



Commentaire

Décision n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017

Société Barnes et autre

(Procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 19 décembre 2016 par le Conseil d'État (décisions n^{os} 401589 et 403627 du 16 décembre 2016) de deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), posées par la société Barnes et M. Thibault de S., relatives à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 561-41 et L. 561-42 du code monétaire et financier (CMF).

Dans sa décision n° 2016-616/617 QPC du 24 février 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les articles L. 561-41 et L. 561-42 du CMF, dans leur rédaction issue respectivement de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures et de l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

La Commission nationale des sanctions (CNS) a été créée pour sanctionner les manquements commis par certains professionnels soumis à des obligations de vigilance en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux le financement du terrorisme.

Elle a été créée par l'ordonnance du 30 janvier 2009¹ qui transpose la directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (dite « troisième directive anti-blanchiment ») et sa directive d'application 2006/70/CE du 1^{er} août 2006².

¹ Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

² Directive 2006/70/CE de la Commission du 1^{er} août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des personnes politiquement exposées et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée.

Elle est la traduction des exigences de l'article 39 de la directive du 26 octobre 2005 aux termes duquel, notamment, les « *États membres veillent à ce que les personnes physiques et morales soumises à la présente directive puissent être tenues pour responsables des violations des dispositions nationales adoptées conformément à la présente directive. Les sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives* »³.

L'ordonnance du 30 janvier 2009 a été ratifiée par l'article 140 de la loi du 12 mai 2009 précitée. Outre cette ratification, cet article a également ajouté à l'article L. 561-41 du CMF son troisième alinéa.

1. – L'organisation de la CNS et la procédure relative au prononcé de la sanction (en vertu des dispositions applicables au litige)

La CNS est rattachée au ministre chargé de l'économie (article L. 561-38 du CMF).

a. – La composition de la CNS

Elle est composée de sept membres : un conseiller d'État, président, désigné par le vice-président du Conseil d'État ; un conseiller à la Cour de cassation, désigné par le premier président de la Cour de cassation ; un conseiller-maître à la Cour des comptes, désigné par le premier président de la Cour des comptes ; quatre personnalités qualifiées en matière juridique ou économique, nommées par décret pour un mandat de cinq ans, renouvelable une fois (article L. 561-39 du CMF).

b. – Les personnes justiciables de la CNS et leurs obligations

* L'idée qui préside en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux est de soumettre les personnes physiques et morales qui exercent des activités exposées à des risques élevés de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à des obligations de prévention des pratiques délictueuses et d'alerte auprès des services administratifs en cas de soupçon.

Ces personnes sont énumérées à l'article L. 561-2 du CMF.

Elles peuvent être classées en trois catégories : celles relevant du secteur financier (les établissements bancaires, d'assurance, les entreprises d'investissement *etc.*), celles relevant du secteur non financier et enfin, celles relevant du secteur juridique et comptable (les avocats, notaires, experts-

³ Cf. Olivier Douvreur, « Lutte contre le blanchiment de capitaux : une nouvelle autorité administrative indépendante, la Commission nationale des sanctions », *RTDF* n° 3-2013, p. 106.

comptables, *etc.*).

La CNS n'est compétente qu'à l'égard de ceux dépourvus « *de juge naturel* »⁴, c'est-à-dire ne relevant d'aucun ordre professionnel ou de régulateur.

C'est le cas des agents immobiliers, des opérateurs de jeux ou paris autorisés (casinos) et des personnes exerçant l'activité de domiciliation d'entreprises qui sont seuls justiciables de la CNS (article L. 561-37 du CMF, renvoyant aux 8°, 9° et 15° de l'article L. 561-2).

* Ces professionnels sont tenus par le CMF⁵ à des obligations de deux ordres : une obligation de vigilance, laquelle implique la mise en place d'une procédure interne d'évaluation et de gestion des risques, et une obligation de déclaration.

Au titre de la première, les opérateurs économiques doivent définir les mesures de vigilance et déterminer des indicateurs de surveillance appropriés en fonction du client et des caractéristiques de l'opération (bien de grande valeur, activités exercées par le client, ses fonctions, montage financier, *etc.*).

Ces mesures doivent permettre d'identifier et de vérifier l'identité du client et, plus généralement, de collecter les informations destinées à garantir la transparence des transactions, des relations d'affaires et à déterminer la provenance des fonds afin de déceler d'éventuelles pratiques illicites.

La vigilance s'opère à l'égard de la clientèle de l'opérateur et du bénéficiaire effectif de l'opération, et ce tout au long de la relation d'affaires.

La somme des informations recueillies peut aboutir à une déclaration auprès de Tracfin (cellule du ministère de l'économie de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme) – lorsque les professionnels soupçonnent que les sommes inscrites sur leurs livres de comptes proviennent de pratiques illicites passibles d'une peine supérieure à un an d'emprisonnement ou participent au financement du terrorisme – et, *in fine*, à la cessation de la relation d'affaires.

c. – Les sanctions pouvant être prononcées par la CNS

La CNS est dotée d'une compétence répressive disciplinaire et pécuniaire. Elle sanctionne « *tout manquement* » aux obligations précitées (article L. 561-37 du CMF).

⁴ *Ibid.*

⁵ Articles L. 561-5 à L. 561-17 ; R. 561-5 à R. 561-30.

Elle peut prononcer :

« 1° *L'avertissement ;*

« 2° *Le blâme ;*

« 3° *L'interdiction temporaire d'exercice de l'activité pour une durée n'excédant pas cinq ans ;*

« 4° *Le retrait d'agrément ou de la carte professionnelle* ». Le retrait peut être assorti d'un sursis. En revanche, si dans un délai de cinq ans la personne commet une autre infraction, la sanction initiale de retrait est exécutée.

Elle peut prononcer, en sus ou à la place des sanctions mentionnées ci-dessus une sanction pécuniaire qui doit tenir compte de la gravité des manquements sans pouvoir excéder la somme de cinq millions d'euros.

Les sanctions infligées peuvent faire l'objet d'une publication aux frais de la personne sanctionnée dans les journaux ou publications que la CNS désigne (article L. 561-40 du CMF).

d. – La procédure devant la CNS

La procédure conduisant au prononcé de la sanction par la CNS comprend une phase d'enquête préalable, une phase d'instruction contradictoire et une phase de « jugement ».

* La phase d'enquête préalable incombe aux autorités de contrôle propres à chaque profession. Il s'agit de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) pour les intermédiaires immobiliers et les sociétés de domiciliation et du service central des courses et jeux (SCCJ) de la direction centrale de la police judiciaire pour les professionnels du secteur des jeux et des paris.

Sur le fondement du rapport d'enquête établi par ces autorités administratives, le ministre chargé de l'économie ou le ministre de l'intérieur saisissent la CNS (article L. 561-38 du CMF).

* La saisine de la CNS

Dans sa rédaction objet des deux QPC, l'article L. 561-41 du CMF prévoit que « *La Commission nationale des sanctions reçoit les rapports établis à la suite des contrôles effectués par les autorités administratives mentionnées au II de l'article L. 561-36 et notifie les griefs à la personne physique mise en cause ou,*

s'agissant d'une personne morale, à son responsable légal ».

Le paragraphe I de l'article R. 561-47 du CMF précise : *« Lorsque la Commission nationale des sanctions est saisie, en application de l'article L. 561-38, sur le fondement d'un rapport de contrôle établi dans les conditions prévues aux articles R. 561-39 et R. 561-40, la notification des griefs prévue à l'article L. 561-41 est faite, par les soins du secrétaire général, par lettre recommandée avec demande d' accusé de réception. Elle est accompagnée d'une copie du rapport de contrôle ».*

Le dernier alinéa de l'article L. 561-41 du CMF, dans sa version objet des QPC, prévoit que *« lorsque, par suite soit d'un grave défaut de vigilance, soit d'une carence dans l'organisation de ses procédures internes de contrôle, une personne mentionnée aux 8°, 9° et 15° de l'article L. 561-2 a omis de respecter les obligations découlant du présent titre, la Commission nationale des sanctions engage une procédure disciplinaire et en avise le procureur de la République ».*

* L'instruction des affaires

Le rôle du secrétaire général de la CNS est précisé par l'article R. 561-45 du CMF, qui indique notamment : *« Le secrétaire général instruit les affaires soumises à l'examen de la commission et assure le suivi de l'exécution de ses décisions ».*

En vertu du paragraphe II de l'article R. 561-47, les personnes mises en cause disposent d'un délai de trente jours à compter de la notification des griefs pour produire leurs observations écrites et prendre connaissance des autres pièces du dossier.

Il résulte implicitement de l'article L. 561-42 du CMF dans sa version objet de la QPC (selon lequel la CNS statue *« hors la présence du rapporteur de l'affaire »*) que le président de la CNS désigne un rapporteur.

* À l'expiration de la phase contradictoire, les intéressés sont convoqués pour une audition devant la commission. Ils peuvent se faire assister par un conseil de leur choix (articles L. 561-42 et R. 561-48 du CMF).

En vue de la séance, la composition de la commission est portée à la connaissance des personnes mises en cause afin qu'elles puissent exercer, le cas échéant, leur droit à récusation s'il existe une raison sérieuse de douter de l'impartialité de l'un des membres (article R. 561-49).

La séance peut être publique à la demande des intéressés. Toutefois, le président se réserve le droit d'interdire l'accès au public pour des motifs d'ordre public ou de préservation du secret des affaires (article R. 561-50 du CMF).

Enfin, en application de l'article L. 561-42 : « *La Commission nationale des sanctions statue par décision motivée, hors la présence du rapporteur de l'affaire. / Aucune sanction ne peut être prononcée sans que la personne concernée ou son représentant ait été entendu ou, à défaut, dûment convoqué* ».

* La décision rendue par la commission peut faire l'objet d'un recours qualifié de « pleine juridiction ». Dans le silence des textes, la juridiction administrative doit en effet être considérée comme étant compétente pour connaître d'une décision administrative.

2. – L'évolution des règles d'organisation de la CNS

Le Gouvernement a été habilité à prendre par ordonnance les mesures législatives permettant de transposer la directive 2015/849 du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme⁶ (dite « quatrième directive anti-blanchiment »).

À cette occasion, « *les pouvoirs actuels (...) de la Commission Nationale des Sanctions [ont été] ajustés afin de les rendre compatibles avec les dispositions de la 4^e directive* »⁷.

Ainsi, en application de l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, il est désormais précisé au paragraphe II de l'article L. 561-41 du CMF que le « *secrétaire général de la commission notifie les griefs susceptibles d'être retenus par la commission* ». Il est ajouté que « *dans l'exercice de ses attributions, le secrétaire général de la commission ne peut recevoir aucune instruction* »⁸.

L'article L. 561-42 indique quant à lui que le « *président de la Commission nationale des sanctions désigne un rapporteur. Celui-ci ne peut recevoir aucune instruction* »⁹.

⁶ Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission

⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

⁸ Article L. 561-41 du CMF dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016.

⁹ Article L. 561-42 du CMF dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016.

Enfin, en vertu du paragraphe IV de l'article L. 561-39 : « *Le secrétaire général de la commission est nommé après avis du président, par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre de l'intérieur* ».

B. – Origine des QPC et question posée

La société Barnes exerce une activité de transaction et de gestion immobilière. Elle a fait l'objet d'un contrôle de la part de la DGCCRF qui a abouti à la saisine de la CNS. Par une décision du 21 mars 2016, celle-ci a prononcé plusieurs sanctions disciplinaires et pécuniaires à l'égard de la société et de son président.

La société Barnes et son président ont contesté, au fond, cette sanction devant le tribunal administratif (TA) de Paris.

Ils en ont, par ailleurs, obtenu la suspension par le juge des référés du TA, dans le cadre d'un référé-suspension. Le ministre des finances et des comptes publics s'est pourvu en cassation contre l'ordonnance du juge des référés.

À l'appui de leur demande en annulation, la société et son président ont soulevé une QPC, laquelle a été transmise au Conseil d'État le 20 septembre 2016. Le 4 novembre 2016, ils ont soulevé une seconde QPC, directement devant le Conseil d'État, à l'appui de leur mémoire en défense dans le cadre l'examen du pourvoi en cassation.

Par les deux décisions précitées du 16 décembre, le Conseil d'État a renvoyé ces QPC au Conseil constitutionnel, au motif « *que le moyen tiré de ce qu'elles [les dispositions des articles L. 561-41 et L. 561-42 du CMF] portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au principe constitutionnel d'impartialité des juridictions, faite en particulier d'opérer une distinction entre les fonctions de poursuite et d'instruction, soulève une question présentant un caractère sérieux* ».

Le Conseil constitutionnel a joint les deux questions (paragr. 1).

Deux syndicats professionnels et une association représentant le secteur des opérateurs de jeux (casinos) sont intervenus au soutien de l'inconstitutionnalité des dispositions contestées.

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

Les requérants et les parties intervenantes reprochaient aux dispositions contestées de méconnaître le principe d'indépendance et d'impartialité des juridictions qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme

et du citoyen de 1789. Selon eux, ces dispositions ne garantissaient pas une séparation claire, qu'elle soit organique ou fonctionnelle, entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement.

A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les principes garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789

Le Conseil constitutionnel rattache à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 le droit à un recours juridictionnel effectif, les droits de la défense, le droit à un procès équitable et, enfin, l'impartialité et l'indépendance des juridictions.

Le Conseil constitutionnel a une jurisprudence bien établie sur l'application des principes tirés de l'article 16 aux autorités administratives exerçant un pouvoir de sanction.

Dans sa décision n° 2011-200 QPC relative au pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire, le Conseil constitutionnel a expressément jugé que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes (AAI) exerçant des fonctions que la loi qualifie de juridictionnelles :

« Considérant que les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution »¹⁰ .

Dans sa décision n° 2012-280 QPC, le Conseil constitutionnel a jugé que les principes découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont applicables à une AAI même lorsqu'elle n'exerce pas des pouvoirs de sanction en tant que juridiction :

« Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des

¹⁰ Décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur (Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire)*, cons. 8.

droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »¹¹.

Ce considérant de principe a été réitéré dans la décision n° 2013-331 QPC relative aux pouvoirs de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)¹² et dans la décision n° 2013-359 QPC relative à certains pouvoirs de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)¹³.

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

Cela ne signifie pas pour autant que le législateur soit tenu d'organiser une séparation organique de ces différentes fonctions (à l'instar de celle qui prévaut par exemple pour l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou encore la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)), une séparation fonctionnelle pouvant suffire à satisfaire aux exigences constitutionnelles, comme l'a admis le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-280 QPC, à propos des services d'instruction et du collège de l'Autorité de la concurrence :

« Considérant, en premier lieu, d'une part, que les dispositions du paragraphe II de l'article L. 461-1 du code de commerce fixent la composition du collège de l'Autorité de la concurrence, dont les différentes formations sont compétentes pour exercer les pouvoirs de sanction confiés par le législateur à cette autorité administrative indépendante ; que l'article L. 461-2 du même code prévoit les obligations auxquelles sont tenus les membres de l'autorité ; que les troisième et quatrième alinéas de cet article prescrivent notamment : "Tout membre de l'autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. - Aucun

¹¹ Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*, cons. 16.

¹² Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numericable SAS et autre (Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)*, cons. 10.

¹³ 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)*, cons. 3.

membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées" ; que l'article L. 461-3 du même code fixe les règles de délibération de l'autorité ;

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

« *Considérant qu'au regard de ces garanties légales, dont il appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, le paragraphe II de l'article L. 461-1 et l'article L. 461-3 du code de commerce ne méconnaissent pas les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante ».*

Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel s'est également prononcé sur l'atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité susceptible de résulter de la faculté pour l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office de manquements à des engagements pris en application de ses propres décisions autorisant des opérations de concentration. Pour s'assurer du respect de ces principes constitutionnels, le Conseil a pris en considération, d'une part, le fait que l'ouverture de cette procédure ne conduisait pas l'autorité « à préjuger la réalité des manquements à examiner » et, d'autre part, le fait que l'instruction de l'affaire était assurée par les services faisant l'objet d'une séparation fonctionnelle du collège infligeant les sanctions :

« *Considérant, en second lieu, que si les dispositions du paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce autorisent l'Autorité de la concurrence à se saisir "d'office" de certaines pratiques ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration, c'est à la condition que cette saisine ait été proposée par le rapporteur général ; que ces dispositions, relatives à l'ouverture de la procédure de vérification de l'exécution des injonctions, prescriptions ou*

engagements figurant dans une décision autorisant une opération de concentration, ne conduisent pas l'autorité à préjuger la réalité des manquements à examiner ; que l'instruction de l'affaire est ensuite assurée par le rapporteur général dans les conditions et selon les garanties prévues par les articles L. 463-1 et L. 463-2 dudit code ; que le collège de l'Autorité est, pour sa part, compétent pour se prononcer, selon les modalités prévues par l'article L. 463-7 du même code, sur les griefs notifiés par le rapporteur général et, le cas échéant, infliger des sanctions ; que les deux derniers alinéas de cet article disposent que, lors de la séance, le rapporteur général peut présenter des observations, tout en prévoyant que lorsque l'autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L. 462-5, le rapporteur général et le rapporteur n'assistent pas au délibéré ;

« 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 ».

Dans sa décision n° 2013-331 QPC précitée, le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) prévoyant que la mise en demeure préalable au prononcé de la sanction par le collège de l'autorité était effectuée par le directeur général de l'autorité, lequel relevait de l'autorité hiérarchique du président :

« Considérant que les dispositions contestées confient à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes 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 ; que cette compétence est exercée "soit d'office, soit à la demande du ministre chargé des communications électroniques, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernée" ; que la mise en demeure de l'exploitant ou du fournisseur, par laquelle s'ouvre la procédure de sanction prévue au 2° de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques sauf lorsque celle-ci est fondée sur l'absence de respect des délais fixés par une décision prise en application de l'article L. 36-8, est confiée au directeur général de l'Autorité, lequel détermine le délai dans lequel l'exploitant ou le

fournisseur doit se conformer à cette mise en demeure ; qu'ainsi ces dispositions confient au directeur général l'exercice des poursuites devant cette Autorité ;

« 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 ».

Enfin, dans sa décision n° 2013-359 QPC précitée, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution le dispositif permettant au 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 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 ».*

Mme Hélène Pauliat analysait ainsi les décisions n°s 2013-331 QPC et 2013-359 QPC : dans le cas de l'ARCEP, *« la mise en demeure est le premier acte de la procédure de sanction, dans la mesure où celle-ci peut être assortie d'obligations de se conformer aux prescriptions législatives et réglementaires et à des étapes intermédiaires, l'absence de respect de ces étapes pouvant conduire au prononcé d'une sanction. C'est donc bien la mise en demeure qui peut déclencher la procédure de poursuite et de sanction. Cela implique donc que les principes d'indépendance et d'impartialité (...) doivent être respectés ; à l'inverse, dans le cas du CSA, la mise en demeure de se conformer à telle ou telle obligation ne repose pas nécessairement sur les mêmes faits que la sanction à venir »*¹⁴.

¹⁴ H. Pauliat, « Quel statut constitutionnel pour les mises en demeure prononcées par des autorités administratives indépendantes ? », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 719, mai 2014.

En outre, il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme d'ailleurs de celle du Conseil d'État¹⁵ ou de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶ que l'essentiel est, 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 seraient d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible serait d'ores et déjà reconnu, ce qui implique notamment que son organisation interne 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 de déterminer si les principes d'indépendance et d'impartialité sont méconnus.

Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé dans sa décision n° 2015-489 QPC¹⁷ que le législateur avait apporté différentes garanties afin que soit évité un tel écueil :

« 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 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 ».

¹⁵ Cf. notamment CE Sect. 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Ltd*, Rec. p. 433 ; CE 22 juin 2001, *Société Athis*, Rec. p. 276 ; CE 17 novembre 2004, *M. Mimran*, n° 261349.

¹⁶ En particulier, CEDH 11 juin 2009, *Société Dubus c/ France*, n° 5242/04, § 57-58.

¹⁷ 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.

2. – L'application à l'espèce

* Avant d'examiner les dispositions contestées au regard des principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel devait d'abord s'interroger sur l'applicabilité du principe à une commission ou autorité administrative ne constituant pas une AAI. En effet, la CNS ne figure pas dans la liste des AAI énumérées par la loi du 20 janvier 2017¹⁸.

Depuis cette loi, il revient uniquement¹⁹ au législateur de qualifier ou non d'autorité administrative indépendante une commission ou autorité administrative disposant du pouvoir de prononcer une sanction. Le législateur a d'ailleurs tenu compte de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'impartialité et à l'indépendance des autorités disposant d'un pouvoir de sanction, les deux derniers alinéas de l'article 8 de la loi ordinaire du 20 janvier 2017 prévoyant : « *Au sein d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, le mandat de membre du collège est incompatible avec celui de membre d'une commission des sanctions ou de règlement des différends et des sanctions. / Au sein du collège d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, certains membres peuvent faire partie d'une formation restreinte, seule compétente pour prononcer des sanctions. Dans ce cas, ils ne peuvent pas participer aux délibérations du collège qui engagent les poursuites* ».

Pour autant, le Conseil constitutionnel devait-il déduire de la qualification d'AAI par la loi des conséquences en ce qui concerne les principes d'impartialité et d'indépendance applicables aux autres autorités sanctionnatrices ?

Dans la décision n° 2012-280 QPC précitée, le Conseil constitutionnel a décidé d'appliquer les principes d'impartialité et d'indépendance à une AAI exerçant un pouvoir de sanction sans constituer une juridiction. Le commentaire de cette décision indiquait que cette solution permettait de ne pas faire dépendre l'application de ces principes du choix du législateur de conférer à une AAI une nature juridictionnelle ou non : « *la protection constitutionnelle dont jouissent les opérateurs soumis à une AAI ne peut varier en fonction du choix opéré par le législateur de qualifier ou non cette institution de juridiction* ». Par ailleurs, alors qu'il était soutenu que la seule obligation d'impartialité qui s'imposait à

¹⁸ Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

¹⁹ Dès lors que l'article 1^{er} de la loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, pris sur le fondement du dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution, dispose que « *Toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante est instituée par la loi* ».

une AAI non juridictionnelle était l'impartialité applicable à tout organe administratif, le commentaire soulignait que la création d'une AAI révèle l'intention du législateur « *d'apporter des garanties nouvelles et différentes de celles offertes par l'administration* ».

Le Conseil a suivi un raisonnement similaire en l'espèce. Il a estimé que les garanties liées à l'article 16 de la Déclaration de 1789 ne pouvaient dépendre de la seule qualification d'AAI attribuée ou non par le législateur. Le Conseil constitutionnel a estimé que ce qui devait motiver l'ouverture de ces droits, était le choix du législateur de confier à une autorité administrative un pouvoir de sanction tout en ne la soumettant pas au pouvoir hiérarchique du ministre. Ainsi, quand le législateur crée des organes sanctionneurs pouvant présenter les apparences d'un fonctionnement juridictionnel, il est nécessaire que la personne poursuivie n'ait pas le sentiment, comme cela avait été indiqué dans le commentaire de la décision n° 2012-280 QPC, que son affaire est « jouée d'avance ».

Le Conseil constitutionnel a en conséquence adapté sa formulation de principe en ce qui concerne l'application des principes d'indépendance et d'impartialité : « *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 non soumise au pouvoir hiérarchique du ministre, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. En particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle. Doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789* » (paragr. 6).

* Le Conseil constitutionnel s'est ensuite attaché à déterminer si la CNS entrait dans la catégorie des autorités administratives non soumise au pouvoir hiérarchique du ministre, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique. Après avoir énoncé les règles relatives à sa composition, les sanctions qu'elle prononce et rappelé que ses décisions étaient susceptibles d'un recours de pleine juridiction (paragr. 7), le Conseil constitutionnel en a conclu que la CNS constitue une telle autorité (paragr. 8). Il n'y avait en l'espèce pas d'ambiguïté quant à la volonté du législateur de doter cette commission d'un pouvoir propre de sanction. Elle devait « *en conséquence respecter les exigences d'impartialité découlant de l'article 16 de la déclaration des droits de*

l'homme » (paragr. 8).

Enfin, le Conseil constitutionnel a procédé à l'examen du bien-fondé du grief. Les développements des parties requérantes et intervenantes 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.

Il a relevé à cet égard que « *la Commission nationale des sanctions est saisie par le ministre chargé de l'économie, celui chargé du budget ou le ministre de l'intérieur des manquements constatés aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement des activités terroristes des personnes entrant dans son champ de compétence. Toutefois, en vertu du deuxième alinéa de l'article L. 561-41 et de l'article L. 561-42 du code monétaire et financier, il revient à la Commission nationale des sanctions de notifier les griefs à la personne mise en cause puis statue par une décision motivée, sans que la loi distingue la phase de poursuite et celle de jugement* » (paragr. 9). En l'espèce, il ne revenait donc pas à l'administration de formuler les griefs dont la CNS était saisie, prérogative qui appartenait à cette commission elle-même. Cette dernière n'était ainsi pas liée par l'analyse de l'administration mais était libre de déterminer, le cas échéant, les griefs sur lesquels elle allait ensuite se prononcer.

Le Conseil constitutionnel a donc jugé 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* » (paragr. 10).

Le Conseil constitutionnel a donc déclaré contraires à la Constitution « *les articles L. 561-41 et L. 561-42 du code monétaire et financier* » (paragr. 11), dans leur rédaction issue respectivement de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, et de l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme. Aucun motif ne justifiant de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, « *celle-ci intervient donc à compter de la date de publication* » de la décision (paragr. 13).