



Commentaire

Décision n° 2022-1035 QPC du 10 février 2023

Société Sony interactive entertainment France et autre

(Procédure d'engagements devant l'Autorité de la concurrence)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 7 décembre 2022 par la Cour de cassation (chambre commerciale, arrêt n° 781 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par les sociétés Sony interactive entertainment France et Sony interactive entertainment Europe limited portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de la seconde phrase du premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

Dans sa décision n° 2022-1035 QPC du 10 février 2023, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution, dans cette rédaction.

I. – Les dispositions contestées

A. – Présentation des dispositions contestées

1. – L'organisation et les attributions de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence (ADLC) est une autorité administrative indépendante créée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, qui a succédé au Conseil de la concurrence. Elle a pour mission de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international et est dotée, à cette fin, d'attributions consultatives¹ ainsi que de pouvoirs de régulation et de sanction.

* L'organisation de l'ADLC est prévue, de manière générale, aux articles L. 461-1 à L. 461-5 du code de commerce.

¹ Voir les articles L. 462-1 à L. 462-4-2 du code de commerce.

L'ADLC se compose d'un collège de dix-sept membres, nommés par décret pour une durée de cinq ans, renouvelable une fois².

Les décisions de l'ADLC sont prises collégalement³ : l'ADLC peut siéger en formation plénière, en sections ou en commission permanente⁴.

Les formations de l'autorité délibèrent à la majorité des membres présents. En cas de partage égal des voix, celle du président de la formation est prépondérante⁵.

L'ADLC dispose de services d'instruction qui procèdent aux investigations nécessaires à la conduite de ses missions et sont dirigés par un rapporteur général, nommé par le ministre chargé de l'économie après avis du collège. Ce dernier désigne des rapporteurs généraux adjoints ainsi que des rapporteurs et des enquêteurs au sein des services d'instruction⁶.

* Pour assurer sa mission de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, telles que définies aux articles L. 420-1 à L. 420-7 du code de commerce (lesquels visent notamment les ententes, les abus de position dominante, les droits exclusifs d'importation et les prix abusivement bas), l'ADLC dispose de pouvoirs de sanction – il s'agit principalement de sanctions pécuniaires⁷ – et d'injonction⁸.

² Article L. 461-1, II, du code de commerce. Outre son président, qui est nommé par décret du Président de la République « *en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique* », le collège, dont les membres sont nommés par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie, est composé de 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 ; cinq personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation ; 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.

³ Sauf dans les cas où le président ou un vice-président désigné par lui a compétence pour statuer seul (par exemple pour des décisions de contrôle des concentrations ou, dans des cas d'irrecevabilité, de rejet ou de la clôture d'une saisine d'office). Voir les dispositions auxquelles renvoie le dernier alinéa de l'article L. 461-3 du code de commerce.

⁴ Composée du président et des quatre vice-présidents (article L. 461-3, alinéa 1^{er}, du code de commerce).

⁵ Article L. 461-3, alinéas 2 et 3, du code de commerce.

⁶ Article L. 461-4, alinéas 1^{er} à 3, du code de commerce. Le quatrième alinéa de ce même article prévoit par ailleurs la nomination d'un conseiller auditeur possédant la qualité de magistrat ou offrant des garanties d'indépendance et d'expertise équivalentes.

⁷ Le troisième alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2, dans sa version en vigueur à la date de l'ordonnance précitée du 9 mars 2017, précise que « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».

⁸ Les injonctions peuvent être prises à titre de mesures conservatoires, lorsque « *la pratique en cause porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou le cas échéant, à l'entreprise plaignante* » (article L. 464-1, alinéa 2, du code de commerce), ou pour ordonner à l'entreprise de mettre fin à des pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou lui imposer « *toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction* » (article L. 464-2, I, alinéa 1^{er}, du même code).

L'article L. 464-2 prévoit qu'elle peut également recourir à des procédures alternatives permettant à une entreprise, selon les cas, d'éviter la mise en œuvre d'une procédure de sanction (procédure d'engagements) ou d'obtenir le prononcé d'une sanction atténuée (procédures de transaction et de clémence).

2. – La procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence pour l'application de sanctions et injonctions

* Pour l'exercice de ses missions de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, l'ADLC peut être saisie par le ministre chargé de l'économie, par une entreprise ou par certains organismes mentionnés au second alinéa de l'article L. 462-1 du même code (collectivités territoriales, organisations professionnelles et syndicales, organisations de consommateurs, chambres d'agriculture, de métiers, de commerce et d'industrie, *etc.*)⁹.

Elle peut également se saisir « d'office », sur proposition du rapporteur général, de certaines pratiques ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration¹⁰.

En application de l'article L. 462-6 du code de commerce, l'ADLC examine alors si les pratiques dont elle est saisie relèvent du champ des pratiques prohibées et sont susceptibles, le cas échéant, de donner lieu au prononcé de sanctions ou d'injonctions.

* La procédure comprend d'abord une phase d'instruction, qui est placée sous l'autorité du rapporteur général.

Cette phase peut débuter par une enquête conduite par les agents des services d'instruction de l'ADLC en vue de procéder à des actes d'investigation nécessaires à l'appréciation de la suite à donner à la procédure¹¹.

Lorsqu'il résulte de l'enquête que des poursuites paraissent devoir être engagées, il revient au rapporteur général de procéder à la notification des griefs aux entreprises à l'encontre desquelles il envisage le prononcé de sanctions ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier et présenter leurs observations dans les deux mois¹².

⁹ Article L. 462-5, paragraphes I et II, du code de commerce.

¹⁰ Article L. 462-5, paragraphe III, du code de commerce.

¹¹ Articles L. 450-1 à L. 450-8 du code de commerce.

¹² Article L. 463-2 du code de commerce.

C'est avec la notification des griefs, qui correspond à l'acte de poursuite¹³, que s'engage véritablement la procédure contradictoire devant l'ADLC¹⁴.

Le rapporteur général notifie alors le rapport aux parties, au commissaire du gouvernement et aux ministres intéressés¹⁵.

* Ensuite, au terme de l'instruction et s'il y a lieu de poursuivre la procédure¹⁶, le collège de l'ADLC se réunit en formation collégiale pour décider de la sanction ou de l'injonction qui lui paraît devoir être prononcée.

Les séances qu'elle tient ne sont pas publiques. Seules les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent y assister. Les parties peuvent demander à être entendues par l'Autorité et se faire représenter ou assister¹⁷. L'ADLC peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information. Le rapporteur général, ou le rapporteur général adjoint désigné par lui et le commissaire du Gouvernement peuvent présenter des observations.

Par ailleurs, lorsque l'ADLC 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.

Enfin, les décisions de l'ADLC sont susceptibles de recours devant la cour d'appel de Paris dans un délai d'un mois¹⁸.

¹³ Le Conseil de la concurrence considère que la notification des griefs est un document synthétique qui contient une description précise des faits reprochés, leur date, leur imputabilité et leur qualification, puis reprend, *in fine*, en les résumant, la rédaction des griefs eux-mêmes dans une formule concise ; elle constitue l'acte d'accusation et doit donc être précise, cette exigence n'excluant pas que les juges d'appel et de cassation recherchent, dans le corps même de la notification des griefs, la portée de ces derniers (Cons. conc. n° 09-D-06 du 5 février 2009, § 73).

¹⁴ Au sens où l'entend l'article L. 463-1 du code de commerce (en ce sens, Cour d'appel de Paris, 7^e chambre, 9 octobre 2014, n° 2014/16759)

¹⁵ Aux termes de l'article R. 463-11 du code de commerce, ce rapport « *soumet à la décision de l'Autorité de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés* ». En application de l'article L. 463-3, le rapporteur général de l'ADLC peut décider que l'affaire sera examinée par l'Autorité sans établissement préalable d'un rapport. Il en informe les parties et le commissaire du Gouvernement préalablement à la notification des griefs. Dans ce cas, la notification des griefs doit mentionner les déterminants de la sanction encourue.

¹⁶ L'article L. 464-6 du code de commerce précise à cet égard que, « *Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, l'Autorité de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure* ».

¹⁷ Article L. 463-7 du code de commerce.

¹⁸ En application de l'article L. 464-8 du code de commerce.

3. – La procédure d’engagements

S’inspirant du droit *antitrust* américain et, plus directement, des mécanismes de règlement amiable prévus par le droit de l’Union européenne en la matière¹⁹, le législateur a instauré des procédures alternatives à la procédure ordinaire de sanction ou d’injonction devant l’ADLC : il s’agit de la transaction, de la clémence et de la procédure d’engagements.

* La procédure de transaction, prévue au paragraphe III de l’article L. 464-2 du code de commerce, permet à une entreprise, qui ne conteste pas la réalité des griefs qui lui ont été notifiés – ce qui présuppose que des poursuites soient engagées contre elle – et qui accepte la proposition d’amende fixée par le rapporteur général, de bénéficier ainsi d’une sanction pécuniaire moindre que celle qui aurait pu être prononcée par l’ADLC. La transaction doit être approuvée par l’ADLC, après que cette dernière a entendu l’entreprise et le commissaire du Gouvernement.

La procédure de clémence, prévue au paragraphe IV de l’article L. 464-2 du code de commerce, permet à un organisme ou une entreprise qui reconnaît avoir participé à une entente d’obtenir une réduction partielle ou totale de la sanction à laquelle elle est exposée en collaborant avec l’ADLC.

La méconnaissance de ces mesures expose l’entreprise au prononcé d’une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l’article L. 464-2.

La procédure d’engagements a, quant à elle, été instituée en 2004²⁰. La seconde phrase du premier alinéa du paragraphe I de l’article L. 464-2 du code de commerce (*les dispositions objet de la QPC commentée*) prévoit que l’ADLC peut « *accepter des engagements, d’une durée déterminée ou indéterminée, proposés par les entreprises ou associations d’entreprises et de nature à mettre*

¹⁹ Voir le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, en particulier ses articles 5 et 9 donnant respectivement compétence aux autorités de concurrence des États membres et à la Commission pour accepter des engagements.

²⁰ Par l’ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004. Tant le communiqué de presse diffusé à l’issue du Conseil des ministres du 3 novembre 2004 ayant délibéré sur cette ordonnance que l’exposé des motifs du projet de loi visant à procéder à sa ratification précisent que cette dernière vise, ce faisant, à adapter le droit interne au droit de l’Union européenne et particulièrement au règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Cette compétence reconnue aux autorités nationales en charge de la protection de la concurrence est désormais prévue par la directive 2019/1 du 11 décembre 2018 (dite « ECN + »).

un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées ».

Les pratiques prohibées sont celles « visées aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 », à savoir des ententes, abus de position dominante, droits exclusifs d'importation, clauses d'exclusivité dans certains transports, ou prix abusivement bas, « ou contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3 » pour remédier aux dysfonctionnements de certains marchés outre-mer.

Il convient de préciser que ces dispositions prévoyaient initialement la possibilité pour le Conseil de la concurrence d'accepter, de la part des entreprises ou organismes, des engagements « de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles ». Elles ont ensuite été modifiées²¹, en 2008, afin de prévoir que ces engagements sont « de nature à mettre un terme à [d]es préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées ».

* Cette procédure se différencie, d'une part, de la procédure de sanction. La procédure d'engagements « a pour but d'obtenir que l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence, à la différence d'une décision de condamnation, qui constate le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, en impose la cessation ou la modification, et le sanctionne le cas échéant »²².

Elle se distingue, d'autre part, des autres modes « négociés » de règlement des litiges devant l'ADLC que sont la clémence et la transaction, dans la mesure où la procédure d'engagements n'est pas subordonnée à l'existence de pratiques anticoncurrentielles avérées et n'implique aucune reconnaissance de griefs de la part de l'entreprise ou de l'organisme concerné. Elle a ainsi vocation à intervenir en amont de la notification des griefs, *i.e.* en amont du déclenchement formel des poursuites.

Les avantages associés à la procédure d'engagements sont le gain de temps et les économies qu'elle procure, tant à l'ADLC qu'à l'entreprise en cause, du fait de la renonciation aux poursuites et aux charges que celles-ci engendrent²³, ainsi que l'efficacité de cette procédure qui repose sur un accord entre l'Autorité et

²¹ Par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

²² Selon les termes du communiqué de procédure de l'ADLC du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence.

²³ La Cour de justice de l'Union européenne souligne à cet égard, dans sa décision *Alrosa* du 29 juin 2010, que cette procédure permet « d'apporter une solution plus rapide aux problèmes de concurrence qu'elle a identifiés, au lieu d'agir par la voie de la constatation formelle d'une infraction » (CJUE, 29 juin 2010, *Alrosa*, aff. C-441/07 P, Rec. 5949, point 35).

l'entreprise visant à privilégier le maintien ou le rétablissement volontaire de la concurrence sur les marchés considérés²⁴.

* Le législateur s'est limité à prévoir le principe même d'une procédure d'engagements en matière anticoncurrentielle²⁵. Pour le reste, la procédure elle-même est encadrée par des normes de valeur infra-législative.

Les modalités de mise en œuvre de la procédure d'engagements suivie devant l'ADLC sont ainsi fixées par l'article R. 464-2 du code de commerce²⁶ et par le communiqué de procédure de l'ADLC du 2 mars 2009, qui décrit les objectifs de la procédure d'engagements, son champ d'application, son déroulement et la nature ainsi que la portée des décisions adoptées par l'ADLC.

Ce communiqué précise que la procédure d'engagements ne s'applique qu'à des situations qui soulèvent des préoccupations de concurrence encore actuelles auxquelles il peut être mis fin rapidement au moyen d'engagements. Ainsi, l'ADLC n'applique pas cette procédure dans les cas où « *l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires* », ce qui exclut *a priori* les ententes particulièrement graves comme les cartels ou certains abus de position dominante²⁷.

* L'article R. 464-2 du code de commerce prévoit que, lorsque l'ADLC décide de recourir à la procédure d'engagements, « *le rapporteur fait connaître aux entreprises ou organismes concernés son évaluation préliminaire des pratiques en cause* ». Une copie de cette évaluation est par ailleurs communiquée à l'auteur de la saisine ainsi qu'au commissaire du gouvernement²⁸. Le rapporteur fixe ensuite un délai aux entreprises ou organismes afin de formaliser leurs engagements, qui ne peut être inférieur à un mois, sauf accord des entreprises ou organismes concernés²⁹.

Le communiqué de procédure de l'ADLC énonce quant à lui que l'évaluation préliminaire est rédigée « *au terme de mesures d'instruction allégées* » et qu'elle

²⁴ Point 6 du communiqué de procédure du 2 mars 2009.

²⁵ L'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 a également donné certains pouvoirs à l'ADLC pour modifier ou compléter le contenu de ces engagements, et sanctionner l'entreprise qui ne les respecterait pas (voir le deuxième alinéa du paragraphe I et le paragraphe II de l'article L. 464-2 du code de commerce, ainsi que son article L. 464-3).

²⁶ Où figurent, codifiées, les dispositions issues du décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

²⁷ Les pratiques concernées par les décisions d'engagements rendues à ce jour par l'ADLC sont essentiellement certaines pratiques unilatérales ou verticales dont l'effet serait de nature à restreindre l'accès à un marché.

²⁸ Sauf dans le cas où l'évaluation a été présentée oralement lors d'une séance en présence des parties.

²⁹ Si l'évaluation a été présentée oralement lors d'une séance, c'est l'ADLC elle-même qui fixe le délai.

précise « *en quoi les atteintes à la concurrence relevées à ce stade de la procédure sont "susceptibles de constituer une pratique prohibée" »*³⁰.

Dans un arrêt du 4 novembre 2008, la Cour de cassation a circonscrit l'objet et la nature de cette évaluation en jugeant que « *l'évaluation préliminaire à laquelle procède le rapporteur, qui n'a pas pour objet de prouver la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais d'identifier des préoccupations de concurrence, susceptibles de constituer une pratique prohibée, afin qu'il y soit, le cas échéant, remédié, [...] ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »³¹.

* L'entreprise ou l'organisme peut, à la suite de cette évaluation préliminaire, formaliser des offres d'engagements de nature à apporter une réponse aux préoccupations de concurrence identifiées. Le communiqué précise que ces engagements doivent être « *pertinents, crédibles et vérifiables* »³².

L'article R. 464-2 du code de commerce dispose qu'à réception des propositions d'engagements des entreprises ou organismes, « *le rapporteur général communique leur contenu à l'auteur ou aux auteurs de la saisine ainsi qu'au commissaire du Gouvernement. Il publie également, par tout moyen, un résumé de l'affaire et des engagements pour permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations* ».

Le communiqué de procédure de l'ADLC précise que cette étape constitue un « *test de marché* » particulièrement important pour « *vérifier si les engagements proposés sont, d'une part, pertinents, crédibles et vérifiables [...], et, d'autre part, proportionnés aux préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire* »³³.

Les parties ont accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir son évaluation préliminaire, et qui sont soumis au collège afin qu'il se prononce sur les engagements. Ces mêmes parties sont convoquées à

³⁰ Point 18 du communiqué de procédure du 2 mars 2009.

³¹ Cass. com., 4 novembre 2008, *Canal 9*, n° 07-21.275, et plus récemment Cass. com., 12 mai 2015, n° 14-10.792. La cour d'appel de Paris a jugé, dans le même sens, que la procédure d'engagements présente des spécificités, et en particulier des mesures d'instruction allégées par rapport à la procédure habituelle, comportant une simple évaluation préliminaire des pratiques en cause en vue d'identifier des préoccupations de concurrence, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la qualification de comportements au sens des art. L. 410-1 ou L. 410-2, ni *a fortiori* à la constatation d'une infraction à ces dispositions, et ne nécessitant dès lors pas la détermination exacte du marché pertinent (Cour d'appel de Paris, 16 octobre 2007, n° 2006/17900).

³² Point 21 du communiqué de procédure. Ces engagements peuvent se traduire par la modification de clauses contractuelles, par l'octroi d'un accès à des informations nécessaires à l'activité des opérateurs dans un secteur donné de l'économie ou encore par des clarifications relatives aux conditions contractuelles d'appartenance à un réseau de distribution sélective sur Internet.

³³ Point 26 du communiqué de procédure.

l'audience, à l'instar du commissaire du gouvernement, et peuvent présenter des observations orales lors de la séance.

* S'ensuit une phase de discussion des engagements entre l'entreprise, le rapporteur et le collègue. Le communiqué indique que cette procédure souple, qui associe le collègue au rapporteur dès le début de la négociation, vise à « *garantir un niveau de sécurité juridique optimal pour les entreprises* »³⁴.

À cet égard, la Cour de cassation a jugé, dans son arrêt du 4 novembre 2008 précité, que « *le fait pour le Conseil [de la concurrence], d'avoir, avant d'apprécier la pertinence des engagements pris par le GIE et de leur donner force exécutoire, pris une part active aux discussions ayant eu lieu après l'évaluation préliminaire dans les conditions de l'article R. 464-2 du code de commerce, tient au caractère négocié de cette phase de la procédure et ne caractérise pas une immixtion du Conseil dans l'instruction de l'affaire* ». Elle a ainsi écarté le moyen tiré de la violation de l'article 6 de la Convention européenne relatif à la séparation des fonctions d'instruction et de jugement.

L'ADLC peut subordonner l'acceptation des engagements proposés à des modifications³⁵.

* Une fois cette phase de discussion achevée, l'ADLC se prononce sur les engagements proposés par l'entreprise ou l'organisme :

– Si l'ADLC considère que les engagements proposés répondent aux préoccupations de concurrence identifiées dans l'évaluation préliminaire, elle adopte une décision qui rend ces engagements obligatoires et met fin à la procédure. Cette décision d'engagement peut être adoptée pour une durée indéterminée ou avec un terme fixé³⁶.

La décision d'engagement peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation, de la part de l'entreprise qui avait saisi l'ADLC ou du ministre de l'économie, devant la cour d'appel de Paris dans un délai d'un mois à compter de sa notification³⁷ ;

³⁴ Point 32 du communiqué de procédure.

³⁵ Elle peut également procéder à des suspensions de séance afin de permettre à l'entreprise concernée de modifier et d'adapter ses propositions d'engagements. Le collègue peut en outre ordonner qu'il soit sursis à statuer, pour un délai fixé en séance, lorsque les modifications à opérer sont substantielles.

³⁶ L'ordonnance du 26 mai 2021 précitée a expressément précisé au premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce que les engagements peuvent être d'une durée déterminée ou indéterminée. Le communiqué souligne à cet égard qu'il revient à l'ADLC d'apprécier la nécessité de révision des engagements, et qu'elle est compétente pour s'autosaisir le cas échéant.

³⁷ Cass. com., arrêt précité du 4 novembre 2008.

– *A contrario*, l’ADLC peut décider de rejeter les engagements proposés. Le communiqué rappelle que « *l’Autorité n’est jamais tenue de décider de rendre obligatoires des engagements plutôt que d’agir par voie de sanction ou d’injonction à l’encontre des entreprises* ».

À cet égard, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 2 septembre 2020, que les entreprises « *ne disposent pas d’un droit aux engagements, l’Autorité jouissant d’un pouvoir discrétionnaire en la matière* », et que « *le collège n’avait pas à formaliser sa décision ni, a fortiori, à la motiver et, partant, que son refus des engagements pouvait résulter, comme en l’espèce, de sa décision négative, implicite, de ne pas demander au rapporteur de procéder à l’évaluation préliminaire d’une telle mesure* »³⁸.

B. – Origine de la QPC et question posée

Par une lettre du 20 octobre 2016, la société Subsonic, qui produit et commercialise des accessoires de consoles de jeux – dont des manettes pour la PlayStation 4 –, avait saisi l’ADLC de plusieurs pratiques anticoncurrentielles qui auraient été mises en œuvre par les sociétés Sony interactive entertainment France et Société interactive entertainment Europe, appartenant au groupe Sony, qui produit et commercialise la PlayStation 4. Elle leur reprochait notamment d’avoir mis en place une politique d’octroi de licences à des tiers leur permettant d’être assurés de la compatibilité de leurs manettes avec cette console de jeux, et d’avoir déployé des mesures techniques affectant la compatibilité des manettes avec la console lorsque les tiers qui les produisent ne disposent pas de ces licences.

Le rapporteur général de l’ADLC avait par la suite adressé aux sociétés une note d’évaluation préliminaire faisant état de préoccupations de concurrence relatives à ces pratiques, susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles, et leur donnant un délai pour formaliser des propositions d’engagements de nature à y mettre un terme.

La société Sony interactive entertainment Europe avait formulé une proposition d’engagements, modifiée à plusieurs reprises ensuite. Par une décision du 23 octobre 2020, l’ADLC avait considéré que ces propositions ne permettaient pas de répondre aux préoccupations de concurrence identifiées dans l’évaluation préliminaire. Elle avait donc mis fin à la procédure d’engagements et renvoyé l’affaire à l’instruction.

³⁸ Cass. com., 2 septembre 2020, nos 18-18.501, 18-18.582 et 18-19.933, point 21. De son côté, le Conseil d’État a jugé que le refus d’accepter des engagements ne peut être regardé comme un acte administratif détachable de la procédure de sanction, susceptible de faire l’objet d’un recours pour excès de pouvoir, et qu’il n’est donc pas compétent pour en connaître (Conseil d’État, 11 octobre 2017, *Stés Umicore France et Umicore*, n° 402268 ; 1^{er} juillet 2022, n° 448061).

Les sociétés du groupe Sony avaient saisi le Conseil d'État d'un recours à l'encontre de cette décision. Par une décision du 1^{er} juillet 2022, le Conseil d'État s'était déclaré incompétent, considérant que la décision de renvoi à l'instruction n'est pas détachable de la procédure de sanction et relève donc de la compétence du juge judiciaire.

Les sociétés du groupe Sony avaient également interjeté appel de la décision de l'ADLC devant la cour d'appel de Paris. Par une décision du 21 avril 2022, cette dernière avait déclaré le recours irrecevable en jugeant que la décision de l'ADLC n'ouvre pas droit à un recours immédiat et qu'elle peut être contestée à l'issue de la procédure de sanction si celle-ci aboutit à une décision qui fait grief à l'entreprise.

Les sociétés s'étaient alors pourvues en cassation. À l'occasion de ce pourvoi, elles avaient soulevé une QPC relative à l'article L. 464-2 du code de commerce, et plus particulièrement à la conformité des dispositions organisant la procédure d'engagements aux exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Par son arrêt du 7 décembre 2022 précité, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait considéré que la question présentait un caractère sérieux au regard des principes d'indépendance et d'impartialité, ainsi que des droits de la défense, *« en ce que les rapporteurs et les membres du collège, qui participent à la procédure d'engagements, peuvent se forger une opinion sur les pratiques en cause, susceptibles de justifier l'ouverture d'une procédure de sanction en cas d'échec des négociations, et que, dans cette hypothèse, les garanties permettant de prévenir cette situation de connaissance, par ces mêmes personnes, de la procédure de sanction et de faire en sorte que soient retirées du dossier les propositions d'engagements et les observations des tiers intéressés faites à leur sujet, résultent, pour l'essentiel, du communiqué de procédure édicté par l'Autorité et de ses règles internes de fonctionnement »*. Elle l'avait donc renvoyée au Conseil constitutionnel.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Devant le Conseil constitutionnel, les sociétés requérantes faisaient tout d'abord valoir que, lorsque l'Autorité de la concurrence met en œuvre une procédure d'engagements visant à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles, ses membres se forgeraient une opinion sur les pratiques en cause. Dès lors, en ne prévoyant pas que, en cas d'échec de cette procédure et d'ouverture d'une procédure de sanction, ces mêmes membres ne peuvent se prononcer sur les sanctions applicables à de

telles pratiques, ces dispositions méconnaissaient selon elles les principes d'indépendance et d'impartialité.

Elles soutenaient ensuite que, faute de prévoir que les documents et déclarations présentés dans le cadre de la procédure d'engagements ne pourront être utilisés à l'encontre de l'entreprise mise en cause en cas de procédure de sanction, ces dispositions méconnaissaient également les droits de la défense. Selon elles, en outre, l'absence de recours spécifique contre la décision de l'Autorité de la concurrence de refus d'acceptation des engagements proposés par l'entreprise méconnaissait le droit à un recours juridictionnel effectif.

Enfin, et pour les mêmes motifs, les sociétés requérantes faisaient valoir que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant les exigences constitutionnelles précitées.

A. – La jurisprudence constitutionnelle

1. – La jurisprudence relative aux principes d'indépendance et d'impartialité

Aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

* Le Conseil constitutionnel rattache les exigences d'impartialité et d'indépendance des juridictions à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789³⁹. Il applique également ces exigences aux autorités administratives ou publiques indépendantes (AAI ou API), ainsi qu'aux autorités administratives non soumises au pouvoir hiérarchique du ministre, lorsque le législateur leur confie un pouvoir de sanction.

Suivant la formulation qu'il a récemment ajustée pour synthétiser le contrôle du respect de ces exigences lorsque ne sont pas en cause des juridictions, le Conseil énonce que « *Le principe de la séparation des pouvoirs, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne font obstacle à ce qu'une autorité administrative ou publique indépendante ou une autorité administrative non soumise au pouvoir hiérarchique du ministre, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse prononcer des sanctions ayant le caractère d'une punition dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir respecte notamment les principes*

³⁹ 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.

d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »⁴⁰.

* Sur le fondement de ces principes, et en particulier du principe d'impartialité, le Conseil a dégagé une jurisprudence abondante lorsqu'est en cause l'impartialité dans la procédure, qui garantit à celui qui fait l'objet de poursuites que son affaire n'est pas « déjà jugée » et que la procédure est l'occasion d'un véritable débat permettant que l'ensemble des arguments soient réellement examinés par les autorités compétentes.

En matière répressive, le contrôle de ce principe s'opère en considération des attributions susceptibles d'être exercées par un même organe intervenant à plusieurs reprises au cours d'une procédure. Le Conseil est alors conduit à se prononcer à l'aune du triptyque « poursuites, instruction, jugement » qui caractérise traditionnellement la séparation des fonctions juridictionnelles. Dans ce cadre, il s'assure que les fonctions de poursuite et d'instruction sont effectivement séparées du pouvoir de jugement au sein d'une AAI exerçant un pouvoir de sanction.

– Dans sa décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, le Conseil a censuré les dispositions du code monétaire et financier 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 et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements* »⁴¹. Par cette décision, le Conseil a transposé pour la première fois à l'ensemble de la matière punitive l'exigence de séparation des fonctions de poursuite et de jugement qu'il avait jusqu'alors reconnue en matière de crimes et délits sur le fondement de la liberté individuelle⁴². Comme l'indique le commentaire, « *Même si le Conseil constitutionnel ne l'avait pas encore, jusqu'à présent, expressément jugé, il ne faisait pas de doute que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes, ce qui laisse ces dernières libres de s'organiser selon des règles d'indépendance fonctionnelle ou de séparation organique* ».

L'exigence de séparation des fonctions de poursuite et de jugement ne signifie pas pour autant que le législateur soit tenu d'organiser une séparation organique de

⁴⁰ Décision n° 2022-1015 QPC du 21 octobre 2022., *Association nationale des conseils diplômés en gestion de patrimoine (Obligation d'adhésion à une association professionnelle agréée des courtiers d'assurance et intermédiaires en opérations de banque et services de paiement)*, paragr. 24.

⁴¹ Décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur (Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire)*, cons. 8.

⁴² 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 : « *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* ».

ces différentes fonctions⁴³. Une séparation fonctionnelle peut suffire à satisfaire aux exigences constitutionnelles, comme l'a admis le Conseil constitutionnel dans plusieurs décisions rendues notamment au sujet de l'ADLC.

– Ainsi, dans sa décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, pour apprécier le respect des principes d'impartialité et d'indépendance par les dispositions qui organisaient le pouvoir de sanction de l'ADLC, 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.

S'agissant, en premier lieu, du paragraphe II de l'article L. 461-1 et de l'article L. 461-3 du code de commerce, le Conseil a relevé l'existence de dispositions propres à garantir l'indépendance et l'impartialité des membres du collège de l'Autorité, eu égard aux obligations auxquelles sont tenues ses membres et à l'autonomie des services d'instruction, dirigés par le rapporteur général, vis-à-vis des formations de jugement : « *Considérant [...], d'une 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 ; / 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 »⁴⁴.*

Le Conseil s'est prononcé, en second lieu, sur le respect des principes d'indépendance et d'impartialité par le paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce qui instaure une faculté de saisine d'office de l'ADLC dans le cadre

⁴³ Même si le Conseil constitutionnel n'a jamais eu à se prononcer sur un cas de séparation organique, il est possible de signaler que telle est actuellement l'organisation retenue, par exemple, au sein de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, de l'Autorité des marchés financiers ou encore de l'AFLD depuis le 1^{er} septembre 2018.

⁴⁴ 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. 17 à 19.

du contrôle des opérations de concentration. Le Conseil a écarté ce grief après avoir relevé que cette faculté de saisine d'office du collège de l'ADLC est en réalité subordonnée à une proposition du rapporteur général, qu'elle 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. Il a ainsi jugé : « [...] 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 ; / 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 »⁴⁵.

– Dans sa décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015, le Conseil constitutionnel a, pour des motifs comparables, jugé conformes à la Constitution les dispositions relatives au pouvoir de saisine d'office de cette AAI, dans leur rédaction antérieurement applicable au Conseil de la concurrence, quand bien même elles ne prévoyaient pas en toute hypothèse que la saisine d'office est proposée par le rapporteur général :

« Considérant que si, en vertu des dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce, le Conseil de la concurrence peut décider de se saisir d'office de

⁴⁵ Décision du 12 octobre 2012 précitée, cons. 20 et 21.

certaines pratiques anticoncurrentielles, cette décision par laquelle le Conseil exerce sa mission de contrôle du bon fonctionnement des marchés n'a ni pour objet ni pour effet d'imputer une pratique à une entreprise déterminée ; que, dès lors, elle ne le conduit pas à préjuger la réalité des pratiques susceptibles de donner lieu au prononcé de sanctions ; que l'instruction de l'affaire est ensuite assurée sous la seule direction du 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 du Conseil de la concurrence 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 le Conseil statue sur des pratiques dont il a été saisi en application de l'article L. 462-5, le rapporteur général et le rapporteur n'assistent pas au délibéré ; que, compte tenu de ces garanties légales, dont il appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, la décision du Conseil de la concurrence de se saisir d'office n'opère pas de confusion entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction et, d'autre part, les pouvoirs de sanction »⁴⁶.

Le commentaire souligne qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme d'ailleurs de celle du Conseil d'État⁴⁷ ou de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸, que le principe d'impartialité impose, lorsqu'une autorité répressive est dotée d'un pouvoir d'auto-saisine, qu'aucune circonstance ne puisse donner à penser, au moment de l'exercice de ce pouvoir, que les faits visés par la saisine ou leur caractère répréhensible sont d'ores et déjà considérés comme établis. Cette exigence implique notamment que l'organisation interne de l'autorité ne puisse donner l'impression d'un préjugement. Aucun élément n'apparaît, dans ces conditions, décisif à lui seul : c'est un faisceau d'indices qui permet au juge de se forger sa conviction.

* Si la jurisprudence constitutionnelle est abondante au sujet des dispositions confiant à certaines autorités ou juridictions une faculté de se saisir d'office, y compris en dehors du champ répressif⁴⁹, elle ne se limite pas à ces seules hypothèses.

⁴⁶ Décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015, *Société Grands Moulins de Strasbourg SA et autre (Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence)*, cons. 7.

⁴⁷ Voir notamment CE Sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Ltd*, n° 180122, Rec. p. 430 ; CE, 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, Rec. p. 276 ; CE, 17 novembre 2004, *M. Armand*, n° 261349.

⁴⁸ En particulier CEDH, 11 juin 2009, *Société Dubus c/ France*, n° 5242/04, § 57-58.

⁴⁹ En dehors du champ répressif, le Conseil opère un contrôle strict des exceptions au principe de prohibition de la saisine d'office. Voir par exemples les décisions n°s 2012-286 QPC du 7 décembre 2012, *Société Pyrénées services et autres*, cons. 4 ; 2013-352 QPC du 15 novembre 2013, *Société Mara Télécom et autre*, cons. 6 ; 2013-368 QPC du 7 mars 2014, *Sté Nouvelle d'exploitation Sthrau hôtel*, cons. 4 ; 2013-372 QPC du 7 mars 2014, *M. Marc V.*, cons. 4 ; 2014-399 QPC du 6 juin 2014, *Société Beverage and Restauration Organisation SA*, cons. 4 ; 2014-438

– Dans sa décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le dispositif permettant au Conseil supérieur de l’audiovisuel (CSA) de mettre en demeure les titulaires d’autorisation de diffusion de services de communication avant de prononcer des sanctions à leur encontre, en considérant que, faute d’être assortie d’un délai dans lequel la personne doit se mettre en conformité avec les exigences formulées, « *la mise en demeure ne peut être regardée, dans ces conditions, comme l’ouverture de la procédure de sanction prévue à l’article 42-1 mais comme son préalable ; que, dès lors, la mise en demeure par le Conseil supérieur de l’audiovisuel ne constitue pas une sanction ayant le caractère d’une punition ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance des exigences de l’article 16 de la Déclaration de 1789 sont inopérants* »⁵⁰.

– Dans sa décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, le Conseil a constaté que si la Commission nationale des sanctions⁵¹ peut être saisie par les ministres compétents, « *il [lui] revient de notifier les griefs à la personne mise en cause puis de statuer par une décision motivée, sans que la loi distingue la phase de poursuite et celle de jugement* »⁵². Il en a conclu que « *les dispositions contestées n’opèrent aucune séparation au sein de la Commission nationale des sanctions entre, d’une part, les fonctions de poursuite et d’instruction des éventuels manquements et, d’autre part, les fonctions de jugement de ces mêmes manquements. Il en résulte qu’elles méconnaissent le principe d’impartialité* »⁵³.

Le commentaire indique que si les développements des parties requérantes s’articulaient principalement autour des dispositions réglementaires, il « *revenait toutefois au législateur de prévoir des garanties propres à assurer le respect des principes d’indépendance et d’impartialité. Le Conseil constitutionnel n’a donc pris en compte dans son contrôle que les dispositions législatives* ».

– Dans sa décision n° 2017-675 QPC du 24 novembre 2017, relative au pouvoir de sanction de l’autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA), le

QPC du 16 janvier 2015, *SELARL GPF Claeys*, cons. 4 ; 2016-548 QPC du 1^{er} juillet 2016, *Société Famille Michaud Apiculteurs SA et autre (Saisine d’office du président du tribunal de commerce pour ordonner le dépôt des comptes annuels sous astreinte)*, paragr. 3.

⁵⁰ Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre (Mise en demeure par le Conseil supérieur de l’audiovisuel)*, paragr. 6.

⁵¹ Autorité qui n’est pas qualifiée par la loi d’AAI mais qui est en revanche soustraite au pouvoir hiérarchique d’un ministre et, dès lors, soumise aux mêmes exigences constitutionnelles que celles applicables aux AAI.

⁵² Alors qu’en défense était avancée l’idée que la fonction de poursuite appartenait en réalité au ministre, le Conseil a, au contraire, observé qu’il ne revenait pas à l’autorité ministérielle de formuler les griefs dont la commission était saisie, prérogative qui n’appartenait qu’à elle seule, sans être liée par l’analyse de l’administration. Or, à la différence par exemple de la décision n° 2015-489 QPC précitée, aucun élément ne permettait d’identifier, au sein de la Commission nationale des sanctions, un organe autonome chargé de notifier les griefs.

⁵³ Décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autre (Procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions)*, paragr. 9 et 10.

Conseil a jugé qu'« *En application de l'article L. 6361-14 du code des transports, la procédure de sanction débute par la constatation d'un manquement par les fonctionnaires et agents désignés à l'article L. 6142-1 du même code. Ce manquement est consigné dans un procès-verbal notifié à la personne en cause et communiqué à l'autorité. L'instruction, qui est contradictoire, est assurée par des fonctionnaires et agents autres que ceux ayant constaté le manquement. Au terme de l'instruction, le rapporteur notifie le dossier complet à la personne incriminée qui peut présenter ses observations. À l'issue de cette phase, le président de l'autorité peut décider de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières à la commission des faits le justifient ou que ceux-ci ne sont pas constitutifs d'un manquement pouvant donner lieu à sanction. Dans le cas contraire, l'autorité met la personne poursuivie en mesure de se présenter devant elle ou de se faire représenter. Puis, après avoir entendu le rapporteur et, le cas échéant, la personne en cause ou son représentant, l'autorité délibère hors de leur présence. / Il résulte de ce qui précède que, dans le cadre d'une procédure de sanction devant l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires, son président dispose du pouvoir d'opportunité des poursuites des manquements constatés alors qu'il est également membre de la formation de jugement de ces mêmes manquements. / Dès lors, les dispositions contestées n'opèrent aucune séparation au sein de l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires entre, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement de ces mêmes manquements. Elles méconnaissent ainsi le principe d'impartialité »⁵⁴.*

– Enfin, dans sa décision n° 2019-798 QPC du 26 juillet 2019, le Conseil a jugé que l'agence française de lutte contre le dopage pouvait se prononcer sur des sanctions éventuelles après que les poursuites ont été engagées par une fédération sans qu'il n'en résulte de confusion entre les fonctions de poursuite et de jugement, mais que, « *dans les autres situations, dans lesquelles les poursuites sont engagées par l'agence française de lutte contre le dopage elle-même, ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative n'opèrent de séparation, au sein de cette agence, entre les fonctions de poursuite des éventuels manquements commis par les personnes non licenciées et les fonctions de jugement de ces mêmes manquements »*⁵⁵, et a jugé ces dispositions contraires au principe d'impartialité.

⁵⁴ Décision n° 2017-675 QPC du 24 novembre 2017, *Société Queen Air (Procédure de sanction devant l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires)*, paragr. 11 à 13.

⁵⁵ Décision n° 2019-798 QPC du 26 juillet 2019, *M. Windy B. (Compétence de l'agence française de lutte contre le dopage pour prononcer des sanctions disciplinaires à l'égard des personnes non licenciées)*, paragr. 9 et 10. Voir aussi, précédemment, la décision n° 2017-688 QPC du 2 février 2018, *M. Axel N. (Saisine d'office de l'agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives)*.

2. – La jurisprudence relative au droit à un recours juridictionnel effectif

* Le Conseil constitutionnel rattache également à l'article 16 de la Déclaration de 1789 le droit à un recours juridictionnel effectif. Cette exigence implique qu'il ne doit pas « être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ».

Dans le cadre du contrôle qu'il opère sur ce fondement, le Conseil constitutionnel ne tient pas compte de la qualification juridique conférée à l'acte pour déterminer s'il est susceptible d'être contesté devant un juge. Ainsi, tout acte, qu'il soit juridictionnel ou non juridictionnel, pris par une autorité publique, administrative ou judiciaire, peut être contrôlé au regard des exigences du droit à un recours effectif dès lors qu'il emporte des conséquences certaines sur son destinataire.

De telles conséquences doivent par nature être défavorables.

Par exemple, dans sa décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, le Conseil constitutionnel était saisi de dispositions qui reconnaissaient aux personnes placées en détention provisoire le droit, sous réserve que l'autorité judiciaire ne s'y oppose pas, de correspondre par écrit avec toute personne de leur choix, mais ne prévoyaient aucun recours contre l'éventuel refus de l'autorité judiciaire. Le Conseil a jugé : « *ni ces dispositions ni aucune autre disposition législative ne permettent de contester devant une juridiction une décision refusant l'exercice de ce droit. / Au regard des conséquences qu'entraîne ce refus pour une personne placée en détention provisoire, l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du magistrat conduit dès lors à ce que les dispositions contestées méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789* »⁵⁶.

De même, dans sa décision n° 2021-905 QPC du 7 mai 2021, le Conseil a censuré des dispositions qui ne permettaient pas à la personne condamnée de contester devant un juge la décision du ministère public de demander l'exécution d'une condamnation sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne, au regard des conséquences qu'est susceptible d'entraîner pour la personne condamnée une telle décision⁵⁷.

⁵⁶ Décision n° 2018-715 QPC du 22 juin 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons (Correspondance écrite des personnes en détention provisoire)*, paragr. 5 et 6.

⁵⁷ Décision n° 2021-905 QPC du 7 mai 2021, *Section française de l'observatoire international des prisons (Procédure d'exécution sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction française)*, paragr. 22. Voir aussi la décision n° 2021-959 QPC du 7 janvier 2022, *M. Manuel R. (Droit de recours dans le cadre de la procédure d'exécution sur le territoire français d'une peine privative de liberté prononcée par une juridiction d'un État membre de l'Union européenne)*.

En revanche, si la décision contre laquelle aucun recours n'existe se révèle n'être qu'une décision ne faisant pas immédiatement grief, le Conseil écarte le grief tiré de l'atteinte au droit au recours juridictionnel effectif après s'être assuré que les décisions subséquentes peuvent, quant à elles, être contestées.

Ainsi, dans sa décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, le Conseil était saisi de l'article L. 821-1 du code de la sécurité intérieure qui prévoit que les techniques de recueil de renseignement sont mises en œuvre sur le territoire national par des agents individuellement désignés et habilités, sur autorisation préalable du Premier ministre délivrée après avis de la commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. Il a considéré que *« ces dispositions, qui sont relatives à la délivrance d'autorisations de mesures de police administrative par le Premier ministre après consultation d'une autorité administrative indépendante, ne privent pas les personnes d'un recours juridictionnel à l'encontre des décisions de mise en œuvre à leur égard des techniques de recueil de renseignement ; que les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ne sont donc pas méconnues »*⁵⁸.

De la même façon, dans sa décision n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016, le Conseil était saisi d'un grief tiré de ce que des dispositions permettant à des agents d'obtenir la communication de documents ne prévoyaient aucune voie de recours contre ces mesures d'enquête. Le Conseil a jugé : *« les demandes de communication d'informations et de documents formulées sur le fondement des dispositions contestées ne sont pas en elles-mêmes des actes susceptibles de faire grief. D'autre part, si une procédure est engagée contre une entreprise à la suite d'une enquête administrative pour pratique anticoncurrentielle ou si une astreinte ou une sanction est prononcée à l'encontre d'une entreprise, la légalité des demandes d'informations peut être contestée par voie d'exception. En outre, en cas d'illégalité de ces mesures, même en l'absence de décision faisant grief, le préjudice peut être réparé par le biais d'un recours indemnitaire. Il en résulte que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit des personnes intéressées de faire contrôler, par les juridictions compétentes, la régularité des mesures d'enquête. Le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif doit donc être écarté »*⁵⁹.

B. – L'application à l'espèce

* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a examiné, dans un premier temps, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité.

⁵⁸ Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 20.

⁵⁹ Décision n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016, *Société Brenntag (Droit de communication de documents des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence et des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie)*, paragr. 9.

À cet égard, il a réaffirmé, suivant la formule tirée de sa jurisprudence la plus récente, que ce principe s'impose aux autorités administratives ou publiques indépendantes comme aux autorités administratives non soumises au pouvoir hiérarchique du ministre lorsque, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, elles sont investies du pouvoir de prononcer des sanctions ayant le caractère d'une punition dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs missions (paragr. 5).

Après avoir rappelé que l'Autorité de la concurrence dispose, en application de l'article L. 464-2 du code de commerce, d'un pouvoir de sanction à l'encontre des entreprises qui commettent des pratiques anticoncurrentielles (paragr. 6), le Conseil a précisé que cette autorité peut également accepter, en application des dispositions contestées du même article, « *les engagements proposés par une entreprise qui sont de nature à mettre un terme à des préoccupations de concurrence* » (paragr. 7).

Pour apprécier le bien-fondé du grief, il appartenait au Conseil constitutionnel de s'assurer que, lorsqu'elle prend une décision de refus des engagements proposés par l'entreprise en cause, l'Autorité de la concurrence ne porte pas une appréciation sur les faits qui préjugerait déjà de la position qu'elle pourrait prendre dans le cadre d'une procédure ultérieure de sanction.

À cette fin, le Conseil s'est attaché tant à l'objet propre de la procédure d'engagements qu'à l'office de l'autorité dans ce cadre.

S'agissant de l'objet de la procédure d'engagements, il a constaté que les dispositions contestées « *se bornent à permettre à [l'Autorité de la concurrence], dans le cadre de sa mission tendant à garantir le bon fonctionnement de la concurrence sur les marchés, d'apprécier la suite à donner aux propositions d'engagements qui lui sont présentées pour remédier à des situations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence, sans qu'il soit établi que de telles situations constituent, en l'état, des pratiques prohibées* » (paragr. 8).

À cet égard, s'appuyant sur la jurisprudence constante de la Cour de cassation, le Conseil a souligné que « *la procédure d'engagements n'a pas pour objet de prouver ou d'écarter la réalité et l'imputabilité d'infractions au droit de la concurrence en vue de les sanctionner, mais uniquement de vérifier que les propositions d'engagements présentées par l'entreprise permettent de mettre fin aux préoccupations de concurrence identifiées par l'Autorité de la concurrence* » (paragr. 9).

Le Conseil a dès lors considéré que « *les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de conduire l'Autorité de la concurrence à préjuger la réalité*

et la qualification des faits qu'elle examine dans le cadre de la procédure d'engagements » (paragr. 10).

Par voie de conséquence, le Conseil a jugé que la circonstance que l'autorité puisse avoir à connaître de ces mêmes faits dans le cadre d'une procédure de sanction faisant suite à une décision de refus d'acceptation d'engagements ne porte pas atteinte au principe d'impartialité (paragr. 11).

* Il peut être noté qu'était relativement inédite dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel la question de savoir si une méconnaissance du principe d'impartialité peut résulter – au-delà du cas de cumul de fonctions de poursuite et jugement – de ce que deux fonctions sont successivement confiées à un même organe à l'occasion d'une même « affaire », l'exercice de la première pouvant être de nature à révéler un préjugement lors de l'exercice de la seconde⁶⁰.

En revanche, cette configuration d'une succession de fonctions ouvrant un risque de « préjugement » est une question qui a pu se poser tant devant les juridictions judiciaires⁶¹ que devant la juridiction administrative⁶², et que la jurisprudence est venue encadrer.

En l'espèce, le Conseil a considéré que, dans la mesure où la décision de refus d'engagements que peut prendre l'autorité intervient à un stade où la question de la caractérisation d'une pratique prohibée ne se pose pas, non plus que celle des poursuites qui pourraient être engagées de ce chef – ce qui supposerait alors que l'entreprise se voie notifier des griefs –, il ne peut par définition en résulter aucun risque de confusion entre poursuite et jugement.

Il a également relevé que, même si les faits sur lesquels l'autorité se prononce dans le cadre d'une procédure d'engagements puis dans le cadre d'une éventuelle procédure de sanction peuvent être les mêmes, sa mission diffère nettement selon qu'elle est saisie de ces faits en application de l'une ou l'autre de ces procédures. Alors que la procédure d'engagements implique seulement que soient identifiées des préoccupations de concurrence sur la base desquelles l'Autorité de la

⁶⁰ Hors le cas de dispositions qui conduisent à confier à un juge la compétence pour connaître d'un acte qu'il a lui-même édicté (décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, paragr. 198).

⁶¹ L'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire prévoit ainsi que la récusation d'un juge peut être demandée « *s'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties* ».

⁶² Sur ce point, la jurisprudence administrative a développé un cadre d'analyse permettant de déterminer si le premier rôle confié à un organe conduit ou non à considérer qu'il a, à cette occasion, préjugé de l'affaire qui lui sera confiée dans un second temps. Pour un exposé de ces configurations susceptibles de mettre en cause l'impartialité voir Victor Haïm, « Impartialité », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, point 42 à 95, ainsi que Pascale Fombeur et Alexandre Lallet, « Jugement, Impartialité de la juridiction, Prévention des conflits d'intérêts des juges, Abstention et récusation », *Jurisclasseur*, Fasc. 70-11, point 83 à 149.

concurrence vérifie l'adéquation des propositions émises par l'entreprise pour y mettre fin, la procédure de sanction requiert de l'autorité qu'elle examine si les faits dénoncés sont constitutifs d'une pratique prohibée par la loi et s'ils peuvent être imputés à l'entreprise en cause. Ainsi, leur cadre d'analyse et les appréciations juridique ne sont pas les mêmes.

Le Conseil en a conclu que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité devait être écarté.

* Dans un second temps, le Conseil a examiné le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif, en se fondant également sur l'article 16 de la Déclaration de 1789, dont il découle « *qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (paragr. 12).

Les sociétés requérantes dénonçaient comme contraire à cette exigence l'absence de recours spécifique contre la décision de l'Autorité de la concurrence de refus d'engagements.

Le Conseil constitutionnel a cependant jugé qu'« *au regard des conséquences qu'est susceptible d'entraîner pour l'entreprise en cause le refus d'acceptation d'engagements, ce refus doit être regardé comme une décision susceptible de faire l'objet d'un recours en application de l'article L. 464-8 du code de commerce* » (paragr. 13).

Le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif ne pouvait dès lors qu'être écarté (paragr. 14).

Pour finir, jugeant que les dispositions contestées n'étaient pas entachées d'incompétence négative et ne méconnaissaient pas non plus les autres exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel les a donc déclarées conformes à la Constitution (paragr. 15).