

Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012

Société Groupe Canal Plus et autre

(Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)

Le Conseil d'État a renvoyé au Conseil constitutionnel le 17 juillet 2012 (décision n° 353856 du même jour) une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par les sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions du IV de l'article L. 430-8, du II de l'article L. 461-1, de l'article L. 461-3 et du III de l'article L. 462-5 du code de commerce, lesquelles portent sur l'organisation de l'Autorité de la concurrence et son pouvoir de sanction.

Dans sa décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré l'ensemble de ces dispositions conformes à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Le contexte

L'Autorité de la concurrence a succédé au Conseil de la concurrence à la suite de la réforme introduite par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et entrée en vigueur lors de la promulgation de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, laquelle a complété les dispositions de la loi du 4 août 2008 et a été ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

Cette réforme de l'autorité administrative indépendante (AAI) chargée de la régulation de la concurrence, qui s'est largement inspirée des propositions de la Commission pour la libération de la croissance française¹, a porté sur les trois domaines de compétence de l'AAI : le contrôle des opérations de concentration, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et les questions générales de concurrence des marchés.

¹ Commission présidée par M. Jacques Attali et qui a déposé son rapport le 23 janvier 2008.

Ainsi, le législateur a procédé au transfert de l'ensemble de la procédure de contrôle des opérations de concentration à l'Autorité de la concurrence, alors que cette procédure était auparavant d'abord confiée au ministre chargé de l'économie (pour une phase d'examen sommaire), lequel saisissait le cas échéant le Conseil de la concurrence pour une phase d'examen approfondi. De même, a été ouverte la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de veiller elle-même à l'exécution de ses décisions en matière de contrôle des opérations de concentration.

En matière de contrôle des opérations de concentration, l'Autorité de la concurrence a rendu, en 2011, 215 décisions, dont 7 autorisant une concentration sous réserve d'engagements. Chargée de veiller à l'exécution de l'ensemble des autorisations assorties d'engagements, y compris ceux qui ont été pris avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2008, elle a ainsi à surveiller plus d'une trentaine d'engagements.

B. – La version des dispositions contestées

L'article 95 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a modifié les dispositions du code de commerce relatives à l'organisation du Conseil de la concurrence pour les adapter à la création de l'Autorité de la concurrence.

L'article L. 461-1 du code de commerce fixe, dans son II, la composition de l'Autorité de la concurrence, laquelle succède au Conseil de la concurrence. Il dispose ainsi : *« 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 par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie. - Le président est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique. - Le collège comprend également : 1° Six membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires ; 2° Cinq personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation ; 3° Cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales. - Quatre vice-présidents sont désignés parmi les membres du collège, dont au moins deux parmi les personnalités mentionnées aux 2° et 3°. »*

L'article L. 461-3 du même code prévoit la composition des formations dans lesquelles cette autorité peut délibérer ainsi que les règles de cette délibération : *« L'Autorité de la concurrence peut siéger soit en formation plénière, soit en*

sections, soit en commission permanente. La commission permanente est composée du président et des quatre vice-présidents. - Les formations de l'autorité délibèrent à la majorité des membres présents. Le règlement intérieur de l'autorité détermine les critères de quorum applicables à chacune de ces formations. - En cas de partage égal des voix, la voix du président de la formation est prépondérante. - Le président, ou un vice-président désigné par lui, peut adopter seul les décisions prévues à l'article L. 462-8, ainsi que celles prévues aux articles L. 464-2 à L. 464-6 quand elles visent des faits dont l'Autorité de la concurrence a été saisie par le ministre en application du quatrième alinéa de l'article L. 464-9. Il peut faire de même s'agissant des décisions prévues à l'article L. 430-5. »

L'article 96 de la loi du 4 août 2008 a modifié pour sa part les dispositions relatives au contrôle des opérations de concentration. Ainsi, le IV de l'article L. 430-8 du code de commerce confie à l'Autorité de la concurrence le pouvoir de constater que les exigences imposées dans le cadre des opérations de concentration n'ont pas été respectées et adopter en conséquence un certain nombre de mesures : *« Si elle estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement figurant dans sa décision ou dans la décision du ministre ayant statué sur l'opération en application de l'article L. 430-7-1, l'Autorité de la concurrence constate l'inexécution. Elle peut : 1° Retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I ; 2° Enjoindre sous astreinte, dans la limite prévue au II de l'article L. 464-2, aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements. - En outre, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I. - La procédure applicable est celle prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de quinze jours ouvrés. - L'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés. »*

L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, dont la promulgation a permis l'entrée en vigueur des dispositions introduites par les articles 95 et 96 de la loi du 4 août 2008, a dans le même temps procédé à de nouvelles modifications législatives.

Cette ordonnance a modifié la rédaction du quatrième alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce.

Elle a également modifié l'article L. 462-5 du code de commerce, qui n'avait pas été modifié par la loi du 4 août 2008, relatif aux conditions dans lesquelles l'Autorité de la concurrence peut être saisie. Le III de cet article prévoit désormais une possibilité de saisine d'office de l'Autorité de la concurrence en matière d'opérations de concentration, sur proposition de son rapporteur général : « *Le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office des pratiques mentionnées aux I et II et à l'article L. 430-8 ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration intervenues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.* »

Cette ordonnance a ensuite été ratifiée par le 12° de l'article 139 de la loi du 12 mai 2009 précitée.

Le Conseil constitutionnel, saisi du paragraphe II de l'article L. 461-1, de l'article L. 461-3 et du paragraphe III de l'article L. 462-5 « *dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008* », et du paragraphe IV de l'article L. 430-8 du code de commerce « *dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2008* », a précisé sur deux points les dispositions qu'il devait examiner.

Le paragraphe II de l'article L. 461-1 du code de commerce, introduit par la loi du 4 août 2008, avait été modifié par la loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, sur un point : la suppression de la mention de l'avis des commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence préalable à la nomination du président de l'Autorité de la concurrence, cette mention étant transférée au tableau annexé à ladite loi.

Par conséquent, la QPC transmise posait un problème relatif à la version du paragraphe II de l'article L. 461-1 faisant l'objet du renvoi au Conseil constitutionnel. Il revenait au Conseil d'interpréter le renvoi du paragraphe II de l'article L. 461-1 du code de commerce « *dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 13 novembre 2008* »². Dans la mesure où la QPC a été soulevée à l'occasion d'un contentieux relatif à une décision prise par l'Autorité de la concurrence en septembre 2011, le Conseil a considéré que le renvoi visait les dispositions législatives applicables lors de cette décision, et par conséquent

² Comme il l'avait fait, notamment dans sa décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C. (Fichier empreintes génétiques)*, cons. 1.

qu'il s'agissait d'un renvoi du paragraphe II de l'article L. 461-1 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 23 juillet 2010 (cons. 1).

Par ailleurs, le quatrième alinéa de l'article L. 461-3 avait été modifié par l'article 139 de la loi du 12 mai 2009 ayant procédé à la ratification de l'ordonnance du 13 novembre 2008. Le Conseil constitutionnel ne pouvait par conséquent être saisi de la rédaction de cet article résultant de l'ordonnance du 13 novembre 2008, cette rédaction n'ayant jamais acquis une nature législative. Le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé qu'il « *ne peut être saisi que de dispositions qui revêtent le caractère de dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution* »³, a donc considéré qu'il était saisi de l'article L. 461-3 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 12 mai 2009 (cons. 1).

II. – L'examen de constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Les griefs des sociétés requérantes

Le 20 septembre 2011, l'Autorité de la concurrence a constaté l'inexécution de plusieurs engagements pris par le Groupe Canal Plus dans le cadre de l'autorisation qui lui avait été accordée cinq ans auparavant de regrouper les activités de télévision payante de TPS et du Groupe Canal Plus. L'Autorité de la concurrence a donc décidé de retirer la décision ministérielle autorisant la concentration ainsi que d'infliger une sanction pécuniaire de 30 millions d'euros.

Les sociétés concernées ont procédé à une nouvelle notification de l'opération de concentration dans le mois suivant la décision du 20 septembre 2011, conformément à ce que prévoit le paragraphe IV de l'article L. 430-8 du code de commerce.

C'est à l'occasion de la requête en annulation de la décision du 20 septembre 2011 de l'Autorité de la concurrence que les sociétés requérantes ont soulevé deux QPC, qui ont fait l'objet d'une seule décision de renvoi par le Conseil d'État.

En premier lieu, les sociétés requérantes contestaient la composition de l'Autorité de la concurrence en un seul collège, prévue par le paragraphe II de l'article L. 461-1 du code de commerce, et les règles applicables aux formations

³ Voir décisions n° 2011-152 QPC du 22 juillet 2011, *M. Claude C. (Disposition réglementaire – Incompétence)*, cons. 4 ; n° 2011-219 QPC du 10 février 2012, *M. Patrick É. (Non lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur)*, cons. 3.

de jugement, fixées par l'article L. 461-3 du même code, qui ne permettraient pas de garantir que les membres du collège ayant participé à l'examen du projet initial de concentration ne participent pas ensuite à la décision prise par l'Autorité sur les manquements aux engagements pris dans le cadre de l'opération de concentration, puis à l'examen de la nouvelle notification du projet de concentration dans l'hypothèse où la décision autorisant initialement la concentration aurait été retirée. Ainsi, les fonctions de régulation et les fonctions de sanction seraient confondues au sein de l'Autorité de la concurrence.

Les requérants dénonçaient de la même façon l'absence de distinction entre les fonctions de poursuite et les fonctions de jugement, le III de l'article L. 462-5 permettant à l'Autorité de la concurrence de s'autosaisir pour décider si des sanctions doivent être prononcées puis de prononcer lesdites sanctions.

Serait ainsi porté atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

En deuxième lieu, le paragraphe IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, en permettant à l'Autorité de la concurrence de retirer une décision autorisant une opération de concentration lorsqu'elle constate l'inexécution de certains engagements, porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. La disproportion de l'atteinte à la liberté d'entreprendre tiendrait à l'absence de prise en compte du caractère parfois irréversible de l'opération de concentration déjà réalisée (le cas d'espèce, d'une autorisation accordée en 2006 et retirée en 2011, étant mis en avant). Ainsi, l'entreprise concernée serait *de facto* contrainte d'accepter les nouvelles exigences imposées par l'Autorité de la concurrence à l'occasion de la nouvelle notification de l'opération de concentration, cette nouvelle notification permettant à l'Autorité de la concurrence d'imposer par voie d'injonctions « *toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante* » ou d'obliger les parties à observer des prescriptions « *de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence* » (paragraphe III de l'article L. 430-7). Cette ingérence insuffisamment encadrée dans la gestion des entreprises ne saurait dès lors être considérée comme proportionnée au regard de la liberté d'entreprendre.

Cette disposition serait également contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. L'expression « *notifier de nouveau l'opération* » serait ainsi « *obscur et incompréhensible* », ne permettant pas de savoir à quel type d'analyse concurrentielle seront soumises les opérations de concentration que les entreprises doivent à nouveau notifier à l'Autorité de la concurrence.

Enfin, les sociétés requérantes invoquaient également la méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de clarté et de précision de la loi à l'encontre du IV de l'article L. 430-8, qui ne préciserait pas le point de départ du délai de 75 jours ouvrés accordé à l'Autorité de la concurrence pour se prononcer sur l'inexécution des engagements d'une entreprise.

B. – Le principe de la liberté d'entreprendre

1. La jurisprudence du Conseil constitutionnel

La liberté d'entreprendre est consacrée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elle n'est toutefois « *ni générale ni absolue* »⁴.

Ainsi, selon une jurisprudence désormais bien établie, « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »⁵. Par conséquent, toute limitation de cette liberté doit être justifiée par une exigence constitutionnelle ou par un motif d'intérêt général.

Le contrôle opéré par le Conseil se limite le plus souvent à un contrôle de la disproportion manifeste⁶, qui conduit très rarement à la censure. Le Conseil reconnaît une large marge d'appréciation au législateur. Seules deux censures peuvent être relevées depuis la consécration en 1982 de la liberté d'entreprendre :

– dans sa décision n° 2001-455 DC⁷, le Conseil a censuré la définition très restrictive du licenciement pour motif économique qu'entendait poser la loi de modernisation sociale (cons. 47 à 50) ;

⁴ Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 12 et 13.

⁵ Dans cette formulation, décisions n°s 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 26 ; 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 24 ; 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres (Prohibition des machines à sous)*, cons. 4 ; 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre (Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence)*, cons. 4 ; 2012-258 QPC du 22 juin 2012, *Etablissements Bargibant SA (Nouvelle-Calédonie - Validation – Monopole d'importation des viandes)*, cons. 6.

⁶ Décisions n°s 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, cons. 24 à 36 ; 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 43 à 50.

⁷ Décision n° 2001-455 DC précitée.

– plus récemment, la décision n° 2010-45 QPC⁸ a censuré pour incompétence négative au regard de la liberté d’entreprendre et de la liberté de communication l’article L. 45 du code des postes et des communications électroniques (nommage internet en « .fr »).

En matière de dispositions législatives relatives aux pratiques de concurrence, le Conseil constitutionnel met en balance la liberté d’entreprendre et l’objectif de préservation de l’ordre public économique.

Ainsi, saisi de dispositions législatives permettant de réprimer les pratiques contractuelles restrictives de concurrence et de faire constater la nullité des clauses litigieuses, le Conseil a considéré *« qu’en adoptant les dispositions contestées, le législateur a attribué à l’autorité publique un pouvoir d’agir pour faire cesser des pratiques restrictives de concurrence mentionnées au même article, constater la nullité de clauses ou contrats illicites, ordonner le remboursement des paiements indus faits en application des clauses annulées, réparer les dommages qui en ont résulté et prononcer une amende civile contre l’auteur desdites pratiques ; qu’ainsi, il a entendu réprimer ces pratiques, rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la répétition de ces pratiques ; qu’en égard aux objectifs de préservation de l’ordre public économique qu’il s’est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d’entreprendre et l’intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales ; que l’atteinte portée à la liberté d’entreprendre par les dispositions contestées n’est pas disproportionnée au regard de l’objectif poursuivi »*⁹.

2. L’application à l’espèce

Le principal grief des requérants à l’encontre des sanctions pouvant être infligées par l’Autorité de la concurrence en application du paragraphe IV de l’article L. 430-8 du code de commerce portait sur la faculté de retirer l’autorisation de concentration, qui placerait la société ayant obtenu cette autorisation face à une obligation irréalisable et l’assujettirait ainsi au bon vouloir de l’Autorité de la concurrence.

La faculté de retirer l’autorisation de concentration n’est ouverte à l’Autorité de la concurrence que dans le cas où cette autorisation était subordonnée au respect d’un ou plusieurs engagements, injonctions ou prescriptions dont était assortie l’autorisation. Lorsque l’Autorité a délivré une autorisation sans conditions, elle ne peut en aucun cas la retirer. Le retrait ouvre la voie à une alternative : le

⁸ Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. (Noms de domaine Internet)*, cons. 6.

⁹ Décision n° 2011-126 QPC *précitée*, cons. 5.

retour à l'état antérieur à l'opération de concentration ou une nouvelle notification de l'opération.

Le dispositif de sanctions instauré par le législateur poursuit ainsi un objectif simple : s'assurer que les engagements souscrits lors des autorisations de concentration seront effectivement respectés par les entreprises. En effet, dans l'hypothèse où l'Autorité ne pourrait prononcer que des sanctions pécuniaires, ou enjoindre sous astreinte d'exécuter les obligations non exécutées, l'entreprise pourrait se libérer de ses engagements en payant les pénalités financières.

Le Conseil constitutionnel, après avoir ainsi analysé l'objectif poursuivi par le législateur (cons. 9), a également pris en considération les garanties procédurales propres à ces sanctions (cons. 10).

Le prononcé des sanctions par l'Autorité de la concurrence est subordonné à l'absence d'exécution des engagements dans les délais fixés. À cette condition de délai s'ajoutent les règles de prescription quinquennale propres aux faits dont l'Autorité de la concurrence est saisie. Enfin, le droit à un recours juridictionnel est assuré, et le juge saisi d'un tel recours doit s'assurer du bien-fondé des décisions prises par l'Autorité de la concurrence.

Le Conseil constitutionnel en a conclu que l'objectif poursuivi par le législateur est conforme à l'intérêt général de préservation de l'ordre public économique. Les sanctions applicables sont strictement délimitées et proportionnées à cet objectif. Par conséquent, le Conseil a jugé que le législateur avait opéré une conciliation entre la liberté d'entreprendre et la préservation de l'ordre public économique et que cette conciliation ne portait pas une atteinte disproportionnée à cette liberté (cons. 11).

C. – L'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi

Si le Conseil constitutionnel a dégagé un objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, il juge que sa méconnaissance ne peut être invoquée dans le cadre d'une QPC, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un droit ou d'une liberté garanti par la Constitution.

Les requérants, qui avaient connaissance de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle « *la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité*

sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution »¹⁰, ont toutefois fait valoir que l'intelligibilité insuffisante du paragraphe IV de l'article L. 430-8 faciliterait les atteintes à la liberté d'entreprendre et qu'elle pourrait à ce titre faire l'objet d'un contrôle dans le cadre d'une QPC (à l'instar du contrôle auquel procède le Conseil en matière d'incompétence négative).

Le Conseil n'a pas fait droit à cette demande et n'a pas modifié sa jurisprudence actuelle refusant d'examiner ce moyen en QPC (cons. 12).

En conséquence, il a jugé que le paragraphe IV de l'article L. 430-8 du code de commerce, qui ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, n'était contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit.

D. – Le respect des principes d'indépendance et d'impartialité

1° La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Le Conseil a depuis longtemps jugé que le principe d'indépendance est « *indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires* »¹¹ ou « *juridictionnelles* »¹².

Par la suite, il a fait relever le principe d'indépendance des juges non professionnels de l'article 16 de la Déclaration de 1789¹³. Il a, en effet, rattaché à la garantie des droits proclamée par cet article le droit à un recours effectif, les droits de la défense¹⁴, le droit à un procès équitable¹⁵ et, enfin, l'impartialité et l'indépendance des juridictions¹⁶.

Ainsi, bien que l'indépendance des magistrats judiciaires et celle des juges non professionnels trouvent un fondement constitutionnel différent (article 64 de la Constitution pour les premiers, article 16 de la Déclaration de 1789 pour les seconds), l'existence de garanties légales d'indépendance et d'impartialité des membres d'une juridiction constitue une exigence applicable à toutes les juridictions.

¹⁰ Pour un rappel récent : décision n° 2012-230 QPC du 6 avril 2012, *M. Pierre G. (Inéligibilités au mandat de conseiller général)*, cons. 6.

¹¹ Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 64.

¹² Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 15.

¹³ Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi relative aux juges de proximité*, cons. 23.

¹⁴ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

¹⁵ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 11.

¹⁶ Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 24.

Dans le cadre de la procédure de QPC, le Conseil a ainsi censuré la composition des tribunaux commerciaux maritimes où siégeaient des fonctionnaires et des militaires en fonction dans leur administration, laquelle, qui plus est, était l'autorité de poursuite¹⁷. Le Conseil constitutionnel a également censuré des dispositions relatives à la composition des commissions départementales d'aide sociale, au regard de l'exigence selon laquelle, d'une part, un fonctionnaire ne peut siéger dans une juridiction qui statue sur des questions relevant de l'activité des services auxquels il participe et, d'autre part, l'élu de l'assemblée délibérante d'une collectivité ne peut siéger dans la juridiction qui statue sur un litige dans lequel cette collectivité est partie¹⁸. Il a procédé de même à la censure des dispositions relatives à la composition de la commission centrale d'aide sociale¹⁹.

Le Conseil constitutionnel a, de même, déclaré contraire au principe d'impartialité des juridictions la possibilité pour le juge des enfants de renvoyer le mineur devant le tribunal pour enfants et de présider cette juridiction de jugement²⁰.

En revanche, le Conseil a déclaré conformes aux principes d'impartialité et d'indépendance la composition des tribunaux des affaires de sécurité sociale²¹, la procédure disciplinaire applicable aux avocats du barreau de Paris²², celle applicable aux vétérinaires²³, ainsi que la composition des tribunaux de commerce²⁴.

Le Conseil constitutionnel a expressément jugé que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes exerçant des fonctions de jugement dans sa décision du 2 décembre 2011 relative au pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire :

« Considérant que les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives

¹⁷ Décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres (Tribunaux maritimes commerciaux)*.

¹⁸ Décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. (Composition de la commission départementale d'aide sociale)*.

¹⁹ Décision n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012, *M. Christian G. (Composition de la commission centrale d'aide sociale)*.

²⁰ Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, *M. Tarek J. (Composition du tribunal pour enfants)*.

²¹ Décision n° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010, *M. Roger L. (Tribunaux des affaires de sécurité sociale)*, cons. 9.

²² Décision n° 2011-179 QPC du 29 septembre 2011, *Mme Marie-Claude A. (Conseil de discipline des avocats)*.

²³ Décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *M. Michel G. (Discipline des vétérinaires)*, cons. 13.

²⁴ Décision n° 2012-241 QPC du 4 mai 2012, *EURL David Ramirez (Mandat et discipline des juges consulaires)*.

et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution »²⁵.

2. L'application des principes d'impartialité et d'indépendance aux AAI exerçant un pouvoir de sanction

L'Autorité de la concurrence n'exerce pas une « fonction juridictionnelle » - ce qui la distingue ainsi de la Commission bancaire dans l'exercice de ses pouvoirs disciplinaires. Il s'agit d'une autorité administrative indépendante exerçant un pouvoir de sanction, comme il en existe plusieurs autres qui se sont substituées depuis quelques décennies à l'administration. La question nouvelle qu'avait à trancher le Conseil constitutionnel était celle de savoir si les principes d'impartialité et d'indépendance qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont ou non applicables à de telles AAI lorsqu'elles exercent un pouvoir de sanction.

Dans ses observations, l'Autorité de la concurrence faisait valoir que la nature non juridictionnelle des autorités administratives indépendantes, même lorsqu'elles sont dotées du pouvoir d'imposer des sanctions revêtant le caractère d'une punition, devrait conduire le Conseil à ne pas transposer *ne varietur* à ces autorités les principes applicables aux juridictions. Elle ajoutait dans ses premières observations qu'une telle transposition reviendrait « *en définitive, à écarter la possibilité offerte au législateur de confier l'exercice d'un pouvoir de sanction à un organe administratif* ».

L'Autorité s'appuyait en particulier sur la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 sur le Conseil de la concurrence, dans laquelle le Conseil constitutionnel a non seulement rappelé la « *nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence* », mais en a également déduit que les exigences relatives aux droits de la défense devaient être renforcées (en l'espèce, par la possibilité d'obtenir un sursis à exécution)²⁶. Elle concluait qu'une obligation d'impartialité s'impose à l'Autorité de la concurrence comme à tout organe administratif.

Cette analyse n'a pas été suivie par le Conseil constitutionnel. Lorsque le législateur met en place une autorité administrative indépendante, il entend apporter des garanties nouvelles et différentes de celles offertes par

²⁵ Décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur (Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire)*, cons. 8.

²⁶ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. 22.

l'administration. Il n'est pas possible de soutenir que les règles d'impartialité applicables à l'administration et celles applicables aux AAI sont identiques. C'est le sens général de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, dès 1989, a considéré qu'« *aucun principe 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* »²⁷.

Par la suite, ce considérant de principe, légèrement modifié, a été complété par une énumération non exhaustive de certains des droits et libertés constitutionnellement garantis dont le législateur doit garantir la protection lorsqu'il confère un pouvoir de sanction à une autorité administrative :

*« Considérant que 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 dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables 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 juridictionnelle »*²⁸

Ainsi le critère déterminant ne peut être le fait que le législateur ait qualifié l'AAI de « juridiction » ou qu'il ait énoncé qu'elle disposait d'un « pouvoir juridictionnel ». Dans la pratique, la présence ou l'absence de cette qualification est sans réelle conséquence : le fait que la Commission bancaire, et non l'Autorité de la concurrence, ait été qualifiée de juridiction administrative par la loi ne saurait déterminer à lui seul le contrôle que le Conseil décide d'opérer. La protection constitutionnelle dont jouissent les opérateurs soumis au contrôle d'une AAI ne peut varier en fonction du choix opéré par le législateur de

²⁷ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 6.

²⁸ Décisions nos 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 30, 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 50, 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 36 et 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 14.

qualifier ou non cette institution de juridiction lorsqu'elle exerce un pouvoir de sanction.

Le Conseil constitutionnel a donc complété sa jurisprudence, encore récemment rappelée dans la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, relative aux principes applicables aux AAI. De même qu'il avait déjà jugé que le principe de la légalité des délits et des peines et les droits de la défense font incontestablement partie des exigences constitutionnelles applicables aux AAI exerçant des pouvoirs de sanction, il a considéré que les principes d'indépendance et d'impartialité qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont au nombre des droits et libertés dont la protection doit être assurée par les mesures législatives relatives aux AAI (cons. 17).

Ainsi, l'impartialité dont il est question dans la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 n'est pas l'impartialité des autorités administratives, dont la jurisprudence administrative impose le respect à toute autorité administrative et qui a pour objet de garantir que ces autorités ne sont pas détournées de leur mission d'intérêt général. Cette conception de l'impartialité a déjà été consacrée par le Conseil dans sa décision sur la COB en jugeant que celle-ci « *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* »²⁹. Est en cause l'impartialité dans la procédure, qui garantit à celui qui fait l'objet de poursuite que son affaire n'est pas « jouée d'avance » et que la procédure est l'occasion d'un véritable débat permettant que l'ensemble des arguments soient réellement examinés.

3. Des dispositions conformes aux principes d'indépendance et d'impartialité

La première branche du grief des sociétés requérantes tenait à ce que l'impartialité de l'Autorité de la concurrence serait atteinte par le fait que cette autorité a successivement à connaître de la décision d'autorisation d'une concentration, de la sanction des manquements aux obligations dont est assortie cette décision d'autorisation et, en cas de retrait de la décision d'autorisation initiale, de la nouvelle demande d'autorisation.

Cependant, il est dans la logique même des AAI de se voir conférer à la fois un pouvoir de régulation et un pouvoir de sanction³⁰. La décision par laquelle

²⁹ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 10.

³⁰ Dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel, saisi de dispositions législatives conférant au Conseil supérieur de l'audiovisuel un pouvoir de sanction, avait déjà considéré que « *la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante*

L'Autorité de la concurrence autorise une opération de concentration n'est pas de même nature que celle par laquelle elle prononce des sanctions en raison de l'absence de respect de certaines obligations figurant dans sa décision autorisant la concentration.

Cette première branche était donc rejetée par la seule application du considérant de principe selon lequel « *le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction* » (cons. 16).

Par ailleurs, le fait que l'Autorité de la concurrence doive être saisie d'une nouvelle notification de l'opération de concentration en cas de retrait de l'autorisation initiale et qu'elle engage alors une procédure d'examen qui est similaire à celle correspondant à la notification *a priori* (autoriser, le cas échéant en l'assortissant d'engagements ou d'injonctions, l'opération de concentration) concerne non pas son pouvoir de sanction mais son pouvoir de régulation. Il n'est pas contraire à l'indépendance et à l'impartialité de l'Autorité de la concurrence que celle-ci soit conduite à deux reprises à examiner une demande d'autorisation d'une opération de concentration.

La seconde branche du grief tenait à la confusion des fonctions de poursuite et d'instruction et du pouvoir de sanction au sein de l'Autorité de la concurrence.

La confusion de la phase d'instruction et de la phase de jugement au sein du Conseil de la concurrence avait conduit à une mise en cause des procédures suivies devant ce Conseil dès la fin des années 1990. Ainsi, la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, de même que celle du rapporteur général, l'instruction étant accomplie sous son contrôle, avaient été jugées contraires aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) par un arrêt de la Cour de cassation du 5 octobre 1999³¹.

Pour tirer les conséquences de cette décision, le législateur avait modifié le code de commerce dès 2001, pour limiter la participation des services d'instruction au délibéré du Conseil de la concurrence. Cette disposition, figurant à l'article L. 463-7 du code de commerce, s'applique désormais aux services d'instruction

chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission » (cons. 27).

³¹ Cass., com., 5 octobre 1999, *Campeon Bernard*, Bull. IV, n° 158.

de l'Autorité de la concurrence. Les deux derniers alinéas de cet article disposent : « *Le rapporteur général, ou le rapporteur général adjoint désigné par lui et le commissaire du Gouvernement peuvent présenter des observations. – Le rapporteur général, ou le rapporteur général adjoint désigné par lui et le rapporteur assistant au délibéré, sans voix délibérative, sauf lorsque l'Autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L. 462-5.* »

Pour apprécier le respect des principes d'impartialité et d'indépendance par les dispositions du paragraphe II de l'article L. 461-1 et l'article L. 461-3 du code de commerce, le Conseil constitutionnel a examiné l'ensemble des garanties légales dont sont assorties les règles de composition et de délibération de l'Autorité de la concurrence.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel a relevé l'existence de dispositions propres à garantir l'indépendance et l'impartialité des membres du collège de l'Autorité (cons. 17). Ainsi, l'article L. 461-2 du code de commerce prévoit que les membres de l'Autorité de la concurrence sont tenus à certaines obligations, et notamment que : « *Tout membre de l'Autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. – Aucun membre de l'Autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées* ».

En second lieu, le Conseil constitutionnel a relevé que le législateur a organisé la séparation des fonctions d'instruction au sein de l'Autorité de la concurrence (cons. 18). L'article L. 461-4 du code de commerce prévoit que les services d'instruction sont dirigés par un rapporteur général qui est nommé par arrêté ministériel après avis du collège. Ce rapporteur général nomme les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents ou non permanents et les enquêteurs des services d'instruction. L'autonomie des services d'instruction est prévue jusque dans les questions budgétaires, le législateur confiant au rapporteur général l'ordonnancement des dépenses des services d'instruction.

Le Conseil a donc considéré « *qu'au regard de ces garanties légales, dont il appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, le paragraphe II de l'article L. 461-1 et l'article L. 461-3 du code commerce ne méconnaissent pas les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante* » (cons. 19).

Restait la question relative au respect des principes d'indépendance et d'impartialité par le paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce, lequel instaure une faculté de saisine d'office de l'Autorité dans le cadre du contrôle des opérations de concentration.

Dans ses observations, l'Autorité de la concurrence faisait valoir que « *les décisions par lesquelles [l'Autorité] se saisit d'office, sur demande de son rapporteur général, ne font état d'aucun fait et, à plus forte raison, ne comportent aucune appréciation ni aucune qualification* ». Elle mettait à ce titre en avant la décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans le cadre d'une procédure d'entente illicite le 23 juin 2004 : saisi du moyen tiré de ce que la saisine d'office du Conseil de la concurrence conduisait à une confusion, au sein du Conseil, de la poursuite, de l'instruction et du jugement, la Cour de cassation avait jugé « *que la décision par laquelle le Conseil de la concurrence décide de se saisir d'office n'est pas un acte de poursuite* »³².

Les termes du paragraphe III de l'article L. 462-5 évoquent les « *manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration* » dont l'Autorité se saisit « d'office ». La saisine d'office pouvait dès lors être interprétée comme une procédure enclenchée à l'encontre d'opérations de concentration dont il est présumé qu'elles sont fautives. En cela, la décision de se saisir d'office eût pu être considérée comme un acte de poursuite, ou à tout le moins un acte de préjugement des manquements, et non d'ouverture formelle d'une procédure de contrôle des opérations de concentration réalisées.

L'argument avancé en défense, selon lequel l'organisation de l'Autorité de la concurrence et son règlement assureraient que les formations prononçant des saisines d'office ne sont pas celles qui prononcent les sanctions qui peuvent s'ensuivre, ne suffisait pas à considérer que l'impartialité serait néanmoins garantie. En effet, il n'est pas question pour le Conseil constitutionnel d'examiner une pratique mais les dispositions législatives qui lui sont déférées, et dans quelle mesure ces dispositions elles-mêmes comportent des garanties d'impartialité et d'indépendance suffisantes.

Cependant, d'autres éléments textuels ont conduit le Conseil constitutionnel à écarter ce grief.

Tout d'abord, l'intervention du rapporteur général est un préalable nécessaire à la saisine d'office, prévu par le législateur : l'Autorité de la concurrence n'est pas liée par la proposition du rapporteur général de se saisir des manquements

³² Cass., com., 23 juin 2004, n° 01-17.896, 01-17.927, 01-17.928, 01-17.962, 01-18.054, 01-18.055 et 02-10.066.

aux engagements pris dans le cadre d'une opération de concentration, mais elle ne peut se saisir que si ce dernier le propose.

En outre, une fois la saisine décidée, la phase d'instruction respecte l'indépendance des services d'instruction, qui travaillent sous la direction du rapporteur général et non du collège. Cette instruction est contradictoire et les entreprises peuvent consulter le dossier.

Selon la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'application du principe d'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la CESDH aux autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir d'autosaisine dans leur domaine de compétence, le pouvoir d'autosaisine doit être suffisamment encadré pour ne pas donner à penser que les membres de la formation chargée de prononcer la sanction tiennent les griefs comme d'ores et déjà établis lors de cette saisine. Ainsi, dans une décision du 22 décembre 2011, le Conseil d'État a considéré que l'encadrement des pouvoirs dont disposait l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM, aujourd'hui remplacée par l'Autorité de contrôle prudentiel), « *couvrant à la fois le contrôle des organismes relevant du code des assurances ou du code de la mutualité, la décision d'ouvrir une procédure disciplinaire et de définir les griefs reprochés, l'instruction de la procédure et le prononcé des sanctions disciplinaires* », était insuffisant et qu'« *eu égard à l'insuffisance des garanties dont la procédure est entourée, la circonstance que les mêmes personnes se prononcent sur la décision de poursuivre, d'une part, et sur la sanction, d'autre part, est de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de cette autorité* »³³.

Un raisonnement similaire à celui du Conseil d'État a été tenu par le Conseil constitutionnel. Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, dont l'indépendance et l'impartialité sont garantis, propose à cette Autorité de se saisir d'office d'actes dont il « estime » qu'ils constituent des manquements. Le fait que le III de l'article L. 461-3 du code de commerce emploie le terme de manquements fait référence à cette « estimation » du rapporteur général, et ne saurait signifier que le fait que l'Autorité de la concurrence décide de suivre la proposition du rapporteur général constitue une forme de préjugement du manquement susceptible d'être sanctionné. En outre, à l'inverse du cas de la saisine d'office de l'ACAM, l'instruction incombe au rapporteur général et non au collège de l'Autorité de la concurrence, de même qu'il lui revient de notifier les griefs aux intéressés (en application de l'article L. 463-2 du code de commerce).

³³ CE, 22 décembre 2011, *Union mutualiste générale de prévoyance*, n° 323612. Voir également CE, 22 décembre 2011, *Société mutualiste des étudiants de la région parisienne*, n° 323613.

Enfin, lorsqu'elle se prononce sur le contrôle des opérations de concentration précédemment autorisées, l'Autorité de la concurrence statue dans les conditions prévues par l'article L. 463-7 du code de commerce, qui garantissent l'absence de participation du rapporteur général.

Par conséquent, le Conseil constitutionnel, considérant que la saisine d'office du collège de l'AAI qui va ensuite se prononcer sur les sanctions est subordonnée à une proposition du rapporteur général, que cette saisine ne conduit pas l'autorité à préjuger la réalité des manquements à examiner, que l'instruction est ensuite assurée par le rapporteur général, et que le collège de l'Autorité de la concurrence délibère sans que le rapporteur général ne participe à ce délibéré, a jugé « *qu'au regard de ces garanties légales, dont il appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, la saisine de l'Autorité de la concurrence n'opère pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction ; que, dans ces conditions, les dispositions du paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce ne portent aucune atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » (cons. 21).

Par conséquent, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution l'ensemble des dispositions du code de commerce dont il était saisi.