

QPC,

Autorités de concurrence,

Autorités de régulation économique et financière :

implications institutionnelles,

In Question Prioritaire de Constitutionnalité et droit des affaires,

Premiers regards

25 novembre 2010

Université du Maine

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités et Directeur de *The Journal of Regulation* (J.R.)

INTRODUCTION

- ✓ Climat politique français hostile aux Autorités administratives économiques : rapport parlementaire du 29 octobre 2010
- ✓ Ambiguïté persistante entre qualification de droit interne et de droit européen : -
 - CE 3 décembre 1999, *Didier*
- ✓ Evolution du Conseil constitutionnel :
 - Déc. 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*,
 - Déc. 28 juillet 1989, *COB*
 - Déc. 23 juillet 1996, *Autorité de Régulation des Télécommunications*
- ✓ Convergence des normes sur un droit processuel affectant les Autorités économiques :
 - Prégnance de la CEDH en convergence avec le droit constitutionnel (convergence des sources)

INTRODUCTION

- Convergence substantielle :
 - En 2010, le Parlement refuse de conférer à la HALDE un pouvoir de sanction pour ne pas la transformer en juridiction (raisonnement *a contrario*)
 - Application des droits processuels fondamentaux même si la sanction émane d'une autorité administrative CEDH, 11 juin 2009 *Duhus C/ France*
- ✓ Convergence née de la notion même de droit processuel, dont on va mesurer les implications institutionnelles sur les Autorités de concurrence et de régulation économique et financière :
 - à travers la **théorie du droit d'action (I)**
 - à travers le **principe d'impartialité (II)**
- ✓ *Des Dizaines de QPC sont en train d'être plaidées pour dépasser le filtre du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.*

I. Les Autorités de concurrence et de régulation économique et financière à travers le droit d'action.

A. Le droit d'action d'origine : l'auto-saisine

✓ Exemple de l'article L 462-5 du code de commerce concernant l'Autorité de la concurrence

✓ Article 30 alinéa 1 du Code de procédure civile : L'action est le droit de formuler une prétention pour que le juge la dise bien ou mal fondée

✓ Même si l'Autorité n'est pas partie au litige, elle est nécessairement partie à l'instance (distinction de Pierre Hébraud).

I. Les Autorités de concurrence et de régulation économique et financière à travers le droit d'action.

A. Le droit d'action d'origine : l'auto-saisine

✓ Paradoxe : pour être impartial tout en étant titulaire d'un droit d'action l'Autorité doit pouvoir se contredire.

- Décision commission des sanctions AMF du 27 novembre 2009, *EADS* : réaction immédiate
 - Interview du président de l'Autorité,
 - Modification par la loi du 22 octobre 2010

✓ Le droit d'action met le juge dans le débat : la question du droit d'action joute alors la question de l'impartialité.

✓ C.E., 20 octobre 2000, *Habib Bank*

✓ Critique de l'arrêt :

- aporie de l'auto-saisine
- solution institutionnelle : création de ministère public *ad hoc*.

I. Les Autorités de concurrence et de régulation économique et financière à travers le droit d'action.

B. Le droit d'action à double détente : le recours

- ✓ Article 30 alinéa 2 du code de procédure civile : le fait de prétendre que le juge doit rejeter la prétention de réformation ou d'annulation de la décision est elle-même la manifestation d'un droit d'action.
- ✓ Lien entre le droit d'action et les droits de la défense, principe constitutionnel.
- ✓ Toutes les Autorités disposent du droit de formuler des observations devant la Cour. C'est par exemple le cas de la Commission de Régulation de l'Energie (CRE)
- ✓ Cohérent qu'elle soutiennent que leur décision est fondée et qu'il faut rejeter le recours.
- ✓ Donc c'est un droit d'action.

I. Les Autorités de concurrence et de régulation économique et financière à travers le droit d'action.

B. Le droit d'action à double détention : le recours

✓ D'ailleurs, un membre du collège de l'AMF peut depuis la loi du 22 octobre 2010 demander à la Commission des sanctions le prononcé d'une sanction = retour à l'article 30 alinéa 1 CPC

✓ Pouvoir des présidents des Autorités de former des pourvois = droit d'action

✓ Conclusion : les Autorités sont juges et parties.

✓ Solution :

✓ revenir au système traditionnel de répartition des tâches avec le ministre,

✓ créer un ministère public *ad hoc*.

II. Les Autorités concurrences et de régulation économique et financière à travers l'impartialité

A le principe constitutionnel d'impartialité.

✓Le valeur constitutionnelle du principe d'impartialité

- fondement générant sur l'article 16 de la Déclaration de 1789,
- décision du 20 février 2003, *Loi relative au juge de proximité*
- décision du 28 décembre 2008, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié*

✓Distinction entre l'impartialité personnelle et l'impartialité structurelle. Croisement avec l'exigence d'impartialité objective, tant personnelle (Ass. Plén. 6 nov. 1998) que structurelle.

✓C'est l'exigence d'impartialité structurelle qui va frapper les Autorités de concurrence et de régulation économique et financière.

II. Les Autorités concurrences et de régulation économique et financière à travers l'impartialité

B. Le bouleversement des Autorités par l'exigence d'impartialité objective structurelle

✓ Ass. Plén. 5 février 1999, *Oury*.

✓ Séparation par les textes ultérieures des fonctions internes des Autorités de régulation et maintien de la confusion des fonctions de l'Autorité de la concurrence.

✓ Projet de modification de l'Autorité de la concurrence suite au rapport *Folz-Schaub- Raysseguier* du 20 septembre 2010

✓ Relecture de l'arrêt *Habib Bank*, quant à la confusion du pouvoir d'action avec les autres pouvoirs de l'Autorité, dans l'arrêt la Commission bancaire mais problématique généralisable.

II. Les Autorités concurrences et de régulation économique et financière à travers l'impartialité

C. Tension entre garantie constitutionnelle des parties et efficacité institutionnelle de l'Autorité

✓ L'impartialité rend l'Autorité lente et incohérente, ce qui mécontente les marchés, dont la rationalité est anticipatrice et qui requièrent la constance comme qualité première du régulateur.

✓ Nouvelle rédaction de l'article L 621-15 du code monétaire et financier

✓ Retour à l'anté arrêt *Oury* :

- Reprise du bras de fer entre les régulateurs et les juges
- Les juges constitutionnels trancherons

Epilogue et conclusion : Les Autorités concurrences et de régulation économique et financière à travers le principe du contradictoire et des droits de la défense

A / Epilogue

- ✓ Où sont le principe du contradictoire et les droits de la défense ?
- ✓ Les droits de la défense et le principe du contradictoire jouxtent le droit d'action et l'impartialité .

Dans les droits constitutionnels, viser les uns c'est protéger les autres.

- ✓ En outre, les textes sont rassurants : article L 463-1 du code de commerce pose que « l'instruction et la procédure devant l'autorité de la concurrence sont pleinement contradictoires. »
- ✓ Enfin, les juges constitutionnels ne jugent que les textes et non les usages que les Autorités en font ou n'en font pas ou font des silences des textes.

B / Conclusion

- ✓ Fort risque de déclaration d'inconstitutionnalité de l'organisation institutionnelle des autorités de concurrence et de régulation économique et financière, au regard de l'interdiction d'être juge et partie, du principe d'impartialité, et de la participation de ces deux règles aux droits de la défense et au principe du contradictoire.
- ✓ Mais, balance toujours fragile en régulation entre l'efficacité de la police des marchés et les garanties des personnes. L'impératif de réactivité est méconnu par les lentes garanties de procédure. La complexité des dossiers justifie leur concentration dans des mains uniques. La cohérence dans la durée de l'action du régulateur est une exigence des marchés.
- ✓ Pourtant, l'Etat de droit implique, dans la mesure requise, l'inorganisation institutionnelle, l'émiettement des informations et des décisions au sein des Autorités.
- ✓ Ce prix constitutionnel est élevé pour les marchés. C'est au Conseil constitutionnel de trouver le juste fléau de la balance, car les marchés ont aussi besoin de droit.