

**N° 311641**

**M. Patrick-Hubert P...**

**Rapporteur : R. Senghor**

**Section du Contentieux**

**Séance du 25 septembre 2009**

**Lecture du 12 octobre 2009**

## **CONCLUSIONS**

**M. Mattias GUYOMAR, Rapporteur Public**

M. P... est inscrit sur la liste des commissaires aux comptes du ressort de la Cour d'Appel de Paris. Il exerce ses fonctions au sein de la société KPMG dont il est associé. C'est à ce titre qu'il a signé la certification des comptes de la société Rexel au titre des exercices clos les 31 décembre 2001 et 2002.

Le litige se noue autour des éléments suivants. A la suite de la démission du responsable de son équipe de reporting, la société Rexel sollicite l'assistance de KPMG pour des travaux de consolidation des comptes. Une telle mission est effectuée, sous la responsabilité d'un autre associé de KPMG, dans un premier temps de février à juillet 2002 puis de septembre à décembre 2002.

A la suite de l'examen national d'activité de 2002 mené pour le compte de la compagnie nationale des commissaires aux comptes<sup>1</sup>, l'Autorité des marchés financiers fait siennes les conclusions du comité d'examen national d'activité et suggère d'engager une procédure disciplinaire à raison de prestations déontologiquement incompatibles avec la mission de commissariat aux comptes. Le 14 décembre 2004, la compagnie régionale des commissaires aux comptes de Paris saisit le magistrat chargé du ministère public à la cour d'appel de Paris. En dépit du rapport du syndic de cette compagnie qui ne relève aucune faute sanctionnable, M. P... est cité à comparaître par le magistrat chargé du ministère public à la Cour d'Appel de Paris.

Par décision en date du 22 mai 2006, la chambre régionale de discipline du ressort de la Cour d'Appel de Paris dit qu'il n'y a pas lieu à sanction disciplinaire à l'encontre de M. P... Saisi en appel par le ministre de la justice, le Haut Conseil du commissariat aux comptes infirme cette solution et prononce à l'encontre de M. P... la sanction de l'interdiction temporaire d'exercer la profession pour une durée de cinq ans assortie d'une mesure de sursis,

---

<sup>1</sup> Par le comité d'examen national d'activité (CENA).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

par une décision en date du 11 octobre 2007. La décision relève que « du fait des prestations fournies par la société KPMG-Audit, M. P... s'est trouvé, pour l'exercice de sa mission de certification au sein de la société Rexel en tant qu'associé signataire, en situation de perte d'indépendance, eu égard à la nature, à la durée de l'intervention de la société à laquelle il appartient et aux montants respectifs des honoraires perçus au titre de ces deux missions ».

M. P... se pourvoit régulièrement en cassation contre cette décision, ainsi que le prévoit l'article R. 822-51 du code de commerce.

Le premier moyen porte sur la régularité de la décision attaquée. Il est tiré de l'absence de lecture publique de la décision du 11 octobre 2007.

Lorsque cette formalité est prévue par un texte, vous la considérez comme substantielle (Section, 8 janvier 1982, *S...*, p. 8). Tel n'est pas le cas s'agissant de la procédure disciplinaire applicable aux commissaires aux comptes. L'article R. 822-49 du code de commerce dispose que « les débats devant le Haut Conseil sont publics » mais l'article R. 822-50 se borne à prévoir que la décision « est notifiée par le secrétaire à l'intéressé, au garde des sceaux, ministre de la justice, au procureur général, au magistrat chargé du ministère public, au président de la compagnie nationale et au président de la compagnie régionale ».

Or, il est de jurisprudence constante qu'aucun principe général du droit n'impose la publicité des débats dans le cas où une juridiction statue en matière disciplinaire (Section, 27 octobre 1978, *D...*, p. 395 ; Assemblée, 2 juillet 1993, *M...*, p.194). De même, vous avez jugé qu'en l'absence de texte prévoyant une lecture publique, aucun principe général du droit n'impose que les décisions soient lues en séance publique (Section, 22 novembre 1985, *B...*, p. 331) ni qu'elles portent la mention d'une date de lecture (7 février 1994, *I...*, T. p. 1126 et 1165).

C'est pourquoi le requérant invoque la violation de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui est bien applicable, au titre de sa branche civile, aux procédures disciplinaires concernant les commissaires aux comptes (14 mai 2003, *Perron*, n°234427, dans la droite ligne de la jurisprudence *M...*, Assemblée, 14 février 1996, p. 34).

Vous avez déjà jugé, s'agissant de la Commission bancaire, que le principe de publicité des audiences qu'imposent les stipulations de l'article 6 § 1 « implique que le jugement soit rendu publiquement » (29 novembre 1999, *Société Rivoli Exchange*, p. 366 ; voyez dans le même sens, pour la chambre nationale de discipline des architectes, 21 avril 2000, *M. R...*, n°198917). Mais, en déduisant de l'applicabilité de l'article 6 § 1 l'exigence systématique d'une lecture publique, vous êtes allés au-delà de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> De même, le fichage de la décision *Delord* du 2 février 2005 (T. p. 885 et 1081) indique, à tort et contrairement à la lettre de la décision et aux conclusions d'Anne Roul, que l'article 6 § 1 impose que les décisions juridictionnelles mentionnent la date de leur lecture publique.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Certes, le second alinéa du premier paragraphe de l'article 6 de la convention débute par « le jugement doit être rendu publiquement ». Mais par sa décision *PR... c/Italie* du 8 décembre 1983, la Cour, après avoir relevé que l'expression « rendu publiquement » peut très bien passer pour l'équivalent de « prononcé publiquement » -qui est la version anglaise-, estime ne « pas devoir opter pour une lecture littérale [...] le but poursuivi en la matière par l'article 6 § 1 –assurer le contrôle du pouvoir judiciaire par le public pour la sauvegarde du droit à un procès équitable<sup>3</sup> –n'est pas moins réalisé par un dépôt au greffe, permettant à chacun d'avoir accès au texte intégral de l'arrêt que par la lecture en audience publique – parfois limitée au dispositif- d'une décision de rejet ou de cassation » (§ 26 et 27). Et dans cette affaire, la Cour a considéré que le défaut de prononcé public de l'arrêt de la Cour de Cassation n'avait pas enfreint la convention. La publicité de la décision peut ainsi passer par d'autres modalités que la lecture publique (15 juillet 2003, *E... et al. c/Belgique*) mais celle-ci s'impose lorsque le libre accès de chacun au texte intégral de la décision n'est pas organisé (24 novembre 1997, *SZ... et W... c/Autriche*).

La publicité de la décision au sens de l'article 6 § 1 peut donc être assurée soit par une lecture en séance publique soit par une mesure équivalente<sup>4</sup>. Certaines de vos décisions, postérieures à la décision *Société Rivoli Exchange* précitée, ont pris le soin de consacrer cette alternative (29 juillet 2002, *P...*, T. p. 725 et 912 ; 9 février 2005, *Barbet*, n°255348 ; 10 octobre 2005, *M. A...*, n°258351).

La présente affaire pourrait vous offrir l'occasion de le réaffirmer aujourd'hui mais le moyen manque en fait. L'appel dirigé contre la décision du 22 mai 2006 a été examiné lors de la séance publique du 14 juin 2007. Et la décision attaquée fait expressément mention de ce qu'elle a été prononcée à la séance du 11 octobre 2007 du Haut Conseil du commissariat aux comptes. Or, il résulte d'un supplément d'instruction que cette séance du 11 octobre 2007 s'est bien tenue publiquement. Vous écarterez donc ce premier moyen.

Le moyen suivant est tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité qui résulterait de la présence au sein du Haut Conseil, en qualité de commissaire aux comptes, de M. K.... Rappelons que l'article L. 821-3 du code de commerce prévoit que le Haut Conseil du commissariat aux comptes comprend notamment « 4° Trois commissaires aux comptes, dont deux ayant une expérience du contrôle des comptes des personnes faisant appel public à l'épargne ou à la générosité publique ». Il n'est pas contesté que M. D... K... était l'un des trois commissaires aux comptes qui ont siégé dans la formation de jugement ayant rendu la décision attaquée à la majorité des voix.

---

<sup>3</sup> Il n'y a là rien de très innovant par rapport aux justifications que donnait à l'exigence de publicité du prononcé du jugement la doctrine au 19<sup>ème</sup> siècle : la publicité « sert à démontrer à tous les citoyens que les jugements prononcés sur leurs demandes sont si essentiellement justes qu'ils peuvent être entendus de la multitude sans avoir rien à craindre de sa censure » (Rép. Fuzier Herman « Jugement et arrêt » n° 639 cité par Bruno Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt *S...* du 8 janvier 1982, p. 8).

<sup>4</sup> Rappelons que la lecture publique entraîne, pour le public, la possibilité de se procurer une copie de la décision (1<sup>er</sup> décembre 1993 *Association SOS Défense* T. p. 965).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Ce moyen comporte deux branches. M. P... soutient en effet que M. K... était disqualifié pour connaître de la procédure disciplinaire engagée à son encontre pour deux séries de raisons. La première est tirée de ce que M. K... est membre de la même compagnie régionale des commissaires aux comptes que lui, ce qui les placerait objectivement en situation de concurrence. La seconde est tirée de ce que l'intéressé est le conseil d'une société qui a noué un lourd contentieux avec KPMG.

Ces deux branches du moyen recouvrent les deux facettes du principe d'impartialité. Votre jurisprudence (Section, 27 avril 1988, *S...*, p. 160 ; Assemblée, 3 décembre 1999, *D...*, p. 399 ; Assemblée, 4 juillet 2003, *Dubreuil*, p. 313) et celle de la Cour de Strasbourg (1<sup>er</sup> octobre 1982, *PI... c/Autriche* ; 24 mai 1989, *H... c/Danemark*) se retrouvent pour opérer une distinction entre l'impartialité subjective qui tient à l'homme et à son comportement et l'impartialité objective qui tient aux fonctions exercées par le juge et qui sont de nature, indépendamment de ses convictions personnelles, à faire douter de son indépendance. Pour citer la Cour de Strasbourg, « aux fins de l'article 6§1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime [...] l'appréciation objective [...] consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier » (§ 46 et 48 *H...* précité). Cette distinction emporte des conséquences sur la faculté d'invoquer, à tout moment de la procédure, la partialité d'un membre de la formation de jugement.

Par votre décision *R...* (Section, 5 juillet 2000, p. 298), vous avez clarifié les champs respectifs de la récusation et de la régularité de la composition de la juridiction qui revêt un caractère d'ordre public (notamment 19 mai 1961, *G...*, p. 346 ; 30 novembre 1994, *SARL Etude ravalement constructions*, T. p. 1125 ; 19 avril 2000, *L...*, T. p. 1168 et 1195 ; 30 juillet 2003, *Mme C-T...*, p. 365). La ligne de partage<sup>5</sup> repose désormais sur la combinaison de deux critères. Le premier critère est précisément fondé sur la nature de la partialité alléguée. Le second critère est tiré de l'aspect individuel ou collectif du vice invoqué.

Relèvent de la récusation et d'elle seule les questions individuelles relatives à l'impartialité subjective. Toutes les autres questions touchent à la régularité de la composition de la formation de jugement et sont donc d'ordre public, qu'elles renvoient à une impartialité collective, qui sera dans la plupart des cas objective (voyez Assemblée, 23 février 2000, *Société Labor Métal*, p. 83, s'agissant de la partialité structurelle de la Cour des Comptes) ou à une impartialité individuelle mais objective (par exemple Section, 3 décembre 1999, *LE...*, p. 402).

Nous estimons que la question de savoir si l'appartenance de M. K... à la même compagnie régionale que le requérant faisait ou non obstacle à ce qu'il pût connaître de la

---

<sup>5</sup> Ainsi décrite par Guy Braibant, dans ses conclusions sur la décision *Delle AR...* (Section 2 mars 1973 p. 190) : « A côté de la récusation d'un juge demandée au tribunal dont il fait partie, vous admettez que la présence de certaines personnes dans une juridiction constitue un vice qui affecte la régularité de sa composition et qui peut être invoqué devant le juge d'appel et de cassation ».

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

procédure disciplinaire engagée à son encontre renvoie au principe d'impartialité apprécié objectivement. En effet, le comportement personnel de M. K... n'est pas en cause. Sa qualité de membre de la compagnie régionale de Paris est une caractéristique objective sur laquelle il n'a pas prise. C'est pourquoi M. P... est recevable à invoquer pour la première fois en cassation la méconnaissance du principe d'impartialité qui en découlerait. C'est donc au fond que vous écarterez le moyen sans hésitation. Cette circonstance ne saurait en effet caractériser en elle-même une violation du principe d'impartialité en dépit des conséquences alléguées par le requérant qui soutient que l'appartenance de l'intéressé à un cabinet dont l'activité est beaucoup plus réduite que celle de KPMG le placerait en situation de concurrence et d'antagonisme structurel avec lui.

La seconde branche du moyen, qui est tirée de l'existence d'un litige professionnel entre KPMG et la société pour laquelle travaille M. K..., renvoie en revanche à l'impartialité subjectivement appréciée (voyez en ce sens 30 mai 2007, *Société Europe, Finance et Industrie et Thannberger*, T. p. 695, pour le cas d'un différend professionnel).

Se pose donc la question de savoir si le requérant est recevable à soulever ce moyen pour la première fois en cassation. En défense, le ministre de la justice fait valoir que M. P..... n'a demandé la récusation de M. K... à aucun stade de la procédure.

Par votre décision précitée *Mme R...*, vous avez jugé que le moyen tiré de l'irrégularité de la désignation comme rapporteur, devant la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des pharmaciens, d'une personne susceptible de récusation était irrecevable devant le juge de cassation dès lors qu'il était constant que le requérant avait eu en temps utile la possibilité de demander la récusation de ce rapporteur avant la séance au cours de laquelle l'affaire a été appelée à l'audience et n'avait pas présenté une telle demande.

Alors que Frédéric Salat-BaR... l'y invitait dans ses conclusions, la Section du contentieux a refusé qu'un motif relevant la procédure de récusation devant la juridiction concernée devienne un moyen de régularité de la composition de celle-ci, recevable en cassation. Ce faisant, elle a confirmé la jurisprudence *SA...* (9 janvier 1952, p. 21)<sup>6</sup> selon laquelle est irrecevable en cassation<sup>7</sup> le moyen tiré du fait que certains membres de la juridiction d'appel n'auraient pas dû siéger, dès lors que le requérant n'a pas utilisé la faculté de récusation qui lui était ouverte, tout en maintenant le tempérament apporté par vos décisions ultérieures : encore faut-il que la composition de la formation de jugement ait été portée à la connaissance du requérant avant l'audience (9 février 2000, *AA... et Z...*, p. 47), que les causes de récusation n'aient pas été connues postérieurement à celle-ci (3 mars 1966, *PL...*, p. 216) ou que le requérant n'ait pas été empêché de présenter une demande de récusation (19 octobre 1979, *DA...*, p. 380).

Afin d'éviter d'enfermer le justiciable dans une impasse, la décision du 5 juillet 2000 prend en effet le soin de réaffirmer que celui-ci devait pouvoir exercer « en temps utile »<sup>8</sup> la

<sup>6</sup> La jurisprudence est la même s'agissant de la récusation devant un organe administratif (Section, 20 mai 1952 *BN...* p. 25).

<sup>7</sup> Le même raisonnement est tenu en appel (2 novembre 2005 *Caduc* T. p. 898 ; 7 août 2008 *AG...* T. p. 868).

<sup>8</sup> Une demande de récusation doit être formée, à peine d'irrecevabilité, « avant la clôture des débats » (17 juin 1988 *BY...* p. 247) selon les termes de l'article 342 du nouveau code de procédure civile, ou, selon ceux de

faculté de récusation, ce qui signifie concrètement qu'il a pu connaître suffisamment longtemps à l'avance la composition de la formation de jugement et que le motif de la récusation n'a pas été connu postérieurement à la séance.

Précisons que la jurisprudence judiciaire est dans le même sens. Par un arrêt d'Assemblée plénière du 24 novembre 2000 (n° 99-12412, au Bulletin), la Cour de cassation a réaffirmé, aux conclusions contraires de l'avocat général Lafortune, qu'en s'abstenant de présenter une demande de récusation en temps utile, le justiciable devait être regardé comme ayant renoncé sans équivoque à se prévaloir d'une méconnaissance du principe d'impartialité et qu'il n'était dès lors pas recevable à le faire devant le juge de cassation (voyez antérieurement notamment 2<sup>e</sup>civ., 6 mai 1999, n° 96-1264, au Bulletin ; postérieurement Crim. 29 septembre 2004, n° 04-80079, au Bulletin). Mais encore faut-il que la possibilité de contestation ait été réelle et pas seulement théorique (2<sup>e</sup> civ. 3 juillet 1985, au Bulletin ; 2<sup>e</sup> civ. 20 octobre 2005 au Bulletin).

A première vue, nous nous trouvons dans l'hypothèse tranchée par la décision R... Dès lors qu'il était informé de la composition de la formation de jugement avant que celle-ci ne se réunisse, M. P... pouvait demander la récusation de M. K... jusqu'à la fin de l'audience au cours de laquelle sa requête a été examinée, le 14 juin 2007. Certes, ni le code de commerce ni aucun autre texte ne prévoit expressément une procédure de récusation, mais, cette faculté existe même sans texte. A condition qu'il n'ait pas été expressément écarté ou qu'il ne soit pas incompatible avec l'organisation de la juridiction, le principe de la récusation constitue en effet un principe général de procédure qui est applicable, même sans texte, à toutes les juridictions administratives qui ne sont pas régies par le code de justice administrative (voyez, s'agissant du conseil supérieur de la magistrature 30 juin 2003, *MU...*, T. p. 844, 849, 937 et 939).

C'est pourquoi nous avons pensé, dans un premier temps, qu'en l'absence d'une demande de récusation qu'il avait été mis à même de formuler en temps utile, M. P... n'était pas recevable à soutenir devant vous que la présence de M. K... dans la formation de jugement du Haut Conseil du commissariat aux comptes aurait entraîné une méconnaissance du principe d'impartialité subjective.

Mais, à la réflexion, nous ne croyons pas possible d'opposer une irrecevabilité à ce moyen. Une chose est de se fonder sur l'existence d'un principe général de procédure pour admettre la faculté de récuser son juge, même en l'absence de texte le prévoyant ; tout autre serait, à notre sens, d'y puiser le motif d'une irrecevabilité fondée sur l'absence de présentation en temps utile d'une demande de récusation.

Les décisions que nous avons citées ne précisent pas systématiquement si la procédure de récusation était ou non prévue par un texte. Tel était le cas dans la décision R... qui cite l'article R. 5031 du code de la santé publique qui renvoie à l'article 314 du nouveau code de procédure civile. Nous vous invitons aujourd'hui à introduire une exception à votre

---

l'article R. 721-2 du code de justice administrative, avant « la fin de l'audience » (2 novembre 2005 *Caduc* T. p. 898).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

jurisprudence *SA...-R...*, dans le cas – qui est celui de l'espèce où la possibilité de récuser son juge n'est prévue par aucun texte. Deux séries de considérations nous convainquent du bien-fondé de cette évolution jurisprudentielle.

La première repose sur la cohérence d'une telle solution avec l'ensemble de votre jurisprudence. Vous vérifiez en effet, pour opposer une irrecevabilité au moyen soulevé pour la première fois en cassation, que le requérant a été en mesure de pouvoir exercer pleinement son droit de récusation en temps utile. Pour ce faire, il faut, d'une part, qu'il ait été préalablement informé de la composition de la formation de jugement et, d'autre part, que la cause de récusation ne soit pas apparue après l'audience. A ces deux conditions, nous vous proposons d'en ajouter une troisième tirée de l'existence de dispositions ayant institué et organisé une procédure de récusation. La récusation est une arme difficile tant sur le plan psychologique que sur le plan pratique. En l'absence d'un cadre juridique prédéfini, nous concevons difficilement comment reprocher au justiciable de ne pas y avoir eu recours en donnant spontanément chair, au cœur de la procédure le concernant, au principe général de procédure que vous avez dégagé. La consécration de tels principes vise, en matière processuelle, à assurer le complet respect du droit au recours et de ses accessoires. Vous iriez à rebours de vos constructions prétoriennes en les retournant, d'une certaine manière, contre ceux dont elles sont censées garantir les droits.

La seconde se fonde sur les exigences du procès équitable telles qu'elles découlent de la jurisprudence de la Cour européenne. Celle-ci est en effet constante : pour qu'un recours, et plus largement une garantie de procédure, soient regardés comme effectifs, la Cour relève qu'ils « doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues (30 août 1996, *AK... c/Turquie* § 66). Ce n'est qu'à cette condition que la Cour considère que la « renonciation à un droit garanti » se trouve établie « de manière non équivoque » (6 décembre 1988, *Barbera, Messegue et Jabardo c/Espagne* ; 22 février 1996, *BU... c/Autriche* ; dans laquelle la Cour relève que « le requérant ne saurait prétendre avoir eu des motifs légitimes de douter de l'impartialité du tribunal qui l'a jugé alors qu'il pouvait en récuser la composition mais s'en est abstenu, § 34,; 23 mai 1991, *O... c/Autriche*, dans laquelle la Cour a considéré que l'intéressé ne pouvait être regardé, sauf à méconnaître l'article 6 § 1, comme ayant renoncé à son droit de récusation faute d'avoir eu connaissance, en temps utile, de la composition de la formation de jugement). Le souci de vous conformer à la jurisprudence européenne conduit ainsi à subordonner l'irrecevabilité du moyen de partialité en l'absence de demande de récusation formulée en temps utile à l'existence préalable d'un texte prévoyant l'exercice d'un tel droit et porté à la connaissance du requérant.

Si vous deviez réaffirmer aujourd'hui la jurisprudence *R...*, vous rappelleriez que si, en principe, un requérant n'est pas recevable à invoquer pour la première fois devant le juge de cassation un moyen tiré de l'irrégularité de la présence dans la formation de jugement statuant au fond d'une personne dont il allègue un parti pris personnel à son encontre, c'est à condition qu'il ait été mis effectivement en mesure d'user de son droit de récusation. Vous en déduirez qu'en l'espèce, faute de disposition prévoyant l'exercice d'un tel droit au cours de la procédure disciplinaire devant le Haut Conseil du commissariat aux comptes, *M. P...* ne peut être regardé, alors même que la récusation devant une juridiction est toujours possible, même

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

sans texte, comme ayant été mis effectivement en mesure d'user de cette garantie. Il s'ensuit que, contrairement à ce que soutient le ministre de la justice en défense, il est recevable à invoquer pour la première fois, devant vous, la méconnaissance du principe d'impartialité subjective qui résulterait de la participation à la formation de jugement de M. K..., compte tenu du litige professionnel qui l'opposait à la société KPMG.

En admettant la recevabilité du moyen, vous marquerez clairement que la nécessaire loyauté du procès interdit de reprocher à un justiciable de ne pas avoir fait usage d'une faculté procédurale qu'il n'a pas été effectivement mis à même d'utiliser. La simplification de votre jurisprudence que constituerait l'abandon de la jurisprudence *SA...-R...* conduirait au même résultat.

Examinons maintenant le moyen au fond. Est regardé comme partial celui dont la position est susceptible de reposer sur des motifs ou des considérations extérieurs à l'affaire, celui qui est, en quelque sorte, de parti pris. Alors qu'en matière d'impartialité objective, le parti pris est révélé par l'existence d'un pré-jugement, il se traduit plutôt, en matière d'impartialité subjective, par celle d'un préjugé, favorable ou défavorable. Celui-ci révèle, ce faisant, un manque d'objectivité et un défaut de neutralité qu'il vous appartient de censurer. L'existence d'un préjugé favorable renvoie aux hypothèses où la personne est susceptible d'avoir un intérêt personnel à l'affaire (voyez, pour une illustration récente, votre décision Section, 27 octobre 2006, *Parent et autres*, p. 454 ; voyez pour une « apparence de parti pris en raison d'intérêts partagés » CEDH, 21 juin 1989, *LG... c/Suède*, s'agissant de juges nommés sur la recommandation d'associations parties au litige) ; l'existence d'un préjugé défavorable, à celles où elle éprouve une animosité personnelle à l'égard du destinataire de l'acte (voyez par exemple 28 avril 1961, *F...*, T. p. 1077 ; 16 février 1979, *BT...*, p. 602 ; *a contrario* Section, 20 juin 1958, *L...*, p. 368 ; 13 novembre 1989, *Ministre de l'éducation nationale c/N...*, T. p. 719). Mais le préjugé défavorable peut simplement être présumé en raison de l'existence d'un conflit d'intérêts (CEDH, 20 mai 1998, *G... c/France* ; 26 juillet 2007, *Piard*, T. p. 657 et 695) ou d'un différend professionnel persistant (30 mai 2007, *Société EFI*, précitée).

Pour en venir aux faits de l'espèce, M. P... fait valoir l'hostilité que M. K... nourrirait à son égard en raison d'un contentieux intervenu entre une société que ce dernier conseille et le cabinet KPMG dont il est l'associé. Il apparaît en effet qu'un litige ayant donné lieu à une assignation devant le TGI de Paris en novembre 2005 a opposé le groupe éditorial Fleurus à plusieurs commissaires aux comptes. En substance, le litige portait sur les conditions de rachat d'une société d'édition par Fleurus. Ce dernier s'est porté acquéreur en se fondant sur une évaluation de la valeur de la société établie par le cabinet Riffaut-Dequeker, « membre de KPMG » et le cabinet Salustro-Reydel. Or, postérieurement à cette transaction, il s'est avéré qu'il y avait un écart de 12 millions € entre la valeur certifiée par ces commissaires et la valeur comptable réelle. Le groupe Fleurus a donc engagé un contentieux indemnitaire en mettant en cause les deux cabinets précités et KPMG dont Riffaut-Dequeker était membre à l'époque des faits et que KPMG a absorbé ensuite. Le TGI de Paris a constaté que ceux-ci avaient commis des fautes (« violation de leurs obligations légales » et « faute délictuelle ») et les a condamnés à verser 17,8 millions d'euros au plaignant. Or, c'est le cabinet de M. K... qui

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

a réalisé en 2007 et 2008 une contre-expertise de la valeur comptable de l'entreprise rachetée à la demande du groupe Fleurus.

Mais nous considérons que ces circonstances n'impliquent pas, y compris en apparence, que M. K... ait pu avoir été influencé par un intérêt personnel dans le contentieux disciplinaire. Les liens entre l'intéressé et le requérant sont trop indirects pour jeter le soupçon sur l'impartialité du premier. Certes, KPMG a été indirectement mis en cause par la contre-expertise mais M. P... n'était pas personnellement concerné par cette affaire. Au surplus, si M. K... est en effet intervenu comme conseil de l'un des protagonistes (intervenue apparemment dans une phase tardive d'un litige né en 2003), il n'était pas lui-même en conflit avec KPMG. Vous écarterez donc le moyen.

Le requérant conteste ensuite le bien-fondé de la décision attaquée.

Il soutient en premier lieu que la décision du 11 octobre 2007 méconnaîtrait le principe de légalité des délits et des peines. C'est la question de l'applicabilité de ce principe aux sanctions professionnelles à caractère disciplinaire qui a justifié le renvoi de la présente affaire devant votre formation de jugement.

Ce principe comprend la légalité de la sanction (*nulla poena sine lege*) et la légalité de l'incrimination (*nulle crimen sine lege*). C'est la seconde composante, le principe de légalité des délits, qui est en cause dans notre affaire, M. P... soutenant qu'il ferait obstacle à ce que le Haut Conseil du commissariat aux comptes puisse sanctionner la méconnaissance de règles qui ne seraient pas précisément définies par les textes qui les fixent.

A première vue, la question paraît avoir été tranchée par les jurisprudences constitutionnelle et administrative. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé que le principe de légalité des délits et des peines s'applique aux sanctions administratives (décisions n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; décision n° 260 DC du 28 juillet 1989). Les exigences qui découlent de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République « ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais 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 ». Et vous avez fait vôtre cette jurisprudence par votre décision *Société Prigest* (9 octobre 1996, T. p. 690 et 738, qui juge que « le principe de légalité des délits et des peines s'applique aux sanctions administratives au même titre qu'aux sanctions pénales ») confirmée ensuite par la décision *Ministre de l'intérieur c/ BU...* (Assemblée, 7 juillet 2004, p. 297) rendue précisément à propos d'une sanction professionnelle infligée à un conducteur de taxi.

Cependant, la jurisprudence comme la doctrine réservent un sort spécifique à la matière disciplinaire.

Certains arrêts, postérieurs aux décisions précitées, affirment explicitement que « le principe de légalité des délits et des peines n'est pas applicable en matière disciplinaire » (notamment 30 mars 2005, *V...*, n°254244, s'agissant d'une sanction infligée à un médecin).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Cette affirmation est partiellement erronée : le principe de légalité des peines selon lequel l'autorité compétente ne peut légalement infliger une sanction que si elle a été prévue par un texte<sup>9</sup> s'impose en effet dans tous les domaines y compris en matière disciplinaire (1<sup>er</sup> juin 1953, *Sieur BE...*, p. 255, s'agissant d'un expert comptable ; Section, 22 mars 1957, *Ministre des travaux publics c/Sieur C...*, p. 198, ou Assemblée, 30 mars 1962, *BX...*, p. 237, s'agissant de fonctionnaires)<sup>10</sup>.

Il en va différemment s'agissant du principe de légalité des délits. Il est vrai que si certains textes érigent tel ou tel comportement en infraction disciplinaire, il n'existe pas toujours de définition textuelle précise de la faute disciplinaire. Ainsi que l'explique Raymond Odent (Cours de contentieux administratif p. 2105) : « en droit public disciplinaire, ou bien le droit écrit ne contient aucune définition des fautes professionnelles qui peuvent être commises, ou bien la définition des obligations dont le respect s'impose aux intéressés est vague et, en tout cas, pas limitative ; c'est le cas aussi bien pour le statut général des fonctionnaires que pour les codes de déontologie professionnelle. Il en résulte que tout fait répréhensible imputable à une personne soumise au pouvoir disciplinaire, tout manquement à l'un des devoirs professionnels peuvent légalement motiver une sanction » (Section, 20 février 1953, *delle AR...*, p. 88, s'agissant de manquements graves à la moralité commis par un médecin de nature à justifier une sanction « alors même qu'ils ne seraient pas définis avec précision » par le code de déontologie médicale ; 13 octobre 1967, *Ministre des armées c/DH...*, p. 374). C'est à l'autorité compétente d'apprécier, sous le contrôle du juge, le comportement de l'agent public ou du professionnel en cause et de décider s'il constitue un manquement de nature à justifier une sanction.

Comme l'explique Bruno Genevois, dans son fascicule consacré aux « Principes généraux du droit » : « en droit disciplinaire, il est admis traditionnellement que le juge ou l'autorité disciplinaire peut tenir compte de faits commis avant qu'un texte les ait qualifiés d'infraction dès lors que, par eux-mêmes, ces faits étaient de nature à justifier légalement l'application d'une sanction ».

Cette solution se justifie par la spécificité de l'action disciplinaire ainsi définie, s'agissant d'un magistrat, par la Cour de Cassation, dans un arrêt des Chambres réunies en la chambre du conseil en date du 9 novembre 1852 : « l'action de discipline, pouvant s'exercer pour des faits qui ne sont qualifiés ni prévus par les lois pénales, diffère essentiellement de l'action publique et ne peut être restreinte par des règles qui lui sont étrangères ; les mesures qui en sont la suite ne sont pas de véritables peines, mais des moyens institués pour des raisons d'ordre et d'intérêts publics, l'autorité morale et le respect du corps auquel appartient le fonctionnaire poursuivi disciplinairement ; elles s'attachent moins aux faits mêmes qu'aux conséquences de ces faits sur la considération du fonctionnaire et sur la dignité du corps dont il est membre, c'est-à-dire à cet effet moral qui, à la différence du fait dont il découle, a un

---

<sup>9</sup> Nulle difficulté au cas d'espèce : l'article L. 822-8 du code de commerce énumère les sanctions susceptibles d'être infligées aux commissaires aux comptes.

<sup>10</sup> Réserve faite de la révocation disciplinaire décidée dans des circonstances exceptionnelles (Assemblée, 18 avril 1947 *Sieur Jarrigion* p. 148).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

caractère successif et permanent ». La Cour de cassation a déduit de ces « motifs d'ordre élevé » que « le principe de non-rétroactivité ne saurait s'opposer à ce que les mesures de discipline nouvellement instituées soient appliquées à des faits anciens dont le pouvoir disciplinaire n'avait point connu auparavant ».

Ces spécificités vous ont conduits à écarter l'application immédiate au bénéfice d'un pharmacien l'application immédiate d'une loi d'incrimination plus douce (voyez 8 novembre 1999, *Guiton*, T. p. 619, qui, juge que la circonstance qu'entre le moment où la violation de la nomenclature a été commise et celui où elle vient à être sanctionnée, la réglementation à laquelle il a été contrevenu a été modifiée ou abrogée ne saurait, eu égard à la nature propre de la répression disciplinaire, faire échapper à cette dernière le manquement antérieurement commis).

Nous contestons le bien-fondé de ces solutions en tant qu'elles concernent les sanctions professionnelles infligées par les juridictions ordinaires. Pour vous convaincre de la nécessité d'une évolution de votre jurisprudence, nous croyons utile de tenter d'établir une typologie des sanctions non pénales et de clairement y identifier la place qu'y occupent les sanctions disciplinaires.

Dans ses *Principes de droit public* (1916, 2<sup>ème</sup> édition), Hauriou écrivait : « le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose ». Ainsi que le relève Raymond Odent, dans son cours précité, les sources du pouvoir disciplinaire sont multiples : « l'existence de ce pouvoir disciplinaire peut tenir à la nature des choses et notamment à l'organisation administrative qui est hiérarchisée [...] le pouvoir disciplinaire peut aussi être la conséquence de la situation juridique des intéressés à l'égard de l'administration » (p. 2102).

Pour sa part, le rapport du Conseil d'Etat consacré aux pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions (1994), exclut les sanctions disciplinaires du champ de son étude en faisant un bloc homogène des « sanctions que l'Etat et les autres collectivités publiques infligent à leurs agents » et de celles « que les ordres professionnels infligent à leurs membres » au motif qu' « elles s'appliquent à l'intérieur de sphères déterminées et en vertu de règles spécifiques tenant au respect de la déontologie professionnelle ». Nous ne nous retrouvons pas dans cette catégorisation.

A notre sens, s'agissant des sanctions non pénales, les distinctions suivantes peuvent être retenues<sup>11</sup>. Le pouvoir de sanction repose sur trois fondements possibles : il s'adosse sur

---

<sup>11</sup> Réserve faite des sanctions contractuelles ainsi que de celles dont vous reconnaissez le caractère *sui generis*. Vous affirmez ainsi avec constance, depuis votre décision *Procureur général près la Cour des comptes* (Assemblée, 30 juin 1961 p. 451) que les amendes infligées par la cour de discipline budgétaire et financière n'ont pas le caractère d'une sanction pénale, ni celui d'une sanction disciplinaire ou professionnelle (1<sup>er</sup> octobre 1976 *Bouche* p. 385 ; Section 7 juillet 1978 *Massip* p. 301 ; 17 octobre 1984 *Contensou* p. 333).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

l'existence préalable soit d'une libre adhésion, soit d'un lien de subordination, soit d'une réglementation.

Nous ne nous attarderons pas sur la première catégorie qui recouvre ce que l'on pourrait appeler les sanctions organisationnelles. Il s'agit des sanctions qu'un groupe, librement constitué, peut infliger, pour son bon fonctionnement, à ses membres. Dans son très éclairant ouvrage *Droit de la sanction non pénale* (Economica 2000), Michel Degoffe explique que ce pouvoir de sanction est fondé sur « l'appartenance à un groupe mû par le sentiment d'une œuvre collective ». Prenant pour exemples les associations ou encore les fédérations sportives<sup>12</sup>, il explique : « pour parvenir à l'accomplissement de son dessein, l'institution se dote des moyens coercitifs adéquats, c'est-à-dire adaptés à sa mission [...] ces données conditionnent le titre d'intervention et la gamme des sanctions offertes. Tout groupement génère nécessairement un pouvoir disciplinaire, aussi inorganisé soit-il » (p. 43). Ce pouvoir de sanction est la traduction de l'exigence d'une discipline interne. Dans ce premier cas de figure, il y a toujours une libre adhésion du membre à un groupe à la source du pouvoir disciplinaire.

La deuxième catégorie comprend les hypothèses dans lesquels le pouvoir de sanction découle d'un lien préalable de subordination. Quoique plus hétérogène, elle ne comporte que des sanctions à caractère disciplinaire. Dans tous les cas, préexiste un rapport hiérarchique entre les personnes soumises au pouvoir disciplinaire et celles qui en disposent. On y retrouve aussi bien les sanctions infligées par l'administration à ses agents que celles qu'un employeur peut prononcer à l'égard de ses employés. Mais cette catégorie comprend également les sanctions susceptibles d'être infligées à l'encontre d'une certaine catégorie d'usagers du service public comme les élèves ou les détenus. Ces derniers sont en effet placés sous l'autorité hiérarchique du chef d'établissement, scolaire ou pénitentiaire. Le pouvoir disciplinaire découle, dans ces différents cas de figure, de la nature des choses. Il constitue, en quelque sorte, le prolongement naturel du pouvoir hiérarchique et son exercice n'a d'autre objet que d'assurer le bon fonctionnement de l'institution dans laquelle s'est noué le lien de subordination préalable. Les sanctions ainsi visées pourraient être qualifiées de sanctions institutionnelles coercitives.

La troisième et dernière catégorie est la plus vaste. Elle recouvre les cas dans lesquels le pouvoir répressif vient sanctionner la méconnaissance d'une réglementation préalablement établie. En réalité, cette catégorie comporte deux sous-ensembles distincts.

Premier sous-ensemble : la réglementation applicable est de portée générale et n'est pas limitée, *a priori*, à une catégorie particulière de personnes. La violation des règles édictées peut être punie au moyen de l'infliction de ce que nous serions tenté de qualifier de sanctions administratives proprement dites. Dans cette hypothèse, la répression administrative constitue un substitut à la répression pénale. On peut citer, en guise d'illustrations, les sanctions fiscales (Section, 31 mars 1995, *Ministre du budget c/S.A.R.L. Auto-Industrie Méric et autre*, p. 154) ou encore le retrait de points du permis de conduire (8 décembre 1995, *Mouvement de défense*

---

<sup>12</sup> Voyez pour la définition du régime de responsabilité disciplinaire des clubs devant la fédération française de football, votre avis contentieux *Société sportive professionnelle "Losc Lille Métropole"* (29 octobre 2007 p.431).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

*des automobilistes*, T. p. 934 et 1052)<sup>13</sup>. C'est cette catégorie de sanctions « que l'administration inflige à un administré », et elle seule, que votre décision *Société ATOM* (Assemblée, 16 février 2009, p. 25) soumet à un recours de pleine juridiction. C'est elle aussi dont le régime juridique est susceptible d'être substantiellement affecté par la décision du Conseil Constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 sur la loi favorisant la diffusion et la protection sur internet.

Second sous-ensemble : la réglementation applicable a un objet professionnel, qu'elle régleme directement une profession ou une activité professionnelle. Dans ces hypothèses, le pouvoir de sanction vient au renfort de la régulation d'une profession ou d'une activité professionnelle en permettant de réprimer tout manquement à leurs règles d'exercice. Vous qualifiez fort naturellement ce type de sanctions de professionnelles (voyez, par exemple, Section, 25 juillet 1975, *Ministre de l'équipement c/R...*, p. 432 s'agissant du retrait d'agrément d'une auto-école ; Section, 28 janvier 1994, *C...*, p. 35, s'agissant de la sanction de déconventionnement d'un médecin). Dans la plupart des cas, l'exercice de la profession est subordonné, en vertu de la réglementation applicable à un préalable indispensable : autorisation administrative, agrément ou encore inscription à un tableau professionnel.

Il est fort malaisé de distinguer au sein de ce bloc de sanctions professionnelles celles qui relèveraient de la pure action disciplinaire. Toute sanction d'un manquement professionnel comporte en effet une dose de discipline, variable en fonction de la finalité qu'elle poursuit – plus élevée en cas de répression d'un manquement à la déontologie professionnelle que de celle d'une infraction aux règles professionnelles. Mais, dans tous les cas, sont bien en cause les conditions d'exercice de la profession. J. H. Stahl, dans ses conclusions sur votre avis contentieux *Mme ROU...* (Section, 10 juillet 2003, p. 339) retenait, dans son effort de définition du champ d'application des lois d'amnistie, le critère de l'objet de la mesure pour l'appliquer indifféremment aux sanctions disciplinaires et professionnelles dont il faisait masse : « Ce critère implique à notre avis la réunion de deux éléments : il faut que les faits à l'origine de la sanction constituent un manquement aux règles d'exercice de la profession ; il faut aussi que la sanction présente un caractère spécial, c'est-à-dire qu'elle ne soit susceptible d'atteindre que les membres d'une profession considérée ».

Votre avis précité a consacré ce critère matériel. Si vous en faites application en neutralisant le critère organique, vous serez amenés à ranger sans hésiter les sanctions ordinales dans la catégorie des sanctions professionnelles. Nous pensons en effet que la nature de l'autorité de sanction (autorité administrative classique –pour les conducteurs de taxis par exemple- ; autorité administrative indépendante en charge d'un secteur professionnel –le Conseil supérieur de l'audiovisuel ou l'Autorité des marchés financiers par exemple- ; juridictions disciplinaires des ordres professionnels –le Haut Conseil du commissariat aux comptes par exemple) est sans incidence sur la qualification de sanctions qu'elle est susceptible d'infliger.

---

<sup>13</sup> Les exemples de sanctions administratives qui ne répriment pas un manquement à des règles relatives à l'exercice d'une profession abondent : infractions en matière économique à l'ordonnance du 30 juin 1945 (28 janvier 1949 *Dame LE...* T. p. 634), sanctions pécuniaires contre les employeurs de main d'œuvre clandestine (11 mars 1987 *ONI* p. 90) ou encore sanctions prononcées à raison d'un manquement à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés (13 novembre 2002 *Ministre de l'emploi et de la solidarité* T. p. 620).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

L'état actuel de votre jurisprudence s'explique, selon nous, par le fait que vous rangez habituellement les sanctions prononcées par les ordres professionnels dans la même catégorie que les sanctions infligées aux fonctionnaires. En mettant fin à cette assimilation que ne saurait justifier le seul fait que les deux catégories de sanctions visent fréquemment à réprimer des manquements aux règles de déontologie, vous ferez plus nettement ressortir la spécificité des sanctions institutionnelles et, en particulier de la discipline au sein de l'administration. Pour les raisons que nous venons de développer, nous vous invitons donc à opérer aujourd'hui une redistribution consistant à les faire relever de la catégorie des sanctions professionnelles et, partant, à obéir au régime juridique qui leur est applicable.

Or, le principe de légalité des délits est applicable aussi bien aux sanctions administratives qu'aux sanctions professionnelles<sup>14</sup>. Si vous nous suivez, vous préciserez la portée de votre jurisprudence *BU...* en jugeant que le principe de légalité des délits est applicable à l'ensemble des sanctions professionnelles, y compris celles revêtant un caractère disciplinaire. Il serait inconcevable que ce principe s'applique aux sanctions professionnelles prononcées par une autorité administrative classique (c'est l'hypothèse *BU...*), à celles prononcées par une autorité administrative indépendante (voyez, pour une application du principe de légalité des délits aux sanctions de l'Autorité des marchés financiers, 4 février 2005, *Société GSD Gestion et GR...*, p. 28) et non à celles que peuvent infliger les juridictions ordinaires. Au-delà de la discipline jurisprudentielle, il y a une forme de cohérence, intrinsèque à la catégorisation que nous vous proposons de retenir, à juger que le principe de légalité des délits est applicable à toutes les sanctions professionnelles. Dès lors que celles-ci se définissent comme la répression d'un manquement à une réglementation professionnelle, il est logique d'exiger que l'édiction de celle-ci, y compris en tant qu'elle prévoit que la méconnaissance des règles qu'elle pose est sanctionnable, précède nécessairement l'exercice du pouvoir de sanction.

Votre décision<sup>15</sup>, même si elle débouche sur l'obligation d'une définition préalable de l'incrimination, n'aura pas pour effet de remettre en cause l'ensemble des spécificités de l'action disciplinaire menée à l'encontre des professionnels. Sera ainsi préservée la faculté de tenir compte de faits commis en dehors de la profession dans la mesure où ils ne sont pas sans influence sur l'exercice de celle-ci, notamment par la déconsidération professionnelle de leur auteur. Nous devons toutefois reconnaître qu'elle porte en germe l'abandon d'un certain nombre de solutions. En l'état actuel de la jurisprudence, l'action disciplinaire qui saisit l'ensemble d'un comportement, au-delà de la répression de la méconnaissance d'une règle ou de la commission d'une infraction, constitue une action « *in personam* » et non « *in rem* » (voyez, par exemple 29 mai 2000, T..., p.192)<sup>16</sup>. Cette particularité s'accorde mal avec le respect du principe de légalité des délits. Nous semble également fragilisée la possibilité,

---

<sup>14</sup> Précisons que vous avez également reconnu l'applicabilité de ce principe aux sanctions prononcées par la cour de discipline budgétaire et financière (16 janvier 2008, *HA...r et Hénin*, p. 6).

<sup>15</sup> Qui, rappelons le, ne juge rien s'agissant de la discipline menée au sein de l'administration.

<sup>16</sup> En l'absence de toute disposition législative ou réglementaire contraire, les juridictions disciplinaires de l'Ordre des médecins, saisies d'une plainte contre un praticien, peuvent légalement connaître de l'ensemble du comportement professionnel de l'intéressé et ne sont pas tenues de limiter leur examen aux seuls faits dénoncés dans la plainte.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

jusqu'à aujourd'hui reconnue, de tenir compte de faits antérieurs à l'inscription au tableau du professionnel (29 janvier 1954, *Sieur SL...*, p. 69 ; 23 mars 1990, *Mme BR...*, p. 75), sauf à ce qu'un texte le prévoie expressément. Enfin, l'applicabilité du principe de légalité des délits signe nécessairement l'abandon de la jurisprudence *Guiton*. Tout comme vous l'avez fait s'agissant des sanctions administratives (Section, 5 avril 1996, *H...*, p. 116 ; 17 mars 1997, *OMI*, p. 86), vous devrez appliquer à l'ensemble des sanctions professionnelles la règle de la rétroactivité *in mitius*<sup>17</sup>. S'agissant des sanctions ordinaires, la rétroactivité *in mitius* s'appliquera sans difficulté, eu égard au caractère juridictionnel de la procédure disciplinaire.

Une fois admise son applicabilité, le respect du principe de légalité doit être apprécié selon les modalités particulières qui ont été retenues pour l'ensemble de la répression administrative.

A la différence de ce qui vaut en matière pénale<sup>18</sup>, le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision précitée du 17 janvier 1989, que « l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements » (Conseil constitutionnel, précitée). Et votre décision précitée *Ministre de l'Intérieur c/ BU...* précise que « lorsqu'il est appliqué aux sanctions administratives, le principe de légalité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève ». Vous réaffirmerez ce considérant de principe.

Cette grille de contrôle vous conduit à écarter le moyen.

L'article 88 du décret du 12 août 1969 relatif à l'organisation de la profession et au statut des experts-comptables prévoyait en effet, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits incriminés : « Toute infraction aux lois, règlements et règles professionnels, toute négligence grave, tout fait contraire à la probité ou à l'honneur commis par un commissaire aux comptes, personne physique ou société, même ne se rattachant pas à l'exercice de la profession, constituent une faute disciplinaire passible d'une peine disciplinaire ». Ainsi que le relève Renaud Salomon, dans son article consacré à « L'originalité de la responsabilité disciplinaire des commissaires aux comptes » (*in* Droit des sociétés - avril 2002 p.4) : « la faute disciplinaire du commissaire aux comptes peut être sériée en deux catégories : la faute relative à la compétence professionnelle du commissaire aux comptes et la faute résultant d'un fait contraire à l'honneur et à la probité ».

---

<sup>17</sup> Dont la décision précitée *Société ATOM* rappelle qu'elle s'applique à l'ensemble des sanctions infligées aux administrés.

<sup>18</sup> Ce principe implique, en matière pénale, l'obligation de rédiger des textes clairs et précis. La Cour de cassation a ainsi été amenée à refuser d'appliquer l'article R. 362-4 du code des communes au motif qu'en sanctionnant « toutes infractions aux dispositions des articles L. 362-1 et L. 362-4-1 », il ne mettait pas le juge pénal « en mesure de d'assurer que les faits poursuivis sont ceux que l'autorité réglementaire a entendu réprimer » (Crim. 1<sup>er</sup> février 1990 B. 56).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

L'article L. 225-222 du code de commerce, applicable à l'époque des faits litigieux, dispose en outre que : « Les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles : 1° Avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance [...] ». Le Haut Conseil du commissariat aux comptes s'est également fondé sur certains articles du code de déontologie professionnelle qui recueille les règles professionnelles élaborées et approuvées par le Conseil national des commissaires aux comptes le 9 janvier 1998. L'article 8 de ce code définit les « situations présumées de dépendance : certaines situations doivent être considérées comme constituant des présomptions de dépendance. Il en est ainsi : - de la tenue, de l'élaboration des comptes de l'entité contrôlée (sauf prestations exceptionnelles d'assistance ponctuelle portant sur les comptes consolidés) ». Quant à l'article 11 du même code, il précise que : « toute mission proposée au commissaire aux comptes doit faire l'objet de sa part, avant acceptation, d'une appréciation de la possibilité d'assurer cette mission. Il ne peut accepter un mandat qui le placerait dans une situation de dépendance matérielle ou intellectuelle ». Or, à la date des faits litigieux, ce code n'avait pas été adopté par décret – il en est désormais autrement depuis l'adoption du décret du 16 novembre 2005 modifié par le décret du 24 avril 2006. Cette circonstance est sans incidence sur le sort du litige. La référence à ces articles, dépourvus de toute valeur normative, n'est en effet pas décisive. La définition des règles professionnelles auxquelles la disposition qui pose l'infraction peut faire référence n'a pas nécessairement à figurer dans un texte écrit. Ces règles peuvent découler des usages. Par votre décision précitée *HA...*, vous avez admis que figuraient au nombre des règles dont la méconnaissance peut être sanctionnée par la Cour de discipline budgétaire et financière les usages prudentiels applicables aux établissements financiers et bancaires. Elles peuvent aussi avoir été recueillies et formalisées dans des codes de déontologie qui n'ont pas nécessairement à être opposables juridiquement. Tel est l'objet du code de 1998 qui se borne à rappeler les usages et bonnes pratiques professionnelles au vu desquelles le comportement des experts comptables peut être apprécié. La référence qu'y fait la décision attaquée est, d'une certaine manière, surabondante.

Lorsque le régime des sanctions ne concerne qu'un cercle restreint de personnes et que sa nature suppose que ne peuvent être punis que des manquements à des règles ou des obligations que les professionnels avertis ne sauraient ignorer, une incrimination précise et détaillée dans un texte juridiquement opposable ne s'impose pas nécessairement. Le principe de légalité des délits a été et reste conçu comme une barrière à l'arbitraire et aux inégalités de tous ordres dans la répression. Il permet en effet l'exercice de la liberté individuelle par la connaissance des frontières et de la mesure de l'interdit. Mais les modalités de son respect doivent être adaptées à la nature de la répression en cause. En matière de sanction professionnelle, le principe de légalité des délits est respecté dès lors qu'est expressément prévue la répression des manquements aux règles professionnelles. De ce point de vue, la définition des incriminations par l'article 88 du décret de 1969 et l'article L. 225-222 du code de commerce est suffisamment précise.

Il est impossible qu'un texte envisage *a priori* et de manière exhaustive tous les manquements possibles à la déontologie d'une profession. Certaines obligations doivent pouvoir n'être définies que de manière générale et par référence à des standards, comme le manquement à l'honneur ou à la probité. Mais l'effort de formalisation n'est pas inutile : le

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

développement progressif des règles déontologiques et de leur codification annonce et prépare l'extension du principe de légalité des délits que vous consacrerez aujourd'hui.

Dans ces conditions, nous considérons qu'en jugeant qu'au nombre des règles dont la méconnaissance peut être sanctionnée au titre de l'article L. 225-222 du code de commerce et de l'article 88 du décret du 12 août 1969, figurent les articles 8, 11 et 33 du code de déontologie professionnelle, règles professionnelles rappelées à partir de 1998 par le Conseil national des commissaires aux comptes, le Haut Conseil n'a pas entaché sa décision d'erreur de droit. Cette solution démontre que l'application du principe de légalité des délits<sup>19</sup> n'entraîne, compte tenu des conditions dans lesquelles vous en appréciez le respect, aucune paralysie de la répression disciplinaire des professionnels.

Venons-en au moyen tiré de l'inexacte qualification juridique des faits. Rappelons les faits litigieux. Il ressort des pièces du dossier soumis au Haut Conseil – qui n'a pas, contrairement à ce qui est soutenu, dénaturé les faits – que M. P... est intervenu comme signataire pour la certification des comptes de la société Rexel, notamment au titre des exercices clos les 31 décembre 2001 et 31 décembre 2002, alors que, parallèlement, sous la signature d'un autre commissaire aux comptes également associé du même cabinet d'audit KPMG, une mission a été diligentée de février à décembre 2002 auprès de la société Rexel visant, d'une part, à l'assister dans la réalisation de ses travaux de consolidation de l'exercice 2001 et, d'autre part, à superviser ses travaux de reporting et de consolidation.

Le Haut Conseil a relevé, en premier lieu, qu'une telle mission d'assistance apportée par le cabinet KPMG à la société Rexel, était étrangère à la mission légale de certification des comptes dont celui-ci était par ailleurs chargé. Dans un deuxième temps, il a estimé que de par sa nature, sa durée, ses modalités d'exécution et le montant de sa rémunération, cette intervention était de nature à faire présumer une situation de perte d'indépendance du cabinet, incompatible avec l'ensemble des règles régissant la profession.

Vous répondrez tout d'abord à M. P... que, compte tenu de sa durée et du montant de sa rémunération, la prestation litigieuse ne peut être qualifiée d'exceptionnelle.

Vous lui répondrez ensuite qu'alors même qu'il n'a pas conduit lui-même les travaux de consolidation, il pouvait être sanctionné sans méconnaissance du principe de la responsabilité personnelle.

En matière pénale, le principe de responsabilité personnelle a valeur constitutionnelle. Levant sur ce point les ambiguïtés de la décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976<sup>20</sup>, la décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999 consacre expressément « le principe, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait ». Votre jurisprudence n'ignore pas le

---

<sup>19</sup> Que préfigurait votre décision CC... (19 juin 2002 T. p.223).

<sup>20</sup> Par laquelle le Conseil avait admis que la mise à la charge de l'employeur du paiement des amendes prononcées à raison d'une infraction aux règles d'hygiène et de sécurité commise par un préposé ne portait atteinte à aucun principe de valeur constitutionnelle applicable en matière pénale.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

principe de personnalité de la responsabilité qu'il s'agisse du contentieux particulier des contraventions de grande voirie (Section, 5 juillet 2000, *Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ CR...*, p.294), de la répression des infractions commises en matière économique (Section, 8 janvier 1954, *Dame Llouquet*, p. 22, s'agissant d'une amende infligée en raison d'une infraction à la réglementation établie par le Centre national de la cinématographie) ou de la matière disciplinaire (25 novembre 1987, *Mme F M-G...*, T. p. 912, 915 et 917).

Enfin, fruit de votre travail qui s'inscrit dans la ligne de la décision du Conseil constitutionnel n° 89-260 DC du 28 juillet 1989<sup>21</sup> d'acclimatation des principes du droit pénal à la répression administrative, vous avez affirmé par votre avis contentieux du 29 octobre 2007, *Société Sportive professionnelle « LOSC Lille Métropole »* (précité), que le « principe constitutionnel de responsabilité personnelle en matière pénale est applicable aux sanctions administratives et disciplinaires » (voyez également Section, 6 juin 2008, *Société Tradition Securities and Futures*, p. 189).

Dans la décision attaquée, le Haut Conseil a d'abord relevé que « la situation de l'intéressé au regard de son indépendance dans la conduite de sa mission au sein de Rexel doit être appréciée au regard des prestations réalisées dans l'entité concernée » avant de considérer que M. P... « s'est trouvé pour l'exercice de sa mission de certification au sein de la société Rexel en tant qu'associé signataire en situation de perte d'indépendance, eu égard à la nature, à la durée de l'intervention de la société à laquelle il appartient et aux montants respectifs des honoraires perçus au titre de ces deux missions ». Nulle erreur de droit dans ce raisonnement : le comportement reproché à l'intéressé est bien de son fait : c'est d'avoir certifié les comptes d'une société pour laquelle le cabinet d'audit dont il est l'associé avait fourni une prestation préalable de consolidation. De ce point de vue, l'organisation interne de la société KPMG et l'absence d'élément intentionnel de la part de M. P... ne sont pas susceptibles d'éviter le risque de perte d'indépendance qui lui est reproché. La faute qu'il a commise réside dans le fait de ne pas avoir tiré toutes les conséquences de la mission d'assistance et de conseil à la consolidation en se plaçant en situation de certifier des comptes que sa propre société avait contribué à élaborer. En se plaçant en situation d'incompatibilité, M. P... a porté une atteinte personnelle et effective à l'exigence d'indépendance. C'est pourquoi vous écarterez ce dernier moyen tiré de l'inexacte qualification juridique des faits.

Si vous nous suivez, vous rejetterez le pourvoi de M. P..... y compris ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

---

<sup>21</sup> Selon laquelle « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ».

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*