

SEPTEMBRE 2013

FLASH CONCURRENCE N° 11

Comment le Conseil Constitutionnel a privé l'ARCEP de ses pouvoirs de sanction (décision QPC du 5 juillet 2013 du Conseil Constitutionnel - Société Numéricâble SAS et autres)

Jean-Christophe Grall et Marine Grall (étudiante, Master Affaires Publiques - Sciences Po - Paris)

Un coup de tonnerre a raisonné dans le ciel d'azur parisien le 5 juillet 2013 : le Conseil Constitutionnel, saisi le 29 avril 2013 par le Conseil d'État¹ d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par les sociétés Numéricâble SAS et NC Numéricâble portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L.36-11 du code des postes et des communications électroniques (CPCE), a enlevé à l'ARCEP tout pouvoir de sanction.

Pour rappel, l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (ARCEP) est une Autorité Administrative Indépendante (AAI), c'est-à-dire une institution de l'État chargée, en son nom, d'assurer la régulation de secteurs considérés comme essentiels et pour lesquels le gouvernement veut éviter d'intervenir trop directement. Ces AAI disposent d'un certain nombre de pouvoirs, dont le pouvoir de recommandation, de décision, de réglementation, mais aussi de sanction. Parmi les plus connues se trouvent l'AMF pour les marchés financiers, le CSA pour l'audiovisuel, l'Autorité de la Concurrence, etc.

L'ARCEP, créée par la loi du 26 juillet 1996 (à l'époque sous le nom d'Autorité de Régulation des Télécommunications), a pour mission de préparer et accompagner l'ouverture à la concurrence du secteur et veiller à la fourniture et au financement du service universel des télécommunications. La loi du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales a étendu la compétence de l'Autorité au secteur postal et lui a donné le nom d'ARCEP.

Mais revenons aux faits de l'espèce : les requérantes à l'origine de la QPC dont a été saisi le Conseil Constitutionnel, à savoir les sociétés Numéricâble SAS et NC Numéricâble, avaient fait l'objet le 20 décembre 2011 d'une décision de l'ARCEP leur infligeant une amende de 5 millions d'euros pour retard dans l'exécution d'une décision du 4 novembre 2010 prise par l'ARCEP leur ordonnant le règlement d'un différend qu'elles avaient avec France Télécom (sur les conditions de réalisation du déploiement et de la maintenance de leurs réseaux de fibres optiques dans

¹ Décision CE n°356976 du 29 avril 2013

le cadre des contrats de cession de ces réseaux conclus en 1999, 2001 et 2004).

À l'occasion d'une requête en annulation de la décision de l'ARCEP devant le Conseil d'Etat, les sociétés requérantes ont soutenu que les dispositions de l'article L.36-11 du CPCE ne garantissaient pas la séparation des pouvoirs de poursuite et d'instruction, des pouvoirs de sanction de l'ARCEP. Les douze premiers alinéas de cet article confient en effet à l'ARCEP le soin de réprimer les manquements, par les exploitants de réseaux ou les fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre.

Le Conseil Constitutionnel a fait droit à la demande des sociétés requérantes et jugé contraires à la Constitution les dispositions de l'article L.36-11 : le Conseil Constitutionnel considère donc que la séparation des pouvoirs d'instruction et de sanction n'est pas respectée au sein de l'ARCEP.

Pour arriver à cette conclusion, les Sages de la rue Montpensier se sont basés, dans leur 12^{ème} considérant², sur l'article L.132-1 du CPCE qui prévoit la nomination et la répartition des compétences entre le Président et le Directeur Général de l'ARCEP. En effet, selon ces dispositions, le Directeur Général, qui conduit les instructions, est nommé par le Président et est placé sous son autorité. Or le Président de l'ARCEP possède de facto un pouvoir de sanction puisqu'il préside le collège qui prononce les sanctions. Comme l'écrivent les juges du Conseil Constitutionnel, « *les dispositions des 12 premiers alinéas de l'article L.36-11 du CPCE n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement* »

des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité ».

Cette décision met donc en lumière un principe essentiel depuis longtemps défendu par le Conseil Constitutionnel et ici méconnu par cette non-séparation : **le principe d'impartialité des juges**.

Le Conseil Constitutionnel a depuis longtemps jugé que le principe d'indépendance est « *indissociable de l'exercice de fonctions judiciaires* »³ ou « *juridictionnelles* »⁴.

Par la suite, le Conseil Constitutionnel a fait relever le principe d'indépendance des juges non professionnels de l'article 16 de la Déclaration de 1789⁵. Il a, en effet, rattaché à la garantie des droits proclamée par cet article le droit à un recours effectif, les droits de la défense⁶, le droit à un procès équitable⁷ et, enfin, l'impartialité et l'indépendance des juridictions⁸.

L'existence de garanties légales d'indépendance et d'impartialité des membres d'une juridiction constitue une exigence applicable à toutes les juridictions, et il revient donc au Conseil Constitutionnel de s'assurer que les fonctions de poursuite et d'instruction sont effectivement séparées des fonctions de sanction au sein d'une AAI exerçant un pouvoir de sanction.

Or il n'existe aujourd'hui pas de modèle unique dans les AAI pour garantir cette impartialité : la loi peut opter pour une séparation fonctionnelle entre organe de poursuite et organe de sanction, ou bien pour une séparation organique.

Dans sa décision du 5 juillet 2013, le Conseil Constitutionnel ne remet pas en cause cette option laissée au législateur : « *il revient au Conseil* »

²Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 : « *12. Considérant que, selon le premier alinéa de l'article L. 132 du code des postes et des communications électroniques, les services de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sont placés sous l'autorité du président de l'Autorité ; que, selon l'article D. 292 du même code, le directeur général est nommé par le Président de l'Autorité, est placé sous son autorité et assiste aux délibérations de l'Autorité ; que, par suite et alors même que la décision de mise en demeure relève du directeur général, les dispositions des douze premiers alinéas de l'article L.36-11 du code des postes et des communications électroniques, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité ; que celles de ces dispositions qui sont de nature législative doivent être déclarées contraires à la Constitution ;* »

³Décision 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.

⁴Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons. 15.

⁵Décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, Loi organique relative aux juges de proximité, cons. 23.

⁶Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, cons. 24.

⁷Décision 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.

⁸Décision 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.

Constitutionnel de s'assurer que les fonctions de poursuite et d'instruction soient effectivement séparées du pouvoir de sanction : cela ne présuppose pas pour autant que le législateur soit tenu d'organiser une séparation organique de ces différentes fonctions, une séparation fonctionnelle pouvant satisfaire aux exigences constitutionnelles. »⁹.

Pour l'ARCEP, désormais privée de ses pouvoirs de sanctions, la solution ne pourra donc être que législative : le Parlement devra réécrire l'article L.36-11 du CPCE afin de garantir le principe d'impartialité. De plus, ce changement devra se faire rapidement étant donné que l'ARCEP peut aujourd'hui encore édicter des règles mais ne peut plus les faire respecter, ce qui est particulièrement problématique dans un secteur hautement concerné par les batailles juridiques.

Le gouvernement devrait donc déposer un projet de loi à l'Assemblée nationale d'ici la mi-novembre. L'une des solutions envisagées est la création d'une Commission des sanctions indépendante des autres services de l'ARCEP, comme cela est déjà le cas à l'AMF.

Une autre AAI est aussi concernée par la décision du Conseil Constitutionnel : le projet de loi sur l'indépendance du secteur audiovisuel doit être adopté à l'automne et prévoit de moderniser la procédure de sanction du CSA en confiant notamment à un rapporteur indépendant le soin d'engager des poursuites et ce, dans l'objectif de renforcer les garanties d'impartialité et d'indépendance au sein de cette autorité.

Affaire à suivre donc ...

⁹ Décision QPC n° 2013-331 du 5 juillet 2013

Programme des interventions et des formations 2013 / 2014 :

[un catalogue fédérant l'ensemble des propositions d'intervention/formation est disponible sur simple demande]

Toute l'année, Grall & Associés dispense des formations au sein de votre entreprise ou dans ses bureaux. Les thèmes abordés en 2013/2014 sont notamment :

- La négociation commerciale 2014 et les évolutions liées à la future loi Hamon, aux décisions rendues par les tribunaux, aux avis de la CEPC et aux prises de position de la DGCCRF dans ses « FAQ » ;

- La loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 et les modifications envisagées par la loi Hamon : négociabilité des tarifs, autorisation de la discrimination, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « Trois fois net » comme seuil de revente à perte issu de la loi Chatel du 3 janvier 2008, Prix de vente conseillés, situation des grossistes et exception de revente à perte, « NIP », etc. ;

- La mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;

- Le contrôle des concentrations :

- Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises] ;

- Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;

- La rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] : risques liés

à la rupture et conséquences financières.

- L'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010 et de ses lignes directrices du 19 mai 2010

: incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; Dual pricing ; Prix imposés ; vente sur internet ; distribution sélective / exclusive, etc. ;

- La définition des pratiques anticoncurrentielles aux termes des dispositions des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence] ;

- Les enquêtes de concurrence françaises et communautaires [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009, et à la Commission européenne ;

- Les échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles [droit français et communautaire de la concurrence] ;

- L'application des règles de concurrence aux marchés publics ; appels d'offres : que peut-on faire, quelles sont les pratiques interdites / les offres de couverture / les offres dites « cartes de visites » / la sous-traitance et les groupements / etc. ;

- Les promotions des ventes [pratiques commerciales déloyales / trompeuses dans le cadre de la loi de simplification du droit du 17 mai 2011, de la loi Chatel du 3 janvier 2008, de la LME du 4 août 2008 et de la jurisprudence communautaire de 2009 à 2011 : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots / liées / subordonnées, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.] ;

- Les responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs : res-

ponsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

- Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations SRP / prix de vente conseillés et limites / NIP ;

- Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV / CCV / CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-1-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération + Contrat de mandat (NIP) ;

- Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle ;

- Proposition de mise en place de programmes de compliance orientés sur les pratiques antitrust et d'accompagnement lors du déploiement de tels programmes dans l'entreprise ;

- Proposition d'intervention sur la communication des prix dans la relation verticale fournisseurs / distributeurs ; que dire, qu'écrire ; quelles limites ? « Do and don't » !

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site www.grall-legal.fr