec.*, p. 395 et 11/07/1984, *Subrini, Rec.*, p. 259.

²³⁴ CE, 14/02/1996, M. Maubleu, *AJDA*, 1996, p.358. Cf. l'arrêt de la Cour EDH, 30/11/1995, *Diennet* dans lequel la position traditionnelle du Conseil d'Etat est condamnée et qui a conduit ce dernier à modifier sa position.

européens. Dans un arrêt du 26 septembre 2000, *Guisset c/ France*, la Cour EDH a d'ailleurs confirmé l'applicabilité de l'article 6, matière pénale, à la procédure suivie devant la CDBF.

Si l'arrêt *Lorenzi* est une manifestation supplémentaire de l'influence de la jurisprudence européenne sur le droit financier français, il existe encore des résistances à la reconnaissance de l'applicabilité de l'article 6 aux procédures suivies devant le juge des comptes.

2 - Une applicabilité contestée pour la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes.

Il faut ici distinguer le jugement des comptes des comptables publics du jugement des comptes des comptables de fait. En effet, le problème de l'applicabilité de l'article 6 ne se pose pas dans les mêmes termes selon que l'on juge les comptes d'un comptable public ou d'un comptable de fait.

La Cour européenne ne s'est jamais prononcée au fond sur la procédure devant le juge des comptes et, comme le souligne Mme H. Surrel, « *il y a a priori peu de chances qu'elle le fasse - du moins en ce qui concerne le jugement des comptes - en raison de la soumission hiérarchique des comptables, lesquels bénéficiant généralement d'une remise gracieuse lorsqu'ils sont mis en débet par le juge des comptes (comptables patents) n'auraient guère intérêt à le saisir* »²³⁵.

Le Conseil d'Etat estime, quant à lui, selon une jurisprudence traditionnelle, que l'article 6 § 1 de la Convention est inapplicable à une telle procédure. Ainsi, il affirme dans une décision *Ville d'Annecy contre M. Dussolier* du 19 juin 1991 que « *la Cour des comptes, lorsqu'elle juge les comptes des comptables publics (...) ne statue pas en matière pénale et ne tranche pas des contestations sur des droits et obligations de caractère civil* », et que dès lors l'article 6 § 1 ne lui est pas applicable²³⁶. La Haute juridiction administrative a réitéré cette solution dans un arrêt du 3 avril 1998, *Mme Barthélémy*²³⁷. Quoiqu'il en soit, si elle devait revoir sa position et admettre l'applicabilité de l'article 6 à la procédure de jugement des comptes des comptables publics, ce ne pourrait être qu'au titre de la matière civile. En effet, la mise en débet n'est pas juridiquement une sanction, il s'agit de réparer le préjudice financier causé par le comptable à une collectivité publique. De plus, ce litige emporte des conséquences essentiellement patrimoniales pour l'intéressé.

Il faut maintenant considérer la procédure de jugement des comptes des comptables de fait. A cet égard, une nouvelle distinction s'impose entre l'issue de la procédure, à savoir l'infliction d'une amende, et ses phases antérieures.

²³⁵ H. Surrel, La publicité des audiences et l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux juridictions financières, RFDA, 1999, p. 1022.

²³⁶ CE, 19/06/1991, *Ville d'Annecy c/ M. Dussolier*, Rec. p.242.

²³⁷ CE, S., 3/04/1998, *Mme Barthélémy*, RFDA, 1998, p.1047.

a- L'infliction des amendes pour gestion de fait

A cet égard, le problème de l'applicabilité de l'article 6 est désormais résolu. En effet, le Conseil d'Etat a considéré, dans un arrêt *SARL Deltana et Perrin* du 16 novembre 1998, que « lorsqu'elles sont saisies d'agissements pouvant donner lieu aux amendes pour gestion de fait (...), la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes doivent être regardées comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de l'article 6 de la CEDH (...) »²³⁸. Cette solution, confirmée dans un arrêt du 19 mai 2000, *Le Gall*²³⁹, s'imposait pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le Conseil d'Etat avait jugé quelques jours auparavant, dans l'arrêt *Lorenzi* du 30 octobre 1998, que les amendes prononcées par la CDBF entraient dans le champ d'application de l'article 6 au titre de la matière pénale²⁴⁰. Or, ces amendes ont le même caractère que les amendes pour gestion de fait. Il était donc logique que la même solution s'applique. En outre, au regard des critères européens, il est clair que l'amende pour gestion de fait ressort de la matière pénale. D'ailleurs, différents commissaires du gouvernement se sont prononcés de manière implicite²⁴¹ ou explicite, comme le commissaire du gouvernement F. Lamy²⁴², en faveur de l'applicabilité de l'article 6, matière pénale, à l'infliction d'amendes par la Cour des comptes ou les chambres régionales des comptes. Certes, selon le droit interne, la Cour des comptes est une juridiction administrative et la plupart des infractions qu'elle poursuit sont des infractions spécifiques qui n'existent pas dans le Code pénal, mais un certain nombre d'indices a conduit le juge à qualifier ces amendes de sanctions pénales au sens du droit européen.

La procédure de gestion de fait est une procédure répressive qui présente certaines ressemblances avec la procédure pénale. La Cour des comptes et les chambres régionales sont dotées d'un ministère public, les droits de la défense y sont garantis et elle peuvent apprécier les circonstances atténuantes ou aggravantes. Enfin, il faut noter que le ministère public près la Cour des comptes ou celui près la chambre régionale des comptes peut saisir les autorités compétentes lorsqu'elles découvrent des faits de nature à motiver l'ouverture d'une action pénale. Mais c'est surtout la nature et la gravité des sanctions encourues qui se révèlent être les critères déterminants. L'amende pour gestion de fait a pour but de réprimer l'atteinte au principe fondamental de séparation des ordonnateurs et des comptables constituée par l'immixtion des premiers dans les fonctions des seconds. Elle n'a pas de caractère disciplinaire et n'est pas non plus une sanction pénale. Si quelques

²³⁸ CE, 16/11/1998, *SARL Deltana et Perrin*, Rec. p.415.

²³⁹ CE, 19/05/2000, *Le Gall*, Dalloz, IR, 2000, p.268.

²⁴⁰ Op. cit.

²⁴¹ Voir les conclusions de B. Genevois sur CE, 19/12/1980, *Sieur Roques*, *Revue administrative*, 1981, p.146 ; conclusions de M. Abraham sur CE, 19/06/1991, *Ville d'Annecy c/ Dussolier*, *AJDA*, 1992, p.150 ; conclusions M. Marais sur CE, 6/01/1995, *Nucci, Gouaze, Oltra*, *Revue française de finances publiques*, 1995, p.2201.

²⁴² Conclusions sur CE, 3/04/1998, *Mme Barthélémy*, *RFDA*, 1998, p.1041.

arrêts de la Cour des comptes lui ont reconnu un caractère pénal²⁴³, ils n'ont pas représenté une jurisprudence dominante et ne reflétaient pas la position du Conseil d'Etat²⁴⁴. D'ailleurs, contrairement aux amendes pénales, le montant de l'amende n'est pas enfermé dans une limite chiffrée fixée par la loi mais trouve son plafond dans le montant des recettes de la gestion de fait ou des sommes indûment maniées, ce qui peut aboutir à des sommes très élevées entrant dans ce que la jurisprudence considère dorénavant comme une pénalité. Cependant, l'amende pour gestion de fait se rapproche d'une sanction pénale. Si elle « n'est pas en elle-même une sanction pénale, elle est alternative de l'amende correctionnelle pour usurpation de fonctions publiques portée par le Code pénal »²⁴⁵. De plus, « différents éléments attestent du caractère nettement répressif de l'amende pour laquelle certaines règles de droit pénal sont appliquées. Elle est personnelle. Elle n'est pas obligatoirement infligée au comptable de fait même si la Cour a pu poser le principe qu'elle devait toujours l'être. Le quantum de l'amende est fixé en fonction du comportement de l'intéressé notamment en tenant compte de l'importance de son rôle dans les irrégularités et du profit personnel qu'il a pu en tirer. Le juge des comptes prend en considération les circonstances atténuantes dont l'intéressé peut se prévaloir. On a pu constater que si la juridiction financière ne s'estime pas tenue de respecter le principe de la rétroactivité des lois plus douces qui est le principe en matière pénale dans l'hypothèse d'une modification des dispositions législatives applicables aux amendes, elle a néanmoins toujours appliqué le texte le plus favorable à l'intéressé. L'action est éteinte par le décès du prévenu. L'amende doit être acquittée par l'intéressé sur ses deniers personnels et ne peut l'être par un tiers »²⁴⁶. Enfin, on sait que la Cour européenne prend en compte la possibilité de cumuler la sanction en cause avec une sanction pécuniaire²⁴⁷. Or, les juridictions financières ne peuvent pas infliger d'amendes pour gestion de fait dans les cas où les intéressés font l'objet des poursuites prévues par l'article 433-12 du Code pénal²⁴⁸. En revanche, l'amende peut être infligée à des comptables de fait déjà condamnés par les tribunaux répressifs sur la base d'autres dispositions. Elle peut donc se cumuler avec une peine correctionnelle à raison des mêmes faits autrement qualifiés.

Si le Conseil d'Etat admet l'applicabilité de l'article 6 § 1 à l'infliction d'amendes, il n'en est pas de même en ce qui concerne les autres phases de la procédure de jugement des comptes des comptables de fait.

²⁴³ Cour des comptes, 9/02/1942, Ecole de médecine de Marseille, p.20 ; 24/03/1960, commune de Luvarde, p.51 ; 4/05/1961, commune de Suré, p.86 ; 24/06/1968, commune d'Agde, p.38 ; voir les conclusions de B. Genevois dans l'arrêt du CE, 19/12/1980, Sieur roques, op. cit., p.148.

²⁴⁴ CE, 12/12/1969, Sieur Darrac, Rec. p.578.

²⁴⁵ Cour des comptes, 2/10/1997, Siffre, Association Istres Promo et autres, commune d'Istres, Revue du trésor, 1998, p.98.

²⁴⁶ H. Surrel, op. cit., p. 1027.

²⁴⁷ Cour EDH, Engel, op. cit.

²⁴⁸ L'article 433-12 punit la gestion de fait constitutive du délit d'usurpation de fonctions publiques de trois ans d'emprisonnement et de 300 000F d'amende.

b- La procédure de jugement des comptes des comptables de fait.

On connaît la position du Conseil d'Etat en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 6 au jugement des comptes des comptables publics, puisqu'elle a été très clairement exprimée dans l'arrêt *Ville d'Annecy contre Dussolier* du 19 juin 1991 : « *la Cour des comptes, lorsqu'elle juge les comptes des comptables publics (...) ne statue pas en matière pénale et ne tranche pas des contestations sur des droits et obligations de caractère civil* »²⁴⁹. Dès lors, l'article 6 § 1 de la CEDH n'est pas applicable. Le jugement des comptes des comptables de fait étant soumis aux mêmes règles que celui de la gestion patente, le Conseil d'Etat a adopté la même solution. Par un arrêt de Section *Nucci* du 6 janvier 1995, il a considéré que lorsque la Cour des comptes se prononce sur la déclaration de gestion de fait, elle « *ne statue pas en matière pénale et ne tranche pas de contestations sur des droits et obligations de caractère civil* »²⁵⁰ ; puis dans l'arrêt *SARL Deltana et Perrin* du 16 novembre 1998²⁵¹, confirmé par l'arrêt *Trucy* du 16 juin 1999²⁵² et par l'arrêt *Le Gall* du 19 mai 2000²⁵³, il a étendu cette solution à la fixation de la ligne de compte de gestion de fait et au débet : La solution retenue par le Conseil d'Etat est problématique car s'ils sont soumis aux mêmes règles, « *il y a une différence irréductible entre le comptable de droit et le comptable de fait, qui domine toute la matière et qui interdit une assimilation pure et simple de leurs contrôles* ». En effet, « *le premier est soumis à une vérification en raison du statut qui lui a été régulièrement attribué, et qui donne leur nature aux opérations effectuées, parmi lesquelles le juge des comptes découvrira ou non des irrégularités. Le gestionnaire de fait, par contre, est d'emblée, en tant que tel, en infraction. Il a commis, le plus souvent de manière délibérée, une faute personnelle qui est susceptible d'avoir de multiples impacts sur sa situation patrimoniale et personnelle* »²⁵⁴.

Le contentieux de la comptabilité de fait, s'il comporte naturellement une part objective, comporte aussi « *indéniablement une autre part subjective, mêlant des aspects de réparations d'un dommage et des aspects répressifs. Il s'agit d'un contentieux d'ordre public de la responsabilité comptable, à connotation répressive* »²⁵⁵. Et, comme le souligne le Professeur R. Hertzog, « *la reconnaissance de la qualité de comptable de fait confère un titre délinquant, qui imprime à la procédure un ton plus subjectif qu'à celle suivie pour le comptable de droit* »²⁵⁶.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Société Labor Métal*, du 23 février 2000, M. A. Seban met l'accent sur l'aspect répressif de la procédure de gestion de fait : « *En premier lieu, comme un procès*

²⁴⁹ Op. cit.

²⁵⁰ CE, S, 6/01/1995, *Nucci*, Rec. p.7, conclusions de B. du Marais, *Revue française de finances publiques*, 1995, p. 207.

²⁵¹ Op. cit.

²⁵² CE, 16/06/1999, *Trucy*, *Revue du Trésor*, février 2000, p.113.

²⁵³ CE, 19/05/2000, *Le Gall*, op. cit.

²⁵⁴ R. Hertzog, « La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait », *Revue française de finances publiques*, juin 1999, p.91.

²⁵⁵ Conclusions de B. du Marais sur l'arrêt *Nucci*, op. cit.

²⁵⁶ Op. cit.

pénal ou une procédure disciplinaire, le procès devant la Cour des comptes s'ouvre par la mise en mouvement de ce qui est en vérité une action publique, engagée par la Cour des comptes elle-même, soit proprio motu, soit suivant les réquisitions du procureur général de la République. L'action publique étant mise en mouvement, les comptables de fait présumés vont être appelés devant la Cour, comme des prévenus devant une juridiction répressive. Si leur participation à la gestion de fait est déclarée par l'arrêt de déclaration définitive de gestion de fait, ils tombent sous la juridiction de la Cour, c'est-à-dire qu'ils sont astreints à compter devant elle, sous peine des amendes pour défaut ou retard de production du compte. En second lieu, et à la différence du jugement des comptabilités patentées, celui des comptabilités occultes réserve une large place à l'appréciation des responsabilités des uns et des autres, du rôle que chacun a joué dans l'organisation de la gestion irrégulière, en distinguant les cerveaux des simples exécutants. Le jugement de la gestion de fait laisse ainsi une place à une recherche subjective des intentions et des responsabilités, et la déclaration de gestion de fait, si elle n'est pas une sanction, est certainement une mesure prise en considération de la personne. Enfin, les conséquences personnelles, notamment pécuniaires, de la procédure pour les comptables de fait sont importantes. Outre qu'ils sont tenus responsables sur leur patrimoine propre des débits prononcés par la Cour, ils sont presque toujours condamnés à une amende dont le montant peut être très élevé puisqu'il peut atteindre celui des sommes indûment maniées (...). Nous ne sommes pas ici dans un procès fait à un acte, mais bien dans un procès fait à des personnes »²⁵⁷.

M. A. Seban admet que l'infliction d'une amende au comptable de fait par la Cour des comptes entre dans le champ de l'article 6. Cependant, malgré la reconnaissance du caractère nettement répressif de la procédure de gestion de fait, il refuse de voir cette procédure assujettie aux stipulations de l'article 6 § 1. Selon lui, « *il y aurait quelque artifice à faire produire de si considérables conséquences à l'éventualité d'une amende dont l'infliction n'est tout de même pas le principal objet de la procédure de gestion de fait qui vise, comme on le sait, à rétablir les formes comptables qui ont été méconnues et à faire entrer la collectivité publique dans les sommes dont elle a été frustrée et qui n'auraient pas été dépensées à un objet d'utilité générale* ».

Il semble cependant que les arguments s'opposant à l'applicabilité de l'article 6 peuvent être contredits. D'abord, celui tenant à l'absence d'automaticité de la sanction, inhérente à toute procédure de jugement, ne paraît pas décisif. Ce qui compte, c'est que la déclaration de gestion de fait est la condition *sine qua non* pour la mise en débet et l'infliction d'une amende et que celui qui est déclaré comptable de fait est susceptible de se voir infliger de telles sanctions. D'autant que, dans la pratique, l'infliction d'amendes est quasiment systématique. De plus, l'appréciation des comptes des comptables de fait et ceux des comptables de droit n'est pas faite en fonction des mêmes normes. Alors que le juge des comptes exige du comptable de droit un respect scrupuleux des règles de la

²⁵⁷ Conclusions d'A. Seban sur CE, 23/02/2000, Société Labor Métal, RFDA, 2000, p.443.

comptabilité publique, la principale irrégularité reprochée au comptable de fait réside dans sa qualité même, c'est-à-dire le fait qu'il se soit immiscé irrégulièrement dans des opérations sur deniers publics, ce qui lui confère « un titre délinquant ». Comme l'explique le Professeur R. Hertzog²⁵⁸, « *le comptable de fait doit surtout pouvoir justifier les dépenses qu'il a effectuées et démontrer qu'elles ont été réalisées dans un but d'utilité publique. Les formes, qui sont si importantes dans la comptabilité de droit, entrent très peu en jeu ici, et ce ne sont pas celles de la comptabilité publique* ». Ainsi, selon la loi du 23 février 1963, le juge des comptes peut « *suppléer par des considérations d'équité à l'insuffisance des justifications produites* », les considérations d'équité résultant à la fois de l'appréciation portée sur l'honnêteté des personnes intéressées et sur la pertinence des opérations réalisées. Enfin, les conséquences de la mise en débet sont plus importantes pour le comptable de fait que pour le comptable de droit tant du point de vue professionnel que patrimonial. Alors que le comptable de droit peut compter sur une certaine bienveillance de son supérieur hiérarchique, les remises gracieuses du débet du comptable de fait sont plus rares.

Aujourd'hui, d'éminents spécialistes plaident en faveur d'une reconnaissance de l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention à l'ensemble de la procédure de gestion de fait et non à la seule infraction d'amendes. Ainsi en est-il du Professeur G. Orsoni qui estime que le Conseil d'Etat devrait « *reconnaître qu'au moins pour la gestion de fait et pour la totalité de la procédure la concernant devraient s'appliquer les stipulations de l'article 6 de la Convention européenne (...)* »²⁵⁹. Et, en raison du caractère nettement répressif de la procédure, l'applicabilité de l'article 6 doit être envisagée sous l'angle de la matière pénale.

Certains ont cru voir une évolution en ce sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat dans l'arrêt d'Assemblée *Société Labor Métal* du 23 février 2000. Le Conseil d'Etat y affirme en effet qu'«... *eu égard à la nature des pouvoirs du juge des comptes et aux conséquences de ses décisions pour les intéressés, tant le principe d'impartialité que celui des droits de la défense font obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle prononçant la gestion de fait soit régulièrement rendue par la Cour des comptes alors que, comme en l'espèce, celle-ci a précédemment évoqué cette affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits (...)* »²⁶⁰. Il semblerait donc qu'il applique, sans l'avouer, les stipulations de l'article 6.

Il est vrai que les conclusions du commissaire du gouvernement A. Seban incitent à penser à une possible évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Si M. A. Seban refuse l'assujettissement de la procédure de gestion de fait aux stipulations de l'article 6, il propose toutefois que les comptables de fait bénéficient d'une « *protection qui soit sensiblement équivalente à celle dont [ils] jouiraient, dans un procès pénal ou concernant des accusations en matière pénale au sens de l'article 6 de la*

²⁵⁸ R. Hertzog, op. cit., p.89.

²⁵⁹ Revue française de finances publiques, juin 2000, p.211. Cf. également R. Hertzog, op.cit, p.93.

²⁶⁰ Op. cit.

CEDH (...) »²⁶¹. Puis, il fonde son raisonnement relatif à l'impartialité sur la conception et la jurisprudence européennes.

En définitive, il y a une certaine ambiguïté à refuser l'applicabilité l'article 6 tout en appliquant ses principes. Le Conseil d'Etat devrait, une fois pour toute, clarifier sa position et il semble que la meilleure solution serait d'appliquer l'article 6 § 1, matière pénale, à toute la procédure de gestion de fait et non pas à la seule infraction d'amendes. Mais, il est vrai qu'une telle décision emporterait des modifications importantes de la procédure existante pour la mettre en conformité avec les règles du procès équitable au sens de la Convention, cela explique certainement l'existence de résistances.

§ 3 - *Le contentieux des amendes fiscales*

Hélène Surrel

Le contentieux des amendes fiscales n'intéresse qu'une seule autorité : la Commission des infractions fiscales (CIF). Cet organe diffère sensiblement de ceux précédemment étudiés, car il n'est pas lui-même habilité à prononcer des sanctions, ce qui rend la question de l'applicabilité de l'article 6 plus problématique.

A - Identification des pouvoirs de la CIF.

Il est utile de rappeler que la CIF a été instituée dans le but de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'Administration fiscale d'engager des poursuites pénales pour fraude fiscale et d'éviter ainsi que les contribuables ne fassent l'objet de poursuites abusives. La CIF est un organe indépendant, consultatif et non-juridictionnel qui remplit la fonction de conseiller du ministre du Budget et intervient en amont d'éventuelles poursuites pénales. Elle ne statue que sur les cas de fraudes les plus graves et les plus élaborées et remplit ainsi une fonction de "*filtrage du contentieux juridictionnel*"²⁶². La CIF rend un

²⁶¹ Op. cit., p.443 et ss.

²⁶²J. Dubergé, La Commission des infractions fiscales, *RFFP*, 1987, p. 153.

avis au ministre du Budget concernant l'opportunité de poursuites pénales à l'encontre de contribuables soupçonnés d'avoir commis un délit de fraude fiscale.

L'Administration apprécie certes l'opportunité de poursuites pénales et conserve l'initiative d'en engager ou non mais, si elle souhaite le faire, l'avis conforme de la Commission est nécessaire à leur déclenchement (art. L. 228 du LPF). La consultation de la CIF est une formalité substantielle dont le respect est d'ordre public. En l'absence de consultation, le juge du fond serait en droit de déclarer la plainte irrecevable²⁶³.

L'avis lie le ministre (art. L. 228 du LPF). S'il est favorable aux poursuites, l'Administration fiscale a l'obligation de déposer une plainte auprès du procureur de la République sans être tenue de demander au contribuable incriminé de régulariser sa situation. La plainte déposée saisit nécessairement le parquet de l'ensemble des faits constatés. En revanche, le ministère public n'est pas tenu d'exercer l'action publique à l'encontre du contribuable concerné. Ainsi, comme l'écrit J. Dubergé la CIF " *ne donne donc pas aux administrations fiscales l'autorisation de poursuivre le contribuable devant les tribunaux mais donne l'ordre ou l'interdiction d'intenter des poursuites* " ²⁶⁴.

B - L'applicabilité de l'article 6 à la CIF

Si la CIF n'adopte pas, en tant que telle, de décisions relevant de la matière pénale au sens de la Convention, son avis conforme est la condition *sine qua non* pour que de telles décisions puissent éventuellement être prises par le juge pénal.

Au regard des critères européens de la matière pénale, on peut observer en premier lieu que les poursuites pour délit de fraude fiscale sont des poursuites pénales et les sanctions sont qualifiées de pénales par le Code général des impôts (article L. 1741), en second lieu que la norme de référence revêt un caractère général dans la mesure où elle concerne tous les citoyens en leur qualité de contribuables²⁶⁵ et en troisième lieu que les sanctions (qui en vertu de l'article 1741 du Code général des impôts peuvent consister en une amende d'un montant maximum de 250 000 francs et en une peine d'emprisonnement de cinq ans) sont rigoureuses et ont un but à la fois préventif et répressif. Elles ne tendent pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice mais ont essentiellement pour but d'empêcher la réitération de tels agissements. Ce rapide examen suffit à établir, si besoin était, que les décisions prises par le juge pénal relèvent de la matière pénale au sens de la Convention. Faut-il alors en déduire que la CIF, en tant qu'elle détermine le déclenchement de la procédure, doit respecter les principes du procès équitable ?

²⁶³Cass. crim., 10/11/1987, n°86-91750 P.

²⁶⁴*Op. cit.*, p. 151.

²⁶⁵Voir les termes de l'arrêt de la Cour EDH, Bendenoun, *op. cit.*

A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions internes ont adopté des positions différentes.

Se fondant sur le caractère administratif de la procédure devant la CIF et l'absence de débat contradictoire, la Cour de cassation estime en 1991 que seuls des griefs tirés du non-respect des prescriptions du Livre des procédures fiscales relatives aux modalités d'intervention de la Commission peuvent être soulevés devant le juge pénal. Le contribuable intéressé ne peut pas se prévaloir devant la Commission des droits de la défense et du principe du débat contradictoire reconnus à l'article 6, alinéa 3, de la CEDH, la Convention ne s'appliquant qu'aux organes juridictionnels²⁶⁶.

En revanche, la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme paraissent affirmer, dans l'affaire *Miailhe contre la France* (n°2), que l'article 6 est applicable non pas à la seule procédure devant la CIF mais à l'ensemble de la procédure (CIF et procédure pénale)²⁶⁷. Pour autant, la position qu'elles adoptent n'est pas très claire²⁶⁸.

En l'espèce, le requérant estime avoir été victime d'une violation du principe de l'égalité des armes lors de la phase administrative, notamment au cours de la procédure de consultation de la CIF, ainsi que d'une violation des droits de la défense lors de la phase judiciaire parce qu'il n'a pas pu avoir accès aux documents obtenus et utilisés par les services de l'Administration des douanes à son encounter.

Les deux organes européens font application du principe affirmé par la Cour dans l'affaire *Imbrioscia contre la Suisse* selon lequel si « l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider "du bien-fondé de l'accusation" [...] il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement »²⁶⁹. Aussi la Cour estime-t-elle nécessaire, dans l'affaire *Miailhe*, de « s'assurer que la procédure a revêtu dans son ensemble un caractère équitable, eu égard aux irrégularités éventuelles intervenues avant le renvoi de l'affaire devant les juges du fond, en vérifiant en pareil cas qu'il a pu y être porté remède devant eux » (§ 43).

²⁶⁶Cass. crim, 28 janvier 1991, n°90-81526, Daniel Lavigne, *Bull. cass. crim.* 1991 n°44 et Cass. crim, 28 janvier 1991, n°90-81606, Jean-Pierre Carles, *Bull. cass. crim.* 1991 n°45, p.114. En l'espèce, les requérants se plaignaient de ne pas avoir eu accès à leur dossier. Les juges "observent que le principe du contradictoire, reconnu par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne saurait s'appliquer en l'espèce, la Commission susvisée ne constituant pas un premier degré de juridiction et l'avis qu'elle donne au ministre n'ayant pour but que de limiter le pouvoir discrétionnaire de ce dernier d'engager des poursuites".

²⁶⁷Rapport de la Commission du 11 avril 1995 et arrêt de la Cour du 26 septembre 1996, Rec. 1996-IV.

²⁶⁸En ce sens pour l'arrêt de la Cour, Cf. Sudre (Frédéric), "L'onde de choc de l'article 6 de la Convention EDH en matière de sanctions fiscales", note sous Cass. com., 29 avril 1997, Ferreira contre DGI, JCP, Ed. G, n°43, 1997, II, 22935, p.468. Pour le Professeur Jean-François Flauss, la Cour, implicitement, et la Commission, expressément, jugent l'article 6 applicable à la procédure devant la CIF ("Sanctions fiscales et Convention européenne des droits de l'homme", Revue française de finances publiques, mars 1999, pp.80-81).

²⁶⁹Arrêt du 24 novembre 1993, A.275, § 36. En l'espèce, le requérant allègue une violation des articles 6, alinéa 1 et 6, alinéa 3 c, n'ayant pu bénéficier de l'assistance d'un conseil lors d'interrogatoires par la police et des procureurs de district.

Le juge européen ne se prononce pas sur la seule procédure devant la CIF. Certes, il souligne que les juridictions judiciaires ont examiné les exceptions de nullité soulevées par le requérant et rappelle que celui-ci a été invité à communiquer des informations à la CIF. Mais surtout il insiste sur le partage des rôles entre la Commission et le juge pénal. La CIF a seulement pour fonction de donner un avis sur l'opportunité du dépôt d'une plainte et « *les juridictions répressives - tribunal et cour d'appel - apprécient souverainement les faits de la fraude incriminés et peuvent prononcer la relaxe* » (§ 45). De plus, le requérant bénéficie de la garantie d'une procédure qui comporte un double degré de juridiction. Sans doute, « *l'absence de débat contradictoire préalablement à l'avis de la CIF peut, dans certains cas, susciter la crainte de voir le contribuable placé dans une position plus difficile* ». Mais « *il ne s'agit que de l'intervention préalable d'un organe consultatif* ». Et la Cour ajoute que « *dans le cas d'espèce, il y a eu une instruction et non une citation directe* », formulation qui conduit à se demander si l'existence ou l'absence d'instruction ne constitue pas un critère décisif²⁷⁰. Au total, « *les instances litigieuses, considérées dans leur ensemble, ont revêtu un caractère équitable* » (§ 46).

Cette position paraît de prime abord en retrait par rapport à celle adoptée par la Commission qui, « [...] *compte tenu de l'autorité morale et juridique dont la commission des infractions fiscales se réclame, confirmée par le gouvernement défendeur* », constate « *que l'avis ainsi rendu au cours de la phase administrative peut s'avérer déterminant pour la suite de la procédure devant les juridictions pénales. Or le requérant n'a pas été mis en mesure de se faire entendre utilement devant la commission des infractions fiscales, en se voyant refuser la communication des documents utilisés à son encontre* »²⁷¹. Mais en définitive, c'est la façon dont s'est déroulée la procédure pénale qui semble emporter le constat de violation de la Convention : « *En tout état de cause, la Commission constate l'absence de communication de documents par l'administration fiscale durant la phase judiciaire* » (nous soulignons)²⁷².

Plus récemment, dans une décision de recevabilité *Le Meignen contre la France*²⁷³, la Cour rappelle que « (...) *dans son arrêt Mialhe (n°2) c. France, elle conclut à l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention à des procédures se déroulant devant la CIF* ». Ce renvoi lui permet en l'espèce de faire l'économie d'une démonstration circonstanciée, auquel se prêtait pourtant la cause. Dans cette affaire, le requérant se plaignait en effet d'avoir subi une violation de l'article 6§1 de la Convention lors de la procédure suivie devant la CIF. Comme celle-ci n'avait pas été spécifiquement envisagée dans l'arrêt Mialhe, on peut douter que la référence soit aussi décisive que veut bien le dire la Cour. Son raisonnement est d'autant plus étonnant qu'après avoir tenu l'applicabilité de l'article 6 pour acquise, elle n'en tire guère les conséquences. En particulier, la piste ouverte par la jurisprudence précédente non seulement n'est pas exploitée mais se trouve fermée. M. Le Meignen faisait valoir que

²⁷⁰Ibid.

²⁷¹§ 60.

²⁷²§ 61. C'est nous qui soulignons.

²⁷³Décision du 11 janvier 2000, requête n°41544/98.

le principe de l'égalité des armes aurait nécessité qu'il puisse s'expliquer oralement devant la CIF d'autant, qu'à la différence de M. Miailhe, il n'avait pas bénéficié des garanties attachées à l'instruction puisque c'est par voie de citation directe que le procureur prit la décision de le faire comparaître devant le tribunal correctionnel. On pouvait penser que cette circonstance était déterminante. Or, la juridiction européenne commence par la neutraliser : le fait que l'intéressé ait été cité directement devant les instances judiciaires est sans pertinence dès lors qu'il a eu pleinement l'occasion de discuter des accusations portées contre lui. Elle rejette le grief pour défaut manifeste de fondement et conclut que la procédure, dans son ensemble, a revêtu un caractère équitable. Surtout, elle remarque que « *ce n'est donc pas d'un défaut de communication des documents de la part de l'administration fiscale pendant les phases de la procédure que se plaint le requérant, ni d'une méconnaissance du contenu des documents sur lesquels les différentes autorités se basèrent pour examiner l'affaire, mais bien plus de l'absence, en général, de débat oral devant la CIF* ». Cette remarque vise apparemment à démarquer l'affaire Le Meignen de l'affaire Miailhe : elle semble impliquer dans l'esprit de la Cour que l'on ne saurait déduire de cette dernière l'obligation de respecter le contradictoire devant la CIF.

Dès lors, la position de la juridiction européenne suscite à tout le moins des interrogations. Dans l'affaire *Imbrioscia*, on comprend aisément quel peut être l'enjeu de l'affirmation de l'applicabilité de l'article 6 à la procédure dans son ensemble tant il est vrai, par exemple, que si l'accusé peut contredire ses aveux à l'audience, « *un tel droit peut très difficilement conduire à contrecarrer la conviction acquise sur la base des déclarations faites hors la présence d'un défenseur* »²⁷⁴.

Mais pour ce qui est de la procédure devant la CIF, le non-respect des exigences de l'article 6 est finalement admis par la Cour dans la mesure où le juge pénal examine les exceptions de nullité relatives à la procédure devant la Commission soulevées par l'accusé et où existe ensuite une procédure pénale conforme aux exigences de l'article 6. On est conduit dès lors à se demander quelle est la nature des violations du droit à un procès équitable qui pourraient intervenir au stade de la consultation de la CIF et ne pas être « compensées » lors de la phase judiciaire d'autant qu'il ne s'agit pas, comme le rappelle curieusement la Cour dans l'affaire Le Meignen, d'appliquer les exigences de l'article 6 à la procédure devant la CIF. Peut-être faut-il chercher l'explication de l'attitude contrastée de la Cour dans les particularités de l'affaire Miailhe : d'une part, les documents auxquels le requérant se plaignait de ne pas avoir eu accès avaient été obtenus dans des circonstances condamnées par la juridiction européenne²⁷⁵ ; d'autre part, l'intéressé ne visait pas seulement la procédure devant la CIF mais l'ensemble de la phase administrative (du contrôle fiscal à l'intervention de la CIF).

Il est d'ailleurs significatif que l'arrêt Miailhe ait fait l'objet d'interprétations radicalement différentes. Ainsi, certains auteurs jugent que la CourEDH, comme la Cour de cassation française,

²⁷⁴Opinion dissidente du juge Lopes Rocha.

²⁷⁵Arrêts Miailhe contre la France (n°1) du 25 février 1993, A 256-C et du 29 novembre 1993, A 277-C.

tient l'article 6 pour inapplicable à la procédure devant la CIF²⁷⁶ alors que pour d'autres au contraire, elle estime, en considérant la procédure dans son ensemble, qu'un contribuable bénéficie du droit à un procès équitable au sens de l'article 6§1, de la Convention et doit en conséquence pouvoir assurer sa défense, notamment en ayant accès à son dossier, tant devant la CIF que devant le juge pénal²⁷⁷.

En définitive, il n'existe pas, à notre sens, d'arguments décisifs en faveur de l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention à la procédure devant la CIF. Dans l'affaire Mialhe, la Commission identifie trois éléments qui justifieraient une telle applicabilité²⁷⁸. D'une part, la consultation de la CIF est « *une formalité substantielle préalable et indispensable à toute mise en mouvement de l'action publique pour fraude fiscale* ». D'autre part, l'avis favorable aux poursuites lie le ministre. Enfin, le juge pénal apprécie la pertinence de l'exception touchant à la régularité de la procédure suivie devant la CIF. Toutefois son rôle est de statuer sur l'opportunité d'intenter des poursuites pénales. Certes, elle « *instruit les dossiers dont elle est saisie selon une procédure minutieuse* »²⁷⁹, confirme les faits et les qualifie de fraude fiscale. Mais son avis, non-motivé, ne constitue pas un premier jugement et laisse entier le pouvoir du juge. Comme l'écrit M. Briec de Massiac, « *la raison d'être, actuelle, de la CIF se limite à l'appréciation du choix effectué par l'administration d'engager des poursuites, à l'exclusion de tout examen du bien-fondé des griefs qui ne ressortit pas de sa compétence* »²⁸⁰. L'avis de la CIF est déterminant pour la suite de la procédure, pour reprendre l'expression employée par la CommissionEDH, dans la mesure seulement où il conditionne les poursuites sachant que le ministère public est libre de donner ou non suite à la plainte²⁸¹.

Comme on l'a expliqué, sa création visait à accorder certaines garanties aux contribuables. Or, de façon peu logique, l'affirmation de l'applicabilité de l'article 6 à la procédure devant la Commission conduirait indirectement à sanctionner cet effort *a priori* louable du législateur français. Comme le relevait le gouvernement dans l'affaire Mialhe, « *il serait regrettable qu'une systématisation de principes juridiques - prévus seulement pour la phase juridictionnelle -, rende impossible le maintien d'organismes consultatifs* »²⁸².

²⁷⁶Barone (Laurent), L'apport de la Convention européenne des droits de l'homme au droit fiscal français, L'Harmattan, 2000, pp.111-115.

²⁷⁷Lambert (Thierry), Contrôle fiscal. Droit et pratique, PUF, 2ème éd, 1998, p.225 et Casimir (Jean-Pierre), Contrôle fiscal. Droits, garanties et procédures, Code annoté, groupe Revue Fiduciaire, 6ème éd, 1998, p.392.

²⁷⁸§ 58 du rapport préc.

²⁷⁹Martinez (Jean-Claude), La fraude fiscale, PUF, Que sais-je ?, 1ère éd, 1984, p.113.

²⁸⁰"La Commission des infractions fiscales ou les avatars d'une réforme en trompe-l'oeil", Chronique, Droit pénal, mai 1990, p.1.

²⁸¹D'ailleurs si la CIF n'existait pas, la plainte contiendrait également une qualification des faits. De plus, on peut rappeler que le juge d'instruction est saisi *in rem* et peut mettre en examen des personnes non désignées nommément dans la plainte dès lors qu'il existe des indices laissant présumer qu'elles ont participé aux agissements dénoncés par l'Administration. Ainsi, le champ des poursuites correctionnelles n'est pas limité aux seules personnes dénoncées à la CIF et visées nommément dans la plainte.

²⁸²§ 53 du rapport préc. Il n'empêche, certains auteurs portent une appréciation très sévère sur la CIF estimant que sa création n'a apporté aucune garantie aux contribuables. Cf. Massiac (de Briec), "La Commission ...", op.cit, p.2.

Il est vrai que « *cette création a, dès l'origine, reposé sur une ambiguïté. Elle a été présentée, d'une part, comme un organe de contrôle doté d'un semblant de pouvoirs d'instruction, le contribuable étant appelé à présenter par écrit des observations sur les griefs formulés contre lui par l'administration et à l'inverse celle-ci pouvant être amenée à produire des justifications complémentaires, d'autre part, comme un organisme non contentieux, la procédure suivie devant elle n'étant pas contradictoire et l'avis rendu nullement motivé. Qui plus est, organiquement, elle devait être composée de magistrats de l'ordre administratif et de fonctionnaires* »²⁸³. La jurisprudence européenne n'a-t-elle pas conforté cette ambiguïté originelle ?

*

Au total, l'extension de l'article 6 à des organes situés hors les juridictions ordinaires, à raison des sanctions pécuniaires qu'ils sont habilités à prendre, présente des contours variables. Si à ce titre, l'applicabilité des exigences européennes au contentieux de la régulation tend à être progressivement admise, elle est davantage contenue s'agissant des contentieux financier et fiscal. Des distinctions s'imposent en effet selon l'organe en cause. D'un côté, la Cour des Comptes et les Chambres régionales des comptes ne sont astreintes à respecter les principes du procès équitable qu'au stade du prononcé des amendes pour gestion de fait. D'un autre côté, la Commission des infractions fiscales ne paraît pas devoir être spécifiquement tenue d'y répondre. Ces contrastes ne bénéficient pas des mêmes justifications au regard de la jurisprudence européenne. Autant la différenciation opérée entre l'infliction des amendes pour gestion de fait et les autres phases de la procédure de jugement est à la fois contestable et discutée, autant la position des juridictions suprêmes françaises en ce qui concerne la CIF ne contredit pas nécessairement une jurisprudence européenne encore ambiguë. En tout état de cause, le régime des sanctions pécuniaires confirme aussi bien les potentialités que la contingence de la notion de matière pénale au sens de la Convention. La contingence, parce que les critères européens tels qu'utilisés par les juges nationaux, n'opèrent pas de manière mécanique. Les potentialités, parce que la qualification « pénale » des sanctions pécuniaires contribue à élargir le champ du procès équitable à des procédures se déroulant devant des autorités purement administratives (les AAI) ou des juridictions administratives spécialisées (la CDBF et dans les limites précédemment visées, le juge des comptes).

Bien que de façon plus marginale, un autre type de mesures punitives peut entraîner l'application de l'article 6. Il s'agit des sanctions pénitentiaires.

²⁸³Massiac (Briec de), "La Commission ...", *ibid*, p.1.

Section II – Le domaine accessoire de la judiciarisation : les sanctions pénitentiaires

Caroline Picheral

« *Monde reclus et secret* »²⁸⁴, la prison n'échappe pourtant pas au phénomène de judiciarisation. En effet, la détention, si elle atteint la liberté d'aller et venir, ne prive pas le détenu de « *la garantie des droits et libertés* »²⁸⁵, ce qui suppose que le pouvoir disciplinaire de l'administration pénitentiaire doit éventuellement être encadré²⁸⁶. Pour cette raison, l'irrecevabilité des recours contentieux contre des sanctions disciplinaires prises en milieu carcéral ne pouvait indéfiniment perdurer. Le droit pénitentiaire français a donc vécu « *une véritable révolution* » avec l'ouverture de « *l'action disciplinaire en prison à la vie juridique* »²⁸⁷. Plusieurs années après l'arrêt Campbell et Fell²⁸⁸, le Conseil d'Etat²⁸⁹ puis les instances gouvernementales et législatives ont emboîté le pas à la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi le régime disciplinaire des détenus a-t-il été profondément modifié par le décret du 2 avril 1996²⁹⁰, qui a permis une réelle prise en compte de leurs droits fondamentaux. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations et celle du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence²⁹¹ sont également venues renforcer les garanties dont peuvent se réclamer les personnes incarcérées. Comme le note V. Tchen, « *le statut actuel du détenu découle d'une réinterprétation de la fonction pénitentiaire qui a justifié l'encadrement juridictionnel du pouvoir disciplinaire de l'administration* »²⁹².

Dans cette perspective, on ne peut manquer de s'interroger sur le rôle et partant, sur l'applicabilité de l'article 6. Pour qu'un détenu puisse s'en prévaloir, il faut que les sanctions ou les mesures auxquelles il s'expose rentrent dans le champ de la « matière pénale » au sens de la

²⁸⁴ J.-P. Céré, A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral, le point de vue du pénaliste, *RFDA*, 1995, p. 826.

²⁸⁵ *op. cit.*

²⁸⁶ A cet égard, un auteur relève que « *le débat de l'encadrement du pouvoir disciplinaire se confond avec celui de l'exercice des droits fondamentaux* » (V. Tchen, Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire, *RFDA*, 1997, p. 599).

²⁸⁷ M. HERZOG-EVANS et J.-P. CERE, La discipline pénitentiaire: naissance d'une jurisprudence, *D.*, 1999, Doctrine, p. 509.

²⁸⁸ Cour EDH, 28/06/1984, Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, A/80, JDI, 1986, p. 1058, note P. Tavernier.

²⁸⁹ CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, ccl. P. Frydman, *RFDA*, 1995, p. 353 ; Note O. Gohin, *RDP*, 1995, p. 1338 ; Note M. Lascombe et F. Bernard, *JCP éd. G.*, 1996, II 22426 ; F. Moderne et J.-P. Céré, A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral, *RFDA*, 1995, p. 822.

²⁹⁰ Décret n° 96-287 du 2 avril 1996 réformant la discipline pénitentiaire, *JORF*, 5 avril 1996, p. 5260. Pour une étude précise, voir entre autres: P. COUVRAT, Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996, *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 709 ; J. PRADEL, le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire, *D.*, 1996, *Chron.*, p. 319 ; J.P. CERE, Le décret du 2 avril 1996 et le nouveau régime disciplinaire applicable aux détenus, *RFDA*, 1997, p. 614.

²⁹¹ Respectivement Loi n° 2000-321, *JORF* 13/04/2000, p. 5646; Loi n° 2000-516 du *JORF* 16 juin 2000, p. 9038.

²⁹² V. TCHEN, Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire, *RFDA*, 1997, p. 599.

Convention. Or il en existe de différents types, entre lesquels les critères retenus par les juges invitent à distinguer (§ I). A partir de là, il ressort de l'étude deux tendances générales : si certaines sanctions pénitentiaires appartiennent assurément à la matière pénale au sens de l'article 6§1 (§ II), d'autres mesures pourraient y être éventuellement soustraites (§ III).

§ I – Une applicabilité a priori sélective

La comparaison des positions respectives de la Cour européenne (A) et du Conseil d'Etat (B) permet de constater une relative convergence quant aux critères de qualification retenus, lesquels induisent une certaine sélection.

A - La position de la Cour européenne des droits de l'homme

La reconnaissance aux détenus de droits processuels a été amorcée par la Cour européenne des droits de l'homme dès son arrêt *Golder*²⁹³, mais résulte surtout de son arrêt *Campbell et Fell*²⁹⁴ qui a expressément étendu les garanties du procès équitable aux procédures disciplinaires en milieu pénitentiaire.

Déjà abordée à propos de militaires²⁹⁵, la question de l'applicabilité de l'article 6§1 au domaine disciplinaire s'est trouvée résolue de la même manière en matière pénitentiaire. Sans méconnaître la différence de contexte, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet estimé que les principes énoncés dans l'arrêt *Engel* valaient *mutatis mutandis*. Faisant application des critères précédemment dégagés, elle accorda une importance déterminante à celui tiré de la nature et du degré de sévérité de la sanction. Son analyse s'avère particulièrement constructive, puisque la juridiction européenne a retenu une conception matérielle de la notion de « privation de liberté », pour apprécier la sanction infligée en l'espèce. Pour avoir été déjà évoquée (Cf. Chapitre I, Section I, § II), cette interprétation mérite d'être rappelée. Suivant son arrêt *Engel*²⁹⁶, le juge réaffirme « *qu'une privation de liberté susceptible d'être infligée à titre répressif ressortit en général à la "matière pénale"* ». Or même dans le milieu carcéral, les prisonniers peuvent voir leur liberté encore plus limitée. La Cour observe alors que la perte importante d'une remise de peine (à savoir 570 jours) est une sanction « *apparentée à une privation de liberté même si juridiquement elle n'en constituait pas une; l'objet et le but de la Convention exigent d'entourer des garanties de l'article 6 le recours à une mesure aussi*

²⁹³ Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 18: « La justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons ».

²⁹⁴ op. cit. note 9.

²⁹⁵ Cour EDH, 8 juin 1976, *Engel c/ Pays-Bas*, A/22.

²⁹⁶ op. cit. § 72.

sévère » (nous soulignons)²⁹⁷. Ce qui est donc pris en considération, c'est la gravité des conséquences que peut avoir la sanction disciplinaire pour l'intéressé, compte tenu de sa situation. En l'occurrence ce critère conduit la Cour à faire application de l'article 6 au « comité de visiteurs de prison », organe infligeant les sanctions disciplinaires au Royaume-Uni, composé d'une partie de magistrats et doté d'un statut quasi-juridictionnel.

Du point de vue européen, la solution est donc entendue dans le sens de l'extension des garanties de l'article 6 « *dans des cas appropriés* ». Car la Cour n'ignore pas que dans le contexte carcéral, des raisons de nature pratique et politique militent pour un régime disciplinaire spécial : sont en ce sens évoquées la sécurité, l'intérêt de l'ordre, la nécessité de réprimer la mauvaise conduite des intéressés avec toute la promptitude possible, l'existence de sanctions sur mesure dont les juridictions ordinaires peuvent ne pas disposer²⁹⁸... Aussi l'opération de requalification à laquelle se livre le juge ne tend-elle pas à effacer la frontière entre le disciplinaire et le pénal, mais à en tracer une qui soit conforme au but et à l'objet de l'article 6. On ne saurait donc déduire de l'arrêt Campbell et Fell que toutes les sanctions pénitentiaires relèvent de la matière pénale. A cet égard, leur intensité s'avère pour la Cour « *un élément souvent crucial* »²⁹⁹.

Désormais, ce critère est loin d'être ignoré de la juridiction administrative suprême.

B - La position du Conseil d'Etat

Jusqu'à ce que le Conseil d'Etat « *ouvre aux détenus la voie des recours contentieux contre les sanctions disciplinaires* »³⁰⁰ par l'arrêt d'Assemblée Marie du 17 février 1995, les implications de la jurisprudence européenne semblaient passablement méconnues.

Traditionnellement en effet, la Haute juridiction administrative, considérant que les sanctions pénitentiaires étaient des mesures d'ordre intérieur, insusceptibles de recours, rejetait pour irrecevabilité toute action contentieuse à leur encontre³⁰¹. Cette qualification trouvait sa justification dans l'idée, génératrice d'une « *incompatibilité présumée entre détention et droit fondamentaux* »³⁰²,

²⁹⁷ Cour EDH, 28/06/1984, Campbell et Fell c/ Royaume-Uni, A/80, JDI, 1986, p. 1058, note P. Tavernier.

²⁹⁸ Op. cit., § 69.

²⁹⁹ J.-P. CERÉ, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison, *JCP Ed. Gén.*, 2001, I 316.

³⁰⁰ M. HERZOG-EVANS, Les droits de la défense et la prison. Actualité du droit pénitentiaire français, *RTDH*, 2001, n° 45, p. 15.

³⁰¹ Cf. par exemple CE, 13/07/1968, Chenal, Rec. p. 446 ; CE, Sect., 4/05/1979, Comité d'action des prisonniers, Rec., p. 182. Solution étendue au cas d'une mesure de placement en « quartier de plus grande sécurité », laquelle ne présentait pas à proprement parler de caractère disciplinaire, par la décision d'Assemblée du 27/01/1984 Caillol (Rec., p. 28 ; AJDA, 1984, p. 72, Chron. B. Lasserre et J.M. Delarue ; Gaz. Pal., 1984, I, p. 284, note X. Prétot ; RDP, 1984, p. 483, concl. B. Genevois ; RFDA, 1984, p. 187, note F. Moderne).

³⁰² V. TCHEN; op. cit., note, p. 600.

que la discipline est indispensable au bon fonctionnement des établissements pénitentiaires. Sans doute certaines mesures avaient-elles déjà été soumises au contrôle juridictionnel (décision refusant la restitution de sommes bloquées sur le compte d'un détenu³⁰³, décision d'installer des portiques de contrôle des visiteurs à l'entrée des prisons³⁰⁴, décisions prétendument contraires aux dispositions du Code de procédure pénale relatives aux possibilités d'achat en cantine, à la composition et à l'espace des repas³⁰⁵...).³⁰⁶ Mais, il s'agissait pour l'essentiel de décisions administratives dénuées de tout caractère disciplinaire. Sans doute, l'absence de contrôle juridictionnel ne conférait-elle pas une impunité absolue à l'Administration. « *Le droit pénitentiaire interne [organisait] avec un certain soin les réclamations formulées par le détenu : requête ou plainte au chef d'établissement, demande tendant à être entendu par les magistrats ou fonctionnaires chargés de l'inspection de l'établissement, droit de déférer au directeur régional ou au ministre la décision [...], droit d'adresser des lettres à certaines autorités administratives ou judiciaires* »³⁰⁷. Mais la possibilité de contester les sanctions devant le directeur régional, notamment, n'aboutissait guère en pratique à un véritable réexamen du dossier et ne satisfaisait certainement pas aux exigences de la jurisprudence européenne en matière de droit à un recours effectif³⁰⁸... Cette jurisprudence traditionnelle créait donc une situation « *à bien des égards précaire au regard de la Convention* »³⁰⁹.

Aussi le Conseil d'Etat a-t-il opéré un revirement, comme l'y invitait son Commissaire du Gouvernement. Dans une logique de « *rétrécissement du domaine des mesures d'ordre intérieur* »³¹⁰, les sanctions infligées à un détenu sont dorénavant jugées comme des décisions faisant grief, dès lors qu'elles portent atteinte aux droits et libertés des intéressés. La Haute juridiction administrative entend ainsi limiter la catégorie des décisions individuelles considérées comme insusceptibles de recours et faire pénétrer plus de contrôle dans un domaine (les mesures d'ordre intérieur) qui laisse une large place sinon à l'arbitraire, du moins à « *l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas juridiquement encadré de façon ordonnée ou systématique* »³¹¹.

En l'espèce était en cause une décision de mise en cellule de punition pour une durée de huit jours avec sursis. Après avoir observé que cette sanction entraîne pendant toute sa durée la privation de cantine et des visites et comporte également des restrictions à la correspondance autre que

³⁰³ CE, 3/11/1989, Pitalugue, Rec., Tables, p. 772.

³⁰⁴ CE, 21/10/1988, Syndicat des avocats de France, Rec., p. 373

³⁰⁵ CE, 15/01/1992, Cherbonnel, Rec. p. 19 ; RA, 1992, p. 222, note H. Ruiz-Fabri ; RFDA, 1993, p. 1131, concl. F. Scanvic.

³⁰⁶ F. MODERNE, A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral, le point de vue du publiciste, *RFDA*, 1995, p. 823.

³⁰⁷ J.M. Auby, Le contentieux du service public pénitentiaire, *RDP*, 1987, p. 570.

³⁰⁸ P. Frydman, Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées, *Concl. sur CE, Ass.*, 17 février 1995, Marie et Hardouin, *RFDA*, 1995, p. 361.

³⁰⁹ P. Frydman, Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées, *op. cit.*, p. 361.

³¹⁰ P. Frydman, Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées, *op. cit.*, p. 357.

³¹¹ O. GOHIN, Note sur CE, Ass., 17 fév. 1995, Marie et Hardouin, *RDP*, 1995, p. 1340.

familiale, le juge considère qu' « *eu égard à la nature et à la gravité de cette mesure, la punition de cellule constitue une décision faisant grief susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir* » (nous soulignons)³¹². On remarquera que les critères qui fondent la recevabilité du recours sont identiques à ceux employés par la Cour de Strasbourg. Et le rapprochement avec la jurisprudence européenne s'impose d'autant plus que le Conseil d'Etat semble avoir été sensible à l'éventualité que les réductions de peine accordée aux détenus soient rapportées en cas de mauvaise conduite du détenu, le placement en cellule de punition constituant à cet égard un indice déterminant³¹³.

Il est vrai qu'à la différence de l'arrêt *Campbell et Fell*, l'arrêt *Marie* ne porte pas sur le respect de l'article 6, encore moins sur son applicabilité à la procédure disciplinaire même et qu'il ne résout pas la question des garanties dont doit bénéficier le détenu devant les autorités pénitentiaires³¹⁴. L'assimilation implicite du placement en cellule de punition à une sanction pénale paraît cependant induire une telle extension des principes du procès équitable. Devant le juge interne, le critère organique pourrait certes constituer un obstacle, dans la mesure où les autorités pénitentiaires sont de nature administrative. Mais cette objection ne semble pas dirimante, au vu des récentes évolutions de la jurisprudence administrative concernant les AAI (cf. supra, Chapitre II, Section I). Il n'est en effet pas exclu que par ses caractéristiques, la commission de discipline (dont l'institution constitue l'un des apports de la réforme de 1996) puisse être assimilée à une juridiction. Présidée par le directeur de la prison ou par son délégué, elle comprend « *deux membres du personnel de surveillance dont un appartient au grade de surveillant* » (art. D. 250-2 Code de Procédure Pénale) : sa composition est donc collégiale. Alors qu'auparavant le chef d'établissement avait pour seule obligation de « *mettre le détenu en mesure de présenter ses explications* », il doit désormais lui permettre de « *présenter en personne ses explications écrites ou orales* », « *entendre en qualité de témoin toute personne dont l'audition lui semble utile* » et éventuellement désigner un interprète qui assistera le détenu, que celui-ci soit dans l'incapacité physique de s'exprimer ou qu'il ne comprenne pas le français (art. D. 250-4). Ces dispositions accusent donc une certaine pénalisation de la procédure suivie. L'autorité pénitentiaire dispose par ailleurs d'un certain pouvoir d'appréciation, dont le décret du 2 avril 1996 est venu préciser les limites. Ainsi une corrélation paraît établie entre les sanctions prises par la commission de discipline et les fautes disciplinaires commises, dont une liste est dressée en fonction

³¹² CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, op. cit.

³¹³ Le Commissaire du Gouvernement relevait d'ailleurs dans ses conclusions que les réductions de peine étaient accordées aux détenus à la condition d'avoir donné des preuves suffisantes de bonne conduite et que la mention, au dossier de l'intéressé d'une sanction grave comme la mise en cellule de punition, suffisait en général à en ajourner l'octroi (P. Frydman, *Le contrôle juridictionnel des mesures disciplinaires dans les institutions fermées*, op. cit., p. 356).

³¹⁴ On relèvera à cet égard, que dans une affaire *Mehul*, le requérant soutenait sur le fondement de l'article 6 de la Convention avoir le droit d'être assisté par un avocat devant le prétoire, organe devant lequel se décidaient les sanctions disciplinaires. Le TA de Caen, suivant le Commissaire du Gouvernement, s'est abstenu de trancher ce point et a annulé la sanction pour violation des droits de la défense, le prisonnier n'ayant pas eu l'occasion de comparaître personnellement contrairement aux exigences de la jurisprudence *Dame Tromprier-Gravier* (TA de Caen, 21/03/1995, *Méhul*, RFDA, 1997, p. 627, concl. V. Sueur). Le TA de Paris a apparemment sur le même fondement censuré un refus d'assistance juridique, d'audition d'un témoin, et de communication préalable du dossier (TA Paris, 6/12/1995, B c/ Directeur de la maison d'arrêt de la Santé, *Le Monde*, 15/02/1996).

de leur degré de gravité (D. 249-1; 249-2; 249-3 CPP). Le chef d'établissement se doit de respecter le principe de proportionnalité (art. D. 251-5 CPP). Enfin, comme il ressort de l'arrêt Marie, les sanctions qui peuvent être prononcées s'apparentent pour certaines à des sanctions pénales au sens de la Convention. Ce faisceau d'indices milite donc en faveur de l'applicabilité de l'article 6. Mais quelle que soit l'analyse du Conseil d'Etat à cet égard, l'état du droit français est déjà devenu plus conforme aux exigences européennes, puisque tout détenu a dorénavant droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal, qui décidera du bien-fondé des punitions qui par leur nature et leur gravité font grief³¹⁵. Sous réserve que le juge administratif se livre à un contrôle de « pleine juridiction », cette circonstance pourrait dispenser les autorités pénitentiaires de se conformer aux dispositions de l'article 6 dans l'exercice de leur fonction disciplinaire (cf. infra, Partie II, Chapitre I, Section II). En pratique néanmoins, il ne serait pas inutile que le respect en soit exigé en milieu carcéral. Car la recevabilité de l'action devant le juge administratif est subordonnée à l'exercice d'un recours hiérarchique préalable auprès du directeur régional des services pénitentiaires (article D. 250-5 CPP), ce qui est un moyen d'endiguer les recours et d'apporter « une certaine unité de jurisprudence au sein des diverses régions pénitentiaires, chaque directeur régional étant amené à reconsidérer les décisions de tous les chefs d'établissement dont la prison est située dans son ressort géographique »³¹⁶. Or bien que le Conseil d'Etat ait considéré dans un avis *Leboulch*³¹⁷ qu'elle n'était pas contraire au respect des droits de la défense, cette procédure pré-jurisdictionnelle pourrait être frappée d'inconventionnalité au regard de l'article 6-1³¹⁸. Le recours hiérarchique ne suspend pas l'exécution de la sanction³¹⁹ et l'utilité du recours contentieux peut être amoindrie par la longueur des délais procéduraux. Lorsque la contestation arrive devant le juge administratif, la sanction a pu depuis longtemps être exécutée, rendant ladite contestation sans objet (sauf à demander que le temps de cellule soit imputé sur la durée de la détention)...

Il reste que le Conseil d'Etat « adopte une position dont l'intérêt majeur est de donner une dimension aux droits des détenus, en assurant désormais une protection qu'ils n'avaient jamais connue »³²⁰. Cette protection, toutefois, n'a pas de portée générale. Comme le remarque V. Tchen, « la permanence des mesures d'ordre intérieur limite la compétence du juge aux seules sanctions qui par

³¹⁵ En l'espèce, le Conseil d'Etat conclut d'ailleurs que pour décider du placement de M. Marie en cellule de punition, le Directeur de la Maison d'arrêt s'est fondé sur des faits qui ne sont pas de nature à justifier une sanction.

³¹⁶ J. PRADEL, op. cit., p. 325.

³¹⁷ Avis du CE, 29 décembre 1999, *Leboulch*, Rec., p. 426.

³¹⁸ D. ARTUS, A propos des punitions de cellule et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, *LPA*, 1997, n° 16, p. 27.

³¹⁹ M. HERZOG-EVANS et J.P. CERE, La discipline pénitentiaire: naissance d'une jurisprudence, *D.*, 1999, Doctrine, p. 509.

³²⁰ J.-P. CERE, A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral, le point de vue du pénaliste, *RFDA*, 1995, p. 827.

leur nature et leur gravité rendent un tel contrôle effectivement nécessaire»³²¹. Ce critère éventuellement discriminant invite donc à identifier plus précisément celles qui sont concernées.

§ II - Des mesures assurément pénales au sens de l'article 6-1.

En conjuguant les enseignements des jurisprudences européenne et administrative, deux séries de mesures devraient en toute certitude relever de la matière pénale : les pertes de remise de peine et les punitions de cellule. Leur nature respective en droit interne nécessite cependant de les distinguer.

A – Les pertes de remise de peine

Si elles constituaient en droit britannique une sanction disciplinaire, elles s'analysent en droit français comme une mesure d'individualisation de la peine. A ce titre, il incombe au juge de l'application des peines (JAP) d'en décider³²². L'introduction de cette institution, généralisée en 1958, n'a cependant pas correspondu à une réelle judiciarisation. « *Cantonné dans des fonctions limitées, sous domination de l'administration pénitentiaire, [le JAP] était un sous magistrat* »³²³, dont les décisions avaient d'ailleurs la nature de « *décisions d'administration judiciaire* »³²⁴. A ce titre, elles ne pouvaient être contestées que par le Procureur de la République, devant le Tribunal correctionnel. Les condamnés ne disposaient quant à eux d'aucun recours. La loi du 15 juin 2000 a certes modifié l'état du droit : l'article 722 du Code de Procédure pénale vise dorénavant les décisions juridictionnelles du JAP. Mais sous cette rubrique ne sont citées que le placement à l'extérieur, la semi-liberté, le fractionnement et la suspension de peine, le placement sous surveillance électronique et la libération conditionnelle. C'est dire que la loi maintient l'ancien système pour les permissions de sortir, les autorisations de sortir sous escorte et les réductions de peine. Or leur assimilation persistante à des décisions d'administration judiciaire contredit ouvertement la qualification retenue par la Cour européenne dans l'arrêt Campbell et Fell et aboutit à les soustraire aux garanties les plus élémentaires du procès équitable, tenant notamment aux droits de la défense et au contradictoire³²⁵. Sans doute le Tribunal correctionnel pourrait-il néanmoins décider de l'applicabilité de l'article 6. Mais cette

³²¹ V. TCHEN, op. cit., p. 610.

³²² Aux termes de l'article 721 alinéa 4 du Code procédure pénale, la réduction de peine peut être rapportée pour tout ou partie dans un délai d'un an après son octroi par le JAP.

³²³ M. Hertzog-Evans, Les droits de la défense et la prison. Actualités du droit pénitentiaire français, RTDH, 2001, n° 45, spéc. p. 36.

³²⁴ Selon la loi n° 78-1097 du 22 novembre 1978, confirmée par la loi n° 86-1021 du 9 septembre 1986.

³²⁵ Les problèmes soulevés à cet égard seront ultérieurement traités dans la Section IV, Chapitre II, Partie II.

éventualité confine à l'hypothèse d'école, compte tenu des modalités de recours³²⁶. On se trouve une nouvelle fois placé devant ce paradoxe, que des mesures assurément pénales au sens du droit européen ne rentrent cependant pas dans le champ de l'article 6 en droit interne.

A défaut d'être directement prise en compte, l'interprétation de la Cour de Strasbourg influe toutefois sur la qualification des sanctions disciplinaires au regard des critères de la matière pénale. Car la sanction disciplinaire est « *indissociable de l'attribution des mesures d'individualisation de la peine arrêtées par le juge d'application des peines* »³²⁷.

B – Les punitions de cellule

Il ressort de l'arrêt Marie qu'une distinction est opérée entre les décisions faisant grief et celles qui ne le font pas. Comme le note le Commissaire du gouvernement, il n'apparaît ni souhaitable en droit, ni indispensable en opportunité d'admettre la recevabilité des recours dirigés contre l'ensemble des sanctions susceptibles d'être prononcées en matière disciplinaire³²⁸. Il avait donc été proposé au Conseil d'Etat de ne retenir que celles qui entraîneraient soit une « *une atteinte sensible à des libertés ou droits protégés - critère qui intégrerait notamment l'aggravation sensible des conditions de vie de la personne punie -*, soit une *atteinte substantielle à la situation statutaire ou administrative de l'intéressé – critère qui couvrirait en particulier les éventuelles conséquences de la mesure sur les perspectives de carrière* »³²⁹. On notera avec intérêt que ce dernier élément n'est pas sans entretenir quelques liens avec les critères européens de la matière civile... Mais ainsi qu'on a pu le voir précédemment, le juge ne semble s'être arrêté qu'à la première série de considérations. Ne seraient susceptibles de pénétrer le champ pénal que les sanctions disciplinaires se traduisant par une détérioration sensible des conditions de détention et une astreinte à l'exercice de certains droits dont l'incarcération de la personne n'est pas censée l'avoir privée ; seraient hors du champ pénal, et donc excluant toute applicabilité éventuelle de l'article 6-1, les sanctions mineures qui continueraient d'appartenir à la catégorie des mesures d'ordre intérieur³³⁰ (cf. infra). C'est à la lumière de ce critère de gravité, une fois encore similaire à celui retenu par la Cour de Strasbourg, que l'on peut tenter de qualifier les différentes sanctions prévues.

La réforme de 1996 en a à la fois élargi la liste et encadré le prononcé. Telles que définies aux articles D. 251 et D. 251-1 du CPP, les sanctions disciplinaires se répartissent en deux catégories. La première catégorie de sanctions (D. 251) s'applique quelle que soit la faute disciplinaire : il s'agit de

³²⁶ Il est en effet peu probable que le Procureur de la République fonde un moyen sur la violation des exigences européennes. Cela supposerait donc que le juge le soulève d'office...

³²⁷ J.P. CERE, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison, *JCP Ed. Gén.*, 2001, I 316.

³²⁸ P. Frydman, op. cit. p.366.

³²⁹ P. FRYDMAN, op. cit., p. 366.

³³⁰ O. GOHIN, op. cit., p. 1344.

l'avertissement ; de l'interdiction de recevoir des subsides de l'extérieur ; de la privation d'effectuer en cantine tout autre achat que l'achat de produits d'hygiène, du nécessaire de correspondance et de tabac ; du confinement en cellule individuelle ordinaire ; de la mise en cellule disciplinaire. La seconde catégorie (D. 251-1) s'attache à des comportements spécifiques, qui peuvent entraîner la mise à pied d'un emploi pour une durée maximale de huit jours (lorsque la faute a été commise au cours ou à l'occasion de ce travail), le déclassement d'un emploi, la privation de tout appareil acheté ou loué par l'intermédiaire de l'administration, la suppression de l'accès au parloir sans dispositif de séparation, l'exécution d'un travail de nettoyage des locaux pour une durée globale n'excédant pas quarante heures (lorsque la faute est en relation avec un manquement aux règles de l'hygiène), la privation d'activités de formation, culturelles, sportives et de loisir pour une durée maximale d'un mois (lorsque la faute a été commise au cours de ces activités), l'exécution de travaux de réparation (lorsque la faute est liée à des dommages ou des dégradations). Le confinement en cellule ordinaire et la mise en cellule disciplinaire font l'objet de précision aux articles D. 251-2 et D. 251-3 du CPP.

Il ressort de ces dispositions que les sanctions de cellule (confinement et mise en cellule disciplinaire) présentent un réel degré de sévérité. Elles peuvent aller jusqu'à un maximum de quarante-cinq jours, ramené à quinze jours pour les mineurs de plus de seize ans et sont associées à la privation de cantine, de toutes les activités à l'exception de la promenade et de l'assistance aux offices religieux pour le confinement et la privation d'achats en cantine, des visites et de toutes les activités pour la mise en cellule disciplinaire. Il faut rappeler également que les sanctions de cellule ont une influence non négligeable sur les réductions de peine, qui selon les critères de la Cour européenne les font entrer dans la « *matière pénale* ».

Si l'on s'en tient aux critères européens, ce sont principalement ces sanctions de cellule qui semblent pouvoir être qualifiées de pénales et être utilement contestées devant le juge (mais comme elles sont les plus fréquemment infligées aux détenus³³¹, les actions contentieuses pourraient n'en être pas moins nombreuses).

Cela ne signifie pas cependant que les autres sanctions et mesures soient nécessairement en dehors du champ de l'article 6. Il ne s'agit que d'une éventualité.

§ II - Des mesures éventuellement situées hors du champ pénal au sens de l'article 6-1.

³³¹ J.P. CERE, A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral, op. cit., p. 831.

Compte tenu de la jurisprudence interne, la qualification est sujette à discussion, pour trois séries différentes d'actes : le placement à titre préventif en cellule disciplinaire (A), les sanctions dites mineures (B) et les mesures qu'un auteur n'a pas hésité à qualifier de « sanctions occultes »³³² (C).

A – La détention disciplinaire préventive : une qualification incertaine

En vertu de l'article D. 250-3 du Code de procédure pénale, le chef d'établissement ou un membre du personnel d'encadrement – s'il dispose d'une délégation nominative écrite – peut en effet décider du placement à titre préventif en punition de cellule pour les infractions d'une certaine gravité³³³, sous réserve que ce soit « l'unique moyen de mettre fin à l'infraction ou de préserver l'ordre interne de l'établissement ». Cette pratique n'a pas toujours été aussi réglementée : les conditions décrites ont été introduites par le décret de 1996³³⁴. Mais cette faculté existait dès avant la réforme. Or par deux jugements du 15 octobre 1997, le Tribunal Administratif de Melun a, par application des critères dégagés dans la jurisprudence Marie, qualifié la détention disciplinaire préventive de mesure d'ordre intérieure, ne faisant pas grief : le placement aurait été « *sans incidence sur les réductions de peine* », n'aurait privé le détenu « *ni de cantine, ni de droit de visite* » et n'aurait entraîné « *aucune restriction en matière de correspondance* ». Au total, la mesure n'aurait pas été « *par nature susceptible d'exercer une influence sur la situation juridique de la personne* ». Cette motivation s'oppose apparemment à ce que la détention disciplinaire préventive soit rangée parmi les mesures pénales. Mais l'analyse n'est pas sans comporter des erreurs. En vertu des articles D. 250-3, D. 251-3 et D. 251-4 (en vigueur au moment des faits), en effet, « *le placement préventif en cellule de discipline entraîne la privation de cantine et la suppression des parloirs. [...] Contrairement aux affirmations des juges de Melun, un séjour au quartier disciplinaire équivaut à une perte future de réduction de peine* »³³⁵. De ce point de vue déjà, l'orthodoxie de la solution est donc discutable. Elle est encore contestable au regard des liens étroits qui existent entre la détention disciplinaire préventive et la détention provisoire en procédure pénale (leur durée par exemple étant également imputée sur celle de

³³² M. Hertzog-Evans, Les droits de la défense et la prison. Actualités du droit pénitentiaire français, RTDH, 2001, n° 45, spéc. p. 19.

³³³ Il s'agit des fautes disciplinaires du premier degré et du deuxième degré définies aux articles 249-1 et 249-2, soit notamment pour le premier groupe le fait d'avoir exercé des violences physiques à l'encontre d'un membre du personnel, d'une personne en mission ou en visite ou d'un codétenu, d'avoir participé à toute action collective de nature à compromettre la sécurité de l'établissement, de détenir des stupéfiants ou tous objets et substances dangereux pour la sécurité des personnes ou de l'établissement, de s'être livré à des actes de racket, de participer à une évasion ou à une tentative d'évasion, de causer délibérément des dommages aux locaux ou au matériel, de commettre intentionnellement des actes de nature à compromettre la sécurité des personnes, ou d'avoir incité un codétenu à commettre l'une des ces fautes et pour le deuxième groupe, de préférer des insultes ou des menaces à l'encontre d'un membre du personnel, d'une personne en mission ou en visite, d'avoir participé à toute action collective de nature à perturber l'ordre de l'établissement, de commettre des vols, d'imposer à la vue d'autrui des actes obscènes...

³³⁴ J.P. Céré, Le décret du 2 avril 1996 et le nouveau régime disciplinaire applicable aux détenus, *RFDA*, 1997, p. 616.

³³⁵ M. Hertzog-Evans, J.P. Céré, La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence, *D.*, 1999, Chron., p. spéc. 512.

la sanction ou de la peine), car la décision de placement en détention provisoire n'est pas pour sa part assimilée à une mesure d'instruction, et peut faire l'objet de recours³³⁶. Il semble donc nécessaire de reconsidérer la nature et la gravité des mesures de détention disciplinaire préventive. Leurs implications sur les conditions de détention ont déjà été évoquées, mais elles doivent être relativisées par la durée maximum du placement : celui-ci en effet ne peut se prolonger au-delà de deux jours ouvrables. Cette limite temporelle pourrait donc conduire à considérer que ces mesures n'atteignent pas un degré de sévérité tel qu'elles doivent être assimilées à des sanctions pénales. D'un autre côté, les infractions auxquelles elles correspondent, au moins pour celles de premier degré, sont également passibles de poursuites pénales. C'est un indice qui avait été pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Campbell et Fell... Il reste que la détention disciplinaire préventive n'a pas de vocation punitive, en ce sens qu'elle ne constitue pas juridiquement une sanction. Son objet est de préserver l'ordre et de mettre fin aux infractions, si bien qu'il ne s'agit pas de répression à proprement parler. En fait la qualification pénale ne semble pouvoir être établie avec certitude que si le placement à titre préventif suffit à lui seul à attester d'une mauvaise conduite et partant à justifier le rapport de la réduction de peine. Sur ce point, les opinions du juge et de la doctrine³³⁷ divergent et cette contradiction même témoigne des obscurités du droit. Des incertitudes subsistent. Pour d'autres raisons, il en va de même des sanctions dites mineures.

B – Les sanctions mineures : une qualification contingente

Contrairement à ce que pourraient suggérer les développements précédents, cette catégorie ne rassemblent pas nécessairement toutes les sanctions autres que de cellules. Dans ses conclusions sur l'affaire Marie, le Commissaire du Gouvernement Frydman notait d'ailleurs que « *les quelques sanctions qui, à l'exemple de l'interdiction d'achat en cantine ou de la privation de certains matériels d'agrément, emporteraient des effets suffisamment mineurs pour continuer à pouvoir être analysées comme des mesures d'ordre intérieur, seraient en fait fort peu nombreuses* »³³⁸. Cet apparent paradoxe tient pour beaucoup à ce que l'incidence exacte d'une sanction disciplinaire sur la situation du prisonnier dépend notamment de son inscription au dossier. Par exemple, un avertissement -qui ne semble pas a priori avoir des conséquences d'une telle gravité qu'il soit assimilable à « une privation de liberté » au sens de la jurisprudence européenne - peut justifier le rapport de la réduction de peine et donc retarder la libération du détenu³³⁹, dès lors qu'il est inscrit à son dossier. De ce fait, il n'est pas certain que le constat dressé par le Commissaire du gouvernement Frydman soit devenu caduc après la

³³⁶ M. Herzog-Evans, J.P. Céré, La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence, op. cit., spéc. 512.

³³⁷ J. P. Céré, *Le contentieux disciplinaire dans les prisons françaises et le droit européen des droits de l'homme*, L'Harmattan, 1999, spéc. p. 259 et s.

³³⁸ P. FRYDMAN, op. cit., p. 367.

³³⁹ V. TCHEN, Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire, *RFDA*, 1997, p. 601.

réforme de 1996 : le décret a certes introduit de nouvelles sanctions (à savoir la mise à pied d'un emploi, le nettoyage des locaux, l'exécution de travaux de réparation, la privation d'activités de formation, de loisirs, culturelle ou sportives) qui - étant limitées à des durées relativement réduites - paraissent d'autant moins susceptibles d'aggraver sensiblement les conditions de la détention ou de restreindre l'exercice de libertés dont le détenu n'est pas censé avoir été privé³⁴⁰. Mais il n'est apparemment pas revenu sur le principe de leur inscription au dossier. Or, « *la référence au passé disciplinaire est tellement prégnante aujourd'hui que la conservation dans le dossier du détenu d'un simple rapport d'incident concernant une affaire classée sans suite peut même conduire à une perte de réduction de peine* »³⁴¹. L'incidence sur la libération anticipée du détenu n'est certes qu'éventuelle, tandis qu'elle est automatique pour les punitions de cellule. Dans ces conditions, la gravité réelle d'une sanction ne saurait être évaluée a priori. Seule une étude au cas par cas, compte tenu des circonstances de l'espèce, permettrait de clarifier la question³⁴². La qualification au regard des critères de la « matière pénale » est donc contingente³⁴³. Quant à celle retenue en droit interne pour les mesures censées ne pas constituer des sanctions disciplinaires, elle est contestable.

C – Les « sanctions occultes » : une qualification contestable

Pour maintenir l'ordre dans l'établissement, l'administration pénitentiaire dispose d'un large éventail de mesures qui, tout en présentant souvent un caractère coercitif, ne constituent pas en droit des sanctions disciplinaires. Le transfert, destiné à placer un détenu dans le type d'établissement le plus approprié, peut ainsi être utilisé pour orienter l'intéressé vers un établissement éloigné du lieu de résidence de ses proches ou au régime plus sévère. Un refus de transfert (d'une maison d'arrêt vers un centre de détention) est susceptible d'avoir les mêmes conséquences pour la personne incarcérée. Or dans une affaire Rizzutti II³⁴⁴, le Tribunal administratif de Strasbourg a jugé qu'une telle décision constituait une mesure d'ordre intérieur, malgré ses conséquences sur la situation du détenu. Bien que susceptible de provoquer des troubles psychiques et physiques (perte de mémoire, d'équilibre, difficultés d'élocution, voire folie), l'isolement carcéral, qui frappe les prisonniers les plus récalcitrants, ne constitue pas une mesure disciplinaire aux termes de l'article D. 283-2 du Code de

³⁴⁰ En outre, certaines de ces nouvelles sanctions correspondent à des fautes du troisième groupe (négliger d'entretenir ou de préserver la propreté des locaux, entraver ou tenter d'entraver les activités de formation, de travail, culturelles ou de loisir). Or on peut considérer que ces manquements concernent manifestement la seule discipline intérieure de l'établissement, pour reprendre la terminologie de la Cour de Strasbourg, ce qui justifierait de les maintenir dans la catégorie des mesures d'ordre intérieur.

³⁴¹ J.P. Céré, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison, JCP, Ed° G, 2001, I-316, p. 871.

³⁴² F. MODERNE, op. cit., p. 825

³⁴³ Mais pour cette catégorie, nous verrons que l'applicabilité éventuelle de l'article 6 n'en est pas nécessairement affectée

³⁴⁴ TA Strasbourg, 20/02/1998, cité in M. Herzog-Evans, J. P. Céré, La discipline pénitentiaire, D., 1999, Chron., p. 514.

procédure pénale et de ce fait continue d'être qualifiée de mesures d'ordre intérieur par les juges administratifs³⁴⁵. On peut douter que cette qualification soit conforme à la réalité. Premièrement, l'isolé fait l'objet d'une surveillance plus étroite ; il est placé dans un quartier spécial et se trouve privé de tous contacts avec les autres détenus, comme de quasiment toutes les activités³⁴⁶. Contrairement à ce que suggère l'article D. 283-2, le régime de la détention n'est donc pas ordinaire. Deuxièmement, l'expérience montre que cette mesure peut faire suite à une faute disciplinaire : ainsi dans une affaire Morales, le requérant a bel et bien été puni par ce biais, pour avoir tenté une évasion³⁴⁷. L'isolement constituant une sanction déguisée, le juge de l'application des peines le prend souvent en considération pour refuser un aménagement de la peine. C'était d'ailleurs ce que plaidait le requérant dans l'affaire S. Troisièmement, la qualification de mesure d'ordre intérieur fait l'impasse sur l'évolution du droit pénitentiaire, qui sous l'influence de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, tend à se pénaliser au delà de la stricte sphère disciplinaire. Ces différentes considérations incitent donc à penser que de telles mesures coercitives devraient être requalifiées, et que l'article 6 devrait s'appliquer aux procédures y conduisant.

*

En conclusion, il est possible de dire que l'applicabilité du droit à un procès équitable en milieu carcéral s'impose à des degrés divers. S'agissant des sanctions disciplinaires proprement dites, le critère tiré de leur gravité doit être relativisé. Il est vrai que certaines d'entre elles, apparemment mineures, ne peuvent être prononcées qu'à raison d'infractions déterminées. Il s'ensuit qu'avant même le début de la procédure, l'administration pénitentiaire peut avoir une idée de la sanction qu'elle va prononcer. Mais dans la plupart des cas et sous réserve de l'exigence de proportionnalité, elle n'est pas en mesure de préjuger de sa décision. De ce fait, les garanties de l'article 6 devraient s'appliquer à la procédure disciplinaire, dès lors que le détenu s'expose à une punition de cellule, même s'il ne se voit finalement infligé qu'une sanction mineure. Car autant le juge peut raisonner a posteriori sur les principes qui auraient dû être respectés en l'espèce, au vu de la sanction qui a été effectivement prononcée et des conséquences qu'en a éventuellement tiré le juge d'application des peines, autant l'administration doit organiser la procédure avant de le savoir... Cette contrainte d'ordre pratique tempère donc l'intérêt de la distinction entre sanctions mineures et punitions de cellule. S'agissant en revanche des sanctions occultes ou de la détention disciplinaire préventive, leur qualification apparaît décisive. En l'état actuel du droit, elle est telle que les contraintes européennes ne semblent pas

³⁴⁵ CE, 28/02/1996, Fauqueux, D., 1996, IR, p. 134 ; CE, 6/06/2001, S., D., 2001, n°34, p. 2785, note M. Herzog-Evans.

³⁴⁶ M. Herzog-Evans, Les droits de la défense et la prison. Actualité du droit pénitentiaire français, *RTDH*, 2001, n° 45, p. 24

³⁴⁷ TA Limoges, 30/04/1998, Morales, cité in M. Herzog-Evans, J. P. Céré, La discipline pénitentiaire, D., 1999, Chron., p. 514.

pouvoir s'imposer. Mais compte tenu de leurs conséquences sur la situation du détenu, les mesures d'isolement carcéral et de transfert au moins devraient être qualifiées de sanctions pénales au sens de la Convention, en particulier lorsqu'elles sont utilisées à des fins disciplinaires. La même conclusion vaut d'évidence pour les décisions du JAP touchant à la libération anticipée du détenu. Ces différentes précisions montrent cependant qu'il n'est pas possible de raisonner de manière globale.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'analyse du droit interne confirme que le critère de la « matière pénale » est contingent et sélectif, en ce sens qu'il ne fait pas tomber dans le champ de l'article 6 des contentieux dans leur ensemble, mais des procédures spécifiques voire certains stades de la procédure. A ce titre, les sanctions pécuniaires représentent le domaine principal de la judiciarisation. Elles facilitent l'assimilation d'autorités administratives à des juridictions et déterminent l'applicabilité de l'article 6 à des procédures de nature variées. Les sanctions pénitentiaires en revanche n'impliquent que des autorités bien particulières. Leur qualification en outre est plus souvent sujette à caution et rencontre de plus grands obstacles en droit interne. Il s'ensuit que les contours de la judiciarisation dans ce cadre ne sont pas encore précisément fixés. L'hypothèse de travail, selon laquelle ce type de sanction ne correspond qu'à un domaine « accessoire », est donc avérée.

Même si elle se manifeste de manière inégale, l'attractivité de l'article 6 n'est cependant pas démentie. L'interprétation autonome de « matière pénale » ignore les spécificités respectives des contentieux fiscal, pénitentiaire et conduit finalement à les éroder. Vu la souplesse de ses éléments de définition, on doit envisager que la notion de « droits et obligations de caractère civil » entraîne une judiciarisation tout aussi, sinon plus, large.

CHAPITRE III – LA JUDICIARISATION FONDEE SUR LE CRITERE DU CARACTERE CIVIL DES DROITS ET OBLIGATIONS EN CAUSE

A la différence de la notion de « *matière pénale* », celle de « *droits et obligations de caractère civil* » n'a pas fait l'objet d'une définition précise. Après avoir écarté la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée et celle de l'autorité compétente en la matière, après avoir appliqué la méthode pragmatique du bilan, consistant à mettre en balance les aspects de droit public et de droit privé d'une situation, la Cour tend à privilégier aujourd'hui le critère de la patrimonialité (cf. *supra*, Chapitre I, section I). En ce sens, une contestation intéresse la matière civile lorsqu'elle est susceptible d'affecter par exemple le droit de propriété d'une personne, ses ressources ou les moyens de se les procurer. Les droits en cause ne sont pas toutefois de même nature : on peut ainsi distinguer entre ceux dont les implications patrimoniales ne sont qu'indirectes (droit d'accès à une profession ou droit de l'exercer) et ceux dont le caractère patrimonial ou pécuniaire est « immédiat » (droit de propriété, droit à des prestations sociales).

Cette dichotomie, pour n'être pas déterminante dans la jurisprudence européenne, s'impose en revanche dans le champ de la recherche. Au vu des pouvoirs dont sont investies les instances disciplinaires ou les autorités de régulation, le critère de l'incidence sur les activités professionnelles semble en effet constituer le facteur principal de judiciarisation au titre de la matière civile : il conduit à faire relever de l'article 6 des mesures extrêmement diversifiées dans des domaines variés (section I). En revanche, l'incidence sur le patrimoine des intéressés, à l'exclusion de toute implication professionnelle, ne favorise l'extension des garanties du procès équitable qu'à des contentieux spécifiques. Ce second critère constitue donc, par comparaison, un facteur accessoire d'applicabilité de l'article 6 (Section II).

Section 1 - Un facteur principal d'applicabilité : l'incidence sur l'activité professionnelle

Virginie Claude et Nicolas Rambion

Après avoir envisagé la typologie des différentes mesures émises par les organes soumis à notre étude (§1), seront prises en compte les mesures qui ressortissent du champ matériel de la matière civile (§2). Au delà du critère matériel, il faudra envisager l'approche du juge administratif revisitant le critère organique en critère *fonctionnel* (§3).

§ 1 - La typologie des mesures émises par les organes envisagés

Les organes envisagés dans le champ de cette étude appartiennent principalement à deux grandes catégories : les juridictions spécialisées et les autorités administratives indépendantes.

Parmi les nombreuses juridictions spécialisées³⁴⁸, on peut ranger les ordres professionnels lorsqu'ils statuent dans le cadre du contentieux disciplinaire³⁴⁹ et les différents organes qui interviennent en matière disciplinaire dans le contentieux de la fonction publique (ex : Conseil supérieur de l'éducation et Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche - ci-après CNESER).

Au niveau des autorités administratives indépendantes³⁵⁰, qui elles aussi sont en nombre important, nous pouvons voir le Conseil supérieur de l'audiovisuel (ci-après CSA), l'Autorité de régulation des télécommunications (ci-après ART), le Conseil de la concurrence et la Commission de opérations de bourse (ci-après COB).

La Commission bancaire, elle, appartient concurremment aux deux catégories³⁵¹ : son pouvoir disciplinaire la classe parmi les juridictions spécialisées, ses attributions extra-juridictionnelles la rangent parmi les autorités administratives indépendantes.

³⁴⁸Voir notamment : M. Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, LGDJ, 1996 ; C. Meme, *Juridictions administratives spécialisées, Répertoire Dalloz de contentieux administratif*.

³⁴⁹Outre, fonctionnellement, leur compétence disciplinaire, les ordres professionnels sont organiquement et matériellement des personnes morales de droit privé chargées de gérer un service public ; dans ce cadre elles exercent notamment un pouvoir réglementaire et peuvent, à l'égard des professionnels, prendre des mesures individuelles (voir *infra*) : CE, 2/04/1943, Bouguen, *Leb.*, p. 86. Se reporter à : D. Linotte, A. Mestre et R. Romi, *Services publics et droit public économique*, Litec, 1995, 3^{ème} éd°, § 575 et s., spéc. § 594 et s.

³⁵⁰On peut se reporter à : J.-L. Autin, *Les autorités administratives indépendantes, Juris-Cl. Adm.*, fasc. 75 ; M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1994, 2^{ème} éd°. Voir le récent rapport public du Conseil d'Etat (*EDECE*), *Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, 2000.

³⁵¹Voir M. Contamine-Raynaud, *La Commission bancaire, autorité et juridiction*, in *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 407.

La nature du Conseil des marchés financiers (ci-après CMF) fait qu'il est difficile de procéder à son classement dans une catégorie particulière d'organe, car aux imprécisions des textes et de la jurisprudence s'ajoutent en toute logique des divergences doctrinales³⁵². D'aucuns résumeront avec sagesse qu'il se trouve « *à la frontière tenue qui sépare les autorités administratives indépendantes des juridictions disciplinaires* »³⁵³.

Pour ces différents organes, six types de mesures³⁵⁴ peuvent être recensées³⁵⁵ : mesures réglementaires (A), mesures individuelles (B), mesures préventives (C), sanctions administratives (D), sanctions disciplinaires (E) et mesures conservatoires (F)³⁵⁶.

A - Les mesures réglementaires

Les autorités administratives indépendantes peuvent être investies d'un pouvoir réglementaire, même s'il semble limité³⁵⁷.

Par exemple, le CSA a la possibilité d'édicter des textes concernant la communication politique, les émissions de télé-achat ou encore les règles de procédure que devront respecter les opérateurs pour se faire octroyer des autorisations d'émettre. L'ART, de son côté, élabore, après homologation du ministre des télécommunications, les règles techniques relatives à l'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public ainsi que celles relatives à la fourniture au public du service téléphonique. Le CMF, quant à lui, établit son propre règlement général, homologué par arrêté du ministre de l'économie et des finances après avis de la COB et de la Banque de France, dans lequel il va fixer les règles et les principes qui devront être respectés par les entreprises d'investissement et

³⁵²Pour un résumé de ces imprécisions, voir : F. Sudre, note sous CE, 3/12/1999, *JCP*, G, 2000, II, 10267, p. 422, spéc. p. 424.

³⁵³M. Guyomar et P. Collin, *Chronique*, *AJDA*, 2000, p. 126, spéc. p. 131.

³⁵⁴Ne sont pas prises en compte dans le champ pertinent de notre étude les mesures adoptées par les différents organes dans le cadre de leurs attributions consultatives diverses (Conseil supérieur de l'éducation, ART, CSA ou COB...).

³⁵⁵Afin d'éviter des renvois successifs et intempestifs pour les nombreuses mesures adoptées par chaque organe, nous renvoyons en annexe (voir *infra*) aux différents textes les régissant.

³⁵⁶Face à l'abondance des mesures et sanctions, les exigences de l'étude ont parfois conduit à des regroupements simplificateurs ou à des abandons volontaires de dispositions précises, futiles, trop détaillées et qui morcelleraient au-delà du raisonnable la présentation de celles-ci.

³⁵⁷Même si l'article 21 de la Constitution confère au Premier ministre l'exercice du pouvoir réglementaire, cette disposition « *ne fait pas obstacle à que le législateur confie à une autorité de l'Etat, (...), le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi* » (CC, 18/09/1986, DC 86-217, *AJDA*, 1987, p. 102, note P. Wachsmann). Cependant, cette habilitation est restreinte, car elle « *ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* » (CC, 17/01/1989, DC 88-268, *RFDA*, 1989, note B. Genevois) : le Conseil constitutionnel censure des dispositions de la loi du 17 janvier 1989 confiant au CSA le pouvoir réglementaire en matière de publicité et de communication institutionnelle. Dans sa décision du 23/07/1996, le Conseil constitutionnel note que la compétence réglementaire de l'ART est « *limitée dans son champ d'application* » (DC 96-378, *RFDC*, 1996, p. 823, note J. Tremeau). Voir pour un exemple de contrôle du pouvoir réglementaire par le Conseil d'Etat : CE, 16/11/1990, SA La Cinq, *RFDA*, 1991, p. 635, note D. Truchet.

les établissements de crédit évoluant sur les marchés financiers qu'il contrôle. La COB élabore pareillement des règlements relatifs au fonctionnement des marchés et aux pratiques professionnelles que devront respecter les opérateurs.

Les ordres professionnels disposent également d'un pouvoir réglementaire³⁵⁸, qui semble là aussi limité. En effet, si originellement les ordres professionnels disposaient d'un pouvoir réglementaire propre et étendu qui s'illustre par le pouvoir d'édicter des règles déontologiques touchant les professionnels (on pense notamment aux fondamentaux codes de déontologie) et plus subsidiairement des textes comme des règlements intérieurs et des textes relatifs à leur fonctionnement et aux procédures de leurs organes administratifs et disciplinaires, il semble que ce pouvoir réglementaire ait perdu de sa superbe pour se muer en simple pouvoir de préparation et de consultation préalable à une édicition par voie décrétable³⁵⁹.

B - Les mesures individuelles

Le CMF délivre aux entreprises d'investissement et aux établissements de crédit une approbation de leur programme d'activité, qui leur permet de fournir leurs services sur les marchés financiers. Pour des cas particuliers, le CMF délivre aux opérateurs un agrément, une habilitation spécifique, une carte professionnelle. Le CMF donne son accord aux opérateurs afin que ceux-ci puissent déléguer ou sous-traiter l'organisation, l'enregistrement, la publicité et la suspension des négociations et des transactions.

On peut aussi ranger dans les mesures individuelles les décisions des ordres professionnels qui autorisent une personne à s'inscrire au tableau, ou encore les décisions du CSA désignant les responsables des sociétés de programme du secteur public, les autorisations d'émettre pour les opérateurs privés et les mesures qui répartissent le temps d'antenne en matière de communication institutionnelle. L'ART adopte également des décisions individuelles concernant l'attribution de ressources techniques nécessaires aux activités de télécommunication ou approuve le catalogue publié par les opérateurs.

Cependant ce pouvoir de prendre des mesures individuelles positives s'accompagne également de celui de prendre les mesures en sens inverse. C'est à dire refuser de délivrer une autorisation, une approbation, un agrément, une habilitation...

³⁵⁸J.-M. Auby, Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels, *JCP*, G, 1973, I, 2545.

³⁵⁹Voir M. Lascombe, Les ordres professionnels, *AJDA*, 1994, p. 855, spéc. pp. 856-858. A titre d'exemple : l'article L. 366 du Code de la Santé publique, concernant le pouvoir réglementaire de l'ordre des médecins, dispose que « *Le code de déontologie (...) préparé par le Conseil national de l'ordre est soumis au Conseil d'Etat, est édicté sous la forme d'un règlement d'administration publique* ».

Au surplus on peut voir que, pour des raisons qui tiennent à l'état physique ou mental du professionnel, les ordres professionnels peuvent, en vertu de leur pouvoir de police, suspendre ou interdire à une personne l'exercice de son activité.

C - Les mesures préventives

Souvent préambules à la sanction, les mesures préventives sont présentes dans de nombreuses procédures. Elles ont la même nature que les sanctions administratives mineures (voir *infra*). Le non respect de ces mesures amène l'organe à adopter des sanctions. Parmi ces mesures, on trouve des injonctions (Conseil de la concurrence, COB, CMF, Commission bancaire et CSA), des mises en garde (Commission bancaire et CMF), des recommandations (Commission bancaire) et des mises en demeure (CSA et ART).

D- Les sanctions administratives (autres que disciplinaires)

Certaines sanctions administratives ont un caractère mineur. Parmi celles-ci, on peut ranger les injonctions que peut prendre la COB à l'encontre d'un opérateur dont la pratique peut altérer le fonctionnement des marchés ou celles pouvant être prises par le Conseil de la concurrence afin qu'une entreprise mette fin à une pratique anticoncurrentielle. On peut aussi recenser les mises en garde du CMF envers les dirigeants d'entreprises financières qui manqueraient à leurs obligations professionnelles ou encore les mises en demeure et injonctions prononcées par le CSA à l'encontre d'un opérateur ne respectant pas la réglementation audiovisuelle. Le CSA peut également formuler des observations publiques au conseil d'administration des entreprises publiques de l'audiovisuel qui auraient gravement manqué aux obligations leur incombant ou encore obliger l'opérateur à diffuser un communiqué sur ses ondes à un horaire qu'il aura choisi.

A côté de ces sanctions mineures, on retrouve des sanctions administratives substantielles. Au titre de ses pouvoirs de police, la COB peut retirer l'agrément donné à un opérateur. Le Conseil de la concurrence et la COB peuvent prendre des sanctions pécuniaires, dont le montant sera proportionné aux manquements aux règles de la concurrence (Conseil de la concurrence) ou à celles relatives au fonctionnement des marchés (COB).

Le CSA peut infliger aux opérateurs une suspension de l'autorisation ou d'une partie du programme, la réduction de la durée d'autorisation, une sanction pécuniaire, un retrait d'autorisation, une sanction pécuniaire ou encore, pour Canal +, la déchéance de ses droits de concessionnaire.

Lorsque les exploitants des réseaux et les fournisseurs de services manquent à leurs obligations légales ou réglementaires, l'ART peut suspendre leur autorisation, la réduire ou la retirer, voire même leur infliger une sanction pécuniaire.

Sanction spécifique de la Commission bancaire : la nomination d'un administrateur ou d'un liquidateur auprès de l'établissement de crédit qui a commis des manquements aux règles en vigueur.

E - Les sanctions disciplinaires

Les organes pouvant prononcer des sanctions disciplinaires sont les ordres professionnels, les organes disciplinaires de la fonction publique, la COB et la Commission bancaire.

En établissant une liste à *la Prévert*, les sanctions pouvant être prononcées sont : l'avertissement (ordres professionnels, Conseil supérieur de l'éducation, CNESER, COB, Commission bancaire), la réprimande (ordres professionnels), le blâme (ordres professionnels, Conseil supérieur de l'éducation, CNESER – plus globalement l'ensemble des contentieux de la fonction publique –, COB, Commission bancaire), l'interdiction à titre temporaire ou définitif d'exercer (COB, ordres professionnels), l'interdiction d'exercer certaines opérations (Commission bancaire), la suspension temporaire – avec ou sans nomination d'un administrateur provisoire (Commission bancaire) –, le retrait temporaire ou définitif de la carte professionnelle (COB), la radiation (COB, ordres professionnels) – avec ou sans nomination d'un liquidateur (Commission bancaire) –, la démission d'office – avec ou sans nomination d'un administrateur provisoire (Commission bancaire) –, une sanction pécuniaire (COB et Commission bancaire – dans les deux cas la sanction pécuniaire est en sus ou à la place des autres sanctions ; pour la Commission bancaire depuis la loi du 25 juin 1999, il est possible d'interdire ou de limiter la distribution des dividendes aux actionnaires ou la rémunération des parts sociales aux actionnaires), la saisine d'autres organes disciplinaires compétents (COB), la radiation du tableau d'avancement, l'abaissement d'échelon, l'exclusion temporaire, le déplacement d'office, la rétrogradation, la mise à la retraite d'office et la révocation (ces dernières sanctions sont spécifiques à la fonction publique), l'interdiction de diriger un établissement ou d'enseigner (pour les enseignants relevant du Conseil supérieur de l'éducation et CNESER), l'exclusion d'un établissement à titre temporaire ou définitif, l'interdiction de subir tout examen conduisant à l'obtention d'un titre ou d'un diplôme de manière temporaire ou définitive, l'interdiction de prendre toute inscription dans un établissement public pour une durée maximum de cinq ans (ces dernières sanctions concernent les usagers relevant du Conseil supérieur de l'éducation et du CNESER).

En outre, on peut préciser qu'à l'encontre des professionnels de la santé, des sanctions disciplinaires spécifiques peuvent être prononcées par la section des assurances sociales de chaque organe dans le cadre du contentieux technique (voir *infra*) : le remboursement du trop perçu aux assurés sociaux et/ou le remboursement du trop remboursé aux organismes de sécurité sociale.

De son côté, le CMF³⁶⁰ peut, à l'égard des prestataires de services d'investissement, des membres d'un marché réglementé, des entreprises de marché et de chambres de compensation qui ont manqué à leurs obligations professionnelles infliger un avertissement, un blâme, une interdiction définitive ou temporaire d'exercer tout ou partie des services. Le CMF peut infliger en plus ou à la place de telles sanctions une sanction pécuniaire. A l'égard des personnes placées sous autorité ou agissant pour le compte des prestataires de services d'investissement, des entreprises de marché et des chambres de compensation et qui ont manqué à leurs obligations professionnelles, il peut infliger un blâme, un avertissement, retirer de manière définitive ou temporaire la carte professionnelle et, à la place ou en sus de ces sanctions, infliger une sanction pécuniaire.

F - Les mesures conservatoires

Elles sont toutes de nature différente, mais sont requises par l'urgence. Ainsi les personnes contre lesquelles le CMF engage une procédure de sanction (voir *supra*) sont susceptibles d'être suspendues. C'est également le cas dans le cadre des contentieux de la fonction publique, où l'agent auquel on reproche une faute grave peut, dans l'intérêt du service, être suspendu. Selon une même approche fondée sur la continuité du fonctionnement des réseaux, l'ART peut, en cas d'atteinte grave et immédiate, ordonner des mesures conservatoires. Dans le domaine audiovisuel, le président du CSA peut saisir le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat afin que celui-ci ordonne par voie de référé à l'opérateur de se conformer à ses obligations et de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets. Pour ce faire, le président de la section du contentieux peut ordonner une mesure conservatoire ou prononcer une astreinte³⁶¹. Le Conseil de la concurrence peut lui aussi, lorsque la pratique anticoncurrentielle est susceptible de porter une atteinte grave et immédiate à l'économie ou à l'entreprise plaignante, ordonner des mesures conservatoires commandées par l'urgence : il enjoint l'opérateur concerné de mettre fin à la pratique litigieuse.

³⁶⁰Les difficultés tenant à la qualification du CMF (voir *supra*) font qu'elles se répercutent matériellement sur la nature des sanctions qu'il adopte. S'apparentant sous certains aspects à une juridiction spécialisée – comme peuvent l'être les ordres professionnels lorsqu'ils statuent disciplinairement – grâce à plusieurs indices d'ordre organique (collégialité et origine professionnelle de ses membres) ou matériel (il assure le respect des règles professionnelles et les sanctions sont en partie similaires à celles qui sont infligées dans les procédures disciplinaires des ordres professionnels), il n'en est pas pour autant une formellement au titre de la loi. Dès lors, même si les sanctions adoptées n'ont pas formellement une nature disciplinaire [voir R. Chapus (*Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 1999, 13^{ème} éd°, § 1354, p. 1126) qui voit les sanctions du CMF comme des sanctions administratives], nous intégrons ces sanctions dans le champ disciplinaire, car le juge admet explicitement la fonction disciplinaire de l'organe (« *le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire...* » : CE, 3/12/1999, Didier, req. 207434).

³⁶¹Sur cette procédure de « *référé audiovisuel* », voir R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2001, 9^{ème} éd°, p. 1290, § 1656.

§ 2 - Le champ matériel de la matière civile

Le palette étendue d'éléments constitutifs du champ matériel de la matière civile (A) participe de l'indéniable « *extension tous azimuts du champ d'application de l'article 6* »³⁶². Cependant certaines zones d'ombres subsistent : elles se présentent alors comme des limites à ce champ matériel (B).

A - Les éléments constitutifs du champ matériel

Si de très nombreuses mesures et sanctions se révèlent être des éléments certains de la matière civile (1), pour d'autres, *a priori* plus sujets au doute de par leur nature, il se présentent néanmoins comme des éléments attirés à celle-ci (2).

1 - Des éléments certains

Relèvent à n'en pas douter de la matière civile, car ayant une incidence certaine sur l'activité professionnelle et donc sur la possibilité d'exercer ou de continuer à exercer ladite activité si l'on s'en tient d'une part aux formules indicatives de la Cour européenne des droits de l'homme³⁶³ et d'autre part aux formules utilisées par le juge national selon lesquelles ces sanctions « *sont susceptibles de porter atteinte à l'exercice du droit d'exercer* »³⁶⁴ une profession, les diverses sanctions suivantes qui ont pu être recensées dans les contentieux étudiés : l'interdiction d'exercer à titre temporaire ou à titre permanent, la radiation du tableau (sanctions ordinales et contre les prestataires de services agréés pour exercer la gestion de portefeuille pour le compte de tiers – COB – ; de même que, mis à part la radiation, ce type de sanctions peut être prononcé par le CMF), le retrait de la carte professionnelle à titre permanent ou définitif (contre les personnes placées sous l'autorité ou agissant pour le compte des prestataires de services d'investissements – COB – ; sanction pouvant être également prononcée par le CMF), l'interdiction d'effectuer certaines opérations, la suspension temporaire, la démission d'office, la radiation de la liste des établissements agréés (sanctions relatives au secteur des banques et de établissements de crédit et pouvant être prises par la Commission bancaire), la révocation, la mise à la

³⁶²F. Sudre, L'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Rapport introductif), in *Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union européenne*, Actes du colloque des 4 et 5/12/2000 (Cour de cassation), La Documentation française, 2001, p. 27, spéc. p. 41.

³⁶³Voir par exemple : Cour EDH, König, 28/06/1978, A/27 (exploitation d'une clinique privée) ; Cour EDH, Pudas, 27/10/1987, A/125 (licence de transport public) ; Cour EDH, Tre Traktörer, 7/07/1989, A/159 (exploitation d'un débit de boissons alcoolisées) ; Cour EDH, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, 23/06/1981, A/43 (sanction prononcée par l'ordre des médecins) ; Cour EDH, H. c/ Belgique, 30/11/1987, A/127 (sanction prononcée par l'ordre des avocats).

³⁶⁴Selon la formule rituelle utilisée par le Conseil d'Etat, voir par exemple : CE, 20/10/1999, M. Des Moutis, req. 177112.

retraite d'office (sanctions prises dans le cadre du contentieux de la fonction publique), l'exclusion d'un établissement, l'interdiction de subir un examen, l'interdiction de prendre toute inscription dans un établissement public (pour ces trois dernières, il s'agit de sanctions pouvant être prononcées par le CNESER et le Conseil supérieur de l'éducation à l'encontre des usagers des établissements publics d'enseignement), la suspension, la réduction ou le retrait de l'autorisation d'émettre un programme, la déchéance des droits de concession (sanctions prononcées par le CSA), la suspension, la réduction ou le retrait de l'autorisation pour les opérateurs ayant accès au réseau des télécommunications (sanctions prononcées par l'ART), la suspension ou retrait d'autorisation pour les établissements de crédit et les entreprises d'investissement (sanctions prononcées par le CMF).

Relèvent également de la matière civile, mais cette fois-ci au titre plus marginal de l'incidence sur le patrimoine³⁶⁵, certaines sanctions disciplinaires spécifiques qui sont prononcées par les sections des assurances sociales placées près des conseils de discipline des ordres professionnels de la santé dans le cadre du contrôle technique contre les actes des médecins, pharmaciens et autres professionnels de la santé ayant pour conséquence d'altérer le fonctionnement équilibré du système de la Sécurité sociale³⁶⁶. En effet, si la majorité des sanctions – globalement les mêmes que celles prononcées dans le champ du contentieux disciplinaire classique (blâme, avertissement, interdiction permanente ou temporaire d'exercer) – ont une incidence sur l'activité professionnelle et relèvent indéniablement, comme nous l'avons vu, de la matière civile, il apparaît que, pour les cas d'abus d'honoraires³⁶⁷ ou d'abus de prix de vente dans lesquels le praticien devra rembourser à l'assuré le trop perçu ou reverser aux organismes de sécurité sociale le trop-remboursé, il s'agit incontestablement d'une incidence sur le patrimoine de celui-ci. Ce type de sanction met en avant le côté patrimonial du contentieux, qui paraît déterminant pour des droits et obligations de caractère civil au vu de la jurisprudence de Strasbourg en matière de prestations et de cotisations sociales de la matière civile³⁶⁸.

³⁶⁵ Les nominations d'un liquidateur ou d'un administrateur par la Commission bancaire peuvent aboutir respectivement à la liquidation des biens de l'établissement de crédit ou au dessaisissement de l'administration et de la disposition des biens de ce dernier. Ces mesures ont donc un caractère patrimonial certain.

³⁶⁶ Voir articles L. 145-1 et s. et R. 145-1 et s. du Code de la santé publique. Lire : J.-J. Dupeyrou, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 1998, 13^{ème} éd°, § 799 et s..

³⁶⁷ Il faut également mentionner que des contestations concernant le montant et le recouvrement des honoraires d'avocat peuvent être introduites, soit devant le Bâtonnier soit devant le Président du TGI, lorsque sont mis en cause les honoraires du Bâtonnier lui-même, de ses avocats et de ses collaborateurs (art. 174 à 179 du décret du 29/11/1991 organisant la profession d'avocat). Lorsqu'il est saisi, le Bâtonnier informe l'intéressé que faute d'une décision dans un délai de trois mois il lui appartiendra de saisir le premier Président de la Cour d'appel (Sur ce sujet, voir B. Blanchard, La fixation et le recouvrement de l'honoraire de l'avocat d'après la jurisprudence récente, *Gaz. Pal.*, 21-22/03/1997, doctrine, pp. 3-11). Leur issue apparaît d'autant plus déterminante pour des droits patrimoniaux privés qu'il ne s'agit plus de préserver l'équilibre financier d'un organisme public.

³⁶⁸ Cour EDH, Feldbrugge, 29/05/1986, A/99 ; du même jour : Deumeland, A/100 (attribution de prestations sociales) ; Cour EDH, Schouten et Meldrum, 9/12/1994, A/304, *AJDA*, 1995, p. 133, chronique J.-F. Flauss (paiement de cotisations de sécurité sociale).

Cependant, cette analyse n'est-elle pas mise en échec par le fait que cette structure disciplinaire *ad hoc* est composée de représentants d'organismes publics de sécurité sociale (un praticien conseil et un administrateur de caisse) qui lui confèrent un caractère administratif et que les sommes en jeu, objet du litige, relèvent pour partie du budget de l'Etat ? Ces éléments de droit public pourraient alors être facteurs d'exclusion à l'applicabilité de l'article 6 au titre de la matière civile... La Cour refuse ce raisonnement par son approche autonome de la notion « *de droits et obligations de caractère civil* », en procédant à une « *pesée des éléments de droit privé et de droit public* »³⁶⁹ dans le cadre de ces contentieux afférents aux prestations et cotisations sociales où se mêlent éléments de droit public et de droit privé³⁷⁰ et où ces derniers sont prépondérants, ce qui fait que « *leur prédominance confère au droit en cause un caractère civil* »³⁷¹. A ce niveau, l'invocation d'un droit subjectif de caractère patrimonial montre que « *l'intervention de la puissance publique semble de moins en moins exclusive du caractère civil* »³⁷². L'applicabilité de l'article 6 à ce contentieux disciplinaire particulier ne fait donc pas de doute puisque le Conseil d'Etat, dans la mouvance de la jurisprudence européenne, applique cet article aux contentieux impliquant une prestation ou une cotisation sociale³⁷³.

2 - Des éléments attrait

A côté des éléments certains relevant de la matière civile, on peut noter que ladite matière attire dans son champ des sanctions que l'on peut qualifier de mineures (a) ainsi que le contentieux de la fonction publique sous certaines réserves (b).

a - Les sanctions mineures

Certaines sanctions morales, comme le blâme, la réprimande ou l'avertissement, ne semblent pas avoir une incidence certaine et immédiate sur l'activité professionnelle. Le doute est donc *a priori*

³⁶⁹P. Mock, Le droit à un procès équitable en matière civile, *RTDH*, 1995, p. 385, spéc. p. 391.

³⁷⁰Se reporter aux arrêts cités précédemment en note infra-paginale. Voir F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 1999, 4^{ème} éd°, p. 223, § 146.

³⁷¹M. Melchior, La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Mélanges Velu*, Bruylant, 1992, p. 1327, spéc. pp. 1330-1331.

³⁷²J.-C. Soyer et M. de Salvia, Article 6, in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, 2^{ème} éd., p. 239, spéc. p. 251.

³⁷³CE, 29/07/1994, Département de l'Indre, *Leb.*, p. 363 ; *AJDA*, 1994, p. 750, chronique L. Touvet et H. Stahl (récupération de prestation d'aide sociale dans une succession) ; CE, Avis, 5/12/1997, Ministre de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie, *RFDA*, 1998, p. 1960 (prise en charge de cotisations patronales de sécurité sociale) ; CE, 27/03/1998, CCAS de la Rochelle et Département de la Saône-et-Loire, *Leb.*, p. 106 (refus d'octroi d'une aide sociale).

permis quant au caractère « civil » de telles sanctions mineures³⁷⁴ car, si l'on s'en tient à celles-ci, le juge européen estime par principe que « *les poursuites disciplinaires ne constituent pas d'ordinaire une contestation sur des droits et obligations de caractère civil* »³⁷⁵.

En effet, si l'on apprécie la jurisprudence de Strasbourg à l'aune de ce principe, ces sanctions semblent exclure l'applicabilité de l'article 6 au titre de la matière civile (et *a fortiori* au titre de la matière pénale). Comme le dit la Cour par une voie détournée et par un raisonnement *a contrario* à propos de la suspension du droit d'exercer une activité médicale, la suspension du droit de pratiquer la médecine, « *à la différence de certaines autres sanctions (avertissement, censure et réprimande)* [constitue] *une ingérence directe et substantielle dans l'exercice du droit de continuer à pratiquer l'art médical* »³⁷⁶. Ce *dictum* a laissé une partie de la doctrine plus que circonspecte³⁷⁷ à l'idée de faire entrer ces sanctions morales dans le champ civil. D'autres auteurs cependant contestaient leur exclusion³⁷⁸.

Pendant certains éléments mettent fin aux incertitudes et aux critiques. Ainsi la lumière vient de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, en dépit d'une formule des plus ambiguë, selon laquelle « *outré les sanctions de l'avertissement ou du blâme, les sanctions de suspension temporaire du droit d'exercer la profession ou la radiation du tableau... sont susceptibles de porter atteinte à l'exercice du droit d'exercer la profession, lequel revêt le caractère d'un droit civil au sens des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », fait entrer clairement – alors que le terme « *outré* » semble exclure de telles sanctions – les sanctions morales dans le champ de la matière civile³⁷⁹. Cette jurisprudence va être confirmée, d'abord, par un arrêt dans lequel le Conseil d'Etat³⁸⁰ distingue l'avertissement et le blâme des sanctions de radiation mais les inclut néanmoins dans la matière civile car la sanction est toujours susceptible de porter atteinte au droit d'exercer la profession et, ensuite, dans le cadre d'un contentieux impliquant un

³⁷⁴Le caractère mineur de certaines sanctions conduit à l'inapplicabilité de l'article 6 : Cour EDH, Engel et autres, 8/06/1976, A/22 ; voir P. Lambert, Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la CEDH, *RTDH*, 1995, p. 160, spéc. p. 165.

³⁷⁵Cour EDH, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, 23/06/1981, A/43, § 25.

³⁷⁶Cour EDH, Le Compte, Van Leuven et de Meyere, *op. cit.* § 49.

³⁷⁷Voir O. Dugrip, L'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux juridictions administratives, *RUDH*, 1991, p. 336, spéc. p. 344, § 30.

³⁷⁸P. Lambert, La Convention européenne des droits de l'homme et les procédures disciplinaires au sein des professions libérales, *RTDH*, 1990, p. 35, spéc. p. 42. L'auteur, d'une part, assimile les sanctions morales pouvant être infligées à des atteintes à l'honneur pouvant relever de la matière civile (du même auteur, lire à ce sujet : observations sous CA Poitiers, 3/10/1994, Me X c/ le procureur général près la Cour d'appel de Poitiers, *RTDH*, 1997, p. 135, spéc. p. 138) et, d'autre part indique qu'il n'y a pas en principe d'adéquation imposée à l'autorité disciplinaire qui prend la sanction entre une faute déontologique et un degré de gravité dans la sanction et, qu'en conséquent, la procédure doit être appréciée globalement en tenant compte des exigences de l'article 6. Pour une relativisation de ces critiques : J. Pralus-Dupuy, L'article 6 de la CEDH et les contentieux de la répression disciplinaire, *Rec.*, 1995, p. 729, spéc. pp. 732-733.

³⁷⁹Cette formule inscrite dans les arrêts précités Maubleu et L'Hermite est encore reprise dans CE, 9/11/1998, M. Compan, req. 152888 : réprimande prise à l'encontre d'un vétérinaire.

³⁸⁰Voir notamment CE, 19/06/2000, Mme B, req. n° 196741. De son côté, la Cour de cassation fait également application de l'article 6 aux sanctions disciplinaires mineures prises par l'ordre des avocats. Voir par exemple, pour un avertissement : Cass. civ. 1^{ère}, 5/10/1999, C. c/ Procureur général près CA de Basse-Terre, *JCP*, G, 1999, II, 10203, concl. J. Sainte-Rose.

usager d'un établissement public d'enseignement supérieur qui est condamné à un blâme. Dans ce dernier cas, pour le Conseil, si « *les sanctions sont de nature à priver l'intéressé de la liberté d'accéder aux professions soumises à une condition de diplôme, laquelle revêt le caractère d'un droit civil* »³⁸¹, alors l'article 6 s'applique à la procédure. Dans le même sens, de manière plus obscure, et même si la pertinence de l'argument peut être sujette à caution, la Cour de Strasbourg ne semble pas exclure de son raisonnement pour faire application de l'article 6 – comme elle pouvait le faire auparavant – les sanctions morales au titre de la matière civile et, au contraire, semblerait préférer l'ouverture à l'exclusion en vertu d'une lecture protectrice de la CEDH³⁸². Enfin, logiquement – et cet élément semble corroborer la jurisprudence du juge du Palais Royal –, les garanties du procès équitable doivent s'imposer sans préjuger de la sanction qu'encourt le justiciable, du simple blâme à la sanction qui aurait des répercussions plus lourdes sur la carrière de la personne³⁸³, car « *il eût été paradoxal que l'application aux juridictions disciplinaires du droit à un procès équitable introduisît une disparité au sein du droit disciplinaire entre les différents types de sanctions* »³⁸⁴.

Cette approche du champ civil habituel que propose le Conseil d'Etat est permise par une lecture extensive et protectrice de toute sanction et qui au final semble faire voler en éclats les critères classiques et apparents de « *l'incidence sur l'activité professionnelle* » pour étendre le champ de l'article 6 de la CEDH.

Certaines autorités peuvent faire précéder leurs sanctions proprement dites d'injonctions, de mises en garde, de recommandations ou de mises en demeure (voir *supra*). Ces mesures peuvent en outre être envisagées comme des sanctions mineures autonomes (voir *supra*). Dans tous les cas, ce type de mesures est apprécié en droit administratif comme des actes faisant grief, car « *dotée (s) d'une force coercitive considérable* »³⁸⁵ et, donc, pouvant faire l'objet d'un recours contentieux³⁸⁶.

³⁸¹CE, 3/11/1999, Zurmely, *Rec.*, p. 341 ; *RFDA*, 2000, p. 1079, concl. A.-F. Roul.

³⁸²Voir Cour EDH, Gautrin et autres, 20/05/1998 : le renvoi *global* à l'ensemble des sanctions (de l'avertissement à la radiation du tableau) pouvant être prononcées par la juridiction ordinaire au titre de la matière civile tient-il lieu d'indice (§ 33 de l'arrêt) ? ... même si les jurisprudences citées par le juge dans le même § de l'arrêt sont *a priori* exclusives (voir notamment *supra* Cour EDH, Le Compte, Van Leuven et De Meyere, *op. cit.*) à l'applicabilité de l'article 6.

³⁸³Voir : F. Moderne, Le juge administratif français et les règles du procès équitable, *RUDH*, 1991, p. 352, spéc. pp. 365 et 368. Lire également J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, pp. 370-371, § 415 : les auteurs décrivent l'application *souple* par la Cour de cassation belge de l'article 6 à l'ensemble de la procédure disciplinaire, quelle que soit la sanction encourue (absence d'une échelle de sanctions) : les sanctions disciplinaires mineures « profitent » du caractère substantiellement civil des autres sanctions (suspension, interdiction d'exercer). Ainsi, cette distinction entre sanctions disciplinaires mineures et sanctions disciplinaires majeures n'est pas pour autant exclusive d'un traitement global du contentieux disciplinaire au titre de la matière civile. Cette position défendue par le juge belge semble adoptée par le juge français.

³⁸⁴J. Andriantsimbazovina, La fin d'une résistance du Conseil d'Etat de France à la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme : l'application de l'article 6§1 de la CEDH aux juridictions disciplinaires, *RTDH*, 1998, p. 365, spéc. p. 390.

³⁸⁵J.-L. Autin, Les autorités administratives indépendantes, *Juris.- Cl. Adm.*, fasc. 75, § 35.

³⁸⁶Voir, pour une mise en demeure du CSA : CE, 14/06/1991, Association Radio-Solidarité, *RFDA*, 1992, p. 1016, note J.-L. Autin.

Dès lors, si elles ont une incidence sur l'exercice de l'activité professionnelle – ou sur le patrimoine de l'opérateur (ex : mise en demeure de stopper la diffusion d'un programme, injonction de ne plus proposer un service...) – il semble que ces mesures puissent entrer dans le champ « matière civile » de l'article 6, en vertu de la jurisprudence européenne classique que l'on vient de voir.

Il en est de même pour les communiqués du CSA³⁸⁷. En effet, même si la difficile appréciation de sa portée rend son incidence sur le patrimoine de l'opérateur ou sur l'exercice de son activité sujette à caution, un communiqué peut être assimilé à une sanction de type moral comme un blâme ou un avertissement. L'interprétation extensive opérée par le juge interne concernant ces sanctions au niveau des ordres professionnels peut servir de voie de réflexion.

L'absence de jurisprudence européenne et nationale sur ces différents thèmes ne peut nous permettre, à ce stade de l'étude, que de nous confondre en hypothèses. Néanmoins ces hypothèses sont favorables à ce que ce type de mesures soit un vecteur d'attraction pour la matière civile.

b. Les sanctions prises dans le cadre de la Fonction publique

Longtemps, la Fonction publique s'est trouvée en partie exclue du champ d'application de la Convention³⁸⁸. Pour les fonctionnaires, l'applicabilité des dispositions conventionnelles n'est pas évidente, du fait du lien particulier qui les unit à l'Administration³⁸⁹. A cet égard, le critère des fonctions exercées par le requérant est important. Ainsi, dans le domaine de la fonction publique de l'enseignement, il semble que, jusqu'en 2000, une distinction ait été opérée par la Haute juridiction dans l'application de l'article 6§1 aux procédures des organes disciplinaires – tels le CSE ou le CNESER – entre les usagers et les personnels enseignants. En effet, dans son arrêt *Zurmely*³⁹⁰, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à appliquer l'article 6§1 à la procédure devant le CNESER dans la mesure où le sieur Zurmely, étudiant à l'université – donc usager d'un établissement d'enseignement supérieur – et condamné à un blâme par la section disciplinaire du conseil d'administration, a demandé en appel devant le CNESER la publicité de l'audience. En revanche, la Haute juridiction refusait de l'appliquer

³⁸⁷ Voir S. Clement-Cuzin, Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, *AJDA*, n° spécial, 2001, p. 111, spéc. p. 113.

³⁸⁸ Voir, entre autres, J.-C. Soyer et M. de Salvia, Article 6, in L.-E. Pettiti (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Economica, 1999, 2^{ème} éd., pp. 251-253 ; A. Fitte-Duval, La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme, *AJDA*, 1997, p. 731 ; J.-C. Soyer, Retour discret de la raison d'Etat dans ces Etats soumis à la raison du droit, *Mélanges Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 661 ; P. Tavernier, Faut-il réviser l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ?, *Mélanges Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 707 ; D. Yernaut, Procession d'Eternach à Strasbourg ? Le droit des fonctionnaires à un procès équitable et l'exercice de la puissance publique, *RTDH*, 1998, n°34, p. 307 ; J. Kissangoula, Remarques sur une jurisprudence européenne controversée: l'application de l'article 6§1 de la CEDH au contentieux de la fonction publique, *RFDA*, 2000, p. 126.

³⁸⁹ Voir le Hors-série de la *Rev. Droit administratif*, « Le droit de la fonction publique », dix ans de jurisprudence 1990-2000, décembre 2000.

³⁹⁰ CE, 3/11/1999, Zurmely, req. n°203748, *Rec.*, p. 341 ; *RFDA*, 2000, p. 1082.

à ces organes disciplinaires lorsqu'ils examinaient des plaintes formées contre les enseignants³⁹¹. Cependant, un directeur d'un établissement privé d'enseignement se verra appliquer l'article 6§1. Etant un salarié de droit privé, le requérant s'est vu condamné à une interdiction temporaire de diriger un établissement libre d'enseignement secondaire. La sanction a été qualifiée de contestation portant sur des « droits et obligations de caractère civil » au sens de l'article 6§1 par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Massard*³⁹².

Entendue de manière autonome³⁹³, cette notion de "droits et obligations de caractère civil" ne s'arrête pas à la qualification nationale³⁹⁴. Même si la mesure est administrative, elle rentre dans la matière civile au sens de l'article 6§1³⁹⁵ si elle a de fortes incidences d'ordre professionnel ou patrimonial, selon le critère matériel retenu.

Se fondant longtemps sur un critère patrimonial, la Cour européenne des droits de l'homme appliquait l'article 6§1 aux fonctionnaires de manière circonstanciée³⁹⁶, puisque prédominait un principe général d'exclusion³⁹⁷. Pour appliquer l'article 6§1 à un litige opposant une personne publique à l'un de ses agents, il fallait un droit purement ou essentiellement patrimonial et l'absence de mise en cause des compétences discrétionnaires de l'administration³⁹⁸. Ainsi, les litiges impliquant un fonctionnaire ou un agent public ressortissaient du champ d'application de l'article 6§1 dès lors qu'était en cause une demande à caractère patrimonial, tel le contentieux de la rémunération³⁹⁹, le contentieux des pensions⁴⁰⁰ ou de reconstitution de carrière⁴⁰¹. Toutefois, l'article 6§1 ne trouvait pas à s'appliquer lorsque étaient en cause l'exercice des prérogatives discrétionnaires de l'administration et ce qui touchait au recrutement, à la carrière ou à la cessation d'activité du fonctionnaire⁴⁰². Cependant, l'utilisation de ce critère patrimonial étant d'application délicate (comme l'a montré l'arrêt *Neigel*⁴⁰³), la détermination du litige comme se rapportant à la carrière de l'agent est critiquable dans la mesure où la

³⁹¹CE, 28/09/1998, Notin, n°159236, Tables du Lebon, cité par A.-F. Roul, La publicité des débats devant les juridictions universitaires, *RFDA*, 2000, p. 1081.

³⁹²CE, 10/01/2000, Massard, req. n°190041.

³⁹³Cour EDH, 28/06/1978, König c/ RFA, A/27.

³⁹⁴Pour plus de précisions, voir G. Sperduti, Sur la notion de « droits et obligations de caractère civil » dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges Dupuy*, Pedone, 1991, p. 279 ; F. Sudre, Le recours aux « notions autonomes », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 93 et s.

³⁹⁵J.-C. Soyer et M. de Salvia, *op. cit.*

³⁹⁶Voir entre autres Cour EDH, 26/11/1992, Lombardo c/ Italie ; 24/08/1993, Massa c/ Italie ; 17/03/1997, Neigel c/ France ; 19/02/1998, Huber c/ France ; 9/06/1998, Maillard c/ France ; 24/08/1998, Couez c/ France...

³⁹⁷P. Wachsmann, Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique, *RTDH*, 2000, n°44, pp. 834-836 et Cour EDH, 8/12/1999, Pellegrin c/ France, req. n°28541/95, § 59.

³⁹⁸P. Wachsmann, *op. cit.*, pp. 836-837.

³⁹⁹Cour EDH, 2/09/1997, De Santa c/ Italie, *Rec.* 1997-V, p. 1663.

⁴⁰⁰Cour EDH, 26/11/1992, F. Lombardo c/ Italie, A/249-B ; Massa c/ Italie, A/265-B.

⁴⁰¹Cour EDH, 24/08/1993, Scuderi c/ Italie, A/265-C.

⁴⁰²Cour EDH, 24/08/1998, Benkessiouer c/ France et Couez c/ France, 1998-V, p. 2287 et 2265 ; 29/07/1998, Le Calvez c/ France, 1998-V, p. 1900.

⁴⁰³Cour EDH, 17/03/1997, Neigel c/ France, 1997-II, p. 411.

contestation avait de fortes incidences patrimoniales ; un nouveau critère d'applicabilité de l'article 6§1 a semblé nécessaire à la Cour EDH.

Un revirement a donc eu lieu avec l'arrêt *Pellegrin*⁴⁰⁴, qui a mis en avant un critère fonctionnel tiré du droit communautaire⁴⁰⁵. Dorénavant, un fonctionnaire (au sens large, puisque l'arrêt vise les agents publics) peut bénéficier de l'article 6§1 s'il ne participe pas à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Il convient donc désormais « d'identifier clairement la nature de l'emploi exercé »⁴⁰⁶. Cette nouvelle position de la Cour EDH montre de manière évidente son souci d'étendre le champ d'application de l'article 6§1 en faisant entrer une large part de la fonction publique dans la matière civile.

Immédiatement adopté par le Conseil d'Etat⁴⁰⁷, ce nouveau critère risque de modifier quelque peu sa jurisprudence. Comme pour la Cour EDH, qui refusait d'appliquer l'article 6§1 aux enseignants si la contestation concernait le « *recrutement, la carrière et la cessation d'activité du fonctionnaire* »⁴⁰⁸, le Conseil d'Etat refusait également d'appliquer cet article aux enseignants devant les juridictions disciplinaires⁴⁰⁹. La mise en œuvre de ce nouveau critère fonctionnel a joué en faveur des enseignants, car il est peu probable que le Conseil d'Etat comme la Cour EDH⁴¹⁰ considèrent les fonctions d'enseignement comme une participation à l'exercice de la puissance publique. Ainsi en atteste l'arrêt du Conseil d'Etat *L'Hermite*⁴¹¹ concernant la publicité des audiences devant la juridiction disciplinaire nationale compétente pour les personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires. L'affaire mettait en cause un professeur d'université–praticien hospitalier. La Haute juridiction reconnaît que l'atteinte « à l'exercice du droit d'exercer les fonctions de professeur d'université–praticien hospitalier » portée par les sanctions de la juridiction disciplinaire relèvent de la matière civile. La qualité de fonctionnaire du requérant ne fait pas obstacle à la

⁴⁰⁴Cour EDH, 8/12/1999, *Pellegrin c/ France*. Voir Th. Graffin, Nouveau critère d'application de l'article 6§1 de la Convention EDH aux litiges entre l'Etat et ses agents, *JCP, G.*, 2000, II 10426 ; J. Kissangoula, Remarques sur une jurisprudence européenne controversée: l'application de l'article 6§1 de la CEDH au contentieux de la fonction publique, *RFDA*, 2000, p. 1268 ; P. Lambert, L'application à la fonction publique des garanties de l'article 6§1 de la CEDH, *Gaz. Pal.*, 21-23/05/2000, p. 30 ; F. Melleray, L'adoption d'un critère fonctionnel d'applicabilité de l'article 6§1 de la CEDH au contentieux des agents publics, *LPA*, mai 2000, n°98, p. 7 ; X. Pretot, Le contentieux de la fonction publique et la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2000, p. 617 ; P. Wachsmann, Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique, *RTDH*, 2000, n°44, p. 831.

⁴⁰⁵P. Wachsmann, *op. cit.*, pp. 844-847 ; F. Melleray, *op. cit.*, p. 13 ; Th. Graffin, *op. cit.*, p. 2135.

⁴⁰⁶X. Pretot, Le contentieux de la fonction publique et la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2000, n°3, p. 625.

⁴⁰⁷CE, 23/02/2000, *L'Hermite*, *Rec.*, p. 101, *AJDA*, 2000, p. 363 ; 5/07/2000, Synd. FO du personnel du ministère des Affaires étrangères, req. n°203050, *RDP*, 2001, p. 665 : intervenait le Conseil supérieur de la Fonction publique, à propos d'une contestation relative à la procédure de prise de décision d'un décret ayant trait au recrutement et à la carrière de fonctionnaires participant à l'exercice de prérogatives de puissance publique ; le Conseil d'Etat a écarté l'argument de la violation de l'article 6§1 sur la base du critère fonctionnel tiré de l'arrêt *Pellegrin*.

⁴⁰⁸Entre autres, Cour EDH, 19/02/1998, *Huber c/ France*, § 36.

⁴⁰⁹CE, Notin, *op.cit.*

⁴¹⁰Cour EDH, 18/07/2000, *S. M. c/ France* ; 27/06/2000, *Frydlander c/ France* ; chron., *RDP*, 2001, p. 664.

⁴¹¹CE, 23/02/2000, *L'Hermite*, *Rec.*, p. 101 ; *AJDA*, 2000, p. 363.

reconnaissance du caractère civil de la sanction par l'application du critère fonctionnel: « *la non participation à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat* ». Il faut aussi préciser que cet arrêt met en jeu, outre le nouveau critère fonctionnel dégagé de l'arrêt *Pellegrin*, un critère organique, puisqu'il s'agit d'une juridiction en tant que telle, et un critère matériel, au vu de l'incidence directe de la sanction sur l'activité professionnelle du requérant.

Ainsi, quelle que soit la qualité du requérant, c'est de l'observation des fonctions réelles qu'il exerce dont dépendra l'applicabilité de l'article 6§1 aux sanctions relevant de la « matière civile ». L'attractivité de la « matière civile » au sens européen se fait donc très fortement ressentir à l'égard du domaine de la fonction publique, longtemps tenu à l'écart des garanties de la Convention européenne.

B - Les limites du champ matériel

Face à la matière civile, la matière pénale « l'emporte », si bien que la prédominance de cette dernière apparaît comme une première limite (1). La seconde concerne les mesures prises à titre conservatoire (2).

1 - La matière pénale

Les sanctions pécuniaires prises par les différents organes étudiés (CSA, ART, Conseil de la concurrence, COB, Commission bancaire et CMF) relèvent de la matière pénale (cf. *supra*).

Il a été vu précédemment que nombre de mesures prises par les autorités de régulation relèvent de la matière civile. Toutefois, l'applicabilité de l'article 6§1 au titre de la matière civile peut être remise en question. Ces sanctions présentent un caractère dual, car elles peuvent basculer dans la matière pénale. En effet, les autorités de régulation du domaine économique ou du domaine audiovisuel peuvent assortir leur sanction disciplinaire d'une sanction pécuniaire. Associée à une sanction pleinement civile, la sanction pécuniaire lui donne une « coloration pénale » qui l'emporte et confirme la tendance à la « pénalisation » de certaines sanctions⁴¹². Le Conseil d'Etat révèle cette position dans son arrêt *Didier*⁴¹³, rendu à propos du Conseil des Marchés Financiers (CMF) dans l'exercice de son pouvoir de sanction disciplinaire (art. 69 de la loi n°96-597 du 2 juillet 1996). Le

⁴¹²J.-F. Brisson, Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA*, 1999, p. 849 ; F. Moderne, Sanctions administratives et protection des libertés individuelles, *LPA*, janvier 1990, n°8, p. 17.

⁴¹³CE, 3/12/1999, *Didier*, *Rec.*, p. 399 ; M. Guyomar et P. Collin, *Chron. gén. de jurisp. adm.*, *AJDA*, 2000, p. 120 ; F. Sudre, A propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction, *JCP*, Ed. Gén., 2000, II 10267.

Conseil a considéré que ces sanctions relevait de la matière pénale⁴¹⁴. En l'espèce était en cause un retrait d'une carte professionnelle assorti d'une sanction pécuniaire de cinq millions de francs. Le retrait de carte professionnelle a une forte incidence sur l'activité professionnelle. En tant que telle, elle relève de la matière civile. Mais c'est la sanction pécuniaire qui l'emporte et fait ressortir l'ensemble du prononcé des sanctions à la matière pénale. La Haute juridiction a confirmé cette position pour le CMF dans un arrêt *Sté Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*⁴¹⁵ à propos d'un blâme et d'une sanction pécuniaire.

De même, pour la Commission bancaire, le Conseil d'Etat a suivi la même qualification. Dans l'arrêt *Société Rivoli Exchange*⁴¹⁶, la sanction disciplinaire prise par la Commission (blâme et sanction pécuniaire de 250.000 francs) à l'encontre d'un changeur manuel relève de la matière pénale. Ceci est confirmé dans l'arrêt *Société Habib Bank Limited*⁴¹⁷, à propos également d'un blâme assorti d'une sanction pécuniaire de 300.000 francs. Il apparaît donc qu'une sanction disciplinaire telle qu'un blâme, un avertissement, un retrait de carte professionnelle... peut tomber dans le champ pénal de l'article 6§1 s'il lui est associée une sanction pécuniaire. Ainsi, quel que soit l'organe de régulation émetteur de la sanction pécuniaire (Commission Bancaire, COB, CMF, ART ou CSA), si celle-ci est associée à une sanction relevant de la matière civile, elle fera tomber l'ensemble dans la branche pénale de l'article 6§1⁴¹⁸. Comme il a été vu précédemment⁴¹⁹, les sanctions pécuniaires sont intégrées dans la matière pénale⁴²⁰ et, à cet égard, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation suivent la même position⁴²¹.

2 - Les mesures conservatoires

Semblent exclues du champ de l'article 6 les mesures conservatoires et autres astreintes pouvant être prises ou provoquées par certains organes étudiés (voir *supra*) car, en dépit d'une vive critique de la doctrine⁴²², toute mesure prise dans le cadre d'une procédure juridictionnelle « classique » à titre provisoire (référé ou sursis à exécution, par exemple) ne relève pas de l'article 6 CEDH au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat, en raison du détachement des contestations qui sont tranchées au

⁴¹⁴Cf. le commentaire de F. Sudre, La participation du rapporteur au délibéré de la formation disciplinaire du Conseil des Marchés Financiers n'est pas contraire à la CEDH, *JCP*, Ed. Gén., 2000, II 10267.

⁴¹⁵CE, 22/11/2000, req. n°207697, *Sté Crédit agricole Indosuez Cheuvreux* et note R. Salomon, *JCP*, Ed. Gén., 2001, II 10531.

⁴¹⁶CE, 29/11/1999, *Sté Rivoli Exchange*, *Rec.*, p. 366, obs. M.-Ch. Rouhault, *JCP*, Ed. Gén., 2000, IV 1712.

⁴¹⁷CE, 20/10/2000, *Sté Habib Bank Limited*, *Concl.* F. Lamy, *JCP*, Ed. Gén., 2001, II 10459 ; *AJDA*, 2000, p. 1001, *chron.* M. Guyomar et P. Collin.

⁴¹⁸Par exemple pour la Commission bancaire, CE, 29/11/1999, *Sté Rivoli Exchange*, *Rec.*, p. 366.

⁴¹⁹Cf. *supra*.

⁴²⁰Ch. Ferrari-Breuer, La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration, *RFDA*, 2001, pp. 36-37.

⁴²¹Cass. Plén., 5/02/1999, *COB c/ Oury*, *Bull. cass.*, *Ass. plén.*, n°1, p. 1. Notes C. Ducouloux-Favard, La Commission des opérations de bourse et les droits de l'homme, *LPA*, février 1999, n°29, p. 14 ; H. Marsopoulou, *JCP*, Ed. Gén., 1999, II 10061 et l'entretien avec M.-A. Frison-Roche, Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'homme, *LPA*, février 1999, n°29, p. 17.

⁴²²Voir notamment : S. Guinchard, M. Brandac, X. Lagarde et M. Douchy, *Droit processuel, Droit commun du procès*, Dalloz, 2001, § 766.

fond⁴²³. Ce refus d'appliquer l'article 6 prend d'autant plus de poids concernant les autorités étudiées que le Conseil d'Etat a, par l'arrêt *Mutuelle inter-jeunes et M. Abed*⁴²⁴, étendu son raisonnement à une décision conservatoire prise par la Commission de contrôle des assurances, qui est une Autorité administrative indépendante. En ce qu'elle se rapportait à la nomination d'un administrateur provisoire, cette solution peut d'ailleurs être rapprochée de celle de l'arrêt Vuillième, relatif à la Commission bancaire, même si le Conseil d'Etat semble s'être en l'occurrence fondé sur des considérations organiques (la Commission bancaire agissant alors en tant qu'autorité administrative)⁴²⁵.

Le caractère non disciplinaire de certaines mesures prises au niveau de la fonction publique semble également être un élément à prendre en compte pour exclure l'applicabilité de l'article 6 alors que, là aussi, l'incidence sur l'activité professionnelle – et sur le patrimoine de la personne – semble avérée. Il en est ainsi des mesures qui pourtant constituent un préalable à l'exercice de l'action disciplinaire (et/ou pénales) mais qui sont détachables matériellement de la procédure disciplinaire en elle-même. Ces mesures, qui ont un caractère conservatoire (prises au titre de l'urgence)⁴²⁶, fondées sur l'intérêt du service, ont pour objet de suspendre provisoirement un agent auquel il est reproché une faute grave⁴²⁷. Cette suspension s'accompagne en principe, selon les textes en vigueur, d'une retenue de tout ou partie du traitement. Néanmoins, et cela apparaît peut-être comme le critère déterminant de la non applicabilité des règles du procès équitable à ce genre de procédure, ces mesures ont un caractère purement provisoire, en ce sens que l'organe disciplinaire ne s'est pas encore prononcé au fond. Ce ne sera alors qu'à partir de la procédure disciplinaire *stricto sensu* qu'il y aura application de l'article 6 dans les limites de la jurisprudence *Pellegrin* (voir *supra*). Au surplus, on peut noter qu'en cas d'absence de poursuites disciplinaires (et/ou pénales) diligentes, l'agent sera rétabli dans ses

⁴²³CE, 11/03/1996, SCI du domaine de Figuières, *Leb.*, p. 71 : inapplicabilité de l'article 6 au titre du contradictoire devant le juge des référés (procédure de référé-expertise) ; CE, 5/04/1996, Syndicat des avocats de France, *RFDA*, 1996, p. 1195 : le principe du contradictoire résultant de l'article 6 n'est pas applicable dans le cadre d'une procédure de sursis à exécution. Voir R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2001, 9^{ème} ed°, § 150.

⁴²⁴CE, 22/11/2000, *Mutuelle inter-jeunes et M. Abed*, *AJDA*, 2001, p. 387 : la désignation d'administrateurs provisoires par la commission de contrôle des assurances est une décision conservatoire ; dès lors, elle se trouve exclue du champ d'application de l'article 6.

⁴²⁵CE, 21 février 1997, *Vuillième*, *DA*, 1997, n° 669. Les motifs toutefois ne sont pas exactement similaires : en l'espèce, le juge estime que l'organe « ne prend pas une décision de caractère juridictionnel mais statue comme une autorité administrative »

⁴²⁶La nature conservatoire et administrative de la sanction exclut que soit garantie une procédure contradictoire (ex : communication du dossier) à cette étape.

⁴²⁷On note qu'il existe également une procédure de suspension de fonction dans le cadre des ordres professionnels. Ainsi l'article 23 de la loi du 31 décembre 1971, relatif au régime disciplinaire des avocats, dispose que « le Conseil de l'ordre peut suspendre provisoirement de ses fonctions l'avocat qui fait l'objet d'une poursuite pénale ou disciplinaire ».

fonctions où, si au final aucune sanction ne lui est infligée, il pourra recouvrer la rémunération qui lui avait été retenue⁴²⁸.

§ 3 – L’interférence persistante du critère organique

Les mesures prises par les instances ordinales et destinées à régir l’organisation de la profession dans l’intérêt du service – telles les inscriptions ou refus d’inscription au tableau⁴²⁹ et les décisions de radiation, suspension ou interdiction d’exercer qui sont fondées sur des considérations liées à l’état physique ou mental du professionnel - semblent devoir être distinguées des sanctions, alors qu’elles sont susceptibles d’avoir *a priori* une incidence sur l’activité professionnelle et dès lors être *matériellement* rattachables à des droits et obligations de caractère civil⁴³⁰. Un constat identique peut s’appliquer à certaines décisions adoptées par les AAI en vue d’assurer le bon fonctionnement du milieu que ces dernières sont censées réguler. Compte de leur finalité, ces actes sont désignés sous le nom de « mesures de police », constituant ainsi une nouvelle application de cette notion déjà protéiforme.

Leur exclusion du champ d’application de l’article 6 se fonde sur leur nature non juridictionnelle mais administrative. Ne faisant que confirmer une ancienne jurisprudence⁴³¹ qui veut que la qualité de juridiction ne soit reconnue à un ordre professionnel que dans l’exercice d’une prérogative proprement disciplinaire⁴³², le Conseil d’Etat juge inopérants dans ce cadre les moyens tirés de l’article 6, en précisant que l’organe n’a alors « *le caractère ni d’une juridiction ni d’un tribunal* »⁴³³ au sens de la disposition conventionnelle. Ainsi par exemple « *les décisions de suspension temporaire du droit d’exercer en cas d’infirmité ou d’état pathologique rendant dangereux l’exercice de la médecine* » prises au titre de l’article L.460 du Code de la santé publique ne sont pas considérées comme des sanctions disciplinaires. Ce genre de mesure est considérée comme une

⁴²⁸ CE, Ass, 29/04/1994, Colombani, *Leb.*, p. 209. Voir R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 2, Montchrestien, 2000, 14^{ème} éd°, p. 339, § 404.

⁴²⁹ Voir G. LIET-VEAUX, Ordres professionnels. Règles communes. Inscription au tableau, *J.-Cl. Adm.*, fasc. 145, § 134 et 164.

⁴³⁰ Du moins dans la jurisprudence administrative. La Cour de cassation n’a certes pas tranché la question de savoir si la décision du Conseil de l’Ordre des avocats refusant l’inscription au stage est de nature administrative ou juridictionnelle. Mais comme on a pu le souligner, « *cela n’a que peu d’importance dès lors que le contentieux résultant du refus d’inscription au stage ou tableau est organisé avec minutie par le législateur* » (J. Hamelin et R. Damien, *Les règles de la profession d’avocat*, Dalloz, 2000, p. 138).

⁴³¹ CE, Ass, 12 décembre 1953, *De Bayo, Leb.*, p. 544.

⁴³² Pour un exemple d’application explicite à deux organes statuant en matière disciplinaire: CE, 10 janvier 2000, *Massard*, req. 190041 (Conseil supérieur de l’éducation); CE, 7 juin 2000, *Zurmely*, req. 206362 (CNESER). Comme l’écrit J.-M. AUBY (Autorités administratives et autorités juridictionnelles, *AJDA*, n° spécial, 1995, p. 91, spéc. p. 97) : « *une mission de répression disciplinaire [permet] en principe de reconnaître l’existence d’une juridiction* ».

⁴³³ CE, 6 novembre 2000, *Lefebvre*, req. 196407. : refus d’inscription d’un médecin au tableau ; CE, 10/01/2001, Saubens Le Loch, req. n° 191947 : annulation d’une décision d’inscription au tableau de l’Ordre des médecins, au motif que les conditions de moralité exigées. Voir aussi, pour le refus d’inscription au tableau d’un expert-comptable : CE, 6 mars 1998, *San Juan*, req. 185260.

« mesure de police destinée à prévenir la réalisation du danger que l'état de santé du médecin fait courir aux patients et non pas une décision de justice, fût-elle professionnelle, destinée à trancher un litige »⁴³⁴. De la même manière, la décision de la COB de retirer un agrément « lorsque la société ne remplit plus les conditions auxquelles l'agrément est subordonné, lorsqu'elle [n'en] a pas fait usage dans un délai de douze mois ou lorsqu'elle n'exerce plus son activité depuis au moins six mois ou lorsque la poursuite de son activité est de nature à porter atteinte aux intérêts des investisseurs »⁴³⁵ ne relève-t-elle pas de ses pouvoirs de discipline mais de police, comme en a jugé le Conseil d'Etat dans l'arrêt Athis. Il s'ensuit qu'en dépit de l'atteinte alléguée à des droits et obligations de caractère civil, la juridiction administrative suprême retient que « ces stipulations [de l'article 6] n'énoncent aucune règle ou aucun principe dont le champ s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de décisions par des autorités administratives qui en sont chargées par la loi ».

A travers la nature de la mesure et plus précisément des fonctions exercées, la Haute juridiction administrative persiste en fait à utiliser un critère organique⁴³⁶ pour écarter l'application du droit à un procès équitable, dans la ligne de l'avis *Méric*⁴³⁷. Il n'est donc pas question pour elle « d'étendre le champ d'application de l'article 6 à des procédures non contentieuses, au sens du droit interne, intervenant dans des domaines civils »⁴³⁸. Indépendamment de ses fondements, cette jurisprudence s'oppose à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui semble admettre l'applicabilité de l'article 6 en cas de refus d'inscrire ou de réinscrire un avocat au tableau de l'Ordre (dans l'affaire H c/ Belgique) et la retient expressément en cas de refus d'immatriculation d'un expert comptable (dans l'affaire Van Marle)⁴³⁹.

En outre, la distinction entre sanction et mesure de police est parfois malaisée : le critère finaliste, fondé sur le but répressif ou préventif de la décision, pour être éprouvé, n'est pas d'un maniement facile, en particulier lorsqu'un organe exerce simultanément des fonctions administratives

⁴³⁴ L. DUBOUIS, Chronique, *RDSS*, 1998, p. 65-66. Voir par exemple : CE, 5 février 1997, *Fruhling*, req. 171172, *DA*, 1997, n° 222 ; CE, 6 mai 1998, *Gerrud*, *Leb.*, p. 194. Lire : G. LIET-VEAUX, *Ordres professionnels de la santé, J.-Cl. Adm.*, fasc. 147, § 16.

⁴³⁵ Loi du 2/07/1996 de modernisation des activités financières, art. 19 (s'agissant des pouvoirs de la COB).

⁴³⁶ La situation doit cependant être distinguée de celle où c'est la nature même de l'organe, en l'absence de dédoublement fonctionnel, qui justifie l'exclusion de l'article 6. Comparer à cet égard la jurisprudence citée avec l'arrêt CE, Ass, 3 décembre 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, *Leb.*, p. 397 (voir *AJDA*, 2000, p. 126, Chronique de M. Guyomar et P. Collin), relatif à la CNIL, où sans considérer la nature de la mesure – un avertissement – le Conseil d'Etat juge que « la décision n'émane pas d'un tribunal »).

⁴³⁷ CE, Avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c/ SARL Auto-Industrie Méric*, *Leb.*, p. 154. Voir note de M. Dreifuss, *AJDA*, 1995, p. 739. Voir J. -C. BONICHOT, Quelques remarques sur le champ d'application de l'article 6§1 dans le droit français, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Colloque Cour de cassation, 22 mars 1996, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 49, spéc. p. 51.

⁴³⁸ Selon les termes du Commissaire du gouvernement Lamy dans ses conclusions sur l'affaire Athis (CE, 22/06/2001, *AJDA*, 2001, p. 631, Chron. Guyomar et Collin).

⁴³⁹ CourEDH, 30/11/1987, H c/ Belgique, A/127-B, §§ 46 et s. ; CourEDH, 26/06/1986, Van Marle, A/101.

et des fonctions disciplinaires, dont peut également relever une même mesure⁴⁴⁰. L'arrêt *Athis*⁴⁴¹. en fournit une illustration : le retrait d'agrément, tout en constituant une mesure de police dans les cas précités, figure également dans l'arsenal répressif dont dispose la COB au titre de ses pouvoirs disciplinaires. Dans ces circonstances la qualification de la décision dépend de son objet et des motifs qui ont présidé à son adoption. En l'occurrence, la COB s'était principalement fondé sur le fait que la société ne justifiait pas disposer de fonds propres du niveau réglementaire. Or cette circonstance même, pour menacer les intérêts des investisseurs (qui est un cas de recours au pouvoir de police), peut tout autant s'analyser en un manquement aux obligations prudentielles et donc aux règles en vigueur (propre à motiver une sanction disciplinaire). Dès lors, c'est l'intention de l'autorité qui devient déterminante. Les critères d'applicabilité de l'article 6 deviennent alors très subjectifs et la sécurité juridique n'est pas privilégiée.

*

Dans la jurisprudence européenne, l'incidence sur l'exercice d'une activité professionnelle suppose une appréciation parfois complexe, en fonction notamment de la nature de la profession. Il est à cet égard significatif que dans l'arrêt *König*⁴⁴² comme dans l'arrêt *H c/Belgique*, la Cour de Strasbourg ait pesé les aspects de droit public et de droit privé... Mais les solutions étant désormais largement acquises, le juge interne n'a pas à se livrer à une telle pondération, sauf dans le domaine de la Fonction publique où les caractéristiques de l'emploi sont prises en compte pour déterminer si l'article 6 est applicable. Cela étant plus qu'elle ne signale une limite, l'évolution survenue en la matière témoigne de la singulière faculté d'attraction du critère. Sans doute le champ d'application de l'article 6 a-t-il encore en droit interne des contours parfois fluctuants, du fait particulièrement des requalifications de sanctions disciplinaires en mesures de police⁴⁴³ et inversement. La tendance générale s'inscrit toutefois clairement dans le sens de l'extension, les sanctions mineures elles-mêmes étant intégrées malgré leur faible incidence dans les faits. Par comparaison, les implications patrimoniales, lorsqu'elles sont sans rapport avec l'exercice d'une profession, contribuent certainement à l'élargissement du domaine du procès équitable mais pour autant n'évoquent pas l'image d'une généralisation.

⁴⁴⁰ Voir J.-C. BONICHOT, Les sanctions administratives en droit français et la CEDH, *AJDA*, n° spécial, 2001, p. 73.

⁴⁴¹ CE, 22 juin 2001, *Sté Athis*, req. 193392. Voir M. Guyomar et P. Collin, *Chronique*, *AJDA*, 2001, p. 634, spéc. p. 637-638.

⁴⁴² Cour EDH, 28/06/1971, *König*, A/27, § 93.

⁴⁴³ CE, 20/12/2000, *Sté A Conseils Finances*, req. n° 221215 (requalification en sanction disciplinaire d'un retrait d'agrément décidé par la COB sur le fondement de ses pouvoirs de police).

Section II– Un facteur accessoire d’applicabilité : l’incidence sur le patrimoine

Des mesures peuvent également relever du champ d’application de l’article 6 de la Convention, en tant qu’elles affectent le droit de propriété de l’intéressé ou à tout le moins des droits de nature pécuniaire. Le critère de la patrimonialité (patrimonialité de la contestation ou du droit discuté) s’est certes vu abandonné par la Cour européenne en matière de fonction publique et, de façon plus générale, tend à s’effacer derrière celui, dérivé et plus spécifié, de l’incidence sur le droit d’exercer une activité professionnelle. Il n’en subsiste pas moins et en tant que tel, a permis aux exigences européennes de pénétrer de nouveaux domaines. Cette extension toutefois n’est pas à la mesure du caractère apparemment très attractif de la patrimonialité. A cet égard, la comparaison des contentieux social (§ I) et financier (§ II) s’avère tout à fait significative.

§ I – Un facteur relativement opératoire en contentieux social

Caroline Picheral

Les potentialités de l’article 6 ne peuvent se mesurer sans délimiter au préalable le champ de ce contentieux, qui se confond ordinairement avec celui de la Sécurité sociale et de l’aide sociale (A). L’étude, pourtant, ne saurait s’y résumer, sans risquer d’oblitérer d’autres perspectives tenant notamment à la protection du consommateur (B).

A – L’extension avérée de l’article 6 au contentieux de la sécurité sociale et de l’aide sociale

Bien que le domaine social soit en droit interne distinct du domaine civil, différents arrêts européens ont établi que l’article 6 de la Convention pouvait trouver à s’y appliquer, que la contestation porte sur le droit à des prestations d’assurance-maladie⁴⁴⁴, sur le versement d’une allocation ou d’une rente d’invalidité⁴⁴⁵ ou sur le paiement d’une cotisation sociale⁴⁴⁶. Dans tous les cas, la Cour européenne des droits de l’homme s’est fondée sur un critère de patrimonialité pour

⁴⁴⁴Cour EDH, 29/05/1986, Feldbrugge, A/99 ; Cour EDH, 29/05/1986, Demeuland, A/100.

⁴⁴⁵Cour EDH, 26/02/1993, Salesi, A/257-E. Cour EDH, 24/06/1993, Schuler-Zraggen, A/263. Sur l’ensemble de ces arrêts, voir F. Sudre, La perméabilité de la Convention européenne des droits de l’homme aux droits sociaux, *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 470.

⁴⁴⁶Cour EDH, 9/12/1994, Schouten et Meldrum, A/304. Cette analyse patrimoniale des cotisations sociales a d’ailleurs été confirmée dans le domaine du principe de non-discrimination, à l’occasion de l’arrêt du 21/02/1997, Van Raalte (voir S. Priso-Essawe, Les droits sociaux et l’égalité de traitement dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme, *RTDH*, 1998, p. 721).

reconnaître l'existence d'un droit de caractère civil. L'actualité montre que les juridictions internes n'y sont pas restées insensibles et qu'elles en maîtrisent au contraire l'usage. La jurisprudence européenne, toutefois, n'entraîne pas nécessairement une extension des garanties du procès équitable en dehors des prétoires. Car les matières de l'assurance sociale et de l'aide sociale⁴⁴⁷, dont certains aspects demeurent du ressort des juridictions administratives et judiciaires de droit commun, donnent lieu en droit interne à une répartition assez complexe des compétences. Pour plus de clarté, on en présentera donc successivement les grandes lignes dans chacun des deux domaines, avant d'évaluer plus précisément l'attractivité de l'article 6.

1 – L'organisation des contentieux de la Sécurité sociale et de l'aide sociale en droit interne

Les juridictions administratives de droit commun, tout d'abord, ont naturellement vocation à connaître de tout litige concernant l'organisation et le fonctionnement de l'aide et de l'action sociale, en tant que services publics administratifs⁴⁴⁸. Leur sont ainsi soumis la légalité des actes réglementaires édictés en ce domaine, les rapports entre les collectivités publiques d'une part et les établissements ou les services d'autre part, les fautes commises dans le cadre des services d'aide et d'action sociale⁴⁴⁹. Les juridictions judiciaires n'exercent dans ce cadre qu'une compétence résiduelle, centrée sur les actions à caractère pénal (infraction aux réglementations en matière d'aide et d'action sociale assorties de peines de police ou de sanctions correctionnelles) et sur les litiges touchant à l'état ou à la capacité des personnes (existence et étendue de l'obligation alimentaire, droits et obligations liés à l'autorité parentale)⁴⁵⁰. Conformément à la jurisprudence européenne, le caractère social de ces contestations ne fait pas obstacle à l'invocabilité de l'article 6, mais il s'applique alors à des instances appartenant au système juridictionnel ordinaire, si bien que ces développements ne sont pas particulièrement représentatifs du phénomène de judiciarisation étudié. Parallèlement toutefois, le législateur a mis en place différentes juridictions spécialisées, telles les Commissions départementales et la Commission centrale d'aide sociale, chargées de contrôler à titre principal les décisions prises en matière d'admission à l'aide sociale (articles 124-2 et 128 du Code de la famille et de l'aide sociale). Bien que son domaine de compétences soit quelque peu différent, et que son statut ait été fixé par le Code du travail, on peut également mentionner la Commission départementale des travailleurs

⁴⁴⁷ Lesquelles matières sont distinctes et relèvent de corpus juridiques différents : on consultera donc à la fois le Code de la sécurité sociale, le Code de la famille et de l'aide sociale et le Code du travail.

⁴⁴⁸ L'arrêt du Tribunal des Conflits Naliato du 29/01/1955 (*Leb.*, p. 614) avait certes consacré l'existence d'une troisième catégorie de services publics, les services à objet social et gestion privée. Mais, outre que cette jurisprudence ne concerne pas nécessairement le domaine étudié, elle n'a pas rencontré le succès escompté et a finalement été abandonnée (TC, 4/07/1983, Gambini, *Leb.*, p. 540).

⁴⁴⁹ De manière plus spécifique, les recours contre les décisions des COTOREP concernant la période d'essai d'un travailleur handicapé en atelier protégé, l'accès aux emplois de la fonction publique par voie de concours ou encore les primes de reclassement doivent être portés devant les tribunaux administratifs.

⁴⁵⁰ Sur la compétence des juridictions ordinaires, voir notamment M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2000, p. 169 et s.

handicapés, dans la mesure où elle statue sur des litiges relatifs à l'insertion professionnelle des handicapés, et donc sur un contentieux de l'action sociale.

En ce qui concerne la Sécurité sociale proprement dite, les prestations non contributives et les prestations sous condition de ressources servies par les organismes compétents relèvent du contentieux dit général et, à ce titre, de la Commission de recours amiable, du Tribunal des affaires sociales et des Chambres sociales (à la Cour d'appel comme à la Cour de Cassation). Selon les termes de l'article L. 142-1 du Code de la Sécurité sociale, tous les litiges à caractère individuel nés de l'application des lois et règlements relatifs à la Sécurité sociale doivent leur être déférés⁴⁵¹, de même que ceux concernant les prestations servies par les caisses dans l'exercice de leur mission sanitaire et sociale⁴⁵². Lorsque les requérants ne disposent pas devant ces juridictions d'une voie de droit qui leur permette d'obtenir une satisfaction équivalente à celle que leur assurerait l'annulation pour excès de pouvoir d'une mesure de tutelle prise par l'autorité compétente de l'Etat à l'encontre d'un organisme de sécurité sociale (telle l'annulation d'une décision faisant remise à l'assuré de sa dette), un recours devant les tribunaux administratifs est toutefois recevable⁴⁵³. La compétence des juridictions administratives a également été affirmée en ce qui concerne la compatibilité avec l'article 6 des lois de validation relatives aux obligations financières de l'Etat en matière de cotisations de sécurité sociale⁴⁵⁴. L'article 6 peut naturellement influencer sur les règles de procédure en la matière⁴⁵⁵ mais, s'agissant là encore d'instances largement intégrées au système juridictionnel ordinaire, leurs conditions de fonctionnement n'entrent pas dans le cadre de la présente étude. En revanche, le contentieux technique de la Sécurité sociale⁴⁵⁶, encore marqué par son origine administrative, en relève précisément. Initialement confié au Conseil d'Etat, à des commissions régionales d'invalidité au premier degré et à une commission nationale technique en appel, il n'a été que progressivement judiciarisé, par une réforme de 1958 qui en a transféré la connaissance à la Cour de Cassation, puis par une loi du 15 janvier 1994 qui a institué des Tribunaux du contentieux de l'incapacité (ci-après TCI) et la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (ci-après CNITAT). Il en résulte une réglementation

⁴⁵¹TC, 25/05/1998, Conseil général de Meurthe-et-Moselle c/ CPAM de Nancy, *Leb.*, p. 540.

⁴⁵²TC, 10/03/1997, Lair c/ CNAV, *Droit social*, 1997, p. 633, conclusions Sainte-Rose.

⁴⁵³CE, 1/04/1998, Ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville c/ Schmitt, *Leb.*, p. 122.

⁴⁵⁴Dans un avis du 5/12/1997, Ministre de l'Education nationale, de la Recherche et de la technologie c/ Organisme de gestion du collège privé de l'Abbaye de Saint-Sauveur le Vicomte (*Leb.*, p. 464, *AJDA*, n°2, 1998, p. 97 et p. 167), le Conseil d'Etat a considéré qu'un litige relatif aux relations financières entre l'Etat et l'organisme de gestion d'un établissement d'enseignement privé sous contrat – en ce qui concerne la prise en charge de cotisations patronales de Sécurité sociale – avait pour objet une contestation sur des droits et obligations de caractère civil. Il s'ensuit un examen de la compatibilité avec l'article 6 CEDH d'une loi de validation intervenue en la matière.

⁴⁵⁵Cass., Soc., 12/07/2001, *D.*, n°32, IR, p. 2641 – à propos de la soumission de la Commission de recours amiable à l'article 6 CEDH.

⁴⁵⁶A ne pas confondre avec le contentieux du contrôle technique, qui intéresse les professionnels de la santé (censés concourir au bon fonctionnement des organismes de Sécurité sociale) et qui est du ressort des ordres professionnels. Ce contentieux, en tant qu'il repose sur des procédures disciplinaires, a déjà été évoqué en 1.

« étonnante [...] manifestement contraire aux principes fondamentaux qui régissent nos institutions judiciaires »⁴⁵⁷.

Seules nous retiendront ces différentes juridictions spécialisées qui, pour intervenir dans des domaines distincts et appartenir à des ordres différents, n'en présentent pas moins certains traits communs. De composition mixte, associant des fonctionnaires à des magistrats, ces autorités interviennent en effet dans des conditions particulières, souvent déterminées par la pratique. Leur existence et leur organisation, si elle n'ont guère intéressé les juristes dans un premier temps⁴⁵⁸, appellent aujourd'hui des commentaires de plus en plus nombreux.

2 – L'applicabilité de l'article 6 aux juridictions sociales spécialisées

La jurisprudence interne a soumis plusieurs d'entre elles aux exigences de l'article 6, attirant l'attention des spécialistes sur différentes incompatibilités avec les principes du procès équitable. Après avoir jugé que le TCI ne constituait pas un tribunal indépendant et impartial au sens de la Convention⁴⁵⁹, la Cour de Cassation a ainsi cassé cinq arrêts de la CNITAT pour violation du principe de publicité des audiences, du principe du contradictoire et du principe de l'impartialité⁴⁶⁰. De son côté, le Conseil d'Etat a reconnu qu'en statuant sur l'action en récupération de l'aide sociale sur la succession du bénéficiaire, la Commission centrale d'aide sociale avait rendu une décision juridictionnelle tranchant une contestation sur un droit de caractère civil⁴⁶¹. Bien que la décision fasse figure d'arrêt de principe, il en résulte clairement que la haute juridiction administrative n'a entendu régler que le cas de ce type d'action, et non inclure dans le champ de l'article 6 tous les litiges à caractère pécuniaire relatifs à l'aide sociale (comme l'y invitait le commissaire du gouvernement Jean-Claude Bonichot). On appréciera alors d'autant plus que la jurisprudence *Département de l'Indre* ait été récemment étendue, d'une part aux refus de prise en charge par un Centre communal d'action sociale des repas d'une personne âgée, et d'autre part à l'attribution de l'allocation aux adultes

⁴⁵⁷P. Lyon-Caen, La composition et le fonctionnement de la CNITAT sont-ils conformes à l'article 6§1 de la CEDH ?, *Droit Social*, mars 2001, n°3, p. 285.

⁴⁵⁸Des auteurs ont ainsi constaté, par exemple, que « le contentieux de l'incapacité ne constitue pas un pan du droit de la sécurité sociale et du droit judiciaire privé de nature à déchaîner l'enthousiasme des juristes » (J. L. Gillet, A. Triclin, Le contentieux de l'incapacité, le calme après la tourmente ?, *Revue juridique des barreaux d'Ile de France*, 1999, n°57, p. 95.)

⁴⁵⁹Cass., Soc., 17/12/1998, Madaci c/ CPAM de Vienne, *Gaz. Pal.*, 2/02/99, sommaire et décisions, p. 8 ; *D.* 1999, IR, p. 53 ; *RDSS*, juillet-septembre 1999, p. 576, chron. P.-Y. Verkindt. Voir également H. Liffra, Les tribunaux du contentieux de l'incapacité et l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, *Droit Social*, 1999, n°2, p. 158. Jurisprudence confirmée par Cass., Soc., 9/03/2000, Habib Sba c/ CPAM de Grenoble, *D.* 2000, IR p. 136 ; *Bull. Civ.*, V, n°97, p. 76.

⁴⁶⁰Cass., Ass. Plén., 22/12/2000, Boutron c/ CRAM d'Ile-de-France, Usclat c/ DDASS de la Drôme, Tassart c/ COTOREP du Tarn, *D.* 2000, n°1, IR p. 356, *JCP*, G, sommaire IV 1300-1303, n°7-8, p. 391 ; Cass., Ass. Plén., 22/12/2000, Société Deroche c/ CPAM du Val de Marne, *Droit Social*, n°3, 2001, p. 290.

⁴⁶¹CE, sect., 29/07/1994, Département de l'Indre c/ Mme Padilla, *Leb.*, p. 363 ; *AJDA*, 20/10/1994, p. 750 ; *D.*, 1994, p. 593 ; *JCP*, 1995, I, 3837, n°4.

handicapés⁴⁶². Il a été en revanche jugé que les recours exercés devant la Commission départementale des travailleurs handicapés contre une décision d'orientation et de reclassement ne pouvaient être assimilés à des contestations sur un droit civil⁴⁶³. Cette solution, bien qu'antérieure aux revirements opérés à propos de la Commission centrale d'aide sociale, pourrait être maintenue dans la mesure notamment où le bénéfice d'une prestation sociale n'est pas en cause (cf. *infra*).

Comme l'applicabilité de l'article 6 est fonction de la nature des décisions et que les compétences de ces juridictions spécialisées sont assez diversifiées, il n'est pas certain qu'elles soient systématiquement soumises aux contraintes issues de la Convention. Aussi faut-il, pour en mesurer l'extension éventuelle, identifier plus précisément les attributions des TCI et de la CNITAT (a), de la Commission centrale d'aide sociale (b) et de la Commission départementale des travailleurs handicapés (c).

a – Les TCI et la CNITAT

S'agissant des TCI et de la CNITAT, les arrêts de la Cour de Cassation⁴⁶⁴ plaident pour une application généralisée des principes du procès équitable. Cette hypothèse est confirmée au vu de la définition du contentieux technique de la Sécurité sociale.

Les TCI et la CNITAT, par voie d'appel, sont en effet amenées à trancher deux séries de litiges différents, portant aussi bien sur l'état de santé de la personne⁴⁶⁵ que sur certaines aides financières aux handicapés⁴⁶⁶. La CNITAT est par ailleurs compétente en premier et dernier ressort pour statuer sur les contestations relatives aux décisions des CRAM concernant la fixation des taux de cotisation, l'octroi de ristournes, l'imposition de cotisations supplémentaires et la détermination de la contribution des employeurs qui gèrent partiellement ou totalement le risque professionnel. Aucun de ces contentieux ne semble devoir être soustrait à l'application de l'article 6, dès lors que les décisions rendues ont des implications patrimoniales manifestes. L'avocat général Lyon-Caen a d'ailleurs observé – sans faire de distinction – que les litiges dont la CNITAT est saisie, pour être en apparence

⁴⁶²CE, 27/03/1998, CCAS La Rochelle c/ Kostica, *Leb.*, p. 108 et CE, 27/03/1998, Département de Saône-et-Loire c/ Bonnin-Bonnin, *Leb.*, p. 207. Ces arrêts constituent un revirement par rapport à deux arrêts antérieurs (CE, 14/12/1988, Cohen, *DA*, 1989, n°4 et CE, 17/03/1993, Mme Gabeur, *Leb.*, 1993, p. 541), dans lesquels le juge administratif avait refusé l'applicabilité de l'article 6 à un litige relatif aux conditions d'attribution de l'allocation compensatrice et, d'autre part, à un litige relatif à l'étendue de la prise en charge par l'aide sociale des frais d'hébergement et d'entretien de jeunes handicapés.

⁴⁶³CE, 22/11/1985, Benameur, *Leb.*, p. 331.

⁴⁶⁴Il faut observer que la Cour de cassation n'a pas justifié l'applicabilité de l'article 6 par les caractéristiques des litiges, mais l'admet de manière simplement tacite.

⁴⁶⁵Existence ou gravité d'une invalidité au sens des assurances sociales, inaptitude au travail en matière d'assurance vieillesse ou incapacité permanente consécutive à un accident du travail (articles L. et R. 143-1 et suivants du Code de la Sécurité sociale).

⁴⁶⁶Attribution de l'allocation d'adulte handicapé ou allocation d'éducation spéciale à un enfant. Sur l'étendue de la compétence des TCI et de la CNITAT, voir notamment : D. Roman, Le contentieux technique de la Sécurité sociale à l'épreuve du procès équitable, *Droit Social*, n° 7-8, 2001, p. 735.

plus médicaux que juridiques, vont en fait déterminer le droit des assurés sociaux à des prestations dont le bénéfice ne donne lieu à aucune appréciation discrétionnaire de la puissance publique⁴⁶⁷.

b – La Commission centrale d'aide sociale

S'agissant de la Commission centrale d'aide sociale, le Code de la famille et de l'aide sociale ne définit pas de manière restrictive les questions susceptibles de lui être déférées⁴⁶⁸. S'il lui appartient surtout de statuer sur les contestations relatives à l'attribution et au versement des aides sociales de droit commun visées à l'article 124-2 dudit Code⁴⁶⁹, elle n'en est pas moins compétente pour traiter de litiges annexes : outre la récupération des dépenses d'aide sociale auprès des héritiers ou des débiteurs de l'obligation alimentaire, elle peut ainsi statuer sur le recouvrement des sommes indûment perçues. En vertu de la loi n°97/722 du 29 juillet 1992, les litiges opposant les départements entre eux ou à l'Etat pour la prise en charge des dépenses d'aide sociale comme les litiges relatifs à la détermination du domicile de secours sont de son seul ressort. La Commission centrale d'aide sociale devrait également bénéficier, par la voie de l'appel, de l'extension de la compétence des Commissions départementales au contentieux de l'attribution et du service du revenu minimum.

Pour celles de ces attributions qui n'ont pas encore été qualifiées par le Conseil d'Etat, les critères dégagés par la jurisprudence européenne incitent à penser qu'elles entrent pour la plupart dans le champ d'application de l'article 6. Des droits de nature patrimoniale, fondés sur la loi, sont le plus souvent en cause et les décisions dont connaît la Commission centrale sont susceptibles d'atteindre l'intéressé dans ses moyens d'existence. Seuls paraissent faire exception les litiges qui lui ont été transférés par la loi du 29 juillet 1992. En effet, le domicile de secours ne procède pas d'un quelconque droit au logement, mais permet simplement d'identifier la collectivité qui doit financièrement assumer la dépense d'aide sociale ; il ne constitue pas à ce titre une condition d'attribution des prestations, comme le rappelle d'ailleurs régulièrement la Commission centrale d'aide sociale⁴⁷⁰. Quant au contentieux entre collectivités territoriales pour la prise en charge des frais, leur issue ne semble pas déterminante pour l'intéressé, dont le droit n'est apparemment pas contesté dans son principe. L'application de l'article 6 ne pourrait donc être étendue après les arrêts *CCAS de la Rochelle et Département de Saône et Loire* qu'au recouvrement de l'indu ou des dépenses sociales et à l'attribution du RMI. Le Commissaire du Gouvernement Daussun estimait cependant dans ses conclusions sur les affaires précitées, qu'au vu des décisions *Salesi* et *Schuler-Zraggen* de la Cour européenne, les conditions d'attribution de l'aide sociale devaient en outre être fixées de manière

⁴⁶⁷P. Lyon-Caen, La composition et le fonctionnement de la CNITAT sont-ils conformes à l'article 6§1 de la CEDH ?, *Droit Social*, mars 2001, n°3, p. 285.

⁴⁶⁸M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2000, p. 166.

⁴⁶⁹Etant cependant entendu que sa compétence ne s'étend pas aux litiges concernant les procédures d'instruction des demandes d'aide sociale, en particulier l'identification des autorités chargées de procéder à cette instruction (CE, Sect., 26/07/1991, Préfet du Val-d'Oise c/ Mme Dorkel, *Leb.*, p. 299).

⁴⁷⁰Comm. Centr., 7/01/1980, *RDSS*, 1981, p. 114, chron. E. Alfanderi.

objective, de sorte que les autorités publiques ne disposent d'aucune prérogative discrétionnaire. C'est le cas en ce qui concerne le RMI, puisque toute personne résidant en France, âgée de plus de 25 ans (ou assumant une charge de famille) peut en bénéficier, dès lors que ses ressources n'atteignent pas le montant du revenu minimum et qu'elle s'engage à participer aux activités et actions nécessaires à son insertion (article 2 de la loi n°88-1088). Mais s'agissant du recouvrement des sommes indûment perçues, l'article 29 de la loi du 1er décembre 1988 précise par exemple que la créance peut être remise ou réduite – dans une proportion que la loi ne fixe pas – si le débiteur se trouve dans une situation précaire. Il appartient alors au Préfet de se prononcer sur les demandes présentées en ce sens (article 36 du décret 88-1111) : le représentant de l'Etat dans le département dispose donc d'une certaine faculté d'appréciation, quant à l'opportunité et au montant de la remise. On doit se demander, dans cette hypothèse, si le droit du bénéficiaire à conserver une partie de l'aide se prêterait à la qualification de « civil »... Mais, en tout état de cause, il apparaîtrait peu judicieux de soumettre la Commission centrale à des règles d'organisation et de fonctionnement différentes selon l'objet des litiges pécuniaires dont elle est saisie et l'on peut, en ce sens, plaider pour une applicabilité « par assimilation » de l'article 6.

c – La Commission départementale des travailleurs handicapés

S'agissant de la Commission départementale des travailleurs handicapés, l'extension de la disposition conventionnelle semble plus aléatoire. Aux termes de l'article L. 323-55 du Code du travail, l'autorité est appelée à traiter de quatre types de litiges, portant respectivement sur le refus de reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé, sur les mesures d'orientation et de reclassement, sur le bénéfice des avantages spéciaux reconnus par les conventions collectives aux travailleurs handicapés employés en milieu ordinaire de travail et sur la réduction de salaire qui peut leur être appliquée. Aucun de ces contentieux n'a trait à des prestations⁴⁷¹.

Les contestations relatives à des réductions salariales pourraient certes avoir une incidence pécuniaire suffisante pour justifier l'applicabilité de l'article 6 : si la loi limite ces réductions à 10 ou 20% pour les handicapés occupant un emploi normal dans un milieu ordinaire de travail (sous réserve que le rendement professionnel de l'intéressé soit notoirement diminué), elle autorise un abattement de 50% pour ceux qui exercent des emplois protégés (emplois à mi-temps ou emplois légers). Ces réductions toutefois sont pondérées du fait de la garantie d'un revenu minimum.

⁴⁷¹Rappelons que le droit à des primes de reclassement, par exemple, ne relève pas de la compétence de la CDTH, mais de celle des TA.

On peut également faire valoir les implications patrimoniales de la qualification de travailleur handicapé. L'article 32 de la loi du 30 juin 1975 assure les intéressés d'une garantie de ressources⁴⁷², tandis que les articles D. 323-4 à 10 et R. 323-73 du Code du travail leur réservent notamment le droit à des primes (d'un montant maximum de 1.000 francs) ou à des subventions d'installation (d'un montant maximum de 25.000 francs) en vue de favoriser leur insertion professionnelle. De même le reclassement comporte-t-il éventuellement des aides financières, équivalentes à celles accordées aux stagiaires de la formation professionnelle (articles L. 323-16 et L. 961 et s. du Code du travail) ; son objectif est au demeurant de préparer l'handicapé, par rééducation, réadaptation ou formation, à exercer un emploi, lequel lui procure certains revenus. Mais, dans les deux cas (contestation sur la qualification ou le refus de qualification de travailleur handicapé ; contestation sur les mesures d'orientation et de reclassement), le lien entre l'objet direct du litige et les avantages pécuniaires risque de paraître trop lointain aux yeux d'un juge interne qui ne dispose d'aucune jurisprudence européenne propre à la matière... Par ailleurs, les avantages spéciaux ne se traduisent pas nécessairement sur le plan de la rémunération : ils peuvent consister en un aménagement du temps ou des postes de travail... En fait, le critère de la patrimonialité apparaît en l'occurrence peu fécond.

Il n'est pas sûr pour autant que l'appréciation de l'incidence sur l'exercice des activités professionnelles soit plus adaptée. Seules la qualification de travailleur handicapé d'une part et les mesures de reclassement et d'orientation d'autre part semblent de nature à influencer sur les conditions d'exercice d'un emploi. La première, parce qu'elle peut, soit déterminer l'admission de l'intéressé en atelier protégé ou dans un centre d'aide par le travail, soit conditionner l'obligation d'emploi qui pèse aussi bien sur les entreprises du secteur privé que sur les établissements du secteur public ; les secondes parce qu'elles interfèrent sur sa réinsertion professionnelle. On sait que le Conseil d'Etat n'a cependant pas considéré qu'un litige relatif à ces mesures d'orientation et de reclassement implique un droit civil. Depuis, le contexte juridique a certes évolué. Mais il demeure que, pour sa part, la Cour de Strasbourg ne s'est pas encore prononcée sur des mesures affectant la formation de l'intéressé, en amont de l'accès ou de l'exercice d'une profession⁴⁷³. En l'état actuel du droit, on ne saurait donc dire avec certitude que l'interprétation retenue dans l'arrêt *Benameur* contredit la jurisprudence européenne. Quant aux implications de la qualification de travailleur handicapé, il faut observer que l'obligation d'emploi n'est assortie d'aucun droit corrélatif au profit du travailleur. Nulle voie de droit ne permet ainsi à ce dernier de contraindre un employeur à l'embaucher. En outre, ni l'Etat ni les

⁴⁷²Tout en subissant un abattement de salaire, le travailleur handicapé employé dans un cadre ordinaire de travail a droit à un complément de rémunération qui ne peut ni excéder 20% du SMIC ni porter la rémunération globale au delà de 130% du SMIC. Ceux qui occupent un emploi protégé se voient garantir une rémunération égale à 100% du SMIC.

⁴⁷³ Rappelons qu'en revanche, le Conseil d'Etat a jugé qu'une contestation relative à des décisions d'interdiction définitive de passer un examen ou d'exclusion définitive de tout établissement public d'enseignement était déterminante pour un droit de caractère civil, dès lors que ces sanctions compromettent la liberté d'accéder à des professions soumises à une condition de diplôme (CE, 19/01/2000, Pawlowski, req. n° 187352 ; CE, 3/11/1999, Zurmely, req. n° 203748). Dans la même ligne d'idée, on pourrait considérer que les mesures de formation d'un handicapé interfèrent directement sur ses possibilités d'accéder à un emploi.

collectivités territoriales ne peuvent se voir appliquer de pénalités en cas de non-respect des quotas fixés par la loi... L'issue des contestations nées d'un refus de qualification de travailleur handicapé n'est donc pas aussi déterminante pour le droit d'exercer une profession qu'on aurait pu le penser. Ces différentes considérations, qui délimitent l'objet des litiges dont connaît la CDTH, font que l'applicabilité de l'article 6 à cette instance reste sujette à caution.

Il est cependant possible que le décret du 30 juin 1998 en autorise l'invocation, dans le cas particulier de l'accès des handicapés à des fonctions relevant du Ministère de l'Education nationale. Ce texte donne en effet compétence à la CDTH pour statuer sur les décisions par lesquelles les Commissions académiques rejettent leurs candidatures. Sans doute l'intéressé ne prétend-il pas alors se livrer à une activité commerciale ou libérale, exercée à des fins lucratives sur la base d'un contrat avec des clients, mais occuper un emploi dans la Fonction publique, à laquelle la Convention ne garantit en principe aucun droit d'accès. L'article 6, toutefois, n'est pas une disposition complémentaire et le droit en cause n'a pas à être consacré par l'instrument européen ; l'élargissement de son champ d'application au contentieux disciplinaire de la Fonction publique en est la démonstration (cf. *supra*). Dans la ligne de la jurisprudence *Pellegrin*, il est donc concevable que la décision par laquelle un handicapé se voit refuser l'accès à un poste d'enseignant, notamment, porte sur un droit civil. Cette hypothèse, cependant, appelle deux observations :

- alors que le contentieux social est majoritairement soumis aux exigences du procès équitable sur la base du critère de patrimonialité, c'est l'incidence sur l'activité professionnelle qui serait ici déterminante.

- l'extension de l'article 6, par ailleurs, serait relativement ponctuelle, dans la mesure où, d'une part, l'objet de la contestation n'est pas le plus représentatif des attributions de la CDTH et où, d'autre part, une distinction doit être faite entre les fonctions auxquelles le travailleur handicapé candidate. Il n'est en effet pas exclu que les emplois de directeur ou d'inspecteur soient « *caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique [agissant] comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et des autres collectivités publiques* » et, qu'à ce titre, les litiges y afférents soient soustraits à l'application l'article 6.

Cela étant, les restrictions concernant la CDTH ne doivent pas dissimuler l'application croissante des principes du procès équitable devant le TCI, la CNITAT et la Commission centrale. Elles pondèrent simplement l'attractivité de l'article 6 dans le domaine du contentieux social. Celui-ci ne saurait d'ailleurs se réduire aux affaires dont traitent soit les juridictions de la Sécurité sociale, soit celles de l'aide et de l'action sociales. Pris dans une acception large, le contentieux social peut aussi inclure les différends qui opposent un individu en tant que consommateur à ses créanciers.

B – L’extension improbable de l’article 6 au contentieux du surendettement des particuliers

La loi Neiertz du 31 décembre 1989, relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des ménages, s’inscrit à double titre dans une recherche sur l’extension des garanties du procès équitable au domaine social, hors les juridictions ordinaires :

- appréhendant la situation de particuliers indépendamment de toute considération professionnelle ou commerciale, le texte offre à des familles en état d’urgence sociale des facilités pour sortir de la crise financière dans laquelle elles se trouvent (report ou rééchelonnement du paiement des dettes, remise de dettes, réduction ou suppression des taux d’intérêt⁴⁷⁴ ...).

- la procédure mise en place repose sur l’intervention d’une commission administrative, la Commission de surendettement⁴⁷⁵, chargée de concilier les intérêts des parties, en vue d’élaborer un plan conventionnel de redressement approuvé à la fois par le débiteur et ses principaux créanciers (art. L. 331-2 du Code de la Consommation).

Dans ces conditions, on ne peut manquer de s’interroger sur une éventuelle application des exigences européennes à cette instance, question qui n’a pour l’instant donné lieu à aucune jurisprudence.

Du fait de leur objet, les décisions prises par la Commission de surendettement rentrent indubitablement dans le domaine de l’article 6. Qu’elle se prononce sur la recevabilité du dossier ou qu’elle recommande des mesures de redressement à défaut de règlement amiable, l’autorité statue en effet sur un différend touchant à des droits et obligations de caractère civil, nés d’un rapport contractuel entre un débiteur et un créancier. Dans le premier cas, sa décision a pour effet d’exclure les débiteurs ayant délibérément organisé leur surendettement des mesures d’aide prévues. Dans le deuxième cas, la Commission peut préconiser un rééchelonnement des dettes, un aménagement des modalités de la vente – forcée ou amiable – du logement principal du débiteur, ou encore une imputation directe du paiement sur le capital. Il est toutefois possible que le surendettement ne soit pas dû à une accumulation de dettes, mais à une absence de ressources (hormis le « reste-à-vivre »). Dans cette hypothèse, une loi du 29 juillet 1998 permet à la Commission de recommander un moratoire : l’exigibilité des créances (autres que fiscales et alimentaires) est alors suspendue pendant un certain délai. Si, à l’issue de cette période, la situation du débiteur ne s’est pas améliorée, l’effacement partiel ou total de la dette sera éventuellement proposé. Les enjeux de la procédure sont donc, pour les parties, manifestement pécuniaires.

⁴⁷⁴Article L. 331-6 du Code de la consommation.

⁴⁷⁵Il en est institué au moins une par département, leur nombre pouvant être plus important si les conditions économiques, sociales, géographiques ou démographiques le nécessitent (article R. 311-1 du Code de la Consommation).

En fait, la principale difficulté tient à la nature des pouvoirs exercés par la Commission de surendettement. Si elle rend une véritable décision sur la recevabilité du dossier, elle n'émet par ailleurs que des recommandations, autrement dit des actes qui en eux-mêmes ne devraient pas avoir d'incidence sur le patrimoine des intéressés. Sans doute la Cour européenne n'a-t-elle pas formellement subordonné l'applicabilité de l'article 6 à un critère de normativité, mais on voit mal comment une autorité, dont les compétences se bornent à des mesures censées ne pas faire grief, pourrait trancher des contestations sur des droits et obligations de caractère civil. Il faut donc examiner plus attentivement la valeur des recommandations émises. Comme elles acquièrent force exécutoire dès leur homologation par le président du TGI, juge de l'exécution, c'est la décision de ce dernier qui pourrait sembler déterminante. Toutefois, force est de constater qu'en l'absence de contestations des parties, il ne contrôle que la régularité desdites recommandations, sans avoir le pouvoir de les réformer⁴⁷⁶. Leur contenu s'impose à lui. C'est donc bien la mesure préconisée par la Commission de surendettement qui, lorsqu'elle est conforme aux textes légaux, affecte en substance les intérêts patrimoniaux du débiteur ou du créancier. En revanche, lorsque les parties manifestent leur désaccord, le juge de l'exécution a plénitude de juridiction pour décider des mesures à prendre, indépendamment des recommandations émises (nouvel article L. 332-3 du Code de la consommation). L'avis de la Commission de surendettement ne le lie pas, d'où il s'ensuit que la procédure devant cette instance ne s'avère pas déterminante, du point de vue de l'existence et de l'étendue d'un droit civil.

Si l'on admet ce raisonnement, il faut alors considérer que l'article 6 n'est, sur un plan matériel, que partiellement applicable à la Commission de surendettement.

Bien qu'indéniable, l'extension des principes du procès équitable dans le domaine social ne saurait donc être conçue de manière globale ou illimitée. Les critères dégagés par la jurisprudence européenne expliquent que l'on doive procéder litige par litige, sauf à sacrifier aux exigences fonctionnelles qui recommandent de ne pas diversifier à outrance les règles d'organisation et de fonctionnement d'une même instance. Du moins l'exemple du contentieux social témoigne-t-il de la fécondité du critère de patrimonialité qui, abstraction faite de toute incidence sur la source de revenus que représente une activité professionnelle, permet d'élargir le champ de l'article 6. Curieusement, le critère paraît moins efficient en matière financière.

§ II – Un facteur paradoxalement inopérant en matière financière – La mise en débet des comptables patents par le juge des comptes

Hélène Surrel

⁴⁷⁶Il faut néanmoins réserver le cas de l'effacement, car le juge de l'exécution peut en apprécier le bien-fondé, autrement dit l'opportunité, en vertu de l'article L. 332-1 du Code de la consommation.

La Cour européenne ne s'est jamais prononcée au fond sur la procédure de jugement des comptes des comptables patents et il y a *a priori* peu de chances qu'elle le fasse en raison de la soumission hiérarchique des comptables de droit, lesquels, bénéficiant généralement d'une remise gracieuse lorsqu'ils sont mis en débet par le juge des comptes, n'auraient guère intérêt à la saisir. Partant, la portée de la jurisprudence européenne touchant l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention à la mise en débet d'un comptable est assez difficile à cerner. Le Conseil d'Etat français, en revanche, estime l'article 6§1 de la Convention inapplicable. Dans une décision *Ville d'Annecy c/ M. Dussolier* du 19 juin 1991 (arrêt de débet), il affirme que « *la Cour des comptes, lorsqu'elle juge les comptes des comptables publics en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 22 juin 1967 modifiée par la loi du 10 juillet 1982, ne statue pas en matière pénale et ne tranche pas des contestations sur des droits et obligations de caractère civil* », et que, dès lors, l'article 6§1 de la CEDH ne lui est pas applicable⁴⁷⁷. Cette position est réaffirmée dans une décision de Section du 3 avril 1998, *Mme Barthélémy*⁴⁷⁸. De plus, dans un arrêt *SARL Deltana et M. Perrin* du 16 novembre 1998, la Haute juridiction estime également l'article 6§1, inapplicable lorsque la Cour des comptes « *fixe la ligne de compte de la gestion de fait et met le comptable en débet* »⁴⁷⁹. Cette position réservée est fondée sur la conception qu'a la juridiction administrative de la nature du contrôle opéré par le juge des comptes, c'est-à-dire du caractère objectif de la procédure de jugement des comptes. C'est ce que rappelle le commissaire du gouvernement M. Francis Lamy dans ses conclusions sur *Mme Barthélémy*, dans lesquelles il plaide pour le maintien d'une jurisprudence qui a de « *très solides justifications* »⁴⁸⁰. Il est vrai que le juge examine d'office les comptabilités patents⁴⁸¹. Les comptables publics sont tenus de produire, dans les délais réglementaires, leurs comptes à la juridiction dont l'examen n'est pas subordonné à l'existence d'un différend entre le comptable et la personne publique concernée. En ce qui concerne les gestions de fait, sa compétence est d'ordre public. Il doit en principe ouvrir une procédure dès lors que l'examen des comptes patents lui fait découvrir une gestion de fait ou dès lors que ces gestions lui sont déferées par des autorités habilitées pour ce faire. Ensuite, la responsabilité des comptables publics est d'une grande rigueur. D'une part, les comptables sont non seulement responsables de leurs manquements, mais ont à répondre également dans certaines conditions de ceux commis par leurs subordonnés voire leurs prédécesseurs. D'autre part, la loi du 23 février 1963 édicte une présomption de responsabilité des comptables, au terme de laquelle la simple constatation de manquements suffit à engager leur responsabilité sans qu'il soit besoin au préalable de faire la preuve

⁴⁷⁷*Rec.*, p. 242.

⁴⁷⁸*RFDA*, sept.-oct. 1998, p. 1047.

⁴⁷⁹*RFDA*, 1999, pp. 246-248. Cf. également CE, 19/05/2000, Le Gall et Trumel.

⁴⁸⁰M. Lamy avance également qu'il existe « *de très fortes raisons d'opportunité de ne pas revenir sur elle. Celle-ci est trop récente* ». Seule une décision directement contraire du juge de Strasbourg devrait conduire à la modifier. *RFDA*, 1998, pp. 1039-1046.

⁴⁸¹Sous réserve des cas d'apurement administratif.

de la commission d'une faute⁴⁸². Selon la conception traditionnelle du jugement des comptes retenue par le Conseil d'Etat, la juridiction financière contrôle exclusivement la régularité des comptes. Seuls sont en cause le paiement ou le recouvrement de deniers publics en application des règles de la comptabilité publique. Selon l'adage classique, la juridiction financière « juge les comptes et non pas les comptables ». La Cour des comptes « ne peut légalement fonder les décisions qu'elle rend dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle que sur les éléments matériels des comptes soumis à son contrôle, à l'exclusion notamment de toute appréciation du comportement personnel des comptables intéressés »⁴⁸³. Elle ne juge pas les comptables eux-mêmes et ne prononce pas de sanctions à leur égard. En raison du caractère objectif du contrôle, l'arrêt de débet représente l'évaluation des sommes irrégulièrement manquantes que le comptable concerné est tenu de reverser. Ainsi la Cour des comptes ou une chambre régionale ne tranche pas d'accusations en matière pénale. L'appréciation du comportement du comptable est le fait du seul ministre des finances, qui peut prendre une décision de décharge ou accorder une remise gracieuse de débet, ce qu'il fait d'ailleurs souvent. Cependant, on sait que cette conception du rôle du juge des comptes se heurte à de vives critiques. Comme le relève M. Magnet, celui-ci vérifie les comptes mais, surtout, statue sur la régularité des opérations qui sont ou devraient être décrites dans ces comptes et sur la responsabilité qui en découle pour les comptables⁴⁸⁴. En outre, comme le notent Mme Fabre et M. Froment-Meurice, « il est clair qu'à l'origine des déficits de caisse, des paiements irréguliers ou des pertes de recettes, il y a, le plus souvent, une faute du comptable et que le juge des comptes ne peut ignorer cette faute lorsqu'il statue sur la situation du comptable »⁴⁸⁵. Le juge financier est ainsi amené à prendre parfois en compte le comportement du comptable.

La thèse de l'inapplicabilité de l'article 6 §1 à la procédure de jugement des comptes a pu néanmoins être confortée par la position adoptée par la Commission EDH dans l'affaire *Mme Muyltermans c/ Belgique*⁴⁸⁶. Elle y estime que si l'obligation de reversement qui pèse sur le comptable a des répercussions sur son patrimoine, celles-ci ne sont pas suffisantes pour qualifier cette obligation de civile au sens de la Convention. Et d'affirmer que « l'article 6 de la Convention ne s'applique pas aux contestations relatives à la fonction publique (...) Ainsi, une contestation relative à la liquidation du compte d'un comptable en tant que tel ne tomberait pas en principe dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention »⁴⁸⁷. Mais la Cour des comptes belge, à la différence du juge des comptes français, procède, une fois la ligne de compte arrêtée, à l'appréciation de la responsabilité du

⁴⁸²CE, 12/07/1907, Nicolle, trésorier payeur général de la Corse, *Rec.*, p. 656 et F. J. Fabre et A. Froment-Meurice, *Les grands arrêts de la jurisprudence financière*, Sirey, 4^{ème} éd., 1996, pp. 189-201.

⁴⁸³CE, Ass, 20/11/1981, Ministre du Budget, *Rec.*, 434. Cf. Juge des comptes et responsabilité des comptables successifs en matière de recouvrement des recettes, *RFDA*, janvier-février 1990, pp. 100-129.

⁴⁸⁴Que juge le juge des comptes ?, *RFFP*, 1989, pp. 115-124 ; J. Magnet et E. Hémar, Qui cherche trouve : actualité de la juridiction des comptes, *D.*, 1992, chron. 42 et, dans le même sens : M. Lascombe et D. Vion, note sous CE, Ass, 14/02/1996, M., *JCP*, 1996, II, 22669.

⁴⁸⁵*Op. cit.*, p.251.

⁴⁸⁶Rapport du 2 octobre 1990 et arrêt du 23/10/1991 (règlement amiable).

⁴⁸⁷§ 54 du rapport.

comptable en déterminant la fraction du débet à mettre à la charge du comptable, eu égard à son comportement et aux circonstances de la cause. Pour la Commission, le fait que la Cour des comptes ait « ... également statué sur la responsabilité de la requérante et, à cet égard, [ait] apprécié les manquements dans l'exercice de ses fonctions » commande l'applicabilité de l'article 6, matière civile⁴⁸⁸.

En définitive, l'exclusion de l'applicabilité de l'article 6§1 au jugement des comptes est problématique. Les commissaires du gouvernement qui ont examiné cette question ont d'ailleurs adopté une position nuancée. Ainsi, dans ses conclusions sur l'affaire précitée *Ville d'Annecy, M. Abraham* relève qu'il est « *cependant difficile d'être tout à fait certain de cette solution, en raison du caractère plutôt impressionniste de la jurisprudence des organes de Strasbourg ... sur la notion de "droits et obligations de caractère civil" »*⁴⁸⁹.

Le débet n'étant pas juridiquement une sanction,⁴⁹⁰ l'éventuelle applicabilité de l'article 6§1 doit être envisagée sous l'angle de la matière civile. On peut dès lors se demander si, lorsqu'il prononce un débet, le juge des comptes ne règle pas une « contestation sur des droits et des obligations de caractère civil ».

Lorsque la CourEDH se fondait sur la nature patrimoniale du litige pour juger de l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention, l'applicabilité semblait déjà très incertaine. Certes, l'issue de la procédure – le débet – peut avoir d'importantes répercussions sur le patrimoine du comptable⁴⁹¹. Mais le domaine du jugement des comptes est de ceux qui mêlent des aspects de droit public et de droit privé au sens de la Convention. Lorsque le droit national applicable est ainsi mixte, la Cour EDH évalue le poids respectif des deux types d'éléments afin de déterminer le caractère prédominant du droit en cause⁴⁹². Dans l'affaire *Georges Henry c/ France* devant la Commission EDH, le Gouvernement français a défendu la thèse de l'inapplicabilité de l'article 6§1, matière civile, au jugement des comptes, au motif que les aspects de droit public prédominent touchant les droits et les obligations en cause⁴⁹³. Et de préciser que « *la procédure suivie devant la Cour ... porte à la fois sur les obligations de respect des règles budgétaires et comptables qui président à la tenue des comptes et sur le droit du comptable d'obtenir la libération des garanties patrimoniales constituées* » sans contester que « *la responsabilité pécuniaire personnelle des comptables publics comporte des*

⁴⁸⁸Cf. la note du Professeur G. Montagnier, Commentaire de l'arrêt de la Cour EDH, *Mme Muyltermans c/ Belgique*, 23/10/1991, *RFFP*, 1992, pp. 177-189.

⁴⁸⁹Plus récemment, M. Lamy, dans ses conclusions précitées sur *Mme Barthélémy*, reconnaît que « *le fait que les comptables soient responsables sur leur propre patrimoine constitue un facteur d'incertitude quant à la solution que retiendrait la cour de Strasbourg* ».

⁴⁹⁰Il s'agit de réparer le préjudice financier causé par le comptable à une collectivité publique.

⁴⁹¹S'y ajoutent la transmission du débet aux héritiers et l'hypothèque légale qu'il peut emporter. D'autant du bien-fondé de la solution retenue dans l'arrêt *Ville d'Annecy* (préc.), le Professeur R. Ludwig met l'accent sur le caractère exécutoire de la décision de débet (*Chronique de comptabilité publique, Revue du Trésor*, oct. 1991, pp. 645-646). Cf. également, en faveur de l'applicabilité de l'article 6, M. Lascombe et D. Vion, note précitée.

⁴⁹²Arrêt *Francesco Lombardo c/ Italie*, 26/11/1992, A/249, §§ 15-17.

⁴⁹³Req. n°20714/92, décision du 6/04/1995 (recevabilité), DR 81-A, pp. 24-34 (procédure de quitus de gestion).

*analogies avec la responsabilité contractuelle du droit civil... »*⁴⁹⁴. Cette parenté et la reconnaissance de cet « alignement sur le droit civil » par le Conseil d'Etat et la Cour des comptes⁴⁹⁵ est un des éléments qui conduisent M. Baverez à affirmer que « *la responsabilité personnelle pécuniaire des comptables publics, qui affecte l'exercice du droit de propriété et dont le régime est assimilé à celui des mandataires et dépositaires, doit donc être considérée comme une obligation de caractère civil au sens de la Convention européenne* »⁴⁹⁶. Cette analyse n'emportait pas pleinement l'adhésion. En effet, le droit en cause découle d'une organisation de droit public et est inhérent à la puissance publique. Comme le souligne le Gouvernement français, dans l'affaire *Georges Henry*, « *la gestion des deniers publics est par excellence une activité régaliennne de la puissance publique et les règles qui la régissent relèvent par essence du droit public (et) en outre, les droits et obligations du comptable vis-à-vis du Trésor résultent de son appartenance à la fonction publique et de son statut* »⁴⁹⁷. Les droits et obligations en cause ne paraissent pas détachables de la qualité d'agent public du comptable qui remplit une fonction d'une importance particulière pour le fonctionnement de l'Etat. Certes, la Cour EDH a déjà jugé que certains droits purement patrimoniaux rattachés au statut de fonctionnaire (tels qu'un droit à pension) revêtaient un caractère civil⁴⁹⁸. Elle a fait entrer un litige entre un fonctionnaire et son employeur dans le champ d'application de l'article 6, § 1, matière civile, dans la mesure où il portait exclusivement sur des droits pécuniaires à caractère objectif et non sur des éléments liés à la carrière ou à la manière dont le fonctionnaire exerce ses fonctions. Cette application extensive de la notion de "contestations sur des droits et des obligations de caractère civil" s'est essentiellement faite pour les matières susceptibles de donner lieu à un contentieux indemnitaire. En revanche, la Cour a constamment affirmé que "les contestations concernant le recrutement, la carrière et la cessation d'activités des fonctionnaires sortent, en règle générale, du champ d'application de l'article 6, § 1" s'opposant ainsi à la volonté de la Commission d'étendre l'applicabilité de l'article 6 à une partie du contentieux de la fonction publique⁴⁹⁹.

En tout état de cause, l'applicabilité de l'article 6, § 1, nous semble devoir être désormais écartée, du moins en l'état actuel de la jurisprudence⁵⁰⁰. En effet, la Cour européenne applique, depuis l'arrêt Pellegrin contre la France du 8 décembre 1999, "un critère fonctionnel, fondé sur la nature des

⁴⁹⁴*Ibid*, p. 31.

⁴⁹⁵Les règles du droit civil ne s'appliquent qu'à titre supplétif.

⁴⁹⁶La Cour des comptes : juridiction introuvable ?, *D.*, 1992, p. 177. Cette argumentation conduit, dans une certaine mesure, à faire fi de l'autonomie de la notion de « contestations sur des droits et des obligations de caractère civil ».

⁴⁹⁷*Op. cit.*, p. 31. On rappellera que pour pouvoir entrer en fonctions, le comptable doit verser un cautionnement important ou adhérer à une association de cautionnement mutuel et que sa responsabilité a pour contrepartie des rémunérations accessoires.

⁴⁹⁸Arrêt Lombardo, précité.

⁴⁹⁹Arrêt Neigel c/ France, 17/03/1997, § 43. Dans un autre domaine (contentieux électoral), l'arrêt Pierre-Bloch c/ France du 21/10/1997 témoigne du coup d'arrêt donné à l'interprétation extensive réalisée. La Cour y affirme qu' « *un contentieux n'acquiert pas une nature civile du seul fait qu'il soulève aussi une question d'ordre économique* » (§ 51).

⁵⁰⁰Dans l'affaire Pellegrin c/ France, certains juges ont formulé des opinions dissidentes dans lesquelles ils contestent la pertinence du critère désormais retenu par la Cour pour déterminer l'applicabilité de l'article 6.

fonctions et des responsabilités exercées par l'agent" pour déterminer si l'article 6, § 1, est applicable⁵⁰¹. Elle relève que certains postes dans les administrations nationales "comportent une mission d'intérêt général ou une participation à l'exercice de la puissance publique" et que leurs "titulaires détiennent ainsi une parcelle de la souveraineté de l'Etat (lequel) a donc un intérêt légitime à exiger de ces agents un lien spécial de confiance et de loyauté"⁵⁰². Aussi décide t-elle d'exclure du champ d'application de l'article 6, § 1, "les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques"⁵⁰³. Et de préciser qu'elle vérifiera, dans chaque cas, si l'emploi concerné échappe au champ d'application de la Convention et d'indiquer qu'elle prendra en compte "à titre indicatif" les critères utilisés en la matière par la Commission européenne et la Cour de justice des Communautés européennes. Or la Commission européenne, dans sa communication du 18 mars 1998, estime que la dérogation établie par l'ancien article 48, paragraphe 4, du TCE (désormais 39, § 4) vise les fonctions spécifiques de l'Etat et des collectivités assimilables telles que l'administration fiscale⁵⁰⁴. Et, dans l'affaire Pellegrin, le requérant, agent contractuel non titulaire de la fonction publique, remplissait des tâches qui "lui conféraient d'importantes responsabilités dans le domaine des finances publiques de l'Etat, domaine régalien par excellence. Il a ainsi été amené à participer directement à l'exercice de la puissance publique et à l'accomplissement de fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat". Partant, l'article 6, § 1, est inapplicable⁵⁰⁵. Ces divers éléments autorisent à écarter l'applicabilité de l'article 6, § 1, à la mise en débet d'un comptable patent. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs très vite décidé d'appliquer le nouveau critère dégagé par la CourEDH⁵⁰⁶ et a plus récemment jugé que la procédure disciplinaire du Conseil supérieur des chambres régionales des comptes était exclue du champ d'application de l'article 6, § 1, les magistrats des chambres régionales exerçant des fonctions juridictionnelles qui les font participer à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts de l'Etat et des autres collectivités publiques⁵⁰⁷.

*

⁵⁰¹Requête n°28541/95, § 64. Cf. G. Gonzalez, in F. Sudre (dir.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - Affaires françaises*, *RDP*, n°3, 2000, pp. 711-716 et T. Graffin, *L'extension du champ d'application des garanties de l'article 6§1 de la Convention EDH à la fonction publique nationale*, *JCP*, G, 22/11/2000, II, 10426.

⁵⁰²§ 65 de l'arrêt Pellegrin.

⁵⁰³§ 66 de l'arrêt Pellegrin.

⁵⁰⁴Cf. §§ 66 et 37-41 de l'arrêt Pellegrin.

⁵⁰⁵§§ 70-71 de l'arrêt. Le requérant avait été recruté en qualité d'auditeur en gestion et comptabilité.

⁵⁰⁶CE, 23/02/2000, L'Hermite, req. n°192480, *AJDA*, 20/04/2000, pp. 363-364. Dans cette affaire, l'article 6§1 de la Convention est applicable, le droit d'exercer les fonctions de professeur d'université-praticien hospitalier ayant un caractère civil au sens de la Convention et « *les attributions des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires ne (comportant) pas de participation à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres personnes publiques* ».

⁵⁰⁷CE, 5/11/2001, X., 205768, *D.*, 2002, IR, p. 41.

Le critère de la patrimonialité, pris dans son acception la plus stricte, a donc eu pour principal effet de faire tomber le contentieux social dans le champ de l'article 6. Sans doute ne s'agit-il pas là d'une conséquence mineure, quand on sait l'importance dudit contentieux. Encore faudrait-il employer un pluriel tant le droit de la Sécurité sociale et le droit de l'aide sociale sont distincts. Ils ont cependant la particularité commune de disposer de juridictions propres, parfois assez nombreuses, devant lesquels les administrés ont tout intérêt à pouvoir invoquer le droit à un procès équitable. Cette avancée ne doit certes pas être relativisée. Mais dans le même temps, on constate qu'au-delà, l'applicabilité de l'article 6 devient plus incertaine, plus discutable... Toute procédure ayant des implications pécuniaires directes ne sera pas nécessairement déterminante pour des droits et obligations de caractère civil. L'exemple de la mise en débet est à cet égard significatif, puisqu'avant même que la Cour n'adopte un critère fondé sur la nature des fonctions, les éléments de droit public apparaissaient prédominants en la matière. Aussi le domaine de l'article 6 pour être étendu n'est-il pas illimité.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

La notion de droits et obligations de caractère civil, en tant qu'elle intègre à la fois des droits « pécuniaires » et le droit d'exercer une profession, contribue largement à la diffusion des exigences du procès équitable. Après une certaine phase de résistance du juge administratif en matière disciplinaire, les juridictions internes semblent se rallier aujourd'hui à l'interprétation autonome de la Cour de Strasbourg : une dynamique se crée, à la faveur de laquelle de nouvelles perspectives s'ouvrent à l'article 6, dans le domaine de la régulation notamment. Il est vrai que des limites subsistent, du fait de la nature conservatoire ou du caractère de police de certaines mesures par exemple... Le Conseil d'Etat notamment n'abdique pas son autonomie interprétative. Mais on n'en est pas moins passé d'un état de guerre à une situation plus satisfaisante qu'une simple paix armée⁵⁰⁸.

Le critère de l'incidence sur les activités professionnelles et celui des implications patrimoniales n'interviennent pas cependant de manière égale. Non que leur attractivité intrinsèque soit différente. Mais dans le champ de la recherche au moins, c'est le premier qui trouve plus souvent à jouer. Cette circonstance même permet de situer l'apport respectif des notions de « droits et obligations de caractère civil » et de « matière pénale » au phénomène de la judiciarisation.

⁵⁰⁸ Pour reprendre la terminologie employée à propos des rapports de la Haute juridiction administrative avec le droit communautaire.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Contrairement à ce que l'on aurait pu penser, il semble que ce soit la notion de droits et obligations de caractère civil qui constitue le principal facteur d'applicabilité de l'article 6 hors les juridictions ordinaires. Cette étonnante conclusion (qui ne prétend valoir que dans le champ de la recherche) peut s'expliquer par deux séries de considérations.

A la différence du concept de « matière pénale », celui de « droits et obligations de caractère civil » n'a pas été défini à partir d'un faisceau d'indices. Les notions de patrimonialité ou de droit privé, qui sont censées l'expliquer, s'avèrent plus attractives que sélectives. En témoignent aussi bien la liste des domaines soumis à l'article 6 dans la jurisprudence européenne, que celle des décisions susceptibles d'en relever en droit interne (autorisation de se livrer à une activité, répartition du temps d'antenne, des fréquences, décision de prise en charge de frais d'hébergement ou octroi d'allocation). Par comparaison, n'entrent pour l'essentiel dans la matière pénale que les sanctions pécuniaires.

Car quelle que soit sa gravité et malgré son but répressif, une sanction disciplinaire, prononcée par une instance ordinaire ou par une juridiction spécialisée de l'enseignement, ne relève pas de la matière pénale. Seules font exception à cet égard les sanctions pénitentiaires. Par extension, on est donc conduit à considérer que celles prononcées par les autorités administratives indépendantes rentrent également dans le domaine de l'article 6 au titre de la matière civile.

Cette dernière cependant favorise une extension des principes du procès équitable sans doute plus importante mais peut-être aussi plus fragile. En matière civile en effet, le critère organique peut encore faire obstacle à l'applicabilité de l'article 6 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, alors qu'il paraît « neutralisé » en matière pénale (du moins en matière de régulation). Par ailleurs dans l'hypothèse où une mesure portant atteinte à des droits et obligations de caractère civil est associée à une sanction pécuniaire, il se produit une sorte de « pénalisation ».

Il reste que pour emporter des effets différents, les deux notions n'entrent pas en concurrence. Sans doute n'est-il pas indifférent que l'article 6 soit reconnu applicable au titre de l'une ou de l'autre ; l'invocabilité des garanties prescrites par les paragraphes 2 et 3 de la

disposition conventionnelle en dépend. Mais leur objet est identique : déterminer si les principes du procès équitable s'imposent. « Matière pénale » et « droits et obligations de caractère civil » constituent ainsi des critères à la fois exclusifs et alternatifs d'applicabilité de l'article 6. Et c'est bien cette conjonction qui confèrent au domaine de la judiciarisation ses contours extensifs. Mais si des convergences s'opèrent à cet égard entre les juridictions internes et européenne, il n'en va pas nécessairement de même en ce qui concerne le degré de la judiciarisation.

PARTIE II – LE DEGRE DE JUDICIARISATION DES PROCEDURES HORS LES JURIDICTIONS ORDINAIRES

L'idée de judiciarisation évoque un alignement des garanties reconnues à l'individu sur celles qui s'appliquent dans des procédures judiciaires. Dans le cadre de procédures strictement administratives, elle supposerait donc à la fois que soit dépassée la simple obligation de motivation qui s'impose en cas de décisions individuelles défavorables et qu'un formalisme accru entoure le respect des droits de la défense, qui, au titre des principes généraux du droit, régit le prononcé de mesures les plus diverses⁵⁰⁹. Les évolutions du droit interne témoignent au demeurant d'un semblable rapprochement, lorsqu'une répression administrative est substituée à une répression judiciaire⁵¹⁰ ou dans le domaine particulier de la discipline pénitentiaire⁵¹¹. Mais le risque est que le besoin de judiciarisation ne se fasse pas sentir pour des institutions qui sont qualifiées de juridictionnelle et qu'il doive s'accomoder des spécificités de l'activité administrative. Les contraintes européennes, en faisant abstraction des classifications internes, sont alors susceptibles d'exercer une influence plus large et peut-être plus profonde.

L'applicabilité de l'article 6 étant établie, il faut encore préciser s'il s'impose spécifiquement aux institutions étudiées. Compte tenu de la différenciation opérée dans son champ d'application organique, la procédure doit d'autant plus s'apprécier dans sa globalité. Ainsi le degré de judiciarisation dépend-il en premier lieu du moment du procès équitable (Chapitre I). Il doit être évalué en second lieu par rapport aux différentes exigences énoncées, autrement dit par rapport aux implications de l'article 6 (Chapitre II).

⁵⁰⁹ Par exemple décision du CSA de refuser à une société la reconduction « hors appel à candidatures » de son autorisation d'émettre (CE, 20/05/1996, Vortex, DA, 1996, n° 478).

⁵¹⁰ Conseil Constitutionnel, Décision n° 88-247 DC, 17/01/1989, JORF, 18/01/1989, p. 754 et 758 pour le CSA ; Conseil Constitutionnel, Décision n° 89-260 DC, 28/07/1989, JORF, 01/08/1989, p. 9676 pour le COB : « ces exigences [entre autres le respect des droits de la défense] ... s'étendent 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 ».

⁵¹¹ Décret n° 96-287 du 2 avril 1996 réformant la discipline pénitentiaire, JORF, 5 avril 1996, p. 5260, Loi n° 2000-321, JORF 13/04/2000, p. 5646; Loi n° 2000-516 du JORF 16 juin 2000, p. 9038.

CHAPITRE I – L’EMPRISE DE L’ARTICLE 6 SUR LES PROCEDURES HORS LES JURIDICTIONS ORDINAIRES

Comme on a déjà eu l’occasion de le préciser (cf. *supra*, Titre I, Chapitre I, Section II), les organes qui ne sont pas intégrés aux structures judiciaires ordinaires ne sont pas nécessairement tenus au respect de l’article 6⁵¹². La Cour comme la Commission européenne des droits de l’homme ont affirmé que « *l’article 6§1, s’il consacre le droit à un tribunal (...) n’astreint pas pour autant les États contractants à soumettre les contestations sur des droits et obligations de caractère civil à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des « tribunaux » conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d’efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l’homme, peuvent justifier l’intervention préalable d’organes administratifs ou corporatifs et a fortiori d’organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions* »⁵¹³.

La différenciation du champ d’application organique de l’article 6 conduit en fait à distinguer deux hypothèses, lorsque la procédure ne se déroule pas devant des juridictions de droit commun : ou les organes en cause remplissent eux-mêmes les exigences de l’article 6§1, ou bien ils n’y répondent pas mais subissent le contrôle ultérieur d’un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article⁵¹⁴. En d’autres termes, l’existence d’un contrôle ultérieur de pleine juridiction peut, dans la logique européenne, dispenser un organe disciplinaire ou administratif d’observer les exigences du procès équitable. La judiciarisation en est donc tributaire (Section I). Aussi, après avoir précisé le contenu de cette exigence, conviendra-t-il de préciser au cas par cas le moment du procès équitable, en fonction des voies de droit ouvertes en droit interne contre les décisions des organes étudiés (Section II).

⁵¹²Cour EDH, 1/07/1997, Gustafson, *Rec.*, 1997, p. 1149, § 45.

⁵¹³Cour EDH, 28/05/1982, Albert et le Compte, A/58.

⁵¹⁴Cour EDH, Albert et le Compte, précité, § 29.

Section I - Une judiciarisation tributaire de l'existence d'un contrôle de pleine juridiction

Catherine Mamontoff

Le degré de judiciarisation requis ne peut être déterminé sans que l'exigence de pleine juridiction ait été au préalable définie⁵¹⁵. Cette étape s'impose d'autant plus que le contenu de la notion, variable en droit européen, est controversé en droit interne.

Ainsi, M. Arrighi de Casanova, commissaire du gouvernement, estime que les pouvoirs de pleine juridiction du juge correspondraient aux pouvoirs que possède le juge de notre recours pour excès de pouvoir, excluant la réformation de la décision⁵¹⁶. A partir de cette interprétation, certains auteurs font une distinction entre les actes qui doivent être soumis au contrôle de légalité de la plus forte intensité, notamment ceux relevant de la matière pénale, et ceux relevant de la matière civile, devant être soumis seulement au contrôle restreint⁵¹⁷.

Inversement, M. R. Chapus considère que la compétence de pleine juridiction issue de la jurisprudence européenne signifie que le tribunal doit se prononcer sur les questions de fait, de droit et qu'il peut réformer la décision⁵¹⁸.

Enfin, M. F. Sudre a une autre analyse de la jurisprudence européenne, qui se situe entre les deux courants doctrinaux précités⁵¹⁹. Il distingue d'abord les actes relevant de la matière civile au sens de la CEDH ; ceux-ci, malgré le terme de « *pleine juridiction* » employé par le juge européen, entraîneraient un contrôle de la légalité, le juge national devant être compétent « *pour des points de fait comme les questions de droit* », l'intensité du contrôle (restreint ou complet) restant cependant encore incertaine en matière civile ; le recours appelé « de pleine juridiction » par le juge européen ne devrait donc pas être entendu

⁵¹⁵Cf. C. Mamontoff, La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la CEDH et ses implications en matière de sanctions administratives, *RFDA*, 1999, p. 1004 et s.

⁵¹⁶Pénalités fiscales et article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, concl., avis CE, sect., 31/03/1995, SARL Auto-industrie Méric, *RJF*, 5/1995, p. 330. Dans le même sens, M. Melchior, La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la CEDH, in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruylant, 1992, p. 1327. Pour M. J.-F. Flauss, l'expression de pleine juridiction, qui ne doit pas être prise au pied de la lettre, est en réalité un recours de pleine légalité ou de contrôle complet des actes ; voir Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA*, 1994, p. 28.

⁵¹⁷J.-F. Flauss, précité.

⁵¹⁸R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 1998, p. 111, n°137. Voir également l'analyse faite par P. Derouin à propos des recours relatifs aux sanctions fiscales, L'apport du droit pénal au régime juridique des sanctions fiscales, *LPA*, 6/10/1993, n°120, pp. 72 et 73.

⁵¹⁹Note sous Cass., com., 29/04/1997, Ferreira c/ DGI, *JCP*, G., II, 22935.

au sens du droit administratif français dès lors que l'on serait en présence d'une matière civile. La matière pénale, en revanche, nécessiterait des pouvoirs plus importants du juge que ceux requis en matière civile : non seulement il devrait « *examiner l'ensemble des faits de la cause* », mais aussi « *réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise* ».

Ce débat doctrinal a été à l'origine d'une autre interrogation : celle de savoir ce que doivent être les garanties d'un recours juridictionnel dont doivent bénéficier les citoyens. Ainsi, certains auteurs considèrent que le recours de plein contentieux ne protège pas mieux les personnes que le recours pour excès de pouvoir, surtout lorsqu'il y a examen de la proportionnalité⁵²⁰. D'autres affirment que le recours pour excès de pouvoir offre des garanties plus larges que le recours de pleine juridiction⁵²¹, et il a été dit que le contrôle restreint des sanctions prononcées par les autorités indépendantes est plus adapté que le contrôle normal car il cadre mieux avec l'esprit qui anime la régulation indépendante⁵²². Inversement, certains auteurs estiment que le recours de pleine juridiction constitue une garantie en matière de sanctions administratives⁵²³. Enfin, une autre partie encore de la doctrine va plus loin et préconise l'élargissement du plein contentieux à de nombreux actes administratifs relevant traditionnellement du recours pour excès de pouvoir (et non pas seulement en matière de répression administrative), car cela serait une évolution normale du contentieux administratif constituant un perfectionnement de l'État de droit⁵²⁴.

Cela nous conduit alors à nous interroger sur le sens que le juge européen donne à la notion de pleine juridiction : est-ce le pouvoir pour le juge national d'analyser le fait et le

⁵²⁰Ainsi R. Chapus s'insurge contre l'idée qu'un recours de plein contentieux serait plus efficace qu'un recours pour excès de pouvoir lorsque ce dernier débouche sur un contrôle normal permettant d'apprécier la proportionnalité d'une mesure administrative, *in précité*, p. 200 et s. Mme M. de Saint Pulgent, commissaire du gouvernement, considère dans le même sens que le recours pour excès de pouvoir constitue une garantie suffisante en matière de sanctions administratives, avec cependant la nécessité de s'interroger sur le degré de contrôle que doit exercer le juge : Les sanctions infligées par le Conseil des bourses de valeurs, nature et régime juridiques, *RFDA*, 1991, p. 618.

⁵²¹R. Schwartz et C. Maugué, *chron.*, *AJDA*, 1991, p. 361.

⁵²²J.-L. Autin, Le pouvoir répressif d'une autorité administrative indépendante devant le juge administratif, note sous CE, 14/06/1991, Ass. Radio-solidarité, *RFDA*, 1992, p. 1025. L'auteur note que des recours de plein contentieux peuvent donner lieu à un contrôle restreint par le juge administratif.

⁵²³B. Genevois a affirmé que le recours de pleine juridiction « *constitue une garantie essentielle en matière de sanctions administratives à caractère pécuniaire* », Le Conseil constitutionnel et la définition du Conseil supérieur de l'audiovisuel, *RFDA*, 1989, p. 227. M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly estiment que le recours pour excès de pouvoir « *se caractérise par « un déficit » de contrôle en matière de sanction...* », *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *Economica*, 1992, p. 124.

⁵²⁴J.-M. Woehrling, Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?, in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996.

droit, avec le cas échéant annulation de la décision et renvoi de l'affaire à l'administration ?
Ou est-ce aussi la possibilité de réformer, de moduler la décision ?

Nous verrons que la notion de pleine juridiction au sens européen semble bien avoir une signification différente – ou double acception – selon que l'on est en présence d'une matière civile ou d'une matière pénale, conformément à l'analyse faite par M. F. Sudre⁵²⁵, reprise ultérieurement⁵²⁶ (§ I). Nous qualifierons ensuite les recours existant en droit interne au regard de la notion européenne de pleine juridiction (§ II).

§ I - La double signification de la notion européenne de pleine juridiction

La jurisprudence strasbourgeoise fait ressortir que la notion de pleine juridiction n'a pas la même signification en matière civile (A) et en matière pénale (B), ce qui impose une analyse critique de cette double signification (C).

A La notion de pleine juridiction en matière civile

Le terme de « pleine juridiction » apparaît dans la jurisprudence européenne à l'occasion d'affaires administratives en droit interne, mais requalifiées de civiles au sens de la CEDH par les organes de Strasbourg. Notion peu explicite, elle suscite des interrogations sur l'office du juge administratif en droit interne. Chaque fois que l'affaire en cause est civile au sens de la CEDH et administrative en droit interne, l'analyse de la jurisprudence européenne fait apparaître que la notion est incertaine quant à l'étendue des pouvoirs du juge dans l'examen de l'affaire. En outre, les décisions ne font pas référence à un pouvoir de réformation du juge et le simple pouvoir d'annulation de la décision avec renvoi à l'administration n'est pas remis en cause. Il semble donc qu'en matière civile, la notion de pleine juridiction au sens européen ne corresponde pas à l'acception donnée dans notre droit administratif.

⁵²⁵Précité, note sous Cass., com, 29/04/1997.

⁵²⁶C. Mamontoff, La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives, précité ; L. Sermet, Le droit à un procès équitable, *RFDA*, 2000, p. 1060 et s et particulièrement p. 1063.

En effet, lorsque les organes de Strasbourg emploient le terme de « pleine juridiction » dans des affaires civiles, il semble bien qu'ils veuillent se référer au pouvoir du juge d'examen de l'affaire, d'investigation de celle-ci. Cette notion impliquerait tantôt un contrôle normal avec examen de la proportionnalité, tantôt un contrôle restreint. Ainsi, dans l'affaire bien connue *Le Compte, Van Leuven et de Meyer*⁵²⁷, la Cour de cassation belge n'est pas un tribunal jouissant de la plénitude de juridiction car elle « *ne connaît pas du fond des affaires (...) de sorte que de nombreux aspects des contestations relatives aux droits et obligations de caractère civil échappent à son contrôle* » (p. 26, §§ 60 et 61) et qu'elle ne peut « *corriger les erreurs de faits ni contrôler la proportionnalité entre faute et sanction.* » (p. 23, § 51). Dans l'affaire *Ettl et autres*, la Commission décide que l'examen « *limité des faits* [par la Cour administrative autrichienne] *ne suffit pas à établir une plénitude de juridiction...* » et qu'il manque « *d'importants éléments, par exemple l'établissement et l'appréciation des faits* »⁵²⁸. La Cour ne se prononcera pas dans cette affaire sur l'étendue des pouvoirs de la Cour administrative autrichienne⁵²⁹. Dans l'affaire *O. c/ Royaume-Uni*⁵³⁰, la Cour décide que le juge contrôlant seulement que l'autorité n'a pas agi de manière « *illégal, déraisonnable, ou inique* » (p. 27, § 63) ne s'assure pas du bien-fondé de la décision, ce qui est insuffisant au regard de l'article 6. Le contrôle dans cette affaire, qui correspondrait pour une partie de la doctrine au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁵³¹, est donc ici incomplet au regard de la Convention.

Mais, dans d'autres affaires, la rédaction de la jurisprudence européenne laisse penser que, parfois, un contrôle limité est conforme à la CEDH. Ainsi dans l'arrêt *Zumtobel*⁵³², le requérant invoque l'absence de pouvoir de pleine juridiction de la Cour administrative autrichienne, celle-ci ne pouvant exercer qu'un contrôle de la légalité. Pour le juge européen, l'ampleur du contrôle semble dépendre du fait que l'administration n'avait pas une compétence discrétionnaire dans l'affaire. Cela laisse supposer que l'étendue du contrôle du juge sur une décision administrative est fonction de la marge de manœuvre de l'administration. La Cour conclut, d'une façon peu claire d'ailleurs, à la conformité à l'article 6, « *eu égard au respect dû aux décisions d'opportunité de l'administration* », (§ 32, *in fine*).

⁵²⁷23/06/1981, A/43. Voir également, dans le même sens, *Albert et le Compte*, 28/05/1982, A/58.

⁵²⁸23/04/1987, A/117, p. 24, § 85.

⁵²⁹Cf. p. 19, § 43.

⁵³⁰8/07/1987, A/120.

⁵³¹M. Elvinger, Le contentieux de l'annulation des actes administratifs individuels face à l'exigence du contrôle de pleine juridiction au sens de la CEDH, *Bull. dr. h.*, 1996, p. 94.

⁵³²21/09/1993, A/268.

Dans l'affaire *Brian c/ Royaume-Uni*⁵³³, la Cour rappelle l'exigence d'un contrôle de pleine juridiction (p. 16, § 40), puis elle admet que la High Court a procédé à un contrôle de portée suffisante bien que sa compétence en matière de faits soit restreinte (p. 17, § 44), contrôle correspondant à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (p. 18, § 47), suivant en cela l'avis de la Commission (p. 23, § 46). La Commission profite d'une série d'affaires pénales contre l'Autriche⁵³⁴ pour préciser qu'en matière civile « *un contrôle quelque peu restreint des décisions prises par les autorités administratives [peut], en certaines circonstances, satisfaire aux exigences de l'article 6 de la Convention* », rédaction qui affirme explicitement qu'un contrôle limité est suffisant dans certaines circonstances (*a contrario*, un contrôle limité sera insuffisant dans d'autres circonstances). Cependant, la Commission ne donne pas plus de précisions sur les limitations possibles ni sur les types de litiges à l'intérieur de la matière civile qui pourraient donner lieu à un contrôle limité. Quant à la Cour, elle n'apportera pas de précisions supplémentaires dans ces affaires sur l'étendue des pouvoirs du juge.

Par ailleurs, la notion de pleine juridiction, toujours dans le domaine de la matière civile, ne semble pas devoir être comprise comme conférant au juge un pouvoir de substituer sa décision à celle de l'administration. En effet, dans les différentes affaires affirmant que le tribunal doit avoir la plénitude de juridiction, il n'apparaît nulle part que cette plénitude de juridiction implique un tel pouvoir. Seul l'arrêt *Ettle et autres*, précité, peut introduire un doute. La Commission avait affirmé que la Cour administrative ne répondait pas aux exigences de l'article 6§1, en raison notamment du fait que ses fonctions étaient « *limitées non seulement quant à l'effet juridique, mais aussi quant à l'étendue de ses compétences...* » (§ 83) ; il semble qu'il faille comprendre là que cette Cour ne pouvait substituer sa décision à celle prise par l'administration. Cependant, une partie de la doctrine considère, à juste titre selon nous, que ce point ne suffit pas, à lui seul, à faire perdre sa qualité de juridiction à un organe.⁵³⁵ L'arrêt *Ortenberg c/ Autriche*⁵³⁶, quelque peu laconique il est vrai, semble s'orienter vers des pouvoirs d'annulation du juge dans certains litiges, et non des pouvoirs de réformation. La requérante invoquait les pouvoirs limités du juge dans l'examen de l'affaire et l'absence de pouvoir de réformation de celui-ci, correspondant à un contrôle de la légalité que l'on ne pouvait assimiler à un contentieux de pleine juridiction (p. 40, § 29). La Cour décide

⁵³³22/11/1995, A/335.

⁵³⁴Aff. *Schmautzer c/ Autriche* (A), *Umlauf c/ Autriche* (B), aff. *Gradinger c/ Autriche* (C), 23/10/1995, A/328. Aff. *Pramstaller c/ Autriche* (A), *Palaoro c/ Autriche* (B), *Pfarmeier c/ Autriche* (C), 23/10/1995, A/329.

⁵³⁵M. Elvinger, *Bull. dr. h.*, p. 90.

⁵³⁶20/09/1994, A/295.

que « *la cour administrative procéda à un examen approfondi, point par point, des griefs de la requérante, sans jamais se voir contrainte de décliner sa compétence pour y répondre (...)* Compte tenu du fait qu'il s'agit d'une décision d'opportunité (...) le contrôle répond aux exigences de l'article 6 » (p. 50, § 34). La Cour ne condamnant pas expressément l'absence de pouvoir de réformation invoquée par la requérante, on peut donc interpréter que le pouvoir d'annulation du juge correspond à la garantie de la plénitude de juridiction. Il faut noter par ailleurs qu'à l'occasion de l'avis de la Commission dans l'affaire *Bryan c/. Royaume-Uni* précitée, M. Braza affirme dans son opinion concordante que « *l'article 6 ne requiert en aucun cas qu'un tribunal doive disposer du pouvoir de substituer son opinion à celle de l'administration en matière de politique d'urbanisme ou d'opportunité* » (p. 24). Dans l'arrêt *Hornsby c/ Grèce*⁵³⁷ relatif à un retard de l'administration pour prendre les mesures se conformant à deux arrêts du Conseil d'État, la Cour affirme que l'administration doit tirer les conséquences de l'annulation et prendre un nouvel acte conforme à la légalité (p. 511, §§ 42 et 45), obligation faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6§1, ce qui revient à approuver le recours en annulation.

B - La notion de pleine juridiction en matière pénale

Le concept de pleine juridiction se rapproche beaucoup du sens français de ce terme, lorsqu'il est appliqué aux actes relevant de la matière pénale et plus particulièrement aux sanctions administratives. En effet, les organes de Strasbourg, à l'occasion des arrêts dits « autrichiens », affirment expressément qu'en matière de sanction relevant d'une accusation en matière pénale, le juge national doit avoir un pouvoir de réformation.

C'est à l'occasion d'une série d'affaires contre l'Autriche⁵³⁸ posant toutes le même type de problèmes juridiques, que les organes de Strasbourg ont apporté d'importantes précisions sur le concept de pleine juridiction lorsque l'affaire relève d'une accusation en matière pénale.

Dans ces litiges, différentes sanctions administratives avaient été infligées à plusieurs automobilistes, constituant en des amendes pour défaut de port de la ceinture de sécurité, refus de se soumettre à l'alcootest, conduite en état d'ébriété, excès de vitesse ; enfin, une

⁵³⁷19/03/1997, n°33.

⁵³⁸Précitées.

amende était relative au non-respect des prescriptions du permis de construire. Dans toutes ces affaires, la nature pénale du droit en cause au sens de la CEDH fut admise, bien que le droit autrichien ait qualifié d'administratives les amendes infligées. Les différents requérants invoquaient invariablement la violation de l'article 6 par l'État en raison, d'une part du contrôle limité des faits effectué par la Cour constitutionnelle et la Cour administrative autrichiennes et, d'autre part, de l'absence de pouvoir de réformation de la Cour administrative qui, en cas d'annulation, ne pouvait que renvoyer l'affaire à l'administration. Il y avait là, selon les demandeurs, l'exercice d'un contrôle de la légalité et non un contentieux de pleine juridiction.

La Commission rappelle dans ses avis que les recours contre les décisions administratives ne cadrent avec l'article 6§1 que s'ils relèvent « *d'organes juridictionnels de pleine juridiction* » (voir, par exemple, l'arrêt *Schmautzer*, p. 22, § 47). Dès lors qu'il y a plénitude de juridiction, la Commission affirme devoir examiner la portée du contrôle exercé par les autorités judiciaires autrichiennes (p. 23, § 48), en précisant par ailleurs que les accusations en matière pénale, « *même si elles sont incontestablement mineures, doivent être examinées par un tribunal répondant aux exigences de l'article 6* » (p. 24, § 52) ce qui signifie que le tribunal doit répondre notamment aux garanties de la plénitude de juridiction.

Puis, la Commission établit une distinction très intéressante au regard des pouvoirs du juge. Elle affirme que si « *en matière civile un contrôle quelque peu restreint des décisions...[peut], en certaines circonstances, satisfaire aux exigences de l'article 6 (...) les affaires pénales pourraient nécessiter une approche différente.* » Elle précise encore que « *lorsqu'un défendeur souhaite qu'un tribunal statue sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale portée à son encontre, rien ne peut limiter la portée du contrôle requis des décisions des autorités administratives* ». Pour la Commission, les demandeurs avaient droit à un tribunal en mesure d'examiner tous les faits de la cause mais n'en avaient pas bénéficié. Il y avait donc violation du droit à un tribunal au sens de l'article 6§1 (p. 24, § 53). La Commission apporte donc deux précisions importantes sur les pouvoirs du juge. La première, c'est que l'étendue de son contrôle peut être différente selon que l'affaire relève de la matière civile ou de la matière pénale. La deuxième, c'est que, dans les litiges mettant en cause une accusation de nature pénale, les pouvoirs du juge ne peuvent être limités dans l'examen de l'affaire.

Quant à la Cour, elle rappelle également dans ces différentes affaires la nécessité de l'intervention d'un organe de pleine juridiction, et affirme que la Cour constitutionnelle, qui

ne peut examiner l'ensemble des faits de la cause, ne répond pas aux exigences de l'article 6, ce qui n'est pas nouveau. La Cour introduit toutefois une double clarification. La première, c'est qu'il est affirmé que la compétence de la Cour administrative autrichienne « *doit s'apprécier en tenant compte du fait, qu'en l'espèce, elle était amenée à se prononcer dans un litige de nature pénale au sens de la Convention* ». Si la compétence du juge doit être appréciée au regard de la nature pénale du litige, cela veut donc bien dire que cette compétence peut être différente si le litige n'est pas pénal. Elle rejoint donc ici l'avis de la Commission faisant une distinction entre affaires civiles et affaires pénales sur l'étendue du pouvoir du juge.

La deuxième clarification est de taille. La Cour décide que, dès lors que le litige est de nature pénale, la compatibilité de la compétence de la Cour administrative avec l'article 6 « *se mesure (...) à la lumière des caractéristiques constitutives d'un « organe de pleine juridiction* ». Or parmi celles-ci figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur ». En l'absence d'un tel pouvoir, il n'y a pas de « tribunal » au sens de la CEDH.

Ainsi il est affirmé clairement à l'occasion de ces six affaires autrichiennes que les sanctions administratives, qui relèvent d'une accusation en matière pénale, doivent bénéficier, en cas de recours, de la plénitude de juridiction avec le pouvoir pour le juge de réformer la décision administrative. Autrement dit, la protection du citoyen contre des actes punitifs administratifs réside dans la pleine juridiction impliquant que le juge substitue sa décision à celle de l'administration. Ce pouvoir comporte évidemment un réexamen complet de l'affaire – du droit et des faits –, sans lequel le juge ne pourrait se prononcer sur la nouvelle mesure à prendre. Toutefois, aux termes de la jurisprudence européenne, tous les actes punitifs ne relèvent pas de la matière pénale. Il convient alors de se référer aux analyses faites précédemment dans cette étude sur cette question.

C Analyse critique de la double signification de la notion de pleine juridiction

La différenciation opérée par la jurisprudence européenne entre affaires civiles et pénales au regard de l'office du juge a entraîné, dans son opinion séparée, les critiques de M. le juge Martens, pour qui rien ne justifie une telle distinction, laquelle ne peut d'ailleurs

s'appuyer, pour lui, sur l'article 6⁵³⁹. Or, il nous semble au contraire que la Cour a fait une distinction parfaitement adaptée à l'évolution de la société, en instaurant une protection des citoyens à l'encontre de l'arbitraire des États tout en assurant l'efficacité administrative.

Le problème se pose particulièrement du fait de la multiplication d'organes – administration traditionnelle, AAI, organismes privés, etc – investis du pouvoir d'infliger des sanctions. Hormis les peines privatives de liberté, qui ne peuvent relever d'une autorité administrative, les sanctions peuvent être de divers ordres, en fonction de l'infraction commise, les amendes parfois très élevées étant une des principales sanctions. Le but de ce type de décisions est sans aucun doute de punir. Si elles ont fait l'objet des critiques d'une partie de la doctrine du fait qu'il s'agit d'actes administratifs à contenu punitif⁵⁴⁰, leur légalité ne peut plus être mise en doute⁵⁴¹ car elles sont consacrées par le Conseil constitutionnel⁵⁴², admises largement par le Conseil d'État⁵⁴³, approuvées par la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁴⁴.

Or, l'acte punitif devrait relever du juge, et plus particulièrement du juge pénal. L'acte répressif administratif est une anomalie juridique. Il déborde des fonctions traditionnelles de l'administration. Il ne correspond pas aux actes traditionnels dans un état démocratique, car il est punitif. Dès lors, cela amène à revoir les pouvoirs du juge face à ce pouvoir sanctionnateur. Et l'on conçoit alors parfaitement qu'une décision prise par l'administration, alors qu'elle devrait relever d'un juge pénal, puisse faire l'objet d'un recours auprès d'un juge ayant les mêmes pouvoirs qu'un juge répressif.

⁵³⁹Voir, par exemple : Pramstaller, précité, p. 20, § 4.

⁵⁴⁰De Laubadère, Y. Gaudemet, J.-C. Venezia, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 11^{ème} éd., 1990, t. I, p. 594, n°973 : « Ce pouvoir d'une autorité étrangère à l'ordre des juridictions pénales est évidemment très exorbitant et constitue une forme extrême des prérogatives susceptibles d'être reconnues à l'administration ».

⁵⁴¹Pour une étude approfondie de la question, voir F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica, 1993. H.G. Hubrecht, *Sanctions administratives Juris.-Cl. Adm.*, fasc. 202. Voir également *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, par la section du rapport et des études du Conseil d'État, La Documentation Française, 1995. F. Moderne, *Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens*, *RFDA*, 1997, p. 1 et s. *Les sanctions administratives*, *LPA*, n° spécial, 17/01/1990.

⁵⁴²Voir par exemple : décision n°88-248 DC du 17/01/1989, *Rec.*, p. 25, § 27. Décision n°92-307 DC du 25/02/1992, *Rec.*, p. 53, § 26.

⁵⁴³La jurisprudence du Conseil d'État traduit la recherche d'un équilibre entre protection des intérêts des particuliers et ceux de l'administration. Voir par exemple CE, 24/03/1982, Société Legrand, *Leb.*, tables, p. 544 et s. ; CE, 22/06/1984, Marcel, *Leb.*, p. 511 ; CE, 24/11/1982, Min. des transports c/héritiers Malonda, *Leb.*, tables, p. 720 ; CE, sect., 4/03/1960, Lévy, *Leb.*, p. 176 et s.

⁵⁴⁴Voir par exemple Öztürk c/ R.F.A., 21/02/1984, A/72, p. 21, § 56. Bendenoun c/ France, 24/02/1994, A/284, pp. 19 et 20, § 46.

Un pouvoir juridictionnel de réformation des sanctions administratives comporte des avantages dans le cadre de la protection du citoyen. La sanction administrative est un domaine où le simple pouvoir d'annuler, avec renvoi de l'affaire à l'administration, peut ne pas être satisfaisant. En effet, la réformation de la décision permet une meilleure justice, rendue plus rapidement conformément à la CEDH sur les délais raisonnables, car l'administration peut ne pas être prompte à prendre une nouvelle décision contraire à celle prise initialement. Ensuite, cela évite la navette entre le juge et l'administration en cas de désaccord sur la peine. Nous reproduisons les propos dans ce sens de M. M. Elvinger, affirmant que l'on voit mal « *un tribunal annuler à répétition la décision administrative de fixation d'une peine jusqu'au jour où l'autorité de renvoi aura, sinon par hasard, du moins par tâtonnements successifs, deviné l'exacte mesure de la peine telle qu'elle s'impose aux yeux du tribunal. Et il est pareillement surréaliste que le tribunal, au lieu de fixer lui-même la peine – en réformant – renvoie – après annulation – l'affaire devant l'autorité originaire en enjoignant à celle-ci de fixer la peine à tel ou tel niveau* »⁵⁴⁵.

Nous avons vu que la notion de pleine juridiction a une double signification en droit européen. Nous rechercherons si les recours en droit interne sont conformes aux exigences conventionnelles.

§ II - Qualification des recours de droit interne au regard de la notion européenne de pleine juridiction

En droit interne, les pouvoirs du juge diffèrent selon que l'on est en présence d'un recours pour excès de pouvoir, d'un recours de pleine juridiction ou de plein contentieux. Doivent être mentionnés également ici les pouvoirs du juge de cassation.

A – Le recours pour excès de pouvoir

Chaque fois que nous nous trouvons face à une affaire qualifiée d'administrative en droit interne et de civile au sens européen, nous considérons que notre recours pour excès de pouvoir répond aux exigences de la CEDH, car il confère au juge la possibilité d'annuler la

⁵⁴⁵Bull. dr. h., 1996, p. 108.

décision et de la renvoyer à l'administration pour qu'elle en prenne une autre. Un problème peut toutefois se poser – nous l'avons vu – s'agissant de l'ampleur du contrôle de l'affaire. L'ampleur des pouvoirs de juge dans l'examen de l'affaire est encore incertaine en droit européen : compétent pour des questions de fait et de droit, l'intensité de son contrôle – restreint ou complet – n'est pas encore bien établie. Un contrôle quelque peu limité peut, dans certains cas, s'avérer insuffisant alors que dans d'autres cas il peut s'avérer conforme aux exigences de Strasbourg.

Lorsque l'on est en présence d'affaires pénales au sens européen et administratives en droit interne, un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la décision administrative ne semble pas être en conformité avec les conditions européennes. En revanche, notre recours de pleine juridiction répond parfaitement aux exigences européennes sur l'office du juge, puisqu'il peut réformer la décision après un réexamen complet en droit et en fait. A plus forte raison, lorsqu'il existe en droit interne un recours de pleine juridiction alors que l'on est en présence d'une matière civile, le droit national va au-delà des exigences du juge européen puisque, ici, un recours pour excès de pouvoir suffirait. Mais il est bien connu que le droit conventionnel est un minimum qui doit être établi par les États signataires et que ceux-ci peuvent instituer des garanties supplémentaires.

Il est important d'insister sur deux points. Le premier est que le recours pour excès de pouvoir a fait la preuve de son efficacité et qu'il n'est nullement remis en cause par Strasbourg. Les juges européens ne s'engagent pas dans la voie de sa suppression pour les contestations relevant de la nature civile, ce qui doit être approuvé. Il n'y a donc pas à de déclin du recours pour excès de pouvoir. Les affaires relevant de la matière civile, que nous pourrions qualifier de « classiques », c'est-à-dire non punitives, doivent continuer de bénéficier du recours pour excès de pouvoir, malgré l'emploi du terme de « *pleine juridiction* » par Strasbourg. En revanche, les décisions punitives administratives relevant de la matière pénale doivent bénéficier d'un recours devant une juridiction, avec des pouvoirs plus étendus du juge, lui permettant de réformer la décision administrative, du fait de la spécificité des actes répressifs administratifs.

B – Le recours en cassation

Quant au recours en cassation, il convient de rappeler qu'il existe sans texte ; seule une disposition législative peut l'exclure⁵⁴⁶. Le Conseil d'État intervient comme juge de cassation des décisions rendues en dernier ressort par les juridictions spécialisées (Cour des comptes, Cour de discipline budgétaire et financière, Ordres professionnels, etc) et par les Cours administratives d'appel. Le recours en cassation ne constitue pas un degré supplémentaire de juridiction et le juge de cassation ne rejuge pas l'affaire. Il ne doit pas effectuer un nouvel examen au fond des litiges. Sa fonction est de vérifier que les jugements sont conformes à la règle de droit et, au-delà, d'opérer une unité de l'identification et l'interprétation du droit. Le juge de cassation « *n'est pas appelé à juger les procès, mais seulement à se prononcer sur la légalité des décisions qui les jugent* »⁵⁴⁷.

Il contrôle la compétence et les formes, les motifs de droit et, en ce qui concerne les motifs de fait, leur exactitude matérielle et leur qualification juridique⁵⁴⁸. Mais l'appréciation des faits effectuée par les juges du fond n'est pas susceptible de discussion devant le juge de cassation : elle relève de l'appréciation souveraine des premiers ; dans le cas contraire, le juge de cassation se comporterait en juge du fond. Il ne contrôle donc par l'erreur manifeste d'appréciation établie ou rejetée par les juges du fond et, en matière disciplinaire, il refuse tout contrôle d'une disproportion éventuelle entre sanction et faute. Ce contrôle semble insuffisant au regard du droit européen, impliquant un contrôle des faits, même parfois limité.

De plus, le pourvoi en cassation peut sembler encore en retrait par rapport au droit européen du fait que le juge de cassation ne réforme pas la décision antérieure. En matière pénale, la notion européenne de pleine juridiction implique que le juge puisse réformer la décision. Or, en cas de pourvoi en cassation, soit le juge rejette le pourvoi, soit il le casse (c'est-à-dire qu'il annule la décision). Certes, dans ce dernier cas, il renvoie l'affaire au juge du fond qui retrouve sa pleine juridiction, ou encore il casse sans renvoi lorsque l'annulation suffit à mettre fin au contentieux ou lorsqu'il décide de juger lui-même de l'affaire au fond. Dans cette dernière hypothèse, le juge de cassation se transforme alors en juge d'appel⁵⁴⁹ si la décision antérieure a été rendue en premier et dernier ressort, ou en juridiction de second appel si la décision antérieure a été rendue en dernier ressort, et il juge l'affaire comme

⁵⁴⁶Voir R. Chapus, précité, p. 1037 et s.

⁵⁴⁷Sur cette question, voir R. Chapus, précité, p. 1032 et s.

⁵⁴⁸Sur cette question, voir R. Chapus, précité, pp. 1032 et s., 1059 et s ; B. Pacteau, *Contentieux administratif*, PUF, 4^{ème} éd., 1997, p. 370 et s ; G. Lebreton, *Droit administratif général*, Armand Colin, t. 2, 1996, p. 190 ; J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 1997, p. 36 et p. 45 et s. et 692.

⁵⁴⁹Art. 11 de la loi du 31 déc. 1987.

l'aurait fait le juge de renvoi⁵⁵⁰. L'application de l'article 6§1 varie alors en fonction de la solution donnée, ce qui est modérément satisfaisant, conformément à l'analyse faite par Mme C. Picheral⁵⁵¹.

Le pourvoi en cassation ne constitue donc pas à lui seul un recours de pleine juridiction au sens européen. Mais ce pourvoi est en principe le stade final et, pour une même affaire, les pouvoirs du juge doivent être analysés aux autres étapes de la procédure. Aux termes du droit européen, il doit y avoir, à un moment de la procédure, l'une ou l'autre de ces deux conditions : soit l'organe – administratif, disciplinaire, etc – qui prononce la décision remplit lui-même l'ensemble des exigences de l'article 6. Soit il ne les remplit pas et, dans ce cas, il faut « *le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article* »⁵⁵². Si l'une ou l'autre de ces deux conditions existe, la procédure dans son ensemble est conforme à la CEDH. Il n'y a pas lieu alors de s'interroger sur les pouvoirs du juge de cassation puisque l'article 6 ne doit pas s'appliquer à tous les stades de la procédure. Le pourvoi en cassation est alors un recours de plus, apportant des garanties supplémentaires non imposées par la Convention. Ce n'est que dans l'hypothèse où aucune des deux conditions précitées ne serait remplie à aucun stade de la procédure qu'il faudrait alors considérer que le seul recours en cassation est insuffisant au regard de la notion européenne de pleine juridiction.

*

La notion de pleine juridiction étant en droit européen une notion ambivalente, contingente, la qualification des recours existant en France s'avère, de manière symétrique, tributaire de la matière considérée et de l'organisation du contrôle juridictionnel. Le recours pour excès de pouvoir, typique de l'action en annulation, ne peut être considéré comme étant de « pleine juridiction » au sens européen qu'en cas de « contestation sur des droits et obligations de caractère civil ». En « matière pénale », un contrôle, même entier, qui ne comporterait aucun pouvoir de réformation ne serait pas suffisant selon les critères dégagés

⁵⁵⁰Cette procédure est obligatoire lorsque deux cassations ont été prononcées dans la même affaire. C'est une faculté discrétionnaire lorsque le Conseil d'État considère que « *l'intérêt d'une bonne administration de la justice* » justifie qu'il se saisisse du fond de l'affaire.

⁵⁵¹La Commission centrale d'aide sociale, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 156 et s. et particulièrement pp. 161-162. La Commission départementale des travailleurs handicapés et des mutilés de guerre, *Cahiers de l'IDEDH*, précité, p. 166 et s. et plus particulièrement p. 170.

⁵⁵² Albert et le Compte, précité, § 29.

par la Cour. Quant au recours en cassation, il n'est pas en tant que tel susceptible d'y satisfaire : comme nous venons de le voir, les exigences de l'article 6 ne seraient respectées que dans la mesure où il serait précédé d'une action devant une Cour administrative d'appel compétente pour connaître selon le cas d'un recours pour excès de pouvoir ou de recours de plein contentieux. C'est à la lumière de ces conclusions qu'il faut maintenant tenter de déterminer le moment du procès équitable.

Section II – Le moment du procès équitable

Gérard Gonzalez

Après les résistances nationales relatives à l'applicabilité de l'article 6§1 à une affaire administrative, notamment sur le terrain de la matière pénale, aujourd'hui « *la controverse porte bien davantage sur le 'moment' du procès équitable* »⁵⁵³. La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position pragmatique, en tenant compte des « *impératifs de souplesse et d'efficacité* » pour admettre l'intervention dans certaines procédures aboutissant à des sanctions d'organes non-judicieux ne satisfaisant pas aux garanties de l'article 6 (arrêt *Le Compte, Van Leuven et de Meyere*, § 51). Elle exonère ainsi du respect de ces garanties, sous conditions (voir première partie), les instances se déroulant devant des organes qui ne sont pas intégrés aux « *structures judiciaires ordinaires* » (arrêt *Gustafson* du 1^{er} juillet 1997, *Rec.*, 1149, § 45). Toute latitude est ainsi laissée aux juridictions nationales de contrôle pour moduler les garanties offertes devant les instances de régulations, disciplinaires ou administratives, dont le nombre va croissant. Rien ne s'oppose, bien sûr, à l'adoption de solutions plus radicales sur le plan national, la Convention telle qu'interprétée par la Cour offrant un standard minimum de protection. C'est dans cette voie que se sont récemment engagées les juridictions suprêmes françaises. Encore faut-il que la démarche soit cohérente. Elles se sont ralliées aux exigences européennes du moment du procès équitable avec un zèle parfois surprenant.

Aujourd'hui, la portée exacte des exigences européennes du moment du procès équitable est connue des juridictions suprêmes françaises (§ I). Pourtant, celles-ci semblent se livrer ces derniers temps, de façon quelque peu brouillonne, à une surenchère qui vide d'une partie de son intérêt la question du moment du procès équitable, déterminé en fonction de la position souple de la Cour européenne. En effet, au vu de la jurisprudence nationale la plus récente, il apparaît que le caractère équitable des procédures impliquant des organes non-judicieux tend à devenir une exigence sélective de tous les « moments » du procès judiciaire ou administratif (§ II).

⁵⁵³ J-F. Brisson, Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA*, 1999 p. 850 ; également J.-P. Le Gall, A quel moment le contradictoire ? in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, 1996, p. 55.

§ I - L'interprétation souple de la Cour européenne connue des juridictions suprêmes françaises.

Qu'il s'agisse des ordres professionnels statuant comme juridictions disciplinaires (A), des autres juridictions disciplinaires ou de juridictions spécialisées relevant du contrôle de juridictions tantôt judiciaires tantôt administratives (B), ou encore d'organismes administratifs habilités à exercer un pouvoir punitif (C), la jurisprudence la plus récente illustre la presque parfaite maîtrise par la Cour de cassation et par le Conseil d'État des exigences européennes quant au moment du procès équitable, même si le raisonnement de ce dernier ne s'inspire pas toujours de la jurisprudence *Albert et Le Compte*. Une fois surmontées les hésitations tenant à l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention au domaine concerné, les juridictions nationales manifestent le souci de ne pas léser le justiciable. C'est particulièrement vrai pour ce qui est des recours organisés contre les décisions de certaines sections disciplinaires des ordres professionnels.

A Les ordres professionnels.

1 – En cas d'appel devant une autorité non-juridictionnelle

Dans certains cas, il n'existe de procédure d'appel des décisions prises par des instances régionales que devant une instance nationale, elle-même non juridictionnelle, le Conseil d'État statuant comme juge de cassation.

Les procédures aboutissant à des sanctions prononcées par les instances ordinales des professions médicales et paramédicales notamment l'illustrent. Dans le cadre de l'Ordre des médecins ou encore celui des pharmaciens, l'instance disciplinaire de premier degré est le Conseil régional de l'ordre. La décision de celui-ci peut être déférée en appel au Conseil national qui, lui-même, relève du contrôle de cassation du Conseil d'État. La question peut se poser de la soumission aux critères de l'article 6§1 dès la première instance devant le conseil régional. C'est d'ailleurs dans un tel contexte (procédure de sanction devant, notamment, le conseil régional de l'ordre des médecins de Belgique) que la Cour européenne avait saisi l'occasion de formuler le principe de l'exemption possible du respect de l'article 6 pour les

procédures de première instance hors les structures judiciaires ordinaires⁵⁵⁴. Le respect de l'article 6§1 ne s'impose donc pas dès l'examen par l'instance régionale. Si les intérêts des justiciables doivent être préservés, cette solution se justifie en raison de l'existence de l'appel devant le conseil national, pour autant que les conditions tenant à la qualité de son contrôle exigées par la Cour européenne soient vérifiées.

Tel est le cas du Conseil national de l'ordre des pharmaciens, dont le code de la santé publique prévoit qu'il « *est la juridiction d'appel des conseils centraux et régionaux* » (art. R. 5029). Cette formulation ne remet pas en cause les pouvoirs qu'attribuait à cet organisme l'ancien article 538 du code, qui prévoyait plus précisément qu'intervenant en appel il « *confirme, annule ou modifie les sanctions décidées en première instance* » sur la base de considérations tant de droit que de fait. Il en va de même pour le Conseil national de l'ordre des médecins, dont « *la section disciplinaire est saisie des appels des décisions des conseils régionaux en matière de discipline, d'élection au conseil de l'ordre, d'inscription au tableau et de suspension temporaire d'exercer en cas d'infirmité ou d'état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession* » (art. L. 4122-3 CSP).

C'est au moins implicitement la position du Conseil d'État, qui vérifie le respect de l'article 6 par la seule instance nationale. Il a, par exemple, annulé la sanction adoptée par le Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes pour absence de publicité de l'audience, conforme aux dispositions du décret de 1948 qui prévoit que « *les audiences ne sont pas publiques* », mais contraire aux exigences de l'article 6§1 de la Convention⁵⁵⁵. Cette solution a été appliquée aux autres ordres professionnels⁵⁵⁶.

Bien que le Conseil d'Etat ne fasse pas nécessairement valoir les limites de son propre contrôle pour imposer le respect de l'article 6 aux juridictions ordinales d'appel, sa jurisprudence confirme qu'il apprécie exactement la portée de l'article 6§1 en la limitant au stade de l'appel : dans un arrêt relatif à la section disciplinaire du Conseil de l'ordre des pharmaciens, il examine la méconnaissance alléguée des dispositions de l'article 6§1 par la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des pharmaciens, puis se penche sur « *la régularité de la procédure suivie en première instance* » sans aucune évocation, à ce stade de son examen, de cette disposition⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴Le Compte, Van Leuven, De Meyere, 23/06/1981, A/43, § 51.

⁵⁵⁵CE, 26/07/1996, Pandit, JCP, 1996, éd. G, IV, p. 320, note M.-C. Rouault.

⁵⁵⁶Vétérinaires : CE, 26/07/1996, L., req. 163584 ; pharmaciens : CE, 2/04/1997, M et Mme C.G. (2 espèces), req. 157088 et 157086.

⁵⁵⁷CE, Sect., 5/07/2000, Mme Rochard, AJDA, 2000.675 ; chron. M. Guyomar et P. Collin, AJDA, 2000.613-617.

D'une façon générale donc, l'instance nationale doit pleinement respecter les prescriptions de l'article 6§1 puisque sa décision ne peut faire l'objet que d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat. Il ne s'agit pas d'un recours de pleine juridiction, le Conseil d'Etat jugeant, par exemple, que, s'agissant des modalités de la communication d'observations complémentaires, « *le Conseil national de l'ordre des pharmaciens (...) s'est livré à une appréciation souveraine qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation* »⁵⁵⁸. Le Conseil d'Etat s'impose la même réserve à l'égard de l'appréciation de la valeur probante des faits invoqués devant le Conseil de l'ordre des médecins⁵⁵⁹ non plus que la proportionnalité de la sanction⁵⁶⁰.

Dans un arrêt *Trany* du 7 janvier 1998, le Conseil d'Etat avait, selon une formule qu'il reprendra dans un autre contexte (celui des autorités administratives indépendantes), jugé que la section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des médecins satisfait « *à l'exigence d'indépendance et d'impartialité des juridictions rappelée par l'article 6§1 de la Convention EDH* »⁵⁶¹. Aujourd'hui, la Haute juridiction administrative a concrétisé sa conversion aux vues des juges de Strasbourg, en décidant de contrôler le respect des « *stipulations de l'article 6§1* » par la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins « *saisie des appels des décisions des conseils régionaux en matière disciplinaire* » et soumise à un simple contrôle de cassation devant lui⁵⁶². Les mêmes contraintes s'appliquent bien entendu aux autres ordres des professions libérales soumises au contrôle de cassation du CE (infirmiers, sages-femmes, dentistes, pharmaciens⁵⁶³, vétérinaires, mais aussi architectes, experts-comptables...). Dans tous les cas, il convient de vérifier que chacune des instances nationales intervenant en matière disciplinaire en appel de la décision d'une instance régionale répond à l'intégralité des critères imposés par l'article 6§1 et interprétés par la Cour européenne. Il est bien établi que, dans ce contexte, le moment du procès équitable est celui de l'instance d'appel devant cette instance nationale. Juge de cassation, le Conseil d'Etat applique aujourd'hui exactement les textes et la jurisprudence européens lorsqu'il est

⁵⁵⁸*Ibidem.*

⁵⁵⁹CE, 20/05/1994, Mme D., Rec., 255.

⁵⁶⁰CE, 7/01/1998, T., req. 163581.

⁵⁶¹CE, 7/01/1998, *Trany*, *AJDA*, 1998, p. 445, concl. R. Schwartz (souligné par nous) ; dans une décision d'irrecevabilité sur une question identique, la Cour EDH a cité l'arrêt *Trany* du Conseil d'Etat et arrive à la même conclusion que lui quant à l'impartialité des membres de la section des assurances sociales de l'ordre des médecins ; elle déclare en conséquence la requête irrecevable : 9/01/2001, *Ouendeno c/ France*, req. 39996/98.

⁵⁶²CE, 3/12/1999, *Leriché*, *JCP*, 2000.10267, p. 423 obs. F. Sudre ; *AJDA*, 2000, p. 174, chronique M. Guyomar et P. Collin, *AJDA*, 2000, p.126. Le Conseil d'Etat applique directement les règles de l'article 6§1 et non pas une exigence « *rappelée* » par celui-ci, s'agissant en tout cas des formations disciplinaires des ordres professionnels.

⁵⁶³CE, 5/07/2000, précité.

confronté à une sanction relevant de la matière pénale ou, plus couramment dans ce contexte, civile.

2-A défaut d'appel

Bien entendu, lorsqu'il n'existe pas d'appel d'une sanction disciplinaire prononcée par l'organisme compétent en première instance mais seulement un contrôle de cassation, le Conseil d'Etat impose le respect de l'article 6§1 dès le début de la procédure. Tel est le cas de la chambre disciplinaire de la Compagnie nationale des conseils de propriété industrielle, dont les décisions relèvent de son contrôle de cassation⁵⁶⁴. Là encore l'appréciation de la Haute juridiction administrative française est correcte ; les règles du procès équitable s'imposent en première instance.

3 – En cas d'appel devant une autorité juridictionnelle

De son côté, la Cour de cassation connaît parfaitement les exigences européennes. S'agissant des sanctions disciplinaires prises par le Conseil de l'Ordre des avocats, qui relèvent du contrôle de la Cour d'appel, elle a eu l'occasion de souligner que l'article 6 « *n'exige pas que toutes ses dispositions s'appliquent sitôt le premier degré de l'instance disciplinaire dès lors que la cour d'appel exerce son contrôle de pleine juridiction* »⁵⁶⁵. Depuis, sa jurisprudence s'est libérée de l'influence de l'interprétation de la Cour européenne pour la dépasser (*infra*).

B. Les autres juridictions disciplinaires et les juridictions administratives spécialisées.

La même conversion du juge national aux principes européens peut-être observée.

1 – En cas d'appel : l'exemple des juridictions disciplinaires de la Fonction publique

⁵⁶⁴CE, 17/05/1999, Chéreau, req. 50367 ; 30/06/1999, Nobileau, req. 187643.

⁵⁶⁵Cass. 1^{ère} civ., 27/05/1997, *Bull. civ.*, I, n°170.

Pour le Conseil supérieur de l'éducation ou le CNESER, qui connaissent en appel des sanctions prononcées par les conseils locaux, le Conseil d'État, juge de cassation, applique correctement l'article 6 en imposant son respect au stade de l'instance d'appel devant l'organisme national⁵⁶⁶. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Zumerly*, le commissaire du gouvernement Anne-Françoise Roul évoquait, à propos de l'article 6§1, le parallèle avec les sanctions prononcées par les juridictions disciplinaires professionnelles, même s'agissant comme en l'espèce de sanctions visant des usagers du service (des étudiants). Évoquant la décision de simple blâme prise par la juridiction disciplinaire de première instance, le commissaire du gouvernement invitait le Conseil d'État, qui l'a suivi, à juger que « *le CNESER statuant en matière disciplinaire doit siéger en séance publique* »⁵⁶⁷. *A contrario*, cette exigence ne s'impose pas en première instance. Le moment du procès équitable est identifié au stade de l'appel conformément à l'interprétation de l'article 6§1 qui prévaut à Strasbourg.

2 - En l'absence d'appel

En l'absence d'instance d'appel⁵⁶⁸, l'organe soumis à un simple contrôle de cassation doit respecter l'article 6§1.

Telle est la solution imposée à la Cour de discipline budgétaire tant par le CE⁵⁶⁹, juge de cassation, que par la Cour européenne⁵⁷⁰. Mais on doit relever que ni l'un ni l'autre n'ont fait état de la nature du contrôle juridictionnel auquel cet organe est soumis. La même solution s'applique à la Commission bancaire, autorité administrative indépendante expressément qualifiée par la loi de juridiction administrative lorsqu'elle fait usage de son pouvoir de sanction, le CE n'effectuant qu'un contrôle de légalité des sanctions qui lui sont déférées sans

⁵⁶⁶Pour le CSE : CE, 10/01/2000, Massard, req. 190041. Pour le CNESER : CE, 19/01/2000, Pawlowski, req. 187352 ; 3/11/1999, Zurmely, *RFDA*, 2000, 1079.

⁵⁶⁷*RFDA*, 2000, 1082.

⁵⁶⁸ Circonstance qui en tant que telle n'est pas contraire à la Convention, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a rappelé dans l'affaire Gustafson : « *Si les décisions rendues par l'Office étaient définitives et insusceptibles d'appel devant une autorité administrative supérieure ou devant une juridiction, il ressort des considérations qui précèdent que ledit organe remplissait, pour les besoins de la cause, les exigences requises d'un tribunal au sens de l'article 6§1 qui [...] ne garantit pas un droit d'appel* ». Nous soulignons.

⁵⁶⁹CE, 30/10/1998, Lorenzi, *RFFP*, 1999, p. 199.

⁵⁷⁰Aff. Guisset c/ France, 26/09/2000.

aucune appréciation des faits⁵⁷¹. Mais là encore, le juge ne s'est pas fondé sur cette considération pour conclure à l'application de l'article 6. La Cour de cassation, de son côté, décide que la décision du Tribunal du contentieux de l'incapacité, statuant en dernier ressort (art. L143-2 du code de la sécurité sociale) et relevant de son seul contrôle de cassation, présidé par un représentant du directeur régional des affaires sanitaires et sociales, viole l'article 6§1 de la Convention⁵⁷².

Le moment du procès équitable absorbe, en vertu des mêmes principes, la procédure devant la Commission centrale d'aide sociale ou la Commission départementale des travailleurs handicapés et des mutilés de guerre, qui relèvent toutes deux d'un contrôle de cassation du CE. Pour la première, les juges du Palais Royal, sans d'ailleurs s'interroger sur l'incidence de leur faculté de rétention⁵⁷³ ni même sur la nature de leur propre compétence, ont conclu à l'applicabilité de l'article 6 et sa violation pour défaut de publicité dans l'arrêt *Département de l'Indre*⁵⁷⁴.

C. Les organismes administratifs.

Cette catégorie assez compréhensive rassemble trois types d'organes que leurs attributions distinguent : les autorités administratives indépendantes (à raison de leur pouvoir de régulation), les autorités pénitentiaires (à raison de leur pouvoir disciplinaire), et enfin des commissions appelées à statuer sur les mesures à imposer aux individus ou les procédures à engager à leur encontre.

1 - Les Autorités Administratives Indépendantes

⁵⁷¹CE, 29/11/1999, Soc. Rivoli Exchange, *Leb.*, 366 ; *D.*, 2000, cah. bleu, Act. jur., p. 52 ; CE, Sect., 20/10/2000, Sté Habib Bank Limited, *AJDA*, 2001, p. 1071 ; chron. M. Guyomar et P. Collin, *AJDA*, 2001, p. 1001.

⁵⁷²Cass., ch. soc., 9/03/2000, *Bull.*, n°1357.

⁵⁷³ En vertu de la loi du 31/12/1987, le Conseil d'Etat bien que statuant en tant que juge de cassation, peut décider de trancher le litige au fond sans le renvoyer, si la bonne administration de la justice l'exige. Dans cette hypothèse, il recouvre l'ensemble des compétences dont il dispose au titre de l'excès de pouvoir. Un tel contrôle aurait pu passer pour suffisant en matière civile. Mais comme les cas de rétention ne sont pas prédéterminés, l'applicabilité de l'article 6 aurait été affectée d'une trop grande variabilité.

⁵⁷⁴CE, 29/07/1994, *AJDA*, 1994, p. 750 ; chronique L. Touvet et J.-H. Stahl, *AJDA*, 1994, p. 691 ; CE, 27/03/1998, CCAS La Rochelle, *Leb.*, p. 106 et, même jour, Département de Saône et Loire, *Leb.*, p. 107.

S'agissant d'organismes dont les décisions sont contrôlées tantôt par des juridictions de l'ordre judiciaire (CA et Cour de cassation), tantôt par le Conseil d'État, le constat s'impose de la connaissance des exigences européennes par la Cour de cassation. Dans une affaire relative à une sanction infligée par la COB, la Cour de cassation applique à la lettre la jurisprudence limitative de la Cour EDH concernant les organes non judiciaires placés, pour des motifs « *d'efficacité et de souplesse* » hors le moment du procès équitable⁵⁷⁵. Aussi, dans l'arrêt *SNC Campenon Bernard*, concernant le Conseil de la concurrence et qui confirme le dépassement par la Cour de cassation des exigences de la Cour européenne, celle-ci ne manque pas de relever que la Cour d'appel a « *exactement relevé que le fait que le prononcé de la décision ne soit pas public ne saurait faire grief aux parties intéressées dès lors qu'elles peuvent se pourvoir contre la décision devant une juridiction* »⁵⁷⁶. Cette connaissance de la jurisprudence de la Cour, affichée dans une décision qui va sur d'autres points que la publicité des audiences au delà des exigences des juges de Strasbourg, marque bien le caractère volontaire de cette prise de position de la plus haute juridiction judiciaire française.

La chose est plus problématique pour le Conseil d'État. L'arrêt *Didier*, concernant le CMF, démontre que la haute juridiction connaît très précisément l'exigence de la Cour européenne et son interprétation souple. L'arrêt mentionne d'ailleurs expressément que « *compte tenu du fait que sa décision peut faire l'objet d'un recours de plein contentieux devant le Conseil d'État, la circonstance que la procédure suivie devant le Conseil des marchés financiers ne serait pas en tous points conforme aux prescriptions de l'article 6§1 précité n'est pas de nature à entraîner dans tous les cas une méconnaissance du droit à un procès équitable* »⁵⁷⁷. Toutefois, en dehors des hypothèses où il identifie une sanction relevant de la matière civile ou pénale, le Conseil d'État, confronté à une décision qu'il qualifie d'administrative, retrouve, alors même que cette décision relève de la matière civile, sa conception restrictive du critère organique qui lui permet d'écarter les arguments tirés de l'application de l'article 6§1 de la Convention. Le plus souvent, il aurait pu valablement

⁵⁷⁵Cass. com., 9/04/1996, Haddad, *Bull.* IV n°15, p. 96 ; *JCP*, G, 1996, IV.1317 ; *RJC*, mars 1997, Jur. p. 112, note G. Barsi ; *Justices*, 1996 (n°4), chron. Dr. processuel économique, p. 317, obs. L. Idot.

⁵⁷⁶Cass. com., 5/10/1999, Soc. Campenon Bernard SGE c/ Min. de l'Économie, *BOCCRF* n°2 du 18/12/2000, p. 61 ; *Contrats-conc.-consommation*, n°177, obs. Malaurie-Vignal ; *Gaz. Pal.*, 2/01/1999, Doctr. p. 2, obs. Flécheux et concl. Lafortune, p. 9 ; *D.*, Cah. dr. aff., 1999, n°40, jur. p. 44, obs. A-M et 2000, n°2, Somm. obs. M.-L. Niboyet, p. 9 ; *JCP*, E. 1999, 2018, note J.-C. Fourgoux et *JCP*, G, 2000.II.10255, note Cadou ; *RTD Comm.*, 2000, p. 632, obs. E. Claudel.

⁵⁷⁷CE, Ass., 3/12/1999, *Didier*, *Leb.*, p. 399 ; *AJDA*, 2000, p. 126, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *JCP*, G, 2000, 10267, note F. Sudre. Confirmé dans des termes identiques par CE, 22/11/2000, Sté Crédit agricole Indosuez Cheuvreux, *AJDA*, 2000, p. 1069.

parvenir à un résultat identique en appliquant la conception souple de la Cour européenne qui, on l'a vu, est parfaitement connue de lui.

Rendu le même jour que l'arrêt *Didier*, l'arrêt *Caisse de Crédit mutuel de Bain-Trébaëuf*, concernant la CNIL, l'illustre.

Le Conseil d'Etat y juge que « *la décision attaquée n'émane pas d'un tribunal au sens de l'article 6§1* »⁵⁷⁸ et ignore en conséquence l'invocation de ce dernier. Si la nature des pouvoirs de la CNIL peut susciter des interrogations s'agissant du champ d'application de l'article 6§1 au titre de la matière civile ou pénale, l'affaire en question concernait un simple avertissement, dont on peut considérer qu'il ne relevait bien entendu pas de la matière pénale, mais pas plus de la matière civile. En revanche, peut paraître plus problématique la tendance généralisée du Conseil d'État à écarter toute invocation de l'article 6§1, en se fondant sur la distinction entre sanction et mesure simplement administrative ou de police pour appliquer de plus en plus systématiquement le critère organique, en quelque sorte chassé par la porte et réintroduit par la fenêtre (Commission bancaire, COB et autres organismes dotés de doubles compétences : disciplinaires et administratives)⁵⁷⁹.

Même si, s'agissant de la CNIL, de la Commission bancaire et de la COB, l'existence d'un recours juridictionnel autorisant un contrôle qui peut être qualifié de pleine juridiction au sens européen conduit à un résultat identique s'agissant du respect de l'article 6§1, il n'en demeure pas moins que le raisonnement du juge administratif, qui continue dans certains domaines relevant de la matière civile à revendiquer une conception nationale de la notion de « tribunal », contrevient à la jurisprudence européenne. De ce point de vue, l'insécurité juridique demeure grande dans l'hypothèse où il n'existerait pas de recours de pleine juridiction ou dans le cas où la Cour européenne estimerait que le recours ouvert contre cette décision ne correspond pas à sa conception de la pleine juridiction, qui demeure incertaine⁵⁸⁰.

2 – Les autorités pénitentiaires

Leur situation au regard de l'article 6 de la Convention est assez particulière. En vertu de la jurisprudence *Marie*, en effet, seules les sanctions disciplinaires susceptibles d'affecter

⁵⁷⁸CE, Ass., 3/12/1999, précité.

⁵⁷⁹Voir *infra* b. ii.

⁵⁸⁰C. Mamontoff, La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention EDH et ses implications en matière de sanctions administratives, *RFDA*, 1999, p. 1004.

la situation du détenu sont justiciables⁵⁸¹. Ainsi que précédemment indiqué (cf. Section II, Chapitre II, Partie I), la persistance des mesures d'ordre intérieur limite la compétence du juge. A cet égard, l'irrecevabilité de tout recours juridictionnel à l'encontre des mesures d'isolement carcéral ou de transfert - qui peuvent dans certaines conditions relever de la « matière pénale » - conduit à penser que le moment du procès équitable devrait intervenir dès la prise de décision. Il reste que leur qualification en droit interne empêche de les déférer au juge et que celui-ci n'est alors pas en mesure d'imposer à ce stade le respect de l'article 6. Sous réserve des progrès du droit interne et à moins que des garanties équivalentes ne soient accordées au détenu sur cette base, la situation apparaît donc contraire aux exigences européennes. S'agissant en second lieu des sanctions disciplinaires mineures, le critère tiré de la soumission à un contrôle ultérieur de pleine juridiction n'est pas opératoire, puisqu'elles ne sont pas davantage susceptibles de recours. Mais dans ce cas précis, aucune conséquence ne peut en être réellement tirée. Car si les pouvoirs du juge à l'égard des sanctions disciplinaires les plus graves s'avèrent insuffisants, ce seront les autorités pénitentiaires elles-mêmes qui seront tenues au respect de l'article 6 dans l'exercice de leur pouvoir disciplinaire et comme elles ne sauraient en général préjuger de leur décision finale, elles devraient en tout état de cause se conformer à ses dispositions.

Il faut donc déterminer si le contrôle exercé sur celles des sanctions qui font grief peut être qualifié de « pleine juridiction », sachant qu'à ce jour, le Conseil d'Etat n'a rendu aucune décision sur l'applicabilité de l'article 6 aux procédures disciplinaires pénitentiaires. Aucune conclusion ne peut donc être tirée en ce qui concerne la manière dont il apprécierait le moment du procès équitable⁵⁸². A la lumière des commentaires de l'arrêt Marie⁵⁸³, et des jugements qui ont suivi⁵⁸⁴, néanmoins, il y a tout lieu de penser que le contrôle opéré, comme dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique, est à la fois normal (en ce qui concerne la qualification des faits reprochés au détenu) et restreint (en ce qui concerne la sanction même). Autrement dit, le juge se borne à vérifier qu'il n'y a pas disproportion

⁵⁸¹ Il est vrai que toutes celles que le détenu entend contester doivent être déférées au Directeur régional des prisons, sans qu'une distinction soit faite selon leur gravité. Mais ce recours hiérarchique préalable ne saurait être tenu pour un contrôle ultérieur de pleine juridiction par un tribunal satisfaisant lui-même aux exigences de l'article 6.

⁵⁸² En dépit des avancées jurisprudentielles concernant les AAI, une relative incertitude demeure quant à savoir si le Conseil d'Etat se fonderait sur un critère organique pour évacuer le moyen tiré de l'article 6 ou si, nonobstant la nature administrative des autorités pénitentiaires, il développerait un raisonnement comparable à celui retenu dans l'arrêt Didier...

⁵⁸³ F. Moderne, A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral : le point de vue du publiciste, *RFDA*, 1995, p. 825.

⁵⁸⁴ TA Bordeaux, 18/07/1996, Beltran ; TA Marseille, 5/11/1996, Piazza ; TA Lyon, 17/03/1998, Ozer ; TA Melun, 15/10/1997, Frérot cité in M. Herzog-Evans, J.P. Céré, La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence, D., 1999, Chron., p. 516.

manifeste entre la faute et la punition. En elle-même, cette restriction exclut que le contrôle puisse être dit de « pleine juridiction », dès lors que les sanctions pénitentiaires entrent dans le champ d'application de l'article 6 au titre de la « matière pénale ». Cette conclusion n'est pas infirmée par le fait que des tribunaux administratifs ont pu accorder des indemnités au détenu du fait du préjudice résultant d'une sanction disciplinaire illégale. Car réparation n'est pas réformation.

En définitive, le revirement que constitue l'arrêt Marie ne suffit pas à rétablir la situation au regard des exigences européennes : logiquement, les détenus devraient pouvoir bénéficier des garanties de l'article 6 devant les autorités pénitentiaires.

3 - Autres organismes administratifs :

Sous cette rubrique doivent être envisagés la Commission de surendettement et la Commission des infractions fiscales (CIF). Elles se singularisent par le fait que la première a un pouvoir de recommandation, tandis que la seconde est un organe consultatif dont l'avis conditionne la saisine du juge pénal par le Ministre du budget. Comme précédemment indiqué (cf. Section I, Chapitre I, Partie I et Section II, Chapitre III, Partie I), l'applicabilité de l'article 6 dès ce stade de la procédure est discutable. Sur ce plan, cependant, l'examen du contrôle juridictionnel auquel elles sont soumises s'avère plus ou moins décisif.

La Commission de surendettement des particuliers (CS), qui relève d'un contrôle de pleine juridiction du juge de l'exécution, peut échapper au strict respect de l'article 6§1 en vertu de la jurisprudence européenne.

Plus délicate est l'analyse de la situation de la CIF : la Chambre criminelle de la Cour d'appel en effet n'exerce à son égard qu'un contrôle « *tout à fait théorique* »⁵⁸⁵. Seule la régularité de la procédure est appréciée⁵⁸⁶. Encore l'avis de la CIF est-il régulier dès lors qu'il contient des indications propres à identifier l'autorité qui l'a saisie, la date de sa saisine et l'identité de la personne mise en cause⁵⁸⁷. Ni la composition de la Commission, ni la nature des infractions⁵⁸⁸ reprochées n'ont à être mentionnées. Le contribuable incriminé n'a donc pas

⁵⁸⁵ Mordant de Massiac, La répression de la fraude fiscale par les juridictions correctionnelles, *RFFP*, mars 1999, p. 36.

⁵⁸⁶ Cass. Crim., 29/03/1989, Pierre Rey, Bull. crim, 1989, n° 153, p. 397.

⁵⁸⁷ Cass. Crim., 6/12/1993, Hardy, RJF, 7/1995, n° 910.

⁵⁸⁸ *Ibid.*

la possibilité de former un recours de pleine juridiction au sens de la Convention. Pourtant, dans les affaires dont elle a eu à connaître, la Cour européenne a décidé que, considérées dans leur ensemble, les instances contestées ont revêtu un caractère équitable, les carences en équité de la procédure devant la CIF étant rattrapées lors de la procédure proprement juridictionnelle. L'application de la jurisprudence *Imbroscia* permet ici de diluer le moment du procès équitable dans l'ensemble de la procédure administrative et juridictionnelle pouvant conduire à la condamnation, dans un procès pénal, du justiciable. Et curieusement, elle semble neutraliser les implications de la jurisprudence *Albert et Le Compte*, puisqu'aucune conséquence n'est tirée des limites du contrôle juridictionnel. En fait, quelles que soient les lacunes de ce dernier, la procédure pénale, qui seule aboutit à la condamnation du contribuable, doit logiquement permettre de compenser toutes les violations du procès équitable qui surviendraient devant la CIF⁵⁸⁹. S'agissant d'un organisme administratif qui ne prend aucune véritable décision ou sanction, l'absence de contrôle de pleine juridiction n'est plus déterminante. Si l'option privilégiée par la Cour de cassation – consistant à écarter l'applicabilité de l'article 6§1 a le mérite de la simplicité - , la position de la Cour européenne dans les affaires *Miailhe* et *Le Meignen*, pour n'être pas totalement claire ou lisible, met l'accent sur l'importance qu'attache cette juridiction aux garanties apportées aux justiciables poursuivis dans un procès pénal et lui réserve toute latitude pour apprécier l'ensemble de la procédure incluant la phase non juridictionnelle.

§ II - L'équité du procès partiellement « hors les juridictions ordinaires » : une exigence sélective de tous les « moments » pour les juridictions suprêmes françaises.

Avec quelques nuances et poches de résistance, tel est le constat qui s'impose au vu des récentes décisions, tant de la Cour de cassation que du Conseil d'État, qui paraissent relever d'une surenchère (A). Cette conversion, parfois zélée, parfois désordonnée, aux canons du procès équitable européen n'est pas sans conséquence et n'est pas non plus forcément neutre. Il en découle une instrumentalisation temporelle des diverses règles du procès équitable par les juridictions suprêmes françaises (B).

A. La surenchère de la Cour de cassation et du Conseil d'État.

⁵⁸⁹La Cour ne semble pas accorder d'importance à l'inclusion dans la procédure d'une instruction (aff. *Miailhe* n°2) ou, en cas de citation directe, à l'absence d'une telle procédure (aff. *Le Meignen*).

Aujourd'hui la Cour de cassation applique l'article 6§1 au delà de ce qu'exige la jurisprudence européenne et fait ouvertement de certaines règles du procès équitable une exigence de tous les "moments" du procès. Le professeur J.-P. Marguénaud souligne que « *la Cour de cassation multiplie les applications dévastatrices de l'exigence d'impartialité objective au sens de l'article 6§1 de la CEDH* »⁵⁹⁰. Selon lui, le détonateur de cette attitude de la Cour de cassation serait l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd* du 31 mars 1998, par lequel La Cour européenne « a osé » remettre en question le fonctionnement de la Cour de cassation elle-même. Ce mouvement ne serait pas surprenant s'il se limitait à mettre certaines procédures juridictionnelles en harmonie avec le droit européen des droits de l'homme dans le souci d'éviter de nouvelles condamnations de la France. Il surprend en ce qu'il se démarque d'une telle position de prudence légitime, par un dépassement des exigences – on l'a vu pourtant parfaitement connues – de l'article 6§1 tel qu'interprété par la Cour européenne concernant notamment des organes administratifs, corporatifs ou juridictionnels statuant en premier ressort « hors les juridictions ordinaires ». L'heure, ou le moment, du procès équitable est ainsi avancée sciemment par la Cour de cassation, qui manifeste ainsi son souhait de se démarquer de l'horloge strasbourgeoise, non pas en l'ignorant mais en la devançant.

Concernant les autorités administratives indépendantes, le pas est franchi avec l'arrêt d'assemblée du 5 février 1999 relatif à la COB⁵⁹¹. Déjà, dans un premier arrêt du 1er décembre 1998, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que le droit à la présomption d'innocence garanti par l'article 6§2 de la Convention doit être respecté dès le premier stade d'une procédure relevant de la matière pénale devant une autorité administrative indépendante telle que la COB⁵⁹². Les visas de cet arrêt mentionnant, l'article 6§1 de la Convention, laissaient présager une généralisation d'une exigence de tous les moments des garanties du procès équitable. La Cour d'appel de Paris avait d'ailleurs préalablement, sur la base d'un raisonnement embarrassé, franchi ce stade dans l'arrêt du 7 mai 1997 *Oury II*, concernant la COB, en délicatesse cette fois avec la garantie d'impartialité prévue à l'article 6§1 de la Convention du fait de la participation du rapporteur chargé de l'instruction du

⁵⁹⁰RTD civ. (2), avril-juin 1999, p. 494.

⁵⁹¹Cass., Ass. plén., 5/02/1999, Oury II, *Bull. civ.*, n°1 ; *D. Affaire*, 1999, p. 410 ; *JCP*, G, 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou ; *PA*, 10/02/1999, p. 3, note Cl. Ducouloux-Favard et entretien avec M.-A. Frison-Roche ; *GP*, 24-25/02/1999, p. 8, concl. M.-A. Lafortune et note ; *RDBB*, 1999, p. 33, obs. M.-A. Frison-Roche, M. Germain ; *JCP*, E, 1999, II, 957, note E. Garaud ; *Rev. Gén. proc.*, 1999 (n°2), chron. *Dr. processuel éco.*, p. 275 obs. L. Idot.

⁵⁹²Cass. comm., 1/12/1998, Oury I, *JCP*, G, 1999, II, 10057, note E. Garaud.

dossier au délibéré concernant la sanction infligée. C'est cet arrêt qui fera l'objet de l'arrêt du 5 février 1999, rejetant le pourvoi en cassation et qui marque d'une manière indélébile la conversion zélée – mais peu explicite dans un premier temps – de la Cour de cassation aux principes de l'article 6§1 appliqués tous azimuts. La Cour d'appel de Paris rappelait dans son arrêt du 7 mai 1997 que, « *en tant qu'autorité administrative indépendante investie d'un pouvoir répressif dont les décisions sont soumises à un recours de pleine juridiction devant une juridiction de l'ordre judiciaire, la Commission n'est pas tenue de satisfaire sous tous les aspects aux prescriptions de forme du paragraphe premier de l'article 6 de la Convention* », mais, ajoutait-elle, « *elle doit néanmoins se prononcer de manière impartiale, selon une procédure garantissant l'égalité des armes et respecter la présomption d'innocence* ». Puis, un peu confusément, elle paraissait privilégier le droit interne, en soulignant que « *la Commission n'est investie d'un pouvoir de sanction qu'à la condition que ce pouvoir soit assorti par la loi des mesures destinées à sauvegarder ces droits et libertés garantis par la Constitution au nombre desquels figurent les droits de la défense et le respect de la présomption d'innocence* ». La Cour d'appel pressentait ainsi l'infléchissement de la Cour de cassation par rapport à l'influence de l'article 6§1, annoncé par l'arrêt du 9 avril 1996 *Haddad*, sans toutefois trop s'avancer sur ses implications⁵⁹³. Dans son arrêt du 5 décembre 1999, la Cour de cassation juge laconiquement, sans viser aucun texte, « *que l'arrêt relève que l'un des membres de la Commission, nommé par le rapporteur, a été chargé de procéder à une instruction sur les faits avec le concours des services administratifs et à toutes investigations utiles* » et que, « *dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'il ne pouvait pas participer au délibéré et par ce seul motif, a justifié sa décision* ». Si un doute subsistait quant aux intentions de la Cour de cassation, il a été irrémédiablement levé quelques mois plus tard par l'arrêt *Campenon Bernard*⁵⁹⁴ de la chambre commerciale de la Haute juridiction concernant, cette fois, le Conseil de la concurrence. Par cet arrêt, la Cour de cassation manifeste on ne peut plus clairement son intention de déborder la jurisprudence de la Cour européenne dans l'application de l'article 6§1. L'arrêt vise cette disposition de la Convention et, après avoir accueilli l'exception autorisée par la Cour européenne pour des « *impératifs de souplesse et d'efficacité* » relativement au principe de la publicité des débats, casse et annule

⁵⁹³Voir M. Germain et M.-A. Frison-Roche, *RDBB*, 1997, n°61, p. 119.

⁵⁹⁴Cass. com., 5/10/1999, précité.

l'arrêt de la Cour d'appel⁵⁹⁵, qui avait cru pouvoir faire jouer la même exception au respect de l'article 6§1 s'agissant du rôle du rapporteur dans le délibéré du Conseil de la concurrence.

Cette surenchère n'est pas propre à la matière pénale puisque, par deux arrêts du même jour que celui relatif au Conseil de la concurrence, la Cour de cassation applique le même raisonnement au Conseil de l'ordre des avocats statuant en matière disciplinaire sous le contrôle des Cours d'appel et de la Cour de cassation⁵⁹⁶. Là aussi, s'agissant de sanctions disciplinaires relevant de la matière civile et soumises à un contrôle de pleine juridiction (un simple avertissement dans un cas, une radiation dans l'autre), la Cour de cassation décide d'appliquer, dès le premier stade de la procédure devant la juridiction ordinale, les garanties de l'article 6§1. Dans l'un des deux arrêts, alors que la Cour d'appel avait, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne, jugé que « *des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects aux prescriptions de la Convention (...) dès lors que la Cour d'appel, exerçant un contrôle de pleine juridiction, est susceptible de compenser cet éventuel déficit* », la Cour de cassation considère « *qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait constaté que deux rapporteurs désignés par le bâtonnier pour enquêter sur les faits objet de la poursuite avaient participé à la délibération du conseil de l'Ordre, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé* »⁵⁹⁷.

Le Conseil d'État, de son côté, choisit une démarche plus subtile pour avancer les aiguilles de l'horloge du procès équitable. L'avancement du moment du procès équitable dès le stade du premier examen de l'affaire par l'autorité administrative est dicté, non par une interprétation extensive de l'article 6§1, mais par l'application de principes généraux du droit.

Ainsi dans l'arrêt *Didier* concernant le CMF, le Conseil d'État, après avoir rappelé la position de principe de la Cour européenne sur les exigences de souplesse et d'efficacité, relève-t-il que « *cependant – et alors même que le Conseil des marchés financiers siégeant en formation disciplinaire n'est pas une juridiction au regard du droit interne – le moyen tiré de ce qu'il aurait statué dans des conditions qui ne respecteraient pas le principe d'impartialité*

⁵⁹⁵CA Paris, 6/05/1997. Par cet arrêt, qu'elle rendait la veille de son arrêt relatif à la COB, la CA se montrait moins sévère à l'égard du Conseil de la concurrence, attachant sans doute moins d'importance à la participation du rapporteur au délibéré du Conseil qu'aux déclarations outrancières du président de la Commission. La Cour de cassation se montre tout aussi sévère, dans l'un et l'autre cas. Il est vrai qu'entre temps est intervenu l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaid* de la Cour européenne.

⁵⁹⁶Cass., 1^{ère} civ., 5/10/1999, C. c/ Procureur général près CA Basse-Terre et D. c/ Procureur général CA Douai, *JCP*, G, 1999, II, 10203, concl. J. Sainte-Rose ; *D.*, Jur., 2000, n°14, p. 312, note B. Blanchard.

⁵⁹⁷Arrêt D. c/ Procureur général près CA Douai, précité.

rappelé à l'article 6§1 précité peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme, être utilement invoqué à l'appui d'un recours formé devant le Conseil d'État »⁵⁹⁸. La Haute juridiction administrative suit ainsi les traces de la Cour de cassation, tout en se détournant notablement de son raisonnement. Le Commissaire du gouvernement Alain Seban faisait d'ailleurs valoir, après avoir cité la jurisprudence *Imbroscia* de la Cour européenne, qu'il ne voyait « aucune manière de rattacher, fut-ce de manière fort lâche, à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la position prise par la Cour de cassation » dans les affaires relatives à la COB et au Conseil de la concurrence, solution qui ne le « convainc guère » s'agissant de l'application de l'article 6§1 à un organisme relevant par la voie de l'appel de la Cour d'appel de Paris⁵⁹⁹. Dès lors, le Conseil d'État applique, non pas l'article 6 de la Convention, mais le principe d'impartialité « *rappelé à l'article 6§1* », autrement dit un principe général du droit interne. La solution ici retenue par le Conseil d'État n'est pas une innovation, puisqu'elle affleurerait déjà dans l'arrêt *Trany*⁶⁰⁰, de façon inadéquate, pourtant, s'agissant d'une organe disciplinaire soumis à un simple contrôle de cassation du Conseil d'État. Alors qu'il fait pertinemment le deuil de ce raisonnement par l'arrêt *Leriche* du même jour, le Conseil d'État le consacre par l'arrêt *Didier* pour les autorités administratives indépendantes en se montrant beaucoup plus explicite, conscient sans doute qu'il va, cette fois, au delà de ce qu'exige la Cour européenne. Cette solution sera étendue, selon une logique différente, à la CNIL⁶⁰¹. En revanche, on s'explique mal la position du Conseil d'État s'agissant de l'ART⁶⁰² ; celui-ci décide, s'agissant du rejet d'un recours contestant un refus de cette autorité de sanctionner France Télécom, que l'article 6§1 est applicable à la procédure devant l'ART mais qu'il n'a, en l'espèce, aucunement été violé. Cette position s'insère difficilement dans la lignée de la jurisprudence la plus récente du Conseil d'État, puisqu'il applique ici l'article 6§1 sans s'interroger sur la matière concernée, civile ou pénale. Or, si l'ART avait prononcé une sanction contre France Telecom au titre de l'article L. 38-11 du Code des postes et télécommunications, nul doute que la matière pénale eut été en jeu et l'on aurait pu rattacher la position du Conseil d'Etat à sa jurisprudence *Didier*. Pourtant, s'agissant du refus opposé à une entreprise tierce de sanctionner France Télécom, il paraît plus probable, du point de vue de celle-ci, que la matière civile soit en jeu et le Conseil d'Etat devrait alors privilégier son approche organique (absence de tribunal) de la question. Les juges du Palais-

⁵⁹⁸CE, 3/12/1999, précité.

⁵⁹⁹Conclusions publiées à la *RFDA* 2000, notamment pp. 590-592.

⁶⁰⁰CE, 7/01/1998, précité.

⁶⁰¹CE, 3/12/1999, Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresbœuf, précité.

⁶⁰²CE, 28/07/2000, Société Copper Communication, req. 199773, *Leb. T.*

Royal auraient même pu légitimement s'interroger sur la qualité de victime du requérant au sens de l'article 6§1. Dans une affaire récente, la Cour a déclaré une requête irrecevable sous l'angle de l'article 6§1 au motif que le requérant n'était pas sous le coup d'une accusation pénale puisqu'il a, « à l'inverse, présenté une accusation pénale »⁶⁰³. Le Conseil d'Etat lui-même a d'ailleurs jugé, dans un contexte différent, que les stipulations de l'article 6§1 « n'exigent ni n'impliquent que le médecin qui est l'auteur d'une plainte devant la juridiction ordinaire doive être habilité à poursuivre les différentes phases de l'instance disciplinaire »⁶⁰⁴. Mais il y a plus. Même si nous admettons que la matière pénale est en cause, la logique de l'arrêt demeure insaisissable : le Conseil d'Etat applique d'emblée les règles du procès équitable à l'autorité administrative, alors même qu'il semble bien effectuer sur ces décisions un contrôle entier au sens de la Convention et sans aucunement rappeler la position souple de la Cour européenne dans un tel cas ; de plus, il applique « l'obligation d'impartialité prescrite par les stipulations de l'article 6§1 » et non un principe général qui serait « rappelé » par cet article. Dans la jurisprudence étudiée du Conseil d'État, peut-être critiquable mais cohérente, cet arrêt fait un peu désordre.

Quoiqu'il en soit, le résultat est clair : la juridictionnalisation des procédures de sanctions administratives ou disciplinaires – mais d'elles seules – se déroulant hors les juridictions ordinaires est aujourd'hui très largement imposée sur le plan national, soit en accord avec la jurisprudence européenne, soit au-delà des exigences résultant de la lecture souple faite, pour l'instant, par les juges de Strasbourg.

B - L'instrumentalisation temporelle des règles du procès équitable par les juridictions suprêmes nationales : vers une hiérarchisation des règles du procès équitable en droit national

La Cour européenne ne devrait avoir qu'à se féliciter de la conversion des juridictions suprêmes françaises aux principes dont elle assure la garantie. Pourtant, elle pourrait aussi prendre ombrage de la surenchère des juridictions nationales, qui contribue à brouiller les cartes et cache aussi une certaine résistance – quelquefois en forme de pied de nez – à l'influence de la Cour européenne. En marge des principes européens du procès équitable,

⁶⁰³Décision du 29/03/2001, *Asociacion de victimas de terrorismo c/. Espagne*, req. 54102/00.

⁶⁰⁴CE, 16/05/2001, *Mattmann*, req. 203179.

c'est en effet une véritable hiérarchisation strictement nationale des règles du procès équitable qui est mise en place, soit en fonction de la matière civile ou pénale concernée, soit en fonction de la règle d'équité en cause (1). Par ailleurs, essentiellement du côté du Conseil d'État, confronté au contrôle de l'intervention régulatrice de ces autorités à titre préventif, la distinction parfois très subtile entre sanction et mesure de police, sans être condamnable, suscite quelques interrogations (2). Enfin, la nationalisation des règles du procès équitable posées par l'article 6§1 de la Convention n'est pas sans poser quelques difficultés en terme de hiérarchie des normes sur le plan national dont la lisibilité se trouve brouillée (3).

1 - Hiérarchisation nationale des règles du procès équitable.

L'application autonome des principes du procès équitable par la Cour de cassation et le Conseil d'État s'accompagne d'une sorte de différenciation de ces principes qui, de fait, selon qu'ils sont appliqués par anticipation ou non, aboutit à une hiérarchisation inconnue dans la jurisprudence de la Cour européenne.

- Hiérarchisation suivant la matière en cause, civile ou pénale tout d'abord. C'est sur cet argument que s'appuie le Conseil d'État pour justifier sa jurisprudence distinguant entre sanctions et mesures dites administratives (voir ci-après *iib*). Le juge administratif accepte en effet facilement la juridictionnalisation des procédures débouchant sur une sanction pécuniaire importante – entrant dans le cadre de la matière pénale telle que la conçoit le juge européen –, comme l'illustre la jurisprudence *Didier*. Il en va différemment lorsque l'autorité concernée, autorité administrative indépendante ou ordre professionnel, intervient dans un domaine relevant de la matière civile sans que le juge administratif identifie une sanction. Matthias Guyomar le confirme très clairement, lorsqu'il écrit que « *l'applicabilité exceptionnelle de l'article 6§1 à une procédure administrative se justifie par la particularité de la matière pénale au sens de ces stipulations* » et qu'il lui « *semble en effet que le critère tiré des 'attributions' de l'organisme en cause doit être compris comme recouvrant l'existence d'un pouvoir de sanction relevant de la branche pénale de l'article 6§1* »⁶⁰⁵. Cette conception,

⁶⁰⁵Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative, le principe vu par le Conseil d'État, *AJDA*, 2001, p. 521.

qui aboutit à retarder le « moment » du procès équitable sur un fondement différent de celui accepté par la Cour européenne, pourrait bien être sanctionnée par cette dernière⁶⁰⁶.

- Hiérarchisation aussi selon la règle d'équité concernée. Lorsque le Conseil d'État et la Cour de cassation appliquent correctement – c'est à dire dans le cadre défini par la Cour de Strasbourg – les dispositions de l'article 6§1, ils le font intégralement. Ils ne font en cela que se plier à la jurisprudence européenne, qui veille au respect de l'intégralité des garanties du procès équitable sous réserve des exceptions expressément autorisées par le texte de l'article 6§1 notamment pour la publicité des audiences. En revanche, hors du cadre fixé par la Cour européenne, les principes d'impartialité et d'égalité des armes sont privilégiés et la règle de publicité des audiences négligée. La Cour de cassation a ainsi jugé que la publicité des audiences ne s'applique pas au Conseil de la concurrence, qui relève d'un entier contrôle de la Cour d'appel de Paris, mais que le principe de l'égalité des armes s'impose nonobstant ce contrôle⁶⁰⁷. On peut légitimement trouver bizarre cette propension à maintenir dans la confidentialité une justice dont l' "impartialité se donne à voir".

2 - La distinction entre sanctions et mesures administratives ou de police

On a montré que cette distinction conduit à soustraire au respect de l'article 6 les ordres professionnels et les AAI dans l'exercice de leur pouvoir de police (cf. supra § III, Section I, Chapitre III, Partie II). Or de ce point de vue, il ne suffit pas de constater que la jurisprudence européenne aurait permis d'aboutir à une solution identique, les éventuels manquements aux principes du procès équitable pouvant être compensés devant la juridiction de contrôle. Il a certes été jugé sur cette base, s'agissant du Conseil du marché à terme (auquel a succédé le CMF), que le défaut d'audience publique était purgé par le recours possible devant le Conseil d'Etat⁶⁰⁸. Pour Matthias Guyomar, cette décision « *emprunte une rédaction différente de celle des précédents situés dans la lignée de la jurisprudence Auto-Méric qui écartaient un tel moyen comme inopérant, mais elle en éclaire le fondement* ». Et d'ajouter que « *en effet, dès lors que le litige entre dans le champ d'application matériel de l'article 6§1, l'inopérance du moyen tiré de la violation de cet article au stade administratif ne s'explique que par le respect*

⁶⁰⁶Voir Cour EDH, 27/10/1987, Pudas, A/125 ; 7/07/1989, Tre TRaktörer, A/159. Cf. *infra* iib) sur la distinction entre mesures administratives et sanctions.

⁶⁰⁷Cass. com., 5/10/1999, précité.

⁶⁰⁸CE, 9/04/1999, GIE Oddo-Futures c/ France, req. n° 182 421 et 189047.

du 'droit au tribunal' dans les phases ultérieures »⁶⁰⁹. Ce que ne dit pas M. Guyomar, c'est qu'il ne saurait s'agir de n'importe quel tribunal, mais d'un tribunal exerçant un contrôle de pleine juridiction, appréciation qui n'est pas toujours aisée. Le juge administratif, qui ne s'est pas posé la question en ces termes, s'expose ainsi, puisqu'il considère l'article 6§1 inapplicable, à une sanction de la Cour européenne qui, appliquant ledit article, pourrait relever l'absence de recours satisfaisant aux critères de contrôle qu'elle a posé. Dans les espèces évoquées concernant des autorités administratives indépendantes, l'ouverture d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif semble satisfaire aux exigences européennes et, en conséquence, la divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne apparaît sans conséquence au regard du respect de la Convention. Il faut toutefois souligner encore les incertitudes qui pèsent sur la nature et la portée de certains contrôles contentieux. Par exemple, dans l'affaire *Amirshahi*, le Commissaire du gouvernement cite l'article L. 531-6 du Code de la mutualité, qui prévoit que « les mutuelles sanctionnées peuvent ... former un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat » ; puis il souligne que ces dispositions ne s'appliquent pas, selon lui, aux « simples mesures de police administrative » soumises, elles, à un recours qui « doit être regardé comme un recours pour excès de pouvoir »⁶¹⁰. Certes, en l'espèce, il s'agit d'un « contrôle normal »⁶¹¹ satisfaisant sans doute aux exigences européennes de pleine juridiction mais, outre le fait que la solution pourrait ne pas être évidente sur le plan interne⁶¹², la jurisprudence européenne n'est pas non plus totalement limpide sur le sujet. Par ailleurs, il ne faut pas exclure l'hypothèse de l'absence de recours de pleine juridiction susceptible de purger les éventuelles irrégularités de l'instance non juridictionnelle.

La situation n'est pas plus claire s'agissant des ordres professionnels lorsqu'ils prennent des décisions dites de police administrative relatives, par exemple, à l'inscription au tableau. Certes, un arrêt *Boyo* est intervenu en 1953, qui faisait relever du recours pour excès de pouvoir toutes les décisions prises en matière d'inscription au tableau⁶¹³. Néanmoins, les

⁶⁰⁹M. Guyomar, Le droit au juge indépendant et impartial : le principe vu par le Conseil d'Etat, *AJDA*, 2001, p. 521. S'agissant du CMF, qui a succédé au Conseil du marché à terme, on sait que le Conseil d'Etat, conscient sans doute des risques pris par son attachement à l'inapplicabilité de l'article 6§1 aux autorités administratives (qui lui interdit en principe de s'attacher à la nature du contrôle opéré sur la décision de première instance), fait appel aux principes généraux du droit (arrêt *Didier*, précité).

⁶¹⁰Concl. S. Boissard sur CE, 22/11/2000, préc., *AJDA*, 2001, pp. 388-389.

⁶¹¹*Ibidem* p. 391.

⁶¹²S. Boissard le déduit implicitement d'un précédent arrêt (CE, 28/06/1995, *Passérieux, Lebon T.*, p. 194) et d'une décision Vuillème (CE, 21/02/1997, *Lebon T.*, p. 693) prise « dans un cas de figure très proche » (*ibid.*, p. 391).

⁶¹³CE, 12/12/1953, *Lebon*, p. 544 ; *RPDA*, 1954.3, concl. Chardeau ; *AJ* 1954.II.138, note de Soto ; *AJ* 1954.II bis 2, chron. Gazier et Long.

auteurs du recueil des grands arrêts de la jurisprudence administrative soulignent sous l'arrêt *Bouguen* que ce type de décision a « *donné lieu à un contentieux abondant, dans lequel le juge exerce un contrôle normal* », mais il arrive aussi qu'il « *se limite plus rarement au seul contrôle de l'erreur manifeste* ».

Sous ce dernier aspect, il vaudrait mieux, au regard du droit européen, que ce type de contrôle restreint soit proscrit. Reste que la Cour européenne pourrait bien rester sourde à ces subtilités et entrer à nouveau en conflit sur ces points avec le Conseil d'Etat, si celui-ci persiste à maintenir les décisions qu'il qualifie de simple police hors du champ d'application de l'article 6§1. Le Conseil d'Etat pourrait bien alors passer à côté d'un « moment » du procès équitable englobant l'une ou l'autre décision de certains organismes sur laquelle ne s'exercerait pas un contrôle suffisant selon la Cour européenne.

3 - Le déficit de lisibilité de la hiérarchie des normes nationales induit par la réception des règles du procès équitable au delà des exigences de la Cour européenne

En faisant une lecture non conforme à celle de la Cour européenne de l'article 6§1, la Cour de cassation soumet, en application de l'article 55 de la Constitution, le législateur à des contraintes qui ne pèsent normalement pas sur lui pour l'instant. Si le législateur fixe, devant un organe non-juridictionnel soumis à un contrôle de pleine juridiction, des règles de procédures contraires à l'article 6§1, la Cour de cassation écartera-t-elle l'application de cette loi au vu de sa propre interprétation de l'article 6§1 dépassant en exigences celle de la Cour européenne ? Elle a déjà franchi ce pas en décidant dans son fameux arrêt *SNC Campenon Bernard* sur le Conseil de la concurrence. Après avoir visé l'article 6§1, la Cour de cassation relève que, pour rejeter le moyen relatif à la violation du principe d'impartialité du fait de la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré, la Cour d'appel de Paris s'est fondée sur les dispositions de « *l'article 24 alinéa 4 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* » (aujourd'hui l'article 25 de l'ordonnance modifié, pour tenir compte de la position de la Cour de cassation par la loi n°99-532 du 25 juin 1999) et aussi sur l'existence d'un recours de pleine juridiction devant elle-même. La Cour de cassation estime qu'en raisonnant ainsi, la Cour d'appel « *a violé le texte susvisé* » (l'article 6§1 de la Convention). Une disposition de valeur législative (l'ordonnance de 1986) est donc écartée au bénéfice d'une application d'une norme internationale qui, en l'espèce, n'avait pas lieu d'être. Voilà une position pour le moins

cavalière de la plus haute juridiction judiciaire à l'égard, à la fois, de la Cour européenne et, surtout, du législateur par qui s'exprime la volonté nationale.

La position du Conseil d'État paraît plus habile, plus satisfaisante aussi, que celle de la Cour de cassation. Le problème posé par la solution de la Cour de cassation a bien été soulevé devant le Conseil d'État par le Commissaire du gouvernement Jean-Denis Combrexelle qui, examinant ses possibles conséquences quant au contenu matériel de la règle d'incompatibilité de la fonction de rapporteur et de membre de la formation délibérante appliquées aux instances administratives, relève « *que la transposition pure et simple d'un tel principe, érigé en règle posée par une convention internationale s'imposant aux règles législatives nationales et indirectement à l'ordre juridique communautaire, aurait pour effet de rendre contraires à l'article 6 de nombreuses instances nationales et communautaires, notamment dans le domaine de la concurrence, où il y a confusion des fonctions de recherche, de poursuite et de sanction de l'infraction* »⁶¹⁴. L'avantage de la « découverte » par le Conseil d'État d'un principe général du droit consiste, tout en faisant sienne la souplesse d'appréciation de la Cour européenne, d'imposer une contrainte supra-décrétale mais que le législateur peut toujours décider d'écarter. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Didier*, Alain Seban montait bien la cohérence de la position du Conseil d'État : « *Dans ce domaine, concluait-il, le détour par l'article 6§1 n'est indispensable que lorsqu'il est nécessaire d'écarter des dispositions législatives ; mais tel n'est pas le cas devant les juridictions financières, les dispositions de procédure concernant le rôle du rapporteur ne résultant que de textes réglementaires* ». Demeure quand même un certain scepticisme à l'égard de cette « découverte » bien à propos d'un principe général du droit jusque là fort discret⁶¹⁵. Si l'on veut préserver la cohérence du montage jurisprudentiel du Conseil d'État, cohérence qui, on l'a vu, fait défaut du côté de la Cour de cassation, il faut considérer que :

- l'article 6§1 ne trouvant pas à s'appliquer, le principe général du droit peut permettre d'y suppléer afin de contrôler les dispositions de nature réglementaire.

- l'article 6§1 ne trouvant pas à s'appliquer, le principe général du droit ne peut en aucun cas permettre d'écarter l'application d'une disposition de nature législative.

⁶¹⁴Concl. sur Caisse de Crédit mutuel de Bain-Tresbœuf, précité, *RFDA*, 2000, p. 579.

⁶¹⁵Voir le commentaire de F. Sudre précité, *JCP*, 1999.II.10267, p. 427, qui relève que le CE exhume un arrêt *Louis* du 20/06/1958.

- l'article 6§1 trouvant à s'appliquer, l'interprétation qu'en donne la Cour européenne doit être mise en œuvre pour contrôler, indifféremment, une mesure de portée législative ou réglementaire.

Encore faut-il qu'il y ait accord sur les critères déclenchant l'application de l'article 6§1 à l'organisme considéré. Comme cela a été démontré, ce n'est pas tout à fait encore le cas du fait de l'attachement du juge administratif français à la définition organique de la notion de tribunal. La Cour européenne devra un jour ou l'autre trancher définitivement le débat et lever les interrogations qui pèsent notamment sur l'applicabilité de l'article 6§1 aux mesures de police relevant de la matière civile et adoptées par des autorités administratives. Pour l'heure les membres de la Haute-juridiction française s'emploient à marteler, de façon quasi-incantatoire, l'évidence de l'antériorité du principe général national sur la norme européenne qui s'est contentée de le « rappeler » ainsi que la pertinence du critère organique⁶¹⁶. Le raisonnement est séduisant et il présente l'avantage de ne pas heurter la jurisprudence de la Cour européenne de plein fouet puisque celle-ci ne s'est pas encore ouvertement prononcée sur le type d'affaires tenues par le juge administratif hors du champ d'application de l'article 6§1. Peut-être saura-t-elle rendre la politesse au juge administratif qui, en ce domaine, œuvre selon nous de façon plus constructive, ou moins destructrice, que la Cour de cassation.

*

En définitive, le critère tiré de l'existence d'un contrôle ultérieur de pleine juridiction, pour être connu des juridictions suprêmes françaises, ne joue pas de manière automatique. Usant de leur autonomie interprétative, le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation n'hésitent pas soit à lui substituer un critère organique (qui a pour effet d'exclure à la base toute invocabilité de l'article 6), soit à en neutraliser les conséquences (en soumettant l'organe considéré à l'article 6, quels que soient les recours dont ses décisions peuvent faire l'objet). Parfois, il n'est tout simplement pas appliqué. Aussi le moment du procès équitable en droit interne ne correspond-il pas toujours à la logique européenne. Surtout, il n'est pas fixé de manière uniforme, mais se décale en fonction du domaine considéré et de la garantie prétendument violée. En ce qui concerne les exigences d'impartialité et d'égalité des armes, la compensation permise par la Cour européenne des droits de l'homme est ainsi écartée par la

⁶¹⁶Pour une illustration récente, voir J.-C. Bonichot, Les sanctions administratives en droit français et la Convention EDH, *AJDA*, n° spécial, 20/10/2001, pp. 73-80.

Cour de Cassation. Cette jurisprudence n'est naturellement pas sans incidence sur l'identification des organes auxquels s'imposent finalement le respect de l'article 6.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La définition de la « pleine juridiction » apparaît déjà complexe en droit européen, dans la mesure où elle nécessite de distinguer entre civil et pénal. Dès lors, on aurait pu craindre que pour un même organe (une AAI par exemple), l'appréciation des voies de droit doive varier selon la matière dont relèvent ses décisions. En multipliant les recours objectifs de pleine juridiction sans faire de différences entre les contestations relatives à des retraits d'autorisation (matière civile) ou à des sanctions pécuniaires (matière pénale)⁶¹⁷, le législateur a cependant « uniformisé » le contentieux. Pour autant, le maniement du critère en droit interne n'en a pas été nécessairement simplifié, puisque d'autres considérations sont venues interférer dans la détermination du moment du procès équitable : qu'il existe ou non un contrôle de pleine juridiction semble souvent indifférent, les implications éventuelles de ce paramètre étant occultées par le recours au critère organique, relativisées par la référence à des principes généraux du droit équivalents aux exigences de l'article 6, ou encore évacuées du fait d'une hiérarchisation matérielle des garanties européennes. En conséquence, les autorités tenues de les respecter sont assez nombreuses : à celles dont les décisions ne peuvent être contestées que par la voie d'un recours en cassation (Conseil national de l'Ordre des Médecins, Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, CSE, CNESER, Commission centrale d'aide sociale, CDBF, Commission bancaire) ou d'un recours pour excès de pouvoir insuffisant en matière pénale (autorités pénitentiaires), s'ajoutent en vertu de la jurisprudence interne l'ART, la COB, le Conseil de la concurrence, et le Conseil de l'Ordre des avocats. Sur la base de cette délimitation, il importe maintenant de voir les implications de la juridictionnalisation.

⁶¹⁷ Voir en ce sens art. 15 de l'Ordonnance du 1/12/1986, s'agissant du Conseil de la concurrence (avant que le contentieux ne soit transféré à la cour d'appel de Paris) ; art. 42-8 de la loi du 30/09/1986 résultant de la loi du 17/01/1989, art. 18 et art. 48-8 issu de la loi du 1/02/1994, art. 4 s'agissant du CSA ; art. 36-11 de la loi du 26/07/1996, s'agissant de l'ART.

CHAPITRE II – LES IMPLICATIONS DE L’ARTICLE 6 SUR LA PROCEDURE HORS LES JURIDICTIONS ORDINAIRES

Les exigences énoncées par l’article 6 sont nombreuses ; en leur sein, certaines s’imposent de manière générale tandis que d’autres sont plus spécifiques (présomption d’innocence, droit d’être informé dans le plus court délai, dans une langue compréhensible et de manière détaillée de la nature et de la cause des accusations, droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense, droit de se défendre soi-même ou d’avoir l’assistance d’un défenseur, droit d’interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d’obtenir la convocation des témoins à décharge). On pourrait penser que ces dernières sont particulièrement topiques. Pour les organes de la Convention, néanmoins « le § 3 de l’article 6 renferme une liste d’applications particulières du principe général énoncé au § 1. Les divers droits qu’il énumère en des termes non exhaustifs représentent des aspects parmi d’autres de la notion de procès équitable en matière pénale ». Il s’ensuit deux séries de conséquences. D’une part, les principes qu’expriment ces prérogatives spécifiques se retrouvent de toute manière dans le tronc commun. D’autre part, elles ne sont pas invocables dans le cadre de contestations sur des droits et obligations de caractère civil. De manière itérative, le Conseil d’Etat a ainsi jugé qu’elles n’étaient pas applicables à une procédure disciplinaire. Or compte tenu du champ de la recherche et des limites de la présente étude, il peut être préférable de se centrer sur les garanties générales.

A ce titre, tout individu a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement par un tribunal indépendant et impartial. La première question qui se pose est donc celle de l’assimilation à un tribunal (Section I). La seconde a trait au respect de la publicité des audiences (Section II) et la troisième se rapporte à l’exigence d’impartialité (à laquelle se rattache à certains égards l’indépendance) (Section III). La jurisprudence européenne enfin a déduit de l’article 6 le principe de l’égalité des armes (Section IV).

Section I – L’assimilation à un « tribunal »

Caroline Picheral et Catherine Mamontoff

Pour celles des autorités qui sont ou devraient être soumises à l’article 6 (parce qu’elles ne subissent pas de contrôle ultérieur de pleine juridiction ou parce que les juridictions suprêmes françaises en ont décidé ainsi), cette disposition suppose en premier lieu qu’elles puissent être assimilées à un « tribunal ». Or, leur nature diffère : institutions administratives (Autorités Administratives Indépendantes, autorités pénitentiaires), juridictions singularisées par la spécificité du contentieux dont elles ont à traiter (juridictions financières) et par un dédoublement fonctionnel (ordres professionnels, instances disciplinaires de la Fonction publique en matière d’enseignement, Commission bancaire) ou par une origine administrative (Commission centrale d’aide sociale, TCI et CNITAT). Mais ces qualifications de droit interne ne sont normalement pas décisives, puisque la notion de tribunal doit être entendue au sens de la Convention. Ainsi, la Cour de Strasbourg peut considérer qu’une commission administrative est un « tribunal » et inversement dénier cette qualité à un organe juridictionnel. Des critères d’ordre institutionnel, procédural et fonctionnel sont alors conjugués (cf. Section II, Chapitre I, Partie D). Comme la Cour a pu le souligner⁶¹⁸, les deux premiers recourent assez largement des exigences qui telles l’indépendance à l’égard des parties ou les garanties de procédure judiciaire, figurent expressément dans le texte de l’article 6 et qui seront abordées dans les Sections suivantes. Aussi ne donneront-ils pas lieu à examen spécifique, la présente étude se centrant finalement sur le seul critère fonctionnel. Bien que déjà précisé, son contenu doit être rappelé. De l’avis de la juridiction européenne des droits de l’homme, un tribunal se caractérise par le fait qu’il « *lui appartient de trancher sur la base d’une norme de droit et à l’issue d’une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »⁶¹⁹. A cet égard, la nature de l’organe en cause dans le système interne, sans être une fois encore déterminante, n’en est pas pour autant indifférente.

C’est ce que nous nous proposons de vérifier en distinguant les juridictions spécialisées d’appel (§ I), les juridictions spécialisées appelées à statuer directement sur des comportements individuels (§ II), et enfin les institutions administratives (§ III).

⁶¹⁸ Cour EDH, 23/06/1981, Le Compte, Van Leuven et Meyere, A/43, § 55.

⁶¹⁹ CourEDH, 22/10/1984, Sramek, A/84 ; CourEDH, 27/08/1991, Demicoli, A/210 ; CourEDH, 30/11/1987, H c/ Belgique, A/127-B.

§ I – La qualité de « tribunal » des juridictions spécialisées d’appel

Au vu de la jurisprudence interne, leur qualité n’est jamais contestée et au vu du critère européen, n’apparaît pas immédiatement contestable. Qu’il s’agisse du Conseil national de l’ordre des médecins ou des pharmaciens, du CSE ou du CNESER, de la Commission centrale d’aide sociale, il leur incombe bel et bien de trancher les litiges qui sont de leur ressort sur la base d’une norme de droit⁶²⁰, à l’issue d’une procédure organisée. Sachant cependant que tous constituent des instances d’appel, chargées de statuer sur les décisions d’organes eux-mêmes situés hors les juridictions ordinaires, la question se pose de savoir s’ils disposent des « *compétences exigées par l’article 6§1* »⁶²¹, autrement dit s’ils se livrent pour leur part à un contrôle de pleine juridiction. De ce point de vue, il convient de préciser que les autorités précitées se prononcent sur des « *droits et obligations de caractère civil* » (A), ce qui prédétermine le degré d’exigence du droit européen (Cf. Section I, Chapitre I, Partie II). Par comparaison, le cas de juridictions financières qui à certains égards statuent « *en matière pénale* » doit être réservé (B).

A – Les compétences des juridictions spécialisées d’appel intervenant en matière civile

Dès lors que leurs décisions sont déterminantes pour des droits et obligations de caractère civil, les organes concernés ne doivent satisfaire qu’à une conception restreinte de la pleine juridiction : indépendamment des incertitudes entourant le degré de contrôle requis, un simple pouvoir d’annulation suffit (Cf. Section I, Chapitre I, Partie II). Toutefois les dispositions de droit interne semblent dépasser le standard européen : les compétences attribuées ou reconnues aux juridictions spécialisées d’appel sont en effet bien supérieures.

⁶²⁰ Elles sont trop nombreuses et disparates pour être toutes évoquées, mais on citera à titre d’exemple le cas des juridictions disciplinaires de l’ordre des Médecins qui pour qualifier les faits reprochés au praticien peuvent se reporter au Code de déontologie médicale, les sanctions étant quant à elles définies par l’article L. 423 du Code de santé publique...

⁶²¹ Selon la formule de la Cour dans les affaires Zumtobel (CourEDH, 21/09/1993, A/268-A, § 30), Ortenberg (CourEDH, 25/11/1994, A/295-B, §§ 31-32) et Fischer (CourEDH, 26/04/1995, A/312, § 34).

La Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins, comme celle du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens, lorsqu'elles sont saisis de sanctions infligées par les Conseils régionaux, examinent aussi bien les faits reprochés à l'intéressé que la proportionnalité de mesures prises à leur encontre. Selon les termes de l'article L. 538 du Code de Santé publique, le Conseil national de l'Ordre des pharmaciens « *confirme, annule ou modifie les sanctions décidées en première instance* ». Et s'agissant de l'Ordre des médecins, la jurisprudence atteste de l'usage qui est fait de cette faculté de réformation, dans le cadre notamment du contentieux disciplinaire général⁶²².

En vertu de l'article 15 du décret n°90-468⁶²³, le CSE est de son côté compétent pour connaître « *en appel et en dernier ressort* » des décisions rendues en matière contentieuse et disciplinaire par les conseils de l'éducation nationale institués au niveau académique. A la lumière de cette disposition et de l'arrêt Massard⁶²⁴, il y a lieu de penser que cet organe a le pouvoir de réformer la décision après réexamen complet en droit et en fait de l'affaire. Le CNESER, parallèlement, traite en appel des recours formés contre les décisions des sections disciplinaires des établissements publics d'enseignement supérieur. Le contrôle qu'il exerce a également pu être qualifié de « *pleine juridiction* »⁶²⁵. Au demeurant, pour chaque affaire portée devant lui, le président du CNESER désigne au sein de cette dernière une commission d'instruction notamment chargée de recueillir des informations auprès des différentes parties et des témoins⁶²⁶. Il est ainsi à même de reprendre les faits sur la base desquels il rendra son jugement...

Dans le domaine de l'aide sociale⁶²⁷, enfin, il y a encore deux degrés de juridiction, avec un appel possible devant la Commission centrale d'aide sociale des décisions rendues

⁶²² CE, 6/11/2000, Dolfus, req. n° 185244 (s'agissant d'une décision par laquelle la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins réformant une décision du Conseil régional de Rhône-Alpes a infligé au requérant la sanction d'exercer la médecine pendant trois mois). CE, 29/05/2000, Tran, req. n° 198510 (s'agissant d'une décision par laquelle la Section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins réformant une décision du Conseil régional de l'Ordre des médecins d'Alsace interdisant au requérant d'exercer la médecine pendant quatre mois, a réduit la durée de cette interdiction à deux mois).

⁶²³ du 7/06/1990, JORF du 9/06/1990.

⁶²⁴ CE, 10/01/2000, Massard, req. n° 190041.

⁶²⁵ Voir l'analyse faite par T. Graffin, « Le Conseil supérieur de l'éducation » et « Le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche » *Cahiers de l'IDEDH*, n° 8, 2001, p. 86.

⁶²⁶ Art. 11 du décret n° 90-1011 du 14/11/1990, JORF du 16/11/1990 ; art. 26 et 27 du décret n° 92-657 du 13/07/1992, JORF du 16/07/1992. Rappelons que dans l'arrêt du 7/06/2000, Zurmely (req. n° 206632), le Conseil d'Etat a refusé d'imposer l'abrogation des ces dispositions.

⁶²⁷ S'agissant de la Commission départementale des travailleurs handicapés, l'applicabilité de l'article 6 n'est pas suffisamment établie pour que nous en traitions. Du moins peut-on relever que contrairement aux autres juridictions d'appel étudiées, elle ne peut qu'annuler ou confirmer la décision administrative, après avoir toutefois procédé à une nouvelle étude complète de la demande. Si l'on retient l'applicabilité de l'article 6 au titre de la matière civile (ce qui reste hypothétique), il y a lieu de considérer que ce recours remplit les conditions européennes de la pleine juridiction, le contrôle étant entier.

par les Commissions départementales d'aide sociale, qui ont elles-mêmes vocation à connaître des décisions des Commissions d'admission à l'aide sociale et de plus en plus souvent des Préfets. La Commission centrale d'aide sociale dispose à la fois d'un pouvoir d'annulation et de réformation⁶²⁸. Dans les litiges afférents à la récupération de l'aide sociale en particulier, il lui est loisible de modifier le montant fixé par la Commission départementale. Il en va de même pour la répartition des frais de placement entre le département et l'obligé alimentaire. La Commission centrale d'aide sociale a également pu voir ses pouvoirs élargis sur une base jurisprudentielle. Le contentieux de l'indû en est une illustration. Dans l'hypothèse où une personne a indûment bénéficié du revenu minimum d'insertion et doit rembourser l'aide perçue, il lui est loisible de demander au préfet une remise de dette. Longtemps, la Commission centrale a considéré que sa compétence se bornait à l'annulation de la décision prise à ce sujet et qu'il n'appartenait qu'à l'autorité administrative (à laquelle elle renvoyait) d'en tirer les conséquences. Puis par un arrêt Wery de 1999, le Conseil d'Etat lui a reconnu le pouvoir de se prononcer directement sur la remise de dette. Par voie de conséquence, il lui est possible de revoir et de modifier les appréciations du préfet, ou de la Commission départementale qui s'est prononcée en première instance (et qui elle-même dispose d'un pouvoir de réformation).

Dans ces différents cas, le contrôle exercé correspond donc à la conception la plus achevée de la « pleine juridiction », qui n'est normalement requise, dans la jurisprudence européenne, qu'en matière pénale. Il importe maintenant de vérifier si le droit interne, après avoir dépassé les exigences de l'article 6, y satisfait dans ce domaine.

B – Les compétences des juridictions spécialisées d'appel intervenant en matière pénale

Cette rubrique est moins fournie que la précédente. Elle ne comprend en effet qu'un seul organe, la Cour des Comptes, qui est considérée comme statuant en « matière pénale » au

⁶²⁸ Les textes instituant la Commission centrale ne comportent à cet égard aucune indication. L'étendue de sa compétence dépend pour beaucoup des types de litiges dont elle a à connaître et donc des lois qui s'y rapportent spécifiquement, ainsi que de la jurisprudence. Nous remercions M. Defer, Secrétaire général de la Commission centrale d'aide sociale pour l'entretien qu'il a bien voulu nous accorder le 4/09/2001 et pour les informations qu'il nous a fournies à cette occasion.

moment où elle se prononce sur l'infliction des amendes pour gestion de fait et qui est à certains égards compétente pour connaître des appels formés à ce sujet contre les jugements des Chambres régionales des comptes⁶²⁹. En admettant que celles-ci se situent hors du système judiciaire ordinaire et que les principes de la jurisprudence *Le Compte, Van Leuven et Meyere* s'imposent, le contrôle exercé en la matière est de « *pleine juridiction* » au sens européen du terme, et répond tout à fait à la conception qui en est retenue en « *matière pénale* ». L'appel en effet « *comporte traditionnellement un effet dévolutif et évocatif. Le premier signifie que la Cour est totalement saisie de l'affaire par le réquisitoire du Procureur et qu'elle peut notamment substituer des moyens juridiques à ceux invoqués par le requérant dans les limites toutefois de la requête en appel* »⁶³⁰. Son examen porte tant sur la procédure (antérieure et d'appel) que sur le fond, avec possibilité de réformer la décision initialement prise après appréciation en fait et en droit. On sait cependant que l'effet dévolutif n'a lieu que si le jugement déféré a été régulièrement prononcé⁶³¹. Dans l'hypothèse contraire, la Cour des Comptes, comme toute juridiction d'appel, ne saurait se prononcer sur les conclusions au fond. Sans doute l'effet évocatif lui donne-t-il la « *faculté de juger directement de l'affaire dont elle est saisie après avoir annulé le jugement pour vice de forme et de procédure* »⁶³² mais ladite faculté reste subordonnée à la condition que l'affaire soit en état⁶³³. A défaut, celle-ci est renvoyé devant les premiers juges... On ne pense pas cependant que cette contrainte procédurale doive conduire à « *disqualifier* » le contrôle qu'elle est appelée à exercer⁶³⁴ : en supposant que le litige soit renvoyé devant les Chambres régionales des comptes afin d'être régulièrement jugé, un appel demeure possible qui pourra alors porter sur

⁶²⁹ Il peut arriver que la Cour des Comptes se prononce en tant que juridiction de premier degré, puisqu'il lui appartient de juger des comptes des comptables publics sous réserve des compétences attribuées aux Chambres régionales (art. L. 111-1 du Code des juridictions financières - CJF), en ce qui concerne les comptes des comptables publics des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (art. L. 211-1 du CJF). S'agissant de l'infliction des amendes pour gestion de fait, la Cour des comptes statue en premier et dernier ressort lorsque sont en cause les deniers de l'Etat et de ses établissements publics. Nous reviendrons dans la suite des développements sur cette hypothèse.

⁶³⁰ Ch. Descheemaeker, *La Cour des comptes*, Notes et Etudes documentaires, La Documentation française, 2è Ed.°, 1998, p. 162.

⁶³¹ Sur ce point, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 57 Ed°, 1995, p. 866.

⁶³² Ch. Descheemaeker, *La Cour des comptes*, op. cit., p. 162.

⁶³³ Condition qui en contentieux administratif général a été supprimée (CE, Sect., 22/05/1981, Mille Bloc'h, Rec. p. 236, AJDA, 1982, p. 166, concl. J.P. Costa).

⁶³⁴ Il faut également savoir que les jugements des Chambres régionales des comptes, comme les arrêts de la Cour des comptes, peuvent faire l'objet d'un recours en révision, formé par le comptable concerné s'il produit des pièces justificatives qu'il n'avait pu présenter lors du jugement des comptes. En outre, la révision peut intervenir d'office ou sur réquisition du ministère public, pour cause d'erreur, d'omission, de faux ou de double emploi (Art. L. 243-2 du CJF et art. R. 243-13 à R. 243-14 du CJF). Cette voie de droit, bien qu'elle permette un réexamen de l'affaire, ne paraît pas exactement concorder avec les exigences de l'article 6. En tout état de cause, elle est sans incidence sur le point qui nous occupe dans la mesure elle ne prive pas le comptable du droit de faire appel.

le fond. Au demeurant, il est permis de se demander si la Cour européenne des droits de l'homme entrerait dans ce genre de considérations et même chercherait à vérifier les compétences de la Cour des Comptes, dans l'hypothèse où le requérant ne se plaindrait pas qu'aucun « tribunal » au sens de l'article 6 n'ait été saisi de sa cause. L'exemple de la CDBF montre en effet que le juge de la Convention ne s'assure pas systématiquement de l'existence d'un contrôle de pleine juridiction. Mais il est vrai qu'il s'agissait en l'occurrence d'une juridiction statuant en quelque sorte en premier et dernier ressort.

§ II – La qualité de tribunal des juridictions spécialisées de premier et dernier ressort

Par comparaison aux autorités précédentes, la Commission bancaire (dans ses fonctions juridictionnelles), le Conseil de l'Ordre des avocats et la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) ont en commun de ne pas statuer pas sur une décision juridictionnelle antérieure ; ils ne se prononcent pas non plus sur une décision administrative préexistante. En fait, ces organes prennent eux-mêmes les décisions dont la nature détermine l'applicabilité de l'article 6⁶³⁵. Ils n'interviennent donc pas comme organe de contrôle si bien que le critère de pleine juridiction ne saurait trouver à jouer pour déterminer s'ils disposent des compétences requises. On doit alors s'assurer qu'il leur appartient de trancher sur la base d'une norme de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de leur compétence. A cet égard, le fait que la Commission bancaire, le Conseil de l'Ordre des avocats et la CDBF aient été instituées en tant que juridiction constitue un premier indice de la vocation qui leur a été assignée.

Sans doute la Commission bancaire présente-t-elle une nature mixte : rappelons qu'en vertu de l'article 48-1 de la loi du 24 janvier 1984, elle n'est une juridiction administrative que lorsqu'elle statue en matière disciplinaire. Il faut en déduire qu'en prononçant une mise en garde, une recommandation ou une injonction, en décidant de la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un liquidateur, elle agit en tant qu'autorité administrative (Cf. Section I, Chapitre II, Partie I). Mais selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁶³⁶, un tel

⁶³⁵ Il en est de même de la Cour des Comptes lorsqu'elle sanctionne l'immixtion d'une personne qui s'est constituée en comptable de fait dans des comptes autres que ceux des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Le raisonnement développé à propos de la CDBF, de la Commission bancaire et du Conseil de l'Ordre des avocats et les conclusions retenues lui sont alors transposable.

⁶³⁶ CourEDH, 30/11/1987, H c/ Belgique, A/127-B (cf. Section II, Chapitre I, Partie I).

cumul d'attributions administratives et contentieuses ne prive un tribunal de sa qualité. Or lorsqu'elle statue en application des articles 45 de la loi du 24 janvier 1984 ou de l'article 25 de la loi du 12 juillet 1990, la Commission bancaire dans ses fonctions juridictionnelles examine bien toute question de son ressort (infractions aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à l'activité des établissements de crédit, refus de déférer à une injonction ou méconnaissance d'une mise en garde), sur la base d'une norme de droit (par exemple, la loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de drogue...), à l'issue d'une procédure organisée (par le chapitre I du Titre IV du décret du 24 juillet 1984). Au demeurant, le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Habib Bank*, du 20 octobre 2000 semble implicitement la tenir pour un « tribunal » au sens de l'article 6§1, « *eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions* ». ⁶³⁷.

Un raisonnement comparable peut être tenu à l'égard du Conseil de l'Ordre des avocats, organe également mixte, dont l'une des tâches est de veiller au respect de la discipline telle que définie aux articles 22 à 25 de la loi du 31 novembre 1971⁶³⁸ et dans le Titre IV du décret du 27 novembre 1991 (lequel régit aussi la procédure applicable).

Il en va a fortiori de la CDBF qui est un organe purement juridictionnel, chargé de sanctionner en vertu des articles L. 313-1 et suivants du Code des juridictions financières la violation des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses.

Au vu du critère fonctionnel, la qualité de « tribunal » de ces trois organes ne semble pas devoir être remise en cause, d'autant que tous rendent des décisions obligatoires « *qu'une autorité non-judiciaire n'aurait pas le pouvoir de modifier* »⁶³⁹. Le problème en revanche se pose en des termes différents pour les autorités administratives.

§ III – La qualité de « tribunal » des autorités administratives

Cette dernière rubrique recouvre deux types d'institutions : les autorités administratives indépendantes et les autorités pénitentiaires. Les unes et les autres sont

⁶³⁷ CE, Sect., 20/10/2000, *HabibBank*, JCP, Ed.° G, 2001, II-10459.

⁶³⁸ Plus précisément, le Conseil de l'Ordre en formation disciplinaire poursuit et réprime les infractions et fautes commises par les avocats en violation du règlement intérieur dont dispose chaque Barreau de France et qui regroupe le règlement intérieur général harmonisé, le code de déontologie, un règlement intérieur propre à chaque Barreau et des annexes.

⁶³⁹ Cour EDH, 23/10/1985, *Bentham*, A/97, § 40 ; CourEDH, 30/11/1987, *Hc/Belgique*, A/127-B, § 50 ; CourEDH, 19/04/1988, *Belilos*, A/132 § 64 ; CourEDH, 19/04/1994, *Van de Hurk*, A/288, § 45.

investies d'un pouvoir de sanction qui les conduit à s'ériger en juge des comportements individuels. Dans l'appréciation de leur qualité, cette circonstance ne saurait être indifférente. S'agissant des autorités pénitentiaires, on doit en effet relever que la nature disciplinaire des fonctions exercées a pu justifier, en d'autres domaines, une juridictionnalisation des organes. Quant aux autorités administratives indépendantes, leur mission de régulation a amené un auteur à poser le problème de leur éventuelle concurrence avec les juges⁶⁴⁰. Il reste qu'elles ne constituent pas en droit interne des juridictions⁶⁴¹ : la doctrine s'accorde notamment à décrire les autorités indépendantes comme un phénomène de renouvellement de l'action administrative, comportant le passage d'un modèle bureaucratique unitaire à un modèle polycentrique⁶⁴², ou comme un facteur de redéploiement de la répression administrative⁶⁴³. C'est donc à leur égard que l'interprétation européenne de tribunal revêt le plus grand intérêt, mais c'est aussi à leur égard que paradoxalement elle peut révéler ses limites.

En ce qui concerne les autorités pénitentiaires, plusieurs obstacles à leur qualification de tribunal ont été levés par le décret du 2 avril 1996. Les normes de droit sur la base desquelles elles doivent se prononcer en matière disciplinaire ont été précisées, conformément aux exigences des règles pénitentiaires européennes qui préconisent « *une définition de la conduite constituant une infraction disciplinaire par une loi ou un règlement de l'autorité compétente* ». Les fautes sont dorénavant classées en fonction de leur degré de gravité, l'usage des sanctions n'est plus abandonnée à la discrétion des chefs d'établissement⁶⁴⁴ et le président de la commission de discipline dispose de moyens supplémentaires d'individualisation de la punition (sursis, suspension, fractionnement ou dispense de la sanction prononcée). Par ailleurs, les compétences des autorités pénitentiaires ont été étendues. Avant la réforme de 1996 en effet, l'article D. 168 de l'ancien Code de procédure pénale imposait aux chefs des maisons d'arrêt d'obtenir du directeur régional l'élévation des punitions de cellule de plus de huit jours (pour les majeurs) et de plus de trois jours (pour les

⁶⁴⁰ B. Stirn, Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation, AJDA, 1990, p. 591.

⁶⁴¹ Ainsi le Conseil Constitutionnel a-t-il à propos de la COB affirmé la « nature non-juridictionnelle » de cet « organisme administratif » (Décision n° 86-224 DC, 23/01/1987, Rec. p. 8 ; L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 10^{ème} Ed., n° 41).

⁶⁴² J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des AAI*, 1986.

⁶⁴³ C. Teitgen-Colly, Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes, LPA, 17/01/1990, p. 26.

⁶⁴⁴ Le recours aux punitions de cellule est encadré, en ce sens que leur durée maximum est déterminée en fonction du degré de gravité de la faute : quarante-cinq jours pour une faute de premier degré, trente jours pour celles de second degré et quinze jours pour celles de troisième degré.

mineurs). Leur compétence de décider était donc restreinte⁶⁴⁵. « Désormais, l'entière maîtrise du processus disciplinaire repose, sans distinction de statut, sur tous les chefs d'établissement ». Il reste qu'en sus du recours hiérarchique de droit commun, qui subsiste sans constituer un préalable nécessaire à l'action contentieuse, le décret du 2 avril 1996 a institué un recours hiérarchique spécial, qui doit être obligatoirement introduit auprès du directeur régional pour toute sanction que le détenu entendrait contester. Il est permis de douter dans ces conditions que la Commission de discipline ait le pouvoir de rendre une décision obligatoire ne pouvant être modifiée par une autorité non-judiciaire (même si le directeur régional ne peut intervenir de sa propre initiative). Autant l'assimilation à un tribunal est possible au plan de l'applicabilité (cf. § II, Section I, Chapitre II, Partie I), autant elle est discutable au plan des garanties, la contradiction n'étant qu'apparente compte tenu du changement de perspective.

En ce qui concerne les AAI, la vérification du critère fonctionnel de « tribunal » est plus délicate. L'ART, le Conseil de la Concurrence, la COB tranchent certes toute question relevant de leur compétence sur la base de normes de droit qui, soit permettent de qualifier les comportements dont ces organes sont saisis (ordonnance du 1er décembre 1986 en matière de concurrence, règles nationales transposant les directives communautaires relatives à la libéralisation du secteur des télécommunication, textes législatifs applicables en matière boursière, notamment), soit déterminent les sanctions qu'ils pourront le cas échéant prendre (Ordonnance du 28 septembre 1967 modifiée par la loi du 25 juin 1999 et décret du 23 mars 1990 modifiés par les décrets des 31 juillet 1997 et 1^{er} août 2000, pour la COB ; loi du 26 juillet 1996 pour l'ART, Ordonnance du 1er décembre 1986 précisée par une loi du 31 décembre 1992 pour le Conseil de la Concurrence). Quelques particularités doivent cependant être soulignées.

La COB, en premier lieu, ne fait pas seulement application de dispositions législatives ; elle peut aussi se fonder sur ses propres règlements, pour constater une infraction. S'il s'agit sans aucun doute de normes de droit, on ne manquera pas de relever qu'un tribunal ne statue normalement pas sur la base de texte dont il est l'auteur. On peut naturellement en déduire que la COB ne satisfait pas sous cet angle aux prescriptions de

⁶⁴⁵ Or on sait que c'est l'un des attributs d'un tribunal au sens de l'article 6§1, aussi bien dans la jurisprudence interne (CE, 18/10/2000, Terrail, req. n° 208168 : le Conseil supérieur de la magistrature, lorsqu'il est appelé à connaître de l'éventualité d'infliger une sanction disciplinaire à un magistrat du Parquet, ne disposant d'aucun pouvoir de décision, ne constitue ni une juridiction ni un tribunal au sens de l'article 6) que dans la jurisprudence européenne (CourEDH, 23/10/1985, Benthem, A/97, § 40).

l'article 6. Mais il n'est pas non plus exclu que la manière dont la Cour de Strasbourg a caractérisé la notion de « tribunal » ne s'adapte guère à la réalité des autorités administratives indépendantes.

L'ART, en second lieu, est également chargée de prendre diverses mesures individuelles qui n'ont pas le caractère de sanctions. Il lui appartient ainsi d'attribuer les ressources techniques nécessaires aux activités de télécommunication⁶⁴⁶. Or cette fonction, qui a une incidence manifeste sur l'exercice des activités professionnelles et donc sur un droit de nature civile, apparaît davantage administrative que juridictionnelle. Dans l'arrêt *Sramek*⁶⁴⁷ cependant, la Cour européenne des droits de l'homme, procédant plus par affirmation que par démonstration, a jugé que l'Autorité régionale des transactions immobilières s'analysait en un tribunal au sens matériel du terme, bien qu'elle n'ait pas vocation à statuer sur des contestations mais soit investie du pouvoir d'approuver les contrats de vente de terrains agricoles ou forestiers. Cet exemple invite alors à se demander si la définition européenne est réellement distinctive, si elle spécifie suffisamment la nature de la fonction juridictionnelle. Force est de constater d'ailleurs que le juge de la Convention n'a que rarement eu à qualifier des organes purement administratifs. Dans l'affaire *Campbell et Fell*, il était acquis en droit anglais que le comité de visiteurs des prisons exerçait des fonctions judiciaires⁶⁴⁸. Dans les affaires *Le Compte, Van Leuven et Meyere*⁶⁴⁹, ou *Albert et Le Compte*, étaient en cause des juridictions ordinaires. Dans l'affaire *Sramek* même⁶⁵⁰, l'Autorité régionale des transactions immobilières appartenait à une catégorie d'autorités administratives spéciales (*Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag*) situées entre les juridictions de droit commun et l'Administration⁶⁵¹...

En fait, dans la logique européenne, la qualité des autorités administratives indépendantes n'aurait pas à être discutée, puisqu'elles sont soumises à un contrôle ultérieur de pleine juridiction. Toute la difficulté vient donc de ce que la Cour de Cassation et dans une moindre mesure le Conseil d'Etat (à propos de la seule ART) ont pu faire abstraction de cette

⁶⁴⁶ Elle doit par ailleurs instruire pour le compte du gouvernement des demandes d'autorisation : on peut se demander si dans ce cadre, elle dispose réellement de la compétence de décider qui est inhérente à la notion de tribunal. Mais en amont, l'applicabilité même de l'article 6 à ce stade de la procédure semble douteuse, en dépit des implications finales sur des droits et obligations de caractère civil.

⁶⁴⁷ CourEDH, 22/10/1984 *Sramek*, A/84.

⁶⁴⁸ CourEDH, 28/06/1984, *Campbell et Fell*, A/80, § 76.

⁶⁴⁹ CourEDH, 23/06/1981, *Le Compte, Van Leuven et Meyere*, A/43 ; CourEDH, 23/06/1981, *Albert et Le Compte*, A/58.

⁶⁵⁰ Précité.

⁶⁵¹ L.K. Adamovich, B.C. Funk, G. Holzinger, *Osterreichisches Staatsrecht Band 2 : Stataliche Organisation*, Spingler verlag, Wien, 1998, p. 203 ; C.Grabenwarter, M. Holoubek, *Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag*, *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000/520, p. 194.

considération (cf. Section II, Chapitre I, cette Partie). Mais il s'ensuit que dans leur jurisprudence, cette première garantie est passablement occultée⁶⁵².

*

On aurait pu penser que l'exigence tenant à l'intervention d'un « tribunal » allait prendre toute son importance dans le cadre d'une extension des garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires. Mais après un examen plus approfondi, il est permis de se demander si tel est le cas. D'abord parce que s'agissant de juridictions spécialisées, leur qualité n'est quasiment pas discutée par les requérants, ni devant la Cour de Strasbourg, ni devant le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation. Ensuite parce que s'agissant d'autorités administratives, la Cour européenne elle-même ne se livre pas à une appréciation circonstanciée de ce qu'implique un rôle juridictionnel et de ce qui le distingue ; l'arrêt *Sramek* est à cet égard exemplaire. Enfin parce que certains des critères de la notion de « tribunal » se confondent avec d'autres garanties inscrites à l'article 6. La conjonction de ces considérations d'ordre à la fois juridique et pratique, peut expliquer que le contentieux se concentre sur d'autres exigences, à commencer par la publicité.

⁶⁵² Compte tenu de son attachement au critère organique, le Conseil d'Etat peut certes être amené à vérifier si compte tenu de leur composition, de leurs attributions, des institutions sont assimilables à des « tribunaux » au sens de l'article 6. Mais leur qualification a lors un objet fondamentalement différent, puisqu'il s'agit de juger de l'applicabilité de cette disposition et non de s'assurer que les individus ont bénéficié de toutes les garanties d'un procès équitable.

Section II – La publicité des audiences.

Caroline Picheral

En vertu de l'article 6§1, « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement* ». Cela implique notamment que « *le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ». Cette condition constitue une garantie élémentaire dans un état de droit. Conformément à un célèbre adage, il ne suffit pas que la justice ait été rendue, il faut que chacun puisse voir qu'elle l'ait été. Aussi la Cour et la Commission européenne des droits de l'homme considèrent-elles « *que la publicité de la procédure des organes judiciaires visée à l'article 6§1 protège le justiciable contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens qui contribuent à préserver la confiance dans les cours et les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6§1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention* »⁶⁵³. L'enjeu n'est pas moindre lorsqu'il s'agit de juridictions spécialisées ou d'organismes administratifs. Au contraire, les impératifs de l'accès au droit nécessitent que leurs décisions, dont on connaît les implications pour les intéressés, ne soient pas prises à huis-clos. Le Commissaire du Gouvernement Daussun, dans ses conclusions sur les affaires *CCAS de la Rochelle* et *Département de Saône-et-Loire*, considérait ainsi la publicité comme « *un facteur important de rigueur, d'équité et de professionnalisme des juridictions d'aide sociale* » et repoussait l'idée que la justice rendue à l'égard des plus pauvres, sur des questions touchant à leurs moyens d'existence, soit administrée en catimini, pour de simples considérations matérielles⁶⁵⁴. Aussi l'incidence de l'article 6§1 sur les procédures étudiées s'est-elle d'abord manifestée par une généralisation de l'exigence de

⁶⁵³Cour EDH, 29/10/1991, *Helmers c/ Suède*, A/212-A, §§ 33 et 36. Voir également Cour EDH, 24/11/1997, *Werner c/ Autriche*, § 45, *JCP*, 1998, I-107, obs. F. Sudre.

⁶⁵⁴*RDSS*, juil.-sept., 1998, p. 565.

publicité (§ I). Mais dans le même temps, sa relativité, reconnue en droit européen des droits de l'homme, s'est trouvée confirmée par les jurisprudences nationales (§ II).

§ I – La généralisation du principe de publicité

L'absence de publicité a pu être reprochée aux juridictions spécialisées – financières, sociales ou ordinales – comme aux autorités de régulation, au point que le grief apparaît récurrent (A). Et c'est à cette récurrence que tient la généralisation de la garantie, car les condamnations à répétition ont fait que le principe de publicité semble désormais acquis devant les autorités censurées, et le moyen de moins en moins examiné (B).

A - Un grief récurrent

La multiplication des plaintes fondées sur cet aspect particulier de l'article 6§1 peut s'expliquer, en France, par les règles procédurales en vigueur. Alors que la publicité des audiences s'impose devant les juridictions judiciaires⁶⁵⁵, elle n'est exigée devant les juridictions administratives qu'à la condition qu'un texte législatif ou réglementaire le prévoit⁶⁵⁶. S'agissant d'instances étrangères au système juridictionnel ordinaire, le Conseil d'Etat a longtemps constaté qu'« *aucun principe général de droit n'impose la publicité des débats, dans le cas où une juridiction statue en matière disciplinaire* »⁶⁵⁷, ce que le Commissaire du gouvernement Labetoulle expliquait par le fait que « *l'affirmation d'un nouveau principe général du droit est moins la création ex nihilo d'une règle vraiment nouvelle que la reconnaissance et la consécration d'une norme jusqu'alors inexprimée mais néanmoins sous-jacente* »⁶⁵⁸. Dans la même ligne d'idée, le Conseil constitutionnel a considéré qu'« *il n'existe aucun principe général du droit prescrivant la publicité des débats*

⁶⁵⁵CE, Ass., 4/10/1974, Dme David, *Leb.*, p. 464 ; *AJDA*, 1974, p. 525, chron. M. Franc et M. Boyon ; *D.*, 1975, p. 369, note J.-M. Auby ; *JCP*, 1974, n°17967, note R. Drago (consécration du principe général du droit imposant la publicité des débats judiciaires). V. également art. 433 NCPC.

⁶⁵⁶CE, 25/06/1948, Brillaud, *Leb.*, p. 292 ; CE, 4/10/1967, Wattebled, *Leb.* p. 351.

⁶⁵⁷CE, Sect., 27/10/1978, Debout, *Leb.* p. 395 ; *D.*, 1979, IR, p. 96, obs. P. Delvolvé ; *JCP*, 1979, n°19259, note P. Schultz ; *RDSS*, 1979, p. 59, note L. Dubouis et p. 210, note J.-M. Auby. Jurisprudence confirmée par CE, Ass., 11/07/1984, Subrini (*Leb.*, p. 259 ; *AJDA*, 1984, p. 259, chron. J.-E. Schoettl et S. Hubac ; *D.*, 1985, p. 150, concl. B. Genevois) et CE, Ass., 2/07/1993, Milhaud (*Leb.*, p. 194 ; *AJDA*, 1993, p. 579 ; *JCP*, 1993, I-3700, chron. E. Picard ; *RFDA*, 1993, p. 1002, concl. D. Kessler).

⁶⁵⁸Conclusions sur l'affaire *Debout*, précitée, *Leb.*, 1978, p. 399.

en toute matière et devant toute juridiction »⁶⁵⁹. L'observation de cette exigence dépend donc en droit interne des dispositions textuelles.

Or, la plupart de celles qui fixent le statut des organes étudiés posent un principe de non-publicité. Ainsi pourrait-on citer les anciens articles R. 5025 et R. 5037 du Code de la Santé publique relatifs à l'Ordre des Pharmaciens, les articles 13, 15, 26 et 28 du décret n°48-1671 du 26 octobre 1948 relatif notamment au fonctionnement de la section disciplinaire du Conseil de l'Ordre des médecins (tel qu'il s'imposait avant 1993), l'ancien article 21 du décret n°90-468 du 7 juin 1990 régissant le fonctionnement du CSE⁶⁶⁰, l'article 14 du décret n°90-101 et l'article 30 du décret n°92-657 concernant le CNESER avant leur modification⁶⁶¹, l'article L. 314-15 du Code des juridictions financières pour la Cour de Discipline budgétaire et financière, la loi du 17 janvier 1989 instituant le CSA et celle du 26 juillet 1996 créant l'ART, l'article 25 de l'Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 sur les audiences du Conseil de la Concurrence... La même règle de non-publicité, toutefois assortie d'une réserve (cf. *infra*), est posée à l'article 192 du décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 relatif à l'Ordre des avocats⁶⁶². L'accumulation de ces références permet donc de dire que les différentes catégories d'organes étudiées se trouvaient, dans un premier temps, significativement soustraites à l'exigence de transparence.

Il est vrai que d'autres textes – tels la loi n°96-597 du 2 juillet 1996⁶⁶³ (substituant le CMF aux anciens Conseils des bourses de valeur et Conseils des marchés à terme) ou l'article 129 du Code la famille et de l'aide sociale (concernant la Commission centrale d'aide sociale) – ne comportent aucune disposition qui traite de la publicité. Mais ce silence même laisse toute liberté aux autorités concernées de statuer en la seule présence des intéressés et de leurs conseils, voire à huis-clos. La jurisprudence nationale montre au demeurant qu'elles n'ont pas hésité à faire usage de cette faculté.

Il ressort par exemple de l'arrêt *Benamour* du 22 décembre 1985 que la Commission départementale des travailleurs handicapés ne s'était pas prononcée en audience publique sur les décisions de reclassement et d'orientation de l'intéressé et qu'elle n'avait pas à le faire au

⁶⁵⁹CC, 8/11/1988, Elections de Seine-Saint-Denis, p. 196.

⁶⁶⁰JORF, 9/06/1990.

⁶⁶¹Décret du 14/11/1990, JORF du 16/11/1990 ; décret du 13 juillet 1992, JORF du 16/07/1992.

⁶⁶²Repris dans le NCPC, Dalloz, 2000, p. 1260.

⁶⁶³JORF, 4/07/1996, p. 10063.

vu du droit interne⁶⁶⁴. En l'espèce, toutefois, le Conseil d'Etat n'avait pas considéré que le moyen tiré de l'article 6 soit opérant. Il a, en revanche, fréquemment conclu à une violation de la condition de publicité, dans les premières décisions où il a reconnu l'applicabilité de la disposition conventionnelle. En ce sens, la jurisprudence relative à la Commission centrale d'aide sociale est exclusivement centrée sur ce grief, la Haute juridiction administrative jugeant que la Commission doit se prononcer en audience publique, qu'elle statue sur une action en récupération sur succession, sur un refus de prise en charge par l'aide sociale des frais de restauration d'une personne âgée ou sur la non-attribution de l'allocation aux adultes handicapés⁶⁶⁵. Le contentieux est également abondant en ce qui concerne les juridictions disciplinaires, et plus particulièrement les instances de l'Ordre des pharmaciens. Les Chambres de discipline comme la Section des assurances sociales ont ainsi vu leurs conditions de fonctionnement censurées⁶⁶⁶. Il a été jugé que la même irrégularité entachait la procédure devant les sections des assurances sociales de l'Ordre des Médecins, avant que le décret du 5 février 1993 n'y remédie (cf. *infra*)⁶⁶⁷. La juridiction européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs condamné la France dans les mêmes conditions, du fait que, sous l'empire des anciennes dispositions textuelles, le Conseil national de l'Ordre s'était réuni à huis-clos et avait prononcé une interdiction d'exercer la médecine pendant trois ans⁶⁶⁸. Pour être quantitativement significatives, ces illustrations ne sont pas exclusives. Dans le cadre de la fonction publique, les dispositions prévoyant la non-publicité devant le CNESER ont aussi été déclarées contraires à l'article 6§1⁶⁶⁹. Dans d'autres domaines, le Conseil d'Etat s'est encore fondé sur ce motif pour annuler tant une décision de la Commission bancaire⁶⁷⁰ qu'un arrêt de la Cour de Discipline budgétaire et financière⁶⁷¹. A cet égard, la jurisprudence

⁶⁶⁴CE, 22/12/1985, Benamour, *Leb.*, p. 331 : « *considérant qu'aucune disposition du Code du travail, ni aucun principe général du droit n'impose que les décisions des Commissions départementales des handicapés soient lues en séance publique* ».

⁶⁶⁵CE, Sect., Département de l'Indre c/ Padilla, *Leb.*, p. 363 (*AJDA*, 1994, p. 750 ; *D.* 1994, p. 593) ; CE, 27/03/1998, CCAS de La Rochelle c/ Kostica, *Leb.*, p. 108 ; CE, 27/03/1998, Département de Saône-et-Loire c/ Bonnin-Bonnin, *Leb.*, p. 107.

⁶⁶⁶CE, 11/09/1996, Jequece, *RJS*, 1996, n°1209 ; CE, 2/04/1997, M. Mellick, *RDP*, 1997, p. 1463, n°133, chron. O. Gohin ; CE, 23/01/1998, Doutres, req. n°175850 ; CE, 16/11/1998, Berthelot, req. n°181255 ; CE, 17/03/1999, Mme Leroy-Terrado, req. n°182016 (pour le contentieux disciplinaire général) et CE, 30/12/1998, Duffo, req. n°177961 ; CE, 30/12/1998, Recurt-Carrère, req. n°177960 ; CE, 20/10/1999, M. des Moutis, req. n°177112 (pour le contentieux disciplinaire spécial).

⁶⁶⁷CE, 30/12/1996, L'Hermite, *RTDH*, 1998, p. 411.

⁶⁶⁸Cour EDH, 26/09/1995, Diennet, A/352-A.

⁶⁶⁹CE, 7/06/2000, Zurmely, req. n°206362.

⁶⁷⁰CE, 19/11/1999, Société Rivoli Exchange, *Leb.*, p. 366 ; *D.*, 2000, Cahiers Droit des affaires, Actualités juridiques, p. 52, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP*, G, 2000, IV-1712, obs. M. Ch. Rouhault.

⁶⁷¹CE, Sect., 30/11/1998, Lorenzi, *Leb.*, p. 374. Voir H. Surrel, La publicité des audiences et l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions financières, *RFDA*, sept -oct., 1999, p. 1022.

nationale rejoint celle de la Cour de Strasbourg, qui avait elle-même conclu à une violation du droit à un procès équitable pour défaut de publicité devant ladite CDBF⁶⁷².

On peut penser que ces multiples condamnations, touchant à des organes fort variés, ne sont pas restées sans effet.

B - Un grief daté

Sous l'influence de l'article 6§1, de nombreuses réformes ont été entreprises dans les années 90. La première d'entre elles, dont on a pu dire qu'elle avait été inspirée par les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁷³, a concerné les professions médicales : l'article 1 du décret n°93-181 du 5 février 1993 a ainsi modifié les article 13 et 28 du décret n°48-1671, afin d'introduire le principe de publicité des audiences devant les conseils régionaux et la section disciplinaire du Conseil national de l'Ordre des médecins en matière disciplinaire et électorale⁶⁷⁴. Puis, les décrets n°95-945 du 23 août 1995 et n°96-334 du 18 avril 1996⁶⁷⁵ ont imposé le même principe s'agissant de la Cour des Comptes et des Chambres régionales des comptes, lorsque ces juridictions statuent à titre définitif sur une amende pour retard ou pour gestion de fait. Sans doute ne s'agit-il que de contentieux particuliers⁶⁷⁶, mais ce sont justement les seuls auxquels l'article 6 a été déclaré applicable. On ne pense pas que la coïncidence soit fortuite. En 1996, c'est la procédure devant la Commission bancaire qui a été à son tour adaptée aux contraintes européennes⁶⁷⁷, sachant que, dans ce dernier cas, le pouvoir réglementaire a devancé le juge. L'année suivante, les articles 5025 et 5037 du Code de la santé publique ont été révisés dans le même sens par un

⁶⁷²Cour EDH, 26/09/2000, Guisset c/ France.

⁶⁷³G. Debbasch, L'institution de la publicité des instances disciplinaires dans les professions médicales, *JCP*, G, 1993, I-3663, p. 143 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 1995, p. 109.

⁶⁷⁴JORF, 9/02/1993, p. 2136. Pour un commentaire du texte, voir G. Debbasch, L'institution de la publicité des instances disciplinaires dans les professions médicales, *op.cit.*

⁶⁷⁵Les articles 40 à 44 du décret de 1995 sont désormais codifiés par les articles R. 141-9 à 12 et R. 245-1 à 4 du Code des juridictions financières.

⁶⁷⁶Dans les autres cas, le principe du secret des audiences se déduit *a contrario* et a été expressément posé par le Conseil d'Etat (CE, 26/01/1900, Malivert, *Leb.*, p. 55, cité par H. Surrel, La publicité des audiences et l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux juridictions financières, *RFDA*, 1999, p. 1022). Aussi un auteur estime-t-il qu' « une plus grande audace eût pu être envisagée afin d'admettre la publicité pour l'ensemble des contentieux relatifs à la gestion de fait » (G. Orsini, Le Conseil d'Etat, juge de cassation des arrêts rendus par la Cour des Comptes, *RFFP*, juin, 2000, p. 138). D'autant qu'on a pu dénoncer l'artificialité de la distinction faite entre, d'une part, la déclaration de gestion de fait et les phases suivantes de la procédure et, d'autre part, l'infliction des amendes. Sur ce point, voir H. Surrel, Le jugement des comptes des comptables de fait à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, *RFDA*, à paraître.

⁶⁷⁷Le décret du 3/10/1996 introduit un nouvel article 10-2-1, qui prévoit la publicité des audiences devant la Commission bancaire à la demande de l'intéressé.

décret du 6 octobre 1997, qui institue la publicité des audiences devant les Chambres de discipline de l'Ordre des pharmaciens. Des modifications de nature similaire sont respectivement intervenues en 1997, 1999 et 2001 pour ce qui concerne le CSE⁶⁷⁸, les juridictions du contentieux technique de la Sécurité sociale⁶⁷⁹ et le CNESER⁶⁸⁰. Le nombre et la périodicité de ces régularisations sont frappants ; le principe tend manifestement à s'inverser.

D'autant qu'indépendamment des réformes textuelles, les autorités dont les décisions ont été censurées peuvent en tirer d'elles-mêmes les conséquences, se pliant à l'autorité de la force jugée. Lors d'un entretien avec le secrétaire général de la Commission centrale d'aide sociale, en septembre 2001, on a ainsi appris que cette juridiction statuait à présent en audience publique. Il en va de même de la Cour de discipline financière et budgétaire, comme le montre un premier arrêt d'application de la décision *Lorenzi*⁶⁸¹. Plus de la moitié des autorités traitées, se répartissant dans quatre catégories différentes (juridictions ordinales, juridictions financières, juridictions sociales, juridiction de la régulation économique) ont donc été concernées par cette évolution, qui fait de la publicité la première des garanties du procès équitable à avoir été étendue hors les juridictions ordinaires.

Sans doute cette proportion pourrait-elle sembler trop insuffisante pour que le principe de publicité soit tenu pour acquis. Dans le domaine pénitentiaire, notamment, la commission de discipline statue à huis-clos. La catégorie des autorités de régulation semble également demeurer à l'écart⁶⁸². A leur égard, toutefois, l'exigence de publicité paraît moins méconnue que relativisée, relativité que peuvent d'ailleurs conforter les conditions mêmes dans lesquelles la publicité des audiences est organisée par les nouveaux textes.

§ II – La relativité du principe de publicité

⁶⁷⁸Le décret n°97-232 du 13/03/1997 prévoit ainsi que « *les séances du [CSE] statuant en matière contentieuse et disciplinaire sont publiques* ».

⁶⁷⁹Depuis le décret n°99-449 du 2 juin 1999, l'article R. 143-33 du Code de la Sécurité sociale dispose que « *les décisions [des tribunaux du contentieux de l'incapacité et de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail] sont prononcées en séance publique* ».

⁶⁸⁰Le décret n°2001-98 du 1/02/2001 (JORF, 4/02/2001) impose en son article 9 la publicité de la phase de jugement devant le CNESER.

⁶⁸¹CDBF, 27/01/1999, Clément et autres, Centre national de la Cinématographie, *Revue du Trésor*, 1999, p. 258.

⁶⁸²La Commission bancaire en relève certes dans le cadre de la présente étude mais, ainsi qu'on pu le voir dans les développements précédents, l'article 6 ne lui est applicable (et ses décisions n'ont été annulées à ce titre) que dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles.

En droit européen même, la publicité, qui constitue non un principe général mais un droit subjectif⁶⁸³, n'est pas érigée en impératif absolu. La Convention admet qu'elle puisse être restreinte ; la Cour tolère qu'elle soit aménagée. S'engouffrant dans ces brèches, les juridictions suprêmes nationales tendent à en faire une garantie conditionnée (A), différée (B), circonscrite (C).

A - Une garantie conditionnée

Dans le système de la Convention, le caractère conditionnel de la publicité se manifeste à deux égards, par la faculté qui est laissée à l'intéressé d'y renoncer et par les exceptions d'intérêt général susceptibles d'y être apportées.

1 – La faculté de renonciation

La Cour de Strasbourg a en effet jugé que ni la lettre ni l'esprit de l'article 6§1 n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, expressément ou tacitement à la garantie que constitue la publicité des audiences⁶⁸⁴, sous réserve que pareille renonciation ne soit pas équivoque et qu'elle ne se heurte à aucun intérêt public important⁶⁸⁵. [Eu égard à l'objet de la recherche, on notera que cette réflexion est souvent intervenue dans des affaires mettant en cause des instances ordinales ou ayant trait à un contentieux social].

On en déduira qu'en droit européen, le principe est la publicité des audiences, l'expression de la volonté individuelle pouvant conduire à y faire exception. Certains textes de droit interne ont repris ce schéma : le décret du 5 février 1993, relatif à la section disciplinaire du Conseil de l'Ordre des médecins, précise ainsi que « *l'audience est publique. Toutefois le président [du conseil régional] peut, [...] à la demande d'une des parties ou de la personne dont la plainte a provoqué la saisine du conseil, interdire au public l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque le respect de la vie privée ou du secret médical le justifie* ». Le décret du 6 octobre 1997, relatif

⁶⁸³Selon la formule d'un auteur (J. Andriantsimbazovina, La fin d'une résistance du Conseil d'Etat de France à la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme : l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux juridictions disciplinaires, *RTDH*, 1998, p. 365, spéc. p. 387).

⁶⁸⁴Cour EDH, 23/06/1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, A/43, § 59.

⁶⁸⁵Cour EDH, 30/11/1987, *H. c/ Belgique*, A/127, § 54 ; Cour EDH, 21/02/1990, *Hakansson et Stureson*, A/171, § 66 ; Cour EDH, 24/06/1993, *Schuler-Zraggen*, A/263, § 58...

au fonctionnement des chambres de disciplines des conseils de l'Ordre des pharmaciens, s'inscrit dans la même ligne.

En revanche, le décret du 27 novembre 1991 portant organisation de la profession d'avocat (comme celui du 3 octobre 1996 concernant la Commission bancaire) organise des modalités strictement inverses : le principe est le secret des audiences, et la publicité une exception sur demande de l'avocat poursuivi. L'expression de la volonté individuelle a donc un objet différent : loin de constituer une renonciation, elle consiste en une réclamation. Il en résulte une opposition fondamentale, structurelle, entre ces dispositions et celles de la Convention, que n'a pas manqué de dénoncer la Cour d'Appel de Poitiers dans un arrêt du 3 octobre 1994, *M. c/ Procureur général*⁶⁸⁶. Pour sa part, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours en annulation contre le décret de 1991, n'a toutefois pas jugé que l'article 192 soit incompatible avec l'article 6§1⁶⁸⁷, du moment que « *l'avocat concerné a droit, dès lors qu'il en fait la demande, à ce que sa cause soit entendue publiquement, le Conseil de l'Ordre gardant la faculté de ne pas accéder à cette demande si la publicité de l'audience est susceptible de porter atteinte à un secret protégé par la loi* »⁶⁸⁸. Les appréciations sont apparemment radicalement contradictoires ; nous pensons cependant qu'elles convergent en réalité. Il ne faut pas en effet négliger l'interprétation neutralisante à laquelle s'est livrée la juridiction administrative suprême⁶⁸⁹. Le pouvoir discrétionnaire du président du conseil est strictement encadré puisque, sauf atteinte à un secret protégé par la loi (ce qui renvoie aux exceptions d'intérêt général dont la Convention admet l'invocation – cf. *infra*), il est tenu de déférer à la demande de l'intéressé. Or c'est en ce sens que s'est également prononcée la Cour d'Appel de Poitiers dans l'arrêt précité, en annulant une décision du conseil de l'Ordre des avocats, en tant qu'elle avait été rendue sans que le requérant ait pu bénéficier d'une audience publique, malgré sa demande expresse.

En fait et en définitive, la conjonction des interprétations administratives et judiciaires tend à faire de l'exception un principe. Bien que fondés sur des prémices différents, l'article 6

⁶⁸⁶D., 1995, p. 596, note J.-P. Lay ; *RTDH*, 1997, p. 135, note P. Lambert.

⁶⁸⁷CE, Ass., 4/02/1996, Maubleu, *Leb.*, p. 34 ; *RTDH*, 1998, p. 397, concl. Sanson ; *RFDA*, 1996, p. 1186, concl. Sanson ; *AJDA*, 1996, pp. 358 et 403, chron. J.H. Stahl, D. Chauvaux ; *JCP*, 1996, G, II-22669, note M. Lascombe, D. Vion.

⁶⁸⁸On notera que cette jurisprudence a pu inspirer d'autres juridictions, dans la pratique. Ainsi la Cour de discipline budgétaire et financière informait-elle les personnes poursuivies devant elle de la possibilité qui leur était offerte de demander la publicité de l'audience, avant que l'arrêt Lorenzi ne l'impose (sur ce point, v. H. Surrel, La publicité des audiences et l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux juridictions financières, *RFDA*, 1999, p. 1023).

⁶⁸⁹J. Andriantsimbazovina, La fin d'une résistance du Conseil d'Etat de France à la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'Homme : l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions disciplinaires, *RTDH*, 1998, p. 365, spéc. p 389.

CEDH et l'article 192 du décret du 27 novembre 1991 aboutissent à un résultat voisin : la publicité, qui n'est pas systématique dans la Convention, n'est pas automatique aux termes de l'acte réglementaire.

2 – Les exceptions d'intérêt général

- Il faut rappeler que « *l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* ». Cette énumération légitime le raisonnement du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Maubleu*, puisque le seul cas dans lequel le président du conseil de l'Ordre est autorisé à refuser la publicité tient à la préservation de secrets protégés par la loi. A considérer l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 sur l'amélioration des relations entre l'administration et le public – citée à titre de référence par le Commissaire du Gouvernement Sanson dans ses conclusions⁶⁹⁰ –, cette dernière catégorie doit être comprise comme incluant notamment le secret de la vie privée et celui des dossiers personnels et médicaux. Ce sont au demeurant les mêmes intérêts qui sont visés à l'article 13 du décret du 5 février 1993 pour justifier une décision de huis-clos.

Il apparaît également que le secret des audiences de la Cour des Comptes et des chambres régionales des comptes se justifie traditionnellement par trois séries de considérations inspirées par le souci de protéger la réputation des personnes soumises à leur contrôle (notamment tant que le principe du contradictoire n'a pas été assuré), de sauvegarder l'intérêt public en évitant la divulgation de secrets publics et, enfin, de préserver les caractéristiques de la procédure⁶⁹¹. A supposer donc que l'article 6§1 leur soit jugé applicable, en dehors des cas où une amende pour gestion de fait ou pour retard est prononcée, il n'est pas sûr qu'une incompatibilité avec les exigences européennes soit constatée. C'est d'ailleurs en ce sens qu'a statué la Cour des Comptes elle-même, dans une affaire *Carrignon et*

⁶⁹⁰RTDH, 1998, p. 408.

⁶⁹¹H. Surrel, La publicité des audiences et l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux juridictions financières, RFDA, 1999, p. 1023.

*autres*⁶⁹². On soulignera toutefois que les exceptions admises par la Convention doivent être interprétées strictement, de sorte qu'elles ne pourraient valoir de manière générique. Aussi ne semblent-elles pas justifier automatiquement dans le domaine pénitentiaire, le principe du huis-clos devant la commission de discipline. Sans doute peut-on admettre que les considérations tenant à l'ordre ou à la sécurité prennent un relief accru au sein des établissements pénitentiaires. Mais la Cour européenne des droits de l'homme a récemment précisé dans une décision de recevabilité⁶⁹³ que la spécificité du monde carcéral ne suffisait pas écartier le principe de publicité. Les raisons invoquées en faveur de la non-publicité devraient donc être vérifiées sinon dans les circonstances de chaque espèce, du moins selon le stade de la procédure.

B - Une garantie différée

Le respect du principe de publicité peut être repoussé à un stade ultérieur, en fonction de la possibilité de compensation et de la nature des compétences exercées par l'autorité en cause. Ces deux éléments d'appréciation toutefois jouent inégalement en ce qui concerne les organismes qui font l'objet de la présente étude.

1 – La possibilité de compensation.

Ainsi qu'on a déjà pu le voir, le respect de l'article 6 s'apprécie *in globo*. La soumission à un contrôle ultérieur de pleine juridiction dispense l'organisme administratif ou la juridiction spécialisée d'observer toutes les garanties du procès équitable. La Cour a ainsi précisé de manière constante que la publicité ne s'imposait, dans le cadre de poursuites disciplinaires, qu'en appel, autrement dit devant le juge ou devant le Conseil national⁶⁹⁴, pour

⁶⁹² « A supposer même que l'application de la disposition précitée de cette Convention [...] pût être étendue à la juridiction des comptes [...], si l'audience du juge des comptes n'est pas publique, c'est afin d'éviter la divulgation de charges provisoires qui ne sont encore que de simples présomptions et ainsi de protéger la réputation des parties, lesquelles ne sont donc pas fondées à s'en plaindre » (Cour des Comptes, 11/03 et 29/04/1993, Carrignon et autres, D., 1993, note J. Magnet, p. 534).

⁶⁹³ CourEDH, 15/06/2000, Riepan, req. n° 35115/97 (requérant condamné à une peine d'emprisonnement par un tribunal ayant tenu audience dans une zone fermée de la prison – La requête a été jugée recevable).

⁶⁹⁴ Etant rappelé qu'en France, s'agissant de l'Ordre des avocats, le Conseil national des barreaux n'est pas une instance d'appel : il est chargé de représenter la profession auprès des pouvoirs publics et de veiller à l'harmonisation des règles et des usages (art. 19 à 38 du décret n°91-1197 du 27/11/1991, JORF du 28/11/1991). Les recours contre les sanctions disciplinaires infligées par les Conseils locaux de l'Ordre doivent être portés devant la Cour d'appel territorialement compétente (article 196 du décret n°91-1197).

autant que les décisions de ce dernier ne puissent être discutées en fait et en droit devant un tribunal satisfaisant lui-même aux exigences européennes⁶⁹⁵. Les Conseils régionaux peuvent toutefois se trouver eux-mêmes assujettis à une obligation de transparence, lorsqu'ils statuent en premier et dernier ressort⁶⁹⁶. « *A moins de se voir corrigée à un stade ultérieur de la procédure, l'absence de publicité des débats devant le Conseil de l'Ordre des avocats peut priver l'intéressé de l'une des garanties que prescrit la première phrase de l'article 6§1* »⁶⁹⁷. A la lumière de cet arrêt, la conformité du droit disciplinaire pénitentiaire aux exigences de la Convention paraît d'autant plus douteuse que le recours hiérarchique devant le directeur régional ne permet « *aucunement de pallier le défaut de débats publics devant la Commission de discipline* »⁶⁹⁸ et que les conditions de recevabilité des recours contentieux limitent les possibilités de compensation.

La Cour de Cassation, pour sa part, semble s'être inspirée de la jurisprudence européenne, en jugeant, avant que n'intervienne le décret du 27 novembre 1991, que l'article 6§1 donnait à un avocat poursuivi disciplinairement devant la Cour d'appel le droit de voir sa cause entendue publiquement et l'arrêt sur cette cause rendu en audience publique, dès lors que ce droit avait été revendiqué devant cette juridiction⁶⁹⁹. De même, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours contre une sanction prononcée par une autorité de régulation, a-t-il considéré que le défaut de publicité ne pouvait être en l'occurrence retenu, du fait que lui-même exerçait un contrôle de pleine juridiction sur les décisions de l'ancien Conseil des marchés à terme (auquel s'est substitué le CMF) et que ses propres audiences étaient publiques⁷⁰⁰. Un argument similaire pourrait éventuellement justifier que les procédures devant l'ART et le CSA ne soient pas sanctionnées, encore que dans son arrêt *Copper communications* du 28 juillet 2000, la Haute juridiction administrative ait soumis directement l'ART aux principes de l'article 6, sans prendre en considération la nature du contrôle qu'elle était elle-même

⁶⁹⁵Cour EDH, 26/09/1995, Diennet, à propos d'une décision du Conseil national de l'Ordre des Médecins.

⁶⁹⁶Il faut souligner que le décret du 5 février 1993 concernant les médecins est allé au-delà des exigences européennes, en imposant la publicité des audiences des Conseils régionaux sans considération de leurs attributions.

⁶⁹⁷Cour EDH, 30/11/1987, H. c/ Belgique, A/127-B. En l'occurrence était en cause la procédure suivie devant un Conseil régional dont les décisions ne pouvaient être discutées en appel.

⁶⁹⁸J.P. Céré, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison, *JCP*, Ed° G, I-316, p. 874.

⁶⁹⁹Cass, Ière Civ., 10/01/1984, Me Renneman, *BOCCRF*, n°8, p. 6 ; Cass, Ière Civ., 22/01/1985, M. W., *BOCCRF*, n°29, p. 28 ; Cass, Ière Civ., 10/03/1987, M. Hoaro, *BOCCRF*, n°87, p. 64 ; Cass, Ière Civ., 12/07/1989, M. X., *BOCCRF*, n°288, p. 191 . Ces décisions ont été rendues à propos de procédures disciplinaires engagées sous l'empire de l'article 15 du décret du 9 juin 1972, lequel prévoyait simplement que la Cour d'appel statuaient en Assemblée des chambres et en la chambre du conseil après avoir invité le Bâtonnier à présenter ses observations.

⁷⁰⁰CE, 9/04/1999, GIE Oddo-Futures, req. n°182421 et 184097, *JCP*, Ed° E, 1999, p. 1435.

appelée à opérer. Mais il est vrai que la plainte portait sur un manquement à l'exigence d'impartialité.

Or, si la règle tenant au moment du procès équitable n'est pas en soi plus particulièrement valable pour la publicité, la hiérarchisation matérielle à laquelle semblent se livrer les juridictions suprêmes françaises aboutit à en faire une exigence dont le respect, contrairement à celui de la présomption d'innocence ou de l'impartialité, peut être spécialement différé. Sans s'étendre sur cette question, déjà traitée, rappelons que, pour la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, l'absence de publicité devant le Conseil de la Concurrence était compensée par le fait que « *les parties peuvent se pourvoir devant une juridiction* »⁷⁰¹. Sachant que la COB est soumise aux mêmes procédures de contrôle, cette interprétation pourrait fort bien lui être étendue.

2 – La nature des attributions exercées

Ce facteur, en revanche, ne saurait retarder le moment de la publicité. La Cour de Strasbourg a certes établi que « *les modalités d'application de l'article 6§1 dépendent des particularités de l'instance dont il s'agit* », pour en déduire que « *dans les circonstances de l'espèce, des débats se déroulant en public devant le tribunal de cassation n'auraient pas assuré une meilleure garantie des principes fondamentaux qui sous-tendent l'article 6* »⁷⁰². Dans l'hypothèse où les organes étudiés auraient à statuer sur des décisions administratives sans pouvoir en examiner les motifs de fait, ni se prononcer sur le fond, cette jurisprudence aurait éventuellement pu les dispenser d'organiser la publicité de leurs audiences. Mais aucun d'entre eux ne répond à cette éventualité. La Commission centrale d'aide sociale ou la CNITAT, qui assument des attributions de contrôle et non de décision, sans pouvoir de sanction⁷⁰³, n'en sont pas moins amenées à débattre des faits. On ne comprendrait pas autrement l'utilité des experts médicaux qui les assistent⁷⁰⁴ ou qui appartiennent aux

⁷⁰¹Cass., Com., 5/10/1999, Campenon Bernard SGE, *BOCCRF*, n°2, p. 61; *Gaz. Pal.*, 2/11/1999, Doctr., p. 2, comm. O. Flécheux et p. 9, concl. Lafortune; *D.*, 2000, n°2, somm., obs. M.L. Niboyet; *JCP*, E, 1999, 2018, note Fourgoux; *JCP*, G, 2000, II-10255, note Cadou; *RTDCom*, 2000, p. 632, obs. E. Claudel.

⁷⁰²Cour EDH, 22/02/1984, Sutter c/ Suisse, A/74, § 28.

⁷⁰³L'exercice d'un pouvoir de sanction suppose en effet une qualification juridique des faits, si bien que la question ne se pose pas à l'égard des autorités qui en sont dotées.

⁷⁰⁴Art. 130 du Code de la famille et de l'aide sociale, art. R. 323-76 du Code du travail, art. R. 143-27 du Code de la sécurité sociale.

tribunaux du contentieux de l'incapacité⁷⁰⁵. De ce point de vue, le droit national n'ajoute donc pas au standard minimum de la Convention⁷⁰⁶.

C - Une garantie contenue

La publicité, en droit européen des droits de l'homme, s'applique aussi bien aux audiences proprement dites (le public devant avoir accès à la salle dans laquelle se déroule les débats) qu'au jugement (le public devant avoir accès au contenu de la décision⁷⁰⁷). Conformément à l'article 6§1, le décret du 5 février 1993 étend le principe à la fois aux audiences et à la décision qui en résulte et précise, par ailleurs, que la personne dont la plainte a provoqué la saisine du conseil régional de l'Ordre des médecins reçoit copie pour information de la décision de cet organe comme de celle du Conseil national⁷⁰⁸.

Les deux aspects de la garantie, toutefois, ne sont pas toujours envisagés de manière aussi distincte dans les textes nationaux. On admettra dans ce cas que la publicité des audiences puisse englober celle du jugement, en tant qu'il est prononcé à l'issue des séances⁷⁰⁹. Cela étant, le principe n'interdit pas que la juridiction concernée puisse statuer à huis-clos, lorsque son statut le permet et que les nécessités d'intérêt général l'exigent (cf. *supra*) ou que le président de la formation de jugement limite l'assistance pour des motifs de sécurité et d'ordre public. La publicité n'affecte pas davantage les droits de ce même président en tant que détenteur de la police de l'audience, et notamment celui d'expulser toute personne qui, en dépit de ses observations, persiste dans un comportement incompatible avec le respect de la justice⁷¹⁰.

Des modalités particulières peuvent cependant être aménagées : ainsi la publicité devant la Cour des Comptes doit-elle s'entendre de la même manière que devant les juridictions administratives de droit commun ; c'est dire que les intéressés n'ont pas à être présents. Surtout, l'audience publique ne se tient qu'après une séance non-publique, au cours de laquelle la juridiction adopte un arrêt ou un jugement provisoire ; devant le public, le

⁷⁰⁵ Art. 143-4 du Code de la sécurité sociale.

⁷⁰⁶ Sauf en ce qui concerne les tribunaux du contentieux de l'incapacité, dont les séances sont publiques, alors que la garantie est déjà respectée par l'organe d'appel.

⁷⁰⁷ Cour EDH, 8/12/1983, Pretto, A/71, §§ 21-27. En l'espèce, la Cour a admis que la publicité du jugement pouvait être assurée par d'autres moyens que la lecture à haute voix en séance publique, et notamment par le dépôt à un greffe accessible au public.

⁷⁰⁸ Articles 1 et 5 du décret du 5/02/1993, modifiant les articles 13 et 28 du décret du 26 octobre 1948.

⁷⁰⁹ Mais le Conseil d'Etat, a de façon plus générale, établi un lien entre la publicité des audiences et le droit pour les tiers d'obtenir copie du jugement (CE, 1/12/1993, Assoc. SOS Défense, *Leb.*, p. 965 ; *RDP*, 1994, p. 1901).

⁷¹⁰ R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 1995, p. 760.

rapporteur – comme le contre-rapporteur – se limite à exposer les faits sans les commenter et à donner ses propositions concernant le montant de l’amende, afin de ne pas compromettre le secret du délibéré⁷¹¹. C’est d’ailleurs une préoccupation courante, puisque la publicité du délibéré est également exclue par le décret du 5 février 1993 concernant l’Ordre des médecins et par la jurisprudence du Conseil d’Etat relative au CSE⁷¹². La juridiction suprême administrative a par ailleurs jugé « *qu’aucun principe général du droit, non plus que les stipulations de l’article 6 CEDH ou de l’article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, n’impose la publicité de la procédure préalable d’instruction* » devant le CNESER⁷¹³. Le décret du 1^{er} février 2001 s’inscrit dans la même ligne, en appliquant le principe de publicité au jugement (art. 6) mais non à l’instruction (art. 9).

Ces spécificités ne sont pas nécessairement contraires à la Convention, la Cour ayant déjà pu constater que les systèmes législatifs et les pratiques judiciaires des Etats membres présentent une certaine diversité quant aux conditions de mise en oeuvre de l’exigence de publicité⁷¹⁴. Plus fondamentalement, le principe du secret des délibérés correspond à un principe général du droit, destiné à assurer l’indépendance des juges et l’autorité morale de leurs décisions⁷¹⁵. Il n’est pas douteux que l’article 6 tende à préserver ces intérêts. Le souci des autorités nationales de ne pas donner à la publicité une portée autre que celle prescrite par la Convention n’est donc pas en soi condamnable.

*

En résumé, le grief tiré de l’absence de publicité pourrait être qualifié d’« historique ». Si à l’origine, l’état du droit s’avérait dans l’ensemble insatisfaisant, le contrôle vigilant du Conseil d’Etat et de la Cour de Cassation, ainsi que les réformes textuelles ont contribué à un meilleur respect des standards européens. Il subsiste certes à l’heure actuelle des domaines dans lesquels la publicité des audiences n’est pas assurée. Mais en dehors de la discipline pénitentiaire, ces exceptions ou ces limites trouvent pour la plupart leur justification dans la jurisprudence européenne elle-même. C’est sans doute la raison pour laquelle les implications de l’article 6 se font désormais davantage sentir sur le plan de l’impartialité et de l’égalité des armes.

⁷¹¹Ch. Descheemaeker, L’audience publique dans les juridictions financières, *Revue du trésor*, n° 5, 1998, spéc. p. 246.

⁷¹²CE, 10/01/2000, Massard, req. n°190041.

⁷¹³CE, 7/06/2000, Zurmely, req. n°206362.

⁷¹⁴Cour EDH, Pretto, précité.

⁷¹⁵CE, 17/11/1922, Légillon, *Leb.*, p. 849.

Section III – L'indépendance et l'impartialité

Stéphanie Soler

Terme à l'acception identique dans le langage courant et dans la langue juridique⁷¹⁶, « l'impartialité » se définit plus aisément par son contraire⁷¹⁷, tant il est difficile de dire ce qu'est l'impartialité autrement que par un procédé négatif (autrement dit, dire ce qui l'empêche), ce qui revient à définir la partialité en procédure : juger avant le jugement, en somme fonder son appréciation d'une cause sur un parti pris, un préjugé et, de ce fait, ne pas être juste⁷¹⁸. De tout temps⁷¹⁹ considérée comme consubstantielle à la qualité de juge⁷²⁰, mais peu étudiée⁷²¹, l'impartialité fait aujourd'hui l'objet d'un vif regain d'intérêt doctrinal⁷²² et jurisprudentiel, assurément sous l'influence croissante de la Convention européenne des droits de l'homme, et plus particulièrement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à son article 6§1.

En conséquence, le sens général de cette exigence européenne est désormais largement connu et il suffira de rappeler qu'au sens strict, l'impartialité exigible d'un juge est à la fois subjective et objective pour la Cour de Strasbourg : *subjective*, la partialité du juge est la preuve de l'existence d'un préjugé « en son for intérieur », tandis qu'*objective*, il s'agit d'une partialité découlant des circonstances dans lesquelles le juge a exercé ses fonctions

⁷¹⁶Il est significatif de ne trouver le mot ni dans le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de G. Cornu (Assoc. H. Capitant, PUF, Quadrige, 2000), ni dans le *Lexique des termes juridiques* publié sous la direction de S. Guinchard et G. Montagnier (Dalloz, 13^e éd., 2001).

⁷¹⁷D. Roets, *Impartialité et justice pénale*, Travaux de l'Institut de sc. crim. de Poitiers, Cujas, 1997, n°1, p. 13.

⁷¹⁸Ce sont là les éléments de définition du *Petit Robert de la langue française*, V° Impartial ; Parti pris ; Préjugé.

⁷¹⁹P. Crocq cite notamment le *Deutéronome* : « (...) tu n'auras pas de partialité (...) », in *Le droit à un tribunal impartial*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 6^e éd., 2000, p. 397, spéc. p. 398.

⁷²⁰H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Ecrits*, Dalloz, 1973, n°21, p. 75 ; R. Sargos, *Le devoir d'impartialité, fondement de la légitimité et de la crédibilité du juge dans un Etat démocratique*, *GP*, 24-26 mai 1992, p. 11 ; G. Wiederkehr, *Qu'est-ce qu'un juge ?*, in *Mélanges en l'honneur de R. Perrot, "Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?"*, Dalloz, 1996, p. 575.

⁷²¹V. cependant l'ensemble d'articles publié à la *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* en 1990 (pp. 677-774).

⁷²²V. notamment les thèses de D. Roets, *Impartialité et justice pénale*, préc., et S. Jossierand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Bibliothèque des sc. crim., t. 33, LGDJ, 1998 ; adde R. Koering-Joulin, *Le juge impartial*, *Justices*, 1998-10, p. 1 ; D. N. Commaret, *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat*, *D.*, 1998, chron. 262 ; D. Rebut, *Le droit à un tribunal impartial devant la chambre criminelle*, *RSC*, 1998, p. 449 ; M.-A. Frison-Roche, *L'impartialité du juge*, *D.*, 1999, chron. 53 ; J. Normand, *La composition et le fonctionnement des juridictions au regard de l'article 6§1 de la Convention EDH*, *RTD civ.*, 2000, p. 618 ; B. Beignier, C. Bléry, *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité*, *D.*, 2001, chron. 2427.

officielles⁷²³. Il faut noter cependant que la doctrine préfère aujourd'hui parler d'impartialité *personnelle* d'une part, et d'impartialité *fonctionnelle* d'autre part, afin de pallier une terminologie européenne peu claire⁷²⁴. Enfin, il convient de rappeler que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'impartialité objective ou fonctionnelle a connu un tournant décisif en 1989, inaugurant une vision plus souple – mais aussi plus confuse – des exigences de l'article 6§1 de la Convention : à la nécessité tout d'abord affirmée de refuser toute entrave à la séparation des fonctions de justice – notamment entre poursuite, instruction et jugement⁷²⁵ – a succédé celle d'analyser *in concreto* les fonctions successivement exercées par le juge et de vérifier ainsi que « *les appréhensions (ou les doutes) du justiciable sur l'impartialité peuvent passer pour objectivement justifiées* »⁷²⁶.

Apparaît alors la source de l'ambiguïté de cette notion : l'impartialité n'est que très rarement une réalité saisissable. Hormis les cas où le juge expose sans ambages un parti pris sur la culpabilité du justiciable en matière pénale ou son inclination en faveur d'une partie en matière civile, comment s'assurer de son impartialité ou constater sa partialité, sinon en sondant son cœur et son esprit ? Or, cette action n'est pas humainement envisageable... Ce qui l'est par contre, c'est la reconnaissance d'indices⁷²⁷ suffisamment éloquents pour démontrer la probabilité de partialité et décider que leur absence constitue l'assurance d'une impartialité suffisante, faute de mieux.

Le contentieux portant sur l'application du droit à un procès équitable aux organes non juridictionnels permet d'illustrer ces réflexions⁷²⁸. Il met successivement en lumière, non

⁷²³Cour EDH, 1/10/1982, Piersack, A/53, § 30, p. 14 ; 26/10/1984, De Cubber, A/86, § 24, p. 13 s. V. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 5^e éd., 2001, n°154, p. 252 s. ; J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^e éd., 2001, n°130, p. 212 *in fine* et s.

⁷²⁴Selon R. Koering-Joulin, art. préc., p. 2. En ce sens également, cf. D. Roets, *op. cit.*, n°10, pp. 18-19 ; S. Guinchard (dir.), *Droit processuel*, Précis Dalloz, 2001, n°363, pp. 460-463. Il est certain qu'il est mal choisi de parler d'impartialité *subjective* quand la preuve en sera rapportée par des éléments *objectifs* et de parler d'impartialité *objective* quand son appréciation est devenue largement *subjective* dans la jurisprudence européenne... Les termes d'impartialité *personnelle* et d'impartialité *fonctionnelle* ont le mérite de distinguer la nature de l'impartialité recherchée et le caractère objectif ou subjectif des moyens utilisés pour l'apprécier. Il semble d'ailleurs que la jurisprudence de la Cour EDH évolue elle-même vers l'utilisation des mots « *convictions personnelles* » plutôt qu'impartialité *subjective* et de « *raison légitime de craindre un défaut d'impartialité* » plutôt qu'impartialité *objective* (S. Guinchard, *op. cit.*, p. 462, qui renvoie à l'arrêt Morel c/ France, 6/06/2000 ; *Bull. inf. Cass.*, 15 juillet 2000, p. 35 ; *RTD civ.*, 2000, p. 934, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.*, 2001, obs. N. Fricero ; *RDP*, 2001, p. 669, obs. S. Soler). Adde S. Jossierand, qui n'admet pas la conception duale de l'impartialité telle que présentée par la Cour EDH : *op. cit.*, Conclusion générale, n°12, p. 592.

⁷²⁵Arrêts de la Cour EDH, Piersack et De Cubber, précités.

⁷²⁶Sur l'évolution de l'interprétation européenne à partir de l'arrêt Hauschildt c/ Danemark de la Cour EDH (24/05/1989, A/154, F. Sudre, *GA*, n°32) en matière d'impartialité objective, voy. S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 2000, n°353, pp. 245-246.

⁷²⁷Ce terme est celui qu'utilisent J. Velu et R. Ergéc, in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n°544, p. 459.

⁷²⁸Rappelons à ce stade que le Conseil constitutionnel soumet « *tout organe administratif (...) à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence* » : cf. décision n°89-260 DC du

seulement ce qu'il est désormais permis de considérer comme des indices réels de partialité – l'atteinte à la présomption d'innocence et l'absence d'indépendance, ces deux dernières exigences apparaissent alors comme les préalables nécessaires à l'existence d'une justice impartiale – (§ I), mais aussi ce qu'il faut reconnaître comme constituant une apparence de partialité d'un degré suffisant pour justifier sa sanction, c'est à dire certains cumuls de fonctions ou compositions du tribunal (il s'agit alors de garantir l'image d'une justice organiquement et structurellement impartiale) (§II).

§ I – Les indices réels de partialité

A - L'atteinte à la présomption d'innocence

Cette hypothèse concerne plus particulièrement la matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme⁷²⁹. Dans ce domaine, la présomption d'innocence est d'une importance particulière, car elle est le fondement même de l'impartialité du juge⁷³⁰. Les Professeurs Loïc Cadiet et Serge Guinchard l'ont souligné, qui considèrent la présomption d'innocence comme « *la première application de l'exigence d'un juge impartial* »⁷³¹. Il est évident que le juge qui fait part de son opinion concernant la culpabilité du justiciable avant le jugement doit être considéré comme partial (il s'agit alors d'un pré-jugement⁷³²). Deux cas de figure peuvent plus particulièrement être relevés concernant les organes non juridictionnels : il s'agit classiquement du pré-jugement issu de déclarations sur la culpabilité (1°), mais aussi, et depuis peu, de l'hypothèse de la saisine d'office ou de l'auto-saisine opérée par l'organe (2°).

1 - L'atteinte à la présomption d'innocence issue de déclarations sur la culpabilité

28/07/1989, § 10 : *Rec.*, p. 71 ; *RJC*, p. I-370, à propos du pouvoir de sanction de la COB. Dans cette importante décision, le Conseil constitutionnel reconnaît plus généralement la nécessité de garantir « *une procédure juste et équitable* » en « *matière pénale* », ce qui vise la COB en l'espèce, et, au-delà, tout organe non juridictionnel amené à sanctionner, « *à punir* », le justiciable qu'il poursuit. Sur ce rapprochement – et d'autres – entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel et les garanties du droit à un procès équitable, cf. N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibioth. dr. privé, t. 287, n^{os}292 s., p. 233 s., spéc. n^{os}293-294.

⁷²⁹J. Pradel, G. Corstens, *Droit pénal européen*, Précis Dalloz, 1999, § 352, pp. 364-365.

⁷³⁰D. Roets, *op. cit.*, n^o19 *in fine*, p. 23.

⁷³¹*in* Introduction au numéro sur « *La justice pénale* » de la revue *Justices*, 1998-10, Les nouvelles dimensions de la justice pénale, p. VIII, à propos de la contribution précitée de R. Koering-Joulin, Le juge impartial.

⁷³²S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, n^o356, p. 250.

La Cour de cassation française ne s’y est pas trompée⁷³³ : elle casse les arrêts de la Cour d’appel de Paris rejetant une demande en annulation de la sanction infligée par la Commission des opérations de bourse (COB) en première instance, au visa des articles 6 §§ 1 et 2 CEDH⁷³⁴, lorsque la preuve de propos d’un membre de la formation de jugement de l’autorité administrative prenant parti sur la culpabilité de la société poursuivie est valablement rapportée. Dans l’arrêt dit *Conso* du 18 juin 1996⁷³⁵, étaient en cause les déclarations au journal *Le Figaro* du président de la COB, selon lesquelles l’affaire « Ciments français » était « révélatrice de certaines lacunes dans l’information » car il semblait que « l’on se soit attaché à mettre en place un mécanisme de dissimulation » dans la présentation des comptes, alors que ces révélations se situaient entre la notification des griefs à la société et le délibéré ayant conclu au prononcé d’une lourde sanction pécuniaire en présence du président de la COB⁷³⁶. Il existait un précédent à cette jurisprudence, dans un cas en partie similaire en ce que la présomption d’innocence avait été rompue au même moment de la procédure devant la COB, mais d’une façon différente : celle-ci avait diffusé un communiqué disant que « *les perspectives de résultats (annoncés par les dirigeants poursuivis ...) étaient trompeuses pour le public et le marché* » compte tenu des informations internes détenus par ces dirigeants⁷³⁷. La Cour d’appel avait alors annulé la sanction infligée par la COB. A noter que la décision de la COB est dans ce cas annulée sans renvoi, puisqu’il faut considérer que la violation de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme entache la validité de l’instruction antérieure à la sanction⁷³⁸.

⁷³³Sur cette jurisprudence, cf. ouv. préc., n°347, p. 239.

⁷³⁴Suivant en cela la jurisprudence de la Cour EDH, qui rappelait encore récemment que « *le principe de la présomption d’innocence [consacré au paragraphe 2 de l’article 6, revêtu] le caractère d’application particulière du principe général énoncé au paragraphe 1 [de cet article]* » : cf. *Stroek c/ Belgique*, 20/03/2001, req. n°36449/97 et 36467/97, § 27. Cela n’exclut pas cependant que la Cour EDH prononce parfois concomitamment la non violation de l’article 6§1 CEDH (due, en l’espèce, au caractère public du prononcé de la décision) et la violation de l’article 6§2 CEDH – du fait qu’après un acquittement définitif et au cours de la procédure d’indemnisation du requérant pour sa détention provisoire, les juridictions compétentes aient déclaré que des soupçons continuaient de peser sur lui, mettant ainsi son innocence en doute – : cf. *Lamanna c/ Autriche*, 10/07/2001, req. n°28923/95.

⁷³⁵Cass. com., 18/06/1996, *Pierre Conso c/ M. l’agent judiciaire du trésor et la COB* : *Bull.* IV, n°179, p. 155 ; *RDBB*, 1996, p. 177, obs. M.-A. Frison-Roche et M. Germain ; *RJC*, fév. 1997, Jur. p. 65, note D. Tavel. *Adde* B. Beignier, *Droits fondamentaux et règles principales du procès civil*, Préparation au CRFPA, Monchrestien, 3^{ème} éd., 2000, p. 28.

⁷³⁶Sanction confirmée par la Cour d’appel de Paris le 6/04/1994 : *RJDA*, nov. 1994, n°1155.

⁷³⁷CA Paris, 15/01/1993, *Derveloy* : *JCP*, E, 1993, p. 71, note M. Dobkine ; *D.*, 1993, Jur. p. 273, note C. Ducouloux-Favard ; *RDBB*, 1993, p. 93, obs. M.-A. Frison-Roche et M. Germain.

⁷³⁸En ce sens, CA Paris, 2/07/1999, *Debus* : *D.*, 1999 (n°28), Actu. p. 3. La CA s’interdisait en conséquence d’évoquer le fond. Jurisprudence confirmée plus tard à propos du droit à un tribunal impartial au sens strict (art. 6§1 CEDH) : CA Paris, 7/03/2000, *KMPG Fiduciaire de France* : cf. les références citées *infra*.

Mais cette obligation au respect de la présomption d'innocence ne concerne pas que le juge amené à se prononcer. La jurisprudence européenne a également sanctionné l'atteinte à cette garantie lorsqu'elle est commise par toute autre autorité publique, le serait-elle en-dehors d'un procès⁷³⁹. La jurisprudence judiciaire a également donné toute sa portée à cette protection accrue de la présomption d'innocence, toujours au regard de la COB. En l'espèce, le président de l'autorité administrative avait déclaré à la presse que la société dirigée par M. Oury, l'immobilière Phénix, s'était – notamment – livrée à « *des acrobaties comptables* »⁷⁴⁰. Or, ces déclarations étaient antérieures à la notification des griefs à M. Oury par la COB. Nonobstant le remplacement du président de cette autorité entre temps – celui-ci fût donc étranger aux décisions portant sur la poursuite et sur le jugement en cause –, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que « *le respect de la présomption d'innocence interdit que le président de la COB en exercice déclare une personne coupable d'une infraction avant que les juges compétents ne se soient prononcés* »⁷⁴¹. L'exigence d'une obligation « absolue » de réserve de la part de tout magistrat est ainsi mise en lumière par la jurisprudence judiciaire⁷⁴².

L'atteinte à la présomption d'innocence a ainsi embrasé le contentieux de la régulation administrative, dans des hypothèses où il était inconcevable de retenir la conception minimaliste de l'application des exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux organes non judiciaires. Rappelons, en effet, que la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁴³ et le Conseil d'Etat⁷⁴⁴ retiennent que des « *nécessités de souplesse et d'efficacité* » justifient l'existence d'une procédure ne respectant pas toutes les garanties

⁷³⁹*Ibid*, n°322-323, pp. 224-225. V. en particulier, Cour EDH, 10/02/1995, *Allenet de Ribemont c/ France*, A/308 ; F. Sudre, *GA*, n°52 ; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 1998, n°688 s., p. 255 s. ; *adde* J. Pradel, G. Corstens, *Droit pénal européen, op. cit.*, § 353, pp. 365-366. En l'espèce, ce sont le ministre de l'Intérieur et de hauts fonctionnaires de police qui avaient affirmé la culpabilité du gardé à vue lors d'une conférence de presse.

⁷⁴⁰Cass. com., 1/12/1998, *Oury c/ Agent judiciaire du trésor ("Oury I")* : *JCP*, G, 1999, II, 10057, note E. Garaud ; *PA*, 15/01/1999 (n°11), p. 5, note C. Ducouloux-Favard ; *RGDP*, 1999, p. 276, obs. L. Idot (qui fait remarquer la similitude des pratiques de la Commission dans le cadre du contentieux communautaire de la concurrence) ; *RTD com.*, 1999, p. 161, obs. N. Rontchevsky

⁷⁴¹La Cour relève au surplus que les déclarations litigieuses se situaient il est vrai avant la notification des griefs, mais *après la délibération de la COB ouvrant la procédure aux fins de sanctions*.

⁷⁴²C. Ducouloux-Favard, note sous Cass. com., 1/12/1998 préc., *PA*, 15/01/1999 (n°11), p. 7.

⁷⁴³Cour EDH, C. plén., 23/06/1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, A/43, § 51 ; Cour EDH, C. plén., 28/01/1983, *Albert et Le Compte*, A/58, § 29. Cf. V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.*, n°408-427, pp. 159-166.

⁷⁴⁴CE, 3/12/1999, req. n°207434, Didier : *JCP*, G, 2000, II, 10267, note F. Sudre ; *AJDA*, 2000, p. 126, obs. M. Guyomar, P. Collin et les arrêts pp. 172-176 ; *adde* les concl. du commissaire du gouvernement R. Schwartz pour l'arrêt *Lerliche* du même jour : *Dr. social*, 2000, p. 194. Sur la position analogue de la Cour de cassation dans un premier état de sa jurisprudence, cf. Cass. com., 9/04/1996, Haddad (à propos de la publicité devant la COB : *Bull.* IV, n°15, p. 96 ; *JCP*, G, 1996, IV, n°1317 ; *RJC*, mars 1997, Jur. p. 112, note G. Barst ; *Justices*, 1996-4, p. 317, obs. L. Idot) et Cass. civ. I, 27/05/1997 : *Bull.* n°170 (en matière de discipline des avocats).

européennes devant de tels organes, à condition qu'il existe « *un recours de pleine juridiction* » contre les décisions de ceux-ci⁷⁴⁵. Or, aucune atteinte à la présomption d'innocence ne saurait être "rattrapée" par un quelconque recours postérieur – quelles que soient d'ailleurs ses qualités juridictionnelles. En réalité, l'atteinte consomme définitivement la violation du principe protecteur de l'innocent⁷⁴⁶.

Il ne peut en être autrement lorsque ce sont les textes mêmes de la loi qui portent atteinte à ce principe.

2 - L'atteinte à la présomption d'innocence issue des conditions de saisine de l'organe

Dans un arrêt *Habib Bank Limited* en date du 20 octobre 2000⁷⁴⁷, le Conseil d'Etat constate la violation de l'article 6§1 de la Convention européenne – violation fondée sur le défaut d'impartialité – par la procédure disciplinaire applicable devant la Commission bancaire, ou plutôt par l'utilisation erronée des textes de la loi n°90-614 du 12 juillet 1990. En conformité avec sa jurisprudence antérieure, qui admet la participation du rapporteur chargé de l'instruction devant le Conseil des marchés financiers au délibéré de cet organe administratif, sauf dans le cas où celui-ci serait doté de pouvoirs autres que de juger et notamment « *celui de saisir le tribunal compétent* », le Conseil d'Etat condamne la procédure disciplinaire de la Commission bancaire aux motifs que, se saisissant d'office, elle a notifié les griefs à la société en des termes ne laissant aucune place à l'incertitude concernant la réalité des infractions reprochées puis l'a jugé, lui infligeant une sanction disciplinaire. En l'espèce, il s'agit bien d'une violation de la présomption d'innocence car, s'il est vrai que la

⁷⁴⁵Cf. *supra* « Une judiciarisation tribunaire de l'existence d'un contrôle de pleine juridiction ». Adde J.-P. Marguenaud, Le pouvoir de sanction des AAI à l'épreuve de l'article 6 CEDH, *Mélanges J. Stoufflet*, Presses univ. Fac. Clermont-Ferrand, LGDJ, 2001, p. 218.

⁷⁴⁶Nous nous rangeons en cela aux côtés de la minorité des juges de la Cour EDH dans l'arrêt *Adolf c/ Autriche*, du 26/03/1982, A/49, où la Cour EDH a considéré qu'il était possible à la Cour suprême autrichienne de « redresser » l'atteinte à la présomption d'innocence infligée au requérant par le premier tribunal qui, bien que considérant toute sanction inopportune par application d'un article du Code pénal, avait présenté comme vraies dans ses motifs les affirmations de la prétendue victime, sans égard pour la contestation du requérant. Se fondant sur une « *lecture conjointe* » des décisions internes successives, la Cour européenne conclut à la non violation de l'article 6 §§ 1-2 CEDH, alors que le juge français Pettiti (ainsi que MM. Cremona et Liesch, la décision ayant été rendue à quatre contre trois) faisait remarquer à-propos que le jugement en cause, qui énonçait clairement la culpabilité du requérant *mais renonçait à toute sanction*, subsistait toujours, et que, par conséquent, la « *Cour [suprême n'avait] pas davantage corrigé le manquement du tribunal (...) aux exigences des paragraphes 1 et 2, combinés, de l'article 6 de la Convention, qu'il eût fallu observer avant d'en arriver à ces constatations* » (nous soulignons).

⁷⁴⁷CE, 20/10/2000, req. n°180122, Soc. *Habib Bank Limited* : *JCP*, G, 2001, II, 10459, concl. F. Lamy ; *D.*, 2001, somm. 1072, obs. M. Sousse, in J.-F. Renucci (dir.), *chron. Dr. eur. des dr. homme ; Dr. adm.*, 2000, n°260 ; *AJDA*, 2000, p. 1071 ; *LDPA*, déc. 2000, p. 2 ; *JCP*, G, 2001, I, 296, p. 210, obs. S. Braconnier, in C. Boiteau (dir.), *chron. Dr. adm.*

lettre des textes applicables n'incite pas explicitement au respect de ce principe⁷⁴⁸, le Conseil d'Etat et son commissaire du gouvernement soulignent que la violation de la Convention européenne des droits de l'homme découle en réalité de la violation des prescriptions légales, qui ne sauraient permettre de présenter « *comme établis les faits* » relevés à l'encontre de l'établissement de crédit en cause. Le recours au droit à un procès équitable permet ici de condamner solennellement une dérive des institutions de la Commission bancaire dans l'application de la réglementation des établissements de crédit⁷⁴⁹. Le recours à la procédure d'auto-saisine par l'organe plus tard amené à juger n'est donc pas condamné en soi par le juge français⁷⁵⁰. Simplement, il est rappelé que l'acte par lequel le tribunal se saisit des faits est irrémédiablement entaché d'irrégularité s'il donne « *à penser que [ces] faits 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* »⁷⁵¹.

Il est pourtant permis de s'interroger plus avant sur la compatibilité de la procédure de saisine d'office avec le respect de la présomption d'innocence. La question qui se pose est de savoir si, se prononçant sur la valeur des faits rassemblés par l'enquête afin de décider de sa propre saisine, l'organe compétent pour juger reste suffisamment détaché d'une appréciation préalable de la culpabilité du poursuivi. Si la jurisprudence européenne admet aujourd'hui certains cas de cumuls de fonctions entre l'instruction et le jugement, il n'en est pas de même entre la poursuite et le jugement. Or, la saisine d'office est un acte de poursuite. Pour preuve, cette fonction est exercée par le bâtonnier de l'Ordre des avocats, qui a le pouvoir d'engager la procédure disciplinaire contre l'avocat en cause – il s'agit alors d'un renvoi devant la

⁷⁴⁸Au contraire, le commissaire du gouvernement F. Lamy (cf. concl. préc.) relève qu'ils conduisent plutôt à présenter les résultats de l'enquête, menée à l'encontre de la société et ayant abouti à la notification des griefs, comme une notification *des infractions commises* (voy. les termes des art. 9 Décret n°84-708 du 24 juillet 1984 et 17 Loi n°90-614 du 12 juillet 1990, in Code de commerce, partie non codifiée par l'Ordonnance n° 2000-912 du 18/09/2000).

⁷⁴⁹Le constat de violation de la CEDH est ainsi régulièrement utilisé par le juge européen pour sanctionner ce qui n'est, en réalité, qu'une interprétation *contra legem* des autorités nationales. Voy. par exemple : Cour EDH, 28/10/1998, Aït-Mouhoub c/ France, *Rec.*, 1998-VIII ; *RDP*, 1999, p. 886, obs. S. Soler ; où la Cour constate la violation du droit d'accès à un tribunal (art. 6§1 CEDH) par le doyen des juges d'instruction, qui avait exigé du requérant la consignation de 160.000 francs pour déclarer ses deux plaintes avec constitution de partie civile recevables, alors que le plafond requis par la loi est de 100.000 francs par plainte et que l'article 88 du Code de procédure pénale lui fait expressément obligation de fixer la somme « *en fonction des ressources de la partie civile* » ; or, ses ressources étaient nulles en l'espèce. Sur cet arrêt, *adde D.*, 1999, somm. com. p. 268, obs. J.-F. Renucci ; *RSC*, 1999, chron. inter. pp. 399-400, obs. R. Koering-Joulin.

⁷⁵⁰Le juge judiciaire s'est également prononcé en ce sens à propos de la saisine d'office pratiquée au sein du Conseil de l'Ordre des avocats. Par un arrêt du 13/11/1996, la première chambre civile de la Cour de cassation a, en effet, rejeté le pourvoi de l'Ordre des avocats au Barreau de Lille, qui avait cru bon – à tort – de modifier son règlement intérieur afin de s'interdire le recours à cette procédure comme contrevenant à l'exigence d'indépendance et d'impartialité tirée de la CEDH (cf. *JCP*, G, II, 22816, note R. Martin).

⁷⁵¹Arrêt du CE, Soc. Habib Bank Limited, précité.

Conseil de l'Ordre – ou bien de classer l'affaire⁷⁵². A partir du moment où, par un revirement remarqué de jurisprudence⁷⁵³, la Cour de cassation considère désormais que les prescriptions de l'article 6 CEDH doivent être respectées dès le premier stade de la procédure – nonobstant l'existence d'un recours de pleine juridiction devant la cour d'appel –, l'exigence d'impartialité s'impose au Conseil de l'Ordre statuant en matière disciplinaire. Quelle est la conséquence de cette jurisprudence au regard de la saisine d'office ?

Il nous semble effectivement que ce qui est condamnable n'est pas l'existence même d'une procédure d'auto-saisine à la disposition de l'organe compétent au sens large, mais que, précisément, *la même formation ou un même membre de cet organe* (par exemple le bâtonnier) soit compétent pour poursuivre par l'acte de saisine *et* pour juger. Finalement, on pourrait considérer que ce n'est qu'attraité dans le cumul des fonctions de poursuite et de jugement que la saisine d'office est contraire à l'exigence d'impartialité (en dehors, bien entendu, de l'hypothèse examinée précédemment où la présomption de culpabilité ressort des termes de la notification des griefs). Sa contrariété avec l'article 6 CEDH s'attache donc à une question de partialité organique – question sur laquelle nous reviendrons *infra*⁷⁵⁴ – plutôt que d'atteinte à la présomption d'innocence.

Pour autant, et cela ne doit pas étonner tant les questions sont imbriquées en la matière, le lien entre atteinte à la présomption d'innocence et impartialité fonctionnelle a connu une nouvelle illustration récemment. Par un arrêt du 23 février 2000⁷⁵⁵, le Conseil d'Etat a condamné la partialité structurelle de la Cour des comptes, sa dualité fonctionnelle étant à l'origine d'une rupture de la présomption d'innocence. La Cour des comptes est, en effet, compétente cumulativement⁷⁵⁶ pour contrôler les comptes des autorités publiques⁷⁵⁷ et pour engager une procédure juridictionnelle de gestion de fait contre les comptables de fait dont elle soupçonne l'immixtion dans la gestion des comptes publics. Or, le fait que la Cour des comptes s'auto-saisisse pour déclencher la procédure de déclaration de gestion de fait – procédure de nature répressive, puisqu'elle aboutit à la mise en débet et/ou à l'infliction

⁷⁵²Sur l'ensemble des pouvoirs du bâtonnier et l'appréciation de ces cumuls, cf. *infra*, § II, A – L'impartialité organique.

⁷⁵³Cass. civ. I, 5/10/1999 (2^e arrêt) : *D.*, 2000, Jur. 312, note B. Blanchard ; *JCP*, G, 1999, II, 10203, concl. J. Sainte-Rose.

⁷⁵⁴A propos de la condamnation d'un tel cumul par la cour de cassation : Civ. I, 23/05/2000 et les références citées.

⁷⁵⁵CE Ass., 23/02/2000, Société Labor Métal et autres : *RFDA*, 2000, p. 435, concl. A. Seban ; *RFFP.*, 2000, p. 211, note G. Orsini.

⁷⁵⁶Outre sa compétence administrative de contrôle *a posteriori* de la gestion des deniers publics (art. L. 111-3 du Code des juridictions financières, ci-après CJF). A noter que la Cour des comptes partage l'ensemble de ses compétences avec les chambres régionales des comptes.

⁷⁵⁷Compétence générale de contrôle des comptes dont sont responsables les comptables publics ou "*comptables patents*" (art. L 111-1 CJF).

d'amendes à l'encontre du comptable de fait, véritable délinquant des comptes publics⁷⁵⁸ – l'expose à la tentation du préjugé. Le Conseil d'Etat constate ainsi la violation de l'impartialité par la Cour des comptes car, avant que de sanctionner une collectivité pour gestion de fait, elle avait évoqué les mêmes faits comme constitutifs d'une gestion de fait dans son rapport public annuel : « *tant le principe d'impartialité que celui des droits de la défense font obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle prononçant la gestion de fait soit régulièrement rendue par la Cour des comptes alors que, comme en l'espèce, celle-ci a précédemment évoqué cette affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits* » (nous soulignons). Si le Conseil d'Etat se refuse à fonder sa jurisprudence sur l'article 6§1 de la Convention européenne, la doctrine a rapidement considéré cette disposition comme le véritable fondement de cette évolution de la prise en compte de l'impartialité à travers l'atteinte à la présomption d'innocence⁷⁵⁹. Ainsi M. Serge Guinchard note-t-il qu'on « *ne peut s'empêcher de comparer [cette affaire] aux affaires dans lesquelles le président de la Commission des opérations de bourse et la COB elle-même avaient porté atteinte à la présomption d'innocence* »⁷⁶⁰.

Mais l'on aurait tort de ne recenser que les cas où la partialité est avérée pour atteinte à la présomption d'innocence. L'absence d'indépendance est, selon nous, tout aussi constitutive d'une réalité partielle que ne saurait admettre le principe d'impartialité tel qu'énoncé à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Là aussi, le contentieux relatif aux organes administratifs ou juridictions non ordinaires, en plein développement, sert particulièrement l'illustration.

B - L'absence d'indépendance

« *Le juge dont l'indépendance fait défaut est objectivement suspect de partialité* »⁷⁶¹ : l'indépendance conditionne l'impartialité⁷⁶² quand cette dernière englobe d'autres exigences.

⁷⁵⁸V. Gestion de fait, *Juris-Cl. Administratif*, fasc. n°1265, 1997, p. 26 et les développements de H. Surrel, in *Cahiers de l'IDEDH*, 2001-8, Les garanties du procès équitable hors les juridictions ordinaires, Univ. Montpellier I, p. 119.

⁷⁵⁹V. S. Guinchard, in S. Guinchard et a., *Droit processuel*, Précis Dalloz, 2001, pp. 466-467 et les nombreuses références citées sur l'arrêt *Labor Metal* précité.

⁷⁶⁰*Ibid.* Cf. les arrêts concernant la COB évoqués *supra* (not. Cass. com., 1/12/1998, Oury).

⁷⁶¹D. Roets, *op. cit.*, n°17, p. 21.

⁷⁶²En ce sens, P. Crocq, Le droit à un tribunal impartial, art. préc., *op. cit.*, n°581 s., p. 399 s. Egalement, selon la magistrate N. Commaret : « *Système de sécurité générale, [l'indépendance] constitue le fondement, la racine*

Comment envisager, en effet, un juge non libre d'esprit – car soumis à l'autorité d'une tierce personne – comme impartial ? Au contraire, l'indépendance ne suffit pas à l'impartialité⁷⁶³. Ces deux notions entretiennent donc une relation d'appartenance nécessaire dans un sens mais non suffisante dans l'autre.

La Cour européenne des droits de l'homme définit l'indépendance du "tribunal" au sens de l'article 6 de la Convention comme la liberté de juger en dehors de toute pression de l'exécutif ou des parties en cause⁷⁶⁴. Pour en vérifier le respect au regard du pouvoir exécutif, les juges européens s'attachent au mode de désignation et à la durée du mandat des membres de l'organe, à l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et au point de savoir « *s'il y a ou non apparence d'indépendance* »⁷⁶⁵. Il nous semble cependant important de ne pas confondre cet attachement à l'apparence en matière d'indépendance et celui qui règne en matière d'impartialité et que nous examinerons *infra*⁷⁶⁶. L'intérêt convergent est de souligner que, dans les deux cas, l'impression apparente peut être celle du risque de préjugé de la part du juge observé sans qu'il y ait de vérité dans ce sentiment. Par contre, si l'impartialité ne peut être saisie dans sa réalité – en dehors, il va sans dire, d'éléments objectivement notables (cf. *supra*, § I) –, l'absence d'indépendance relève toujours d'une partialité réelle en ce sens que le risque évoqué peut survenir à tout moment car il dépend de la volonté d'une autorité ou d'une personne auxquelles le juge reste potentiellement soumis. La perte virtuelle – *a fortiori* réelle – de sa liberté d'appréciation est finalement ce qui rend le juge dépendant partial. Cela est tout aussi vrai pour ce qui est de l'indépendance à l'égard des parties. Quelle que soit en effet la capacité d'abstraction intellectuelle du juge lié à l'une des parties, l'autre partie ne peut dans ce cas considérer le magistrat avec le respect et « *la juste distance* »⁷⁶⁷ qui doivent pourtant le caractériser.

Parfois conscient de la nécessité de soustraire les organes non-juridictionnels de la tutelle de l'Administration, le législateur met en place une procédure respectant l'exigence d'indépendance. Il en a été ainsi concernant la CIF, qui fut créée dans le but de soustraire certains contribuables à l'arbitraire de l'Administration des impôts en matière de fraude

même de l'impartialité du juge et légitime (...) l'autorité de la chose jugée » (cf. Une juste distance..., art. préc., *loc. cit.*). Adde S. Josserand, *op. cit.*, p. 436 s., sur *L'indépendance du magistrat appelé à prendre parti*, spéc. n°79, p. 465 : « *Les garanties de la liberté d'appréciation du magistrat montrent que l'indépendance est la condition de l'impartialité et de la loyauté des décisions rendues.* » ; et la Conclusion générale, n°8, p. 590. Comp. M.-A. Frison-Roche, *L'impartialité du juge*, *D.*, 1999, chron. 53, spéc. n°12.

⁷⁶³S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, n°339, p. 234.

⁷⁶⁴Cour EDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, précité, § 55.

⁷⁶⁵Cour EDH, 22/06/1989, *Langborger c/ Suède*, A/155, § 32.

⁷⁶⁶Cf. *infra*, § II - L'apparence de partialité.

⁷⁶⁷N. Commaret, *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat*, art. préc., *loc. cit.*

fiscale. Mais il faut souligner le caractère peu justiciable de cette Commission au regard des exigences de l'impartialité, dans la mesure où sa mission est de nature consultative et sert de filtrage de "désencombrement" des juridictions répressives de droit commun⁷⁶⁸.

Plus intéressant est le contentieux technique de la Sécurité sociale, qui a récemment permis à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de mettre en exergue l'exigence d'indépendance d'une juridiction spécialisée : la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAT)⁷⁶⁹. Auparavant, l'indépendance des tribunaux du contentieux de l'incapacité (TCI) avait déjà été mise en cause dans un arrêt de la chambre sociale en date du 17 décembre 1998 dans la mesure où tout, dans la composition réglementaire de ces tribunaux (art. R. 143-4 Code Séc. soc. issu du décret n°86-568 du 18 mars 1986), concourrait « à donner au justiciable l'impression d'une juridiction dépendant de l'Administration »⁷⁷⁰. Est principalement en cause la question de la « subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties »⁷⁷¹. Dépourvu, pour ses membres non assesseurs, de garantie d'indépendance, les juges du contentieux technique de la sécurité sociale sont révocables *ad nutum*, ce qui s'oppose singulièrement aux exigences européennes en la matière. Sont en cause le directeur régional des affaires sanitaires et sociales, président de la juridiction spécialisée, ainsi que le médecin représentant la caisse d'assurance maladie ou encore le médecin expert et le représentant du directeur régional du travail. Tous peuvent être remplacés sans préavis par l'autorité qui les a nommés. Un « constat si accablant »⁷⁷² heurte de plein fouet l'exigence d'impartialité, car rien n'empêche l'Administration ou la caisse en cause de faire pression ou de donner, plus simplement, des instructions aux fonctionnaires sus-mentionnés, qui leur sont hiérarchiquement soumis. Les « doutes » que pourrait nourrir le justiciable contestant une décision de la caisse primaire ou de la caisse régionale sont en effet plus que « justifiés », lorsque sa demande est portée devant des juges dépendant plus ou moins directement de l'autorité de tutelle de ces organismes

⁷⁶⁸Son avis conforme étant exigé pour poursuivre le contribuable dans les affaires les plus importantes. Cf. cependant *supra* Section 3 – L'égalité des armes ; à propos de l'obligation au respect de l'égalité des armes devant la procédure incluant la CIF et la procédure pénale subséquente suite à la jurisprudence *Mialhe* (Cour EDH, 26/09/1996, *Rec.*, 1996-IV).

⁷⁶⁹Cass. Ass. plén., 22/12/2000, quatre arrêts, not. Société Deroche c/ CPAM du Val-de-Marne : *Bull.* n°12, p. 21 ; *Dr. social*, mars 2001, p. 282, concl. de l'avocat général P. Lyon-Caen ; *D.*, 2001, somm. 2454-2455, obs. X. Prétot ; *JCP*, G, 2001, I, 311, chron. Dr. judiciaire privé par L. Cadiet, pp. 703-704. A noter que l'Assemblée plénière a été directement saisie M. le premier président de la Cour de cassation.

⁷⁷⁰H. Liffra, Les tribunaux du contentieux de l'incapacité et l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Dr. social*, fév. 1999, p. 158, spéc. p. 160 ; et l'arrêt Cass. soc., 17/12/1998, Madaci c/ CPAM de Vienne, p. 161.

⁷⁷¹Cour EDH, 28/10/1984, *Sramek c/ Autriche*, A/84, § 41.

⁷⁷²D. Roman, Le contentieux technique de la Sécurité sociale à l'épreuve du procès équitable, *Dr. social*, 2001, p. 734, spéc. p. 738.

publics⁷⁷³. La Cour de cassation a par conséquent, successivement à l'encontre des TCI⁷⁷⁴ puis de la CNITAT⁷⁷⁵, pris la mesure de la violation en condamnant la composition de ces tribunaux. Le législateur a réagi également, en insérant dans le projet de loi de modernisation sociale un amendement qui prévoit la substitution des fonctionnaires dépendants par des magistrats du siège.

La même réflexion peut être menée concernant la Commission centrale d'aide sociale, autre juridiction spécialisée en matière sociale, dans la mesure où certains de ses membres – fonctionnaires ou personnes « particulièrement qualifiées » – peuvent être désignés par le ministre chargé de l'aide sociale. La Commission départementale des travailleurs handicapés et des mutilés de guerre, juridiction administrative, présente quant à elle beaucoup moins de motifs de suspicion, bien que le décret du 30 juin 1998 laisse subsister quelques zones d'ombre⁷⁷⁶.

Une juridiction financière, la Cour de discipline budgétaire et financière, est également concernée par cette question de l'indépendance de l'organe amené à statuer à l'égard de l'exécutif. Son rôle, qui consiste à sanctionner les ordonnateurs et administrateurs ayant violé les règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses (art. L 313-1 CJF), se caractérise par une nature à la fois pénale et disciplinaire. L'instruction close, la Cour transmet le dossier au procureur général, qui décide du classement de l'affaire ou de sa transmission « *au ministre ou à l'autorité dont dépend le fonctionnaire en cause ou au ministre chargé des finances, ainsi que, le cas échéant au ministre de tutelle compétent* »⁷⁷⁷. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un avis liant la Cour, la consultation d'un membre de l'Exécutif intéressé dans le devenir de la personne poursuivie par un organe exerçant une compétence juridictionnelle laisse un « arrière goût » d'indépendance inachevée⁷⁷⁸...

Ce dernier exemple démontre, s'il en était besoin, le caractère ténu de la distinction que nous tentons d'opérer entre la réalité partielle et l'apparence de partialité. La pertinence du critère peut cependant être maintenue, si l'on veut bien admettre qu'une dépendance reconnue

⁷⁷³Egalement en ce sens, *ibid.*

⁷⁷⁴Cass. soc., 17/12/1998, Madaci : *Bull.* n°578, p. 430 ; *PA*, 15/01/1999 (n°9), p. 8, obs. Cl. Ducouloux-Favard ; 9/03/2000, Habib Sba : *Bull.* n°97, p. 76 ; *RJS*, 2000, n°459.

⁷⁷⁵Cass. Ass. plén., 22/12/2000, (cinq arrêts) Usclat ; Tassart ; Boutron ; Hilaire ; Soc. Deroche : *Bull.* n°12, p. 21 ; *Dr. social*, 2001, p. 282, concl. P. Lyon-Caen ; *JCP*, G, 2001, I, 311, chron. Dr. jud. privé, p. 703, par L. Cadiet ; *RJS*, 2001, p. 189, note H. Liffra ; *D.*, 2001, som. com. p. 2454, obs. X. Prétot.

⁷⁷⁶ En vertu de son article 2, la Commission académique dont les décisions donnent lieu à recours devant la Commission départementale des travailleurs handicapés, comprend le Directeur régional de l'emploi et du travail, qui est également membre de droit de ladite Commission départementale des travailleurs handicapés.

⁷⁷⁷ Art. L. 314-5 CJF.

⁷⁷⁸ Cf. J.-P. Gastinel, *Juris-Cl. Adm.*, Cour de discipline budgétaire et financière, fasc. n°1270, 1996, spéc. p. 20.

à l'égard de l'exécutif ou des parties à la procédure se réduit à la partialité de l'organe amené à juger dans ces conditions. La difficulté réside donc plus dans la question de savoir s'il y a véritablement dépendance – cas de l'exemple précédemment étudié – que dans celle de savoir s'il y a partialité certaine en cas de dépendance avérée. Reste l'impartialité insondable, celle qui « se donne à voir » *en apparence* au justiciable, mais qui ne relève ni d'une atteinte à la présomption d'innocence, ni d'une atteinte à l'absence d'indépendance. Quelles sont, dans ce cas, les exigences qui se dessinent dans la jurisprudence relative à l'application de l'article 6§1 CEDH aux juridictions non ordinaires, comme constituant l'admissible ou l'inadmissible en matière d'apparence de partialité ?

§ II – L'apparence de partialité

Les juristes français ont retenu de la jurisprudence européenne un adage anglais selon lequel « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »⁷⁷⁹. Toutefois, devoir s'en remettre à l'apparence d'impartialité n'est pas nécessairement s'en remettre à une impartialité de pure apparence : l'impartialité apparente est aussi une impartialité « qui se donne à voir », « *une impartialité directement préhensible* »⁷⁸⁰, garante de la confiance du justiciable dans la justice. Les apparences deviennent alors probatoires : ce n'est pas la réalité subjective d'impartialité qui compte – nous l'avons dit, elle est dans ce cas insondable –, mais l'apparence de partialité qui engendre un « *doute légitime dans l'esprit* » du justiciable. *Le critère n'est plus la réalité partielle, c'est l'exigence d'une justice qui inspire confiance et respect*⁷⁸¹. Ce que dit l'adage anglais est précisément cela : l'impartialité du juge se définit à la fois comme l'absence de partialité *et* la conviction de l'impartialité⁷⁸².

A - L'impartialité organique

⁷⁷⁹ « *La justice ne doit pas seulement être rendue, elle doit être perçue comme ayant été rendue* ».

⁷⁸⁰ M.-A. Frison-Roche, L'impartialité du juge, art. préc., n°16, p. 55.

⁷⁸¹ « *La confiance du requérant dans le fonctionnement du procès répressif devient ainsi l'étalon d'une bonne justice* » : J.-F. Brisson, Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, A propos d'une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, *AJDA*, 1999, doct. 847, spéc. p. 856.

⁷⁸² Un peu comme la coutume en droit français se définit par un élément matériel, l'usage (répétition d'un comportement ou *repetitio*) et par un élément psychologique qui est la croyance des individus dans le caractère obligatoire du comportement induit par cet usage (*l'opinio necessitatis*). Voy. R. Cabrillac, *Introduction au droit*, Cours Dalloz, 3^{ème} éd., 1999, n°144, p. 130.

L'impartialité organique est le domaine naturel, pourrait-on dire, de l'apparence de partialité, le domaine par excellence du doute que rien ne peut satisfaire qu'une séparation absolue des fonctions du juge. Dans un premier temps adepte de cette pensée – extrême au regard du nombre de magistrats redevables d'une « *bonne administration de la justice* » au sein de l'ordre judiciaire – la Cour européenne des droits de l'homme a dû réviser sa position et admettre qu'un cumul de fonctions n'était pas *toujours* assimilable à un indice suffisant de partialité⁷⁸³. S'emparant d'une vision plus sévère des exigences européennes devant s'imposer aux organes administratifs et autres juridictions spécialisées, les juridictions françaises, et tout particulièrement la Cour de cassation, ont reçu avec de plus en plus de largesses les demandes en constatation de contrariété au droit à un procès équitable que présente très régulièrement aujourd'hui le justiciable. On se souvient bien entendu de la jurisprudence désormais fameuse de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 5 février 1999, dite deuxième affaire *Oury*⁷⁸⁴, dans laquelle la Cour suprême annule la procédure disciplinaire s'étant déroulée devant la COB pour partialité, du fait du cumul des fonctions d'enquête, d'instruction et de jugement par le rapporteur de l'AAI. Puis rapidement, c'est le cumul des pouvoirs de poursuite, d'instruction et de jugement exercé par le collège de la COB qui devait être, cette fois, sévèrement condamné par la Cour d'appel de Paris⁷⁸⁵.

Cependant, cette « crise des AAI » s'est révélée salutaire pour le respect de l'impartialité, en redéfinissant le seuil à partir duquel le juge français estime les apparences suffisamment éloquents pour sanctionner la violation de l'article 6§1 de la Convention. Les décrets du 1^{er} août 2000, qui mettent fin aux cumuls sus-énoncés en répartissant entre différents protagonistes de la procédure des attributions cloisonnées, est certainement le point de départ d'un large mouvement vers le respect plus scrupuleux des apparences, afin de garantir la confiance des justiciables en la justice, confiance chère à la Cour européenne de Strasbourg.

Ainsi, l'ART a vu son règlement intérieur modifié afin d'interdire au rapporteur d'être présent aux délibérations de l'organe, tandis que le rôle du rapporteur et du bâtonnier près le Conseil de l'Ordre des avocats se trouve plus sévèrement contrôlé par la Cour de cassation.

Il semble qu'un tel mouvement pourrait s'étendre aux procédures applicables devant la CCAS, dont le rapporteur, chargé d'instruire le dossier, participe aussi au jugement avec voix

⁷⁸³Cf. *supra* notre introduction sur l'évolution de la notion d'impartialité objective ou fonctionnelle.

⁷⁸⁴Cass. Ass. plén., 5/02/1999, *Oury* : *Bull. n°1 : D. Affaires*, 1999, p. 410 : *JCP*, G, 1999, 10060, note H. Matsopoulou ; *PA*, 10/02/1999, p. 3, note Cl. Ducouloux-favard et entretien avec M.-A. Frison-Roche ; *GP*, 24-25/02/1999, p. 8, concl. M.-A. Lafortune, et la note.

⁷⁸⁵CA Paris, 7/03/2000, *KPMG Fiduciaire de France* : *JCP*, G, 2000, II, 10408, note R. Drago ; *D.*, 2000, *cah. dr. Aff.*, AJ p. 212, obs. M. Boizard ; *Bull. Joly Bourse*, 2000, p. 244, note N. Rontchevsky.

délibérative ; ainsi qu'à la CDBF. Une présomption d'extension de la vigilance accrue des autorités étatiques peut être énoncée à l'égard du CSE (au regard des fonctions du rapporteur), mais, comme pour le CNESER, le Conseil d'Etat considère que le cumul de fonction n'est pas préjudiciable aux droits fondamentaux du justiciable, car « *les fonctions dévouées à la commission d'instruction ne diffèrent pas de celles que la formation collégiale de jugement pourrait elle-même exercer* »⁷⁸⁶. Présomption d'extension également au CSA, dont le rapporteur participe au délibéré avec voix consultative cependant.

Enfin, il semble que ce mouvement devrait s'arrêter – pour l'instant tout du moins, et bien que la question se pose du fait des pouvoirs du rapporteur – aux portes du CMF, car il existe un recours de pleine juridiction contre ses décisions, ce qui désigne l'application de la jurisprudence restrictive de la Cour EDH par le Conseil d'Etat⁷⁸⁷ ; de même qu'aux portes de la procédure devant l'Ordre des médecins et l'Ordre des pharmaciens, du fait de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat. Dans une décisions Leriche⁷⁸⁸, il a en effet été jugé que la présence du rapporteur ne contrevient pas à l'exigence d'impartialité posée par l'article 6§1.

Cela étant, la problématique de l'impartialité organique ne se réduit pas au rôle du rapporteur, ainsi que le montre l'exemple de la COB. Dès lors, le cumul d'un très grand nombre de fonctions par le directeur de la prison en tant que président de la commission de discipline pourrait (ou du moins, devrait) également éveiller l'attention de la Haute juridiction administrative . En effet, ledit président est seul à pouvoir déclencher les poursuites. Il est également autorité d'instruction. Il désigne le chef de service ou le premier surveillant chargé de procéder à l'instruction des faits, contrôle le déroulement de l'instruction et a le pouvoir de placer le détenu concerné en cellule disciplinaire à titre préventif. Le président de la commission de discipline est également autorité de jugement. En effet, il préside la commission et a seul le pouvoir de décision, les deux surveillants qui assistent à l'audience n'ayant qu'une voix consultative. D'ailleurs, l'indépendance de ces deux membres pourrait être discutée dans la mesure où ils sont soumis au pouvoir hiérarchique du directeur de la prison. Le président de la commission de discipline est enfin autorité d'application de la sanction. Il peut la suspendre ou la fractionner voire la transformer en sanction avec sursis⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶CE, 7/06/2000, req. n°206362, Zurmely.

⁷⁸⁷Cf. nos propos *supra*.

⁷⁸⁸CE, 3/12/1999, Leriche, AJDA, 2000, p. 172. Solution confirmée par CE, 26/04/2000, Laclaverie, req. n° 196439 et CE, 6/11/2000, Dolfus, req. n° 185244.

⁷⁸⁹Article D.251-6 et 8 du Code de procédure pénale.

Par extension, on doit également mentionner une jurisprudence récente, concernant le Conseil de la Concurrence. En l'occurrence, celui-ci s'était prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés lors de la procédure de mesures conservatoires. La Cour de Cassation a considéré qu'il ne saurait statuer au fond, dans une formation comportant des membres qui étaient déjà intervenues dans ladite procédure, sans manquer objectivement au principe d'impartialité⁷⁹⁰. Sans doute ne s'agit-il pas à proprement parler de cumul des fonctions mais le problème est assez voisin, puisque la violation de l'article 6 tient au fait que certains membres auraient été en situation de préjuger de l'affaire. Le débat sur l'impartialité organique est donc loin d'être clos. Mais lui-même n'épuise pas les exigences éventuelles de l'article 6.

B - L'impartialité structurelle

En terme d'impartialité structurelle, la doctrine française a pu mettre en avant l'applicabilité de la jurisprudence européenne dite *Procola*⁷⁹¹ au cumul par certaines autorités de régulation – telles que la COB, l'ART ou encore le CMF – d'un pouvoir de réglementation et d'un pouvoir de sanction de la violation des règles qu'elles ont elles-mêmes édictées⁷⁹².

Cette question n'a cependant guère été abordée par la jurisprudence relative à l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne aux organes non juridictionnels ou aux juridictions spécialisées. L'on peut supposer qu'il serait difficile au justiciable, dont la première difficulté, non négligeable, consiste à faire admettre l'applicabilité du droit à un procès équitable puis à en fonder l'application, de rechercher plus « brutalement » l'illégalité même des pouvoirs concurremment exercés par certaines autorités administratives ; alors même que la Conseil constitutionnel n'a, quant à lui, rien vu à y redire⁷⁹³ ...

⁷⁹⁰ Cass. Com. 9/10/2001, SA Unibéton, Jurisdata n° 011217, JCP, Ed° G, IV-2870 ; Cass. Com, 31/10/2001, SA crédit industriel de Normandie, Jurisdata n° 011214.

⁷⁹¹ Cour EDH, 28/09/1995, *Procola c/ Luxembourg*, A/326 ; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., n°445 s., p. 171 s. ; *GP*, 17-18/11/1995, p. 27, note L. E. Pettiti ; *AFDI*, 1995, p. 485, obs. V. Coussirat-Coustère ; *D.*, 1996, Jur. 301, note F. Benoit-Rohmer ; *JCP*, G, 1996, I, 3910, obs. F. Sudre ; *JDI*, 1996, p. 253, in chron. jurisp. Cour EDH par E. Decaux, P. Tavernier ; *adde* D. Spielmann, Le Conseil d'Etat luxembourgeois après l'arrêt *Procola* de la Cour EDH, *RTDH*, 1996, p. 275. En l'espèce, la Cour européenne constate la violation de l'article 6§1 CEDH (unanimité) – défaut d'impartialité structurelle – par le Conseil d'Etat luxembourgeois, du fait du cumul de fonctions consultative et juridictionnelle de quatre de ses membres sur cinq. Elle estime que *Procola* avait pu « légitimement craindre que les membres du comité du contentieux se soient sentis liés par l'avis donné précédemment », car aussi peu justifié soit-il, ce « simple doute [suffisait] à altérer l'impartialité du tribunal ».

⁷⁹² En ce sens, J.-F. Brisson, art. précité., p. 857.

⁷⁹³ Décision n°89-260 DC du 28/07/1989, préc. *supra*, qui reconnaît la légalité constitutionnelle des pouvoirs de régulation et de sanction confiés à la COB à l'égard du principe de séparation des fonctions.

Le Conseil de la concurrence a réagi, lui, très directement à la possibilité d'une application de la jurisprudence dite *Procola* de la Cour européenne des droits de l'homme à sa propre procédure dans la mesure où, en vertu de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il est habilité à donner son avis sur toute question touchant à la concurrence à la demande du gouvernement et des collectivités territoriales (entre autres). Or, un tel avis peut tout à fait porter sur une affaire que le Conseil aura ensuite à examiner dans le cadre de sa procédure de sanction des pratiques anticoncurrentielles. Conscient de l'apparente partialité pouvant découler d'un tel cumul de pouvoirs, le Conseil a cherché à minimiser son rôle consultatif à des questions purement générales, détachées de toute appréciation propre à l'affaire en cause ; tout l'intérêt de cette dialectique étant de repousser le seuil des apparences partiales quant à son office⁷⁹⁴. Tout comme en matière de procédure applicables devant le Conseil d'Etat français, cette situation a laissé le législateur sans réaction. L'éventualité d'une condamnation européenne n'est pas écartée...

*

Compte tenu des développements qui lui sont donnés et bien que les conceptions de la Cour européenne se soient assouplies, l'exigence d'impartialité est l'une des plus « offensives » de l'article 6. Alors qu'elle déjà suscité plusieurs réformes, notamment dans le domaine de la régulation, où le cumul des fonctions faisait en quelque sorte la spécificité des autorités compétentes, la jurisprudence interne montre qu'elle ne s'épuise pas encore à l'usage. Sans doute ses implications se manifestent-elles de manière inégale : le rôle du rapporteur par exemple n'est pas apprécié avec la même rigueur par la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Et de ce fait, au sein même des catégories retenues, il peut être nécessaire de distinguer. Mais que ce soit à travers la présomption d'innocence, l'exigence d'indépendance ou la séparation des fonctions, l'impartialité apparaît comme un problème commun aux organes étudiés. Sa démultiplication même est un facteur de généralité. Elle entretient d'ailleurs certains liens avec l'égalité des armes.

⁷⁹⁴Par exemple, cf. C. conc., avis n°88-A-12, 12/07/1988, Secteur du Tarn de la CSNCRA : *Rec.*, Lamy, n°328 ; avis n°95-1-05, 28/03/1995 : *BOCCRF*, 16/06/1995.

Section IV – L'égalité des armes

Hélène Surrel

Alors que le grief relatif à l'absence de publicité des audiences qui a, dans un premier temps, alimenté le contentieux relatif au droit à un procès équitable peut être qualifié de daté (cf. Section II, ce Chapitre), il n'en va pas de même de la question du respect du principe de l'égalité des armes. Bien au contraire, comme pour le principe d'impartialité, le juge interne a été conduit, ces dernières années, à veiller à son respect. Ce principe a effectivement constitué "*un des points d'appui privilégiés de l'extension du champ d'application de l'article 6*"⁷⁹⁵. Or, cette garantie suscite des interrogations voire des résistances qui tiennent à la conception particulièrement extensive qu'en a la Cour européenne des droits de l'homme. Il faut à cet égard souligner que la mise en conformité des règles nationales en la matière nécessite - ou nécessiterait - souvent des réformes législatives d'une ampleur importante et conduit inéluctablement à remettre en cause des institutions anciennes et prestigieuses auxquelles les Etats sont attachés. On pense par exemple à la remise en cause des parquets de cassation⁷⁹⁶ ou plus récemment de l'institution du commissaire du gouvernement dans le cadre du Conseil d'Etat français⁷⁹⁷. Mais la jurisprudence européenne élaborée à propos de tel ou tel système national n'est pas toujours aisée à interpréter et à "transposer" aux organes étudiés d'autant qu'il y a souvent une imbrication des griefs relatifs à l'impartialité et à l'égalité des armes. Une certaine confusion est, en outre, alimentée par les interprétations différentes voire divergentes des exigences européennes retenues par les juridictions françaises.

L'expression "égalité des armes" absente du texte conventionnel - "*toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ...*" - a été employée par la Cour européenne dans l'arrêt *Delcourt c/ Belgique* du 17 janvier 1970⁷⁹⁸. Ce principe caractérise l'ensemble du droit

⁷⁹⁵H. Ruiz-Fabri, "Egalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, T. Lambert Dir., *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999, p.51.

⁷⁹⁶Pour la Cour EDH, l'égalité des armes est rompue du fait du rôle du Ministère public près la Cour de cassation au pénal (*Borgers c/ Belgique*, 30 octobre 1991, A.214 A) comme au civil (*Vermeulen c/ Belgique*, 20 février 1996, Rec., 1996, 224).

⁷⁹⁷Arrêt du 7 juin 2001, *Kress c/ France*, JCP G, 2001, II, 10578, note F. Sudre. Pour une première application des critères dégagés dans l'arrêt *Kress*, Cf. arrêt *Fretté c/ France* du 26 février 2002, §§ 48-51.

⁷⁹⁸§ 28 de l'arrêt, A.11. Pour le Professeur J.-F. Renucci, l'égalité des armes est l'une des garanties implicites qui a été déduite par le juge européen de la clause générale sur le procès équitable (*Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 1ère éd., 1999, p.189).

à la justice⁷⁹⁹ et constitue une composante du droit à un procès équitable. Pour la Cour, en effet, "*Le principe de l'égalité des armes n'épuise pas le contenu*" du § 1 de l'article 6 mais "*ne constitue qu'un aspect de la notion plus large de procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial*"⁸⁰⁰.

Expression d'une dialectique de l'égalité et de l'équité, la règle de droit prescrit l'équité dont l'égalité est l'un des instruments de réalisation⁸⁰¹. Dans cette perspective, l'égalité des armes suppose l'absence de différence de traitement, c'est-à-dire signifie qu'aucune des parties ne doit être désavantagée dans sa relation avec l'autre partie. Elle "*implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire*"⁸⁰². Il s'agit avant tout d'éviter que l'accusé ne se trouve dans une situation désavantageuse par rapport à l'accusation⁸⁰³. A titre d'exemple, dans l'affaire *Borgers c/ la Belgique*, la Cour condamne la différence de traitement entre le ministère public et l'accusé en matière d'examen d'un appel ou d'un pourvoi en cassation : ce dernier n'a pas eu la possibilité de discuter les conclusions du parquet et ce déséquilibre a été accentué par la participation au délibéré, avec voix consultative, de l'avocat général lequel a ainsi disposé de la possibilité "*d'appuyer à l'abri de la contradiction du requérant, ses conclusions de rejet du pourvoi*"⁸⁰⁴.

Pour la Cour EDH, "*le principe de l'égalité des armes constitue un élément plus large de la notion de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure pénale*"⁸⁰⁵ et implique de protéger l'égalité des parties devant le juge et de garantir l'effectivité du débat contradictoire. Comme le souligne le Professeur Hélène Ruiz-Fabri, il n'est pas indispensable que chaque partie soit dans une situation identique. "*Il s'agit bien plutôt que chaque partie puisse discuter toute affirmation et argument de l'autre*"⁸⁰⁶. Dès lors, le renvoi par le Conseil d'Etat des questions d'interprétation des traités au ministre des Affaires étrangères sans que le requérant dispose d'une quelconque

⁷⁹⁹F.Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, col. Droit fondamental, 5ème éd., 2001, p.249.

⁸⁰⁰Arrêt Delcourt, préc., § 28.

⁸⁰¹H. Ruiz-Fabri, op.cit, p.50.

⁸⁰²Arrêt Cour EDH *Dombo Beheer B. V. c/ Pays-Bas*, 27 octobre 1993, A.274, § 33. Cf. F. Sudre, *chron. JCP*, Ed. G, I, 1994, 3742.

⁸⁰³Pour la Cour, "Un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse" (arrêt Delcourt, préc., § 34).

⁸⁰⁴Arrêt préc., § § 24-29.

⁸⁰⁵Arrêt *Brandstetter c/ Autriche*, 28 août 1991, A.211, § 66. Le contradictoire qui n'est pas expressément mentionné par l'article 6 de la Convention est donc déduit du principe de l'égalité des armes.

⁸⁰⁶Op.cit, p.60.

possibilité d'action⁸⁰⁷ ou le fait que le ministère public près la Cour de cassation française dispose, avant la rédaction de ses conclusions et contrairement aux requérants, du rapport du conseiller rapporteur constituent une rupture de l'égalité des armes⁸⁰⁸.

Chaque partie doit pouvoir exposer sa cause et se faire entendre à tous les stades de la procédure sans être nettement désavantagée par rapport à l'autre partie. Mais, pour la Cour de Strasbourg, le principe du contradictoire s'applique non seulement aux rapports entre les parties entre elles mais également aux relations entre les parties et le ministère public et à celles entre les parties et le juge. Ainsi interprété, le contradictoire comprend deux garanties : une garantie traditionnelle selon laquelle les parties doivent avoir les mêmes droits et une garantie nouvelle fondée sur une conception "*renouvelée*" du contradictoire⁸⁰⁹ qui implique l'égalité entre les parties et les différents acteurs de la procédure, membres ou non de la formation de jugement. La première garantie est manifestement guidée par un légitime souci de respecter l'effectivité du contradictoire. En revanche, en réservant une place importante aux "*apparences*" et "*à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice*", la seconde ne conduit pas toujours à prendre en compte la réalité des atteintes portées aux droits des justiciables⁸¹⁰. L'ordre juridique français se trouve naturellement confronté à cette double exigence.

Pour autant, si le juge européen retient une acception matérielle de la notion de tribunal, c'est un critère organique - la qualité de juridiction au sens du droit interne - qui constitue la *summa divisio* au sein des organes étudiés. En effet, il paraît indubitable que les organes juridictionnels respectent moins bien l'égalité des armes et que la nature même de juridiction - alliée parfois à l'ancienneté de la juridiction - conduit le juge et le législateur à une prudence certaine. Ainsi, paradoxalement, ce sont les organes non juridictionnels qui, en définitive, respectent le mieux les exigences européennes.

⁸⁰⁷ Arrêt Beaumartin c/ France, 24 novembre 1994, A, 296-B. La Cour souligne que "l'interposition de l'autorité ministérielle, décisive pour l'issue du contentieux juridictionnel, ne se prêtait à aucun recours de la part des intéressés qui n'avaient d'ailleurs eu aucune possibilité de s'exprimer sur l'utilisation du renvoi préjudiciel et sur le libellé de la question" (§ 38).

⁸⁰⁸ Arrêt du 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France, JCP G, 2000, II, 10074, note S. Soler.

⁸⁰⁹ S. Soler, note préc., p. 807.

⁸¹⁰ Arrêt de la Cour EDH du 30 octobre 1991, Borgers c/ Belgique, préc., § 24. Le Gouvernement soutenait que le ministère public près la Cour de cassation n'était pas une partie à l'instance devant elle de telle sorte que l'on ne pouvait pas le considérer comme un adversaire. Mais, pour la Cour, si l'objectivité du parquet de cassation ne peut être mise en doute, "son opinion ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties à l'instance en cassation ; en recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi d'un accusé, le magistrat du ministère public en devient l'allié ou l'adversaire objectif. Dans la seconde hypothèse, l'article 6 § 1 impose le respect des droits de la défense et du principe de l'égalité des armes" (§ 26). Sur le recours à la théorie des apparences, Cf. également l'arrêt Kress préc.

L'égalité des armes comprend donc une double garantie : l'une traditionnelle - le respect de l'égalité entre les parties *stricto sensu* - (§ I) et l'autre nouvelle - le respect de l'égalité entre les parties *lato sensu* - (§ II).

§ I - Une garantie traditionnelle : l'égalité entre les parties stricto sensu

Aux différents stades de la procédure, l'égalité doit être assurée entre les parties c'est-à-dire par rapport à la partie adverse. Le justiciable doit pouvoir exposer sa cause et avoir connaissance et discuter toute pièce ou observation présentée au juge. Le principe de l'égalité des armes "*sous-entend le respect des droits de la défense ou encore la nécessité d'un débat contradictoire*"⁸¹¹. Il se traduit notamment par la notification des griefs, l'accès aux pièces et au dossier, la discussion des pièces ou le droit d'être entendu.

L'étude permet d'établir que les juridictions spécialisées au sens du droit interne sont paradoxalement moins respectueuses des principes européens que les autorités de régulation. En effet, il existe, semble-t-il, de plus fortes résistances de la part du juge et du législateur pour mettre en conformité les règles régissant certaines de ces juridictions. Peu nombreuses néanmoins sont les instances qui ne se conforment pas au principe de l'égalité entre les parties *stricto sensu*.

A - Les organes non juridictionnels au sens du droit interne

Les organes non juridictionnels offrent une image contrastée. En effet, si les règles applicables aux autorités de régulation se caractérisent par une homogénéité certaine, ce qui atteste de l'existence d'une "*sorte de droit commun de la régulation (...) notamment en matière de procédure*"⁸¹², les règles applicables aux autres organes non juridictionnels sont nettement moins protectrices des droits des intéressés.

Trois organes méconnaissent manifestement le principe de l'égalité des armes.

⁸¹¹J. - F. Renucci, *op.cit.*, p.205.

⁸¹²M. A. Frison-Roche, "Les autorités de régulation françaises modifient leur fonctionnement interne", *Le Monde*, 14 février 1999.

Il s'agit tout d'abord de la Commission des infractions fiscales qui ignore presque totalement le principe du contradictoire⁸¹³. Mais l'applicabilité de l'article 6 de la Convention à cet organe semble devoir être écartée.

Il s'agit ensuite de la Commission bancaire lorsqu'elle intervient en tant qu'autorité administrative dans le cadre de la procédure d'urgence. La Commission est alors habilitée à désigner un administrateur provisoire ou un liquidateur "*sans procédure contradictoire*", "*lorsque les circonstances particulières le justifient*"⁸¹⁴. Or lorsqu'elle prononce de telles mesures, la Commission devrait respecter l'article 6 § 1 qui est applicable. Le contradictoire sera cependant appliqué dans le cadre de la procédure dite normale lorsque la Commission décidera de confirmer ou de lever la mesure au bout d'une période de trois mois. Il faut relever ici que l'intervention du législateur en 1994 est allée à contre-courant de la tendance générale au renforcement des garanties accordées au "justiciable". En effet, désormais, ces pouvoirs de la Commission bancaire ne ressortent plus de sa compétence juridictionnelle mais de sa compétence en tant qu'autorité administrative. Partant, dans la mesure où pour le Conseil d'Etat l'applicabilité de l'article 6 § 1 est conditionnée par l'existence d'une juridiction, le contradictoire peut ne pas être respecté. Cette réforme législative s'explique par la crainte de voir la Commission bancaire perdre de son efficacité, crainte alimentée par la reconnaissance par la Haute juridiction administrative de l'applicabilité de l'article 6 § 1 à la procédure de nomination d'un administrateur provisoire lorsque cette compétence ressortissait encore aux termes de la loi bancaire de la compétence juridictionnelle de la Commission⁸¹⁵.

Il faut enfin s'intéresser à la procédure suivie par la commission de discipline habilitée à infliger des sanctions disciplinaires aux détenus. Certes, le droit disciplinaire pénitentiaire a récemment connu, sous l'action du législateur, une évolution favorable au respect des droits

⁸¹³La procédure se caractérise notamment par le fait que les pièces du dossier sont couvertes par le secret et ne sont pas communiquées au contribuable et par l'impossibilité pour le contribuable de présenter des observations orales et de répondre aux arguments de l'Administration.

⁸¹⁴Article 48-II de la loi bancaire inséré par la loi modificative du 8 août 1994. Il s'agit de circonstances justifiant notamment des mesures d'urgence. Dans ce cas, la Commission bancaire est considérée comme exerçant un pouvoir de police qui ne saurait attendre et qui doit permettre la sauvegarde de l'équilibre financier des établissements de crédit et autres sociétés d'investissement. Ces "circonstances particulières" font cependant l'objet d'une interprétation large de la part du Conseil d'Etat (CE, 21 février 1997, Vuillième, Rec. p.693 (tables), obs., RJDA, 1997, n°669).

⁸¹⁵CE, 29 juillet 1994, SNC Jean Guiraud et Cie, Rec. p.394. La décision de la Commission bancaire est annulée pour non respect du contradictoire alors même qu'elle avait été adoptée dans des conditions d'urgence.

des détenus⁸¹⁶. Mais, si les réformes entreprises ont sans conteste conduit à un rapprochement des règles du droit disciplinaire pénitentiaire avec celles du droit pénal, pour autant, le droit applicable souffre encore d'insuffisances et la procédure suivie ne se conforme pas à toutes les garanties du procès équitable.

Lorsqu'un incident susceptible de justifier le prononcé d'une sanction a lieu, un compte rendu est rédigé par l'agent de l'administration pénitentiaire qui a assisté à cet incident ou qui en a été informé. Une instruction disciplinaire est alors ouverte sous la conduite d'un surveillant gradé. Ce dernier entend les personnes - détenus et surveillants notamment - qui sont susceptibles de lui fournir des renseignements sur l'incident. A l'issue de cette instruction, il établit un rapport qui comprend les déclarations des personnes entendues et doit inclure des éléments de fait et des renseignements concernant la personnalité du détenu⁸¹⁷. Ce rapport est transmis au chef d'établissement lequel est l'autorité de poursuite en tant que président de la commission de discipline. Il peut donc décider de convoquer la commission de discipline laquelle peut juger le détenu ou abandonner les poursuites auquel cas le rapport d'incident est classé au dossier du détenu⁸¹⁸.

Le chef d'établissement peut se faire communiquer "*tout élément d'information complémentaire*"⁸¹⁹.

Le détenu dispose de quinze jours à compter de la notification de la décision de la commission pour la déférer au directeur régional des services pénitentiaires. Il s'agit d'un recours hiérarchique obligatoire⁸²⁰ dont l'exercice conditionne la recevabilité d'un recours juridictionnel ultérieur.

La procédure disciplinaire pénitentiaire présente à l'évidence de graves insuffisances. Tout d'abord, la notification des faits à l'intéressé intervient très tardivement. En effet, ce n'est qu'à l'issue de l'instruction que le détenu est officiellement informé de l'accusation portée contre lui. En outre, l'article D.250-1 du Code de procédure pénale n'exige pas que la base

⁸¹⁶Cette évolution a été amorcée avec le décret n°96-287 du 2 avril 1996 réformant la discipline pénitentiaire, JORF du 5 avril 1996, p.5260.

⁸¹⁷Article D. 250-1 du Code de procédure pénale.

⁸¹⁸Rappelons que la commission de discipline est présidée par le directeur de la prison (ou son délégué) et comprend deux membres du personnel de surveillance (dont l'un appartient à le grade de surveillant) et un secrétaire (article D.250-2 du Code de procédure pénale).

⁸¹⁹Article D.250-1 du Code de procédure pénale.

Il semble que la charge de la preuve appartienne à l'administration. Cf. en ce sens M. Herzog-Evans et J. - P. Céré, "La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence", D. 1999, chron., pp.511-512.

⁸²⁰Article D.250-5 du Code de procédure pénale. Le directeur régional dispose d'un délai d'un mois maximum à compter de la réception du recours pour y répondre par une décision motivée. L'absence de réponse dans ce dlai équivaut à une décision de rejet. Dans ce cas, la décision de la commission de discipline est donc confirmée.

juridique des faits reprochés soit référencée⁸²¹. Dans la pratique, au début de l'action disciplinaire, le détenu n'est souvent informé que par oral qu'un rapport d'incident est établi à son sujet. Il n'a pas forcément à connaître le contenu de ce rapport⁸²².

Depuis le 1er novembre 2000, date d'entrée en vigueur de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, le détenu peut être assisté par un avocat ou un mandataire⁸²³. Mais en dépit de cette avancée, l'intéressé ne bénéficie pas pleinement des droits de la défense. Il dispose tout d'abord d'un temps extrêmement court pour la préparer – trois heures à peine - alors même que le Code de procédure pénale autorise une défense écrite⁸²⁴.

Si l'avocat, ou le détenu lorsqu'il assure personnellement sa défense, a désormais accès au dossier, la circulaire d'application du 31 octobre 2000 limite sérieusement la portée de la réforme entreprise. En effet, elle exige l'agrément, sous conditions, du mandataire par l'administration pénitentiaire. En outre, elle exclut la mise en oeuvre d'une assistance "*lorsque la réunion de la commission de discipline ne peut être différée*"⁸²⁵. Autrement dit, le détenu ne bénéficie pas d'une assistance lorsque la commission se réunit trois heures après la commission des faits. Cette absence de garantie est sévèrement critiquée. Comme le relève M. Jean-Paul Céré, "*C'est oublier que le délai de convocation est, au minimum, de trois heures et un avocat (ou un mandataire) pourrait très bien intervenir pendant ce laps de temps. L'exclusion des avocats, sous le prétexte fallacieux de l'urgence, est anachronique au moment même où ceux-ci vont pouvoir se déplacer dans les locaux de police ou de gendarmerie dès la première heure de garde à vue*"⁸²⁶.

Le détenu ne dispose pas du droit de faire citer des témoins. En effet, la citation de témoins est tributaire du président de la commission de discipline auquel le Code de procédure pénale confère en la matière un pouvoir discrétionnaire⁸²⁷.

Le Code de procédure pénale prévoit seulement la présence d'un interprète lorsque le détenu est incapable de s'exprimer ou de comprendre le français "*dans la mesure du*

⁸²¹Cf. en ce sens Jean-Paul Céré, "L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison", JCP G 2001, I, 316, p.872.

⁸²²Cf. M. Herzog-Evans et J.-P. Céré, op.cit, p.513.

⁸²³JORF du 13 avril 2000, p.5646.

La loi ne prévoit pas la prise en charge des frais d'avocat au titre de l'aide juridictionnelle. Par ailleurs, l'assistance d'un avocat ou d'un mandataire n'est pas prévue pour la mise en isolement provisoire et en cas d'incident grave (Cf. J. - P. Céré, "L'article 6 ...", op.cit, p.873).

⁸²⁴Article D. 250-2 du Code de procédure pénale.

⁸²⁵Circulaire NOR JUS E0040087 C, 31 octobre 2000, n°2.3 citée par J. - P. Céré, "L'article 6", op.cit, p.873.

⁸²⁶"L'article 6 ...", op.cit, p.873.

⁸²⁷Article D.250-4 du Code de procédure pénale.

*possible*⁸²⁸. De surcroît, l'assistance d'un interprète n'est prévue que pour l'audience disciplinaire.

Enfin, il faut rappeler que la procédure se caractérise également par l'absence de publicité des débats.

La grande loi pénitentiaire dont l'adoption était annoncée aurait peut-être remédié en tout ou partie à ces insuffisances⁸²⁹, mais il semble que le projet ait été sinon abandonné du moins repoussé.

On aurait pu estimer *a priori* que le respect de l'égalité entre les parties serait plus scrupuleusement assuré par les organes juridictionnels selon le droit interne et non par des instances non juridictionnelles dont les décisions font de surcroît l'objet d'un contrôle de pleine juridiction, au sens européen du terme, par des juridictions se conformant à l'article 6⁸³⁰. Or force est de constater que des règles protectrices voire même les règles les plus protectrices s'appliquent à ces organes non juridictionnels, particulièrement pour les autorités administratives de régulation créées ces dernières décennies. Ainsi, la procédure devant le Conseil supérieur de l'audiovisuel est-elle réellement contradictoire. A l'issue de l'instruction, le Conseil notifie les griefs et le rapport - établi par un rapporteur - au titulaire de l'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuel. Ce dernier peut consulter le dossier et présenter ses observations écrites ; il peut ensuite être entendu par le CSA. Enfin, il peut se faire représenter ou assister⁸³¹. Le Conseil des marchés financiers ou l'Autorité de Régulation des Télécommunications⁸³² respectent également l'égalité entre les parties comme la Commission de surendettement des particuliers, commission administrative créée en 1989, dont l'action est en partie soumise au contrôle du juge de l'exécution lequel exerce alors un contrôle de pleine juridiction au sens de la CEDH. L'absence d'un contentieux interne relatif au respect de l'article 6 par cette dernière institution est, à n'en pas douter, révélatrice de l'inexistence d'atteintes au droit à un procès équitable.

⁸²⁸ Article D.250-4.

⁸²⁹ Il faut rappeler que l'infliction de certaines sanctions comme l'isolement peut être décidée sans que l'intéressé bénéficie de toutes les garanties évoquées et ce alors que l'article 6, matière pénale, paraît applicable.

⁸³⁰ On rappellera que le juge interne a pu cependant juger l'article 6 applicable à certaines de ces instances.

⁸³¹ La procédure n'est pas contradictoire pour la sanction la plus faible à savoir la suspension. Cependant, le titulaire de l'autorisation suspendue pourra faire valoir ses droits devant le Conseil d'Etat qui exerce un contrôle de pleine juridiction.

⁸³² L'article 36-11, alinéa 2, de la loi du 26 juillet 1996 prévoit que "les sanctions sont prononcées après que l'opérateur a reçu notification des griefs et a été mis à même de consulter le dossier et de présenter ses observations écrites et verbales".

Le juge judiciaire veille d'ailleurs au respect de l'article 6. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, s'agissant du respect des droits de la défense, a-t-elle pu reprocher au ministre de l'Economie d'avoir fait procéder par ses services à des enquêtes à l'effet d'établir les éléments d'une dépendance économique après la décision du Conseil de la concurrence ayant rejeté sa saisine. La Cour écarte des débats ces rapports d'enquête dans la mesure où le ministre "*ne pouvait faire usage de ses prérogatives de puissance publique sans méconnaître le principe du procès équitable posé par l'article 6 de la Convention EDH et celui du respect des droits de la défense*"⁸³³.

B - Les juridictions au sens du droit interne

Les juridictions étudiées sont d'une part les organes disciplinaires et d'autre part les juridictions spécialisées.

1 – Les organes disciplinaires

La procédure suivie devant les organes disciplinaires étudiés - lesquels sont pour la plupart tenus de se conformer aux exigences de l'article 6 de la Convention - est globalement respectueuse du principe de l'égalité entre les parties⁸³⁴. Le juge interne n'a pas manqué de rappeler que les parties devaient disposer des mêmes droits à tous les stades de la procédure. C'est ainsi que le Conseil d'Etat estime que le principe du contradictoire n'est pas violé quand le mémoire produit par le médecin-conseil devant la section disciplinaire du Conseil de l'ordre des médecins n'a été adressé que deux jours avant l'audience car "*il ne comportait aucun élément sur lequel l'intéressé n'avait été antérieurement mis à même de présenter ses observations*"⁸³⁵. En revanche, la procédure suivie devant le Conseil de l'Ordre des avocats enfreint le principe du contradictoire lorsque les procès-verbaux d'audition des parties ne figurent pas dans le dossier d'enquête, l'avocat poursuivi étant alors dans l'impossibilité de prendre connaissance des déclarations du plaignant et de s'en expliquer⁸³⁶.

⁸³³CA Paris, 25 mai 1994, BOCCRF 24 juin 1994, p.236.

⁸³⁴Par exemple, dans le cadre de la procédure suivie devant le Conseil supérieur de l'éducation, le rapport qui comprend un exposé des faits et des moyens des parties et les pièces d'instruction peuvent être consultés par les deux parties et les parties échangent leurs observations pendant l'audience (art. 19 et 20 du décret 90-468).

⁸³⁵CE, 29 mai 2000, Tran, req. 198510.

⁸³⁶Cour cass., 1ère Civ., 24 janvier 1995, JCP 1995, IV, p.728.

L'égalité entre les parties ne doit pas seulement être effective lors de l'instruction et de l'audience mais également dans l'exercice des voies de recours. Ainsi, dans un arrêt Zurmely du 7 juin 2000, le Conseil d'Etat a jugé contraire à l'article 6 § 1 de la CEDH l'octroi d'un délai supplémentaire de huit jours reconnu au recteur par rapport à un requérant pour former un appel des décisions des sections disciplinaires devant le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche, "*aucune nécessité objective de fonctionnement de l'administration*", ni aucun "*motif d'intérêt général*" ne justifiant une telle différence de traitement dans la formation des appels.

En définitive, on constate une prise en compte croissante des prescriptions de l'article 6 de la Convention par le juge interne. Ainsi, s'agissant du contentieux devant l'Ordre des pharmaciens, le Conseil d'Etat a pendant longtemps jugé que la présence d'un représentant du ministre de la Santé aux délibérations du conseil central n'était pas contraire aux principes du respect des droits de la défense et du caractère contradictoire de la procédure alors même que la plainte émanait du ministre⁸³⁷. Désormais, il estime que la présence, avec voix consultative, du pharmacien - inspecteur général représentant le ministre de la Santé - au sein du Conseil national de l'Ordre siégeant en appel est contraire à "*l'équité du procès*" telle qu'elle est énoncée à l'article 6 de la CEDH lorsque la plainte émane en première instance du directeur régional des affaires sanitaires et sociales, fonctionnaire placé sous l'autorité du ministre de la Santé⁸³⁸.

Il faut également souligner que l'action du législateur a conduit à soumettre certaines procédures spécifiques au respect des règles de droit commun. Ainsi, les différentes procédures suivies devant le Conseil de l'Ordre des avocats ou le bâtonnier doivent respecter le principe du contradictoire au sens des articles 14, 15 et 16 du NCPC dans la mesure où "*Il est procédé comme en matière civile pour tout ce qui n'est pas réglé par le (...) décret*" du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat⁸³⁹. Le juge interne veille au respect effectif de ces garanties. S'agissant de la procédure relative aux contestations concernant le montant et le recouvrement des honoraires des avocats, la Cour d'appel de Douai a ainsi annulé, dans une ordonnance du 10 décembre 1996, SA Nord Distribution c. Mme X., une décision du bâtonnier, ce dernier s'étant "*cru autorisé à rendre sa sentence, sans convoquer ni aviser les parties, une deuxième décision, aujourd'hui entreprise, ne comprenant pas davantage de motifs, ordonnant le paiement d'une somme complémentaire alors que cette pratique*

⁸³⁷CE, 14 janvier 1981, Putot, RDSS, 1981, p.263, obs. J. M. Auby ; CE, 17 janvier 1986, Sébé, Inf. Pharm., 1986, p.106, obs. G. V. ; CE, 3 juin 1988, Bergès, ibid, 1988, p.609, obs. G. V.

⁸³⁸CE, 8 décembre 2000, Montgauze, req. 198372.

⁸³⁹Article 277 du décret du 27 novembre 1991.

fondamentalement contraire aux principes de la contradiction judiciaire est interdite par les art. 462 et 463 nouv. C. pr. civ."⁸⁴⁰.

La Cour de cassation a également donné plein effet à l'article 277 du décret du 27 novembre 1991 en faisant une application croissante du droit commun à cette procédure de contestation des honoraires d'avocat⁸⁴¹.

Toutefois, parmi les juridictions au sens du droit interne, certaines ne paraissent pas respecter les principes du procès équitable.

2 – Les juridictions spécialisées

Quand bien même la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence⁸⁴² a apporté des améliorations importantes, la procédure en matière d'application des peines souffre encore de certaines insuffisances qui font douter de sa conventionnalité.

Jusqu'au 1er janvier 2001, date d'entrée en vigueur de la loi, les intéressés ne bénéficiaient pas du respect des droits de la défense et seul le procureur de la République, par ailleurs membre de la commission d'application des peines, était habilité à former un recours devant le tribunal correctionnel contre les décisions du juge d'application des peines⁸⁴³. Depuis lors, la plupart des décisions du juge d'application des peines sont qualifiées de décisions juridictionnelles et la procédure qui leur est appliquée est plus respectueuse des droits des intéressés⁸⁴⁴. La loi prévoit en effet le respect du principe du contradictoire. Le condamné doit pouvoir présenter ses observations et donc être entendu. Son avocat pourra "*le cas échéant*" faire également part de ses observations. Le procureur de la République est entendu en ses réquisitions.

Les décisions juridictionnelles sont désormais motivées et peuvent faire l'objet d'un recours par l'intéressé devant une cour d'appel qui suivra une procédure respectueuse du contradictoire.

⁸⁴⁰Somm. Gazette du Palais, 23-24 juillet 1997, pp.14-15.

⁸⁴¹Cf. en ce sens Antoine Steff, "Les contestations en matière d'honoraires d'avocat", Rapport de la Cour de cassation 1999, La Documentation française.

⁸⁴²JORF du 16 juin 2000, p.9038.

⁸⁴³Sur la procédure avant la loi du 15 juin 2000, Cf. M. Herzog-Evans, "Les droits de la défense et la prison. Actualité du droit pénitentiaire français", RTDH, 2001, pp.35-41.

⁸⁴⁴Néanmoins, certaines décisions sont toujours considérées comme constituant des mesures d'administration judiciaire et ne bénéficient pas de ces avancées. Ainsi en est-il des décisions touchant aux réductions de peines lesquelles relèvent pourtant de la matière pénale au sens de l'article 6.

Certaines garanties du procès équitable ne sont cependant pas prévues par la loi. Ainsi en est-il de l'accès au dossier par l'avocat ou par l'intéressé si celui-ci décide de se défendre seul, de la citation de témoins ou de la réalisation d'expertises⁸⁴⁵.

Les exigences de l'article 6 paraissent également méconnues par des juridictions appelées à se prononcer sur des contentieux techniques dans le domaine social, alors même que leurs décisions ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de pleine juridiction par une instance se conformant pleinement aux prescriptions conventionnelles. Ainsi en est-il de la procédure suivie devant la Commission départementale des travailleurs handicapés et des mutilés de guerre dans l'exercice de sa compétence juridictionnelle qui est assez peu protectrice de l'égalité entre les parties, la Commission n'entendant les parties que si celles-ci en font la demande. Cependant, l'applicabilité de l'article 6 à cette instance est pour le moins incertaine. En revanche, la procédure devant la Commission centrale d'aide sociale - *a priori* assujettie à ces exigences - paraît méconnaître l'égalité des armes dans la mesure où, en l'absence de demande formelle du requérant, les textes internes n'obligent la Commission ni à l'aviser des dossiers fournis par l'Administration ni à l'inviter à prendre connaissance de l'ensemble du dossier⁸⁴⁶. Elle ne paraît pas non plus respecter l'égalité entre les parties *lato sensu*. Il faut dire que les réticences à se conformer aux exigences européennes sont plus marquées lorsqu'il s'agit du respect de cette garantie nouvelle.

§ II - Une garantie nouvelle : le respect de l'égalité entre les parties *lato sensu*

Lorsqu'elle examine une allégation de violation du principe de l'égalité des armes, la Cour européenne accorde une attention particulière aux "*apparences*"⁸⁴⁷, ce qui l'a conduit à imposer une conception très large de la notion d'égalité des armes. A titre d'exemple, dans l'arrêt Vermeulen, elle estime que l'impossibilité pour l'intéressé de répondre aux conclusions du ministère public avant la clôture de l'audience et la participation de ce magistrat avec voix consultative à la délibération sont contraires au "*droit à une procédure contradictoire*" alors même qu'elle reconnaît qu'il s'agit d'un magistrat indépendant qui formule un avis "*objectif et*

⁸⁴⁵On peut par ailleurs relever que le régime des libérations conditionnelles n'est pas exempt de critiques. Sur cette question, Cf. M. Herzog-Evans, *op.cit.*, pp.43-46.

⁸⁴⁶CE, 17 mars 1993, Mme Gabeur, *Leb. Tables*, p.541.

⁸⁴⁷Arrêt Borgers préc., § 24. Cf. *supra*.

*motivé en droit*⁸⁴⁸. La Cour condamne donc l'existence d'un déséquilibre entre les parties⁸⁴⁹ mais donne un sens particulier à cette notion. En effet, une partie, au sens de la Convention, est "*celle qui propose sa vision du litige ou du droit (...) qu'elle soit personne particulière ou personne institutionnelle*". La qualité de partie tient donc à "*la volonté d'imposer au juge son interprétation de la loi*"⁸⁵⁰. Dans cette perspective, le droit à une procédure contradictoire "*implique la faculté pour les parties à un procès pénal ou civil de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter*"⁸⁵¹.

Cette "*conception en voie d'élargissement du contradictoire*"⁸⁵² conduit notamment à se demander quelle contradiction doit exister entre le justiciable et un magistrat chargé de présenter des conclusions ou un rapport à la formation de jugement dans la mesure où l'absence de communication préalable du rapport ou des conclusions peut être constitutive d'une violation du contradictoire.

Sévèrement critiquée par d'éminents spécialistes⁸⁵³ et peu familière aux juristes français, cette conception extensive de la notion de partie suscite des réactions contrastées. Mais surtout, sa mise en œuvre risque de conduire à terme à la remise en cause des règles de fonctionnement d'un certain nombre d'organes⁸⁵⁴.

On constate à nouveau qu'il est plus aisé pour les organes non juridictionnels que pour les juridictions spécialisées de se conformer à cette garantie nouvelle.

A - Les organes non juridictionnels au sens du droit interne

⁸⁴⁸Arrêt préc., § 33 et § 31.

⁸⁴⁹La Cour condamne seulement les différences de traitement entre les parties. Ainsi, il n'y a pas violation de l'égalité des armes lorsqu'aucune des parties au litige devant un tribunal fédéral n'a pu avoir connaissance des observations du tribunal cantonal transmises au seul tribunal fédéral (arrêt Cour EDH, Nideröst-Huber c/ Suisse, 18 février 1997, Rec. 1997-I, n°29).

⁸⁵⁰S. Soler, note préc., pp.808-809. Cf., dans le même sens, J. Callewaert, "Au-delà des apparences ... d'un revirement", obs. sur l'arrêt Borgers préc., RTDH, 1992, p.209.

⁸⁵¹Arrêt Vermeulen, préc., § 33

⁸⁵²H. Ruiz-Fabri, op.cit, p.63.

⁸⁵³Commentant les arrêts Lobo Machado c/ Portugal et Vermeulen c/ Belgique, le Professeur Frédéric Sudre estime que la Cour EDH "méconnaît le rôle réel tenu ... par le Ministère public auprès des juridictions supérieures", "cède ici à un excès de formalisme et prend le risque de heurter des traditions juridiques bien établies qui ... ne mettent pas en péril les droits des justiciables" (Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, chron., JCP G, I, 1997, 4000, p.74). Cf. également la note préc. sur l'arrêt Kress c/ France.

⁸⁵⁴Cf. en ce sens les remarques de M. le Procureur Général Jean-François Burgelin et de M. le Premier Président Guy Canivet lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 11 janvier 2002, JCP G, 2002, act. 54-55, 23 janvier 2002.

La compatibilité avec l'article 6 § 1 de la participation du rapporteur au délibéré d'autorités de régulation a été à l'origine d'une importante jurisprudence interne abondamment commentée. Mais il existe en la matière une certaine confusion. En effet, le juge administratif envisage cette question sous l'angle de l'impartialité à propos du Conseil des marchés financiers⁸⁵⁵ et considère, en tout état de cause, que le contradictoire ne s'applique pas aux relations entre le juge et les parties⁸⁵⁶. Quant au juge judiciaire, il relève soit une violation du principe d'impartialité⁸⁵⁷ soit un manquement à l'égalité des armes. De surcroît, la position qu'il adopte ne manque pas de susciter des interrogations dans la mesure où il paraît avoir une conception plus exigeante de l'égalité des armes pour des autorités de régulation que pour une juridiction - en l'espèce, la Cour de cassation elle-même.

La juridiction suprême adopte donc une démarche volontariste en imposant le respect de l'égalité des armes par certaines autorités de régulation dont les décisions peuvent faire l'objet de recours de pleine juridiction au sens de la Convention devant des instances se conformant pleinement aux exigences conventionnelles⁸⁵⁸. Cette position maximaliste qui n'est pas contraire à la Convention - laquelle ne fixe que des garanties minimales - a eu d'importantes conséquences et a conduit le législateur à modifier les règles applicables à ces autorités. Ces réformes ont eu pour conséquence de réduire de manière sensible les différences existantes touchant la qualité de la procédure suivie entre autorités de régulation et juridictions au sens du droit interne.

Dans un arrêt Oury du 5 février 1999, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation censure le fonctionnement de la COB pour violation du principe d'impartialité mais n'examine pas certains motifs de violation pourtant relevés par l'arrêt déféré de la Cour d'appel de Paris parmi lesquels figure la violation du principe du contradictoire résultant de l'absence de communication du rapport de présentation orale du rapporteur à la défense avant l'audience de la COB⁸⁵⁹. Cette exigence paraissait d'autant plus s'imposer que le rapporteur n'est pas un *amicus curiae* mais bien le porte-parole du dossier constitué à charge en vue du jugement de la Commission. Mais on pouvait craindre que la Cour de cassation n'adopte une position restrictive en la matière. En effet, s'agissant de la procédure devant sa chambre criminelle, elle estime qu'il suffit que les parties aient la possibilité de répondre à l'intervention de l'avocat général à l'audience pour que le principe du contradictoire soit respecté alors que la

⁸⁵⁵CE, sect., 3 décembre 1999, Didier, req. n°207434, JCP G, n°10, 2000, 10267, note F. Sudre.

⁸⁵⁶Cf. infra.

⁸⁵⁷Cass. Ass. plén., 5 février 1999, Oury, à propos de la Commission des opérations de bourse, JCP G, 1999, 10060, note H. Matsopoulou.. Cf. la section 4 relative au principe d'impartialité.

⁸⁵⁸Cf. Cour EDH, Albert et Le Compte, 28 janvier 1983, A n°58, § 29.

⁸⁵⁹Arrêt préc. Cf. note 41.

jurisprudence européenne exige la communication à la défense du sens des conclusions de l'avocat général avant l'audience⁸⁶⁰. En tout état de cause, la censure du fonctionnement de la COB par le juge judiciaire pour violation du principe d'impartialité a indirectement conduit à un plus grand respect du principe de l'égalité des armes par la COB. En effet, avant la réforme d'août 2000, la personne mise en cause était convoquée à la séance de la Commission dix jours au moins avant la date de sa tenue et le rapport rédigé par le rapporteur était joint à l'envoi de la convocation. Depuis, le décret n°2000-721 du 1er août 2000 prévoit la communication du rapport à la personne mise en cause au moins un mois avant la date de la séance de la COB afin que celle-ci puisse préparer sa défense.

Touchant le Conseil de la concurrence dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction au sens de la Convention, la Cour de cassation juge l'assistance au délibéré sans voix délibérative du rapporteur général et du rapporteur de l'affaire contraire à l'article 6 § 1 pour violation de l'égalité des armes⁸⁶¹. Il y a violation de l'article 6 § 1 dès lors que le rapporteur "*a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits*". Après que le Conseil de la concurrence eut décidé de suspendre la participation du rapporteur au délibéré à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation Oury, le législateur a tiré toutes les conséquences de la position adoptée par le juge judiciaire en modifiant l'article L. 463-7 du Code du commerce lequel exclut désormais l'assistance des rapporteurs au délibéré du Conseil de la concurrence lorsque celui-ci se prononce sur l'infliction de sanctions ou en matière d'injonctions⁸⁶². Un autre aspect de la procédure devant le Conseil de la concurrence retient l'attention. Toutes les pièces peuvent être consultées sauf les conclusions ou le mémoire du commissaire du gouvernement lequel n'a pas la qualité de partie ni le pouvoir d'émettre des griefs⁸⁶³. Le dépôt par le commissaire du gouvernement d'observations écrites en réponse au rapport n'ouvre aux parties aucun nouveau délai de réplique par écrit, celles-ci étant en mesure de répondre utilement à cet avis lors de la séance du Conseil⁸⁶⁴. Certains auteurs jugent sévèrement cette atteinte au principe du contradictoire qui bénéficie au représentant de

⁸⁶⁰Si pour la Cour EDH, les conclusions de l'avocat général près la Cour de cassation sont soumises au principe du contradictoire, la chambre criminelle de la Cour de cassation estime quant à elle qu'aucune disposition légale n'impose au conseiller-rapporteur de communiquer à quiconque son projet de rapport, ni le projet d'arrêt qu'il a préparé" (Cass. crim., 6 mars 2001, D. 2001, inf. rap. p.1515). La communication du projet de rapport au seul avocat général n'est pas contraire au principe du contradictoire.

⁸⁶¹CA Paris, 16 juin 1999, SA Canal plus c/ SNC TPS, JCP 2000. II.10254 ; Cass. com., 5 octobre 1999, SNC Campenon Bernard c/ Ministre de l'Economie, BOCCRF n°2 du 18 février 2000, p.61.

⁸⁶²Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code, JORF n°219 du 21 septembre 2000, p.14777.

⁸⁶³CA Paris, 28 janvier 1988, Gazette du Palais. 1988.I.jur. p.208.

⁸⁶⁴Rapport du Conseil de la concurrence 1990, p.27 ; Cass. com., 10 mars 1992, D. 1992, jur., p.355 note Gavalda ; Cass. com., 8 décembre 1992, n°90-20.258 ; D. 1993, I.R., p.21 ; Petites affiches, 28 avril 1993, p.4.

l'Etat⁸⁶⁵. Mais cette lacune est excusable, au vu de la jurisprudence européenne, compte tenu des garanties offertes par le recours qui peut être formé devant la Cour d'appel de Paris.

B - Les juridictions au sens du droit interne

La procédure suivie par certaines juridictions est tout à fait respectueuse des exigences européennes. Ainsi en est-il du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche. En effet, la commission chargée de l'instruction établit un rapport écrit. Ce rapport est préparé par un rapporteur nommé en son sein et comprend l'exposé des faits et les moyens des parties. Les parties ont accès à l'ensemble des pièces du dossier. En revanche, les règles de fonctionnement de certaines juridictions, pour la très grande majorité soumises au contrôle du juge administratif, posent problème.

1 – Les juridictions soumises au contrôle du juge administratif

On sait que le Conseil d'Etat s'oppose à la conception européenne de la notion de partie et à l'application du contradictoire entre le juge et le justiciable. Bien avant l'arrêt du 7 juin 2001 *Kress c/ la France*, il prend nettement position en affirmant que le commissaire du Gouvernement "*participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre et que l'exercice de cette fonction n'est pas soumis au principe du contradictoire applicable à l'instruction*"⁸⁶⁶. Pour lui, l'égalité des armes n'est donc applicable qu'aux relations entre les parties au sens strict. Cette conception ne manque pas d'avoir des conséquences dans le champ de la recherche. La conventionnalité des règles de fonctionnement de la Commission centrale d'aide sociale, par exemple pourrait être mise en doute. En effet, celle-ci se prononce sur les conclusions d'un commissaire du Gouvernement dont le rôle paraît très proche de celui tenu par le commissaire du Gouvernement auprès de la Section du Contentieux du Conseil d'Etat. Mais pour cette raison même, il est peu probable que le Conseil d'Etat constate un manquement à l'égalité des armes. En fait les réticences de la Haute juridiction administrative

⁸⁶⁵Cf. par exemple M. - Ch. Boutard-Labarde et Y. Gaudemet, "Le contentieux des sanctions judiciaires du Conseil de la concurrence", Petites affiches, 25 avril 1990, n°s 26 et 27, p.11.

⁸⁶⁶CE, 29 juillet 1998, Mme Esclatine, Rec. p.320. Cf. J.-C. Bonichot et R. Abraham, "Le commissaire du Gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention EDH", JCP G, 1998, I, 176 et V. Haïm, "Le commissaire du Gouvernement et le respect du contradictoire", D. 1999, chron. p.201.

à l'égard de la conception extensive des parties ont déjà trouvé à se manifester en ce qui concerne les ordres professionnels, la Cour des Comptes et la CDBF.

a - Les ordres professionnels

Il est notamment possible de s'interroger sur la procédure suivie par le Conseil régional de l'Ordre des médecins statuant en matière de contentieux disciplinaire général (sanction des fautes déontologiques des praticiens)⁸⁶⁷. Le Conseil régional peut ordonner une enquête si cela s'avère nécessaire à l'instruction de l'affaire et, pour ce faire, un rapporteur, membre du Conseil, est désigné. Le rapport ainsi établi n'est pas communiqué au médecin intéressé. Dans un arrêt Leriche du 3 décembre 1999, le Conseil d'Etat adopte à ce propos une solution qui n'est pas sans rappeler l'arrêt *Esclatine* en rejetant le moyen soulevé selon lequel l'absence de communication préalable dudit rapport constituerait une violation du principe du contradictoire. Selon lui, un tel document qui expose les éléments de fait et de droit de l'affaire lors de l'audience et qui n'est pas obligatoirement écrit "*n'est pas soumis au principe du contradictoire applicable à l'instruction entre les parties*"⁸⁶⁸. En outre, la participation du rapporteur au délibéré du Conseil national de l'ordre des médecins ne constitue pas une violation du principe d'impartialité ni "*des autres stipulations de l'article 6 § 1 de la Convention*", ses attributions ne différant pas de celles que la formation collégiale de jugement pourrait elle-même exercer et ne lui conférant pas "*le pouvoir de décider par lui-même de modifier le champ de la saisine de la juridiction*"⁸⁶⁹. Mais la participation du rapporteur au délibéré pose un problème sous l'angle de l'égalité des armes en raison de l'influence qu'il peut exercer sur les autres membres de la juridiction et qui s'exerce à l'abri de la contradiction. "*Personnage-clé de ces procédures répressives*", le rapporteur, du fait de sa mission d'instruction et de ses pouvoirs d'investigation "*contribue activement à l'élaboration et à la réunion des "accusations"*"⁸⁷⁰.

⁸⁶⁷ Il semble qu'un rapporteur puisse également être désigné pour instruire l'affaire dans le cadre du contentieux dit spécial.

⁸⁶⁸ CE, 3 décembre 1999, Leriche, req. n°195512, JCP G, 2000, 10267, note F. Sudre. Voir également CE 11/07/2001, Mme Bonnet, req. n° 214063.

⁸⁶⁹ Le Conseil d'Etat applique ainsi le critère dégagé dans l'arrêt précité Didier et fondé sur la nature des pouvoirs du rapporteur. La participation du rapporteur aux débats et au vote de la formation disciplinaire du Conseil des marchés financiers ne viole pas le principe d'impartialité "rappelé à l'article 6, § 1, de la Convention", le rapporteur n'étant pas à l'origine de la saisine, ne participant pas à la formulation des griefs, n'ayant pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine et n'étant pas habilité "à faire des perquisitions, des saisies ni à procéder à toute autre mesure de contrainte au cours de l'instruction".

⁸⁷⁰ F. Sudre, note préc., JCP G, 2000, 10267, p.428.

b - La Cour des comptes

Le rôle du magistrat rapporteur est également en cause pour la procédure de jugement des comptes des comptables de fait devant la Cour des comptes⁸⁷¹. Le magistrat instructeur établit un rapport qui est un document de travail interne à la juridiction. Pour le Conseil d'Etat, qui s'en tient à la ligne jurisprudentielle dégagée dans l'arrêt *Mme Esclatine*, ce rapport - de même que le contre - rapport - ne doit pas être communiqué aux parties dans la mesure où il *"ne constitue pas une pièce de la procédure d'instruction mais participe à la fonction de juger dévolue à la formation collégiale dont ce magistrat est membre"*⁸⁷². Ainsi, ce document n'est pas communiqué aux comptables mis en cause en raison de la participation du rapporteur au délibéré de la juridiction des comptes. Pour la Cour des comptes, *"Le secret (des) délibérations, principe fondamental du droit, s'oppose à ce que le rapport qui contient ces propositions soit communiqué aux parties qui connaîtraient ainsi l'opinion personnelle de l'un des juges"*⁸⁷³. L'absence de communication du rapport n'emporterait donc aucune conséquence négative pour les parties. Comme l'explique M. Magnet, *"... ou bien la chambre n'approuve pas les propositions du rapporteur, et celles-ci demeurent sans effets ; ou bien elle les approuve (ou en approuve d'autres faites par d'autres juges) et, en ce cas, la règle du double arrêt ou jugement impose qu'elles soient soumises à discussion contradictoire avec les comptables avant qu'il y soit définitivement statué"*⁸⁷⁴. Cependant, le fait que le ministère public soit le seul à avoir connaissance du rapport et du projet de décision du magistrat rapporteur avant qu'il ne rédige ses conclusions constitue peut-être une rupture de l'égalité des armes en raison de l'existence d'un déséquilibre entre les parties au sens européen du terme.

En second lieu, on peut se demander si le respect du contradictoire n'impose pas la communication des conclusions du ministère public au comptable afin qu'il puisse y répliquer. En effet, pour la Cour européenne, le principe du contradictoire implique que les parties aient *"le droit de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge,*

⁸⁷¹Pour une analyse du rôle du rapporteur, Cf. J. Magnet, "Les fonctions du rapporteur dans la juridiction des comptes", RFFP, janvier 2001, pp. 189-196.

⁸⁷²CE, 14 décembre 2001, Société Réflexions, Médiations, Ripostes, req. n°222719.

⁸⁷³Arrêt préc. du 11 mars et 29 avril 1993, Guillemot et autres comptables de fait de la commune de Grenoble. Cf. également Cour des comptes, 26 mai 1992, Médecin, Rec. p.64.

⁸⁷⁴Note préc. p.536.

fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision"⁸⁷⁵ Dans cette perspective, elle estime par exemple que les conclusions du commissaire du gouvernement dans le cadre de la procédure devant le Conseil d'Etat français doivent être nécessairement soumises à la contradiction⁸⁷⁶. S'agissant de la juridiction financière, la Haute juridiction administrative juge que l'absence de communication des conclusions du Procureur général ne constitue pas une méconnaissance du principe général des droits de la défense ni de la règle du contradictoire de la procédure⁸⁷⁷. Le choix de cette solution s'explique par le statut particulier du ministère public près la Cour qui ne représente pas les collectivités publiques et n'est pas partie principale à l'instance⁸⁷⁸. Comme le souligne M. Magnet, il "*... n'est pas chargé d'exercer la vindicte publique contre les comptables : il n'est, comme le ministère public à l'instance civile en reddition des comptes de deniers privés, que partie jointe, pour veiller à l'application de la loi*"⁸⁷⁹. Il peut donc conclure en faveur du comptable. Le ministère public est un organe de la juridiction, qui ne fait pas partie de la formation de jugement, mais appartient cependant à la Cour des comptes. Dans ses conclusions sur l'affaire *M. Massé*, le Président Braibant affirmait que "*les actes du ministère public près la Cour des comptes n'ont pas le caractère de document externe soumis à la juridiction et devant être pour ce motif communiqués aux parties*"⁸⁸⁰. Certains auteurs ont cependant estimé que la communication des conclusions du ministère public permettrait une réponse du défendeur et, partant, contribuerait à un approfondissement du débat⁸⁸¹.

On peut par ailleurs se demander, avec le commissaire du gouvernement M. Seban, si l'évolution du rôle du ministère public notamment en raison de la création des chambres régionales des comptes ne fragilise pas les fondements de la solution retenue dans l'arrêt *Massé*⁸⁸². Le ministère public n'est pas seulement un "commissaire à la loi" chargé de donner son opinion sur la solution à apporter à l'affaire. Il est également une autorité de poursuite⁸⁸³. Il peut déclencher une procédure pour gestion de fait qui est susceptible d'aboutir à l'infliction d'une amende. En outre, le ministère public peut requérir l'application de l'amende pour

⁸⁷⁵ Arrêt J. J. c/ Pays-Bas, 27 mars 1998, Rec. 1998-II, § 43.

⁸⁷⁶ Arrêt préc. Kress c/ France du 7 juin 2001, §§ 74-76.

⁸⁷⁷ CE, Sect., 2 mars 1973, Sieur Massé, Rec. 184 et Gouazé préc.

⁸⁷⁸ Le Procureur général est nommé de manière discrétionnaire par le gouvernement dont il peut recevoir des instructions.

⁸⁷⁹ Note sur Cour des comptes, Carrignon et autres, 11 mars et 29 avril 1993, D., 1993, Jur., p.536.

⁸⁸⁰ Conclusions citées par M. Lamy dans ses conclusions sur CE, 3 avril 1998, Mme Barthélémy, RFDA, 1998, p.1046.

⁸⁸¹ Les grands arrêts de la jurisprudence financière, op.cit, p.87.

⁸⁸² Conclusions sur CE, Ass., 23 février 2000, Société Labor Métal, RFDA, 2000, p.450.

⁸⁸³ C. Descheemaeker, "Une innovation dans les chambres régionales des comptes : l'introduction de l'audience publique dans certaines procédures juridictionnelles", Dr. adm., 1995, p.5 et F. - J. Fabre et A. Froment-Meurice, Les grands arrêts de la jurisprudence financière, Sirey, 4ème éd., 1996, p.86.

gestion de fait en l'absence de proposition du rapporteur instructeur en ce sens. En appel, toute instance est ouverte par un réquisitoire du ministère public mais, selon les cas, il est appelant ou seulement partie jointe. Enfin, le Procureur général près la Cour des comptes "*orienté et harmonisé ... l'action du ministère public près les chambres régionales des comptes*" et les commissaires du gouvernement auprès des chambres régionales des comptes le tiennent informé de l'exécution des tâches du ministère public⁸⁸⁴. Mais, indépendamment de la nature exacte du ministère public, laquelle ne revêt pas un caractère décisif, il semble que la procédure suivie ne soit pas conforme à la jurisprudence européenne, ce que confirme l'arrêt *Kress*. Alors même que la Cour y reconnaît que le commissaire du Gouvernement est indépendant et impartial⁸⁸⁵, les requérants doivent pouvoir connaître le sens de ses conclusions et y répliquer. Partant, le constat de l'absence de violation du contradictoire se fonde sur la possibilité pour les avocats de demander au commissaire du Gouvernement, avant l'audience, le sens de ses conclusions et pour les parties d'y répliquer par une note en délibéré⁸⁸⁶. Or, des garanties équivalentes ne sont pas offertes au comptable de fait présumé devant la juridiction des comptes.

En définitive, quand bien même cet arrêt suscite de vives critiques, il témoigne du fait que la Cour de Strasbourg n'hésite pas à "*égratigner une institution qui fonctionne depuis un siècle et demi à la satisfaction générale, qui joue un rôle essentiel dans un Etat de droit, et qui a considérablement oeuvré en faveur de la justice et des droits de l'homme*"⁸⁸⁷. Nombre d'éléments donnent à penser qu'il en sera peut-être également ainsi pour la non moins prestigieuse juridiction des comptes. Pour autant, le Conseil d'Etat a depuis lors affirmé "*que si dans les cas - tel celui où il interjette lui-même appel du jugement d'une chambre régionale des comptes - où le procureur général doit être regardé (...) comme ayant la qualité de partie au litige soumis à la Cour, ses réquisitions doivent être communiquées au comptable afin que celui-ci soit mis en mesure de discuter l'ensemble des éléments soumis à l'appréciation de la juridiction, il en va autrement, eu égard à la nature des activités juridictionnelles de la Cour, à la procédure suivie devant elle et au rôle qu'y joue le procureur général, des conclusions*

⁸⁸⁴ Articles R. 112-9 et R. 212-15 du CJF.

⁸⁸⁵ § 71 de l'arrêt. La Cour précise qu'il n'est pas contesté que "son rôle n'est nullement celui d'un ministère public" (§ 69).

⁸⁸⁶ § 76. La Cour souligne également que dans le cas où le commissaire du Gouvernement invoquerait oralement lors de l'audience un moyen non soulevé par les parties, le président de la formation de jugement ajournerait l'affaire pour permettre aux parties d'en débattre. Pour une analyse critique, Cf. note sur l'arrêt *Kress* préc. F. Sudre.

Pour un constat de violation, Cf. l'arrêt *Fretté* préc., l'intéressé n'ayant pas eu connaissance du sens des conclusions et n'ayant pas pu y répliquer par une note en délibéré.

⁸⁸⁷ Opinion partiellement dissidente de sept juges.

ayant la nature d'un avis qu'il donne sur les rapports qui lui sont communiqués ..." Et de conclure que l'absence de communication des conclusions écrites du procureur général ne constitue pas "une méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure ou des autres principes rappelés par l'article 6 § 1 de la Convention"⁸⁸⁸.

On peut enfin s'interroger sur la participation du rapporteur au délibéré avec voix délibérative qui le conduit forcément à cumuler les fonctions de juge d'instruction et de juge du fond et nécessite que son rapport, contenant ses propositions, ne soit pas communiqué aux parties. Saisis de recours alléguant la non-conformité de cette procédure à la CEDH, la Cour des comptes et le Conseil d'Etat ont estimé que la participation du rapporteur au délibéré n'était pas de nature à priver le requérant d'un examen impartial.

La Cour des comptes a mis l'accent sur le fait que le rapporteur, à la différence d'un juge d'instruction, ne rend pas d'ordonnances par lesquelles il statuerait lui-même sur la suite à donner à ses observations mais fait seulement des propositions sur lesquelles il appartient à la chambre de statuer. Il peut donc, "*comme c'est la règle en matière administrative contentieuse et en matière civile*", participer aux délibérations sur ces propositions⁸⁸⁹. Pour la Cour, les propositions du rapporteur "*quelque connaissance du dossier qu'elles impliquent, ne sauraient pour autant constituer un préjugement*"⁸⁹⁰. Dans ses conclusions sur *MM. Nucci, Oltra et Gouazé*, le commissaire du gouvernement M. du Marais estime, pour sa part, que la participation du rapporteur au délibéré n'a pas pour conséquence une rupture de l'égalité des armes dans la mesure où son instruction est à charge et à décharge, qu'elle est suivie d'une contre-instruction⁸⁹¹ et que les délibérations sont nécessairement collégiales⁸⁹². Au contraire, M. Baverez souligne que le dialogue entre le rapporteur et le contre-rapporteur n'est soumis à aucune procédure formelle et que "*... paradoxalement, c'est au Parquet que revient dans les faits la mission de critiquer les conditions de l'instruction et d'en tirer les conséquences juridiques*". Et l'auteur d'en déduire qu'il y a une violation du principe de l'impartialité objective⁸⁹³.

⁸⁸⁸CE, 14 décembre 2001, Société Réflexions, Médiations, Ripostes, req. n°222719.

⁸⁸⁹Arrêt préc. du 11 mars et 29 avril 1993, Guillemot et autres comptables de fait de la commune de Grenoble.

⁸⁹⁰Arrêt du 27 janvier 2000, Société RMR, région Alsace, rendu sur les conclusions contraires du procureur général, Dr. adm., juillet 2000, pp.15-17..

⁸⁹¹La contre-instruction est facultative pour la chambre régionale des comptes.

⁸⁹²La gestion de fait devant le Conseil d'Etat juge de cassation, conclusions sur CE, 6 janvier 1995, Nucci, Gouazé, Oltra, RFFP, 1995, p.223. Dans l'arrêt préc. du 6 janvier 1995, M. Oltra, le Conseil d'Etat estime que "La participation du rapporteur au délibéré ne méconnaît aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe général du droit".

⁸⁹³"La Cour des comptes : juridiction introuvable ?", D. 1992, chron. p.177. Lors du délibéré, le premier avis recueilli avant de procéder au vote est celui du rapporteur.

On sait que la Cour européenne admet le cumul des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond seulement dans la mesure où l'"étendue", la "nature" ou la "portée" des mesures adoptées par le juge avant le procès pénal ne sont pas de nature, en raison du caractère sommaire des investigations effectuées, à laisser penser que le magistrat a un "préjugé" concernant la culpabilité de la personne mise en cause empêchant de le considérer comme impartial⁸⁹⁴. Or, dans la procédure de jugement des comptes, le rapporteur ne se limite pas à instruire et à constater des faits, il formule également des griefs et est libre d'élargir sa saisine en matière d'amende pour gestion de fait⁸⁹⁵. De surcroît, il faut rappeler que, lorsqu'il s'agit d'une gestion de fait, la procédure a un caractère répressif. Comme le remarque M. Fialon, les pouvoirs du rapporteur sont proches de ceux des rapporteurs de la Commission des opérations de bourse qui, pour la Cour de cassation, ne doivent pas participer au délibéré⁸⁹⁶. Ils sont également de ceux qui doivent, selon le Conseil d'Etat, écarter une telle participation⁸⁹⁷. C'est sûrement ce qui a conduit le Conseil d'Etat, lorsqu'il a été appelé, en mars 2000, à donner son avis sur la partie réglementaire du Code des juridictions financières, à proposer au gouvernement d'inclure dans ce texte des dispositions excluant le rapporteur du délibéré dans les affaires de condamnation définitive à l'amende.

En tout état de cause, le rapporteur qui a une connaissance approfondie du dossier peut argumenter en faveur de ses propositions et, partant, influencer les membres de la juridiction à l'abri de la contradiction. C'est sûrement ce qui a finalement conduit le législateur à décider que désormais lorsque la Cour des comptes - ou une chambre régionale des comptes - "*statue en matière de gestion de fait et d'amende, elle délibère hors de la présence du rapporteur*", reconnaissant par là même au moins implicitement l'applicabilité de l'article 6 à la procédure de gestion de fait⁸⁹⁸.

c - La CDBF

⁸⁹⁴ Arrêt du 22 février 1996, Bulut c/ l'Autriche, Rec. 1996-II, n°5, obs. P. Martens, RTDH, 1996, p.627.

⁸⁹⁵ Également en matière d'amende pour retard dans la production des comptes.

⁸⁹⁶ "La procédure contradictoire et le juge financier", RFDA, 2001, p.336. Arrêt préc. de la Cour de cassation du 5 février 1999, COB c/ Oury, note Matsopoulou, JCP, G, 1999, II, 10060.

⁸⁹⁷ CE, Ass., 3 décembre 1999, Didier, préc.

⁸⁹⁸ Article 43 de la loi n°2001-1248 du 21 décembre 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes modifiant les articles L. 140-7 et L. 241-13 du CJF (JO n°299 du 26 décembre 2001, p.20575). Cette loi comprend différentes dispositions qui visent à rendre le droit français conforme à la CEDH.

Il faut souligner que le Conseil d'Etat estime, peu de temps auparavant, que la participation du rapporteur au délibéré n'est pas contraire au principe d'impartialité (arrêt du 14 décembre 2001, préc. Société Réflexions, Médiations, Ripostes).

Les "*compétences interventionnistes*" du ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière - principalement la préparation du rôle de l'audience de jugement par le procureur général - ont conduit certains auteurs à s'interroger sur la conformité à la Convention de la procédure suivie devant cette autre juridiction financière⁸⁹⁹ étant donné que pour la Cour EDH, l'égalité entre l'accusé et le ministère public doit être effective à chaque étape de la procédure⁹⁰⁰. Le ministère public près la CDBF est partie principale à l'instance. Il dispose à la fois d'un droit d'action et d'un droit de recours et représente les personnes publiques. Ainsi la personne incriminée pourrait ainsi avoir le sentiment d'une inégalité dans la mesure où elle n'est pas habilitée à formuler des demandes de renvoi et à reprendre ainsi la maîtrise du rôle. La procédure paraît néanmoins conforme aux exigences de la Convention dans la mesure où l'article L. 314-9 du Code des juridictions financières prévoit que le rôle des audiences est préparé par le ministère public mais arrêté par le président qui est maître de la juridiction.

Comme dans le procès pénal, il faut assurer la présence physique du ministère public à l'audience et il s'avère indispensable de l'associer à la préparation du rôle. La rupture éventuelle de l'égalité des armes pourrait tenir au fait que la personne mise en cause se verrait imposer une composition plus ou moins favorable de la juridiction de jugement et la date de jugement. La CDBF étant une juridiction unique, le premier argument est sans pertinence, de même que le second sauf à imaginer que le ministère public fixe volontairement un délai trop bref pour que l'avocat du défendeur puisse être présent. La participation du rapporteur au délibéré avec voix consultative suscite également des interrogations. Certes, les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement sont séparées et le rapporteur ne prend pas part à l'adoption de la décision collégiale de la Cour. Mais alors qu'il a une connaissance approfondie du dossier et qu'il s'est forcément forgé une opinion quant à la culpabilité de l'intéressé, le rapporteur pourra influencer les membres de la Cour en participant aux débats et exposer un point de vue en dehors de la contradiction⁹⁰¹.

Plus graves sont les insuffisances qui caractérisent la procédure suivie par la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAT).

2 - La CNITAT

⁸⁹⁹Cf. J. -F. Flauss, Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme, AJDA, 20 février 1995, pp.137-138 et C. Pierrucci, Note de jurisprudence, Conseil d'Etat, 30 octobre 1998, M. Lorenzi, RFFP, juin 1999, p.199.

⁹⁰⁰Arrêt préc. du 30 octobre 1991, Borgers.

⁹⁰¹Pour M. Pierucci, le cumul de fonctions par le rapporteur ne pose pas problème. Op.cit, p.198.

Lorsqu'elle se prononce en appel, la CNITAT doit faire procéder à l'examen du dossier par un médecin qualifié qui est choisi sur une liste établie par arrêté ministériel. Ce médecin rend un avis sur dossier lequel est généralement suivi par la Cour nationale qui, rappelons-le, statue uniquement sur pièces et hors la présence des parties. Le requérant ne peut ni prendre connaissance du rapport du médecin ni *a fortiori* le discuter. De surcroît, il ne pourra pas, en l'absence d'audience publique, avoir connaissance ultérieurement de cet avis. En revanche, les ministres chargés de la sécurité sociale et de l'agriculture, dont des fonctionnaires sont membres de la Cour, peuvent présenter des observations écrites ou orales devant la Cour. La différence de traitement entre les parties et la violation du contradictoire sont évidentes. Telle est d'ailleurs la conclusion de la Cour de cassation qui juge dans des arrêts Société Deroche c/ CPAM du Val de Marne et autres, Boutron c/ CRAM d'Île-de-France et Hilaire c/ CPAM de Paris du 22 décembre 2000 qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1, l'arrêt de la CNITAT ayant été rendu alors que "*l'appelant a été privé de la faculté de prendre connaissance et de discuter les observations présentées par le médecin qualifié à la Cour nationale*"⁹⁰². Cette décision s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt Mantovanelli c/ la France dans lequel la Cour européenne juge que le contradictoire devait être respecté lors de la phase de l'expertise médicale étant donné que les conclusions de l'expertise litigieuse "*étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits*"⁹⁰³. Les requérants auraient donc dû pouvoir "*commenter efficacement*" le rapport d'expertise avant son dépôt⁹⁰⁴.

Le cas de la CNITAT est doublement exemplaire. D'une part, il démontre s'il en était encore besoin l'intérêt et l'influence des normes européennes en matière de procès équitable en présence d'une "*procédure d'un autre temps*"⁹⁰⁵. D'autre part, il illustre les réticences à la fois du juge et du législateur à s'y conformer. En effet, la Cour de cassation paraît avoir longtemps toléré l'existence de cette méconnaissance de l'égalité des armes en raison de l'importance du contentieux traité par la CNITAT et du risque, en cas de censure de sa part, de dénis de justice. Puis c'est l'inaction du législateur - en dépit de ses invitations - qui l'a conduit

⁹⁰²Cf. conclusions de l'avocat général Pierre Lyon-Caen, "La composition et le fonctionnement de la CNITAT sont-ils conformes à l'article 6 § 1 de la CEDH ? Cour cass., Assemblée plénière, 22 décembre 2000", Droit social, mars 2001, pp.282-291.

C. Cass, Ass. plén., 22 décembre 2000, Bull. civ. ass. plén., n°12, p.21 et s.

⁹⁰³§ 36 de l'arrêt du 18 mars 1997, Rec., 1997, 424. En l'espèce, l'objet de l'expertise ordonnée par un tribunal administratif était de déterminer si un CHR était responsable du décès de la fille des requérants.

⁹⁰⁴§ 36.

⁹⁰⁵D. Roman, "Le contentieux technique de la Sécurité sociale à l'épreuve du procès équitable", Droit social, juillet-août 2001, p.740.

à modifier sa position⁹⁰⁶. Le cas de la CNITAT permet d'illustrer les difficultés que le législateur éprouve à modifier les règles de fonctionnement d'une juridiction. S'il n'a pas hésité à maintes reprises à réformer la réglementation applicable aux autorités administratives indépendantes, son attitude est beaucoup plus prudente lorsqu'il s'agit d'un organe juridictionnel. Preuve en est que seule la composition de la CNITAT a pour l'instant été modifiée par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale⁹⁰⁷ alors que d'autres aspects de la procédure suivie devant la CNITAT suscitent également des interrogations. Tout d'abord, la Cour peut faire appel à des experts qualifiés dont la "*mission est fixée par jugement*"⁹⁰⁸. Or l'absence d'association des parties à cette procédure d'expertise conduit légitimement un auteur à s'interroger sur sa conformité avec l'article 6 § 1 tel qu'interprété par l'arrêt Mantovanelli c/ France dans la mesure où la contradiction n'est assurée qu'après que les conclusions de l'expert aient été remises à la Cour⁹⁰⁹. Il s'avère cependant difficile de se prononcer sur la portée exacte de la jurisprudence européenne d'autant que la Cour de Strasbourg a jugé nécessaire de préciser qu'"*il ne peut être déduit de (l'article 6 § 1) un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte*"⁹¹⁰. Le rôle du rapporteur auprès de la CNITAT suscite de même la réflexion. Pour chaque affaire, le président de la section désigne en effet un rapporteur soit parmi ses membres, soit "*éventuellement parmi les personnes figurant sur une liste établie par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale ou du ministre chargé de l'agriculture, suivant les cas*"⁹¹¹. Dans la pratique, le rapporteur est le plus souvent extérieur à la juridiction ; il s'agit alors de fonctionnaires du ministère de tutelle en activité ou à la retraite ou de salariés ou anciens salariés des caisses de Sécurité sociale⁹¹². Le rapporteur peut donc être un fonctionnaire appartenant à la même administration que l'autorité de tutelle dont relève la caisse partie au

⁹⁰⁶Cf. conclusions préc. de Pierre Lyon-Caen p.287. La cassation posait problème en raison de l'importance du contentieux - la cour nationale est saisie de plus de 8000 affaires par an - mais également parce qu'elle aurait entraîné le renvoi devant la cour nationale autrement composée. Or une nouvelle composition de la Cour impliquait une intervention du législateur qui aurait pu prendre du temps et aurait laissé de nombreux justiciables sans juge.

⁹⁰⁷Cf. sur ce point la section 4 relative au principe d'impartialité.

⁹⁰⁸Article R. 143-28 du Code de la Sécurité sociale. Le secrétariat de la Cour adresse copie des rapports d'expertise à chaque partie ou, s'il s'agit d'un rapport médical, à un médecin désigné à cet effet par chaque partie.

⁹⁰⁹D. Roman, op.cit, p.742.

⁹¹⁰§ 33 de l'arrêt. Cf. également l'opinion dissidente de Louis-Edmond Pettiti pour lequel il est nécessaire de "*distinguer les règles du contradictoire et celles qui concernent le régime des preuves*".

⁹¹¹Article R. 143-29 du Code de la sécurité sociale.

⁹¹²P. Lyon-Caen, op.cit, p.286.

litige⁹¹³. Il ferait la synthèse du dossier, ne serait chargé d'aucune investigation personnelle et ne fournirait aucune opinion personnelle⁹¹⁴. Le rapport ainsi établi n'est pas transmis à l'intéressé. En revanche, le ministre chargé de la Sécurité sociale peut présenter des observations écrites ou orales devant la Cour ce qui suppose qu'il soit, lui, avisé de l'audience et qu'il en ait connaissance⁹¹⁵. Comme pour l'avis du médecin qualifié, la différence de traitement entre les parties paraît indubitable. De surcroît, le rapporteur participe à la délibération sans voix délibérative s'il est extérieur à la juridiction et avec voix délibérative s'il est membre de la section⁹¹⁶. Quand bien même il ne semble pas faire des propositions quant à la suite à donner à l'affaire, il existe, d'une part, un traitement inégalitaire des parties quant à la connaissance de cette pièce et à la possibilité de la commenter, d'autre part, le rapporteur pourra influencer les membres de la formation de jugement à l'abri de toute contradiction. Aussi peut-on peut douter de la conventionnalité de cette procédure⁹¹⁷.

Dans l'arrêt Mme Boutron c/ CRAM d'Ile-de-France, la Cour de cassation, dans sa formation la plus solennelle, estime d'ailleurs nécessaire, alors qu'elle casse l'arrêt de la CNITAT au motif que l'intéressée n'a pas pu prendre connaissance et discuter l'avis du médecin qualifié, de se prononcer sur un moyen annexe soulevé par la requérante - l'absence de transmission du rapport du rapporteur et l'impossibilité de le commenter - et juge qu'"...*en ne s'assurant pas que le rapport du rapporteur et l'avis du médecin qualifié avaient été transmis à la requérante, et que cette dernière avait été mise en mesure de présenter ses observations sur ces documents, la Cour n'a pas assuré le respect des exigences du procès équitable, et elle a violé l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*"⁹¹⁸. Ce constat de violation, qui n'a pas retenu l'attention des commentateurs, devrait inciter le législateur - dont l'inertie est par ailleurs dénoncée⁹¹⁹ - à modifier également cet aspect de la procédure devant la CNITAT⁹²⁰.

⁹¹³Cf. D. Roman, op.cit, p.740.

⁹¹⁴P. Lyon-Caen, op.cit, p.289.

⁹¹⁵En ce sens, P. Lyon-Caen, op.cit, p.287.

⁹¹⁶Article R. 143-29 du Code de la sécurité sociale.

⁹¹⁷Pour M. P. Lyon-Caen, les rapporteurs extérieurs ne sont pas indépendants et impartiaux mais "le rôle qui leur est confié paraîtrait compatible avec leur participation au délibéré lorsqu'ils sont choisis parmi les membres de la juridiction". De plus, le fait pour les parties de ne jamais connaître le contenu du rapport constituerait une violation du contradictoire (op.cit, p.289).

⁹¹⁸C. cass., Ass. plé., 22 décembre 2000, Mme Y ..., Bull. civ. ass plén, n°12, p. 21 et s., arrêt n°3.

⁹¹⁹F. Taquet, Panorama rapide, Protection sociale, JCP E, 2001, p.353.

⁹²⁰Il faut également relever que lorsque la CNITAT statue en premier et dernier ressort sur les contestations relatives aux taux de cotisation en matière d'accident du travail, l'employeur intéressé ne peut pas discuter les conclusions du rapporteur. Le contradictoire est uniquement assuré par un échange de mémoires écrits entre la caisse régionale d'assurance maladie et l'employeur. Cf. D. Roman, op.cit, p.740.

*

En même temps qu'elle témoigne du caractère novateur des exigences européennes, l'égalité des armes révèle les résistances du système juridique français, plus que ne l'avait fait l'impartialité. Résistance tout d'abord à l'égard d'une conception jugée trop extensive de la notion de « parties », qui à l'aune du champ d'applicabilité lui-même compréhensif de l'article 6, renouvellerait considérablement l'équilibre du procès. Mais résistance ensuite à la nécessité de modifier les règles de procédure devant les organes de nature juridictionnelle. Le paradoxe n'est qu'apparent si l'on considère que l'institution des AAI, parfois qualifiées « d'hermaphrodites à l'attrait incertain »⁹²¹, a souvent suscité la suspicion voire l'hostilité. Les autorités pénitentiaires pour leur part ne semblent pas être aussi exposées, malgré les progrès récents du droit interne : l'échec de la nouvelle loi sur les prisons en est la démonstration. Ces réactions mêmes, toutefois, indiquent bien le degré de perturbation induit par l'article 6 : le Conseil d'Etat notamment ne discuterait pas tant ses effets s'ils étaient anodins.

⁹²¹ J.C. Fourgoux, L'enterrement au ralenti des ordonnances de 1945 et la métempsychose de la Commission de la concurrence, *Gaz. Pal.*, 1985, II, p. 522.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Les différentes exigences contenues dans le seul paragraphe I de l'article 6 n'impliquent pas le même degré de judiciarisation. Le fait qu'un « tribunal » doive être saisi n'a pas en tant que tel entraîné de changements statutaires. Ni les fonctions des AAI ni celles des autorités pénitentiaires n'ont été redéfinies sur cette base. Et le moyen paraît aussi peu invoqué que vérifié dans la jurisprudence interne. L'accès au droit cependant, n'implique pas une confusion des rôles mais une extension des garanties habituellement tenues pour caractéristiques d'une procédure juridictionnelle. Les contraintes européennes s'inscrivent tout à fait dans cette logique. Et l'un des premiers effets de l'article 6 a été une généralisation de la publicité, contrairement au principe qui prévalait en droit français. Aujourd'hui, le fait que l'« audience » doive être publique apparaît plus ou moins acquis, au moins pour les juridictions spécialisées. Sans doute pourrait-on alors faire valoir que de ce point de vue, les procédures devant les AAI notamment n'ont pas été judiciarisées. Mais conformément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, cette limite se trouve ultérieurement compensée. Désormais ce sont donc l'impartialité (associée à l'indépendance) et l'égalité des armes qui concentrent l'essentiel du contentieux. Telles qu'entendues par la Cour européenne des droits de l'homme, ces deux dernières exigences s'imposent comme des facteurs déterminants d'accès au droit, en garantissant l'objectivité des décisions et en évitant que leurs destinataires ne soient en situation d'infériorité.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

L'étude du degré de judiciarisation révèle à la fois des axes communs et d'irréductibles spécificités.

Au titre des axes communs, il faut d'abord évoquer le caractère évolutif des implications de l'article 6. Non que leur contenu même ait varié dans le temps. Mais au fur et à mesure que la procédure devant les organes étudiés se réforme, de nouveaux cas de violation de l'article 6 se sont fait jour. L'apport de la Convention à l'émergence d'un modèle de procédure équitable, après s'être concentré sur la condition de publicité, se déplace ainsi sur le terrain de l'impartialité et de l'égalité des armes. Un nombre croissant de recours, concernant aussi bien des instances disciplinaires, des juridictions sociales que des autorités administratives indépendantes, se fondent sur un manquement à ces principes.

Il faut ensuite relever que pour se fonder sur des prémices parfois différentes de celles retenues par la Cour de Strasbourg, les juridictions françaises imposent généralement le respect des exigences du procès équitable au même moment de la procédure. Les bases de raisonnement peuvent varier (en ce sens que l'existence d'un contrôle ultérieur de pleine juridiction n'est pas systématiquement vérifiée) mais les résultats sont relativement congruents (pour ce qui concerne l'Ordre des Médecins, des pharmaciens, le CNESER et le CSE, la Commission centrale d'aide sociale, la CDBF).

Mais dans le même temps, le moment du procès équitable donnent aussi lieu à des appréciations propres. S'agissant des autorités de régulation notamment, la position de la Cour de Cassation quand est mise en cause leur impartialité ne correspond ni à celle retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Didier, ni aux principes de la jurisprudence européenne (au regard desquelles le moment du procès équitable paraît anticipé). On notera par ailleurs que

contrairement à la Cour de Strasbourg, le Conseil d'Etat ne vérifie pas l'existence d'un contrôle ultérieur de pleine juridiction à l'égard des mesures disciplinaires prises par les instances ordinales ou par le CSE et le CNESER. Il agit de même s'agissant de la CDBF ou de la Commission centrale d'aide sociale, au point qu'on peut raisonnablement se demander si la jurisprudence *Le Compte, van Leuven et De Meyere* a vocation à s'appliquer aux juridictions spécialisées. Ainsi s'opèrent une double différenciation à la fois entre les principes appliqués par le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation d'un côté, et la Cour européenne de l'autre, et au sein des catégories d'organes étudiées. Ces contrastes se prolongent au delà du moment du procès équitable, avec les appréciations parfois variables qui sont faites de l'impartialité et de l'égalité des armes : la conception nouvelle et extensive qu'en retient la Cour européenne des droits de l'homme n'emporte pas l'adhésion du Conseil d'Etat et parallèlement, le statut des autorités administratives indépendantes est plus facilement adapté que celui de juridictions proprement dites. C'est ce que nous avons appelé des irréductibles spécificités.

La judiciarisation ne revêt donc pas un degré uniforme. Et cette conclusion prend un nouvel écho à l'échelle européenne.

PARTIE III – LA CONTINGENCE DE LA JUDICIARISATION EN FONCTION DES SPECIFICITES JURIDIQUES NATIONALES – EXEMPLES ETRANGERS

En tant qu'elle exprime le patrimoine commun des Etats d'Europe, la Convention devrait naturellement diffuser ses effets dans tous les systèmes juridiques des Hautes parties contractantes. Toutefois son application reste tributaire des dispositions constitutionnelles nationales, si bien que le statut qui lui est conféré varie dans l'espace. Ces considérations prennent un relief particulier au Royaume-Uni, où longtemps l'instrument européen n'a pas été incorporé à l'ordre juridique interne. La réceptivité aux contraintes européennes est donc affectée d'une certaine relativité

La problématique de l'accès au droit par ailleurs ne se pose pas nécessairement en termes identiques. Sans doute la France n'a-t-elle pas été le seul pays à voir son cadre institutionnel renouvelé par l'apparition et la prolifération des *autorités administratives indépendantes* : ce type d'organes a aussi connu un développement important en Espagne, avec des exemples remarquables comme le Conseil de sûreté nucléaire, le Tribunal de défense de la concurrence, la Banque d'Espagne, la Commission nationale du marché des valeurs, l'Agence de protection de données, la Commission du marché des télécommunications et tout récemment le Conseil de l'Audiovisuel de Catalogne... Sans doute l'institution de corps disciplinaires ne constitue-t-elle pas non plus une singularité à l'échelle de l'Europe. Un parallèle peut être tenté à cet égard entre la France et le Royaume-Uni... Mais dans le même temps, la diversité des traditions juridiques fait que les garanties requises en droit interne ne sont pas égales et que la manière dont les exigences de l'article 6 peuvent être perçus diffère.

De la conjonction de ces deux séries de considérations, il résulte que le phénomène de judiciarisation des procédures hors les juridictions ordinaires n'est pas forcément uniforme. On peut concrètement le vérifier à partir des exemples du Tribunal de défense de la concurrence et de la Commission nationale du marché des valeurs en Espagne (Chapitre I) et l'Ordre des avocats d'Angleterre et du Pays de Galles (Chapitre II).

CHAPITRE I – EXEMPLE DE LA COMICION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES ET DU TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Francisco José Rodríguez Pontón

Les spécificités issues de l'histoire ou de la tradition juridique d'un pays déterminent de façon importante les conditions de « réception »⁹²² d'une convention comme la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Aussi ne peut-on prétendre déterminer son influence, en terme de judiciarisation des procédures administratives en Espagne, sans préciser le contexte de droit interne, avant de voir comment le phénomène de la régulation administrative vient éventuellement renouveler les données du problème.

Au titre du contexte de droit interne, il faut plus particulièrement prendre en considération les orientations du droit administratif contemporain, qui fait une large place aux sanctions administratives, et le développement du droit constitutionnel.

- L'une des caractéristiques les plus notables du droit espagnol, par comparaison au droit français⁹²³, tient à l'importance qu'a prise la répression administrative⁹²⁴, dès avant la Constitution de 1978. La période qui s'ouvre à partir de 1939 se marque en effet par une apparition massive de normes répressives dans les lois administratives spéciales – autrement dit, dans tous les domaines d'intervention administrative⁹²⁵ - et par l'exercice d'un pouvoir de sanction en dehors de toute procédure (“*sanciones de plano*”). Ce phénomène, dont les causes sont d'ordre à la fois politique⁹²⁶ et juridique⁹²⁷, interfère directement sur la manière dont l'ordre

⁹²²Le terme ne devant pas être compris ici dans sa stricte acception juridique, révélatrice d'un système dualiste, mais évoquant simplement la manière dont les tribunaux espagnols appliquent la Convention et se conforment aux interprétations de la Cour de Strasbourg. En somme, il s'agit de savoir si les tribunaux espagnols se montrent réceptifs à la norme européenne.

⁹²³F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du "jus puniendi" de l'État dans les démocraties contemporaines*, Economica, Paris, 1993, pp. 5-35. Dans le même sens, Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 décembre 1994*, La Documentation française, Paris, 1995, p. 81: “La France est un pays où les sanctions administratives sont relativement peu employées, moins en tout cas qu'en Allemagne, en Suisse, en Italie ou en Espagne”.

⁹²⁴J. R. Parada Vázquez, El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, *Revista de Administración Pública*, n°67, 1972, pp. 41-42.

⁹²⁵J. R., Parada Vázquez, *op. cit.*, p. 82.

⁹²⁶F. Moderne, *Sanctions administratives...*, *op. cit.*, p. 17 : « L'Espagne est probablement le pays où le thème des sanctions administratives est le plus directement lié aux événements politiques et à la conception autoritaire du pouvoir, qu'il s'agisse des monarchies absolues ou des dictatures (celles de Primo de Rivera ou de Franco)”.

espagnol va pouvoir recevoir les normes européennes. Car la période franquiste a conditionné de manière décisive la formation du droit administratif actuel⁹²⁸.

Historiquement, le pouvoir de sanction de l'Administration s'est développé en l'absence de toute reconnaissance formelle des droits et libertés fondamentales (l'infliction de peines de prison pour non-paiement d'une amende est à cet égard exemplaire). A défaut de garantie constitutionnelle, c'est alors le droit administratif lui-même qui a organisé la protection des administrés face aux pouvoirs publics⁹²⁹. La doctrine a joué dans ce cadre un rôle central, inspirant l'adoption de lois générales très importantes⁹³⁰, telles la Loi sur la procédure administrative de 1958, qui impose le respect de garanties formelles (bien qu'elle ne s'applique pas à plusieurs domaines, pourtant cardinaux). Les conditions dans lesquelles s'est édifié le système de protection expliquent alors deux de ses caractères.

S'agissant de l'action de "professeurs-législateurs"⁹³¹, il présente en premier lieu un très fort élément dogmatique, voire technocratique. On évite les références les plus directement politiques. "*L'administration est contemplée seulement comme un sujet de droit et le Droit Administratif se présentera comme le fruit de la technique juridique*"⁹³².

Cette origine - en quelque sorte en dehors du politique - et cette qualité technique ont permis en second lieu que cette construction légale et doctrinale puisse demeurer après le retour à la démocratie⁹³³.

En somme, c'est l'aptitude du système à trouver et incorporer des solutions diverses afin d'assurer la sauvegarde des droits de l'administré face au pouvoir administratif, et la "perméabilité" en découlant⁹³⁴, qui nous permettront par la suite d'évoquer les "sources d'une particulière judiciarisation de la procédure administrative".

⁹²⁷On songe notamment à la rigidité du système répressif pénal et à ses difficultés de coordination avec l'Administration (V. J. R. Parada Vázquez, *El poder sancionador...*, *op. cit.*, pp. 84-87).

⁹²⁸E. Malaret i Garcia, Le droit administratif espagnol entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire, in G. Marcou (dir.), *Les mutations du droit de l'Administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 102. Egalement A. L. Parejo, A. Jiménez-Blanco, L. Ortega Álvarez, *Manual de Derecho Administrativo 1*, Ariel, Barcelone, 1996, pp. 23-26.

⁹²⁹Et cette préoccupation demeure aujourd'hui encore, au point de l'emporter souvent sur le souci d'efficacité de l'action administrative (V. E., Malaret i Garcia, *Le droit administratif...*, *op. cit.*, pp. 106 et 110 ; A. L. Parejo, A. Jiménez-Blanco et L. Ortega, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 23-26.

⁹³⁰E. Malaret i Garcia, *op. cit.*, p. 128.

⁹³¹E. Malaret i Garcia, *op. cit.*, p. 106.

⁹³²E. Malaret i Garcia, *op. cit.*, p. 102 ; A. L. Parejo, A. Jiménez-Blanco et L. Ortega, *op. cit.*, pp. 23-26.

⁹³³E. Malaret i Garcia, *op. cit.*, p. 129.

⁹³⁴E. Malaret i Garcia, *Le droit administratif...*, *op. cit.*, pp. 103 et 131.

- Mais dans la présentation du contexte de droit interne, il faut également tenir compte de l'adoption de la Constitution de 1978 et de la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel, pour apprécier les conditions de réception des conventions internationales, parmi lesquelles la CEDH, ratifiée par l'Espagne le 26 septembre 1979.

L'emprise exercée par le texte constitutionnel sur les procédures administratives tient d'une part, à la valeur normative qui lui a été reconnue, les articles relatifs aux droits fondamentaux jouissant en outre d'une application directe⁹³⁵, et d'autre part au contenu même de ses dispositions. Trois articles nous retiendront plus particulièrement.

Dans la ligne du droit comparé et du droit international, l'article 24, tout d'abord, reconnaît le droit à une protection juridictionnelle effective (*tutela judicial efectiva*). Invocable et maintes fois invoqué devant le Tribunal Constitutionnel, (puisqu'il fonde la majorité des recours d'*amparo* - art. 53.2 CE), ce droit a pu être qualifié de "*precepto-estrella del firmamento jurídico-constitucional*"⁹³⁶. Les garanties énoncées par l'article 24 sont extrêmement nombreuses⁹³⁷. et couvrent toutes les phases et tous les aspects de l'action en justice : accès à la juridiction (interdiction de n'importe quelle exclusion, exigences concernant les formalités nécessaires pour accéder aux organes juridictionnels, *etc*) ; procédure devant le tribunal (organe préalablement institué par la loi ; assistance d'avocat ; respect des droits de la défense avec le droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée, la publicité de la procédure, le droit à utiliser toutes les preuves pertinentes, le droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination, la présomption d'innocence ; l'exigence d'un délai raisonnable, *etc*) et enfin effectivité des décisions juridictionnelles (exécution des décisions, mesures provisoires, *etc...*)⁹³⁸. L'interprétation du Tribunal Constitutionnel est encore venu renforcer ce dispositif, à deux égards au moins. Il a été jugé d'une part, que le droit à un juge impartial, pour n'être pas expressément mentionné à l'article 24, n'en représentait pas moins une exigence constitutionnelle⁹³⁹. Les garanties de l'article 24, d'autre part, ont été très tôt étendues aux

⁹³⁵E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 72-79.

⁹³⁶I. Díez-Picazo Giménez, in Ó. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1996, pp. 25-26. Voir aussi, par exemple, J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 311. En plus, les chiffres sont très clairs : selon les rapports d'activité du TC de 1999 et 2000, la proportion des invocations de ce droit fondamental par rapport à la totalité des recours d'*amparo* arrivés au TC est respectivement de 82,42 % et 84,33 %.

⁹³⁷I. Díez-Picazo Giménez, *op. cit.*, p. 24.

⁹³⁸Voir J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 61-381.

⁹³⁹Arrêt n°145/1988 du 12/07/1988 (FJ 5) et arrêt n°55/1990 du 28/03/1990 (FJ 7).

procédures administratives (arrêt n° 18/1981, du 8 juin (FJ 2), à propos d'une « *sanciones de plano* » infligées à quelques fonctionnaires à raison de leur participation à « l'organisation d'assemblées sans autorisation »). Dans la démonstration du juge, cette applicabilité élargie de principes concernant apparemment le seul domaine pénal se justifie par le fait que la répression pénale et la répression administrative constituent des manifestations de « l'ordre punitif de l'État ». En se fondant sur l'article 25.1, qui consacre expressément l'existence du pouvoir de sanction⁹⁴⁰ mais l'assortit de limites – la légalité et la non- rétroactivité –, le TC édifie ainsi un *ius puniendi* unique⁹⁴¹. Le respect de l'article 24 toutefois ne s'impose pas aux autorités administratives de manière intégrale ; il n'est requis que dans la mesure où les valeurs essentielles qui sont à la base de cette disposition et la sécurité juridique énoncée dans l'art. 9.3 CE ne pourraient être autrement préservées⁹⁴². Le principe, récemment rappelé par le TC, demeure celui de l'applicabilité des garanties de l'art. 24 CE aux procédures judiciaires et aux procédures administratives de sanction⁹⁴³.

On mentionnera par ailleurs l'art. 106.1 CE, aux termes duquel les tribunaux⁹⁴⁴ contrôlent le pouvoir réglementaire et la légalité de l'activité de l'Administration, ainsi que la conformité de cette activité aux fins qui la justifient. Mais il faut aussi prendre en considération l'acquis antérieur, dont la doctrine a pu souligner la qualité. En effet, des lois adoptées pendant les années cinquante (parmi lesquelles la Loi sur la juridiction contentieuse administrative de 1956) avaient déjà institué un degré notable de protection. Aussi les constituants de 1978 ont-ils pu se montrer assez laconiques sur ce point⁹⁴⁵. De surcroît, la seule efficacité du contrôle juridictionnel de l'activité administrative est largement dépassée du point de vue des exigences d'un État social et démocratique ; il faut donc insister sur l'importance des mécanismes alternatifs de contrôle, largement présents dans la Constitution,

⁹⁴⁰ Aussi dans l'art. 45.3 en ce qui concerne la protection de l'environnement: cet article dispose que face aux manquements en matière de protection de l'environnement la loi doit établir des sanctions pénales et administratives.

⁹⁴¹ Il y a quelques appréciations doctrinales critiques concernant cette théorie, notamment celle de A. Nieto García, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 86-96.

⁹⁴² Cela étant, cette application nuancée de l'article 24 n'empêche pas que le manque d'impartialité de l'Administration soit également sanctionné (Voir par exemple l'arrêt n°190/1987 du 1/12/1987, FJ 4, à propos du droit disciplinaire des prisons): on rappellera que l'art. 103.1 CE exige l'objectivité dans l'activité de l'Administration Publique.

⁹⁴³ Arrêt n°291/2000, du 30/11/2000, FJ 4.

⁹⁴⁴ Il peut s'agir de tribunaux spéciaux de l'ordre administratif (V. art. 153.c CE à propos des contrôles de l'activité des organes des Communautés autonomes), mais leur compétence n'est pas exclusive. Voir I. Gutiérrez Gutiérrez, Commentaire de l'art. 106.1 CE, in Ó. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1998, pp. 560-562.

⁹⁴⁵ F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p. 1456.

et sur leurs remarquables incidences pratiques ⁹⁴⁶ Nous reviendront ultérieurement sur cette problématique. Mais on précisera dès à présent que le nouveau texte constitutionnel n'en rompt pas moins sur certains aspects du régime antérieurs à 1978 : des immunités ont été levées, avec la suppression de certaines limites légales à l'accès aux tribunaux.

En combinant les deux perspectives des droits fondamentaux (art. 24) et du contrôle du Gouvernement et de l'Administration (art. 106.1), en donnant ainsi mandat au juge, la Constitution a des effets sur l'activité administrative, qui se font encore sentir de nos jours⁹⁴⁷.

On évoquera enfin l'article 10.2, en vertu duquel les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés doivent être interprétées conformément aux traités et accords internationaux ratifiés en la matière par l'Espagne. Cette disposition exprime à la fois la valeur attachée aux libertés dans le nouveau régime démocratique et la volonté des constituants d'« aligner » le système espagnol sur les normes internationales et les autres pays d'Europe. Son introduction⁹⁴⁸ n'a cependant pas manqué de susciter polémiques et désaccords. En premier lieu, c'est son utilité même qui a été contestée : l'art. 96.1 intégrant déjà les traités internationaux dans l'ordre juridique interne⁹⁴⁹, l'article 10.2 serait superflu. A cette analyse, il a cependant été objecté que l'intérêt de la disposition est de permettre la résolution d'éventuelles difficultés interprétatives, conférant aux conventions internationales une nouvelle effectivité. L'article 10.2 de surcroît ménage le rôle de l'interprétation fournie ou à fournir par des cours internationales, comme la Cour Européenne des Droits de l'Homme ou la Cour de Justice des Communautés Européennes. Il constitue également un élément d'ouverture du système national de sauvegarde des droits de l'homme⁹⁵⁰.

⁹⁴⁶Voir M. Sánchez Morón, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España-Espasa Calpe, Madrid, 1991, pp. 53-156 et I. Gutiérrez Gutiérrez, Commentaire de l'art. 106.1 CE, in Ó. Alzaga (dir.), *op. cit.*, pp. 552-555. Du point de vue de l'État social, il ne faut pas oublier que l'art. 9.2 CE dispose qu'« il revient aux pouvoirs publics de promouvoir les conditions permettant que la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes dont il fait partie soient réelles et effectives, de supprimer les obstacles qui empêchent ou gênent sa plénitude et de faciliter la participation de tous les citoyens à la vie politique, économique, culturelle et sociale ».

⁹⁴⁷Par exemple en matière de discipline militaire: arrêt n°31/2000, du 3/02/2000.

⁹⁴⁸Son origine même a été source de dissensions : l'article 10.2, en effet, résulte d'une proposition des forces politiques conservatrices du Sénat, qui a soulevé l'opposition de la gauche. Le débat s'est cristallisé sur le droit à l'instruction, la référence aux normes internationales et plus particulièrement à l'art. 13.3 du Pacte sur les droits économiques et sociaux de 1966 (concernant la liberté des parents de choisir l'établissement d'enseignement de leurs enfants, afin que ceux-ci reçoivent une éducation religieuse et morale conforme à leurs convictions) étant perçue comme un élément de conservatisme. Sur ce thème, voir l'explication fournie par l'un des protagonistes, L. Martín-Retortillo Baquer, *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, pp. 71-84.

⁹⁴⁹E. Álvarez Conde, *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 114-117 ; F. Garrido Falla, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 192.

⁹⁵⁰Voir, sur ces arguments, A. Rodríguez, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, surtout p. 79-95 et 286-296. Également, J. Ruiz-Giménez Cortés et I. Ruiz-Giménez Arrieta, Commentaire de l'art. 10 CE, in Ó. Alzaga (dir.), *op. cit.*, 1997, pp. 84-87.

Ce sont, en second lieu, les implications de cette référence aux conventions internationales qui ont été discutées : selon certains, l'article 10.2 pourrait conduire à privilégier des normes souvent moins complètes et progressistes que celles contenues dans la Constitution (il faut rappeler à nouveau la date de son adoption, 1978). Aussi faudrait-il faire prévaloir les garanties constitutionnelles, afin de ne pas affaiblir le système interne de sauvegarde des droits et libertés⁹⁵¹. Ce risque doit cependant être relativisé, au moins pour la CEDH, qui ne constitue qu'un standard minimum. Le sens exact de l'article 10.2, surtout, a été précisé. Récemment, le Tribunal Constitutionnel a eu l'occasion de rappeler la valeur dont cette disposition dote la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière d'interprétation et de protection des droits fondamentaux, mais dans le même temps a souligné que cela ne devait pas faire oublier les différences normatives existant entre la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁵². Précédemment, le même tribunal avait remarqué que la règle posée à l'art. 10.2 n'érigait pas les conventions internationales en critères autonomes de validité des normes et des actes des pouvoirs publics. Seules les dispositions constitutionnelles ont une telle qualité. Les textes internationaux constituent donc simplement des références interprétatives, contribuant à mieux identifier le contenu des droits garantis⁹⁵³.

Quoiqu'il en soit, les potentialités de l'article 10.2 sont confirmées par les décisions du Tribunal constitutionnel, qui n'hésite pas à s'appuyer expressément sur les instruments internationaux pour interpréter différents droits qu'il lui incombe de protéger (égalité, instruction, grève, liberté d'expression, limites et suspension des droits... et de façon très remarquable, protection juridictionnelle⁹⁵⁴). Cela nous amène à traiter des références expresses à l'article 6 CEDH dans la jurisprudence constitutionnelle. On observera qu'elles sont plus nombreuses dans le domaine pénal que dans le domaine civil.

Le Tribunal constitutionnel (TC) a certes rappelé que l'article 6 CEDH était applicable à tous les ordres juridictionnels, en ce qui concerne notamment le délai raisonnable de la procédure (l'exigence européenne trouvant son parallèle dans l'art. 24.2 CE, avec le droit à une procédure sans « *dilaciones indebidas* »)⁹⁵⁵. Cette jurisprudence a d'ailleurs été confirmée à propos de

⁹⁵¹E. Álvarez Conde, *op. cit.*, pp. 114-117.

⁹⁵²Arrêt n°119/2001, du 24/05/2001, FJ 6.

⁹⁵³Arrêt n° 64/1991, du 22/03/1991, FJ 4.

⁹⁵⁴Voir J. Ruiz-Giménez Cortes et I. Ruiz-Giménez Arrieta, Commentaire de l'art. 10 CE, *op. cit.*, pp. 93-96.

⁹⁵⁵Cela n'empêche pas une nécessaire adaptation à la réalité de la procédure civile et, par conséquent, une application non littérale des critères de la procédure pénale à d'autres procédures (Arrêts n°5/1985 du 23/01/1985, FJ 3-10 et, de façon plus générale, 114/1997 du 16/06/1997, FJ 8).

l'exigence d'un juge indépendant et impartial institué par la loi⁹⁵⁶. Aussi la Convention a-t-elle formellement été visée dans les domaines social, civil et administratif, s'agissant de délai raisonnable⁹⁵⁷, d'égalité des parties dans la procédure⁹⁵⁸, de tribunal indépendant et impartial déterminé par la loi⁹⁵⁹, des limites de l'accès à la juridiction⁹⁶⁰ et du droit à une réponse raisonnée dans les décisions juridictionnelles⁹⁶¹.

Mais l'ensemble le plus abondant de décisions du TC faisant appel - parfois avec une application directe - à l'art. 6 CEDH et à la jurisprudence de la Cour européenne se rapporte à l'ordre pénal, que soit en cause l'impartialité⁹⁶², la citation de témoins⁹⁶³, l'assistance par avocat⁹⁶⁴, la publicité⁹⁶⁵, la présomption d'innocence⁹⁶⁶ ou le délai raisonnable⁹⁶⁷...

Pour que l'hypothèse d'une dissymétrie entre les deux ordres soit vérifiée, ces données générales devraient être complétées par divers éléments, qui dépassent largement les limites de cette introduction : la proportion exacte d'affaires de chaque ordre arrivant à la juridiction constitutionnelle, l'incidence des particularités de chaque réglementation procédurale (civile, sociale, pénale...), les pétitions des parties, etc... Nous nous contenterons de signaler à cet égard que les affaires provenant de la juridiction pénale représentent pour les années 1999 et 2000, 42 % et 45,28% des recours d'*amparo* arrivés au TC.

Toutefois ces considérations n'excluent pas que l'article 10.2 puisse donner lieu à d'autres développements. Il ne faut pas négliger non plus les perspectives ouvertes par la jurisprudence constitutionnelle, s'agissant de l'application de l'art. 24 de la Constitution en dehors des procédures juridictionnelles et de sanction administrative (bien que ni l'art. 6 CEDH ni l'interprétation de la Cour européenne ne soient sur ce point sollicités – cf. *supra*). Les dispositions législatives dans chaque secteur d'intervention administrative peuvent également être éclairantes.

De ces premiers propos introductifs, on retiendra que l'ordre juridique espagnol se montre globalement réceptif et que l'application de l'article 6 en droit interne trouve plusieurs

⁹⁵⁶ Arrêt n°65/1994, du 28/02/1994, FJ 2.

⁹⁵⁷ Par exemple, arrêt n°36/1984, du 14/03/1984.

⁹⁵⁸ Arrêt n°125/1995, du 24/07/1995.

⁹⁵⁹ Arrêt n°101/1984, du 8/11/1984.

⁹⁶⁰ Arrêt n°140/1995, du 28/09/1995.

⁹⁶¹ Arrêt n°91/1995, du 19/06/1995.

⁹⁶² Par exemple, arrêts n°157/1993 du 6/05/1993, 60/1995 du 17/03/1995 et 142/1997 du 15/09/1997.

⁹⁶³ Par exemple, arrêts n°153/1997 du 29/09/1997 et 97/1999 du 31/05/1999.

⁹⁶⁴ Par exemple, arrêts n°37/1988 du 3/03/1988, 106/1988 du 8/06/1988 et 162/1999 du 27/09/1999.

⁹⁶⁵ Par exemple, arrêts n°65/1992 du 29/04/1992 et 136/1999 du 20/07/1999.

⁹⁶⁶ Par exemple, arrêts n°108/1984 du 26/1/1984 et 133/1995 du 25/09/1995.

⁹⁶⁷ Par exemple, arrêts n°223/1988 du 24/11/1988 et 215/1992 du 1/12/1992.

supports dans la Constitution. Mais c'est une chose de soumettre l'ensemble des procédures juridictionnelles à ses exigences ; c'en est une autre de les étendre à des organes essentiellement administratifs, tels les autorités administratives indépendantes.

Compte tenu de leurs caractéristiques, à plusieurs égards singulières (diversité des fonctions attribuées⁹⁶⁸, spécificité de leur composition⁹⁶⁹), ces nouvelles formes d'organisation administrative incitent à repenser la question des garanties consenties aux individus dans les procédures administratives et du contrôle juridictionnel de l'Administration.

On s'interrogera notamment sur la possibilité d'une nouvelle extension des garanties de l'art. 24 CE. Car si le contrôle juridictionnel peut éventuellement se voir limité, étant donné la nature particulière des AAI, il est normal d'exiger un renforcement des garanties dans la procédure administrative. En Espagne, le TC a ainsi admis que le contrôle exercé sur les activités des organes de l'administration électorale, relevant intégralement de la procédure électorale, soit restreint⁹⁷⁰. Et dans une autre décision, il a aussi protégé les droits de la défense de l'art. 24 CE dans une procédure administrative (en dehors de toute sanction), à cause justement de la possibilité d'écarter, dans pareils cas, le recours juridictionnel⁹⁷¹. Quel peut être alors l'influence de l'article 6 CEDH ? Afin de préciser notre propos, deux autorités de régulation, intervenant dans le domaine économique, seront plus spécifiquement étudiées : la Commission nationale du marché des valeurs (CNMV) et le Tribunal de défense de la concurrence (TDC).

La CNMV⁹⁷² est dirigée par un Conseil, composé de :

- Un Président et un Vice-président nommés par le Gouvernement, proposés par le Ministre de l'Économie, choisis parmi des personnalités qualifiées ("*de reconocida competencia*") en matière de marché de valeurs⁹⁷³.

⁹⁶⁸Dans le cas de l'Agence de protection de données, l'arrêt du TC n°290/2000 du 30/11/2000 (FJ 8-9) expose la pluralité et diversité des fonctions dans le cadre d'un rôle préventif ou de protection de cette autorité visant à exclure le caractère unique du recours aux tribunaux.

⁹⁶⁹Marquée par un haut degré de judiciarisation dans l'administration électorale, considérée par quelques auteurs comme une manifestation d'administration indépendante : J. R. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 292. D'ailleurs, le TC a souligné expressément les garanties d'impartialité et le manque de dépendance à l'égard de l'Administration de certains organes de l'Administration électorale : arrêt n°197/1988, du 24/10/1988, FJ 2.

⁹⁷⁰Arrêt n°149/2000, du 1/06/2000, FJ 3. Dans une opinion particulière, F. Garrido Falla étudie la compatibilité entre l'exigence constitutionnelle du contrôle juridictionnel des art. 24 et 106.1 CE et l'impossibilité du contrôle sur certaines décisions adoptées par quelques administrations indépendantes, telles que la Banque d'Espagne ou la CNMV.

⁹⁷¹Arrêt n°103/1996, du 11/06/1996, FJ 4.

⁹⁷²Art. 17-23 de la Loi du marché des valeurs (Loi n° 24/1988 du 28/07/1988).

⁹⁷³L'importance de cette qualité technique et de l'expérience requise des membres de la CNMV à l'égard de son autonomie effective reste claire de nos jours en Espagne à propos de l'affaire *Gescartera*. Voir *El País*, 20/09/2001, p. 33. Voir en général E. Malaret i Garcia, La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional), *Revista española de Derecho Administrativo*, n°76, 1992, p. 591.

- Le directeur général du "*Tesoro y Política Financiera*" (Ministère de l'Économie) et le sous-gouverneur de la Banque d'Espagne.
- Trois conseillers, nommés par le Ministre de l'Économie parmi des personnalités qualifiées ("*de reconocida competencia*") en matière de marché de valeurs.

Le mandat du Président, du Vice-président et des trois conseillers est de quatre ans. Il est renouvelable une fois. La loi détermine les causes qui peuvent mettre fin à l'exercice de leurs fonctions (expiration du terme du mandat; renonciation acceptée par le Gouvernement; révocation décidée par le Gouvernement à cause de manquement grave à leurs obligations, d'incapacité permanente pour l'exercice de la fonction, d'une incompatibilité de fonctions ou d'une condamnation pour délit dolosif) et un régime d'incompatibilités (celui des cadres, "*altos cargos de la Administración*").

Il existe aussi un Comité Consultatif, organe de conseil, composé d'un président (vice-président de la CNMV) et de conseillers, représentant des membres du marché de valeurs et des Communautés Autonomes qui ont des compétences dans ce secteur.

Le TDC⁹⁷⁴, de son côté, est dirigé par le « plein », qui comprend huit membres ("*vocales*") et un Président nommés par le Gouvernement sur proposition du Ministre de l'Économie, parmi des juristes, économistes et autres professionnels ayant un prestige reconnu. Le mandat du Président et des huit membres est de cinq ans. Il est renouvelable une fois. La loi prévoit le renouvellement par moitié de l'organe, tous les deux ans et demi⁹⁷⁵.

L'impartialité de ces membres du TDC est assurée par un régime d'incompatibilités, lié à leur qualité de cadres ("*altos cargos*"). La loi définit aussi les motifs de suspension (décision d'arrestation ou d'inculpation pour délit dolosif, décision dans une procédure disciplinaire ou déclaration d'incapacité transitoire, condamnation par un jugement définitif prononçant la suspension comme peine principale ou accessoire) et les causes qui justifient la cessation des fonctions (renonciation, expiration du terme du mandat, incompatibilité survenue, condamnation par délit dolosif, incapacité permanente, révocation à cause de manquement grave aux obligations, sur proposition de 3/4 parties du tribunal).

Ces quelques indications statutaires éclairent la nature de ces deux organes.

⁹⁷⁴ Art. 20-23 de la Loi de défense de la concurrence, (Loi n° 16/1989, du 17/07/89), modifiée par la Loi n° 24/2001, du 27/12/01.

⁹⁷⁵ Sur les problèmes posés par la durée du mandat en cas de substitution, arrêt du Tribunal Suprême du 26/09/2000.

Bien que la loi ne qualifie pas expressément la CNMV d'autorité administrative indépendante⁹⁷⁶, les travaux doctrinaux relatifs à cette catégorie d'organes⁹⁷⁷ la cite toujours en exemple. Sans doute la CNMV ne dispose-t-elle pas d'une pleine indépendance à l'égard du Gouvernement⁹⁷⁸ mais l'objection n'est pas dirimante, dans la mesure où la locution même d'AAI semble quelque peu excessive s'agissant d'organes appartenant à l'Etat⁹⁷⁹. Dans le cas de la CNMV, en fait, des éléments importants d'indépendance organique (cf. supra) et fonctionnelle (absence d'instructions du Gouvernement, absence aussi -sauf certains cas- de recours hiérarchique, etc.) justifient cette qualification.

La nature du TDC est plus controversée en doctrine. Alors que certains auteurs le rangent parmi des organes « indépendants ou vers l'indépendance », expression signifiant un degré d'indépendance moindre⁹⁸⁰, d'autres en font une AAI à part entière⁹⁸¹. Plusieurs indices militent en faveur de cette dernière analyse. Aux termes de la loi, le TDC exerce ses fonctions, comme « *organismo autónomo* » ayant une certaine autonomie de gestion, "*con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico*"⁹⁸², ce que garantit divers éléments de son statut. La dernière étude consacrée à cette question en Espagne⁹⁸³, qui apporte d'intéressantes précisions à la définition même de la catégorie, retient d'ailleurs la qualification d'AAI à son propos. L'auteur s'appuie notamment sur les garanties personnelles dont jouissent les membres du TDC depuis 1963 et sur les garanties fonctionnelles dont bénéficie le collège lui-même. En plus, les fonctions

⁹⁷⁶La Loi n°24/1988 du 28/07/1988 sur le marché des valeurs dispose que la CNMV est un "*ente de derecho público*" doté d'une personnalité juridique propre (art. 14). D'un point de vue plus général, il faut néanmoins indiquer que la Loi n°6/1997 du 14/04/1997 d'organisation et fonctionnement de l'Administration Générale de l'État range la CNMV parmi certains "*organismos públicos*" se régissant par leurs lois spécifiques. Concernant ces organes, la même loi dispose que le Gouvernement et l'Administration exercent les facultés établies dans la loi dans chaque cas, en respectant de façon stricte leurs domaines d'autonomie : "*en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía*" (disposition additionnelle 10.1) ; et elle ajoute une disposition concernant les organes dotés par la loi dans l'avenir d'indépendance fonctionnelle ou d'une autonomie spéciale à l'égard de l'Administration (disposition additionnelle 10.2).

⁹⁷⁷Voir notamment A. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 161-174.

⁹⁷⁸Voir par exemple M. Fuertes López, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 378-379.

⁹⁷⁹Sur le caractère "excessif" du terme "indépendance", voir H. Maisl, Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale?, in C.-A. Colliard et G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 75.

⁹⁸⁰A. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes*, op. cit., p. 25 ; L. A. Pomed Sánchez, Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes, *Revista de Administración Pública*, n°132, 1993, pp. 146-147.

⁹⁸¹J. R. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 293 ; E. García Llovet, Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública*, n°131, 1993, pp. 88-89.

⁹⁸²Art. 20 de la Loi n°16/1989 du 17/07/1989 de défense de la concurrence, modifié par la Loi n° 24/2001, du 27/12/01.

⁹⁸³M. Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid, 2000, pp. 44-46.

du TDC intéressent directement les droits des citoyens, ce qui le distingue d'autres organes qui, ayant une certaine indépendance organique et fonctionnelle, exercent dans l'Administration des fonctions de conseil ou de contrôle. En jurisprudence, enfin, cette autorité a été considérée comme une juridiction et comme un organe administratif ayant des fonctions quasi-juridictionnelles⁹⁸⁴.

La question qui se pose alors est de savoir si ces deux organes vont être concernés par les exigences du procès équitable dans l'exercice de leurs fonctions. La réponse suppose de vérifier tout d'abord que l'article 6 CEDH leur est applicable (Section I), et de mesurer ensuite si la norme européenne nécessite un aménagement de leur statut (Section II).

⁹⁸⁴Voir L. Cases Pallares, *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons et EAPC, Madrid, 1995, pp. 243 et 251.

Section I. – Les facteurs d’applicabilité de l’article 6 CEDH

L'application des règles contenues dans l'art. 6 CEDH constitue un enjeu très important du point de vue de l'adoption, de la part de divers pays, d'un système de garanties communes. De ce fait, il est particulièrement nécessaire d'identifier au préalable les facteurs susceptibles de rendre l'article 6 CEDH applicable : l'adoption d'un langage commun suppose l'existence de situations équivalentes. Aussi recherchera-t-on si les mesures adoptées par la CNMV et par le TDC relèvent de la nature civile ou pénale au sens de la Convention (§ I) et si elles sont soumises à un contrôle de pleine juridiction (§ II).

§ I. - De l'adoption de mesures de nature civile ou pénale au sens de la Convention

L'analyse se décomposera en deux temps, respectivement consacrés à l'identification des pouvoirs normatifs attribués aux autorités étudiées (A) puis à leur qualification au sens du droit européen (B).

A. Identification des pouvoirs normatifs de l'autorité

1 – La CNMV

La Loi du marché des valeurs, texte institutif de la CNMV, dispose que cette autorité a des pouvoirs de décision individuelle et générale. Le caractère administratif des procédures et des actes adoptés dans l'exercice de ses fonctions publiques est indubitable⁹⁸⁵.

- L'art. 15 de la Loi du marché des valeurs confère à la CNMV le pouvoir d'édicter des normes à caractère général, nécessaires soit à l'exercice des compétences qui lui ont été attribuées par la loi, soit à l'exécution des règlements du Gouvernement ou du Ministère de l'Économie (sous

⁹⁸⁵L'art. 14.II dispose que, dans l'exercice de ses fonctions publiques et outre ce que prévoient les lois spécifiques, la CNMV doit agir conformément à ce que dispose la Loi de la procédure administrative commune. En plus, l'art. 16 parle des dispositions et des décisions de la CNMV dans l'exercice de ses pouvoirs administratifs pouvant être contrôlées par le juge administratif.

réserve d'une habilitation expresse). Ces actes dénommés « circulaires », publiés au journal officiel, sont subordonnés audits règlements.

- La CNMV peut par ailleurs prononcer toute une série de mesures individuelles afin de sanctionner les infractions à la loi du marché des valeurs (art. 102-106 Loi du marché des valeurs) : amendes, suspension ou limitation d'activités, retrait d'autorisations, interdiction de déclencher certaines opérations, blâme public ou privé... Elle est également habilitée à mettre fin aux fonctions des personnes ayant des charges d'administration ou direction en leur infligeant des interdictions d'exercer, ou à suspendre l'exercice de certaines fonctions. Ces sanctions forment donc un ensemble très divers et peuvent être imposées à des personnes physiques ou morales, ainsi qu'aux directeurs ou administrateurs des établissements concernés (art. 95)⁹⁸⁶... Les sanctions, énumérées ci-dessus, sont fixées en tenant compte des limites quantitatives, des personnes visées et de la gravité de l'infraction⁹⁸⁷. Les pouvoirs de la CNMV sont donc étendus, puisqu'il lui appartient de déclencher la procédure, de mener l'instruction du dossier et le cas échéant de décider des sanctions, que l'infraction constatée soit grave ou légère. Pour les plus graves d'entre elles, toutefois, c'est le Ministère de l'Économie (sur proposition de la CNMV) qui prononce les sanctions. Et dans le même sens, c'est le Conseil des Ministres qui décide du retrait d'autorisation.

Indépendamment des sanctions, la CNMV peut prendre d'autres types de décisions individuelles. On citera à titre d'exemple l'octroi ou le retrait d'autorisations (pour ouvrir à l'étranger une succursale des entreprises de services d'investissement espagnoles, par exemple), l'imposition d'obligations de publicité, plusieurs formes d'intervention dans les opérations du secteur (décision sur les valeurs susceptibles d'être négociées ou opposition, après information obligatoire, à une prise de participation significative dans certaines entreprises), des actes d'approbation (des statuts de la Société de Bourses, entre autres), des actes tendant à la cessation d'activités contraires à la loi, des activités de rapport à l'égard de certaines situations (telles la faillite d'une entreprise de services d'investissement), des mesures de substitution des membres des organes d'administration de certains établissements,

⁹⁸⁶On peut trouver l'énonciation complète des personnes visées par le régime de supervision, surveillance et sanction déterminé par la Loi du marché des valeurs dans l'art. 84. On peut en trouver une systématisation, par exemple, dans l'ouvrage de A. J. Tapia Hermida, *Derecho del Mercado de Valores*, Bosch, Barcelone, 2000, pp. 169-170. Les problèmes posés par les sanctions pouvant être imposées aux personnes juridiques et aux personnes qui en ont la direction sont analysés par M. Fuertes López, *op. cit.*, pp. 274-279.

⁹⁸⁷Par exemple, dans le cas des infractions les moins graves, la loi prévoit comme uniques sanctions possibles le blâme privé et l'amende, dont le montant ne peut être supérieur à 5.000.000 de pesetas.

et des activités d'investigation. La CNMV dispose aussi d'un registre où il faut inscrire plusieurs opérations.

- La CNMV, enfin, exerce également des fonctions d'arbitrage, de conseil et de consultation.

Finalement, la diversité et l'importance de ses compétences sont telles que l'on peut se demander quel est exactement le rôle de l'autorité dans la détermination de la politique à mener dans le secteur du marché des valeurs. Cette question dépasse largement l'objet de la présente recherche, axée sur le respect des garanties de l'art. 6 CEDH, mais elle n'en est pas moins décisive, si l'on veut correctement caractériser la nature de cette autorité et les rapports, du point de vue des règles constitutionnelles, avec les pouvoirs du Gouvernement. Il ressort d'une thèse très récente que la CNMV ne se trouve pas en position de diriger ou d'ordonner le secteur, cette tâche incombant à l'Administration gouvernementale dans le cadre de la loi⁹⁸⁸. D'autres points de vue doctrinaux, toutefois, sont plus nuancés⁹⁸⁹...

2 – Le TDC

Les pouvoirs du TDC sont définis par la Loi de défense de la concurrence. Comme pour la CNMV, les procédures et les actes adoptés dans ce cadre présentent sans contestation possible un caractère administratif⁹⁹⁰. Mais il faut relever que le TDC ne dispose pas de compétence « réglementaire », lui permettant de prendre des mesures de portée générale.

- En revanche, il peut infliger des sanctions pécuniaires à des agents économiques, des entreprises, des associations, unions ou groupements de celles-ci. Les représentants légaux de ces établissements et les personnes faisant partie de leurs organes de direction, lorsqu'ils sont intervenus dans la prise de certaines décisions ou accords, peuvent aussi être concernés (art. 10 de la Loi de défense de la concurrence).

- Le TDC est également compétent pour ordonner de mettre fin aux pratiques interdites dans un délai déterminé, ordonner de supprimer les effets des pratiques interdites contraires à l'intérêt

⁹⁸⁸M. Magide Herrero, *Límites constitucionales...*, *op. cit.*, pp. 413-418.

⁹⁸⁹Voir E. Malaret i Garcia, *La Comisión...*, *op. cit.*, pp. 575 et 597.

⁹⁹⁰La loi dispose l'application, outre les lois spécifiques, des normes de la loi relative à la procédure administrative commune (art. 50) et le recouvrement des sanction moyennant l'exécution forcée (art. 54.2).

public, imposer des conditions ou des obligations déterminées; déclarer l'existence ou non de pratiques ou d'accords interdits et l'existence d'un abus de position dominante; autoriser ou non certains accords ou pratiques; modifier ou retirer une autorisation suite à un changement des circonstances; qualifier une pratique comme autorisée (art. 4, 9, et 46 de la Loi de défense de la concurrence).

- Il exerce aussi des fonctions de conseil, de rapport (en ce qui concerne notamment les projets ou opérations de concentration et les aides publiques de nature à fausser les conditions de concurrence), de consultation et d'arbitrage (arts. 15, 19, 25 et 26 de la Loi de défense de la concurrence).

On soulignera que comme pour la CNMV, la question de savoir si ces différents pouvoirs permettent au TDC de mettre en œuvre des politiques propres a été discutée⁹⁹¹.

Mais du point de vue de l'applicabilité de l'article 6, le plus important est de déterminer si les actes pris par la CNMV et le TDC ressortent à la matière pénale ou civile au sens de la Convention.

B. Qualification des pouvoirs normatifs de l'autorité au regard de l'article 6

Les décisions individuelles susceptibles d'être prises par la CNMV (délivrance d'autorisations, actes d'approbation, etc.) sont manifestement déterminantes pour l'exercice des activités dans le secteur du marché des valeurs. La faculté qui lui est donnée d'intervenir dans certaines opérations, ou de modifier la composition des organes d'administration de certains établissements se traduit par une restriction très nette de la liberté des intéressés⁹⁹². Il faut rappeler que la CNMV est fondamentalement une autorité de supervision des marchés des valeurs et des activités qui s'y rapportent, appelée à garantir la transparence, la formation correcte des prix et la protection des investisseurs (art. 13 de la Loi du marché des valeurs). Cette supervision implique un pouvoir d'intervention non négligeable, afin d'assurer le respect des normes applicables au secteur⁹⁹³. Il ne semble donc pas difficile de considérer que ces décisions impliquent un droit civil, surtout si l'on songe à la conception extensive du domaine d'application

⁹⁹¹J. E Soriano García, *Derecho Público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 332.

⁹⁹²Sur ces actes de limitation de droits, voir M. Fuertes López, *La Comisión...*, *op. cit.*, pp. 161-165.

⁹⁹³M. Magide Herrero, *Límites constitucionales...*, *op. cit.*, pp. 324-327.

de l'art. 6.1 CEDH. On rappellera à cet égard que cet article « *peut être invoqué dans des litiges entre un individu et une autorité publique, soit lorsque celle-ci a le pouvoir d'intervenir pour rendre juridiquement valable des rapports de droit privé, soit lorsqu'elle a créé des conditions qui portent directement atteinte à l'exercice de droits privés existants. Ces droits peuvent donc dépendre d'une intervention publique, par exemple d'une autorisation administrative et la réglementation publique de l'activité privée, considérée comme étant d'intérêt général, ne suffit pas à exclure les droits privés en cause de la catégorie des droits de caractère civil* »⁹⁹⁴.

Il n'est pas moins clair que les sanctions pouvant être imposées par la CNMV entrent dans le champ d'application de l'article 6 au titre de la matière pénale. Car en tant que sanctions administratives, elles entraînent, conformément à la jurisprudence constitutionnelle, l'application d'un ensemble de règles largement inspirées des principes du droit pénal (cf. *supra* introduction). Mais toute différenciation n'est pas exclue. Ainsi, les sanctions pécuniaires s'apparentent-elles certainement à des accusations en matière pénale. Pour ce qui est des autres catégories de sanctions, il faut aussi tenir compte de leur degré de gravité... Compte tenu de leur très grande variété, en fait, il n'est pas sûr que toutes doivent automatiquement être qualifiées de sanction administrative, telle que le conçoit le droit espagnol. Comme cette question excède les limites de la recherche, nous ne tenterons pas de nous livrer ici à une analyse conceptuelle. Mais en tout état de cause, les mesures punitives ont une incidence telle sur l'activité professionnelle qu'elles pourraient au moins relever de l'article 6 au titre de la matière civile...

Les mêmes conclusions valent pour le TDC. Tout comme la CNMV, il constitue une autorité de supervision, dont les décisions individuelles peuvent en général limiter de façon très importante les activités des personnes soumises à son contrôle (délivrance d'autorisations, imposition de conditions ou d'obligations, etc.). La qualification de décisions impliquant un droit civil est alors tout aussi aisée. Les sanctions susceptibles d'être prises par le TDC ressortent également à la matière pénale au sens de la CEDH. Nombre d'arrêts du Tribunal Suprême, d'ailleurs, appliquent dans le domaine de la concurrence des principes de droit pénal, par exemple celui de la proportionnalité dans la détermination du montant de la sanction pécuniaire.

Les critères matériels d'applicabilité de l'article 6 sont donc satisfaits. On sait cependant que cela ne suffit pas nécessairement pour que l'organe en cause doive respecter l'intégralité de ses prescriptions.

⁹⁹⁴L. Potvin-Solis, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, Paris, 1999, p. 326.

§ II. - De la soumission à un contrôle de pleine juridiction

En tant qu'autorités administratives, la CNMV et le TDC sont naturellement placées sous le contrôle du juge⁹⁹⁵, et plus particulièrement du juge administratif ("*jurisdicción contencioso-administrativa*")⁹⁹⁶. L'existence de voies de recours juridictionnels est une nécessité, compte tenu des articles 106.1 et 24 de la Constitution (cf. *supra* introduction) et l'influence de ces deux dispositions, en ce qui concerne la protection des administrés dans leurs relations avec les administrations publiques, se manifeste notamment dans le préambule de la nouvelle loi sur la juridiction contentieuse-administrative (Loi n° 29/1998, du 13 juillet)⁹⁹⁷.

L'intervention du juge est d'autant plus cruciale que les textes pertinents ne permettent quasiment pas d'obtenir par la voie administrative le retrait ou la réformation des décisions prises. En effet, il n'est pas possible de présenter un recours hiérarchique contre les actes de la CNMV, sauf pour les décisions d'intervention et de substitution d'administrateurs - la demande devant alors être portée devant le Ministère de l'Économie (arts. 16 et 107 de la Loi du marché des valeurs). Malgré les dispositions de l'art. 16, certains auteurs ont écarté cette possibilité pour les sanctions, en se fondant sur l'économie générale de la loi : la voie juridictionnelle serait ouverte directement⁹⁹⁸. Cependant, il faut souligner deux données complémentaires : d'une part, il existe en général une possibilité de recours administratif facultatif devant l'organe décisionnaire et d'autre part, avant même la réforme de 1998, les intéressés exerçaient, en pratique, un recours hiérarchique (que l'on a dénommé « impropre ») devant le Ministère de l'Économie⁹⁹⁹. Par ailleurs, si les actes du SDC sont susceptibles de recours devant le TDC (art. 47 de la Loi de défense de la concurrence), les mesures provisoires et les décisions définitives

⁹⁹⁵Le Tribunal Constitutionnel, dans l'arrêt n°81/1983 du 10/10/1983, a signalé expressément l'impossibilité d'exclure du contrôle juridictionnel certains actes du TDC.

⁹⁹⁶Les lois du marché des valeurs et de défense de la concurrence en font expressément mention (art. 16 et 49).

⁹⁹⁷Cela étant, l'importance du contrôle juridictionnel ne doit pas occulter que des modes plus rapides de résolution des conflits sont souvent préférables. La doctrine n'a pas manqué de le rappeler à propos de la CNMV : M. Fuertes López affirme notamment qu'à considérer la diversité des actes édictés par la CNMV, une possibilité généralisée de contestation n'est pas concevable. Sauf pour ce qui concerne les sanctions, d'autres stratégies seraient plus adéquates dans ce secteur (V. M. Fuertes Lopez, *op. cit.*, pp. 344-346). En outre, on a remarqué que les décisions de la CNMV, comme celles du TDC, en particulier celles prononçant des sanctions, étaient en général respectées, si bien que les recours sont en pratique limités (Rapport d'activité de la CNMV, 1999, p. 87 ; J. E. Soriano García, *Derecho Público...*, *op. cit.*, p. 635).

⁹⁹⁸Voir sur ce sujet les points de vue divers de : E. Malaret i Garcia, *op. cit.*, p. 595 ; M. Magide Herrero, *op. cit.*, p. 417, A. Betancor Rodríguez, *op. cit.*, p. 163 et M. Fuertes López, *op. cit.*, p. 346.

⁹⁹⁹L'on peut observer cela, par exemple, dans les arrêts du Tribunal Supérieur de Justice de Madrid du 23/05/1995, 3/07/1995 et 4/04/1997.

arrêtées par ce dernier ne peuvent en revanche faire l'objet d'un recours administratif. La seule voie de droit possible est donc de nature contentieuse (art. 49).

Aussi est-il important que les pouvoirs du juge ne soient pas restreints. En vertu des articles 24 et 106.1 de la Constitution, que l'on a appliqués directement depuis 1978, les tribunaux doivent normalement être en mesure de procéder à l'annulation, à la réformation des décisions qui leur sont déférées, de s'assurer de la matérialité et de la qualification des faits, et de veiller au respect du principe de proportionnalité. Cela n'empêche pas que l'intensité du contrôle puisse varier selon le caractère plus ou moins lié de la compétence administrative et il faut alors préciser l'étendue de celui qui est exercé sur les décisions de la CNMV et du TDC (A), avant de voir s'il s'agit ou non d'un contrôle de pleine juridiction au sens de la Convention (B).

A. Étendue de la compétence juridictionnelle

Les recours ouverts contre les décisions (y compris les sanctions) de la CNMV et du TDC ne sont pas d'un type particulier et ne présentent aucune spécificité remarquable¹⁰⁰⁰. Il faut donc se reporter aux caractéristiques générales du contrôle exercé par les tribunaux administratifs dans l'ordre juridique espagnol.

Sous l'effet des articles 24 et 106.1 CE et aujourd'hui de la Loi n° 29/1998 du 13 juillet 1998 (bien que des limites persistent), on en a parlé comme d'un contrôle entier. Pour reprendre les motifs de la loi de 1998, « *la plénitude matérielle de la tutelle judiciaire dans l'ordre du contentieux administratif, requiert que soit dépassé son caractère dit de révision* ». En d'autres termes, le recours devant les tribunaux administratifs ne se limite plus aux actes administratifs, mais il peut aussi concerner, d'une façon plus large, l'activité (actuacion) et l'inactivité de l'administration. Dans la perspective qui nous intéresse (qualification du recours comme jugement de pleine juridiction), toutefois, il faut avoir particulièrement égard à l'existence ou non de droits ou intérêts légitimes lésés (qui peuvent être très importants dans le secteur du marché des valeurs¹⁰⁰¹) et tenir compte de ce que le justiciable peut alors demander et obtenir du juge¹⁰⁰². A cet égard on soulignera que le recours peut déboucher sur la déclaration de non conformité avec le Droit et l'annulation des actes ou des dispositions adoptées par l'Administration; ou la reconnaissance d'une situation juridique individualisée et l'adoption des

¹⁰⁰⁰Pour la CNMV, M. Fuertes López, *La Comisión...*, *op. cit.*, pp. 346-349.

¹⁰⁰¹M. Fuertes López, *op. cit.*, p. 347.

¹⁰⁰²Voir M. Cuchillo i Foix, Le contrôle juridictionnel de l'administration dans l'ordre juridique espagnol, *AJDA*, 20/10/1999, p. 761.

mesures nécessaires au plein rétablissement de cette situation. La nouvelle loi de 1998 comporte quelques innovations: par exemple la possibilité du juge d'enjoindre l'administration à réaliser des prestations matérielles, ou de suspendre des activités dans le cas de voie de fait¹⁰⁰³. Mais elle n'exige pas que les prétentions des requérants soient formulées à travers des types spécifiques de recours (ex : recours en déclaration d'inexistence ou en appréciation de légalité)¹⁰⁰⁴, de sorte que l'action peut aussi bien être de déclaration que de condamnation¹⁰⁰⁵.

Ces différents aspects qui se situent dans la ligne des exigences de l'art. 24 CE, accentuent le caractère « subjectif » du recours devant les tribunaux administratifs (qui entraîne la protection des droits au sens large et qui ne se limite plus à la décision « objective » de juger des actes administratifs), caractère que des auteurs très influents en droit administratif espagnol ont souligné avec insistance¹⁰⁰⁶. C'est en ce sens que l'on peut parler d'un recours de pleine juridiction en droit interne. Mais cette qualification vaut-elle également au sens européen ?

B. Nature du recours juridictionnel au sens de la Convention

Il a déjà été montré (cf. *supra*, Partie II, Chapitre I, Section I) que la notion de « pleine juridiction » est complexe et relative, puisque sa signification diffère selon la matière, civile ou pénale, concernée. On rappellera brièvement qu'elle suppose, en matière pénale du moins, un contrôle juridictionnel complet, avec le pouvoir de réformer en tout point – en droit et en fait – la décision en cause¹⁰⁰⁷. L'influence de cette définition est importante, dans la mesure où l'art. 10.2 CE dispose que les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés doivent être interprétées conformément aux traités et accords internationaux sur la matière ratifiés par l'Espagne.

Afin de déterminer si ladite définition peut s'appliquer au contrôle exercé sur les décisions de la CNMV et du TDC, il faut à nouveau rappeler que, de manière générale, la Constitution de 1978 a considérablement renforcé le rôle du juge, initialement limité au contrôle de la légalité et du détournement de pouvoir et à la détermination de la responsabilité de l'administration¹⁰⁰⁸. Le « contrôle plein » sur les faits et le droit, tenant compte des droits et

¹⁰⁰³ Art. 31 et 32. Voir M. Cuchillo i Foix, *op. cit.*, pp. 761-762.

¹⁰⁰⁴ M. Cuchillo i Foix, *op. cit.*, p. 762.

¹⁰⁰⁵ E. García de Enterría et T.-R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1999, p. 618.

¹⁰⁰⁶ E. García de Enterría et T.-R. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, pp. 612-614.

¹⁰⁰⁷ Voir C. Mamontoff, La notion de pleine juridiction au sens de l'art. 6 CEDH et ses implications en matière de sanctions administratives, *RFDA*, 1999-5, pp. 1007-1011 et L. Potvin-Solis, *op. cit.*, pp. 300-303.

¹⁰⁰⁸ M. Cuchillo i Foix, Le contrôle..., *op. cit.*, pp. 762-763.

intérêts des citoyens, existe. Mais des restrictions importantes subsistent lorsque l'acte litigieux a été pris dans l'exercice d'une compétence discrétionnaire, malgré l'existence de certaines décisions imposant des choix concrets à l'Administration. La Loi n° 29/1998 précitée dispose, à cet égard, que les tribunaux ne pourront pas déterminer le contenu discrétionnaire des actes annulés (art. 71.2) En l'absence de limites à la liberté d'appréciation de l'administration, la plaçant en situation de compétence liée, cette disposition implique que le juge doit se borner à exercer un contrôle de légalité : sur ce terrain, il peut « *déclarer l'erreur de fait, de droit, d'appréciation et le détournement de pouvoir. Il peut procéder au contrôle des faits et de leur qualification juridique, du régime de la décision administrative, de l'adéquation aux buts fixés et du respect des principes généraux du droit, parmi lesquels le principe de proportionnalité qui a récemment pris une grande importance en Espagne, notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »¹⁰⁰⁹. C'est sur le fondement de ce principe, que, face à une tradition hostile au contrôle sur la fixation du montant des sanctions pécuniaires, la jurisprudence a déclaré le caractère lié de toute décision concernant les sanctions administratives¹⁰¹⁰. Et si le Tribunal suprême a par ailleurs reconnu à l'Administration une liberté de choix, dans le domaine notamment de la concurrence¹⁰¹¹, des décisions de l'Audiencia Nacional sont venues réformer, en les rendant moins lourdes, des sanctions prononcées en matière du marché des valeurs¹⁰¹². Il en a été de même en matière de concurrence, concernant des décisions du TDC¹⁰¹³. On relèvera particulièrement un arrêt, qui a allégé une sanction prononcée par la CNMV et requalifié la gravité de l'infraction à raison d'un défaut de motivation de la part de l'Administration¹⁰¹⁴.

Aussi peut-on considérer dans l'ensemble que les mesures prises par les deux organes étudiés font l'objet d'un contrôle de pleine juridiction au sens européen du terme.

Suivant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, ni la CNMV ni le TDC ne devraient alors être tenus de satisfaire aux prescriptions de l'article 6.

Mais dans la mesure où, en Espagne, le Tribunal Constitutionnel et le Tribunal Suprême ont décidé de l'application au droit répressif administratif des dispositions de l'art. 24 CE

¹⁰⁰⁹M. Cuchillo i Foix, *op. cit.*, p. 763.

¹⁰¹⁰Plusieurs décisions, à partir de l'arrêt du Tribunal Suprême du 23/01/1989. En ce qui concerne la CNMV, on a parlé aussi du caractère lié de la décision sur les sanctions à prononcer, ce qui n'a pas empêché la considération des marges d'appréciation dans l'adaptation aux circonstances particulières: M. Fuertes López, *op. cit.*, pp. 307-309.

¹⁰¹¹Arrêts du TS du 24/10/1997 et du 28/10/1998.

¹⁰¹²Arrêts de l'Audiencia Nacional du 11/10/1996, du 18/03/1999 et du 18/01/2001.

¹⁰¹³Arrêt de l'Audiencia Nacional du 19/09/1994 (concernant une sanction prononcée par le TDC) ; arrêt du Tribunal Suprême du 16/02/1998 et deux arrêts du Tribunal Suprême du 26/10/1998.

¹⁰¹⁴Arrêt du Tribunal Supérieur de Justice de Madrid du 13/05/1998.

relatives à la protection juridictionnelle et aux garanties processuelles¹⁰¹⁵, on peut considérer que la CNMV et le TDC doivent cependant respecter les principes du procès équitable, du moins pour ce qui est des sanctions. Encore faut-il préciser que cette affirmation ne peut revêtir une valeur absolue, étant donné que l'application des garanties de l'art. 24 CE présente aussi des nuances. (Nous y reviendront plus précisément en étudiant les enjeux de l'application de l'art. 6 CEDH, ce qui montre le lien entre les différentes exigences posées par cet article¹⁰¹⁶). Surtout les autorités étudiées ne se trouvent pas directement exposées aux contraintes européennes.

On ne manquera pas alors de souligner un certain paradoxe. Comme il a déjà été dit, « certains auteurs pensent que si la sanction administrative est revêtue de garanties, surtout du recours juridictionnel, elle n'aura plus un caractère administratif, mais plutôt judiciaire, [...] Pour d'autres, c'est justement ce recours qui permet de rendre les sanctions administratives conformes à la Constitution »¹⁰¹⁷. Est-il cependant conforme au respect des droits de la défense de repousser le moment du procès équitable au stade, simplement éventuel, du contrôle juridictionnel ultérieur? La position du droit espagnol, partagé entre une application par analogie des principes du droit pénal et l'existence de nuances dont les contours sont encore très indéfinis, témoigne de la difficulté. Le problème posé par l'extension des garanties de l'art. 24 CE se manifeste d'ailleurs dans l'arrêt de l' « *Audiencia Nacional* » du 8 juillet 1996, au terme duquel le juge confirme l'application exceptionnelle de l'art. 24 CE à l'Administration dans l'exercice du pouvoir de sanction, mais considère qu'en l'espèce, l'acte litigieux (il s'agissait d'un acte qui rendait sans effet une autorisation) n'est pas une sanction et que le TDC n'est pas un tribunal de justice.

Aussi ne peut-on s'arrêter au constat que le respect intégral de l'article 6 CEDH en tant que tel ne s'impose pas a priori aux deux autorités étudiées. Il faut encore apprécier au regard du statut de la CNMV et du TDC si cette inapplicabilité est ou non préjudiciable aux administrés, autrement dit si l'application de l'article 6 présenterait un enjeu.

¹⁰¹⁵L'on peut mentionner les arrêts n°18/1981 du 8/06/1981 et 77/1983 du 3/10/1983.

¹⁰¹⁶Voir L. Potvin-Solis, *L'effet des jurisprudences...*, op. cit., p. 303.

¹⁰¹⁷A. Sykiotou-Androulakis, *Le mouvement de dépenalisation en France et en Grèce. L'alternative administrative*, Sakkoulas/Bruylant, Athènes-Bruxelles, 1997, p. 173.

Section II. – Les enjeux de l’application de l’article 6

Afin de déterminer si l’application de l’article 6 présenterait un intérêt, il convient de vérifier si ses exigences sont ou non substantiellement satisfaites dans les statuts de la CNMV et du TDC. Cela suppose en premier lieu de décrire les conditions dans lesquelles leurs décisions respectives sont élaborées et adoptées, et en second lieu de confronter concrètement ces dispositions avec les exigences européennes.

§ I. - L’organisation de la procédure devant la CNMV et le TDC

Bien que présentant certains points communs, les procédures décisionnelles suivies par le TDC et la CNMV ne sont pas strictement identiques. Aussi convient-il des les examiner successivement.

A - La CNMV

La loi sur le marché des valeurs encadre à plusieurs égards l’exercice du pouvoir réglementaire de la CNMV : conditions d’élaboration des « *circulares* », nécessité de rapports techniques et juridiques, approbation, publication et effets (art. 15). Ce texte définit également les diverses interventions de la CNMV dans toutes les opérations concernées du secteur. Mais on s’attardera plus précisément sur l’adoption des décisions individuelles et des sanctions :

- Pour ce qui est de l’adoption des décisions, la loi en fixe certains aspects : l’origine de la décision (propre ou sur proposition d’autres organes), la nécessité de rapports préalables émanant d’autres institutions (pour l’approbation de certains statuts), les formalités (motivation, notification, délais...) requises pour certaines décisions d’autorisation sur proposition ou avec participation de la CNMV, les délais et les contenus de certaines autorisations et rapports, les spécificités, au regard de la Loi sur le régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative commune, de la procédure de retrait de certaines autorisations. La loi dispose par ailleurs que certaines procédures seront fixées dans les règlements.

- Pour ce qui est de l’adoption des sanctions, il doit être fait application de la Loi n° 30/1992, du 30 novembre 1992, sur le régime juridique des administrations publiques et la procédure

administrative commune, complétée par le Règlement du 4 août 1993 sur la procédure dans l'exercice du pouvoir de sanction. Cette dernière norme contient des dispositions générales (relatives par exemple à la possibilité de consulter le dossier, au cumul de sanctions, ou aux organes compétents) et explicite les différentes les phases de la procédure, de son déclenchement et de ses préalables (avec les mesures provisoires) à la décision finale et à ses effets, en passant par l'instruction (possibilité de présenter des observations, preuve, proposition de décision finale). Une procédure simplifiée ou plus rapide est également instituée.

Il existe toutefois des spécificités, précisées dans Loi sur le marché des valeurs elle-même (art. 98 de la Loi n° 24/1988, du 28 juillet, modifiée par Loi n° 37/1998, du 16 novembre) et dans d'autres dispositions de rang législatif et réglementaire, à savoir la Loi n° 26/1988, du 29 juillet 1988, sur la discipline et l'intervention des établissements de crédit et le règlement sur la procédure de sanction applicable aux sujets qui agissent dans le domaine des marchés financiers (R. Décret n° 2119/1993, du 3 décembre, modifié par la Loi n° 41/1999, du 12 novembre, sur les systèmes de paiement et de liquidation de valeurs). Ces spécificités concernent fondamentalement les aspects suivants, suivant l'ordre des trois normes précitées :

- l'inscription, la communication et la publication de certaines sanctions; la remise ou l'ajournement des sanctions dans certains cas ; le rapport de la Banque d'Espagne s'il s'agit d'un établissement de crédit

- le cumul de procédures de sanctions, trouvant leur origine dans une même infraction, initiées à l'encontre des établissements et des personnes y exerçant des charges d'administration ou direction ; la nomination d'instructeurs ou de secrétaires adjoints ; la production de preuves additionnelles ; la communication de certains dossiers aux autorités de supervision d'un autre Etat de la Communauté Européenne ; la suspension provisoire, dans certains cas, des personnes ayant des charges d'administration ou de direction des établissements de crédit ; les délais de prescription ; les critères de détermination des sanctions applicables ; les critères de détermination de la responsabilité des personnes ayant des charges d'administration ou direction des établissements de crédit ; les nominations provisoires assurant la continuité de l'administration ou la direction de ces établissements

- les délais de la procédure ; l'existence d'un document des griefs ("*pliego de cargos*") -ce qui provoque des changements dans le contenu du document portant accord sur le déclenchement de la procédure ; les dispositions permettant à la personne chargée de l'instruction¹⁰¹⁸ de déterminer correctement les faits (étant donné que ce secteur présente une complexité spéciale); la

¹⁰¹⁸Le règlement confirme la possibilité de nommer des instructeurs et secrétaires adjoints.

possibilité de présenter des observations¹⁰¹⁹ ; la prévision d'activités complémentaires pour la décision finale et l'organisation d'une procédure simplifiée pour des infractions légères ou graves, quand les faits sont clairement déterminés.

-

En application des normes précitées, la procédure de sanction se déroule, en résumé, de la manière suivante.

C'est la CNMV qui la déclenche, sur accord exprès du Conseil (art. 17 de la loi sur le marché des valeurs¹⁰²⁰). Cet accord doit désigner la personne chargée de l'instruction (ci-après « l'instructeur ») et doit être communiqué au sujet mis en cause, qui peut utiliser la récusation.

C'est ensuite « l'instructeur », ou « l'instructeur-chef » s'il y en a plusieurs, qui dirige la procédure, et il lui appartient de décider (sur proposition de la partie ou de l'autorité) de toutes les preuves considérées appropriées et possibles. Ces preuves doivent permettre d'établir les faits et les actes susceptibles de constituer des infractions, en respectant le principe du contradictoire. L'instructeur peut demander tous les rapports techniques ou juridiques nécessaires, selon la complexité de la matière. Après accord sur le déclenchement de la procédure, ou dans l'accord même, la CNMV peut décider dans certains cas de suspendre provisoirement les personnes ayant des charges de direction ou administration dans l'établissement concerné.

Une fois que les preuves ont été réunies, l'instructeur rédige le « document des griefs », qui identifie les actes réalisés et les faits concrets imputés, rappelle la définition légale de l'infraction, définit les sanctions pouvant être imposées et désigne l'autorité compétente pour la prononcer. Ce document doit être communiqué aux intéressés, lesquels peuvent répondre, dans un délai déterminé, en fournissant tous les documents ou observations pertinents, avec la possibilité de proposer des preuves additionnelles.

C'est au terme de ces étapes préliminaires qu'intervient la proposition de décision finale, laquelle est suivie de l'audition des intéressés. Après cette audition, d'autres phases propres au secteur du marché de valeurs peuvent s'intercaler, comme le rapport préalable de la Banque d'Espagne ou du comité consultatif de la CNMV¹⁰²¹.

Finalement la décision est adoptée par le Conseil de la CNMV, avec la possibilité, néanmoins, de réaliser d'autres actes complémentaires, dont les résultats sont communiqués aux intéressés. La décision finale doit être motivée.

¹⁰¹⁹A cet égard, certaines des particularités introduites par le règlement sont plus favorables à l'intéressé, tandis que d'autres rappellent différentes limites, comme celles tenant aux documents ayant un caractère réservé.

¹⁰²⁰M. Fuertes López, *op. cit.*, p. 311.

¹⁰²¹La loi exige le rapport du comité consultatif seulement pour les infractions très graves, mais la doctrine a développé des arguments en faveur de la généralisation de cette procédure, même en cas d'infractions moins graves: M. Fuertes López, *op. cit.*, p. 318.

B – Le TDC

On retiendra de la Loi de défense de la concurrence qu'outre des dispositions relatives à la publicité et aux diverses circonstances à envisager dans le rapport du TDC en cas de concentration économique, elle comporte un ensemble d'articles concernant la procédure devant le TDC mais aussi le "Service de Défense de la Concurrence" ("*Servicio de Defensa de la Competencia*", SDC), qui n'est pas une autorité administrative indépendante et qui intervient de façon préalable à travers plusieurs mécanismes. Deux chapitres doivent être distingués, celui consacré à la procédure en matière d'accords et pratiques interdites et autorisées et celui fixant les dispositions communes.

Dans le premier chapitre, la loi traite du déclenchement de la procédure, de l'instruction dans le cadre de procédures de sanction et d'autorisation, en ce qui concerne le SDC, et, pour ce qui est du TDC, de l'admission du dossier, des preuves, des allégations des intéressés sur le résultat des preuves, de la rédaction des conclusions écrites, de la possibilité de produire des nouvelles preuves, de la possibilité d'entendre l'instructeur, de la décision finale, des mesures provisoires, de la publication et des recours. Un article est également consacré au cumul de procédures nationales et communautaires.

En ce qui concerne le déclenchement de la procédure il faut indiquer qu'après une éventuelle phase d'information préalable, l'accord qui en décide doit désigner un instructeur et, le cas échéant, un secrétaire, leur nom étant communiqué aux intéressés.

Une fois la procédure déclenchée, une note brève, contenant les aspects fondamentaux du dossier, peut être publiée, afin que n'importe qui fournisse des informations (art. 36).

L'on peut remarquer, pour ce qui est de la procédure d'autorisation, que la décision du TDC peut être très rapide, quand le rapport du SDC est favorable et qu'il n'y pas d'opposition des tiers. Il en va différemment, lorsqu'il s'agit par exemple d'autorisations conditionnées, dans la mesure où il y a des audiences et une certaine concertation¹⁰²².

Dans le deuxième chapitre, la loi énonce entre autres, des règles concernant le recouvrement, le cumul avec les procédures pénales et l'application de la Loi du régime juridique des administrations publiques en cas de lacune de la Loi n° 16/89 dans l'activité du TDC et du SDC.

¹⁰²²J. E. Soriano García, *Derecho Público...*, *op. cit.*, pp. 565-566.

La procédure de sanction mérite quelques précisions.

En ce qui concerne le TDC, on déjà eu l'occasion de voir que la loi de défense de la concurrence¹⁰²³ introduit des dispositions spéciales (avec, par exemple, une rigidité particulière en matière de preuve et une formalisation accrue de la faculté pour les intéressés de présenter des observations), les lois générales restant applicables en cas de lacune.

Comme précédemment dit, la phase d'instruction incombe au SDC (art.37). Après le déclenchement de la procédure (au stade duquel on retrouve les aspects commentés dans l'exposé de la procédure générale), un document, exposant les faits concrets qui sont reprochés aux opérateurs économiques, est établi. Ce document doit être communiqué aux intéressés, lesquels peuvent y répondre dans un délai de quinze jours et proposer des preuves. C'est le SDC qui décide de la recevabilité des preuves, la réforme de 1999 ayant pour objectif d'éclaircir les cas où leur refus constitue une violation des droits de défense, susceptible de donner lieu à recours devant le TDC, dans la perspective d'une plus grande efficacité des organes chargés de veiller au maintien de la concurrence. Les opérateurs concernés peuvent toujours faire parvenir leurs observations. Puis le SDC renvoie le dossier au TDC accompagné d'un rapport, dont on pu dire qu'il constituait un véritable document de griefs¹⁰²⁴. Si le SDC considère qu'il n'y pas d'infraction à la loi, il propose un non-lieu. Cette proposition est également communiquée aux intéressés, afin qu'ils puissent faire parvenir leurs observations. Le SDC décide ensuite du non-lieu, qui peut faire l'objet de recours (art. 37). On notera que le SDC peut proposer des mesures provisoires, après le déclenchement de la procédure (art. 45).

Après le renvoi du dossier, le TDC statue rapidement (dans un délai de cinq jours) sur son admission (art. 39). Les intéressés ont le loisir de demander dans un délai de quinze jours l'organisation de débats ("*vista*") et la proposition de preuves. Après que le TDC ait statué sur la pertinence des preuves proposées et sur leur pratique (avec intervention des intéressés), ceux-ci bénéficient d'un délai de 10 jours, pour formuler leurs observations sur le résultat desdites preuves (art. 40). Le TDC peut accorder le débat, mais s'il ne l'estime pas nécessaire, les intéressés présentent leurs conclusions (art. 41). Avant la décision finale, d'autres actes complémentaires peuvent éventuellement être accomplis, avec l'intervention des intéressés et sur accord du TDC (art. 42). L'instructeur est éventuellement entendu, et en cas de nouvelle qualification, il est nécessaire de faciliter les observations des intéressés (art. 43).

¹⁰²³Loi n°16/1989 du 17 juillet 1989, modifiée par la Loi n°52/1999 du 28 décembre 1999, insistant sur le caractère spécial de la procédure de sanction par rapport à la loi générale de 1992, laquelle reste cependant applicable en cas de lacune.

¹⁰²⁴J. E. Soriano García, *op. cit.*, p. 459.

A la lumière de ces indications, il est maintenant possible de voir si les deux autorités étudiées répondent aux normes européennes.

§ II. – *Le respect des exigences européennes*

Par souci de parallélisme avec l'étude consacrée à la situation en France, la recherche portera sur les garanties requises en matière pénale comme civile, à savoir l'impartialité (A), l'égalité des armes (B), la publicité (C). S'y ajouteront quelques développements sur la présomption d'innocence, compte tenu des particularités du droit espagnol, et plus précisément de la place prépondérante des sanctions administratives et de l'alignement relatif de leur régime sur les principes de droit pénal (D).

A – L'impartialité

Se pose naturellement la question des pouvoirs du rapporteur, laquelle a suscité en France des décisions jurisprudentielles importantes (cf. supra, Partie II, Chapitre II).

On rappellera, s'agissant de la CNMV, que l'instructeur, ou l'instructeur-chef ("*instructor-jefe*") lorsque la complexité de la procédure en requiert plusieurs¹⁰²⁵, est chargé de la direction et du déroulement de la procédure de sanction. Il décide des preuves pertinentes et possibles. Il peut aussi solliciter des rapports techniques ou juridiques nécessaires en fonction de la complexité de la matière. C'est encore lui qui établit le document des griefs ("*pliego de cargos*") et qui formule la proposition de décision finale. La loi sur le marché de valeurs prévoit en outre la possibilité pour la CNMV d'exiger des informations nécessaires sur la matière (mise à disposition de livres, documents...) et de mener des activités d'investigation et de vérification.

Dans le domaine de la concurrence, du fait de l'intervention de deux sortes d'autorités, c'est le SDC qui mène initialement l'instruction, avec tous les mécanismes prévus par la loi (par exemple, des sanctions en cas de manquement à l'obligation de collaboration et d'information). C'est dans cette phase que l'instructeur, désigné dans l'accord sur le déclenchement de la procédure, exerce ses pouvoirs de détermination des preuves et investigations pertinentes. Mais il faut rappeler que c'est le TDC qui détient à cet égard la plénitude du jugement (avec une révision

¹⁰²⁵Ce qui est souvent le cas dans le secteur du marché des valeurs, compte tenu de la technicité et de la spécificité de la matière.

ultérieure, le cas échéant, devant les tribunaux de justice). On ne saurait par ailleurs oublier que l'instructeur peut être entendu, dans la procédure devant le TDC.

Au vu des pouvoirs qui lui sont conférés, il faut aborder l'exigence d'impartialité. Voici un exemple clair des limites de la transposition au droit administratif des garanties constitutionnelles du droit pénal. Quelques décisions du Tribunal constitutionnel ont indiqué que le droit au juge ordinaire et à un procès présentant toutes les garanties - parmi lesquelles l'indépendance et l'impartialité du juge - est caractéristique du procès judiciaire, de sorte que la stricte impartialité et l'indépendance des organes du pouvoir judiciaire ne sauraient par définition être réclamées, dans la même mesure, des organes administratifs. Il n'est dès lors pas possible d'exiger la même séparation entre l'instruction et la décision de punir que celle existant dans la procédure pénale¹⁰²⁶, ce qui est par ailleurs compatible avec la possibilité, admise par la jurisprudence européenne, d'une intervention préalable d'organes administratifs ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects aux prescriptions de l'art. 6 CEDH. Cependant, la loi sur le régime juridique des administrations publiques dispose que dans l'exercice du pouvoir de sanction administrative, ces deux phases doivent être clairement distinguées, avec des organes différents pour remplir ces fonctions (art. 134.2). La question est donc clairement dominée par deux tendances contraires, tenant respectivement aux exigences d'application des principes pénaux et à la reconnaissance des particularités des sanctions administratives. Le doute pourrait-être jeté sur l'impartialité de la CNMV elle-même, puisqu'elle est compétente à la fois pour déclencher la procédure, mener l'instruction et prononcer la sanction. Néanmoins, le juge a déclaré qu'aucun problème de cet ordre ne se posait, conformément à l'interprétation de cette exigence dans le règlement général d'exercice du pouvoir de sanction (qui permet de l'assouplir moyennant la distinction entre organe et unité)¹⁰²⁷. Et la doctrine a souligné que le principe d'impartialité était respecté, avec la séparation entre l'instruction et la décision finale¹⁰²⁸. Au demeurant, il faut rappeler que dans les cas des sanctions prononcées par le Ministère de l'Économie ou par le Conseil des Ministres, la séparation entre l'instruction (qui incombe à la CNMV) et le prononcé de la sanction reste très claire¹⁰²⁹.

La situation est plus nette encore dans le domaine de la concurrence, puisque les fonctions d'instruction sont assumées par le SDC tandis que la phase ultérieure relève du TDC. Cette

¹⁰²⁶On peut remarquer dans ce sens les arrêts du Tribunal constitutionnel n°22/1990 du 15/02/1990 et 76/1990 du 26/04/1990, ainsi que celui du Tribunal Suprême en date du 23/01/1997.

¹⁰²⁷Arrêt du Tribunal Supérieur de Justice de Madrid du 9/03/1998.

¹⁰²⁸M. Fuertes López, *op. cit.*, p. 323.

¹⁰²⁹Situation qui écarte le manquement au respect de l'impartialité : arrêt de l'*Audiencia Nacional* du 7/05/1997.

distinction peut certes poser problème, du fait de l'attribution de fonctions importantes à des organes qui ne sont pas indépendants (ou moins indépendants que le TDC), mais, en revanche, elle peut renforcer aussi la garantie d'impartialité, favorable aux personnes exposées à des sanctions¹⁰³⁰. Efficacité et garantie sont à nouveau confrontées.

Dans les deux cas (CNMV et TDC), des régimes d'incompatibilités et la possibilité de la récuser l'instructeur contribuent également à leur impartialité.

B – L'égalité des armes

Cette exigence, qui est aussi inscrite à l'article 24 de la Constitution, semble globalement satisfaite, puisque les normes traitant des pouvoirs de sanction de la CNMV et du TDC permettent, par exemple, aux parties de se prononcer sur l'ensemble du litige. Mais il faut remarquer que cette implication des intéressés dans la procédure est également destinée à servir d'une meilleure façon l'intérêt public¹⁰³¹, comme on l'a vu en particulier dans le cas du TDC. La publication, après le déclenchement de la procédure, d'une note brève reprenant les aspects fondamentaux du dossier, afin que n'importe qui soit en mesure de fournir des informations (art. 36), témoigne ainsi de l'importance des considérations d'intérêt général¹⁰³².

Quoiqu'il en soit, l'égalité des armes est également favorisée par l'existence de règles concernant l'audition de l'administré dans le régime de matières non répressives, telle l'instruction du dossier d'autorisation du SDC. La loi sur le régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune impose en effet que les intéressés soient entendus lors de l'adoption de mesures limitant leurs activités et la loi sur le marché des valeurs, par exemple, le prévoit expressément pour la CNMV, en cas d'exclusion de la négociation de certaines valeurs, sans préjudice de la possibilité d'accorder des mesures provisoires (art. 34).

On a par ailleurs vu que les personnes concernées par une procédure de sanctions étaient amenées à intervenir à plusieurs reprises. L'accord sur le déclenchement de la procédure doit leur être communiqué, de même que le document des griefs ou le rapport de l'instructeur en matière de concurrence... Les opérateurs économiques peuvent alors, en réponse, faire valoir leurs

¹⁰³⁰Sur cette double appréciation, voir J. M. Baño León, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 161-164, qui remarque également que, devant le manque d'indépendance du SDC, le recours de ses décisions de non-lieu devant le TDC devient très important (p. 169).

¹⁰³¹G. Dellis, *Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du Droit Pénal sur le Droit administratif répressif*, LGDJ, Paris, 1997, p. 362.

¹⁰³²J. E. Soriano García, *op. cit.*, p. 447; L. Cases Pallares, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 315.

observations et proposer des preuves additionnelles. Ces dispositions sont plus ou moins communes au TDC et à la CNMV.

Devant cette dernière, les intéressés sont par ailleurs entendus, après que la proposition de décision finale ait été formulée et avant que la décision elle-même ne soit définitivement adoptée. Les résultats des éventuels actes complémentaires sont portés à leur connaissance, par voie d'audition.

Dans le domaine de la concurrence, la proposition de non-lieu, avancée par le SDC, est le cas échéant communiquée aux personnes concernées, afin qu'elles puissent émettre des observations, et la décision de non-lieu est susceptible de recours. Après transmission du dossier au TDC, celui-ci commence par statuer sur son admission. Plusieurs décisions du TDC¹⁰³³ précisent que la mention pour la première fois à ce stade de l'application de certaines dispositions du droit communautaire (sans appréciation du SDC à ce sujet) ne porte pas atteinte au droit d'être informé des causes et de la nature de l'accusation, élément de l'égalité des armes requise par l'art. 24 CE et l'article 6 CEDH, dans la mesure où les droits de la défense sont garantis dans la procédure ultérieure. En effet, les intéressés peuvent par la suite demander l'organisation de débat ("*vista*") et la proposition de preuves ; ils participent alors étroitement à la procédure : intervention lors de la réalisation des preuves ; possibilité de formuler des observations sur leurs résultats ; présentation de conclusions si le débat n'a pas été jugé nécessaire ; implication dans la réalisation des actes complémentaires que le TDC a éventuellement acceptée, avant de prendre sa décision définitive ; facilités pour émettre des observations en cas de nouvelles qualifications...

Les individus ne sont donc pas placés dans une situation d'inégalité par rapport à l'autorité appelée à statuer sur leur cas.

C - La publicité des audiences

La possibilité de bénéficier d'un procès public fait également partie des garanties de l'art. 24 CE. Il en résulte que la transparence de la procédure devant la CNMV ou le TDC est relativement assurée.

S'agissant de l'adoption de sanctions par la CNMV, seuls des actes préalables, destinés à trouver les fondements de l'accord sur le déclenchement de la procédure, peuvent rester,

¹⁰³³ Par exemple celles du 9/12/1992 et du 30/04/1993. Ces données figurent dans J. E. Soriano García, *op. cit.*, pp. 466-467.

initialement, réservés)¹⁰³⁴. En revanche, les sanctions prononcées à raison des infractions les plus graves peuvent être publiées (art. 98.5). Mais certains auteurs ont souligné qu'une telle mesure, comme toutes celles rendant publique la procédure d'adoption de sanctions, ne devait être prise qu'avec prudence, en tenant compte de ses éventuelles conséquences¹⁰³⁵.

Quant à la publicité des débats et du prononcé de la décision, plusieurs éléments doivent être pris en considération. D'une façon générale, la possibilité de la publicité des actes administratifs reste assurée. Si le TC a déclaré que le droit à un procès public était inapplicable aux procédures administratives disciplinaires, et si des exceptions sont donc admises, la règle de la publicité demeurerait le principe. D'un autre côté, on a souligné que l'exigence de publicité ne peut être très rigoureuse, du moment qu'il existe la possibilité d'un contrôle judiciaire ultérieur des décisions administratives¹⁰³⁶. Il n'est alors pas sûr que cette garantie s'impose pleinement dans les procédures suivies devant des autorités administratives. Le cas du TDC en fournit un exemple.

S'agissant de l'adoption de sanctions par cet organe, on a pu dire que la procédure est publique¹⁰³⁷. Il faut rappeler à cet égard qu'une note sur les aspects les plus importants des dossiers peut être publiée après le déclenchement de la procédure. Une disposition réglementaire précise néanmoins que cette note ne doit porter à la connaissance de tous que les éléments nécessaires aux fins poursuivies et qu'en fonction des circonstances de l'espèce, l'instructeur peut proposer de ne pas la rendre publique. On a remarqué qu'en la matière, le SDC avait adopté une *prudentia iuris*, en adoptant des moyens de publicité techniques, tels que la publication sur des bulletins spécialisés¹⁰³⁸. Les sanctions, comme les autres décisions du TDC, peuvent également être publiées (art. 46.5)¹⁰³⁹. La loi de défense de la concurrence autorise aussi la tenue de débats contradictoires, auxquels peuvent participer les intéressés, le SDC et d'autres personnes nécessaires mais cet élément, s'il est propice à l'égalité des armes et aux droits de la défense, est moins satisfaisant du point de vue de la publicité des audiences, puisque ces débats, dits « réservés », ne sont pas ouverts au public¹⁰⁴⁰. De ce point de vue, la procédure n'est donc pas conforme en tous points aux exigences européennes... Mais une fois encore, un tel manquement peut être corrigé au stade du recours juridictionnel.

¹⁰³⁴M. Fuertes López, *op. cit.*, p. 311.

¹⁰³⁵M. Fuertes López, *op. cit.*, p. 327.

¹⁰³⁶Voir J. Garberí Llobregat, *El procedimiento administrativo sancionador*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 273.

¹⁰³⁷J. E. Soriano García, *Derecho Público...*, *op. cit.*, p. 422.

¹⁰³⁸J. E. Soriano García, *op. cit.*, p. 447.

¹⁰³⁹Ce qui pose plusieurs problèmes juridiques : J. M. Baño León, *Potestades administrativas...*, *op. cit.*, pp. 227-229 ; J. E. Soriano García, *op. cit.*, pp. 517-520 ; L. Cases Pallares, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 345.

¹⁰⁴⁰J. M. Baño León, *op. cit.*, p. 222. J. E. Soriano García parle de "*vista pública*" (*op. cit.*, p. 474).

D – La présomption d'innocence

En ce qui concerne la présomption d'innocence, on doit dire qu'elle figure parmi les droits fondamentaux et bénéficie du plus haut degré de protection (art. 24.2 CE). La jurisprudence constitutionnelle a précisé que ce droit régit sans exception l'ordonnancement répressif et doit être respecté lors de l'édiction de toutes les sanctions¹⁰⁴¹. La Loi sur le régime juridique des administrations publiques prévoit d'ailleurs expressément que ce principe s'applique pour les sanctions administratives (art. 137).

Se pose néanmoins le problème de la valeur probatoire des actes des fonctionnaires disposant de pouvoirs d'autorité : selon la loi générale précitée, « *les faits constatés par les fonctionnaires disposant de pouvoirs d'autorité et consignés dans des documents publics dans le respect des conditions légales en vigueur, auront valeur probatoire sans préjudice des preuves que les administrés eux-mêmes pourront apporter ou indiquer pour la défense de leurs droits et de leurs intérêts respectifs* ». En application de ce droit garanti par l'art. 24.2 CE, il incombe à l'administration de procéder aux démarches nécessaires pour vérifier l'identité de la personne visée et d'apporter les preuves authentiques nécessaires.

Les exigences inhérentes au respect de la présomption d'innocence s'imposent donc à la CNMV¹⁰⁴² et au TDC, dans l'exercice de leurs pouvoirs de sanction. Mais il faut mettre en exergue une particularité concernant la matière de la défense de la concurrence, puisque souvent il n'est pas facile de prouver directement l'existence des agissements interdits. C'est pour cela que l'on admet l'utilisation de preuves indirectes et spécialement de la « preuve de présomption »¹⁰⁴³, c'est à dire celle qui induit un fait à partir de l'établissement d'un autre fait. Le Tribunal Constitutionnel l'a ainsi acceptée en matière pénale, sous certaines conditions (l'existence de liens logiques suffisants avec les faits reprochés à l'intéressé)¹⁰⁴⁴. Dans le domaine du marché des valeurs, le recours aux « preuves d'indices » (c'est à dire celles qui permettent d'établir par un raisonnement inductif l'existence d'un fait, dont la preuve n'est pas directement possible, à partir de faits connus) est également permis¹⁰⁴⁵.

*

¹⁰⁴¹Il faut remarquer, dans cette matière, l'arrêt du Tribunal Constitutionnel n°76/1990 du 26/04/1990, précité.

¹⁰⁴²Pour ce qui est du marché des valeurs, l'arrêt de l'*Audience Nationale* du 1/12/2000 fait expressément appel, sur cette question, à l'art. 6 CEDH.

¹⁰⁴³Voir L. Cases Pallares, *op. cit.*, pp. 333-337.

¹⁰⁴⁴Par exemple dans l'arrêt n°150/1987, du 1/10/1987.

¹⁰⁴⁵Arrêt de l'*Audience Nationale* du 31/01/2001.

Les droits de la défense constituent un aspect fondamental des procédures répressives diligentées contre les administrés. Des éléments comme le droit d'être prévenu et informé de l'accusation, le droit de présenter des observations, ou l'occasion d'apporter ou de proposer les preuves pertinentes, en témoignent. Les dispositions de l'article 24 CE trouvent ainsi leur concrétisation dans la Loi sur le régime juridique des administrations publiques et le règlement général sur l'exercice du pouvoir de sanction, qui limitent le pouvoir de l'administration de punir et s'imposent à ce titre à la CNMV et du TDC. Toutefois, il a été admis en jurisprudence que ces garanties ne s'appliquent que dans la mesure où elles sont compatibles avec la nature de la procédure administrative répressive¹⁰⁴⁶. Des aménagements sont donc permis. Mais ils ne consistent pas nécessairement en un assouplissement. Comme on l'a vu, les textes qui déterminent les pouvoirs de sanction de la CNMV et du TDC accordent aux administrés des garanties parfois supérieures à celles contenues dans les dispositions générales : contestation des griefs, audition, proposition de preuve.... Il faut rappeler que ces spécificités accompagnent celles relatives à l'instruction d'affaires particulièrement complexes. S'y ajoutent les différentes communications et les multiples facultés d'intervention, qui bénéficient à la personne mise en cause. On peut aussi mentionner le droit à ne pas déclarer la propre culpabilité, lequel peut limiter l'obligation de fournir des informations¹⁰⁴⁷. En outre, les intéressés peuvent être assistés par un avocat, même s'il ne s'agit pas d'une formalité obligatoire¹⁰⁴⁸...Au total, la procédure ne semble donc pas ignorer les droits de la défense, ce qui pondère les enjeux de l'application de l'article 6.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

on peut se demander si cet ensemble de garanties dépasse vraiment le contenu d'une procédure contradictoire - qui peut aussi se présenter dans l'action non répressive de l'Administration - et constitue une application suffisante des principes du procès équitable, du point de vue par

¹⁰⁴⁶Une mention récente de cette application nuancée, concernant le droit de la preuve, se trouve dans sa décision du TDC du 3/06/1999.

¹⁰⁴⁷Sur cette question, on peut observer des points de vue divers (M. Fuertes López, *op. cit.*, p. 314 ; J. M. Baño León, *op. cit.*, pp. 194-200 ; L. Cases Pallares, *op. cit.*, pp. 318-322).

¹⁰⁴⁸J. E. Soriano García, *Derecho Público...*, *op. cit.*, p. 457.

exemple de la publicité et l'oralité de la procédure, lesquelles paraissent rester propres à la procédure pénale¹⁰⁴⁹. Sur ce point, il faut cependant rappeler que dans certains cas, comme celui du TDC, un débat final (« *vista* ») peut avoir lieu. Il ne faut pas oublier non plus que la procédure d'adoption de sanctions du TDC revêt dans certains de ses aspects, une rigidité et un formalisme accrus. Le parallélisme avec la procédure pénale compense alors le large pouvoir discrétionnaire de cette autorité, qui exercent des pouvoirs importants sur des bases assez indéterminés, notamment en ce qui concerne la définition des agissements interdits¹⁰⁵⁰. Ce qui montre la nécessité de considérer les particularités de chaque secteur, et partant de compléter les normes générales avec les lois concrètes de chaque institution.

C'est en passant des perspectives générale aux données sectorielle, qu'il sera peut-être possible de cerner plus exactement la portée des exigences de la judiciarisation des procédures non-juridictionnelles, spécialement à l'égard de distinctions très problématiques, comme celle du contradictoire et des droits de la défense. Cela s'impose d'autant plus que l'extension des principes du procès pénal, qui constitue un phénomène commun en Europe, tout en répondant à de nouvelles demandes de protection face à la répression de nouveaux risques, doit se concilier avec le discours sur la performance de l'action punitive des tribunaux et des administrations¹⁰⁵¹.

Le standard commun constitué par la CEDH et sa jurisprudence permet d'apporter une réponse nuancée et progressive à ce type de défis. Concrètement, on a vu en Espagne que les contraintes européennes exerçaient une influence considérable, du point de vue du contenu des exigences du procès équitable, dans les procédures suivies devant la CNMV et le TDC. Ce rôle important tient à plusieurs facteurs : la possibilité d'invocation de l'art. 6 CEDH comme disposition faisant partie du droit espagnol, son rôle interprétatif des normes relatives aux droits fondamentaux, et surtout sa place dans l'ensemble d'influences, issues de la tradition juridique européenne démocratique, qui sont reçues dans la définition des règles constitutionnelles en matière de droits fondamentaux.

La situation de se présente de manière quelque peu différente au Royaume-Uni.

¹⁰⁴⁹Nous suivons ainsi les affirmations critiques de G. Dellis, *op. cit.*, pp. 381-386.

¹⁰⁵⁰J. E. Soriano García, *op. cit.*, pp. 360, 468 et 474 ; J. M. Baño León, *op. cit.*, p. 158.

¹⁰⁵¹En Espagne, par exemple, on a pu lire récemment des informations traduisant une certaine insatisfaction pour ce qui est du bilan de la répression des pratiques d'informations privilégiées : *El País*, 27/05/2001, pp. 5-6. De nouveaux risques et modalités de manquements doivent certainement impliquer de nouvelles réactions du droit, mais ils peuvent aussi conduire à privilégier la performance de l'activité punitive par rapport aux garanties. Voir, sur les ambiguïtés des politiques adoptées dans la régulation du contrôle juridictionnel de l'activité administrative qui en découle, C. A. Amoedo Souto, *Luces y sombras del control jurisdiccional de la potestad sancionadora en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa : Garantía o "performance" de la Administración de justicia (y de la sancionadora) ?*, *Revista Vasca de Administración Pública*, n°58, 2000, spéc. pp. 62-71.

CHAPITRE II - L'EXEMPLE DE L'ORDRE DES AVOCATS D'ANGLETERRE ET DU PAYS DE GALLES.

Petr Muzny

I Les corps disciplinaires et autorités administratives indépendantes britanniques et les garanties du procès équitable : Problématique

Le juge britannique applique-t-il les règles garantissant l'existence d'un procès équitable aux corps disciplinaires¹⁰⁵² et autorités administratives indépendantes internes ? La réponse est clairement affirmative. L'application d'une jurisprudence étoffée résulte d'une tradition fort ancienne. Elle tire ses sources du développement de normes jurisprudentielles contenues dans ce qui est, fort à propos, appelé : « les principes de justice naturelle »¹⁰⁵³ (*Principles of natural justice*). Les racines desdits principes apparaissent, pour la première fois, dans la clause 39 de la célèbre Magna Carta de 1215. Ils furent ensuite étendus et approfondis, dans la plus pure tradition procédurale anglo-saxonne à l'ensemble des autorités disposant de pouvoirs susceptibles d'affecter les situations juridiques des particuliers, ce qui inclut notamment les corps disciplinaires et les autorités administratives indépendantes.

Cela étant, tout exercice de droit comparé nécessite de dépasser ses propres modes de réflexion : il faut éviter de se livrer à la confrontation des seules normes positives comme s'il était encore possible, aujourd'hui, de croire que la règle de droit pût faire abstraction des valeurs sociales historiques, qu'elle cristallise, en réalité.

Deux éléments fondamentaux doivent être soulignés : l'un relatif à l'étendue, l'autre à la nature spécifiques des corps disciplinaires des autorités administratives indépendantes.

Primo, le rôle normatif de ces organes dans l'ordre juridictionnel britannique sous l'angle du développement des principes de justice naturelle est à la mesure de leur nombre : « hypertrophié »¹⁰⁵⁴. La cause du phénomène est à rechercher dans les soubassements

¹⁰⁵²Nous avons, à dessein, choisi d'appeler les organes ordinaires ayant pour but de juger les membres des corps de certaines professions libérales « corps disciplinaires » plutôt que « juridictions ordinaires ». Car en les intitulant « juridictions », nous aurions de ce fait répondu à la question qui nous préoccupe ici, visant à savoir si les règles du procès équitable, entre autres dépendantes de ce critère, doivent ou non s'appliquer.

¹⁰⁵³Les nombreuses descriptions et réflexions relatives aux *principles of natural justice* peuvent être trouvées dans la plupart des manuels de « Droit Administratif » anglais tels que : H. Wade, C. Forsyth, *Administrative Law*, 8^{ème} éd., Clarendon Press, 2000, pp. 435-543.; Lord Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, 5^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 1995, Chapitre 17...

¹⁰⁵⁴En considération du standard français.

culturels spécifiques qui ont nourri au cours des siècles la pensée juridique anglo-saxonne. Au contraire de l'histoire administrative française, le système de l'administration britannique fut dès son instauration irrigué par la dynamique de décentralisation. La création d'une multitude d'autorités indépendantes ne pouvait naturellement que s'ensuivre¹⁰⁵⁵.

L'*exception* française d'un mode administratif de régulation reposant sur des entités autonomes vis-à-vis du pouvoir central de direction a accédé depuis fort longtemps outre-Manche à un degré de principe tel, que l'on se garderait bien d'exagérer en affirmant qu'il est le vecteur de création, de développement et de pérennisation des normes principielles du système juridique anglo-saxon. D'après le Professeur Clayton¹⁰⁵⁶ : « *over the past 200 years, common law « due process rights » have received their most sustained development not in relation to the procedure of the superior courts, but in connection with inferior tribunals and administrative bodies. By a series of nineteenth century cases, the principles of natural justice were applied to « every tribunal or body of persons invested with authority to adjudicate upon matters involving civil consequences to individuals »*¹⁰⁵⁷.

Secundo, la réalité britannique de ces organes, appelés *quangos* (*quasi-autonomous non governmental organisations*) d'après la terminologie d'outre-Manche, ne correspond pas aux catégories juridiques françaises. Nulle part, ne fera-t-on référence de près ou de loin à une quelconque distinction entre les corps disciplinaire ou les autorités administratives indépendantes. En fait, si tant est que l'on puisse établir une catégorisation de ces entités – le mode de raisonnement anglo-saxon privilégiant le pragmatisme concret à la conceptualisation abstraite que l'on retrouve sur le continent – elle ne pourra être, non point duale et formelle, mais triale et fonctionnelle.

Ainsi, le Professeur Bell¹⁰⁵⁸ distingue trois types de *quangos* suivant la spécificité de leurs fonctions. Au rôle de fourniture ou de régulation d'un service public correspondent les *executive non-departmental bodies* (ENDPBs)¹⁰⁵⁹. Dans le rôle de consultation avec avis d'expertise dans un domaine propre interviennent les *advisory non departmental public*

¹⁰⁵⁵Voir en ce sens l'article du professeur J. Bell, L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, Rapport n°52, 2001, qui, en 1996, recense en tout 1.194 AAI, fonctionnant avec un budget total de 27 milliards d'Euros.

¹⁰⁵⁶R. Clayton, H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2000, p. 555.

¹⁰⁵⁷Wood vs Woad (1874), *Law Review*, Ex 190, p. 196.

¹⁰⁵⁸J. Bell, L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes, précité, p. 401-2.

¹⁰⁵⁹D'après le même auteur, en 1996, les ENDPBs étaient au nombre de 309, avec un budget équivalant à 3 milliards d'Euros.

bodies (ANDPBs). Enfin, la fonction de résolution de litiges en tant que juridiction spécialisée ressortit aux *tribunals*¹⁰⁶⁰.

Il reste que s'arrêter à ces seules classes relèverait d'une simplification excessive. La classification élaborée par le gouvernement britannique omet de faire référence à d'autres autorités non moins importantes, telles que, par exemple, les organes propres au système de santé : le *national health service* dont le recensement s'élève à 429 *trusts* et 108 *authorities*. Au point que, selon certains auteurs, le nombre total de *quangos* avoisinerait le chiffre impressionnant 5573¹⁰⁶¹.

Face à la trentaine d'autorités administratives indépendantes que connaît l'ordre juridique français, l'on peut légitimement se demander si notre étude ne se trompe pas d'objet, ou du moins si la comparaison demeure encore possible. Et que dire de cette troisième catégorie appelée *tribunals* qui rappelle étrangement, aussi bien par sa simple dénomination, sa procédure, que par le nombre annuel majoritaire de requêtes contentieuses dont elle a à connaître, les tribunaux de premier degré du système juridictionnel français ! Quel juriste français oserait prétendre que le Conseil des Prud'hommes ou le Tribunal de Commerce sont une autorité administrative indépendante ? C'est pourtant ainsi que sont considérés les « équivalants » fonctionnels britanniques que sont l'*Employment Tribunal* ou l'*Industrial Tribunal*.

Qu'en penser ? Faut-il abandonner l'étude avant même de l'avoir entamée ? Loin s'en faut. Nous préférons plutôt tirer bénéfice de ces quelques éclaircissements pour aborder l'étude sur des bases plus saines, en posant l'hypothèse d'une applicabilité large et générale des règles du procès équitable sous la forme de *principles of natural justice* à l'ensemble des types de *quangos* sus indiqués. Car comment pourrait-il en être autrement pour le juge britannique sauf à faire tomber dans l'ombre du non-droit un pan entier et fondamental du système juridictionnel de ce pays ?

La tentation serait alors grande et l'intérêt non moins important, de comprendre par quel moyen les juges britanniques ont franchi arrêt par arrêt les obstacles relatifs à l'applicabilité des principes de justice naturelle à l'ensemble des procédures attenantes « aux corps disciplinaires et autorités administratives indépendantes », jusqu'à élaborer sur ce fondement jurisprudentiel la quintessence de leur contenu d'application.

¹⁰⁶⁰P. Gélard, Les tribunaux administratifs britanniques, *AJDA*, 1991, 3.

¹⁰⁶¹S. Weir, *Quangos : questions of democratic legitimacy*, *Parliamentary affairs*, n°306, 1995, 48.

Tel n'est pourtant pas notre objectif assigné. Les principes de justice naturelle participent sans doute aucun à l'extension des garanties du procès équitable, il n'en demeure pas moins qu'ils ne correspondent pas exactement¹⁰⁶², ne serait ce que dans leur approche, aux normes de référence de l'article 6 dans l'interprétation officielle qui en est faite par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH)¹⁰⁶³.

Et c'est ici qu'interviennent nécessairement les principes harmonisateurs de la Convention européenne des droits de l'homme. En tant que mode de production de normes harmonisatrices, la Cour EDH institue peu à peu un langage commun qui sert de véritable interface à l'élaboration, puis à l'approfondissement d'une étude comparée, méthodologiquement viable.

Partant, la norme de référence substituée étant européenne, la question pertinente devient dès lors la suivante : le juge britannique applique-t-il les règles garantissant l'existence d'un procès équitable, au sens de l'article 6, aux corps disciplinaires et autorités administratives indépendantes internes ? La réponse est (pour l'instant) clairement négative. Elle tient à une raison essentielle : le statut « constitutionnel » de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique.

II L'effectivité de la Convention européenne des droits de l'homme au sein du système juridique britannique :

Jusqu'à l'incorporation des dispositions de la Convention, en date du 1^{er} octobre 2000, par le truchement du *Human Rights Act 1998* (HRA 98), le juge britannique n'était pas tenu d'appliquer la jurisprudence de la Cour relative au procès équitable. Le régime dualiste que connaît le système juridictionnel britannique couplé avec le prééminence du principe de *parliament sovereignty* lui octroyaient seulement la faculté de s'en inspirer tant que le juge de Strasbourg ne s'était pas prononcé sur un contentieux déterminé¹⁰⁶⁴. A ce titre, la mise en œuvre de la subsidiarité britannique a neutralisé l'effectivité de la jurisprudence

¹⁰⁶²Voir par exemple R. Hill; Human Rights and the District Judge, *Human Rights*, mars 2001, p. 5: "All judges could be tempted to answer, 'None, we have always held fair trials'. Indeed, the headline to *R v. Mc Leod* (2000) *The Times*, December.20 (a case concerning contempt of court) was 'Convention makes no difference to English fairness'. In principle this is of course correct; the common law has always striven to be fair. But this is also an oversimplification." (nous soulignons).

¹⁰⁶³De façon schématique, le juge britannique autorise une applicabilité beaucoup plus étendue que ne le fait la Convention EDH, alors qu'en contrepartie, il se montre plus réservé s'agissant du bien-fondé des demandes.

¹⁰⁶⁴Le juge britannique avait, d'après Lord Denning, l'obligation de prendre en considération la Convention, lorsqu'il lui était demandé d'interpréter une loi nationale qui affectait les droits et libertés fondamentaux des individus ; *V. Secretary of State for Home Affairs and Another, ex parte Bhajan Singh* [1975] 2 *All ER* 1081 CA. Autant dire que sa marge d'appréciation était des plus larges.

européenne¹⁰⁶⁵, au point que de nombreuses voix durent s'élever contre cette inaction, et que naisse, enfin, après maintes résistances, une norme de référence européenne directement et obligatoirement applicable par les juges britanniques. L'incorporation législative de la Convention de Rome a-t-elle permis de parvenir à un tel résultat ?

D'aucuns affirment que la « transfusion » des dispositions substantielles de la Convention EDH dans l'ordonnement juridique britannique au moyen d'un acte législatif, n'a que peu amélioré, pour l'avenir, l'effectivité de la protection des droits fondamentaux dont peuvent se prévaloir les requérants devant le juge interne¹⁰⁶⁶. Deux arguments sont essentiellement invoqués en ce sens.

La première raison qui tendrait à donner aux droits conventionnels un effet avant tout « déclaratoire » est tirée de l'interprétation de l'article 2, paragraphe 1, point a) du HRA 98. Ce dernier dispose que : « *A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights (...), whenever made or given, so far as, in the opinion of the Court or tribunal, it is relevant to the proceedings in which the question has arisen* ».

A lire l'intention du législateur au travers du libellé de cet article, le juge britannique serait simplement tenu de prendre en compte (« *take into account* »), bref de s'inspirer, du sens de la jurisprudence européenne. Ce caractère facultatif de la mise en œuvre directe des normes jurisprudentielles lui réserverait une autonomie interprétative telle qu'elle priverait la Convention de son effet utile¹⁰⁶⁷.

A vrai dire, nous ne pensons pas qu'il faille tirer de l'intention supposée du législateur une conséquence aussi dirimante. Certes, la formulation utilisée par le parlement semble consacrer l'octroi d'une liberté d'appréciation en faveur du juge national. Il serait cependant erroné de croire que le juge possède une faculté de choisir s'il prendra en compte ou non la jurisprudence de la Cour EDH. La preuve est qu'il est tenu (*must*) de s'y référer dès lors qu'un litige tombe dans le champ d'application des normes conventionnelles. La liberté de choix dont il dispose touche, en réalité, à la pertinence de l'utilisation des références

¹⁰⁶⁵ Au 1^{er} octobre 2000, date de l'incorporation du Human Rights Act 1998, 157 requêtes ont été formées à l'encontre du Royaume-Uni par devant la Cour EDH ; 81 d'entre elles ont abouti à un constat de violation partiel ou total.

¹⁰⁶⁶ Pour une synthèse claire de ces objections, voir P. M. Makaba, L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique, *RTDH*, 2000, n°41, pp. 11-42.

¹⁰⁶⁷ « *L'absence de toute obligation pour le juge national d'appliquer les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme aboutit, en définitive, à la récusation du droit d'invocabilité de la jurisprudence européenne par le justiciable devant les juridictions internes.* », in P. M. Makaba, *op.cit.*, p. 29.

jurisprudentielles européennes en vue de la résolution du litige en présence. Autrement dit, il a pour obligation de mettre en œuvre les principes de la Cour EDH, toute latitude étant toutefois sienne de choisir parmi ces derniers lequel permettra de l'éclairer pertinemment sur l'issue du contentieux. Et en ce sens, qui pourrait lui en offrir moins, sachant que, puisque aucune affaire jugée par la Cour EDH ne ressemble à l'identique à celle dont il a à connaître, il ne peut que s'inspirer du sens des critères dégagés par le *Case Law* Européen et non point les appliquer *mutatis mutandis*?

La seconde raison, d'après laquelle le HRA 98 ne renforcerait pas l'effectivité des dispositions conventionnelles au sein de l'ordre juridique britannique, est d'ordre structurel. Elle tiendrait au statut hiérarchique du HRA 98.

De manière synthétique, l'argumentaire tend à affirmer que puisque la substance des droits conventionnels est uniquement parée au sein de l'ordre britannique d'un statut législatif, un acte législatif postérieur et contraire pourra, au vue de la règle *lex posterior derogat legi priori*, y contrevenir sans que le juge interne ait la faculté de faire primer la norme européenne.

La logique est, de prime abord, attirante. Qu'en disent les mécanismes posés par l'acte lui-même ?

L'idée première qui domine la question des conflits entre norme interne et européenne est qu'ils doivent être évités dans toute la mesure du possible. En effet : « *So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights (...). This section applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted* »¹⁰⁶⁸.

Autrement dit, quelque ait pu être l'intention du législateur à un moment donné du processus législatif, le juge britannique doit privilégier l'interprétation la plus conforme au sens des dispositions conventionnelles¹⁰⁶⁹. S'il apparaît impossible de concilier la législation nationale avec la jurisprudence européenne, le HRA 98 autorise le juge interne à rendre une *declaration of incompatibility*¹⁰⁷⁰. De manière fort surprenante, la loi ne tire pas de cette déclaration d'incompatibilité, la faculté pour le juge de rendre inopérantes, du moins dans le cas d'espèce donné et ce jusqu'à intervention du législateur, les dispositions contraires au standard

¹⁰⁶⁸Art. 3§1 (souligné par nous).

¹⁰⁶⁹H. Wade, C. Forsyth, *Administrative Law*, op. cit., p. 189 : « *In other words, instead of seeking the true intention of Parliament at the time of the enactment of some ambiguous provision, the court must adopt the interpretation which is the more favourable to a Convention right.* »

¹⁰⁷⁰Art. 4.

européen. En effet, le HRA 98 dispose que la législation en cause n'est pas affectée dans sa validité et continue de produire tout ses effets¹⁰⁷¹. A s'arrêter à ce stade des explications, le mécanisme tel que sus décrit paraît clairement ne pas respecter la primauté de la norme européenne. C'est omettre cependant que, dans l'énoncé de l'article 10, le parlement fait intervenir au sein du processus de résolution des incompatibilités normatives, le ministre concerné afin que, consécutivement à une *declaration of incompatibility* rendue soit par un juge britannique, soit par un arrêt ultérieur de la CourEDH, il apprécie s'il existe des motifs impératifs (*compelling reasons*) d'abroger ou d'amender la législation concernée.

Partant, qu'il faille en passer par une déclaration d'incompatibilité interne ou externe du fait d'une violation constatée par le juge de Strasbourg, l'instance exécutive britannique est requise de prendre l'initiative aux fins de mettre en œuvre les conséquences de la primauté effective des dispositions conventionnelles.

A l'instar de certains auteurs nous regretterons sans doute l'institution d'un mécanisme aussi lourd, qui de surcroît, en faisant intervenir de manière déterminante l'autorité exécutive dans l'arène judiciaire, contrevient sans doute au standard d'indépendance consacré par la Cour EDH. Mais, dans la pratique juridictionnelle, la primauté de la norme élaborée par le juge de Strasbourg, peut difficilement être remise en cause. En fin de compte, à vouloir consacrer parallèlement et sans concession, les principes de primauté des droits fondamentaux et celui de souveraineté du parlement, l'on ne peut aboutir qu'à une conclusion : leur non-conciliation. Evidemment, nous aurions donc préféré une conclusion plus tranchée : la volonté explicite de tirer immédiatement toutes les conséquences qui découlent de la primauté « réelle » de la jurisprudence européenne¹⁰⁷².

Fort probablement, le juge britannique s'efforcera dans la majorité des cas, et autant que le flou du libellé normatif aussi bien que la richesse du contexte le lui permettront, de présumer que la norme législative respecte le standard européen en interprétant ses dispositions conformément au sens du « courant jurisprudentiel » européen¹⁰⁷³.

Nous parlons au « futur simple », car à ce jour, aucun arrêt se fondant sur ces dispositions n'a été rendu.

¹⁰⁷¹Art. 3 c).

¹⁰⁷²Comme ce fut le cas pour la loi relative aux Communautés européennes (*European Communities Act 1972*), dont les dispositions priment la souveraineté parlementaire lorsque cela s'avère nécessaire.

¹⁰⁷³Voir, en ce sens, J.-F. Flauss, *Human Rights Act 1998 : Kaléidoscope, RFDC*, oct-déc. 2001, n°48, p. 703: « En bonne logique, l'option d'une interprétation non régressive devrait prévaloir pour autant que le législateur est présumé avoir voulu respecter le HRA... et les droits garantis par la CEDH. En revanche le juge ne devrait pas verser dans le "contorsionnisme" interprétatif aux fins de sauver à tout prix la compatibilité de la loi : son rôle ne serait pas de se substituer au législateur, à charge pour celui-ci de prendre ses responsabilités ».

III Justification des choix d'analyse

Cet état de choses pourrait nous laisser dans l'embarras. Comment en effet traiter de l'extension de garanties du procès équitable dans l'ordre britannique alors même que ladite extension ne s'est pas, en fait, manifestée ? Bien que surprenante, une analyse est tout à fait possible à condition de considérer la jurisprudence de la Cour Européenne pour ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire un « *principe directeur minimal de réalisation d'un ordre public européen* ». A ce titre, jusqu'au 1er octobre 2000 rien n'empêchait les juges britanniques d'établir, sur le fondement d'une subsidiarité aigüe, des règles du procès équitable autonomes, qui, bien que ne se référant pas directement à la jurisprudence de la Cour, ne se méprenaient pourtant nullement sur son sens. En d'autres termes, les acteurs juridiques britanniques ne souhaitaient peut-être pas cheminer avec la Cour européenne, mais ils s'efforçaient de suivre ce guide à la trace, tendant vers le même but¹⁰⁷⁴.

C'est pourquoi, bien que sur des fondements incertains, nous nous efforcerons de nous en assurer. Pour ce faire, il s'agira de déterminer dans quelle mesure les acteurs juridictionnels britanniques ont pu **indirectement** prendre en compte le sens de la jurisprudence européenne, en simulant précisément l'appréciation que ferait la juridiction strasbourgeoise à l'égard des règlements régissant les corps disciplinaires.

Entre une étude de l'ensemble des *quangos*, qui pour s'avérer générale n'éviterait pas l'écueil de la répétition¹⁰⁷⁵, et celle se focalisant sur un organe précis, qui pour donner une compréhension relativement détaillée reposerait nécessairement sur un choix arbitraire, nous avons choisi la seconde hypothèse.

En ce sens, nous prendrons pour exemple celui du corps disciplinaire de l'ordre des avocats d'Angleterre et du Pays de Galles : le Comité de déontologie professionnelle (*Professional Conduct Committee* (CPP)), en tant qu'organe instructeur et le Tribunal disciplinaire (*Disciplinary Tribunal*) qui dépendent du Conseil du Barreau (*Bar Council*).

L'esprit critique nous reprocherait d'avoir choisi ce que la doctrine française classe sous la dénomination de corps disciplinaire, comme si, par maladresse ou par ignorance, nous délaissions un pan entier de l'objet étudié : les autorités administratives indépendantes. Il

¹⁰⁷⁴Lord Lester, un des pères du Human Rights Acts, fait remarquer à juste titre la bonne volonté du gouvernement de prendre pleinement en compte la jurisprudence de la Cour européenne, en préparant l'ensemble des acteurs de l'administration à la nouvelle phase de transition qui les attend. A ce propos, le budget alloué à la seule formation des juges et auxiliaires de justice britanniques, en ce qui concerne les droits de l'homme tels que dégagés par la Cour, s'est élevé à £ 5 millions (environ 50 millions de francs).

¹⁰⁷⁵Et, avouons le, serait à notre niveau matériellement impossible.

n'est pas possible cependant de raisonner à partir des typologies utilisées en droit français.. Au risque de nous répéter nous rappellerons qu' « *en droit comparé, la transposition mécanique de ses propres schémas catégoriels et normatifs ne vaut* ». Avant toutes choses, il importe de percevoir *l'esprit* qui imprègne et commande l'évolution des divers organes régulateurs en vue du respect des standards *a minima* posés par l'organe régulateur final qu'est la Cour EDH. De ce point de vue, l'étude du *Disciplinary Tribunal* ne sera point limitative mais au contraire significative.

Débutons par une brève présentation de l'organe, vecteur de compréhension de cet esprit d'harmonisation.

IV - Le Comité de Déontologie Professionnelle et le Tribunal disciplinaire : Introduction

L'organisation, ainsi que la procédure disciplinaire de l'ordre du barreau anglais ont pendant longtemps été marqués du sceau de l'autonomie et du « chaos ».

Ainsi, jusqu'à la deuxième moitié du 20ème siècle, l'Etat s'est abstenu d'intervenir dans la réglementation de la profession de *Barrister*¹⁰⁷⁶. C'étaient les *Benchers* ou chefs des *Inns*¹⁰⁷⁷ qui possédaient la capacité d'engager des poursuites disciplinaires à l'encontre des *Barrister*. Il n'existait cependant pas de réglementation légale et les seules règles disciplinaires de la profession étaient issues de l'esprit de ladite oligarchie à la tête de la profession. Autant dire que « *ce pouvoir disciplinaire semble avoir été rarement utilisé, d'autant plus que les « règles professionnelles » non écrites avaient un caractère vague et incertain* »¹⁰⁷⁸.

Depuis 1966, le pouvoir disciplinaire de la profession a été transféré à un *Senate*. Cet organe, composé depuis 1974 au maximum 101 membres, dont 24 sont issus des *inns of*

¹⁰⁷⁶Cette autonomie professionnelle s'explique par le fait que la profession de *Barrister* remonte au Moyen-âge. Les *Inns of Court*, représentantes des quatre structures de base de la profession d'Avocat en Grande-Bretagne, sont en fait les plus anciennes associations professionnelles d'Angleterre, d'où la grande prudence avec laquelle le Parlement et les juges, eux-mêmes issus en grande partie de la profession, n'ont pas cherché à réglementer ou à contrôler sévèrement le Barreau. Pour de plus amples explications, voir J.-L. Halperin (dir.), *Avocats et notaires en Europe, les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine*, LGDJ, collection droit et société, 1996, pp. 56-61.

¹⁰⁷⁷Les *Inns of Court* de Londres sont au nombre de quatre. Elles se définissent comme des associations ou sociétés volontaires sur lesquelles seules a longtemps reposé l'organisation de la profession. Les candidats au Barreau doivent se présenter à l'un des *Inns* de leur choix et être admis à y entrer. Ces associations s'occupent donc de la formation aussi bien que de l'admission de la personne au titre d'avocat. En fait, c'est véritablement l'*Inn of Court* qui fait l'avocat et ce dernier en demeure membre tout au long de sa vie professionnelle.

¹⁰⁷⁸D. Duman, *The English and Colonial Bars in the Nineteenth Century*, London, 1983, p. 37.

Court et ainsi que 39 représentants du *Bar Council* (Conseil du Barreau)¹⁰⁷⁹ a reçu pour norme de régulation le *Code of Conduct of the Bar of England and Wales*¹⁰⁸⁰ (Code de déontologie du Barreau d'Angleterre et du Pays de Galles).

Ledit Code qui en est dans sa formulation moderne à la 7ème édition¹⁰⁸¹, est rédigé par le *Professional Standard Committee*¹⁰⁸² qui constitue un organe particulier du *Bar Council*. Les règles qui concernent plus spécialement l'ensemble de la procédure disciplinaire se trouvent aux annexes J à M, du Code de déontologie.

C'est par conséquent l'application de leur contenu qu'il s'agira de confronter aux dispositions relatives aux garanties du procès équitable de la CEDH, afin d'apprécier leur conventionnalité.

En ce sens, nous emprunterons la méthode qu'a faite sienne la Cour européenne, pour envisager, en premier lieu, si ces différentes dispositions sont susceptibles de rentrer dans le champ d'application de l'article 6 (1ère Section), avant de s'interroger sur le respect du contenu de la norme conventionnelle par ces mêmes dispositions procédurales disciplinaires (2ème Section).

Section I – De l'applicabilité de l'article 6

« 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 par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. »

La question pertinente, en ce qui nous concerne, consiste à déterminer *prima facie* dans quelle mesure la procédure devant le Tribunal disciplinaire de l'ordre des avocats

¹⁰⁷⁹Cette association ressemble par bien des traits à un syndicat chargé de défendre la profession et de faire avancer ses revendications. Il est composé de 9 membres de droit et 33 membres élus, dont 18 sont obligatoirement des *juniors*, deux membres désignés par d'autres associations et douze autres cooptés.

¹⁰⁸⁰Ce Code peut-être trouvé dans son intégralité avec ses dernières modifications, à l'adresse Internet suivante du site officiel du *Bar Council* : <http://www.barcouncil.org/document.asp?languageid=1&documentid=173>

¹⁰⁸¹Ce code, adopté par le *Bar Council* le 25 mars 2000, est entré en vigueur le 31 juillet 2000. Il est composé de 11 parties, accompagnés d'annexes allant de A à Q. C'est précisément au sein de ces annexes que l'on trouve les règles régissant les plaintes portées à l'encontre des *Barristers* et traitées – s'agissant de l'instruction – par le *Professional Conduct Committee* et – s'agissant du jugement – par le *Disciplinary Tribunal*.

¹⁰⁸²Ce comité a pour tâches essentielles d'élaborer les règles de la pratique et de déontologie professionnelle des *Barrister* ainsi que d'amender ce Code de déontologie. Voir schéma en annexe.

d'Angleterre et du Pays de Galles (TDOA) peut être appréhendée sous l'angle des critères dégagés par la Cour de Strasbourg.

Cela suppose de vérifier d'une part, si le grief peut être assimilé à une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil (§ 1) et d'autre part, si les décisions du TDOA donnent lieu à un contrôle ultérieur de pleine juridiction. C'est à la lumière de ce second critère que l'on pourra déterminer le degré d'applicabilité des garanties du procès équitable (§ 2).

§ I - De l'existence de pouvoirs disciplinaires de nature civile ou pénale au sens de la Convention du TDOA

Il n'est que peu besoin de revenir sur le caractère autonome de l'interprétation effectuée par la Cour européenne des droits de l'homme. Sur ce fondement, les notions de « *droits et obligations de caractère civil, ainsi que le bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre une personne* »¹⁰⁸³ ont été en effet définies de manière extensive en comparaison du contenu donné par les systèmes juridiques nationaux¹⁰⁸⁴.

En ce sens, « *la Cour rappelle qu'il ressort de sa jurisprudence constante qu'un contentieux disciplinaire dont l'enjeu (...) est de continuer à pratiquer une profession, donne lieu à des contestations sur des droits de caractère civil au sens de l'article 6§1* »¹⁰⁸⁵.

Il faut par conséquent que les prérogatives de l'organe disciplinaire de jugement puissent directement porter atteinte à la faculté d'exercer sa profession, afin que, pris sous l'angle civil, la sanction relève du droit de la Convention.

Tel n'était par exemple pas le cas d'une requête, considérée comme manifestement mal fondée, introduite par un *Barrister* devant la défunte Commission, se plaignant de ce qu'une mesure d'avertissement prise par le TDOA sous son ancienne forme avait violé les dispositions de l'article 6. L'orthodoxie de cette décision d'irrecevabilité était motivée de la manière suivante : « *...the present case concerns the purely disciplinary matter of*

¹⁰⁸³ « *Le principe d'autonomie s'applique au concept en question. Toute autre solution risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention.* »; (en premier lieu, Cour EDH, König c/ RFA, 28/06/1978, A/27, §88).

¹⁰⁸⁴ « *La notion de "droits et obligations de caractère civil" ne doit pas s'interpréter par simple référence au droit interne de l'Etat défendeur...* », (Cour EDH, Georgiadis c/ Grèce, 29/05/1997, Rec., 1997-III, § 34).

¹⁰⁸⁵ En l'occurrence : Cour EDH, Philis n°2, 27/06/1997, Rec., 1997-III, § 45. Tel est le cas s'agissant de mesures disciplinaires relatives à l'exercice de la profession de médecin (Cour EDH, Albert et Le Compte c/ Belgique, 24/10/1983, 58/A, § 28 ; Cour EDH, Albert et Le Compte, 24/10/1983, 68/A, §29 et Bryan, 22/11/1995, A/335-A, § 40), de médecin libéral (Cour EDH, Diennet, 26/09/1995, A/325-A, § 27), d'expert-comptable (Cour EDH, Van Marle, 26/06/1986, § 36), ainsi que d'avocat (Cour EDH, H. c/ Belgique, 30/11/1987, 127-B, § 47).

professional misconduct for which the applicant was reprimanded. It does not concern an appeal against a suspension from practice or a decision to disbar the applicant which would have prevented him from continuing his professional activities and which could have resulted in a determination of his civil rights »¹⁰⁸⁶.

Est-ce à dire que l'ensemble des prérogatives disciplinaires du TDOA échappent aux dispositions du droit à un procès équitable contenu à la Convention ? Autrement dit, le TDOA possède-t-il des prérogatives pouvant porter atteinte à l'exercice de la profession d'avocat que ce soit au stade de l'accession, de la continuation ou encore de la cessation de la profession de *Barrister* ?

Indubitablement la réponse est affirmative.

Le Code de déontologie prévoit en effet deux types de procédures suivant la gravité du comportement litigieux en cause.

Dans le premier cas, le *Professional Conduct Committee* en tant qu'organe d'instruction saisi par une sorte de procureur : le *Complaints Commissioner*¹⁰⁸⁷ dirige la procédure vers un organe de jugement appelé *the Adjudication Panel*. Tel est le cas lorsque « *l'on se trouve en présence d'une plainte relative à une insuffisance professionnelle (inadequate professional service)* »¹⁰⁸⁸. Les prérogatives de sanction ressortissant à l'*Adjudication Panel* sont au nombre de trois. En cas d'existence d'une insuffisance professionnelle, il peut ordonner au *Barrister*, soit de :

- présenter des excuses formelles au demandeur quant à cette insuffisance professionnelle,
- payer ou rétrocéder tout ou partie des honoraires portant sur le service réalisé dans le cadre de cette insuffisance professionnelle,
- payer une indemnité au demandeur, ne pouvant excéder la somme de £2000 (environ 20000Fr)¹⁰⁸⁹.

C'est dire qu'en aucun cas une décision rendue par l'*Adjudication Panel* ne peut se voir appliquer les dispositions de l'article 6. Cela n'a pas empêché le *Professional Standard Committee* de la rédaction, de la modification et de l'application du Code de Déontologie, de prévoir dans l'annexe relative à l'*Adjudication Panel and Appeal Rules* des règles de

¹⁰⁸⁶Commission EDH, X. c/ Royaume-Uni, requête n°10331/83, *EHRR*, 1984, p. 583.

¹⁰⁸⁷Article 27 du Code de déontologie : “*The Committee shall consider complaints and results of investigations thereof referred to it by its Commissioner pursuant to paragraph 7 above, together with the Commissioner’s comments thereon, in such manner as it shall see fit*”.

¹⁰⁸⁸Voir les conditions dans lesquelles l'*Adjudication Panel* peut-être saisi à l'annexe J (*The complaints rules*), article 28^e(i),(ii) du Code de déontologie, ainsi que de manière générale à l'annexe P (*The Adjudication Panel*), article 4, sur les prérogatives dudit organe.

¹⁰⁸⁹Article 12 b), c), d).

procédure qui prennent en compte les normes jurisprudentielles établies par la Cour européenne¹⁰⁹⁰.

Dans le second cas, le *Professional Conduct Committee* dirige la plainte vers le *Disciplinary Tribunal*.(TDOA) Tel est le cas lorsque ce *Committee* découvre *prima facie* une faute professionnelle (*professional misconduct*), qu'elle soit accompagnée ou non d'une insuffisance professionnelle.

Le TDOA peut prononcer en plus des sanctions qui ressortissent à l'*Adjudication Panel*¹⁰⁹¹, d'autres condamnations qui vont des conseils donnés par le Tribunal quant à la conduite à tenir pour la prochaine fois, jusqu'à l'exclusion du Barreau (*Disbarment*), en passant par l'avertissement (*admonishment*) ou la suspension pour une période déterminée¹⁰⁹².

Dès lors, dans la mesure où le TDOA prononce une condamnation entraînant une cessation partielle ou totale de l'activité de *Barrister*, autrement dit une sanction d'exclusion ou de suspension de la profession d'avocat, il devient une *jurisdictio* dont le *potestas* règle des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil.

C'est pourquoi dans l'affaire *Ginikanwa c/ Royaume Uni*¹⁰⁹³ relative à l'exclusion dudit *Barrister* de l'ordre du Barreau anglais et gallois, la Commission se référant aux principes posés par les arrêts *Le Comte, Van Leuven et De Meyere* ainsi que *H. c/ Belgique*, affirme que : « *As to the second element of whether the determination of the dispute in the present case was directly decisive for the applicant's civil rights and obligations, the Commission again refers to the case-law of the European Court of Human Rights. The Court has held that the withdrawal, through professional disciplinary proceedings, of the authorisation to practise a liberal profession, albeit providing a public service (such as the medical, accountancy and legal professions) may involve the determination of rights of a private, civil nature. Article 6 para. 1 (Art. 6-1) and may, therefore, be applicable to such disciplinary proceedings (Eur. Court H.R., König judgment of 23 April 1977, Series A no. 27 paras. 86-95, Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 1 October 1980, Series A no. 43 paras. 41-50 and the H judgment of 30 November 1987 paras. 37-48).* »

¹⁰⁹⁰En raison de limitations matérielles dues à l'existence d'un travail collectif, nous ne pouvons développer ce point. Le règlement relatif à la procédure devant l'*Adjudication Panel* peut être trouvé à l'adresse internet suivante : <http://www.barcouncil.org/document.asp>.

¹⁰⁹¹Excepté le fait que la sanction pécuniaire peut atteindre un montant plus élevé, ne pouvant toutefois pas dépasser £5.000 (environ 50.000 francs).

¹⁰⁹²Annexe K (*The Disciplinary Tribunal Regulations*), article 2 (a).

¹⁰⁹³Commission EDH, *Cornelius Ginikanwa c/ Royaume-Uni*, 09/03/1988, requête n°12502/86.

Répondant aux exceptions d'irrecevabilité du gouvernement comme quoi la profession d'avocat en Grande-Bretagne se différencierait de celle des autres pays du Conseil de l'Europe et notamment de la Belgique, elle ajoute que : « *Moreover the aspects of the profession of Belgian "avocats" emphasised by the Court may be found in the barristers' profession at the Bar of England and Wales: Barristers at the Bar of England and Wales are officers of the Court providing a public service and contributing to the administration of justice. Nevertheless they belong to a profession independent of the State, have private-law relationships with their clients through instructing solicitors, civil property interests in their chambers and clientèle and perform various functions, such as conciliation and arbitration, which are not exclusively concerned with the functioning of the country's courts. In these circumstances, the Commission concludes that the withdrawal of the applicant's right to practise as an English barrister involved a determination of matters which were directly decisive for his private rights. Accordingly Article 6§1 of the Convention (the determination of civil rights and obligations) is applicable to the disciplinary proceedings in which the applicant was involved.* »

Par analogie avec d'autres professions libérales déjà appréhendées par la jurisprudence de la Cour, la solution serait identique en ce qui concerne les sanctions découlant d'une suspension d'un *Barrister* par le TDOA.

S'agissant de l'applicabilité des normes de l'article 6 aux sanctions prononcées par le TDOA en ce qu'elles relèveraient de la matière pénale, nous ne souhaiterions pas spéculer sur l'issue de l'interprétation pouvant être tenue par la Cour. Disons simplement qu'au regard des critères posés par l'arrêt *Engel c/ Pays-Bas*¹⁰⁹⁴ et *Le Compte* certaines sanctions, et plus précisément celles sus énoncées, peuvent à raison de la gravité des effets sur la personne condamnée, rentrer dans le champ de la matière pénale et se voir dès lors appliquer les garanties pénales de l'article 6.

Qu'en est-il maintenant du respect du second critère d'applicabilité ?

§ II - *De l'existence d'un contrôle subséquent par un « organe judiciaire de pleine juridiction »*¹⁰⁹⁵ :

¹⁰⁹⁴Cour EDH 08/06/1976, A/22, § 81.

¹⁰⁹⁵Il est peut-être inexact de considérer, au vue du sens de la jurisprudence actuelle, que la question de l'existence d'un contrôle subséquent par un organe judiciaire de pleine juridiction doit être appréhendé dans le cadre de l'applicabilité des dispositions de la Convention. La Cour n'a-t-elle pas récemment abordé la question dans le cadre de l'application des garanties du procès équitable (par exemple : Cour EDH, *Diennet c/ France*, 26/09/1995, A/325-A, § 34.) ? Quoiqu'il en soit, même si le respect d'un tel critère s'analyse plutôt comme une cause d'exonération, le fait pour un Etat de prévoir dans le cadre d'une procédure disciplinaire l'intervention

Dans la mesure où la Cour s'est depuis longtemps efforcé d'appréhender de manière fort pragmatique la question de l'existence des garanties du procès équitable sous l'angle de la procédure dans son entier, c'est-à-dire prise sous la forme d'un bloc procédural unique, nous devons prendre en compte la nature du contrôle juridictionnel postérieur pouvant être exercé à l'encontre d'une décision de condamnation prise par le TDOA.¹⁰⁹⁶

Dès lors, quel est la juridiction d'appel susceptible de constituer un « organe judiciaire de pleine juridiction (A) ? Au regard de ses prérogatives, s'agit-il d'un « organe judiciaire de pleine juridiction (B) ?

A - La caractérisation de la juridiction d'appel susceptible de constituer un "un organe judiciaire de pleine juridiction:

D'après l'article 23 de l'annexe K (*The Disciplinary Tribunal Regulations*) il peut-être interjeté appel de toute décision du TDOA en ce qui concerne la condamnation et/ou la peine prononcées par le TDOA, devant les *Visitors of the Inns of Court*.

Cette procédure d'appel est régie par l'annexe M du Code de déontologie (*The hearings before the Visitors rules 2001*).

Elle a ceci de spécifique que, malgré l'indépendance dont est imprégnée la profession de *Barrister*, les juges jouent un rôle essentiel en amont des voies de recours judiciaires habituelles dans le cadre des procédures disciplinaires.

A ce propos, la Commission européenne a d'ailleurs déclaré¹⁰⁹⁷ que : « *Although the rules of professional conduct of the Bar (as of most other professions) are determined by the profession itself in the light of tradition and experience, developing over the years as circumstances change, they remain subject to the supervisory jurisdiction of the judges, as Whitford, J. observed in Re T (a barrister) [1981] 2 All E.R. 1105, 1109 : "If any rule*

juridictionnelle d'un organe de pleine juridiction qui se soumet aux garanties du procès équitable possède le même effet qu'une requête ne satisfaisant pas à l'un des critères d'applicabilité des normes conventionnelles. Car ce faisant, la Cour sera dans l'impossibilité de se prononcer sur le fond, quant à savoir si l'organe disciplinaire de première instance devait respecter les garanties du procès équitable.

¹⁰⁹⁶C'est le raisonnement que l'on retrouve dans la célèbre mercuriale de la Cour, suivant laquelle « *De nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe confient à des juridictions ordinales le soin de statuer sur des infractions disciplinaires. Même quand l'article 6§1 trouve à s'appliquer, une telle attribution de compétence n'enfreint pas en soi la Convention (...). Toutefois, celle-ci commande alors, pour le moins, l'un des deux systèmes suivants : ou bien lesdites juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6§1, ou bien elles n'y répondent pas mais subissent le contrôle ultérieur d'un "organe judiciaire de pleine juridiction" – c'est-à-dire habilité à donner au litige "une solution juridictionnelle (...)" tant sur les points de fait que sur les questions de droit" – présentant, lui, les garanties de cet article.* » (Cour EDH, *Albert et Le Comte c/ Belgique*, précité, § 29).

¹⁰⁹⁷Commission EDH, *Ginikanwa c/ Royaume-Uni*, précité.

acceptable to the Bar were held by the judges (in whatever capacity) to be contrary to public policy or to be liable to undermine the proper administration of justice that rule would of course be ineffective... »¹⁰⁹⁸

C'est pourquoi, bien que l'organe d'appel relève d'une structure disciplinaire à part entière exorbitante du système juridictionnel commun, sa composition autant que ses prérogatives semblent se calquer très exactement sur ladite structure.

Quelle est donc cette composition ?

La juridiction d'appel *the Visitors of the Inns of Court* (ci-après VIC) est composée de juges en provenance de la *High Court of Justice*¹⁰⁹⁹, nommés par une haute autorité judiciaire, en l'occurrence : le *Lord Chief Justice*. Sa composition varie suivant la gravité du caractère disciplinaire du contentieux en cause. Lorsqu'il est interjeté appel d'une décision du TDOA portant sur l'exclusion d'un *Barrister* ou que cette première était présidée en première instance par un juge de la *High Court*, trois juges soit de la *High Court* soit de la *Court of Appeal* doivent siéger au VIC. Dans d'autres circonstances, il sera composé d'un président qui est soit un juge de la *High Court*, soit de la *Court of Appeal* auquel seront adjoints deux assesseurs : un *Barrister* et un non professionnel ou encore le *Lord Chief Justice* peut décider que l'audience se déroulera devant un seul juge toujours de la *High Court* ou de la *Court of Appeal*¹¹⁰⁰.

B - Le « statut » d'organe judiciaire de pleine juridiction au sens de la Convention du *Visitors of the Inns of Court* :

¹⁰⁹⁸En s'interrogeant d'ailleurs plus en aval de son raisonnement sur le fait de savoir si l'organe d'appel peut-être considéré comme un "tribunal établi par la loi", elle précise que: « *It is clear from an examination of the domestic case-law that the powers of discipline over barristers were traditionally exercised by the judges, who in turn delegated their powers to the Inns of Court and subsequently the Senate of the Inns of Court and the Bar. The exercise of these powers, however, remained subject at all times to the visitatorial jurisdiction of the judges (see Re S. (a barrister) [1969] 1 All E.R. 949). The Commission concludes therefore that the jurisdiction of the Visitors derives from the common law and is thus, in this sense, "established by law" within the meaning of Article 6§1 of the Convention.* »

¹⁰⁹⁹Ce sont d'ailleurs eux-mêmes qui élaborent les règles procédurales à appliquer devant leur juridiction d'appel. Voir le préambule à l'annexe M (*The hearings before the Visitors rules 2001*).

¹¹⁰⁰Voir Article 10 (1à4) de l'annexe M précité.

Quant aux prérogatives du VIC, celui-ci statue tant sur le bien-fondé de la condamnation que de la peine prononcée¹¹⁰¹. Par ailleurs, tant les règles de recevabilité et d'instruction des plaintes¹¹⁰², que celles relatives aux transmissions de pièces aussi bien que celles qui concernent la tenue de l'audience semblent respecter les standards européens du procès équitable. Les débats sont publics à moins que l'appelant en décide autrement¹¹⁰³. Dans tous les cas, l'appelant doit être présent ou du moins représenté¹¹⁰⁴. Si besoin est le VIC les témoins présentés par les parties peuvent intervenir à l'audience¹¹⁰⁵.

Bref, la procédure dans son ensemble qui se déroule devant le VIC est calquée sur celle dont aurait à connaître une juridiction d'appel ordinaire considérée comme « un organe judiciaire de pleine juridiction » au sens où la Cour l'entend.

Ce point de vue bien qu'argumenté en l'espèce de manière fort superficielle est en réalité corroboré par la décision précitée dans l'affaire *Ginikanwa c/. Royaume-Uni*¹¹⁰⁶. La Commission juge que : « *It is clear from the reported decisions of the Visitors referred to in the Government's observations and the Hearings before the Visitors Rules 1980 that the Visitors act as an appeal tribunal with full jurisdiction on all questions of law and fact, including questions relating to sentence. In this respect, therefore, the Visitors satisfy the requirement as to the scope of jurisdiction considered essential under Article 6 para. 1 (Art 6-1) by the Court in the aforementioned case of Albert and Le Compte.* »

Autant dire, sans équivoque aucune, que les dispositions actuelles¹¹⁰⁷ contenues au Code de déontologie et relatives à la procédure d'appel devant le VIC créent une situation de garantie du procès équitable telle que la moindre imperfection procédurale peut-être corrigée en aval sans que la Cour européenne ait elle-même, conformément au principe de subsidiarité de la Convention, à les sanctionner.

En aboutissant à une telle conclusion, le lecteur se demandera sans aucun doute s'il demeure un quelconque intérêt à poursuivre notre étude relative, cette fois-ci, à l'application

¹¹⁰¹Voir les articles 7(1) (*Petition*) et 11 (*The Visitors' findings*) de l'annexe M.

¹¹⁰²Si, par exemple, les Article 5 et 6 de l'annexe M posent des délais de prescription pour former un appel, ils autorisent en même temps dans des situations exceptionnelles d'étendre ces mêmes délais.

¹¹⁰³Article 10(7) de l'annexe précitée.

¹¹⁰⁴Article 10(8)

¹¹⁰⁵Article 10(9).

¹¹⁰⁶Précitée.

¹¹⁰⁷Ces dispositions actuelles ont subi des modifications afin d'affiner et de mettre en conformité les règles contemporaines à l'affaire *Ginikanwa* précitée par rapport aux garanties du procès équitable telles que développées par la Cour.

des normes de fond de l'article 6 au TDOA. Car, après tout, quelle que soit la violation des règles procédurales s'appliquant à cette entité disciplinaire, il pourra de toutes façons y être remédié en appel en raison de l'intervention du VIC, ce qui aura pour conséquence d'exonérer le gouvernement britannique d'une possible condamnation liée aux défaillances du Tribunal disciplinaire.

L'intérêt demeure pourtant, d'une part, parce que suivant l'adage familier « qui peut le plus peut le moins », rien n'empêche le gouvernement britannique d'affiner ses normes procédurales au plus près de « l'esprit équitable » dégagé par la jurisprudence de la Cour. Or, et ce n'est rien de moins qu'une évidence ; avant d'affiner, encore faut-il discerner où l'affinement peut intervenir. D'autre part, car il n'est pas exagéré de dire que les souhaits de la Cour d'aujourd'hui peuvent devenir ses exigences de demain et, qu'à l'instar de la Cour de Cassation, elle en vienne à imposer aux organes disciplinaires de première instance des obligations identiques à celles réclamées dans le cadre de la procédure dans son entier.

Section II - De l'application de l'article 6 à procédure du tribunal de l'Ordre des avocats d'Angleterre et du Pays de Galle

La procédure relative au TDOA respecte-t-elle les normes assurant l'existence du procès équitable ?

Répondre à cette question suppose de s'interroger en premier lieu sur la conformité de cette procédure aux principes de la Convention relatifs « au droit à un juge équitable » (§ I). Pour analyser en second lieu si ladite procédure ne porte pas atteinte aux exigences d'une décision équitable (§ II)¹¹⁰⁸.

§ I - L'exigence du « droit à un juge équitable » et la procédure du TDOA

L'exigence du droit à un juge équitable suppose nécessairement au préalable que le requérant puisse accéder à une juridiction. En d'autres termes il ne faut pas que l'accès à celle-ci soit restreint de manière injustifiée (A). Une fois cette exigence respectée, encore faut-il que la structure de la juridiction respecte, du moins en apparence, les exigences

¹¹⁰⁸Cette distinction a pour raison d'être un intérêt purement pédagogique, vu qu'un juge équitable ne peut pas ne pas produire une décision inéquitable.

d'impartialité et d'indépendance posées par la Convention (B). C'est à la condition de respecter ces deux impératifs que les normes procédurales du Code de déontologie britannique peuvent être considérées comme avoir satisfait, du moins sous l'angle structurel, à l'exigence du « droit à un juge équitable ». Qu'en est-il ?

A - L'exigence du droit d'accès à un juge et la procédure du TDOA:

« Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6§1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès. »¹¹⁰⁹

Non seulement, le requérant doit pouvoir accéder à un juge, mais cet accès doit s'avérer effectif.

A dire vrai, les règles posées par le Code de déontologie semblent poser peu sinon aucune difficulté relative à cette obligation.

Avant que *le Professional Conduct Committee* ne se prononce sur le bien-fondé de la requête et décide par voie de conséquence, soit de renvoyer l'affaire devant l'organe de jugement ou de la rayer du rôle, il est désigné en tant qu'organe de procuration et de filtrage, un *Complaint Commissioner* qui a pour objectif de s'assurer en fonction de normes préétablies par le Code en ses articles 8 à 15 de l'annexe J (*The Complaints Rules*) si les demandes formulées portent sur l'existence d'une insuffisance professionnelle ou d'une faute professionnelle. Il peut à ce titre s'adresser à un *Secretary of the Committee* qui aura pour tâche de mener, sous sa responsabilité, une enquête approfondie, en même temps qu'il constituera un intermédiaire privilégié entre les différentes parties à la procédure¹¹¹⁰.

Le rejet de la requête devra se fonder sur l'un des motifs énoncés par l'article 11 de l'annexe, soit en raison de vices de validité¹¹¹¹, soit qu'elle est manifestement mal fondée¹¹¹² ou encore en raison d'un manque de preuves relatives au grief invoqué¹¹¹³.

¹¹⁰⁹Voir entre autres : Cour EDH, *Golder c/ Royaume-Uni*, 21/02/1975, A/18, § 35.

¹¹¹⁰Articles 16 à 20 de l'annexe J précitée.

¹¹¹¹Article 11(d).

¹¹¹²Article 11(c).

¹¹¹³Article 13.

Quelque soit le motif, le Code oblige tant le *Commissioner* que le PCC à notifier au demandeur la solution de rejet de la requête, ainsi que les motifs précis qui ont amené l'organe d'instruction à aboutir à une telle conclusion.

Même si aucune procédure d'appel interne - devant le VIC par exemple - n'est prévue à l'encontre d'une décision de rejet, le requérant n'en est pas moins démuné d'action pour contester la solution. Certes, ainsi que l'a affirmé Sir Thomas Bingham MR dans un *Obiter Dictum* à l'affaire *R. Securities and Futures Authority* du 20 juin 1994 : « *it is clear that the (disciplinary) Bodies...should be the regulatory bodies and that it is not the function of the Court to second guess their decisions, or as it were, to look over their shoulder* ». Il n'en demeure pas moins qu'au sein des normes procédurales relatives à un grand nombre de corps disciplinaires britanniques, il a été prévue la possibilité de faire appel à une tiers-autorité, plus connue sous l'appellation d'*Ombudsman*. Tel est entre autres le cas du Code de déontologie des *Barristers* britanniques. Ce médiateur régi par le *Courts and Legal Services Act 1990* possède d'importantes prérogatives lui permettant notamment d'enquêter sur le grief soulevé devant lui, de produire des recommandations ou encore de publier les affaires dans lesquelles l'organe en cause ne se serait pas soumis à ses observations. C'est ainsi que l'annexe J a prévu en son article 15(a) que suite à cette recommandation de l'*Ombudsman* le *Complaints Commissioner* pourra reconsidérer la plainte initialement rejetée.

Bien qu'effectivement soumis à la « malléabilité » qui seule importe en réalité, le *professional Standard Committee* a donc semble-t-il mis en place de nombreuses dispositions en vue d'assurer dès l'entame de la procédure l'existence « d'un droit au juge effectif ».

A ce propos, on pourrait encore mentionner que l'effectivité de cet accès au juge se décline dans le cadre de la jurisprudence européenne, en une obligation positive de l'Etat de pourvoir, dans certaines circonstances, le requérant nécessaire ou le défendeur requérant la présence d'un avocat, d'une aide juridictionnelle.

Tant pour le requérant que pour le défendeur au procès ; le système a su prendre en compte l'exigence d'un accès au juge effectif. Il en est ainsi pour le requérant puisque sa demande d'aide juridictionnelle est considéré suivant les mêmes critères que ceux utilisés dans le cadre de procédures de droit commun. Il en va de même pour le défendeur qui étant un *Barrister* se trouve dans une situation privilégiée, ce qu'à d'ailleurs reconnu la Commission dans une décision *P. c/ Royaume-Uni* en considérant que : « *Further, barristers brought before a Disciplinary Tribunal and on appeal therefrom are in a particularly privileged*

*position because of a rule of etiquette which requires barristers assisting their colleagues at such hearings to give their services free of charge. »*¹¹¹⁴

Ce juge accessible est-il également équitable ?

B - L'exigence du droit d'accès à un juge équitable et la procédure du TDOA

« Il incombe aux Etats contractants "d'agencer leur système judiciaire de manière à lui permettre de répondre aux exigences de l'article 6§1" (...) au premier rang desquels figure assurément l'impartialité. »¹¹¹⁵

L'impartialité dont nous devons nous assurer de son existence, n'est pas celle personnelle ou subjective et « *qui se présume jusqu'à preuve contraire* »¹¹¹⁶, car il faudrait pour cela analyser une par une les décisions rendues par le TDOA. Notre démarche consistera sera plutôt à se demander, à l'instar de la Cour européenne, si « *certaines faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* », si cet organe offre « *des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* »¹¹¹⁷. Ici, seule l'apparence compte¹¹¹⁸.

A ce titre ; la question de l'indépendance du tribunal constitue l'une des facettes d'appréciation privilégiées de l'apparence impartiale auquel la Cour au travers du principe de prééminence du droit dans une société démocratique attache autant d'importance. Nous commencerons donc par ce critère d'indépendance.

D'après la Cour, « *pour établir si un tribunal peut passer pour indépendant, il faut 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.* »¹¹¹⁹.

¹¹¹⁴Commission EDH, 13/03/1986, requête n°11456/85, à consulter sur le site internet-Hudoc.

¹¹¹⁵Cour EDH, De Cubber c/ Belgique, 26/11/1984, A/86; § 35.

¹¹¹⁶Voir entre autres : Cour EDH, De Cubber c/ Belgique, précité, §25; Padovani c/ Italie, 26/02/1993, A/257-B, § 26.

¹¹¹⁷Cour EDH, Pullar c/ Royaume-Uni, 10/06/1996, Rec., 1996-III, § 30.

¹¹¹⁸Le juge Martens parlait de manière péjorative dans ses opinions dissidentes de la « *dictature* » de l'apparence”.

¹¹¹⁹Cour EDH, Findlay c/ Royaume-Uni, 25/02/1997, Rec. 1997-I, § 73.

Le critère de *l'apparence d'indépendance* reflète en soi la problématique d'ensemble quant à savoir si le Tribunal en cause est un organe indépendant. Dans l'affaire *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni* le test appliqué par la Cour consistait à se demander si les requérants étaient raisonnablement autorisés à croire que le Tribunal dépendait de l'exécutif. En ce sens, non seulement ce critère peut-il être assimilé au critère de *l'existence d'une protection contre les pressions extérieures*, mais en plus il se doit d'être complété par les deux derniers critères, qui permettent de mieux le matérialiser : *la durée et le mode de désignation des juges*.

En tout cas, s'agissant du TDOA, nous avons déjà répondu aux deux premiers critères sus énoncés, en expliquant plus en amont de l'étude, qu'il est de tradition fort éloignée que la profession de *Barrister* a tenu à conserver une autonomie pleine et entière à l'égard des autres pouvoirs exécutif et législatif britanniques. Pour symbolique, rappelons-nous que même les règles relatives à la déontologie de la profession et qui comportent notamment les normes procédurales du contentieux disciplinaire ne relèvent pas, à l'inverse de nombreux autres corps disciplinaires, de la plume du législateur, mais ont été rédigés par le *Professional Standard Committee* qui est un organe du Conseil du Barreau.

C'est par conséquent, non pas sous l'angle de l'extranéité, mais de l'intranéité ou plutôt en raison du fonctionnement autarcique que le TDOA peut porter à critique sous l'angle de l'exigence de l'indépendance. Notre affirmation n'est elle pas contradictoire ? Comment en effet peut-on reprocher à un organe de fonctionner de manière indépendante d'autres pouvoirs étatiques, alors même que cette notion d'indépendance est fort justement recherchée ?

Nullement, en fait, au même titre que d'autres corps professionnels qui s'efforcent d'assurer un double objectif de représentation et parallèlement de jugement de leurs membres, certaines voix pourraient s'élever pour contester précisément la dépendance dangereuse d'un membre de la juridiction disciplinaire qui est à la fois membre du corps professionnel à l'origine de la sanction imposée sur le requérant.

Une telle voix s'est faite entendre dès 1981 dans l'affaire *Re S (a Barrister)*¹¹²⁰ jugée par le VIC. En l'espèce, *S.* arguait du fait que le TDOA ne pouvait pas être considéré comme indépendant au sens des *Principles of natural justice* car la majorité des juges dudit Tribunal étaient membres du *Senate*, organe incluant un corps sous sa subordination; le *Professional Conduct Committee Bar Council* qui avait en l'espèce la tâche de poursuivre le requérant et d'instruire l'affaire. Autrement dit, bien que ne remettant nullement en cause la condamnation

¹¹²⁰Re S (a Barrister) [1981], 2 All ER, pp. 952-959.

dont avait fait l'objet de la part du TDOA, *S.* se plaignait du fait que le *Senate* dont les juges étaient membres cumulait les fonctions de législateur, instructeur, procureur, juge et jury.

En réponse au grief invoqué, Vinelott, J, concéda que « *it is no doubt wise that those charged with the proper regulation of a profession should be careful in framing the constitution of the governing body and of its disciplinary tribunals to ensure that the task of investigating and presenting a complaint and the task of adjudication on it and, if it is proved, determining the appropriate sentence are in different hands* »¹¹²¹. Poursuivant sa motivation, il affirma cependant qu'il n'y avait rien « *to support the proposition that professional men who are members of the governing body of their profession are incapable of hearing impartially a complaint of professional misconduct against a member of their profession. Indeed, it has always been accepted that professional men are peculiarly well fitted from their knowledge of the reasons which led to the acceptance by the profession of a code of conduct and from their experience of the difficulties which may confront both the practitioner in observing and the profession in enforcing proper standards of conduct to determine whether there has been a breach of the code of conduct governing the profession and to judge the gravity of it if it is proven.* »¹¹²².

Point intéressant dans cet arrêt, le représentant de l'appelant soumit au VIC la décision à l'époque récente de la Commission européenne dans l'affaire *Albert et Le Compte c/ Belgique* arguant de ce que le respect du standard d'impartialité et d'indépendance avait été dans ce cas d'espèce enfreint. Par analogie, il souhaitait qu'il en fût de même.

Pour réfuter une telle interprétation des exigences du procès équitable, Vinelott, J se fonda sur deux arguments. En premier lieu, il distingua le rôle de la Commission de celui de la Cour, la première n'ayant faculté que de rendre des décisions d'admissibilité et non point sur le bien-fondé de l'affaire. En second lieu, il reposa le rejet du grief de partialité sur le doute que laisse planer la Commission en jugeant que « *the participation of doctors, either on a majority or equal number basis, in the association's organs, namely the provincial council and the appeal council, does not necessarily imply that these organs are partial when deciding a disciplinary complaint against a doctor* »¹¹²³.

¹¹²¹ *Op. cit.* p. 957 (f).

¹¹²² *Op.cit.* p. 957 (d à f).

¹¹²³ *Op. cit.* p. 957, (g).

Peut-être ignorait-il que, ce disant, la Commission ne faisait que reprendre à son compte l'opinion antérieure de la Cour relative à la composition de la juridiction, d'après laquelle : « *La présence – déjà relevée – de magistrats occupant la moitié des sièges, dont celui de président avec voix prépondérante (paragraphe 26 ci-dessus), donne un gage certain d'impartialité et le système de l'élection des membres médecins par le conseil provincial ne saurait suffire à étayer une accusation de partialité.* »¹¹²⁴

Est-ce à dire *a contrario*, qu'en cas de déséquilibre dans la composition du jury en faveur des opinions des juges professionnels, le « gage certain d'impartialité » pourrait disparaître?

La solution respectueuse des garanties européennes nécessitant de s'interroger non seulement au cas par cas, mais également en prenant en compte le faisceau d'indices sus énoncés ainsi que de considérer la procédure dans son ensemble, il nous est impossible de spéculer sur l'existence de la violation de l'article 6§1, dans l'affaire *Re S (a barrister)*.

Quoi qu'il en soit, le *Senate* anglais a devancé ces spéculations, en voulant s'assurer de manière préventive que les règles qu'il avait édictées répondaient aux notions d'indépendance et d'impartialité, s'agissant de la composition du Tribunal.

C'est pourquoi, dans l'actuel Code de Déontologie, l'équilibre en faveur du non professionnel s'est rétabli. L'article 2 de l'annexe K (*Disciplinary Tribunals*) prévoit que le TDOA sera composé d'un juge, de deux non professionnels, ainsi que de deux *Barristers*. Dès lors, la composition nouvelle ne laisse plus de place au doute, car contrairement à l'affaire *Re S* précitée, même l'apparence structurelle du TDOA s'est affinée au point de dissiper tout malentendu sur les mobiles dont pourraient, en apparence, être empreints les juges. L'esprit de la Convention avait opéré dans la discrétion.

Il reste qu'une ombre de critique semble *a priori* planer s'agissant du critère de la *durée de mandat des membres* du corps disciplinaire. La logique est simple. C'est dans la durée que s'inscrit la pérennité et, ce faisant, la garantie plus sûre d'indépendance des membres de la juridiction. Or, rien n'est en effet stipulé dans le Code de déontologie qui permettrait de répondre très exactement à la question. En réalité, c'est la pratique qui a déterminé l'usage en la matière. Les juges, *Barristers* et assesseurs non professionnels sont choisis sur une liste par les présidents de leurs associations respectives en remplissant leurs fonctions le temps d'une affaire pour laquelle ils appelés. Cependant, même si la brève durée

¹¹²⁴Voir, en premier lieu, Cour EDH, Ringeisen c/ Autriche, 23/06/1973, A/16, p. 40, § 97.

d'un mandat constitue généralement un indice d'une possible pression extérieure sur les personnes composant l'organe de jugement, il ne semble pas qu'en l'espèce un tel usage porte atteinte à l'idée d'indépendance. Il en est ainsi, d'une part, parce que, la fin du mandat est automatique et identique pour tous, ce qui ne permet pas de ce fait de faire le lien entre une possible pression quant au respect de consignes imposées et la prorogation du mandat. D'autre part, car la Cour s'est montré beaucoup plus souple dans l'appréciation de ce critère, à l'égard des membres de tribunaux administratifs et disciplinaires¹¹²⁵.

Par ailleurs, le doute quant au caractère indépendant et impartial de la procédure semble d'autant moins planer que le VIC est composé en appel de juges professionnels de la *High Court of Justice* nommés par la deuxième plus grande autorité judiciaire anglaise : *le Lord Chief Justice*¹¹²⁶. A cet égard, la *durée de leur mandat* ne se pose pas puisqu'ils sont nommés par une autorité indépendante du corps disciplinaire jugé. Enfin ils sont majoritaires dans toutes les hypothèses de contentieux. Autant dire, par conséquent, qu'au delà du modèle pédagogique qu'ils représentent, ils veillent également au respect des exigences d'indépendance et d'impartialité.

Reste à savoir si le respect structurel des garanties du procès équitable ne cache pas quelque défaillance relative à la manière équitable dont la décision se doit d'être « façonnée ». Nous nous en assurerons maintenant.

§ II - L'exigence du « droit à une décision équitable » et la procédure du TDOA

L'exigence du caractère équitable d'une décision rendue par le TDOA présuppose la mise en œuvre de règles assurant le respect de la transparence de la procédure. La justice doit non seulement être appliquée, mais elle doit avant tout être perçue tout au long du procès.

De cette volonté de transparence de l'activité des parties en cause posée par le juge de Strasbourg, découlent diverses obligations spécifiées au fur et à mesure de la construction de l'édifice européen des droits de l'homme. Nous diviserons de manière arbitraire l'appréciation de leur respect sous l'angle chronologique, en envisageant d'abord les étapes qui se déroulent

¹¹²⁵Cour EDH, Campbell et Fell, 28/06/1984, A/80.

¹¹²⁶Le *Lord Chief Justice* cumule, dans le cadre du système judiciaire britannique, les fonctions de président de la *Criminal Division of the Court of Appeal* ainsi que de la *Queen's Bench Division of the High Court of Justice*.

en amont de l'audience (A), pour traiter, en second lieu, de leur mise en œuvre lors et postérieurement à l'audience (B).

A - Le respect des garanties du procès équitable lors de la phase de pré-audience par la procédure devant le TDOA

Bien que jamais réellement explicité, la Cour pose comme norme matricielle le principe du contradictoire, au fondement de tout procès contentieux. Il se décompose en un certain nombre de sous-principes et arrose de ce fait l'ensemble de la procédure de cette volonté de garantir l'équité du procès¹¹²⁷.

Au nombre desdits principes se place de manière prééminente le principe de l'égalité des armes. Il en est ainsi étant donné qu'un « *procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse* »¹¹²⁸.

Dans le cadre de la procédure devant le TDOA, ce principe est assuré en amont de l'audience par le truchement du *Secretary of the Committee* qui sert d'intermédiaire en vue de la communication de l'ensemble des pièces, allant de l'assignation aux conclusions en passant par les pièces d'instruction¹¹²⁹.

Quant au temps dont disposent les parties à la procédure, le Code prévoit que le représentant du PCC devra communiquer au défendeur une copie des charges pesant contre lui, au plus tard dans les dix semaines après que la plainte ait été référée au TDOA¹¹³⁰. Son président devra quant à lui fixer et communiquer la date d'audience au plus tard 14 jours

¹¹²⁷Que l'on ne se méprenne pas sur nos propos. Pour la CourEDH, le principe fondamental qui commande son appréciation du respect des règles de fond du procès équitable s'incarne dans la notion d'«*égalité des armes*» (Delcourt c/ Belgique, 17/01/1970, A/11, 28), duquel découle – toujours d'après la Cour – l'effectivité du débat contradictoire. Il reste qu'au delà de la terminologie empruntée par la Cour, le bon sens commande de considérer que c'est la *Contradictio* (qui est à différencier de l'application concrète et particulière du principe du contradictoire) qui pose le fondement du contentieux. Les différents principes dégagés par la Cour, tel que précisément le principe de l'égalité des armes, le «*droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense*», etc..., résultent de l'existence effective de la contradiction dans la procédure. C'est en ce sens que nous entendons parler du «*principe matriciel*» du contradictoire.

¹¹²⁸Voir, parmi d'autres, Cour EDH, Delcourt c/ Belgique, 17/01/1970, A/11, § 34.

¹¹²⁹Articles 16 à 20 de l'annexe J précitée.

¹¹³⁰Article 5(1) de l'annexe K précitée.

avant le déroulement de celle-ci¹¹³¹. Il lui précise en même temps les possibilités qui s'offrent à lui, notamment, par exemple, de récuser certains membres du Tribunal¹¹³².

Par ailleurs, le défendeur reçoit le plutôt possible un dossier contenant l'ensemble des documents nécessaires à sa défense et en dernier ressort dans les 10 jours précédant l'audience préliminaire¹¹³³.

Cette audience préliminaire doit avoir lieu pas moins de 10 jours et pas plus de 4 semaines après que les charges pesant furent communiquées au *Barrister*¹¹³⁴. Le juge rapporteur (*The Directions judge*) en assurera la présidence. Il s'efforcera de clarifier les questions relatives à la procédure ainsi que les points essentiels qui seront discutés ultérieurement à l'audience du TDOA¹¹³⁵. L'existence de cette audience préliminaire est essentielle en ce que de manière préventive, elle permet d'anticiper les difficultés qui pourraient se poser à l'audience, au regard des différents principes garantissant l'équité de l'audience. L'article 9(3) de l'annexe K énonce de manière non exhaustive les thèmes pouvant être abordés tels que : (a) la légitimité de la tenue d'une audience publique ; (b) la pertinence des demandes relatives à des auditions séparées ; (e) la participation des témoins ; (f) l'obligation pesant sur chaque partie d'informer l'autre sur le nom des témoins présentés dans un délai fixé à l'avance ; (g à l) toutes les communications et clarifications relatives aux éléments factuels et probatoires nécessaires au bon déroulement de l'audience, ainsi que l'estimation de sa durée.

En cas d'insatisfaction du défendeur quant au déroulement en tout ou partie de l'audience préliminaire, le Code prévoit la possibilité d'un recours devant une chambre composée du président du TDOA assisté d'un assesseur non professionnel afin que soit fait droit à tout grief justifié par le cas d'espèce¹¹³⁶.

Cet énoncé technique, quoique bref, permet de faire comprendre à tout juriste féru de la jurisprudence européenne, que les règles édictées par le *Bar Council*, quand bien même ne se réfèrent-elles directement aux normes posées par la Convention, sont imprégnés par l'esprit du contradictoire pragmatique dont recèle la notion de procès équitable.

Son respect est-il assuré également lors et postérieurement à l'audience ?

¹¹³¹Article 7(1) de l'annexe K.

¹¹³²Article 7(2) de l'annexe K.

¹¹³³Article 8 (1) et (1A) de l'annexe K.

¹¹³⁴Article 9 (2A).

¹¹³⁵Article 9 (1) et (2).

¹¹³⁶Article 9(7).

B - Le respect des garanties du procès équitable lors de la phase de péri et post-audience par la procédure devant le TDOA :

L'audience est un moment clef du procès. A ce titre, il comporte le respect de nombreuses garanties procédurales auxquelles, les corps disciplinaires britanniques ont appris à se plier durant ces dernières années, jusqu'à créer des audiences en tout points identiques à celles de juridictions de droit commun.

Tel est le cas pour le TDOA, pour lequel le Code de déontologie précise en son article 11 de l'annexe K que : « *The proceedings of a Disciplinary Tribunal shall be governed by the rules of natural justice...* »

Principes de justice naturelle britannique n'ont cependant pas forcément pour équivalent les principes du procès équitable européen. Aussi faut-il s'assurer de la concordance.

« *L'article 6§1 impose de manière très générale, la publicité de la procédure judiciaire* ». De manière on ne peut plus claire, la Cour justifia ce principe en affirmant que : « *la publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6§1 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6§1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention* »¹¹³⁷.

Ce principe clair consacrant la volonté des rédacteurs de la Convention de faire en sorte que toute personne ait droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, n'en est pas moins pourvu de limitations. Elles se justifient par des causes extérieures à la personne concernée par la procédure aussi bien que par la volonté de l'intéressé d'abandonner la faculté de mettre en œuvre un tel droit¹¹³⁸. La réalisation de ce droit suppose par conséquent la confrontation équilibrée des principes *a priori* opposés.

Bien que de manière plus laconique, le Code de déontologie abonde dans le même sens en disposant que « *The hearing before the Disciplinary Tribunal shall be in public unless*

¹¹³⁷Par exemple : Cour EDH, Pretto et autres c/ Italie, 8/12/1983, A/71, § 21.

¹¹³⁸Voir Cour EDH, H. c/ Belgique, précité, § 54.

at a Preliminary Hearing or otherwise it has been directed that it shall not be held in public, and this direction has not been overruled by the Tribunal »¹¹³⁹.

C'est donc de la mise en œuvre de ce principe posé de façon générale que dépend le respect des exigences de la Convention.

Dans l'affaire *Ginikanwa c/ Royaume-Uni*, le requérant avait précisément contesté le fait que la procédure ne s'était pas tenue de manière publique. La Commission rejeta le grief invoqué en affirmant que le Code de déontologie relatif à la procédure disciplinaire offrait la faculté pour le défendeur de tenir une audience publique. Elle admit, lors de cette affaire qu'une personne sujette à une procédure disciplinaire, dispose de la faculté, si elle le souhaite, d'abandonner son droit à une audience publique, car il peut en aller de ses intérêts professionnels futurs que de sauvegarder la confidentialité d'une telle procédure, afin de réduire toute atteinte postérieure à sa réputation qui pourrait survenir, que le résultat se termine par une sanction ou non.

D'une manière générale, elle concède que l'appréciation de la marge d'appréciation laissée au Tribunal disciplinaire pour déterminer si l'audience doit être publique, pourrait soulever une question pertinente sous l'angle de l'article 6§1 de la Convention. Elle considère qu'en l'espèce cependant, elle n'avait pas à se prononcer sur une telle question vu que le requérant n'avait pas étayé par des preuves à l'appui sur le fait qu'il souhaitait que se tint une audience publique.

Aussi, même s'il peut être reproché un phrasé trop lâche à cette disposition, en fait, comme l'affirme Sir Harris QC, « *since in practice almost all disciplinary Bodies accord their members such a right the issue is probalby academic* »¹¹⁴⁰. L'usage veut donc qu'il soit fait droit à une telle exigence, sans qu'il y ait eu de critiques apparentes portées à l'encontre de l'interprétation de cet article quelque peu vague.

Autre exigence relative à une audience équitable, l'article 6§3-c) dispose que toute personne a droit « *de se défendre elle-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix* ». Dans le cadre de procédures relatives à des sanctions de nature pénale, cet impératif, tel qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, offre à la partie défenderesse une alternative. Il peut soit assurer sa défense seul, soit être assisté d'un avocat, voire être représenté par lui.

¹¹³⁹Article 12 de l'annexe K.

¹¹⁴⁰B. Harris, *Law and Practice of Disciplinary and Regulatory Proceedings*, Barry Rose Law Publishers, 1995, p. 176.

Dans tous les cas, la Cour européenne consacre l'idée d'une présence ou représentation de la partie défenderesse qui emporte « obligation positive » pour l'État d'assurer la comparution personnelle de l'accusé au procès lorsque la question en jeu revêt une importance particulière¹¹⁴¹

A ce titre, il ne semble pas que les *principles of natural justice* qu'applique le Code de déontologie dans le cadres de la procédure relative à l'audience, en viennent à consacrer les droits de la défense.

D'après le professeur Clayton, « *it seems that the better view is that there is no rights to legal representation but only a discretion depending on the circumstances, and, in particular, the nature of the allegations being made* »¹¹⁴². Quant à la *House of Lords*, elle considéra que cette marge d'appréciation dans le fait d'octroyer le droit d'être assisté d'un avocat, plutôt que le droit absolu d'y avoir accès, était conforme à l'article 6§3-c) de la Convention¹¹⁴³.

Il faut toutefois garder présent à l'esprit qu'en consacrant un tel *ratio decidendi* qui pourrait être soumis à critique de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, la *House of Lords* par l'intermédiaire de Webster, J, prit la peine d'énoncer quelques critères d'appréciation de l'accession à ce droit. Ils peuvent être résumés comme suit :

- La gravité de la sanction susceptible d'être prononcée ;
- Les questions de droit qui sont susceptibles de se poser ;
- La capacité de la partie défenderesse à présenter sa défense ;
- Les difficultés d'ordre procédurale, telle que l'interrogatoire des témoins ;
- La durée raisonnable pour juger de l'affaire ;
- Le besoin d'équité entre les parties, entre la défense et le ministère public.

Autant dire qu'en suivant les critères posés qui sont directement inspirés de l'esprit des arrêts de la Cour européenne en la matière, la marge de discrétion n'a quasiment plus aucune chance de survivre lors du jugement.

Il reste que sans avoir à tenir compte de ces critères, le Code de déontologie a prévu d'octroyer un droit de se défendre soi-même ou d'être assisté par un avocat¹¹⁴⁴.

¹¹⁴¹Cour EDH, *Kremzow c/ Autriche*, 21/09/1993, A/268-B.

¹¹⁴²R. Clayton, H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2000, n°11.77.

¹¹⁴³Voir la décision *Hone vs. Maze Prison Board of Visitors* [1988] 1 AC 379.

¹¹⁴⁴Article 7(2)(a) de l'annexe K, qui pose l'obligation pour le président du Tribunal d'informer le défendeur, lors de la convocation à l'audience, d'un droit de se défendre soi-même ou d'être représenté par un *Barrister*, aussi bien que d'un *Solicitor*, s'il le souhaite.

Par ailleurs, en l'absence du défendeur à l'audience, il est distingué dans l'annexe K en son article 14 suivant qu'il a été impliqué dans toutes les étapes de la procédure de même qu'il a reçu tous les documents auquel cas le jugement rendu à son encontre sera considéré comme contradictoire en la forme, de la situation dans laquelle la procédure n'a pu jusqu'à l'audience se dérouler conformément aux règles posées par la procédure, auquel cas il pourra former un recours devant le juge rapporteur (*Directions Judge*) qui devra ordonner la mise en œuvre d'une nouvelle procédure devant un Tribunal nouvellement composé.

De nombreux autres éléments propres à la procédure devant le TDOA pourraient encore être comparés aux garanties du procès équitable posées par le juge de Strasbourg. Pour ne pas verser dans le soporifique, mentionnons cependant en dernier lieu le fait que cette procédure se préoccupe, non seulement de faire respecter en faveur de l'accusé « *le droit de faire entendre des témoins à charge et à décharge dans les mêmes conditions* » (Art. 6§3d), mais aussi l'obligation de motiver ses décisions¹¹⁴⁵, pourtant laissée de manière fort discrétionnaire à l'appréciation des Etats-membres.

S'agissant de la première, le Code de déontologie, bien que n'ayant pas prévu une disposition spécifique à cet égard, nous fait comprendre indirectement le sens de l'obligation qui pèse sur le Tribunal, puisqu'il prévoit l'obligation pour le juge rapporteur lors de l'audience préliminaire de requérir que les parties se communiquent le nom de tous les témoins nécessaires à l'audience, sous respect de la durée limite imposée pour la tenue de celle-ci¹¹⁴⁶.

Quant à l'obligation de motiver, tout juriste quelque peu connaisseur du système judiciaire anglo-saxon saura répondre sans difficulté à la question en affirmant à juste titre que si problème relatif à l'obligation de motiver il peut y avoir, c'est avant tout en raison des explications prolifiques que contiennent les arrêts de caractère laconique qui pourraient leur être reproché.

Il reste que le Code de déontologie n'a pas souhaité rester muet, sans s'expliquer sur ce point. Il y répond dans l'article 18 de l'annexe précitée en disposant que : « *At the*

¹¹⁴⁵Voir notamment : Cour EDH, *Hadjianastassiou c/ Grèce*, 16/12/1992, A/252, § 33.

¹¹⁴⁶Article 9(3)(e et f) de l'annexe K.

*Conclusion of the hearing, the finding of the Disciplinary Tribunal on each charge, together with its reasons, shall be set down in writing... »*¹¹⁴⁷.

En ce sens les principes of natural justice requièrent de la même manière d'après Lord Donaldson MR que les corps disciplinaires devraient donner : « ...*outline reasons sufficient to show to what they were directing their mind and thereby indirectly showing, not whether their decision was right or wrong, which is a matter solely for them, but whether their decision was lawful* »¹¹⁴⁸.

Il semble donc qu'au-delà de la large marge d'appréciation laissée par la Cour aux hautes parties contractantes, aussi bien l'ensemble du système britannique de droit commun que les autorités de régulation et les corps disciplinaires, à l'instar du TDOA, se soumettent à cette obligation de motivation. De ce point de vue, nul doute que la transparence de l'argumentation permet en plus d'améliorer la qualité des jugements, de permettre aux organes d'appel de rendre des décisions plus efficaces et satisfaisantes, en connaissance de cause¹¹⁴⁹.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

En conclusion, nous espérons que ce bref survol du système disciplinaire britannique a permis au lecteur de se convaincre que l'extension des garanties équitables n'y reçoit pas un traitement d'antipathie. Bien au contraire, nonobstant la valeur relative de la Convention dans l'ordre « constitutionnel » britannique, le juge a su, sur le fondement presque millénaire de l'élaboration des *principles of natural justice* s'accommoder d'une logique paradigmatique,

¹¹⁴⁷L'article 22 précise quant à lui que : "...*the chairman of the Tribunal shall prepare a report in writing of the finding on the charges of professional misconduct and the reasons for that finding and, where applicable, the sentence...*".

¹¹⁴⁸R. vs. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham [1991] 4 All ER 310 CA, p. 317.

¹¹⁴⁹Sur ces avantages loin d'être négligeables, voir Faridian vs. General Medical Council [1971] 1 All ER, p. 147.

c'est-à-dire d'un instrument référentiel nouveau, lui permettant d'affiner les domaines où l'équité de la procédure semblait imparfaitement assurée.

Certes, « une hirondelle ne fait pas le printemps ». Et, de ce point de vue, l'on pourra nous reprocher d'avoir pris pour cible le TDOA qui, en raison des professionnels dont il traite, constitue d'une certaine manière le prototype de ce qu'il serait souhaitable de voir comme procédure s'agissant d'un corps disciplinaire ou d'une A.A.I..

Nous admettons cette critique bien volontiers d'autant plus que nous sommes conscients que certaines domaines, aussi bien du droit commun que du droit disciplinaire britannique, devront être réformés¹¹⁵⁰.

De manière explicite, nous en voulons pour preuve la censure dont a été récemment l'objet la procédure devant la Cour martiale britannique, qui entre dans la catégorie officielle des *quangos*¹¹⁵¹. Dans cet arrêt, la Cour reproche au Royaume-Uni d'avoir laissé subsister une procédure devant la Cour martiale qui faisait de l'officier convocateur – un général de l'armée – une autorité, non seulement de poursuite, de désignation de membres de la Cour, non-juristes et sous sa subordination hiérarchique, mais aussi de ratification de l'acte exécutoire de la décision. Autrement dit, peu d'étapes de la procédure, sinon aucune n'échappait à cette seule personne. Le juge de Strasbourg se fondant notamment sur le critère de l'impartialité objective dégagé par sa jurisprudence considère à juste titre que cette procédure devant la Cour martiale ne satisfait pas aux standards européens d'un tribunal indépendant et impartial. Cette censure serait contradictoire avec l'esprit qui se dégage de notre étude relative au TDOA, s'il n'était mentionné que le gouvernement conscient de l'insatisfaction d'une telle procédure avait, avant même la saisine de la Cour européenne, mis en place une réforme générale du système juridictionnel militaire.

A travers cette illustration jurisprudentielle se trouve concentré de façon symbolique l'état d'esprit britannique propre aux garanties du procès équitable applicables aux *quangos*. D'un côté, une applicabilité large des garanties qui n'a rien à envier aux standards *a minima* de la Cour. En ce sens, la jurisprudence britannique a notamment su se départir de la problématique fort complexe des critères d'applicabilité des garanties du procès équitable aux seules contestations relatives aux droits et obligations de caractère civil et d'accusation en matière pénale, pour en venir à consacrer ces droits, pourtant prééminents dans une société

¹¹⁵⁰Sur ce point, voir R. Walker, *The impact of the European Standards on the Right to a fair trial in Civil proceedings in United Kingdom domestic Law*, *EHLR*, 1999, n°1, pp. 4-14.

¹¹⁵¹Cour EDH, *Findlay c/ Royaume-Uni*, 25/02/1997, *Rec.* 1997-I.

démocratique, à « toute décision affectant les droits ou intérêts d'une personne, auquel cas elle acquerrait le caractère de *judicialité* »¹¹⁵².

D'un autre côté, une tradition juridique anglo-saxonne fondée sur une confiance totale – exacerbée aux yeux du juriste continental – en l'institution juridictionnelle ordinaire, qui bénéficie parallèlement aux *quangos*¹¹⁵³. Et qui se trouvera sans doute à l'avenir sous les coups de buttoir des requérants, en porte-à-faux avec la détermination, elle aussi, exacerbée de la jurisprudence de la Cour à consacrer l'équité de la procédure au travers du seul prisme de la « tyrannie de l'apparence »¹¹⁵⁴. Mais tel est le tribut de l'harmonisation culturelle auquel ne peut échapper celui qui souhaite demeurer sous la coupe d'une juridiction qui se donne pour moteur d'action fondamental, l'effectivité des droits qu'elle consacre. Les autorités britanniques l'ont bien compris. Elles qui de manière attentiste, certes, mais en fin de compte, respectueuse du sens autonome de l'ordre public européen, entérinent par réformes d'ampleur les changements initiés par la Cour.

En éliminant de ce fait la plupart des obstacles négateurs de la clarté des décisions, en encourageant non seulement leurs qualités mais aussi et surtout leur légitimité, le droit national, britannique en l'occurrence, peut s'avérer une source d'inspiration privilégiée pour le droit de la Cour, du moins au stade de l'applicabilité des principes de fond. Dès lors, l'esprit d'autonomie tant présent dans l'herméneutique et pourtant si utile jusqu'à présente dans l'établissement de principes pratiques et effectifs, pourrait laisser la place à une interprétation systématique calquée précisément sur le rehaussement national des standards du procès équitable par rapport à la Convention.

Tandis qu'il est toujours permis de rêver de l'application parfaite du sens de la subsidiarité dans l'ordre européen, gardons seulement présent à l'esprit que les *quangos* font montre d'une qualité de discipline procédurale telle qu'elle laisse augurer d'une extension des garanties du procès équitable à travers la mise en place d'un forum juridictionnel européen de discussion : fondement indispensable d'un sens commun de l'équité sur le territoire du Conseil de l'Europe. A charge pour la juridiction strasbourgeoise d'en promouvoir l'approfondissement.

¹¹⁵²Ridge vs. Baldwin [1964] AC 40.

¹¹⁵³La question de la « légitimité du pouvoir normatif et de la sécurité juridique » des organes juridictionnels n'est que rarement abordée en droit britannique, à l'inverse, des objets de discussion de la doctrine française.

¹¹⁵⁴Suivant l'expression du juge Martens.

TABLEAUX RECAPITULATIFS

LE CHAMP D'APPLICATION ORGANIQUE DE L'ARTICLE 6

Organes	Pouvoir de prendre des mesures touchant à des droits et obligations de caractère civil		Pouvoir de prendre des mesures touchant à la matière pénale	Recours à un critère organique en droit interne	Soumission à un contrôle de pleine juridiction (type de recours ouverts contre les mesures prises par les organes)	Applicabilité de l'article 6
	Incidence sur l'activité professionnelle	Atteinte à un droit pécuniaire				
<i>Ordre des Médecins</i>	Ex : interdiction temporaire ou définitive d'exercer la médecine	Remboursement du trop perçu ou versement aux organismes de sécurité sociale (contentieux spécial)	Non	Pour les mesures de police	*Oui pour les Conseils régionaux – (recours de pleine juridiction devant le Conseil national) *Non pour le Conseil national (recours en cassation devant le CE)	Reconnue par le Conseil d'Etat (au niveau du Conseil national) et par la Cour européenne des droits de l'homme (pour l'Ordre des médecins belge).
<i>Ordre des pharmaciens</i>	Ex : interdiction de servir les collectivités et établissements publics, interdiction définitive d'exercer (contentieux général), interdiction de servir les assurés sociaux (contentieux spécial)	Remboursement du trop perçu ou versement aux organismes de sécurité sociale (contentieux spécial)	Non	Pour les mesures de police	*Pour les Conseils régionaux : recours de pleine juridiction devant le Conseil national *Pour le Conseil national : recours en cassation devant le CE	Reconnue par le Conseil d'Etat
<i>Ordre des Avocats</i>	Ex : Interdiction d'exercer, radiation du tableau ou de la liste d'avancement		Non	Aucun exemple	*Recours de pleine juridiction devant la Cour d'appel territorialement compétente	Reconnue par la Cour de Cassation et par la Cour européenne des droits de l'homme
<i>CNESER & CSE</i>	Ex : *Usager : exclusion temporaire ou définitive d'un établissement, interdiction de subir un examen conduisant à l'obtention d'un titre ou diplôme Ex : *Personnel : interdiction de diriger un établissement ou d'enseigner	Non	Non	Non	Non – (Recours en cassation devant le Conseil d'Etat)	Reconnue par le Conseil d'Etat

Organes	Pouvoir de prendre des mesures touchant à des droits et obligations de caractère civil		Pouvoir de prendre des mesures touchant à la matière pénale	Recours à un critère organique en droit interne	Soumission à un contrôle de pleine juridiction (type de recours ouverts contre les mesures prises par les organes)	Applicabilité de l'article 6
	Incidence sur l'activité professionnelle	Atteinte à un droit pécuniaire				
<i>CDBF</i>	Non	Non	Amendes aux ordonnateurs et administrateurs	Non	Non – (Recours en cassation devant le Conseil d'Etat)	Reconnue par le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme
<i>Cour des Comptes et chambres régionales</i>	Non	Non	Ex : amendes pour gestion de fait	Non	Non – (Recours en cassation devant le Conseil d'Etat)	Reconnue par le Conseil d'Etat s'agissant exclusivement des amendes pour gestion de fait ; rejetée pour les comptes des comptables publics.
<i>Commission centrale d'aide sociale</i>	Non	Ex : action en récupération de l'aide sociale, contestation sur son attribution et son versement.	Non	Non	Non – (Recours en cassation devant le Conseil d'Etat)	Reconnue par le Conseil d'Etat pour certains types de contestations. Improbable pour les litiges relatif à la détermination du domicile de secours.
<i>CDTH</i>	Eventuellement, décision sur refus de qualification de travailleur handicapé et sur le rejet de la candidature d'un handicapé à un emploi dans un établissement d'enseignement	Eventuellement, litige sur les réductions salariales appliquées aux travailleurs handicapés	Non	Non	Non – (Recours en cassation devant le Conseil d'Etat)	Rejetée par le Conseil d'Etat s'agissant de litiges relatifs aux mesures d'orientation et de reclassement des travailleurs handicapés.
<i>TCI et CNITAT</i>	Non	Ex : décisions sur l'existence ou la gravité d'une invalidité, sur le refus d'attribution de l'allocation d'adulte handicapé ou de l'allocation d'éducation spéciale ...	Non	Non	*Oui en principe pour les TCI (appel devant la CNITAT) *Non pour la CNITAT- (Pourvoi en cassation devant la Cour de Cassation)	Reconnue par la Cour de Cassation à l'égard aussi bien des TCI lorsqu'ils statuent en premier et dernier ressort (si le taux d'incapacité reconnu est inférieur à 10% - art. R-143-3 du Code de la Sécurité sociale) qu'à l'égard de la CNITAT.

Organes	Pouvoir de prendre des mesures touchant à des droits et obligations de caractère civil		Pouvoir de prendre des mesures touchant à la matière pénale	Recours à un critère organique en droit interne	Soumission à un contrôle de pleine juridiction (type de recours ouverts contre les mesures prises par les organes)	Applicabilité de l'article 6
	Incidence sur l'activité professionnelle	Atteinte à un droit pécuniaire				
<i>CIF</i>	Non	Non	Douteux : avis sur l'opportunité d'engager des poursuites pénales contre le contribuable	Oui	Non- (Recours devant le juge pénal qui peut seulement apprécier la régularité de la procédure devant la CIF)	Reconnue de manière extrêmement ambiguë par la Cour européenne des droits de l'homme, rejetée par la Cour de Cassation, en tout état de cause discutable.
<i>Commission de surendettement des particuliers</i>	Non	Douteux : recommandation de mesures de redressement (rééchelonnement des dettes, par ex.)	Non	Aucun exemple	Oui – (Recours de pleine juridiction devant le juge de l'exécution)	Improbable
<i>CSA</i>	Ex : réduction de la durée de l'autorisation d'émettre, retrait de l'autorisation	Non	Sanctions pécuniaires	Oui	Oui – (recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat)	Rejetée en 1996 par le Conseil d'Etat, évolution possible.
<i>ART</i>	Ex : suspension totale ou partielle de l'autorisation, réduction de la durée, retrait.	Non	Sanctions pécuniaires	Non	Oui – (Recours de pleine juridiction devant le CE)	Implicitement reconnue par le Conseil d'Etat.
<i>Conseil de la concurrence</i>		Injonctions de mettre fin aux pratiques anti-concurrentielles	Sanctions pécuniaires	Non	Oui – (Recours de pleine juridiction devant la Cour d'Appel de Paris)	Partiellement reconnue par la Cour d'Appel de Paris et la Cour de Cassation
<i>COB</i>	Ex : Interdiction temporaire ou définitive de fournir des services d'investissements retrait de la carte professionnelle		Sanctions (de nature administrative ou disciplinaire) pécuniaires	Oui (CE)- Pour les mesures de police au moins	Oui – (Recours de pleine juridiction devant la Cour d'appel de Paris pour les sanctions administratives ; recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat pour les sanctions disciplinaires)	Rejetée par le Conseil d'Etat en 1999, évolution possible mais jurisprudence confirmée pour les mesures de police. Reconnue par la Cour de Cassation.

Organes	Pouvoir de prendre des mesures touchant à des droits et obligations de caractère civil		Pouvoir de prendre des mesures touchant à la matière pénale	Recours à un critère organique en droit interne	Soumission à un contrôle de pleine juridiction (type de recours ouverts contre les mesures prises par les organes)	Applicabilité de l'article 6
	Incidence sur l'activité professionnelle	Atteinte à un droit pécuniaire				
<i>Commission Bancaire</i>	Ex : interdiction faite aux établissements de crédit d'effectuer certaines opérations, radiation de la liste des établissements agréés ; interdiction d'exercer la profession de changeur manuel	Ex : Désignation d'un liquidateur	Sanctions pécuniaires	Oui (En nommant un administrateur provisoire ou un liquidateur, Commission agit en tant qu'organe administratif – en infligeant une sanction disciplinaire elle agit en tant que juridiction)	*Oui, pour les décisions administratives de la Commission (Recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat) *Non pour les décisions juridictionnelles (Recours en cassation devant le Conseil d'Etat)	Reconnue par le Conseil d'Etat lorsque la Commission bancaire agit en tant que juridiction ; encore rejetée en 1999 lorsque l'organe agit en tant qu'autorité administrative
<i>CMF</i>	Ex : Délivrance d'un agrément, interdiction de l'exercice des services concernés, retrait de la carte professionnelle		Sanctions pécuniaires	Non	*Oui pour les décisions individuelles du CMF autres que celles prises en matière disciplinaire (Recours de pleine juridiction devant la Cour d'appel de Paris) *Oui pour les sanctions disciplinaires (Recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat)	Selon le CE, l'existence d'un contrôle ultérieur de pleine juridiction dispense le CMF de respecter l'article 6 mais relais par les PGD.

Ces tableaux permettent de résumer la situation des organes étudiés au regard du champ d'application de l'article 6. Les deux premières colonnes se rapportent aux critères matériels d'applicabilité de l'article 6 : sont donc identifiées pour chaque organe les mesures ou décisions qui peuvent être considérées comme déterminantes pour des droits et obligations de caractère civil ou être assimilées à des sanctions pénales. La colonne suivante (application d'un critère organique en droit interne) fait apparaître les cas dans lesquels les juridictions nationales (principalement la juridiction administrative) persistent à soustraire certaines procédures à l'application de l'article 6, alors même que matériellement lesdites procédures auraient vocation à y être soumises. La quatrième colonne (soumission à un contrôle ultérieur de pleine juridiction) reprend les enseignements de la jurisprudence européenne, concernant l'extension de l'article 6 à des organes situés hors les juridictions ordinaires : on sait en effet qu'une autorité disciplinaire, administrative ou corporative n'a pas à satisfaire à toutes les exigences de l'article 6 si ses décisions sont susceptibles de recours devant un tribunal, habilité à les contrôler en fait et en droit, à les annuler voire - en matière pénale - à les réformer. Dans la jurisprudence interne, ce critère n'est pas systématiquement vérifié, mais le tableau permet de voir que dans la plupart des hypothèses, son application aurait conduit à des conclusions comparables. D'un autre côté, la « surenchère » de la Cour de Cassation, qui impose le respect de l'article 6 à des AAI pourtant soumises à un contrôle ultérieur de pleine juridiction, est également illustrée. Enfin, la cinquième colonne, en forme de bilan, fixe les contours du champ d'application organique de l'article 6.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

LA FRANCE

OUVRAGES

- B. Beignier, *Droits fondamentaux et règles principales du procès civil*, Préparation au CRFPA, Monchrestien, 3^{ème} éd., 2000
- V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 1998
- M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2000
- R. Cabrillac, *Introduction au droit*, Cours Dalloz, 3^{ème} éd., 1999
- R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, 1999, 13^{ème} éd.
- R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome 2, Montchrestien, 2000, 14^{ème} éd.
- R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2001, 9^{ème} éd.
- G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, 1989
- G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, PUF, Quadrige, 2000
- M. Degoffe, *La juridiction administrative spécialisée*, LGDJ, 1996
- A. De Laubadère, Y. Gaudemet, J.-C. Venezia, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 11^{ème} éd., 1990, t. I
- G. Dellis, *Droit Pénal et Droit Administratif. L'influence des principes du Droit Pénal sur le Droit administratif répressif*, LGDJ, Paris, 1997
- M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, Thémis, Paris, 1992
- M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992
- J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 1998, 13^{ème} éd.
- F.-J. Fabre, A. Froment-Meurice, *Les grands arrêts de la jurisprudence financière*, Sirey, 4^{ème} éd., 1996
- M. Gentot, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1994, 2^{ème} éd.

- S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 2000
- S. Guinchard et G. Montagnier (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^{ème} éd., 2001
- S. Guinchard, M. Brandac, X. Lagarde, M. Douchy, *Droit processuel, Droit commun du procès*, Dalloz, 2001
- S. Jossierand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Bibliothèque des sciences criminelles., t. 33, LGDJ, 1998
- G. Lebreton, *Droit administratif général*, Armand Colin, t. 2, 1996
- D. Linotte, A. Mestre, R. Romi, *Services publics et droit public économique*, Litec, 3^{ème} éd., 1995
- F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du "jus puniendi" de l'État dans les démocraties contemporaines*, Economica, Paris, 1993.
- N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, Bibioth. dr. privé, t. 287
- J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 1997
- B. Pacteau, *Contentieux administratif*, PUF, 4^{ème} éd., 1997
- L. Potvin-Solis, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, LGDJ, Paris, 1999
- J. Pradel, G. Corstens, *Droit pénal européen*, Précis Dalloz, 1999
- J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001
- D. Roets, *Impartialité et justice pénale*, Travaux de l'Institut de sc. crim. de Poitiers, Cujas, 1997, n°1
- A. Steff, *Les contestations en matière d'honoraires d'avocat*, Rapport de la Cour de cassation 1999, La Documentation française
- F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 5^{ème} éd., 2001
- A. Sykiotou-Androulakis, *Le mouvement de dépenalisation en France et en Grèce. L'alternative administrative*, Sakkoulas/Bruylant, Athènes-Bruxelles, 1997
- J. Velu, R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990

ARTICLES

- D. Allix, Le droit à un procès pénal équitable. De l'accusation en matière pénale à l'égalité des armes, *Justices*, 1998, n°10, p. 25

J. Andriantsimbazovina, La fin d'une résistance du Conseil d'Etat de France à la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme : l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions disciplinaires, *RTDH*, 1998, p. 365

D. Artus, A propos des punitions de cellule et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, *LPA*, 1997, n°16, p. 27

J.-B. Auby, Droit de l'urbanisme et droit européen, *AJDA*, 1995, pp. 667-673

J.-M. Auby, Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels, *JCP*, G, 1973, I, 2545

J.-M. Auby, Le contentieux du service public pénitentiaire, *RDP*, 1987, p. 570

J.-M. Auby, Autorités administratives et autorités juridictionnelles, *AJDA*, n° spécial, 1995, p. 91

J.-L. Autin, Autorités administratives indépendantes, *Juris-Classeur*, fasc. 75

B. Beignier, C. Bléry, L'impartialité du juge, entre apparence et réalité, *D.*, 2001, chron. 2427

J.-C. Bonichot, Quelques remarques sur le champ d'application de l'article 6§1 dans le droit français, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Colloque Cour de cassation, 22 mars 1996, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 49

J.-C. Bonichot, R. Abraham, Le commissaire du Gouvernement dans la juridiction administrative et la Convention européenne des droits de l'homme, *JCP*, G, 1998, I, 176

J.-C. Bonichot, Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA*, n° spécial, 20/10/2001, pp. 73-80

M.-C. Boutard-Labarde, Y. Gaudemet, Le contentieux des sanctions judiciaires du Conseil de la concurrence, *PA*, 25/04/1990, p. 11

J.-F. Brisson, Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, A propos d'une divergence entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, *AJDA*, 1999, p. 847

L. Cadet, S. Guinchard, Introduction au numéro sur « *La justice pénale* » de la revue *Justices*, 1998-10, Les nouvelles dimensions de la justice pénale, p. VIII

G. Canivet, La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales, *RJDA*, 5/96, p. 426

J.-P. Céré, A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral, le point de vue du pénaliste, *RFDA*, 1995, p. 826

J.-P. Céré, Le décret du 2 avril 1996 et le nouveau régime disciplinaire applicable aux détenus, *RFDA*, 1997, p. 614

J.-P. Céré, L'avancée de la judiciarisation de l'application des peines avec la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, *Rev. pénitentiaire et de droit pénal*, 2000, n°4, p. 555

J.-P. Céré, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le procès disciplinaire en prison, *JCP*, G, 2001, I 316

C. Clabeaut-le-Targat, Le Conseil de l'Ordre des avocats, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 43

S. Clément-Cuzin, Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, *AJDA*, n° spécial, 2001, p. 111

D. N. Commaret, Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, *D.*, 1998, chron. 262

M. Contamine-Raynaud, La Commission bancaire, autorité et juridiction, in *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1996, p. 407

P. Couvrat, Le régime disciplinaire des détenus depuis le décret n°96-287 du 2 avril 1996, *Rev. sc. crim.*, 1996, p. 709

P. Crocq, Le droit à un tribunal impartial, in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, T. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2000, p. 397

G. Debbasch, L'institution de la publicité des instances disciplinaires dans les professions médicales, *JCP*, G, 1993, I-3663, p. 143

M. Delmas-Marty (dir.), La matière pénale au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme comme flou du droit pénal, *RSC*, 1987, p. 819

M. De Salvia, Procédures fiscales et droits processuels garantis par la CEDH, *LPA*, 6/07/1994, n°80

P. Derouin, L'apport du droit pénal au régime juridique des sanctions fiscales, *LPA*, 6/10/1993, n°120, p. 72

C. Descheemaeker, Une innovation dans les chambres régionales des comptes : l'introduction de l'audience publique dans certaines procédures juridictionnelles, *Dr. adm.*, 1995, p. 5

Ch. Descheemaeker, L'audience publique dans les juridictions financières, *Revue Du Trésor*, n° 5, 1998, p. 246

C. Descheemaeker, Le Conseil d'Etat et la Cour de discipline budgétaire et financière, *RFFP*, juin 2000, p. 71

J. Dubergé, La Commission des infractions fiscales, *RFFP*, 1987, p. 153

O. Dugrip, L'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions administratives, *RUDH*, 1991, p. 336

M.-A. Eissen, La Cour Européenne des Droits de l'Homme, *RDP*, 1986, pp. 1539-1597

M. Elvinger, Le contentieux de l'annulation des actes administratifs individuels face à l'exigence du contrôle de pleine juridiction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *Bull. dr. h.*, 1996, p. 94

P. Faucher, La juridictionnalisation de l'application des peines, une révolution tranquille, *Rev. pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, n° 1, p. 219

C. Ferrari-Breur, La contradiction et le pouvoir de sanction de l'Administration, *RFDA*, 2001, p. 33

A. Fitte-Duval, La fonction publique et le juge européen des droits de l'homme, *AJDA*, 1997, p. 731

J.-F. Flauss, Pénalités fiscales et CEDH, *LPA*, 11/05/1994, n°56, p. 21

J.-F. Flauss, Sanctions fiscales et CEDH, *RFFP*, n°65, 1999, p. 82

O. Flécheux, Libre concurrence et garantie d'un procès équitable, *Gaz. Pal.*, n°336, 2/12/1999, p. 1938

M.-A. Frison-Roche, Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'homme (entretien), *LPA*, février 1999, n°29, p. 17

M.-A. Frison-Roche, Les autorités de régulation françaises modifient leur fonctionnement interne, *Le Monde*, 14/02/1999

M.-A. Frison-Roche, L'impartialité du juge, *D.*, 1999, chron. 53

W. J. Ganshof van der Meersch, La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *RIDC*, 1980, pp. 317-335

W. J. Ganshof van der Meersch, Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention, *Mélanges Wiarda*, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 201-220

J.-P. Gastinel, Cour de discipline budgétaire et financière, *Juris-Cl. Adm*, fasc. 1270

M. Germain et M.-A. Frison-Roche, Actualité / Droit des opérations sur capital, *Revue de droit bancaire*, n°41, janv./fév. 1994, p. 38

J.-L. Gillet, A. Triclin, Le contentieux de l'incapacité, le calme après la tourmente ?, *Revue juridique des barreaux d'Ile de France*, 1999, n°57, p. 95

T. Graffin, Nouveau critère d'application de l'article 6§1 de la Convention EDH aux litiges entre l'Etat et ses agents, *JCP, G.*, 2000, II 10426

T. Graffin, Le Conseil supérieur de l'éducation, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 70

T. Graffin, Le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 82

S. Guinchard, Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, *Mélanges Farjat*, 1999, p. 139

P. Guyomar, Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par le Conseil d'Etat, *AJDA*, 2001, p. 518

V. Haïm, Le commissaire du Gouvernement et le respect du contradictoire, *D.*, 1999, chron. p. 201

R. Hertzog, La nécessaire réforme de la procédure de gestion de fait, *RFFP*, juin 1999, p. 91

M. Herzog-Evans, J.-P. Céré, La discipline pénitentiaire: naissance d'une jurisprudence, *D.*, 1999, Doctr., p. 509

M. Herzog-Evans, J.-P. Céré, L'entrée des avocats en prison, *D.*, 2000, Chron., p. 482

M. Herzog-Evans, Les droits de la défense et la prison, *RTDH*, 2001, n° 45, p. 15

R. Hostiou, Le droit français de l'expropriation et la Convention européenne des droits de l'homme, *AJDA*, 2000, pp. 290-299

H. G. Hubrecht, Sanctions administratives *Juris.-Cl. Adm.*, fasc. 202

IDEDH, Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme, *Cahiers de l'IDEDH*, n°6, Montpellier I, 1997

J. Kissangoula, Remarques sur une jurisprudence européenne controversée: l'application de l'article 6§1 de la CEDH au contentieux de la fonction publique, *RFDA*, 2000, p. 126

P. Klausen, Réflexions sur la définition de la notion de juridiction dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, *LPA*, 30/07/1993, p. 22

R. Koering-Joulin, Le juge impartial, *Justices*, 1998-10, p. 1

R. Koering-Joulin, P. Truche, Retour sur le champ "pénal" européen..., *Mélanges L.-E. Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 513-523

P. Lambert, La Convention européenne des droits de l'homme et les procédures disciplinaires au sein des professions libérales, *RTDH*, 1990, p. 35

P. Lambert, Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la CEDH, *RTDH*, 1995, p. 160

P. Lambert, L'application à la fonction publique des garanties de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Gaz. Pal.*, 21-23/05/2000, p. 30

M. Lascombe, Les ordres professionnels, *AJDA*, 1994, p. 855

J.-P. Le Gall, A quel moment le contradictoire ?, in Université Robert Schuman de Strasbourg et Cour de cassation, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, 1996, p. 63

- G. Liet-Veaux, Ordres professionnels. Règles communes. Inscription au tableau, *Juris-Cl. Adm.*, fasc. 145
- G. Liet-Veaux, Ordres professionnels de la santé, *Juris-Cl. Adm.*, fasc. 147
- H. Liffra, Les tribunaux du contentieux de l'incapacité et l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Dr. social*, fév. 1999, p. 158
- P. Lyon-Caen, La composition et le fonctionnement de la CNITAT sont-ils conformes à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme ?, *Droit Social*, mars 2001, n°3, p. 285
- J. Magnet, Que juge le juge des comptes ?, *RFFP*, 1989, pp. 115-124
- J. Magnet, E. Hémar, Qui cherche trouve : actualité de la juridiction des comptes, *D.*, 1992, chron. 42
- J. Magnet, Les fonctions du rapporteur dans la juridiction des comptes, *RFFP*, 1/2001, pp. 189-196
- H. Maisl, Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ?, in C.-A. Colliard et G. Timsit (dir.), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988, p. 75
- C. Mamontoff, La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives, *RFDA*, 1999-5, p.1004
- J.-P. Marguenaud, Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes à l'épreuve de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges J. Stoufflet*, Presses univ. Fac. Dr. Clermont-Ferrand, LGDJ, 2001, p. 218.
- F. Matscher, La notion de 'tribunal' au sens de la CEDH, in *Les Nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH*, Bruylant, 1996, pp. 29-47
- M. Melchior, La notion de compétence de pleine juridiction en matière civile dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruylant, 1992, p. 1327
- F. Melleray, L'adoption d'un critère fonctionnel d'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des agents publics, *LPA*, mai 2000, n°98, p. 7
- C. Meme, Juridictions administratives spécialisées, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*
- P. Mock, Le droit à un procès équitable en matière civile, *RTDH*, 1995

F. Moderne, Sanctions administratives et protection des libertés individuelles, *LPA*, janv. 1990, n°8, p. 17

F. Moderne, Le juge administratif français et les règles du procès équitable, *RUDH*, 1991, p. 352

F. Moderne, J.-P. Céré, A propos du contrôle des punitions en milieu carcéral, *RFDA*, 1995, p. 822

F. Moderne, Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens, *RFDA*, 1997, p. 1

Mordant de Massiac, La répression de la fraude fiscale par les juridictions correctionnelles, *RFFP*, mars 1999, p. 36

H. Motulsky, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, in *Ecrits*, Dalloz, 1973, n°21, p. 75

J. Normand, La composition et le fonctionnement des juridictions au regard de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *RTD civ.*, 2000, p. 618

G. Orsini, Le Conseil d'Etat, juge de cassation des arrêts rendus par la Cour des Comptes, *RFFP*, juin 2000, p. 138

F. Ost, Originalité des méthodes d'interprétation de la Convention, in M. Delmas-Marty (dir.), *Raisonnement la raison d'Etat*, PUF 1989, p. 461

E. Picard, La juridiction administrative et les exigences du procès équitable, in *Le droit français et la CEDH 1974-1992*, Kehl, Strasbourg, Arlington, N.P. Engel, 1994, p. 217

C. Picheral, La Commission centrale d'aide sociale, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 156

C. Picheral, La Commission départementale des travailleurs handicapés et des mutilés de guerre, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 166

J. Pradel, Le nouveau régime disciplinaire des détenus depuis le décret n° 96-287 du 2 avril 1996. Une révolution en droit pénitentiaire, *D.*, 1996, Chron., p. 319

J. Pralus-Dupuy, L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et les contentieux de la répression disciplinaire, *Rec.*, 1995, p. 729

J. Pralus-Dupuy, Les tendances contemporaines de la répression disciplinaire, *Rsc*, 2000, p. 545

X. Prétot, Le contentieux de la fonction publique et la Convention européenne des droits de l'homme, *RDP*, 2000, p. 617

S. Priso-Essawe, Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 1998, p. 721

N. Rambion, L'ordre des médecins, *Cahiers de l'IDEDH*, n° 8, 2001, p. 15

N. Rambion, L'ordre des pharmaciens, *Cahiers de l'IDEDH*, n° 8, 2001, p. 31

D. Rebut, Le droit à un tribunal impartial devant la chambre criminelle, *RSC*, 1998, p. 449

J. Ribs, R. Schwartz, L'actualité des sanctions administratives infligées par les autorités administratives indépendantes, *GP*, 2000, Doctrine, p. 1330

P. Rolland, L'interprétation de la Convention, in F. Sudre (dir.), *Le juge administratif français et la CEDH*, *RUDH*, 1991, pp. 280-289

D. Roman, Le contentieux technique de la Sécurité sociale à l'épreuve du procès équitable, *Dr. social*, 2001, p. 734

H. Ruiz-Fabri, Egalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in T. Lambert (dir.), *Egalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, *Economica*, 1999, p. 51

R. Sargos, Le devoir d'impartialité, fondement de la légitimité et de la crédibilité du juge dans un Etat démocratique, *GP*, 24-26 mai 1992, p. 11

L. Sermet, Le droit à un procès équitable, *RFDA*, 2000, p. 1060

S. Soler, La Commission de surendettement des particuliers, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 194

S. Soler, La Commission bancaire, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 287

J.-C. Soyer, Retour discret de la raison d'Etat dans ces Etats soumis à la raison du droit, *Mélanges Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 661

J.-C. Soyer, M. de Salvia, Article 6, in L.-E. Pettiti (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, *Economica*, 1999, 2^{ème} éd., p. 239

G. Sperduti, Sur la notion de 'droits et obligations de caractère civil' dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges R.-J. Dupuy*, Pedone, 1991, p. 279

D. Spielmann, Le Conseil d'Etat luxembourgeois après l'arrêt Procola de la Cour EDH, *RTDH*, 1996, p. 275

F. Sudre, Existe-t-il un ordre public européen ?, in P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'Homme ?*, Actes du colloque organisé par le CREDHO à Rouen les 11 et 12 mai 1995, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 39-80

F. Sudre, L'onde de choc de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de sanctions fiscales, *JCP*, II, 1997, p. 467

F. Sudre, Le recours aux notions autonomes, in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1998, pp. 93-131

- F. Sudre, La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux, *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 470
- F. Sudre, A propos d'un bric-à-brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction, *JCP*, 2000, 10267
- F. Sudre, L'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, in *Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union européenne*, Actes du colloque des 4 et 5/12/2000 (Cour de cassation), Paris, La Documentation française, 2001, p. 27
- H. Surrel, La publicité des audiences et l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions financières, *RFDA*, 1999, p. 1022
- H. Surrel, Le jugement des comptes des comptables de fait à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, *RFDA*, 2002, p. 105
- H. Surrel, La Cour de discipline budgétaire et financière, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 91
- H. Surrel, La Cour des comptes et les chambres régionales des comptes, *Cahiers de l'IDEDH*, n°8, 2001, p. 107
- H. Tagaras, La notion d'accusation en matière pénale et les droits de l'accusé, in UAE, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 43-56
- F. Taquet, Panorama rapide, Protection sociale, *JCP*, E, 2001, p. 353
- P. Tavernier, Faut-il réviser l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ?, *Mélanges Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 707
- V. Tchen, Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire, *RFDA*, 1997, p. 599
- T. Tuot, Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ?, *AJDA*, n° spécial, 2001, p. 135
- P. Wachsmann, Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique, *RTDH*, 2000, n°44, p. 831
- G. Wiederkehr, Qu'est-ce qu'un juge ?, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? - Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 575
- J.-M. Woehrling, Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ?, *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996

D. Yernault, Procession d'Eternach à Strasbourg ? Le droit des fonctionnaires à un procès équitable et l'exercice de la puissance publique, *RTDH*, 1998, n°34, p. 307

PUBLICATIONS OFFICIELLES / COLLECTIVES

Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 8 décembre 1994, La Documentation française, Paris, 1995

Conseil d'Etat (EDECE), *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public, La Documentation française, 2000

Conseil de l'Europe, *Rapport sur la décriminalisation du Comité européen pour les problèmes criminels*, aff. jur., Strasbourg, 1980

Hors-série de la *Rev. Droit administratif*, « Le droit de la fonction publique », dix ans de jurisprudence 1990-2000, décembre 2000

LA GRANDE-BRETAGNE

OUVRAGES

R. Clayton, H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2000

D. Duman, *The English and Colonial Bars in the Nineteenth Century*, London, 1983

J.-L. Halperin (dir.), *Avocats et notaires en Europe, les professions judiciaires et juridiques dans l'histoire contemporaine*, LGDJ, coll. Droit et société, 1996

B. Harris, *Law and Practice of Disciplinary and Regulatory Proceedings*, Barry Rose Law Publishers, 1995

H. Wade, C. Forsyth, *Administrative Law*; 8^{ème} éd., Clarendon Press, 2000

Lord Woolf, J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, 5^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 1995

ARTICLES

- J. Bell, L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes, in *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, Rapport n°52, 2001
- P. Gélard, Les tribunaux administratifs britanniques, *AJDA*, 1991, p. 3
- R. Hill, Human Rights and the District Judge, *Human Rights*, mars 2001, p.5
- R. Walker, The impact of the European Standards on the Right to a fair trial in Civil proceedings in United Kingdom domestic Law, *EHLR*, 1999, n°1, pp. 4-14
- S. Weir, Quangos : questions of democratic legitimacy, *Parliamentary affairs*, 306, 1995, p. 48

L'ESPAGNE

OUVRAGES

- E. Álvarez Conde, *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1990
- Ó. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1996, pp. 25-26
- J. M. Baño León, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996
- A. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994
- L. Cases Pallares, *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons et EAPC, Madrid, 1995
- M. Fuertes López, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Lex Nova, Valladolid, 1994
- E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1983.
- E. García de Enterría et T.-R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1999
- F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985
- J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1989

- M. Magide Herrero, *Límites constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP, Madrid, 2000
- L. Martín-Retortillo Baquer, *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984
- A. Nieto García, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994
- J. R. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1995
- A. L. Parejo, A. Jiménez-Blanco, L. Ortega Álvarez, *Manual de Derecho Administrativo I*, Ariel, Barcelone, 1996
- J. Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- M. Sánchez Morón, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Instituto de España-Espasa Calpe, Madrid, 1991
- J. E. Soriano García, *Derecho Público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- J. Tapia Hermida, *Derecho del Mercado de Valores*, Bosch, Barcelone, 2000

ARTICLES

- C. A. Amoedo Souto, Luces y sombras del control jurisdiccional de la potestad sancionadora en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa : Garantía o “performance” de la Administración de justicia (y de la sancionadora) ?, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº58, 2000, p. 62
- M. Cuchillo i Foix, Le contrôle juridictionnel de l'administration dans l'ordre juridique espagnol, *AJDA*, 20/10/1999, p. 761
- E. García Llovet, Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública*, nº131, 1993, p. 88
- E. Malaret i Garcia, La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional), *Revista española de Derecho Administrativo*, nº76, 1992, p. 591
- E. Malaret i Garcia, Le droit administratif espagnol entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire, in G. Marcou (dir.), *Les mutations du droit de l'Administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, Paris, 1995, p. 102
- J. R Parada Vázquez, El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, *Revista de Administración Pública*, nº67, 1972, p. 41
- L. A. Pomed Sánchez, Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes, *Revista de Administración Pública*, nº132, 1993, p. 146.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	3
PARTIE I – LE PRINCIPE DE LA JUDICIARISATION DES PROCEDURES HORS LES JURIDICTIONS ORDINAIRES.....	8
CHAPITRE I – LES CRITERES EUROPEENS D’APPLICABILITE DE L’ARTICLE 6 CEDH	9
<i>Section I – Des critères matériels déterminants</i>	<i>10</i>
§ I. – Le sens européen de la notion de « contestations sur des droits et obligations de caractère civil ».....	10
A- La matière civile : une notion floue à la discrétion de la Cour.....	11
1 - Une conception large de la matière civile.	11
2 - L'utilisation prédominante du critère attractif de la patrimonialité.	14
B - L'absorption de situations de droit public très variées dans le champ de l'article 6§1.	17
1 - L'emprise de la matière civile sur des domaines fortement marqués par le droit public.	17
2 – La réduction des domaines soustraits à l'applicabilité de l'article 6 « matière civile ».....	22
§ II. – Le sens européen de la notion de matière pénale.	24
A – L'identification de la notion européenne de « matière pénale »	25
1 – Une notion nécessairement européenne	25
2 – Les critères de qualification de la matière pénale.....	28
B- L'attractivité pondérée de la notion européenne de « matière pénale ».....	31
1 - Le maniement des critères de la "matière pénale" par la Cour.....	31
2 - Les contentieux attirés	33
<i>Section II - Un critère organique secondaire.....</i>	<i>36</i>
§ 1 - La définition européenne de « tribunal ».....	36
A Les critères du « tribunal »	36
1 - Les critères fonctionnels.....	37
2 - Les critères institutionnels	38
3 - Les critères procéduraux.....	38
B. L'ambivalence de la notion de tribunal dans la jurisprudence européenne.....	40
1 – La notion matérielle de tribunal	40
2 – La notion formelle de tribunal.....	41
§ II - La différenciation du champ d'application organique de l'article 6	42
A. Les juridictions ordinaires	42
B. Les organes « hors les juridictions ordinaires ».....	44
1 - L'organe non juridictionnel n'est pas soumis au contrôle d'un « tribunal » au sens de l'article 6.....	45
2 - L'organe non juridictionnel est soumis au contrôle d'un « tribunal » au sens de l'article 6.	45
§ III - La détermination incidente du champ d'application temporel de l'article 6.....	49
A - La globalité du procès	49
B - L'avant-procès.....	50
CHAPITRE II – LA JUDICIARISATION FONDEE SUR LE CRITERE DE LA « MATIERE PENALE »	55

<i>Section I - Le domaine principal de la judiciarisation : les sanctions pécuniaires</i>	56
§ 1 - Le contentieux de la régulation administrative.....	56
A – L’identification des sanctions pécuniaires	56
B – L’applicabilité de l’article 6 à raison des sanctions pécuniaires	57
1. - Réception de l’article 6 CEDH dans la jurisprudence judiciaire.....	58
2. - Réception de l’article 6 CEDH dans la jurisprudence administrative.....	65
§ 2. - Le contentieux financier et budgétaire	75
A - Identification des sanctions infligées par ces juridictions.	76
B - L’applicabilité de l’article 6 à raison de ces sanctions.	77
1 - Une applicabilité reconnue pour la CDBF.....	77
2 - Une applicabilité contestée pour la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes.....	80
§ 3 - Le contentieux des amendes fiscales.....	86
A - Identification des pouvoirs de la CIF.....	86
B - L’applicabilité de l’article 6 à la CIF.....	87
<i>Section II – Le domaine accessoire de la judiciarisation : les sanctions pénitentiaires</i>	93
§ I – Une applicabilité a priori sélective	94
A - La position de la Cour européenne des droits de l'homme	94
B - La position du Conseil d'Etat.....	95
§ II - Des mesures assurément pénales au sens de l'article 6-1.....	99
A – Les pertes de remise de peine.....	99
B – Les punitions de cellule	100
§ II - Des mesures éventuellement situées hors du champ pénal au sens de l'article 6-1.....	101
A – La détention disciplinaire préventive : une qualification incertaine	102
B – Les sanctions mineures : une qualification contingente.....	103
C – Les « sanctions occultes » : une qualification contestable	104
CHAPITRE III – LA JUDICIARISATION FONDEE SUR LE CRITERE DU CARACTERE CIVIL DES DROITS ET OBLIGATIONS EN CAUSE	108
<i>Section 1 - Un facteur principal d’applicabilité : l’incidence sur l’activité professionnelle</i>	109
§ 1 - La typologie des mesures émises par les organes envisagés	109
A - Les mesures réglementaires	110
B - Les mesures individuelles	111
C - Les mesures préventives.....	112
D- Les sanctions administratives (autres que disciplinaires).....	112
E - Les sanctions disciplinaires	113
F - Les mesures conservatoires	114
§ 2 - Le champ matériel de la matière civile.....	115
A - Les éléments constitutifs du champ matériel.....	115
1 - Des éléments certains	115
2 - Des éléments attraités.....	117
B - Les limites du champ matériel.....	123
1 - La matière pénale.....	123
2 - Les mesures conservatoires	124
§ 3 – L’interférence persistante du critère organique.....	126
<i>Section II– Un facteur accessoire d’applicabilité : l’incidence sur le patrimoine</i>	129

§ I – Un facteur relativement opératoire en contentieux social.....	129
A – L’extension avérée de l’article 6 au contentieux de la sécurité sociale et de l’aide sociale	129
B – L’extension improbable de l’article 6 au contentieux du surendettement des particuliers.....	138
§ II – Un facteur paradoxalement inopérant en matière financière – La mise en débet des comptables patents par le juge des comptes	139

PARTIE II – LE DEGRE DE JUDICIARISATION DES PROCEDURES HORS LES JURIDICTIONS ORDINAIRES 149

CHAPITRE I – L’EMPRISE DE L’ARTICLE 6 SUR LES PROCEDURES HORS LES JURIDICTIONS ORDINAIRES..... 150

Section I - Une judiciarisation tributaire de l’existence d’un contrôle de pleine juridiction..... 151

§ I - La double signification de la notion européenne de pleine juridiction.....	153
A La notion de pleine juridiction en matière civile	153
B - La notion de pleine juridiction en matière pénale.....	156
C Analyse critique de la double signification de la notion de pleine juridiction	158
§ II - Qualification des recours de droit interne au regard de la notion européenne de pleine juridiction.....	160
A – Le recours pour excès de pouvoir	160
B – Le recours en cassation.....	162

Section II – Le moment du procès équitable..... 165

§ I - L’interprétation souple de la Cour européenne connue des juridictions suprêmes françaises.....	166
A Les ordres professionnels	166
1 – En cas d’appel devant une autorité non-juridictionnelle	166
2-A défaut d’appel	169
3 – En cas d’appel devant une autorité juridictionnelle.....	169
B. Les autres juridictions disciplinaires et les juridictions administratives spécialisées.....	169
1 – En cas d’appel : l’exemple des juridictions disciplinaires de la Fonction publique	169
2 - En l’absence d’appel	170
C. Les organismes administratifs	171
1 - Les Autorités Administratives Indépendantes	171
2 – Les autorités pénitentiaires.....	173
3 - Autres organismes administratifs :.....	175
§ II - L’équité du procès partiellement « hors les juridictions ordinaires » : une exigence sélective de tous les « moments » pour les juridictions suprêmes françaises	176
A. La surenchère de la Cour de cassation et du Conseil d’État	176
B - L’instrumentalisation temporelle des règles du procès équitable par les juridictions suprêmes nationales : vers une hiérarchisation des règles du procès équitable en droit national	181
1 - Hiérarchisation nationale des règles du procès équitable.....	182
2 - La distinction entre sanctions et mesures administratives ou de police	183
3 - Le déficit de lisibilité de la hiérarchie des normes nationales induit par la réception des règles du procès équitable au delà des exigences de la Cour européenne	185

CHAPITRE II – LES IMPLICATIONS DE L’ARTICLE 6 SUR LA PROCEDURE HORS LES JURIDICTIONS ORDINAIRES 190

Section I – L’assimilation à un « tribunal » 191

§ I – La qualité de « tribunal » des juridictions spécialisées d’appel.....	192
A – Les compétences des juridictions spécialisées d’appel intervenant en matière civile.....	192
B – Les compétences des juridictions spécialisées d’appel intervenant en matière pénale.....	194

§ II – La qualité de tribunal des juridictions spécialisées de premier et dernier ressort.....	196
§ III – La qualité de « tribunal » des autorités administratives.....	197
<i>Section II – La publicité des audiences.....</i>	<i>202</i>
§ I – La généralisation du principe de publicité.....	203
A - Un grief récurrent.....	203
B - Un grief daté.....	206
§ II – La relativité du principe de publicité.....	207
A - Une garantie conditionnée.....	208
1 – La faculté de renonciation.....	208
2 – Les exceptions d'intérêt général.....	210
B - Une garantie différée.....	211
1 – La possibilité de compensation.....	211
2 – La nature des attributions exercées.....	213
C - Une garantie contenue.....	214
<i>Section III – L'indépendance et l'impartialité.....</i>	<i>217</i>
§ I – Les indices réels de partialité.....	219
A - L'atteinte à la présomption d'innocence.....	219
1 - L'atteinte à la présomption d'innocence issue de déclarations sur la culpabilité.....	219
2 - L'atteinte à la présomption d'innocence issue des conditions de saisine de l'organe.....	222
B - L'absence d'indépendance.....	225
§ II – L'apparence de partialité.....	229
A - L'impartialité organique.....	229
B - L'impartialité structurelle.....	232
<i>Section IV – L'égalité des armes.....</i>	<i>234</i>
§ I - Une garantie traditionnelle : l'égalité entre les parties stricto sensu.....	237
A - Les organes non juridictionnels au sens du droit interne.....	237
B - Les juridictions au sens du droit interne.....	242
1 – Les organes disciplinaires.....	242
2 – Les juridictions spécialisées.....	244
§ II - Une garantie nouvelle : le respect de l'égalité entre les parties lato sensu.....	245
A - Les organes non juridictionnels au sens du droit interne.....	246
B - Les juridictions au sens du droit interne.....	249

PARTIE III – LA CONTINGENCE DE LA JUDICIARISATION EN FONCTION DES SPECIFICITES JURIDIQUES NATIONALES – EXEMPLES ETRANGERS264

CHAPITRE I – EXEMPLE DE LA COMICION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES ET DU TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	265
<i>Section I. – Les facteurs d'applicabilité de l'article 6 CEDH.....</i>	<i>276</i>
§ I. - De l'adoption de mesures de nature civile ou pénale au sens de la Convention.....	276
A. Identification des pouvoirs normatifs de l'autorité.....	276
1 – La CNMV.....	276
2 – Le TDC.....	278
B. Qualification des pouvoirs normatifs de l'autorité au regard de l'article 6.....	279
§ II. - De la soumission à un contrôle de pleine juridiction.....	281

A. Étendue de la compétence juridictionnelle	282
B. Nature du recours juridictionnel au sens de la Convention.....	283
<i>Section II. – Les enjeux de l’application de l’article 6</i>	286
§ I. - L’organisation de la procédure devant la CNMV et le TDC.....	286
A - La CNMV	286
B – Le TDC.....	289
§ II. – Le respect des exigences européennes	291
A – L’impartialité.....	291
B – L’égalité des armes.....	293
C - La publicité des audiences.....	294
D – La présomption d’innocence	296
CHAPITRE II - L’EXEMPLE DE L’ORDRE DES AVOCATS D’ANGLETERRE ET DU PAYS DE GALLES.....	299
<i>Section I – De l’applicabilité de l’article 6</i>	308
§ I - De l’existence de pouvoirs disciplinaires de nature civile ou pénale au sens de la Convention du TDOA	309
A - La caractérisation de la juridiction d’appel susceptible de constituer un “un organe judiciaire de pleine juridiction:.....	313
B - Le « statut » d’organe judiciaire de pleine juridiction au sens de la Convention du <i>Visitors of the Inns of Court</i> :	314
<i>Section II - De l’application de l’article 6 à procédure du tribunal de l’Ordre des avocats d’Angleterre et du Pays de Galle</i>	316
§ I - L’exigence du « droit à un juge équitable » et la procédure du TDOA.....	316
A - L’exigence du droit d’accès à un juge et la procédure du TDOA:	317
B - L’exigence du droit d’accès à un juge équitable et la procédure du TDOA	319
§ II - L’exigence du « droit à une décision équitable » et la procédure du TDOA	323
A - Le respect des garanties du procès équitable lors de la phase de pré-audience par la procédure devant le TDOA	324
B - Le respect des garanties du procès équitable lors de la phase de péri et post-audience par la procédure devant le TDOA :	326
TABLEAUX RECAPITULATIFS.....	333
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	337