

N° 396

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2019-2020

Enregistré à la Présidence du Sénat le 2 avril 2020

PROPOSITION DE LOI

visant à sécuriser les pouvoirs de sanction de l'ARCEP,

PRÉSENTÉE

Par MM. Patrick CHAIZE, Bruno RETAILLEAU, Mme Sylviane NOËL, MM. Roger KAROUTCHI, Jérôme BASCHER, Daniel LAURENT, Jean-Pierre LELEUX, Christophe PRIOU, Mme Patricia MORHET-RICHAUD, MM. Michel VASPART, Antoine LEFÈVRE, Mmes Françoise RAMOND, Marta de CIDRAC, MM. Philippe MOUILLER, Gilbert BOUCHET, Jackie PIERRE, Mmes Marie-Christine CHAUVIN, Pascale BORIES, MM. André REICHARDT, René-Paul SAVARY, Mmes Jacky DEROMEDI, Frédérique PUISSAT, Florence LASSARADE, Catherine DEROUCHE, M. Cyril PELLEVAL, Mme Laure DARCOS, M. Didier MANDELLI, Mme Nicole DURANTON, MM. Louis-Jean de NICOLAÏ, Marc LAMÉNIE, Jean BIZET, Bernard FOURNIER, Jean-Marc BOYER, Alain MILON, Mme Christine LANFRANCHI DORGAL, MM. Cédric PERRIN, Michel RAISON, Mme Dominique ESTROSI SASSONE, M. Daniel GREMILLET, Mmes Catherine DI FOLCO, Corinne IMBERT, Isabelle RAIMOND-PAVERO et M. Stéphane PIEDNOIR,

Sénateurs

(Envoyée à la commission des affaires économiques, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

En septembre 2019, Orange a formulé une question préalable de constitutionnalité (QPC) auprès du Conseil d'État pour contester l'absence de séparation au sein de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) entre les équipes chargées d'écrire la règle, de contrôler son respect et de sanctionner les éventuels écarts. Si la QPC a été retirée trois semaines plus tard, il s'avère opportun de **renforcer la sécurité juridique de ces dispositions afin d'éviter tout risque de censure par le Conseil constitutionnel.**

Cette question s'est posée dès 2013. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, avait considéré que l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) relatif à la procédure de sanction de l'ARCEP ne garantissait pas la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement (considérants 11 et 12), le directeur général décidant des mises en demeure et exerçant les poursuites alors qu'il était nommé par le président de l'autorité, placé sous son autorité et assistait aux délibérations de l'autorité.

Cependant, le commentaire aux Cahiers du Conseil précisait que, si une séparation entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction de l'ARCEP devait être assurée, la garantie de cette séparation « *ne présuppos[ait] 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, l'AMF ou encore l'HADOPI), une séparation fonctionnelle pouvant suffire à satisfaire aux exigences constitutionnelles, comme l'a admis le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 octobre 2012 à propos des services d'instruction et du collège de l'Autorité de la concurrence* » (considérants 17 et 18).

À la suite de cette censure, l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014 relative à l'économie numérique¹ a instauré une nouvelle procédure de sanction sur le modèle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) que l'avis du Conseil d'État a estimée constitutionnelle. La séparation des fonctions de poursuite et de jugement est assurée en les confiant à des membres distincts du collège de l'autorité (donc une séparation fonctionnelle). L'article L. 130 du CPCE prévoit ainsi qu'une formation composée de quatre membres du collège, dont le président de l'ARCEP, adopte les décisions en matière d'instruction, de poursuite, de règlement des différends et de déclaration d'office (la formation dite de règlement des différends, de poursuite et d'instruction), et qu'une formation composée des trois autres membres du collège adopte les décisions de sanction (la formation restreinte). La formation plénière adopte les autres décisions de l'autorité.

Néanmoins, afin de renforcer la légitimité du pouvoir de sanction de l'ARCEP, il y a lieu de créer une commission des sanctions composée de membres distincts du collège de l'autorité, et chargée uniquement de prononcer les sanctions, sur le modèle de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers ou de celle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. À l'instar du collège de l'AMF (Autorité des marchés financiers) et de l'ACPR (Autorité de contrôle prudentiel et de résolution), le collège de l'ARCEP serait chargé d'adopter toutes les autres décisions.

Tel est l'objet de la présente proposition de loi.

¹ Et le décret n° 2014-867 du 1^{er} août 2014 relatif à la procédure de sanction de l'ARCEP.

Proposition de loi visant à sécuriser les pouvoirs de sanction de l'ARCEP

Article 1^{er}

- ① L'article L. 130 du code des postes et des communications électroniques est ainsi rédigé :
- ② « *Art. L. 130. – I. –* L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse est une autorité administrative indépendante qui comprend un collège et une commission des sanctions.
- ③ « Sauf disposition contraire, les attributions confiées à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse sont exercées par le collège.
- ④ « II. – Le collège de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse est composé de sept membres nommés en raison de leur qualification économique, juridique et technique, dans les domaines des communications électroniques, des postes, de la distribution de la presse et de l'économie des territoires, pour un mandat de six ans non renouvelable :
- ⑤ « – trois, dont le président, sont nommés par décret du Président de la République et renouvelés par tiers tous les deux ans ;
- ⑥ « – deux sont nommés par le Président de l'Assemblée nationale ;
- ⑦ « – deux sont nommés par le Président du Sénat.
- ⑧ « Les membres du collège ne peuvent être nommés au-delà de l'âge de soixante-cinq ans.
- ⑨ « L'écart entre le nombre de femmes et le nombre d'hommes ne peut être supérieur à un. Pour la nomination des membres autres que le président, le nouveau membre est de même sexe que celui auquel il succède.
- ⑩ « En cas de vacance d'un siège de membre du collège pour quelque cause que ce soit, constatée par son président, il est procédé à son remplacement, par une personne du même sexe, pour la durée du mandat restant à courir. Un mandat exercé moins de deux ans n'est pas pris en compte pour l'application de la règle de renouvellement.

- ⑪ « Il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre du collège que dans les formes de sa nomination, sur avis conforme émis à la majorité des autres membres du collège constatant qu'il n'est plus à même de siéger au sein du collège du fait d'une incapacité ou d'un manquement grave à ses obligations empêchant la poursuite de son mandat.
- ⑫ « Le collège ne peut délibérer que si cinq au moins de ses membres sont présents. Il délibère à la majorité des membres présents. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.
- ⑬ « III. – L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse comprend une commission des sanctions chargée de prononcer les sanctions mentionnées aux articles L. 5-3 et L. 36-11 du présent code et à l'article 24 de la loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques.
- ⑭ « Cette commission des sanctions est composée de quatre membres nommés pour un mandat de six ans non renouvelable :
- ⑮ « 1° Un membre du Conseil d'État, désigné par le vice-président du Conseil d'État ;
- ⑯ « 2° Un membre de la Cour de cassation, désigné par le premier président de la Cour de cassation ;
- ⑰ « 3° Un membre nommé en raison de sa qualification économique, juridique et technique, dans les domaines des communications électroniques, des postes, de la distribution de la presse et de l'économie des territoires par le Président de l'Assemblée nationale ;
- ⑱ « 4° Un membre nommé en raison de sa qualification économique, juridique et technique, dans les domaines des communications électroniques, des postes, de la distribution de la presse et de l'économie des territoires par le Président du Sénat.
- ⑲ « Le président de la commission est désigné parmi ces membres par décret.
- ⑳ « Les membres de la commission ne peuvent être nommés au-delà de l'âge de soixante-dix ans.
- ㉑ « Les fonctions de membre de la commission des sanctions sont incompatibles avec celles de membre du collège. Les personnes assistant les membres de la commission des sanctions ne peuvent être choisies parmi celles ayant participé à la préparation des actes de poursuite et d'instruction.

- ② « La récusation d'un membre de la commission des sanctions est prononcée à la demande d'une personne mise en cause s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité de ce membre.
- ③ « La commission des sanctions ne peut délibérer que si au moins trois de ses membres sont présents. Elle délibère à la majorité des membres présents hors la présence des parties, du rapporteur, du membre du collège et des services de l'Autorité chargés d'assister ce dernier ou de le représenter. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.
- ④ « L'écart entre le nombre de femmes et le nombre d'hommes ne peut être supérieur à un. Pour la nomination des membres autres que le président, le nouveau membre est de même sexe que celui auquel il succède.
- ⑤ « En cas de vacance d'un siège de membre de la commission des sanctions pour quelque cause que ce soit, constatée par son président, il est procédé à son remplacement, par une personne du même sexe, pour la durée du mandat restant à courir. Un mandat exercé moins de deux ans n'est pas pris en compte pour l'application de la règle de renouvellement.
- ⑥ « Il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre de la commission des sanctions que dans les formes de sa nomination, sur avis conforme émis à la majorité des autres membres de la commission des sanctions constatant qu'il n'est plus à même de siéger au sein de la commission des sanctions du fait d'une incapacité ou d'un manquement grave à ses obligations empêchant la poursuite de son mandat. »

Article 2

- ① I. – L'article L. 5-3 du code des postes et des communications électroniques est ainsi modifié :
- ② 1° Le I est ainsi modifié :
- ③ a) Au premier alinéa, après les mots : « ces dispositions, », sont insérés les mots : « le collège de » ;
- ④ b) Au début de la dernière phrase du second alinéa, sont ajoutés les mots : « Le collège de » ;
- ⑤ 2° Le II est ainsi modifié :
- ⑥ a) À la première phrase, après le mot : « assortie, », sont insérés les mots : « le collège de » ;

- ⑦ *b)* Au début de la seconde phrase, le mot : « Elle » est remplacé par le mot : « Il » ;
- ⑧ 3° Au premier alinéa du III, après le mot : « représentant », sont insérés les mots : « du collègue » ;
- ⑨ 4° À la fin de la seconde phrase du II, les mots : « formation restreinte » sont remplacés par les mots : « commission des sanctions » ;
- ⑩ 5° Aux premier, deuxième, troisième et douzième alinéas du III, au IV et aux première et deuxième phrases du V, les mots : « formation restreinte » sont remplacés par les mots : « commission des sanctions ».
- ⑪ II. – L'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques est ainsi modifié :
- ⑫ 1° Le I est ainsi modifié :
- ⑬ *a)* Au sixième alinéa, après les mots : « demeure par », sont insérés les mots : « le collègue de » ;
- ⑭ *b)* Au début de la dernière phrase de l'avant-dernier alinéa, sont ajoutés les mots : « Le collègue de » ;
- ⑮ *c)* Au dernier alinéa, après le mot : « Lorsque », sont insérés les mots : « le collègue de », et le mot : « elle » est remplacé par le mot : « il » ;
- ⑯ 2° Le II est ainsi modifié :
- ⑰ *a)* À la première phrase, après le mot : « assortie, », sont insérés les mots : « le collègue de » ;
- ⑱ *b)* Au début de la seconde phrase, le mot : « Elle » est remplacé par le mot : « Il » ;
- ⑲ 3° Au III, après le mot : « représentant », sont insérés les mots : « du collègue » ;
- ⑳ 4° À la première phrase du IV, après les mots : « présent article, », sont insérés les mots : « le collègue de » ;
- ㉑ 5° Au début du V, sont ajoutés les mots : « Le collègue de » ;
- ㉒ 6° À la fin de la seconde phrase du II, les mots : « formation restreinte » sont remplacés par les mots : « commission des sanctions » ;

- ②③ 7° Aux premier, deuxième et troisième alinéas, à la seconde phrase du cinquième alinéa et au onzième alinéa du III, au V et aux première et deuxième phrases du VI, les mots : « formation restreinte » sont remplacés par les mots : « commission des sanctions ».
- ②④ III. – L'article 24 de la loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques est ainsi modifié :
- ②⑤ 1° Le 1° est ainsi modifié :
- ②⑥ a) À la première phrase, après les mots : « mêmes dispositions, », sont insérés les mots : « le collègue de » ;
- ②⑦ b) Au début de la dernière phrase du second alinéa, sont ajoutés les mots : « Le collègue de » ;
- ②⑧ 2° Le 2° est ainsi modifié :
- ②⑨ a) À la première phrase, après le mot : « assortie, », sont insérés les mots : « le collègue de » ;
- ③⑩ b) À la seconde phrase, le mot : « Elle » est remplacé par le mot : « Il » et, à la fin, les mots : « formation restreinte » sont remplacés par les mots : « commission des sanctions » ;
- ③① 3° Au premier alinéa du 3°, après le mot : « représentant », sont insérés les mots : « du collègue » ;
- ③② 4° Aux premier, deuxième, troisième et avant-dernier alinéas du 3°, au 4° et aux première et deuxième phrases du 5°, les mots : « formation restreinte » sont remplacés par les mots : « commission des sanctions ».