

Commentaire

Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013

Société Numéricâble SAS et autre

(Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 29 avril 2013 par le Conseil d'État (décision n° 356976 du 29 avril 2013) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par les sociétés Numéricâble SAS et NC Numéricâble portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques (CPCE).

Dans sa décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré les douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du CPCE contraires à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)

L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a été créée par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications. Elle a été chargée de la régulation du secteur des télécommunications, par dérogation à la compétence de régulation de droit commun confiée au Conseil de la concurrence (devenu Autorité de la concurrence).

Par la suite, ce modèle de régulation sectorielle a également été retenu pour le marché de l'électricité, avec la création de la Commission de régulation de l'électricité par une loi du 10 février 2000¹ (Commission dont la compétence a été élargie au gaz en 2003).

L'ART, devenue ARCEP en 2005, a vu son domaine de compétence s'accroître au fil des interventions du législateur.

¹ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

La loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a confié à l'Autorité la régulation des fournisseurs d'accès à internet ainsi que des opérateurs de transport de données (câblo-opérateurs, opérateurs techniques de diffusion audiovisuelle), qui relevaient auparavant d'un régime particulier.

La loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales a étendu la compétence de régulation de l'Autorité au domaine du courrier, et a, par voie de conséquence, également modifié sa dénomination.

La compétence réglementaire dans le secteur des communications électroniques est partagée entre le Gouvernement et l'ARCEP. Toutefois, depuis sa création, l'Autorité a vu ses compétences réglementaires s'accroître, avec l'adjonction de la compétence pour évaluer le coût du service universel et pour assurer le contrôle tarifaire.

À côté de ce pouvoir réglementaire, l'ARCEP a également d'autres compétences en matière de communications électroniques :

- un pouvoir de règlement des différends entre les opérateurs (art. L. 36-8 du CPCE) ;
- depuis la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, un pouvoir de médiation entre les collectivités territoriales et les opérateurs (article 13) ;
- un pouvoir de sanction (art. L. 36-11 du CPCE), qui permet de punir les opérateurs qui violent leurs obligations.

On peut par ailleurs signaler que le pouvoir de sanction de l'ARCEP à l'égard du prestataire du service universel postal ou d'un titulaire d'une autorisation d'envois de correspondance intérieure et transfrontière, qui est prévu par l'article L. 5-3 du CPCE, est analogue au pouvoir de sanction de l'article L. 36-11.

B. – Les dispositions renvoyées au Conseil constitutionnel

1. – L'article L. 36-11 du CPCE

Devant le Conseil d'État, les sociétés requérantes contestaient à la fois l'article L. 36-8 du CPCE, relatif à la procédure de règlement des différends, et l'article L. 36-11 du CPCE, relatif à la procédure de sanction. Toutefois, le Conseil

d'État n'a renvoyé au Conseil constitutionnel que la question portant sur ce dernier article.

L'article L. 36-11 du CPCE a été créé par l'article 8 de la loi du 26 juillet 1996 précitée.

Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel avait alors examiné le pouvoir de sanction accordé à l'ART par cet article et avait jugé ces dispositions conformes à la Constitution (voir infra B du II).

Sur le fond, les dispositions contestées confient à l'ARCEP, en cas de manquements aux dispositions législatives ou réglementaires ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre, des pouvoirs de divers ordres qui peuvent être exercés soit d'office soit à la demande du ministre des communications électroniques, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernée. Ces pouvoirs sont :

- la mise en demeure, par le directeur général de l'ARCEP, de se conformer aux règles ou prescriptions en matière d'attribution ou d'assignation de fréquences (1°) ;
- en l'absence de respect d'une décision de règlement d'un différend ou d'une mise en demeure prise en application du 1°, des sanctions de suspension des services ou attributions de fréquence ou, lorsque le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale, des sanctions pécuniaires (2°) ;
- sans mise en demeure préalable, le prononcé de mesures conservatoires (3°) ;
- lorsqu'un manquement constaté est susceptible d'entraîner un préjudice grave pour un opérateur ou l'ensemble du marché, la saisine en référé du Conseil d'État par le président de l'ARCEP (6°).

Examinant les mesures prises dans le cadre de la procédure de référé dont dispose le CSA (article 42-10 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication), et qui sont équivalentes à celles prévues par le 6° de l'article L. 36-11 du CPCE pour l'ARCEP, le Conseil d'État a jugé que ces mesures « *tendent non pas à l'infliction d'une sanction, mais à la prévention de la survenance ou de la réitération d'une atteinte aux principes essentiels que doit respecter un service de communication audiovisuelle* »².

² CE, 20 août 2004, CSA c/ société Eutelsat, n° 269813.

2. La question de la version des dispositions à examiner

Dans sa décision de renvoi, le Conseil d'État ne précisait pas quelle rédaction de l'article L. 36-11 du CPCE était renvoyée au Conseil constitutionnel.

Le litige à l'occasion duquel la QPC a été posée correspondant à une procédure engagée le 20 octobre 2011 et ayant conduit au prononcé d'une sanction par l'ARCEP le 21 décembre 2011, le Conseil constitutionnel a considéré que la version de l'article L. 36-11 applicable au litige est celle résultant de l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques (cons. 2). Depuis lors, l'article L. 36-11 du CPCE a été modifié par la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 de manière très ponctuelle (actualisation de la référence à la directive communautaire dans le deuxième alinéa de l'article).

Toutefois, le renvoi de cette version de l'article L. 36-11 posait une difficulté particulière (que n'aurait pas dissipée l'examen de la version modifiée par la loi du 20 novembre 2012). En effet, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi dans les conditions prévues par l'article 61-1 de la Constitution que de dispositions qui revêtent la nature de dispositions législatives. Or, l'ordonnance du 24 août 2011 n'a pas été ratifiée par le législateur à ce jour. Et, en raison de la modification de l'article 38 de la Constitution qui résulte de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 (les ordonnances « *ne peuvent être ratifiées que de manière expresse* »), le seul fait qu'une modification législative ultérieure de dispositions de l'article L. 36-11 du CPCE soit intervenue avec la loi du 20 novembre 2012 ne vaut pas ratification des dispositions introduites antérieurement par voie d'ordonnance.

Par conséquent, certaines des dispositions de la rédaction actuellement en vigueur de l'article L. 36-11 du CPCE ne constituent pas des dispositions de nature législative pouvant faire l'objet d'une QPC³.

L'article 18 de l'ordonnance du 24 août 2011 a en effet :

– remplacé au 1° de l'article L. 36-11 le terme de « directeur des services » de l'ARCEP par celui de « directeur général », précisé que le délai de la mise en demeure est déterminé par lui et supprimé la disposition prévoyant que ce délai ne peut être inférieur à un mois sauf en cas d'infractions graves ou répétées ou si l'exploitant ou le fournisseur en est d'accord ;

³ Voir par exemple décision 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.

– introduit, au *b* du 2° de l'article L. 36-11, une sanction de suspension ou d'arrêt de la commercialisation d'un service lorsque l'opérateur ne s'est pas conformé à une mise en demeure portant sur le respect d'obligations imposées en application de l'article L. 38 ;

– prévu que les mesures conservatoires ordonnées par l'ARCEP en vertu du 3° de l'article L. 36-11 sont prises pour une durée maximale de trois mois qui peut être prorogée pour une nouvelle durée de trois mois au maximum.

Le Conseil constitutionnel, a rappelé qu'il « *ne saurait statuer que sur les seules dispositions de nature législative applicables au litige qui lui sont renvoyées* ». Lorsqu'il est saisi dans le cadre d'une QPC de dispositions qui n'ont pas une nature législative, soit parce qu'elles sont réglementaires⁴ soit parce qu'elles résultent d'une ordonnance non ratifiée⁵, le Conseil dit n'y avoir lieu à les examiner. Cette solution suppose toutefois que les dispositions non législatives soient séparables des autres. Tel n'était pas le cas en l'espèce. Le Conseil a donc décidé « *que, lorsqu'il est saisi de dispositions législatives partiellement modifiées par une ordonnance non ratifiée et que ces modifications ne sont pas séparables des autres dispositions, il revient au Conseil constitutionnel de se prononcer sur celles de ces dispositions qui revêtent une nature législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution, en prenant en compte l'ensemble des dispositions qui lui sont renvoyées* » (cons. 3).

Par conséquent, le Conseil constitutionnel a fait le choix de faire porter son contrôle sur les dispositions de l'article L. 36-11 du CPCE dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011, à l'exception des mots et phrases insérés dans cet article par ladite ordonnance, qu'il a toutefois cités (cons. 4) et pris en considération pour apprécier la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés garantis par la Constitution.

C. – Le litige à l'origine de la QPC et les griefs des requérants

Les sociétés requérantes avaient fait l'objet, le 4 novembre 2010, d'une décision de l'ARCEP prise sur le fondement de l'article L. 36-8 du CPCE destinée à régler leur différend avec France Telecom sur les conditions de réalisation du déploiement et de la maintenance de leurs réseaux de fibres optiques dans le cadre des contrats de cession de ces réseaux conclus en 1999, 2001 et 2004.

Alors que des difficultés d'exécution de cette décision apparaissaient, l'ARCEP a notifié aux sociétés requérantes le 21 octobre 2011 l'ouverture de la procédure

⁴ Décision n° 2011-152 QPC du 22 juillet 2011, *M. Claude C. (Disposition réglementaire – Incompétence)*.

⁵ Décision n° 2011-219 QPC précitée.

de sanction prévue par le 2° de l'article L. 36-11 du CPCE. Les sociétés requérantes ont alors signé avec France Telecom un avenant aux contrats de cession.

Par une décision du 20 décembre 2011, l'ARCEP a considéré que le retard dans l'exécution de la décision de règlement du différend du 4 novembre 2010, imputable aux sociétés requérantes, appelait une amende à l'encontre de ces sociétés, d'un montant de 5 millions d'euros.

À l'occasion d'une requête en annulation de la décision de l'ARCEP devant le Conseil d'État, les sociétés requérantes ont posé la QPC commentée.

Elles contestaient la conformité aux principes d'indépendance et d'impartialité de l'article L. 36-11 du CPCE à plusieurs titres :

– elles faisaient valoir que les dispositions contestées ne garantissent pas la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement au sein de l'ARCEP. En effet, l'exposé des faits et les griefs à l'origine de la saisine de l'ARCEP sont notifiés par le directeur des affaires juridiques ou son adjoint, lesquels sont placés sous l'autorité du directeur général, lequel est lui-même sous l'autorité du président de l'ARCEP. L'affaire est ensuite instruite par un rapporteur dont l'indépendance à l'égard du président de l'ARCEP n'est nullement garantie ;

– elles avançaient également que le pouvoir d'auto-saisine de l'ARCEP méconnaît ces principes. Elles faisaient notamment valoir que l'exercice successif par l'ARCEP du pouvoir de règlement des différends prévu par l'article L. 36-8 du CPCE et du pouvoir de sanction prévu par l'article L. 36-11 conduit à une atteinte au principe d'impartialité dans la mesure où l'ARCEP, lorsqu'elle décide de poursuivre un opérateur mis en cause à raison d'un manquement allégué à une décision de règlement d'un différend, « *ne peut que préjuger de l'issue du litige dès lors que le procès porte précisément sur le respect de ses propres décisions* ».

Le Conseil constitutionnel, au vu des griefs formulés par les sociétés requérantes, a délimité plus étroitement la QPC, comme il a déjà eu l'occasion de le faire⁶. Il a considéré que la QPC portait sur les seuls douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 (cons. 6), qui correspondent aux pouvoirs de sanction de l'Autorité, à l'exclusion des alinéas suivants, qui portent sur les mesures conservatoires, les règles de prescription, les modalités selon lesquelles

⁶ Voir récemment la décision n° 2013-327 QPC du 21 juin 2013, *SA Assistance Sécurité et Gardiennage (Taxe additionnelle à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises – Validation législative)*, cons. 3.

les décisions peuvent être contestées et la procédure de référé devant la juridiction administrative.

II – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les principes d'indépendance et d'impartialité

Le Conseil a depuis longtemps jugé que le principe d'indépendance est « *indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires* »⁷ ou « *juridictionnelles* »⁸.

Par la suite, il a fait relever le principe d'indépendance des juges non professionnels de l'article 16 de la Déclaration de 1789⁹. Il a, en effet, rattaché à la garantie des droits proclamée par cet article le droit à un recours effectif, les droits de la défense¹⁰, le droit à un procès équitable¹¹ et, enfin, l'impartialité et l'indépendance des juridictions¹².

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.

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 poursuite¹³. 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

⁷ 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.

⁸ Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 15.

⁹ Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, cons. 23.

¹⁰ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ Décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres (Tribunaux maritimes commerciaux)*, cons. 4.

litige dans lequel cette collectivité est partie¹⁴. Il a procédé de même à la censure des dispositions relatives à la composition de la commission centrale d'aide sociale¹⁵.

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 jugement¹⁶.

En revanche, le Conseil a déclaré conformes aux principes d'impartialité et d'indépendance la composition des tribunaux des affaires de sécurité sociale¹⁷, la procédure disciplinaire applicable aux avocats du barreau de Paris¹⁸ ainsi que celle applicable aux avocats du barreau de Papeete¹⁹, celle applicable aux vétérinaires²⁰, la composition des tribunaux de commerce²¹.

S'agissant de la procédure pénale, le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle* »²². Cette décision porte, certes, sur la matière pénale strictement dite ; toutefois, les exigences qu'elle pose sont transposables lorsque la répression est confiée à une autre juridiction.

Dans sa décision du 2 décembre 2011 relative au pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire, le Conseil constitutionnel a expressément jugé que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes (AAI) exerçant des fonctions que la loi qualifie de juridictionnelles :

« 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

¹⁴ Décision n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. (Composition de la commission départementale d'aide sociale)*, cons. 5 et 6.

¹⁵ Décision n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012, *M. Christian G. (Composition de la commission centrale d'aide sociale)*, cons. 3 à 6.

¹⁶ Décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, *M. Tarek J. (Composition du tribunal pour enfants)*, cons. 11.

¹⁷ Décision n° 2010-76 QPC du 3 décembre 2010, *M. Roger L. (Tribunaux des affaires de sécurité sociale)*, cons. 9.

¹⁸ Décision n° 2011-179 QPC du 29 septembre 2011, *Mme Marie-Claude A. (Conseil de discipline des avocats)*, cons. 5.

¹⁹ Décision n° 2013-310 QPC du 16 mai 2013, *M. Jérôme P. (Conseil de discipline des avocats en Polynésie française)*, cons. 8 à 10.

²⁰ Décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *M. Michel G. (Discipline des vétérinaires)*, cons. 12.

²¹ Décision n° 2012-241 QPC du 4 mai 2012, *EURL David Ramirez (Mandat et discipline des juges consulaires)*, cons. 22 à 27.

²² Décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, cons. 5.

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 »²³.

Enfin, dans sa décision du 12 octobre 2012 sur le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence à l'occasion du contrôle des opérations de concentration, le Conseil constitutionnel a jugé que les principes d'impartialité et d'indépendance découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont applicables à une AAI même lorsqu'elle n'exerce pas ses pouvoirs de sanction en tant que juridiction :

« Considérant que 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 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 ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »²⁴.

En conséquence, il revient au Conseil constitutionnel de s'assurer que les fonctions de poursuite et d'instruction sont effectivement séparées du pouvoir de sanction au sein d'une AAI exerçant un pouvoir de sanction.

Cela ne présuppose pas pour autant que le législateur soit tenu d'organiser une séparation organique de ces différentes fonctions (à l'instar de celle qui prévaut par exemple pour l'Autorité de contrôle prudentiel, l'AMF ou encore l'HADOPI), une séparation fonctionnelle pouvant suffire à satisfaire aux exigences constitutionnelles, comme l'a admis le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 octobre 2012 à propos des services d'instruction et du collège de l'Autorité de la concurrence :

²³ Décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur (Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire)*, cons. 8.

²⁴ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*, cons. 16.

« 17. Considérant, en premier lieu, d'une part, que les dispositions du paragraphe II de l'article L. 461-1 du code de commerce fixent la composition du collège de l'Autorité de la concurrence, dont les différentes formations sont compétentes pour exercer les pouvoirs de sanction confiés par le législateur à cette autorité administrative indépendante ; que l'article L. 461-2 du même code prévoit les obligations auxquelles sont tenus les membres de l'autorité ; que les troisième et quatrième alinéas de cet article prescrivent notamment : « 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 » ; que l'article L. 461-3 du même code fixe les règles de délibération de l'autorité ;

« 18. Considérant, d'autre part, qu'en vertu des trois premiers alinéas de l'article L. 461-4 du code de commerce : « L'Autorité de la concurrence dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collège.- Ces services procèdent aux investigations nécessaires à l'application des titres II et III du présent livre. - Les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents ou non permanents et les enquêteurs des services d'instruction sont nommés par le rapporteur général, par décision publiée au Journal officiel » ; qu'en vertu de l'avant-dernier alinéa du même article : « Le président est ordonnateur des recettes et des dépenses de l'autorité. Il délègue l'ordonnancement des dépenses des services d'instruction au rapporteur général » ; que ces dispositions ont pour objet de garantir l'indépendance du rapporteur général et de ses services à l'égard des formations de l'Autorité de la concurrence compétentes pour prononcer les sanctions ;

« 19. Considérant 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 de commerce ne méconnaissent pas les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante ».

Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel s'est également prononcé sur l'atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité susceptible de résulter de la faculté pour l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office de manquements à des engagements pris en application des décisions de l'Autorité autorisant des opérations de concentration. Pour s'assurer que ces principes constitutionnels étaient respectés, le Conseil a à la fois pris en considération le fait que l'ouverture de cette procédure ne conduisait pas l'autorité « à préjuger la réalité des manquements à examiner » et le fait que l'instruction de l'affaire

était assurée par les services faisant l'objet d'une séparation fonctionnelle du collège infligeant les sanctions :

« 20. Considérant, en second lieu, que si les dispositions du paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce autorisent l'Autorité de la concurrence à se saisir « d'office » de certaines pratiques ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration, c'est à la condition que cette saisine ait été proposée par le rapporteur général ; que ces dispositions, relatives à l'ouverture de la procédure de vérification de l'exécution des injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans une décision autorisant une opération de concentration, ne conduisent pas l'autorité à préjuger la réalité des manquements à examiner ; que l'instruction de l'affaire est ensuite assurée par le rapporteur général dans les conditions et selon les garanties prévues par les articles L. 463-1 et L. 463-2 dudit code ; que le collège de l'Autorité est, pour sa part, compétent pour se prononcer, selon les modalités prévues par l'article L. 463-7 du même code, sur les griefs notifiés par le rapporteur général et, le cas échéant, infliger des sanctions ; que les deux derniers alinéas de cet article disposent que, lors de la séance, le rapporteur général peut présenter des observations, tout en prévoyant que lorsque l'autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L. 462-5, le rapporteur général et le rapporteur n'assistent pas au délibéré ;

« 21. Considérant 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 ».

B. – L'application à l'espèce

Avant d'examiner les dispositions contestées au regard des principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (2.), le Conseil constitutionnel devait trancher une question de recevabilité de la QPC, tenant au fait de savoir si sa décision du 23 juillet 1996 sur l'article L. 36-11 du CPCE ne faisait pas obstacle à ce qu'il soit procédé à un nouvel examen des dispositions de cet article (1.).

1. – Le changement des circonstances de droit justifiant un nouvel examen des dispositions de l'article L. 36-11 du CPCE

Dans sa décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, le Conseil avait jugé conformes à la Constitution les dispositions de l'article L. 36-11 du CPCE. Il avait en effet jugé :

« 13. Considérant que l'article L. 36-11 du code des postes et télécommunications, également inséré par l'article 8 de la loi, institue au bénéfice de l'Autorité de régulation des télécommunications un pouvoir de sanction, soit d'office, soit à la demande du ministre chargé des télécommunications, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernée, en cas de manquement de la part d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de service de télécommunications aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à son activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre ; qu'il définit les conditions dans lesquelles est exercé ce pouvoir de sanction ;

« 14. Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que le législateur aurait accordé à l'Autorité de régulation des télécommunications un pouvoir de sanction trop étendu ; que les dispositions législatives et réglementaires susceptibles d'être enfreintes et de donner lieu à sanction pourraient être de nature pénale ou à tout le moins étrangères au domaine d'activité de l'autorité de régulation ;

« 15. Considérant que la loi peut sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter une autorité administrative indépendante de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ; qu'il appartient toutefois au législateur d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de sanction de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale ;

« 16. Considérant qu'aux termes du 3° de l'article L 36-7 du code des postes et télécommunications, l'Autorité de régulation des télécommunications "contrôle le respect par les opérateurs des obligations résultant des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables en vertu du présent code et des autorisations dont ils bénéficient et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues aux articles L 36-10 et L 36-11" ; qu'il résulte de cette disposition que les infractions aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à l'activité d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de service sont celles liées à l'application du code des postes et

télécommunications et des autorisations données aux opérateurs pour leur activité dans les télécommunications ; que la loi n'a pas pour effet de permettre à l'autorité de régulation de sanctionner des infractions à des législations d'une autre nature ;

« 17. Considérant en outre que le b du 2° de l'article L 36-11 ne permet d'infliger une sanction administrative de nature pécuniaire que si le manquement concerné n'est pas constitutif d'une infraction pénale ;

« 18. Considérant que dès lors les griefs invoqués par les requérants ne sauraient qu'être écartés »²⁵.

Le Secrétariat général du Gouvernement ainsi que l'ARCEP soutenaient qu'en l'absence de changement des circonstances depuis cette décision de 1996, il n'y avait pas lieu pour le Conseil constitutionnel de statuer sur la QPC.

L'article L. 36-11 a été modifié à de multiples reprises depuis la loi du 26 juillet 1996, mais souvent pour des modifications rédactionnelles ou pour tirer les conséquences de l'évolution du cadre européen des communications électroniques. Les principales évolutions ont résulté de deux lois.

L'article 17 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a ainsi modifié l'article L. 36-11 pour :

- confier au directeur des services de l'Autorité le soin de mettre en demeure l'exploitant ou le fournisseur de services en infraction ;
- introduire au *a* du 2° de l'article L. 36-11 un *distinguo* dans les sanctions de suspension totale ou partielle, de réduction de la durée ou de retrait d'autorisation (la réduction de durée n'est pas prévue pour l'établissement du réseau de communications électroniques ou la fourniture d'un service de communications électroniques) ;
- prévoir que les sanctions prévues par le 2° de l'article L. 36-11 sont prononcées après que la personne en cause a été mise à même de consulter, le cas échéant, les résultats des enquêtes ou expertises conduites par l'autorité.

Par la suite, l'article 112 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a :

²⁵ Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*.

– introduit, au 1° de l'article L. 36-11, la possibilité d'assortir une mise en demeure d'obligations de se conformer à des étapes intermédiaires, et au 2°, la possibilité de prononcer les sanctions de suspension ou pécuniaires si l'exploitant de réseau ou le fournisseur de services ne se conforme pas à ces obligations intermédiaires ;

– introduit, au *b* du 2° de l'article L. 36-11, un *distinguo* entre les sanctions pécuniaires, permettant de prévoir un plafond de sanction adapté pour les manquements à la mise en demeure de respecter les obligations de couverture de la population prévues par une autorisation d'utilisation de fréquences.

Le Conseil constitutionnel a considéré que les modifications introduites postérieurement à la loi de 1996 dans la rédaction de l'article L. 36-11, et notamment celles issues des lois du 9 juillet 2004 et du 4 août 2008, interdisaient de considérer qu'au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel, les dispositions contestées avaient déjà été jugées conformes à la Constitution (cons. 8).

Le Conseil constitutionnel a également relevé un autre type de changement des circonstances de droit permettant de considérer également que la QPC était recevable.

Alors que l'ARCEP faisait valoir que, lors du contrôle de constitutionnalité opéré dans sa décision du 23 juillet 1996, le Conseil constitutionnel avait examiné les dispositions au regard tant des principes découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 que des principes découlant de son article 16, et invitait par conséquent le Conseil à juger que les précisions apportées par la jurisprudence récente étaient déjà contenues implicitement dans le contrôle des dispositions législatives au regard des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 en 1996, le Conseil constitutionnel a considéré que constituait un changement des circonstances de droit sa décision du 12 octobre 2012 dans laquelle il a jugé « *que, lorsqu'elles prononcent des sanctions ayant le caractère d'une punition, les autorités administratives indépendantes doivent respecter notamment le principe d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » (cons. 8).

2. – La censure des dispositions contestées

L'application des principes d'indépendance et d'impartialité résultant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 à l'ARCEP exerçant son pouvoir de sanction impose que des garanties légales permettent d'assurer une séparation entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction.

Pas plus que lors de l'examen des dispositions législatives relatives au pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence, il n'était question pour le Conseil constitutionnel d'examiner les modalités de mise en œuvre, en pratique, des dispositions contestées. Le Conseil devait donc examiner les dispositions législatives qui lui étaient déférées et dans quelle mesure ces dispositions elles-mêmes ou d'autres dispositions (y compris celles introduites par la voie d'une ordonnance non encore ratifiée) comportaient des garanties d'impartialité et d'indépendance suffisantes.

N'étaient pas en cause les garanties d'impartialité subjective des membres de l'Autorité exerçant le pouvoir de sanction. Les dispositions de l'article L. 130 du CPCE prévoient la composition du collège de l'ARCEP (composé de membres nommés pour un mandat de six ans non renouvelable, non révocables), et celles de l'article L. 131 les règles permettant de garantir l'indépendance et l'impartialité de ses membres : règles d'incompatibilité avec toute activité professionnelle, tout mandat électif national, tout autre emploi public et toute détention d'intérêts dans une entreprise du secteur postal ou des secteurs des communications électroniques, de l'audiovisuel ou de l'informatique) ; interdiction de recevoir des instructions ; secret professionnel et obligation de discrétion ; interdiction de prendre une position publique sur les questions intéressant l'ARCEP. Ces dispositions constituent des garanties d'indépendance et d'impartialité objective des membres du collège chargé de prononcer les sanctions prévues par l'article L. 36-11.

Le 1° de l'article L. 36-11 confie au directeur des services de l'ARCEP le soin de mettre en demeure l'exploitant ou le fournisseur en infraction de se conformer dans un délai déterminé aux obligations méconnues.

L'introduction par le législateur, en 2004, du directeur des services dans la procédure de mise en demeure préalable au prononcé d'une sanction a été motivée par la volonté de mettre la procédure de sanction de l'ARCEP en conformité avec les exigences découlant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le règlement intérieur organise le rôle de ce directeur des services (devenu directeur général avec l'ordonnance du 24 août 2011) dans la procédure de sanction, lui confie la compétence pour apprécier s'il y a lieu de donner suite à toute demande présentée en application des 1° et 3° de l'article L. 36-11 ainsi que celle de prononcer un non-lieu à poursuivre pour toute procédure de sanction.

Ainsi, le prononcé d'une sanction par l'ARCEP est précédé d'une phase dans laquelle intervient le directeur général, excepté lorsqu'il s'agit d'une sanction prévue au 2° de l'article L. 36-11 et qui vient sanctionner l'absence de respect des délais fixés par une décision de règlement des différends prise en application

de l'article L. 36-8. Le Conseil a estimé que ces dispositions ont pour effet de confier au directeur général l'exercice des poursuites devant l'ARCEP.

Le premier alinéa de l'article L. 132 prévoit pour sa part : « *L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dispose de services qui sont placés sous l'autorité de son président.* »

En application de cette disposition, l'article D. 292 prévoit : « *Les services de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sont dirigés, sous l'autorité du président, par un directeur général. / Le directeur général est nommé par le président de l'Autorité. Le directeur général et les collaborateurs qu'il désigne assistent aux délibérations de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et en assurent l'exécution* », tandis que l'article D. 293 prévoit : « *Le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes nomme aux autres emplois de l'autorité* ».

Pour sa part, le règlement intérieur de l'Autorité prévoit que le directeur des services donne suite aux demandes de saisine de l'Autorité. Il prévoit également que l'instruction est assurée par un rapporteur ou un rapporteur adjoint, avec le concours des services. Le dossier est ensuite transmis au collègue de l'Autorité.

Ainsi, le directeur général, nommé par le président de l'ARCEP, est placé sous son autorité et assiste aux délibérations de l'Autorité. Aucune disposition législative ne prévoit par conséquent l'existence d'un service chargé de poursuivre et d'instruire qui ne serait pas placé sous l'autorité du président de l'Autorité ou l'existence d'autres garanties qui permettraient de s'assurer que les fonctions de poursuites et d'instruction sont indépendantes à l'égard de la formation prononçant les sanctions et de son président.

Par suite, le Conseil a estimé que les dispositions de l'article L. 36-11 du CPCE, qui n'assurent pas de séparation entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction de l'ARCEP, méconnaissent le principe d'impartialité. Il a donc déclaré contraire à la Constitution les douze premiers alinéas de cet article. (cons. 12).

De la même manière que dans la décision « *Commission bancaire* » du 2 décembre 2011 précitée, le Conseil constitutionnel a prévu que la déclaration d'inconstitutionnalité prenne effet à compter de la publication de la décision. Dans le dispositif de censure, il a précisé que celle-ci porte sur les douze premiers alinéas de l'article L. 36-11, dans leur rédaction modifiée en dernier lieu par l'ordonnance du 24 août 2011, à l'exception des mots et phrases insérés

dans l'article par ladite ordonnance qui ne sont pas de nature législative et que le Conseil n'a donc pas compétence pour censurer.

Le Conseil constitutionnel a précisé que la déclaration d'inconstitutionnalité serait applicable à toutes les procédures en cours devant l'Autorité ainsi qu'à toutes les instances non définitivement jugées à cette date (cons. 13).