

L'ARCEP DOIT SÉPARER SES FONCTIONS DE POURSUITE ET DE JUGEMENT

Entretien avec Fabrice Fages, avocat associé chez Latham & Watkins

Par une décision du 5 juillet 2013, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a considéré que l'organisation de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes n'assurait pas la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction, d'une part, et de jugement, d'autre part. Par conséquent, le Conseil a déclaré les dispositions législatives concernées contraires à la Constitution. Fabrice Fages, avocat associé chez Latham & Watkins et membre de la commission Europe du Club des juristes qui s'est intéressée aux autorités administratives indépendantes, commente pour nous cette décision.



Fabrice Fages, avocat associé chez Latham & Watkins et membre de la commission Europe du Club des juristes.

Les Petites Affiches — En lisant la décision du Conseil constitutionnel du 5 juillet dernier, on constate que certaines AAI n'assurent pas la séparation des fonctions de poursuite et de jugement contrairement à d'autres autorités comme l'AMF par exemple...

Fabrice Fages — Effectivement, dans le domaine financier, cette question a été soulevée en France il y a plus de dix ans lorsque la Cour de cassation, dans un arrêt *Oury* d'assemblée plénière du 5 février 1999, a annulé une sanction au motif qu'au sein de la COB, qui l'avait prononcée, une même personne pouvait cumuler des fonctions d'investigation, d'instruction et de jugement. La Cour avait alors considéré qu'une telle organisation était contraire à l'article 6 de la Convention EDH qui garantit le droit à un procès équitable et notamment impartial. La cour d'appel de Paris avait, peu après, également condamné sur le même fondement la procédure suivie devant la COB dans un arrêt *KPMG - Dapta Mallinjoud* du 7 mars 2000. Ces décisions s'inscrivaient dans la lignée de la jurisprudence de la CEDH et notamment de l'arrêt *Borgers c/ Belgique* de 1991. En 2003, la loi de sécurité financière a tiré les conclusions de cette jurisprudence en instituant, au sein de la nouvelle Autorité des marchés financiers remplaçant la COB, une commission dédiée à l'exercice du pouvoir de sanction et distincte du collège. Plus récemment, le législateur s'est inspiré de l'organisation de l'AMF lorsqu'il a institué l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) qui comprend, elle aussi, une commission des sanctions spécifique. À côté de cette séparation que l'on dit organique, on trouve un autre modèle, celui de l'Autorité de la concurrence, qui fonctionne sur une séparation fonctionnelle. Cette dernière organisation a été validée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 12 octobre 2012. À l'inverse, le Conseil a eu l'occasion le 2 décembre 2011 de confirmer que le cumul des pouvoirs entre les mains d'un organe unique au sein de la Commission bancaire ne répondait pas aux exigences d'impartialité. Ces décisions, auxquelles s'ajoute celle du 5 juillet 2013, permettent d'avoir désormais une vision assez précise des exigences du Conseil en matière de séparation des pouvoirs garantissant une juridiction impartiale. De fait, les autorités ne répondant pas encore à ces critères ont intérêt, semble-t-il, à ce que leur organisation soit revue. À commencer par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) elle-même qui est sanctionnée ici sur la partie de son pouvoir relative aux télécoms, mais dont la procédure s'agissant des postes est analogue, comme l'a relevé le commentaire publié par le Conseil.

« Les autorités ne répondant pas encore à ces critères ont intérêt, semble-t-il, à ce que leur organisation soit revue »

LPA — Au passage, le Conseil a apporté des réponses intéressantes sur deux questions de procédure touchant à la QPC...

FF — Il y avait deux arguments de procédure significatifs. D'abord, le Conseil ne peut en principe se prononcer sur une question touchant à un sujet sur lequel il a déjà émis un avis. En effet, l'une des conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité, c'est son caractère de nouveauté. Or en l'espèce, la question avait déjà été abordée dans le

cadre du contrôle *a priori* exercé par le Conseil avant la promulgation de la loi. Le Conseil a estimé toutefois que les dispositions concernées ayant été modifiées depuis son examen, il était en présence d'un changement de circonstances de droit justifiant son intervention. De même, la décision du 12 octobre 2012, dans laquelle il pose le principe de l'exigence d'impartialité s'agissant de l'organisation du pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence apparaît à ses yeux comme un changement de circonstances de droit, justifiant là encore son intervention.

L'autre obstacle résidait dans le fait que le Conseil ne peut en principe statuer que sur des dispositions de nature législative. Or, en l'espèce, les dispositions concernées étaient en partie issues d'une ordonnance non ratifiée par le Parlement. Le Conseil a estimé qu'il pouvait examiner l'ensemble du dispositif, y compris les mesures réglementaires, pour ne statuer ensuite que sur les dispositions législatives.

LPA — Sur le fond, qu'apporte la décision ?

FF — Le Conseil constitutionnel relève que le directeur général de l'ARCEP, nommé par le président de l'ARCEP et placé sous son autorité, a le pouvoir de déclencher les poursuites, mais assiste aussi aux délibérations de l'Autorité. Le Conseil en déduit que 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, n'est pas assurée de sorte que l'organisation de l'ARCEP méconnaît le principe d'impartialité. Il déclare donc les dispositions concernées contraires à la Constitution. En pratique, cela vaut pour le dossier ayant donné lieu à la saisine, mais aussi, selon les termes de la décision du Conseil constitutionnel, pour « toutes les procédures en cours devant l'Autorité de régulation des postes et des communications électronique ainsi qu'à toutes les instances non définitivement jugées à [la date de publication de la décision] ». Cette décision devrait donc conduire l'ARCEP à abandonner les procédures en cours qui reposent sur les dispositions censurées, le temps que son organisation soit adaptée aux exigences d'impartialité rappelées par le Conseil.

LPA — La décision du 5 juillet va dans le sens des préconisations du rapport du Club des juristes de mai 2012 intitulé : « Des principes communs pour les autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction » dans lequel vous plaidez en faveur de la généralisation du modèle de l'AMF...

FF — Dans notre rapport, nous recommandons en effet une séparation claire entre les fonctions de jugement et celles d'enquête et de poursuite, avec une préférence pour la création d'un organe de sanction structurellement distinct de celui en charge des poursuites. C'est déjà le cas à l'AMF, à l'ACP, devant la CRE ou encore l'ARJEL. La nécessité d'une telle séparation a d'ailleurs encore été constatée dans l'arrêt du 11 juin 2009, *Dubus SA c/ France*, dans lequel la Cour européenne des droits de l'Homme, statuant sur le recours d'une personne sanctionnée par la Commission bancaire, a estimé que la France ne respectait pas la nécessaire délimitation entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

« Nous recommandons en effet une séparation claire entre les fonctions de jugement et celles d'enquête et de poursuites »

Propos recueillis par Olivia DUFOUR