

SCP DEFRENOIS & LEVIS
Avocat aux Conseils
21 bld. de Beauséjour
75016 PARIS
tél. 01 45 25 53 00
fax 01 45 25 40 09

N° 2012-280 QPC

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

OBSERVATIONS EN INTERVENTION

POUR : **L'association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (APDC)**, dont le siège est Maison du Barreau, 2, rue de Harlay, 75001 PARIS, représenté par son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège

SCP DEFRENOIS & LEVIS

PRESENTATION

La question de la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit, de l'article L. 430-8, IV du code de commerce, ainsi que des articles L. 461-1, II, L. 461-3 et L. 462-5, III du même code a été renvoyée au Conseil constitutionnel par le Conseil d'Etat.

Si elle s'inscrit dans un contexte de déconcentration particulier à l'espèce dans laquelle elle a été posée (*cf.* art. L. 430-8, IV, code de commerce), cette question a, en réalité, une portée plus générale affectant les modalités régissant le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence.

En effet, lorsqu'elle dénonce la confusion des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction au sein de l'Autorité de la concurrence (*cf.* art. L. 461-1, II, L. 461-3 et L. 462-5, III, code de commerce), elle dépasse le seul cadre du contrôle des concentrations économiques pour toucher tous les champs de compétence de l'Autorité en ce qu'elle dispose d'un pouvoir de sanction.

C'est à ce débat élargi, et en vue de lui donner toute sa plénitude, que l'association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (ci-après APDC) entend participer.

PROCEDURE

I. Par arrêt rendu le 17 juillet 2012 sur les conclusions conformes du rapporteur public (*cf.* CE, 17 juillet 2012, *société Groupe Canal Plus et autre*, req. n° 353.856), le Conseil d'Etat a, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, décidé de renvoyer au Conseil constitutionnel :

« la question de la conformité à la Constitution du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2008, ainsi que du II de l'article L. 461-1, de l'article L. 461-3 et du III de l'article L. 462-5 du même code, dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008 » (art. 2).

Le Conseil d'Etat a notamment considéré :

« que les dispositions du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 4 août 2008, qui constituent un ensemble indissociable, et les dispositions du II de l'article L. 461-1, de l'article L. 461-3 et du III de l'article L. 462-5 du même code, dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008, sont applicables au présent litige ; que ces dispositions n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel ; que le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au principe d'impartialité et, en ce qui concerne le IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, à la liberté d'entreprendre, soulève une question présentant un caractère sérieux ; qu'ainsi, en ce qui concerne ces dispositions, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée » (cons. 6).

La question, aussitôt transmise au Conseil constitutionnel, a été enregistrée sous le n° 2012-280 QPC.

II. C'est l'instance à laquelle l'APDC, exposante, entend intervenir.

DISCUSSION

III. L'association exposante est recevable à intervenir au soutien de la question qui affecte l'organisation de l'Autorité de la concurrence (**A**) ; d'autant que cette question revêt un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels d'indépendance et d'impartialité (**B**).

A – SUR LA RECEVABILITE DE L'INTERVENTION

IV. Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité prévoit, en son article 6 dans sa rédaction issue de la décision n° 2011-120 ORGA du 21 juin 2011 et applicable à compter du 1^{er} juillet 2011, le cas où :

« une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité dans un délai de trois semaines suivant la date de sa transmission au Conseil constitutionnel, mentionnée sur son site internet » (al. 2).

L'intervention d'un tiers tient à la justification d'un intérêt spécifique à intervenir par rapport à la question posée, partant « *au maintien ou à l'abrogation de la loi* » (R. Fraisse, « La procédure en matière de QPC devant le Conseil constitutionnel, considérations pratiques », *AJDA* 2011, p.1248) ;

V. Fondée en 2008 et déclarée sous le n° 00187068, l'APDC est une association professionnelle régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 (*cf.* not. le site internet de l'APDC ¹).

Elle est exclusivement composée d'avocats et d'avocats aux Conseils justifiant d'une pratique habituelle et confirmée du droit de la concurrence, français et/ou communautaire.

¹ A l'adresse suivante : <http://www.aapdc.fr/fr/accueil.html>

Aux termes de l'article 3 de ses statuts :

« L'Association a pour objet, dans le cadre des fonctions de l'Avocat, toutes études, recherches, actions en justice et autres initiatives de nature à faire progresser le droit de la concurrence et ses techniques, méthodes et procédures d'application, tant sur le plan national que sur le plan communautaire et international ».

• Or, la question posée au Conseil constitutionnel vise notamment à contester les règles de prise de décisions au sein de l'Autorité de la concurrence :

- IV de l'article L. 430-8 fixe l'étendue des pouvoirs, notamment de sanction pécuniaire, de l'Autorité de la concurrence lors du suivi des obligations souscrites dans le cadre d'une opération de concentration économique ;
- le II de l'article L. 461-1 du code de commerce a trait aux attributions confiées à l'Autorité de la concurrence ;
- l'article L. 461-3 décrit les différentes formations dans lesquelles le collège de l'Autorité de la concurrence peut statuer et les conditions dans lesquelles ses décisions sont adoptées ;
- le III de l'article L. 462-5 est, quant à lui, relatif à la faculté, pour l'Autorité de la concurrence, de s'autosaisir.

La remise en cause de l'organisation de l'organe français de régulation de la concurrence, au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, et en particulier au regard du « *principe d'impartialité* » mentionné par le Conseil d'Etat dans son arrêt de renvoi, est incluse dans l'objet social de l'APDC exposante.

• C'est précisément cette question de l'impartialité qui a déterminé la création de l'APDC à partir du mois de mai 2008, dans la perspective de la constitution de l'Autorité de la concurrence, née de la transformation du Conseil de la concurrence en vertu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, puis de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

L'association exposante justifie, ainsi, d'un « *intérêt spécial* » au sens de l'article 6, alinéa 2 du règlement intérieur pour intervenir dans l'instruction de la question prioritaire de constitutionnalité enregistrée sous le n° 2012-280 QPC.

B – SUR LE CARACTERE SERIEUX DE LA QUESTION

VI. La question prioritaire de constitutionnalité que le Conseil d'Etat a, le 17 juillet 2012, renvoyée au Conseil constitutionnel est sérieuse au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée : la confusion des fonctions au sein de l'Autorité de la concurrence heurte les standards constitutionnels d'indépendance et d'impartialité.

VII. Dans le *Vocabulaire juridique*, **l'indépendance** correspond à la situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions.

L'impartialité désigne, quant à elle, l'absence de parti pris, de préjugé, de préférence ou encore d'idée préconçue (G. Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 8^{ème} éd., 2007, V° Indépendance et Impartialité).

La première, qui relève d'un statut, s'exprime en externe par rapport aux autres pouvoirs publics. La seconde revêt une double dimension : d'un côté subjective ou personnelle, propre à chacun des membres de l'organe public ; de l'autre objective ou fonctionnelle, à l'organisation et au fonctionnement de cet organe.

- Indépendance et impartialité vont souvent de pair dans la jurisprudence constitutionnelle.

Le Conseil constitutionnel les a érigées l'une et l'autre au rang de principes à valeur constitutionnelle et englobées dans les prescriptions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789, lequel dispose :

« Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

Par là, il les a rangées au nombre des règles fondamentales de l'Etat de droit (*cf.* par ex. Cons. const., n° 2003-466 DC, 20 février 2003, cons. 23 ; Cons. const., n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, cons. 24 ; ou encore J.-M. Sauvé, « Un juge indépendant et impartial », *Mélanges Costa*, Dalloz, 2011, pp. 541-544).

Au regard de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le juge constitutionnel a ainsi affirmé que « *les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles* » (Cons. const., n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, cons. 3 ; Cons. const., n° 2012-241 QPC, 4 mai 2012, cons. 22 ; Cons. const., n° 2012-250 QPC, 8 juin 2012, cons. 3).

- L'impartialité constitue, quant à elle, un principe général du droit (*cf.* not. CE ass., 3 décembre 1999, *Didier*, *Rec.* p. 399) qui s'impose à tous les organes juridictionnels, quels qu'ils soient.

Il s'agit d'une valeur commune aux démocraties européennes, rappelée à l'article 6, §. 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui proclame le droit de tout à chacun d'être jugé par un « *tribunal indépendant et impartial* » (*cf.* not. L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2006, pp. 435-457).

C'est « *la condition sine qua non du système juridique entier* », un « *impératif* » avec lequel « *il ne faut pas composer* » (M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, *chron.*, p. 53, n° 1).

VIII. L'existence de garanties d'indépendance et d'impartialité constitue une « *exigence* » que le Conseil constitutionnel contrôle de façon concrète (*cf.* par ex. Cons. const., n° 86-213 DC, 3 septembre 1986, cons. 13 ; Cons. const., n° 98-408 DC, 22 janvier 1999, cons. 27).

Ces garanties doivent être légales, c'est-à-dire ressortir d'une disposition législative dont la constitutionnalité ne saurait dépendre des mesures réglementaires éventuellement prises pour son application.

IX. Cette « exigence » ne vaut pas uniquement pour les juridictions ; elle vaut plus largement pour toutes les autorités administratives indépendantes qui exercent des fonctions de nature juridictionnelle et **prononcent des sanctions ayant le caractère de punition.**

S'agissant de l'ancienne Commission bancaire, *i.e.* une autorité administrative indépendante légalement qualifiée de juridiction lorsqu'elle prononçait une sanction, le Conseil constitutionnel a, par décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, déclaré contraires à la Constitution les « dispositions (...) organisant (...) sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires », en ce qu'elles « méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions » (Cons. const., n° 2011-200 QPC, 2 décembre 2011, cons. 8 ; cf. not. Th. Samin, « La Commission bancaire sanctionnée par le Conseil constitutionnel », *Rev. dr. banc. et fin.* 2012, alertes n°1 ; F. Miloudi, « L'impartialité des autorités de régulation bancaire remise en cause », *Petites Affiches* 14 mars 2012, pp.3-6).

- Le commentaire de la décision (consultable sur son site internet ²) consacre que l'exigence d'indépendance et d'impartialité s'applique à toutes les autorités administratives indépendantes, en indiquant que :

« même si le Conseil constitutionnel ne l'avait pas encore, jusqu'à présent, expressément jugé, il ne faisait pas de doute que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes, ce qui laisse ces dernières libres de s'organiser selon des règles d'indépendance fonctionnelle ou de séparation organique. Telle est la solution consacrée par la présente affaire, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » (pp. 5-6).

² A l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2011/2011-200-qpc/decision-n-2011-200-qpc-du-02-decembre-2011.103980.html>

- Du reste, le Conseil constitutionnel avait, depuis longtemps, fait de l'impartialité une « *obligation générale* » (B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse », *RFDA* 1989, p. 679) pour tout organisme administratif, à commencer par les autorités administratives indépendantes.

Il a ainsi affirmé que :

« la Commission des opérations de bourse est, à l'instar de tout organe administratif, soumise à une obligation d'impartialité pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence et aux règles déontologiques qui en découlent » (Cons. const., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, cons. 10).

- Dans les conclusions qu'il a prononcées publiquement sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 juillet 2012, M. Vincent Daumas, rapporteur public, a précisément exprimé que :

*« la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'exclut nullement que ces principes puissent s'appliquer au-delà, notamment aux quasi-juridictions que sont bon nombre d'autorités administratives indépendantes **lorsqu'elles prennent des sanctions, comme c'est le cas de l'Autorité de la concurrence** ».*

Avant de reconnaître que la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011 « *donne à penser que ce dernier n'a pas entendu limiter le champ d'application du principe d'impartialité découlant de l'article 16 de la DDHC aux seules juridictions au sens strict* » et « *qu'il entend également se montrer exigeant en matière de séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction* ».

X. En l'espèce, les dispositions de l'article L. 430-8, IV du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, et des articles L. 461-1, II, L. 461-3 et L. 462-5, III du code de commerce, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, ne suffisent pas à garantir l'indépendance et l'impartialité des fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction exercées successivement par l'Autorité de la concurrence.

- Le IV de l'article L. 430-8 confère à l'Autorité de la concurrence, dans l'hypothèse où elle constate l'inexécution d'une obligation figurant dans la décision ayant statué sur une opération de concentration économique, le pouvoir d'« enjoindre sous astreinte (...) d'exécuter », ainsi que celui-ci, « en outre », d'« infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire ».

- Le II de l'article L. 461-1 postule que « les attributions confiées à l'Autorité de la concurrence sont exercées par un collège composé de dix-sept membres, dont un président, nommés pour une durée de cinq ans », avant de décrire la composition de ce collège.

- L'article L. 461-3 énonce que « l'Autorité de la concurrence peut siéger soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente » (al. 1^{er}). Il précise également les conditions dans lesquelles les formations délibèrent.

- Le III de l'article L. 462-5 prévoit notamment que l'Autorité de la concurrence peut « se saisir d'office (...) des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration ».

- Ces dispositions sont dépourvues d'équivoque : aucune n'envisage une séparation organique des « attributions confiées à l'Autorité de la concurrence ». Celle-ci ne possède qu'un collège unique, et non une structure dualiste à l'instar de celle dont l'Autorité des marchés financiers est dotée, qui distinguerait *a minima*, d'un côté, une formation chargée d'engager les poursuites et de procéder à l'instruction, de l'autre, une formation spécifiquement chargée d'infliger des sanctions.

De sorte qu'en l'état, ces articles du code de commerce déferés à la censure du Conseil constitutionnel, en ce qu'ils permettent au même collège de l'Autorité de la concurrence d'agir tout à la fois comme autorité de poursuite puis d'instruction et enfin de sanction, ne laissent aucun doute sur la confusion des fonctions qui règne au sein de l'organe de régulation.

- Sans doute l'article L. 461-4 du code de commerce organise-t-il les « *services d'instruction* » sous la direction du rapporteur général.

Toutefois, cette organisation ne fait pas réellement illusion : si l'Autorité de la concurrence « *dispose* » de ces services (al. 1^{er}), c'est bien qu'ils sont à la disposition de son collègue.

Aussi bien, en ce que l'article L. 430-8, IV du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, et les articles L. 461-1, II, L. 461-3 et L. 462-5, III du même code, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, portent atteinte aux principes constitutionnels d'indépendance et d'impartialité, ils doivent être déclarés contraires à la Constitution.

*

PAR CES MOTIFS et tous autres à produire, déduire ou suppléer au besoin même d'office,

l'association exposante conclut qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

- **ADMETTRE** la présente intervention au titre de la question prioritaire de constitutionnalité enregistrée sous le n° 2012-280 QPC ;
- **DECLARER** que les dispositions des articles L. 430-8, IV, L. 461-1, II, L. 461-3 et L. 462-5, III du code de commerce, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, sont contraires à la Constitution ;

avec toutes conséquences de droit.

SCP DEFRENOIS & LEVIS
Avocat aux Conseils

PRODUCTIONS :

- 1) Statuts de l'APDC, en date du 16 octobre 2008
- 2) Procès-verbal de la réunion du conseil de l'APDC, en date du 6 août 2012