

Annexe technique I

Le risque de condamnation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme
en raison du cumul de fonctions proposé

OBJET DE LA PRESENTE ANNEXE

La présente annexe se veut une réponse à l'« *analyse juridique fouillée* »¹ que les auteurs du Projet de loi ont fait figurer en Annexe 1 sous le titre : « *L'application des exigences tirées de l'article 6 de la CEDH au Conseil de la concurrence* »².

L'Annexe 1 du Projet de loi vise à démontrer que « *les exigences de l'article 6 de la CEDH ne s'oppos[eraient] pas à ce que [les] deux fonctions [d'instruction et de décision] soient assumées par une seule et même autorité* »³. Autrement dit, le Projet de loi n'exposerait pas le Luxembourg à un risque de sanction par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-infra la *Cour EDH*).

C'est sur cette question que l'Association souhaite revenir à cet endroit.

Elle souligne qu'il s'agit là qu'une difficulté strictement juridique et que l'on ne trouvera donc pas ici de considérations concernant l'opportunité du Projet de loi. Ce n'est pas dire que les considérations d'opportunité soient secondaires. Au contraire. L'opportunité du Projet de loi peut et doit être discutée, et ceci indépendamment de la question de savoir s'il existe ou non un risque de sanction juridique par la Cour EDH. Mais, pour les questions d'opportunité, l'Association renvoie à son avis principal.

Quant à la présente annexe, elle ne traitera que de la question juridique suivante :

Existe-t-il ou non un risque de condamnation du Luxembourg par la Cour Européenne des Droits de l'Homme en raison des cumuls de fonctions prévus dans le Projet de loi ?

Il convient encore de souligner que seules les difficultés liées aux cumuls de fonctions seront envisagées, à l'exclusion de celles qui pourraient résulter de l'incompatibilité d'autres aspects du Projet de loi avec l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (ci-infra la *Convention EDH*).

En tout état de cause, l'Association formulera d'abord, comme les auteurs du Projet de loi, quelques observations liminaires sur l'applicabilité *prima facie* de l'article 6 de la Convention EDH (**observations liminaires**). Puis l'Association tentera d'évaluer la compatibilité du Projet de loi avec l'article 6 en envisageant successivement les difficultés que suscite le Projet de loi au regard de l'exigence d'impartialité (**I**) et des autres garanties du procès équitable (**II**).

1 Cf. Projet de loi, Exposé des motifs, page 3.

2 Cf. Projet de loi, page 32.

3 Cf. Projet de loi, Exposé des motifs, page 3.

OBSERVATIONS LIMINAIRES : L'APPLICABILITE *PRIMA FACIE* DE L'ARTICLE 6 DE LA CEDH

Si les auteurs du Projet de loi consacrent d'assez longs développements à cette question, ils ne remettent pas réellement en cause l'idée que l'article 6 de la Convention EDH a vocation à s'appliquer au Conseil de la concurrence luxembourgeois et ne discutent que des points secondaires du débat.

Il est en effet assez clair que l'article 6 de la Convention EDH est applicable *prima facie*, et ceci tant *rationae materiae* (i) que *rationae personae* (ii) :

(i) L'applicabilité *rationae materiae* de l'article 6 de la Convention EDH

Rationae materiae, les sanctions encourues devant le Conseil de la concurrence luxembourgeois relèvent de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention EDH.

Pour caractériser la matière pénale, la Cour EDH retient 3 critères qui sont en principe alternatifs⁴ : le critère de la qualification interne, le critère de la nature de l'infraction (i.e. du comportement prohibé)⁵ et, surtout, le critère de la finalité répressive et de la gravité de la sanction⁶. Ce troisième critère de la finalité et de la gravité de la sanction est le critère dominant et il suffit à lui seul pour caractériser la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention EDH⁷. On notera au passage que c'est la sanction encourue qui est déterminante et non pas la sanction prononcée⁸.

En l'occurrence, les sanctions encourues devant le Conseil de la concurrence luxembourgeois sont des amendes, dont la finalité répressive n'est pas douteuse⁹. Surtout le montant maximal de ces amendes, qui

4 Cf. par exemple CEDH, *Inocencio c Portugal*, 11 janvier 2001, Req. n° 43862/98, Rec. 2001-I-§ 2. : « La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle il faut, afin de déterminer l'existence d'une « accusation en matière pénale », avoir égard à trois critères : la qualification juridique de la mesure litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci, et la nature et le degré de sévérité de la « sanction » (voir, en dernier lieu, *Escoubet c. Belgique [GC]*, n° 26780/95, § 32, CEDH 1999-VII). Ces critères sont par ailleurs alternatifs et non cumulatifs : pour que l'article 6 s'applique au titre des mots « accusation en matière pénale », il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, « pénale » au regard de la Convention, ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la « matière pénale ». Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une « accusation en matière pénale » (voir l'arrêt *Garyfallou AEBE c. Grèce* du 24 septembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-V, p. 1830, § 33). » - La doctrine confirme que les critères sont « alternatifs et non pas cumulatifs » en précisant que « l'approche cumulative est possible si l'analyse de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire » - Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 101 b p. 160.

5 Il est utile de noter que « Le critère de la nature du fait du comportement sera appréciée par rapport à l'activité professionnelle de l'intéressé » - Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 101 2) p. 161.- Il y aura donc moins de chance de rattachement à la matière pénale si le comportement sanctionné est lié à une activité professionnelle. Les auteurs précisent toutefois : « Mais attention : si le troisième réactif joue » [c'est-à-dire le critère de la gravité de la sanction] « il y aura requalification dans la matière pénale, nonobstant le rattachement du fait ou du comportement à l'activité professionnelle de l'intéressé » - Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 101 2) p. 161-.

6 Sur ces trois critères ou « réactifs » de la matière pénale : Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 101.

7 Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 101 3°) et v. ég. n°107 a) à propos des sanctions pécuniaires prononcées par des autorités de régulation.

8 Dans l'arrêt CEDH, *Dubus c/ France*, 11 juin 2009, par 37, la Cour Européenne indique que « la coloration pénale d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passible la personne concernée (*Engel et autres précité*, § 82) et non à la gravité de la sanction finalement infligée. » En l'espèce, la société n'avait été condamnée qu'à un blâme mais la matière est jugée pénale car la société risquait une amende forte et/ou une radiation.

9 Ces amendes visent bien à « punir ou empêcher la réitération d'actes semblables »- Cf. CEDH 24 février 1994, *Benedenoun c/ France*, série A, n° 284-A, par 47.

peuvent atteindre 10 pour cent du chiffre d'affaire mondial, est très supérieur au montant maximal des amendes pénales ordinaires. Elles constituent à ce titre des sanctions graves. D'ailleurs, la Cour EDH parle de matière pénale face à des organes habilités à prononcer des amendes plafonnées à un seuil assez nettement inférieur (par exemple à 5% du chiffre d'affaire HT réalisé sur le seul territoire national¹⁰ ou même au montant du capital minimum auquel les sociétés sont astreintes¹¹). Les sanctions encourues devant le Conseil de la concurrence luxembourgeois relèvent donc bien de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention EDH.

Les auteurs du Projet de loi semblent d'ailleurs admettre que les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence relèvent de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention EDH¹².

Les auteurs du Projet de loi¹³ et la doctrine¹⁴ émettent néanmoins des réserves tendant à démontrer que la jurisprudence européenne devrait être « relativisée »¹⁵. Il faudrait, en somme, relativiser la portée de l'application de l'article 6 de la Convention EDH au Projet de loi étudié. Trois arguments sont avancés dans cette perspective :

- D'abord, les auteurs du Projet de loi invoquent l'arrêt *OOO Neste c/Russie* du 3 juin 2004¹⁶, dans lequel la Cour EDH a jugé que l'article 6 n'était pas applicable à l'autorité de concurrence russe. Mais cette décision n'est guère pertinente. En effet, l'autorité de concurrence russe n'a pas de véritable pouvoir de sanction : elle peut seulement prononcer des injonctions ; or c'est d'abord pour cette raison que la Cour EDH a estimé que le critère essentiel de la matière pénale tiré de la finalité et de la sévérité de la sanction, n'était pas donné¹⁷. La solution n'est donc pas transposable au Conseil de la concurrence luxembourgeois qui peut, quant à lui, prononcer de véritables sanctions à finalité répressive ;
- En doctrine¹⁸, l'arrêt *Jussila c/ Finlande* du 23 novembre 2006 est évoqué encore¹⁹. Cette décision distingue certaines matières qui ne relèvent pas du « *noyau dur du droit pénal* » et pour lesquelles « *les*

10 C'est le montant maximal des amendes que peut prononcer le Conseil de la concurrence français dont le montant est jugé « très élevé » par la doctrine - Cf. *GUINCHARD et alii, Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 107 b*) 1- ce qui explique leur rattachement à la matière pénale par la Cour EDH -Cf. CEDH, *LILLY France c/ France*, 3.12.2002, page 9.

11 A propos de la Commission bancaire française : Cf. CEDH, *Dubus c/ France* du 11 juin 2009, par 37- Il est vrai qu'en plus des amendes, la commission bancaire pouvait aussi prononcer la radiation. Mais la Cour EDH des Droits de l'Homme écrit au pluriel que : « *De telles sanctions entraînent des conséquences financières importantes, et partant, peuvent être qualifiées de sanctions pénales* ». En ce qui concerne le Conseil de la concurrence luxembourgeois, il est difficilement discutable que des amendes de 10 % du chiffre d'affaire mondial emportent, le cas échéant, des « *conséquences financières importantes* ».

12 Cf. Annexe 1, page 34.

13 Cf. Annexe 1, page 33-34.

14 Cf. P.E. PARTSCH, « *De Standard & Poor's ... à la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », AGEFI Luxembourg, Déc. 2009, p. 30.

15 Cf. Annexe 1, page 33-34.

16 CEDH *OOO Neste c/Russie*, 3 juin 2004, Req. 69042/0.1

17 Cf. *OOO Neste c/ Russie* p. 10 : « *As to the third criterion, the Court notes that section 6-1 of the Competition Law, under which the applicant companies were charged, does not provide for any specific sanctions as such* ».

18 Cf. P.E. PARTSCH, « *De Standard & Poor's ... à la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », AGEFI Luxembourg, Déc. 2009, p. 30.

19 Cf. *Jussila c/ Finlande*, Req. no 73053/01.

garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur »²⁰. La décision laisse entendre que le droit de la concurrence fait partie de ces matières²¹. On relèvera toutefois que la pérennité de cette jurisprudence n'est peut-être pas assurée compte-tenu des vives critiques dont elle a fait l'objet²². Surtout, il faut souligner que l'arrêt Jussila a été rendu dans une espèce où le critère le plus significatif de la matière pénale - i.e. la sévérité de la sanction - n'était pas donné²³. Malgré cela, la Cour EDH a conclu à l'applicabilité de principe du volet pénal de l'article 6²⁴ (en rejetant l'idée que les procédures fiscales en cause devraient échapper à l'article 6 « *en raison de leur nature* »²⁵). Les juges européens ont seulement conclu à une *atténuation* des exigences de l'article 6, pour exclure une garantie secondaire du procès équitable (à savoir la tenue d'une audience publique). Mais les cumuls de fonctions envisagés dans le Projet de loi n'affectent pas seulement des garanties secondaires : ils affectent des garanties essentielles qui constituent le noyau dur du procès équitable (à savoir l'exigence d'impartialité et l'égalité des armes). Or, dans l'arrêt Dubus c/ France du 11 juin 2009²⁶, le juge européen a montré qu'il appliquait ces garanties essentielles et sanctionnait les cumuls de fonctions même dans des matières qui, au sens de l'arrêt Jussila, ne relèvent pas du noyau dur du droit pénal²⁷. En bref, on peut douter que l'arrêt Jussila soit réellement pertinent ;

20 Cf. Jussila c/ Finlande, Req. no 73053/01, par 43.

21 L'arrêt Jussila c/ Finlande a été rendu à propos de majorations d'impôts. Mais les juges indiquent dans la décision : « [...] en adoptant une interprétation autonome de la notion d' « accusation en matière pénale » par application des critères Engel, les organes de la Convention ont jeté les bases d'une extension progressive de l'application du volet pénal de l'article 6 à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal, telles que les contraventions administratives (Öztürk c. Allemagne), les punitions pour manquement à la discipline pénitentiaire (Campbell et Fell c. Royaume-Uni, arrêt du 28 juin 1984, série A no 80), les infractions douanières (Salabiaku c. France, arrêt du 7 octobre 1988, série A no 141-A), les sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la concurrence (Société Stenuit c. France, arrêt du 27 février 1992, série A no 232-A) et les amendes infligées par des juridictions financières (Guisset c. France, no 33933/96, CEDH 2000-IX). Les majorations d'impôt ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur [...] » (par 43)

22 La distinction entre les matières relevant ou non du « noyau dur du droit pénal » a été très vivement critiquée par plusieurs Juges au sein même de la Cour EDH. Ainsi l'arrêt Jussila a donné lieu à une opinion partiellement dissidente du Juge Loucades selon laquelle : « Il me paraît difficile, dans le contexte d'un procès équitable, de distinguer, à l'instar de la majorité, entre les infractions pénales ressortissant au « noyau dur du droit pénal » et celles qui n'en relèvent pas. Où doit-on tracer la frontière entre les unes et les autres ? [...] si elle devait être entérinée, la distinction en question ouvrirait la voie aux abus et à l'arbitraire. » Les juges Spielmann et Zupancic et ont déclaré se rallier à l'opinion du Juge Loucades.

23 La Cour EDH indique expressément que la sanction (10 % de majoration d'impôt correspondant à 308 EUR) était légère : « La légèreté de la sanction litigieuse distingue la présente espèce des affaires Janosevic et Bendenoun [...] » - Cf. arrêt Jussila c/ Finlande par 38-. Elle n'en a pas moins affirmé préalablement son attachement de principe au critère de la sévérité de la sanction – Cf. par 30- en rappelant que ce critère était alternatif avec celui de la nature de l'infraction - Cf. par 31-.

24 La Cour EDH indique dans la décision que « la légèreté de la sanction [...] n'a pas pour effet de l'exclure du champ d'application de l'article 6. Cette disposition s'applique donc sous son volet pénal nonobstant la modicité de la somme exigée au titre de la majoration d'impôt. » - Cf. arrêt Jussila c/ Finlande, préc., par 38 *in fine*.

25 Cf. par 36 de l'arrêt Jussila c/ Finlande : « En outre, la Cour n'est pas convaincue par la thèse selon laquelle les procédures de redressement fiscal doivent ou devraient, en raison de leur nature même, échapper à la protection de l'article 6. Les arguments qui ont été invoqués au soutien de pareille thèse en matière de discipline pénitentiaire et d'infractions légères aux règles de la circulation routière ont été rejetés par la Cour (voir, entre autres, Ezeh et Connors ainsi que Öztürk, précités). Si la Cour ne doute pas de l'importance de l'impôt pour le bon fonctionnement de l'Etat, elle n'est pas convaincue qu'il faille affranchir les sanctions fiscales des garanties procédurales contenues dans l'article 6 pour préserver l'efficacité du système fiscal ni d'ailleurs que pareille démarche puisse se concilier avec l'esprit et le but de la Convention. Par conséquent, la Cour appliquera en l'espèce les critères Engel appelés ci-dessus. ».

26 CEDH, Dubus c/ France, 11 juin 2009, Req. 5242/04.

27 L'arrêt Dubus avait trait à la matière bancaire. Or l'arrêt Jussila visait « les amendes infligées par des juridictions financières » (par 43), au même titre que les « sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la concurrence ».

- Certains auteurs ont présenté une autre nuance qui vise essentiellement le pouvoir d'auto-saisine accordé au Conseil de la concurrence. En substance, le pouvoir d'auto-saisine du Conseil de la concurrence résulterait du droit communautaire lui-même, car les articles 5 et 32 du Règlement 1/2003 feraient « *devoir aux Etats membres de donner un pouvoir d'auto-saisine à leurs autorités nationales* »²⁸ ; or le droit communautaire bénéficie d'une présomption de conformité à la Convention EDH²⁹. Mais, outre le fait que cette présomption est réfragable³⁰, elle ne saurait s'appliquer ici. En effet, à supposer que le Règlement 1/2003 implique une obligation (et non une simple faculté) de donner un pouvoir d'auto-saisine aux autorités de concurrence internes, le Règlement 1/2003 n'interdit pas pour autant la séparation fonctionnelle ou organique des fonctions : il n'interdit pas, par exemple, de confier le pouvoir d'auto-saisine uniquement à un organe d'instruction. Le Règlement 1/2003 n'impose donc aucun cumul avec la fonction de jugement³¹. Le cas échéant, ce serait donc bien le droit interne, et non le droit communautaire, qui confierait un pouvoir d'auto-saisine à la formation de jugement. Or le droit interne ne bénéficie pas de la présomption de conformité à la Convention EDH précédemment évoquée.

En bref, l'article 6 de la Convention EDH est applicable *rationae materiae* au Projet de loi évoqué, sans qu'il y ait lieu de présumer la conformité du Projet de loi à la Convention.

(ii) L'applicabilité *rationae personae* de l'article 6 de la Convention EDH

L'article 6 de la Convention EDH est également applicable *rationae personae*.

A cet égard, il y a lieu d'indiquer que le Conseil de la Concurrence luxembourgeois est manifestement un Tribunal du point de vue du droit européen. Il résulte en effet de l'arrêt *Sramek c/Autriche* du 22 octobre 1984 qu'est un Tribunal au sens de l'article 6 l'organe auquel « *il appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »³². Or le Conseil de la concurrence luxembourgeois remplit l'ensemble de ces critères. Il doit donc être qualifié de Tribunal au sens de l'article 6 de la Convention EDH. Les auteurs du Projet de loi le reconnaissent³³.

Du point de vue du droit interne néanmoins, les auteurs du Projet de loi développent un autre point de vue. Ils indiquent que « *l'intention du législateur était manifestement de ne pas ériger le Conseil de la concurrence en juridiction* » car « *la loi le qualifie expressément d'autorité administrative indépendante* »³⁴. Dans le même sens, la jurisprudence administrative a rendu plusieurs décisions selon

28 Cf. P.E. PARTSCH, « De Standard & Poor's ... à la Cour Européenne des Droits de l'Homme », AGEFI Luxembourg, Déc. 2009, p. 30.

29 Cf. arrêt *Bosphorus c/ Irlande*, 30 juin 2005.

30 En cas d'insuffisance manifeste- Cf. arrêt *Bosphorus c/ Irlande*, 30 juin 2005, par 156 alinéa 2. – Comp. également l'arrêt *Cantoni* du 22 octobre 1996, où la Cour EDH affirme clairement la primauté de la Convention EDH sur le droit communautaire: « *La circonstance, rappelée par le Gouvernement, que l'article L. 511 du code de la santé publique s'inspire presque mot pour mot de la directive communautaire 65/65 (paragraphe 12 ci-dessus) ne le soustrait pas à l'empire de l'article 7 de la Convention (art. 7)* » (par 30).

31 Le contraire serait d'ailleurs étonnant : le considérant n° 5 du Règlement 1/2003 ne renvoie-t-il pas aux « *droits fondamentaux de la défense* » ?

32 CEDH *Sramek c/Autriche*, 22 octobre 1984, Req. n° 8790/79, par 36.

33 Cf. Projet de loi, annexe 1, page 35 : « *Au regard de ces critères, on peut admettre que le Conseil de la concurrence puisse être qualifié de tribunal au sens de la CEDH* ».

34 Cf. Projet de loi, annexe 1, page 34.

lesquelles le Conseil de la concurrence ne serait pas une juridiction, notamment parce qu'il s'agit d'une autorité administrative indépendante (AAI)³⁵. Mais, l'idée selon laquelle la qualification d'AAI exclurait celle de juridiction est erronée³⁶ : il est banal qu'un même organe exerce à la fois des fonctions administratives et juridictionnelles³⁷ et l'on pourrait même soutenir que c'est un trait caractéristique des AAI que d'être - en même temps- des organes administratifs et juridictionnels³⁸. A titre d'exemple, la Commission bancaire française est une autorité administrative indépendante que la loi qualifie expressément de « *juridiction administrative* » pour une partie de son activité³⁹ (cette double qualification ayant même été confirmée par la Cour EDH⁴⁰). Or la situation du Conseil de la concurrence luxembourgeois est tout à fait analogue à celle de la Commission bancaire française. Qualifié d' « *organe quasi juridictionnel* »⁴¹ par le Conseil d'Etat, le Conseil de la concurrence remplit, pour une partie de son activité, tous les critères de la juridiction⁴². Surtout, l'article 7 (4) de la loi de 2004, inchangé dans le Projet de loi, évoque expressément la « *force de chose jugée* » des décisions du Conseil, ce qui présuppose que ces décisions ont *autorité de chose jugée*⁴³. De même, la jurisprudence judiciaire s'oriente vers la

35 Cf. spécialement TA 30 avril 2008, N° 22882 et 23384 du rôle, pages 6-7 «[...] le Conseil de la concurrence ne peut être qualifié de *juridiction administrative*, mais il constitue une *autorité administrative indépendante*. » - Voir ég. N° 22862, 22958 et 23252 du rôle page 8, N° 22864, 22957 et 23253 du rôle page 8.

36 A titre d'exemple, en France, la Commission bancaire est incontestablement une autorité administrative indépendante ; or ceci n'empêche pas la loi de la qualifier expressément de « *juridiction administrative* » pour une partie de son activité (Cf. Art. L-613-4 du Code Monétaire et Financier). Cette double qualification de la Commission bancaire paraît avoir été confirmée par la CEDH elle-même - Cf. CEDH, *Dubus c/ France*, 11 juin 2009, Req. n° 5242/04, par 57 page 18 où la Cour parle d'une autre « *autorité administrative indépendante similaire à la Commission bancaire* » et par 38 page 13 où elle qualifie la dite Commission de « *tribunal* ».

37 C'est le cas même des juridictions judiciaires ordinaires, qui, à côté de leur activité proprement juridictionnelle, sont amenées à exercer une activité administrative en rendant des « *actes d'administration judiciaire* » (quand bien même ces actes échappent au contrôle du juge administratif).

38 A cet égard, on notera qu'un dictionnaire juridique de référence définit l'AAI comme un « *Organisme administratif, parfois doté de la personnalité juridique, qui est pourvu de pouvoirs réglementaires et juridictionnels.* »- Cf. Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, par G. CORNU, PUF, Quadriga, Mars 2007.

39 Cf. Art. L-613-4 du Code Monétaire et Financier français.

40 Cf. CEDH, *Dubus c/ France*, 11 juin 2009, Req. n° 5242/04, par 57 page 18 où la Cour parle d'une autre « *autorité administrative indépendante similaire à la Commission bancaire* » et par 38 page 13 où elle qualifie la dite Commission de « *tribunal* ».

41 Cf. avis du CE du 16 mars 2004 relatif au Projet de loi n° 5229 précédant la loi du 17 mai 2004 relatif à la concurrence.

42 Les critères de la juridiction (ou de l'acte juridictionnel) sont présentés par la doctrine au titre de la célèbre « *théorie de la juridiction* » - Sur laquelle : cf. not. MOTULSKY, « *Droit processuel* », *Cours Saint Jacques*, Paris, 1973, p. 15 et s. ; GUINCHARD, FERRAND & CHAINAIS, « *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire* », *Précis Dalloz*, 29ème éd., 2008, n° 199 et s. ; CORNU & FOYER, « *Procédure civile* », PUF, 1996, p. 97 et s. – Au reste, s'il est vrai que les critères de l'acte juridictionnel sont nombreux et débattus, il ne fait guère de doute que le Conseil de la concurrence remplit la totalité de ces critères, tant formels que matériels. Pour s'en convaincre, il suffira de se référer à la définition synthétique du maître du droit processuel, H. MOTULSKY, qui reprend la plupart des critères doctrinaux et selon laquelle : « *l'acte juridictionnel consiste, de la part d'un organe qualifié, à mettre en œuvre, selon des formes spéciales et une technique appropriée, une règle de droit, en vue de trancher un conflit d'intérêts par la consécration ou le rejet d'une prétention juridique soumise à cet organe* » - Cf. MOTULSKY, *Droit processuel*, op. cit., p. 18.

43 La force de chose jugée présuppose l'autorité de chose jugée. Mais l'une et l'autre ne se confondent pas exactement pour autant et elles ne sont pas nécessairement concomitantes. L'autorité de chose jugée est une présomption de vérité légale qui ne peut être remise en cause que dans le cadre d'une voie de recours ; elle existe dès le prononcé du jugement – Cf. *Cass. 14 juin 1956*, 16, 473. Quant à la force de chose jugée, elle permet l'exécution forcée du jugement et n'intervient généralement que plus tard. En droit français, le jugement a en principe force de chose jugée à l'expiration du délai d'appel. En droit luxembourgeois, le délai d'appel n'est pas en lui-même suspensif d'exécution : mais l'exécution du jugement n'est possible que 8 jours après son prononcé (cf. art 577 du NCPC). Néanmoins le régime des décisions du Conseil de la concurrence paraît déroger à ce système. En effet l'obligation incombant au Conseil de la concurrence en application de l'article 7 (4) de la loi d'indiquer si les décisions publiées au rapport annuel sont coulées en force de chose jugée n'a de sens que dans la mesure où le passage de l'autorité à la force de chose jugée

reconnaissance de l'*autorité de chose jugée* des décisions du Conseil⁴⁴. Or, *il est unanimement admis que l'autorité de chose jugée caractérise l'acte juridictionnel*⁴⁵. La Cour EDH paraît sensible à cette idée⁴⁶. Et le juge administratif luxembourgeois n'ignore pas non le critère de l'autorité de chose jugée plus puisque, pour dénier que le Conseil de la concurrence est une juridiction, il a affirmé que celui-ci ne serait pas « *amené à rendre des décisions [...] revêtues de l'autorité de la chose jugée* »⁴⁷. Le problème est que la loi dit le contraire. Or une jurisprudence *contra legem* ne saurait suffire pour que le Conseil perde la qualification de juridiction qui résulte d'un texte clair. En bref, la loi interne donne aux décisions du Conseil de la concurrence les effets des actes juridictionnels. Sauf à modifier la loi⁴⁸, il faut admettre que le Conseil de la concurrence est une juridiction, *y compris en droit interne*.

Il reste que l'enjeu même de ce débat est relativement secondaire.

Les auteurs du Projet de loi eux-mêmes laissent entendre que la qualification de juridiction ne serait pas déterminante de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention EDH⁴⁹. Ce point de vue mériterait peut-être d'être nuancé. Sans doute les garanties de l'article 6 s'appliquent-elles parfois devant des organes qui ne sont pas des Tribunaux⁵⁰. Mais, même si ce n'est pas là la fonction essentielle de la définition européenne

n'est pas automatique et dépend, le cas échéant, de l'exercice d'un recours devant le juge administratif. Par voie de conséquence, les décisions du Conseil de la concurrence ne devraient pas être exécutoires avant l'expiration du délai de recours.

44 Reconnaître l'autorité de chose jugée de chose jugée à une décision, c'est reconnaître la présomption de vérité qui lui est attachée (sauf voie de recours) et donc refuser de la mettre en cause par voie d'exception. Or on voit mal que le juge judiciaire accepte de discuter la légalité des décisions du Conseil de la concurrence par voie d'exception puisque, même en l'absence de décision rendue par le Conseil, il va jusqu'à se déclarer incompétent pour appliquer le droit de la concurrence : C'est en tous cas la solution qui résulte d'une décision de la Cour du 21 mars 2007, n° 31955 du rôle, page 9, selon laquelle : « *La Cour se doit d'emblée de noter que les problèmes posés en rapport avec un prétendu abus de position dominante de l'EPT respectivement d'un prétendu monopole de l'exploitation de la téléphonie fixe par l'EPT, relèvent de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence et ne tombent pas dans le champ d'attribution des juridictions de l'ordre judiciaire.* ».

45 Le critère de l'autorité de chose jugée, qui est attribué à JEZE et à JAPIOT, est parfois discuté, mais seulement dans une perspective théorique non pertinente ici et, malgré les dissensions doctrinales, son exactitude n'est jamais remise en cause en tant que telle. Ainsi, les auteurs expliquent *grosso modo* que le critère serait tautologique. Ils admettent que l'acte juridictionnel se caractérise par l'autorité de la chose jugée, mais expliquent que le critère serait inopérant car la théorie de l'acte juridictionnel servirait justement à dire si un acte a ou non autorité de chose jugée - Cf. MOTULSKY, « *Droit processuel* », Cours Saint Jacques, Paris, 1973, p. 16. et v. ég. dans le même sens GUINCHARD, FERRAND & CHAINAIS, « *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire* », Précis Dalloz, 29ème éd., 2008, n° 200 b.- Mais la théorie de la juridiction n'est pas utilisée dans cette perspective à cet endroit : il ne s'agit pas de savoir si les décisions du Conseil de la concurrence ont ou non autorité de la chose jugée puisque cette question est résolue par la loi. Il s'agit de savoir si les principes du procès équitable sont applicables au Conseil de la concurrence. Le critère est donc efficace.

46 La Cour EDH a reconnu le lien intime entre la notion de juridiction et l'autorité des décisions rendues : cf. CEDH VAN DE HURK c/ Pays BAS, 19 avril 1994, par 45 « [...]le pouvoir de rendre une décision obligatoire ne pouvant être modifiée par une autorité non judiciaire au détriment d'une partie est inhérent à la notion même de "tribunal" [...] » L'autorité de chose jugée correspond justement à une interdiction faite à tous, y compris au juge en dehors de l'exercice d'une voie de recours, de modifier une décision.

47 Cf. par ex. TA 30 avril 2008, N° 22862, 22958 et 23252 du rôle page 9.

48 En remplaçant les mots « *force de chose jugée* » par « *force exécutoire* ». Mais il faudrait alors tirer les conséquences de cette modification et admettre que, faute d'avoir autorité de « *chose jugée* », les décisions du Conseil de la concurrence ne lient pas les juges. Ces décisions pourraient donc toujours être remises en cause, non seulement par voie d'action devant le Tribunal administratif pendant le délai d'action, mais encore par voie d'exception devant le juge judiciaire sans limite de délai.

49 Les auteurs du Projet de loi écrivent que « *dans le cadre de la CEDH, la qualification de l'autorité chargée de mettre en oeuvre le droit matériel n'a pas une importance déterminante pour examiner la question de l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH, alors que cette convention et ses organes d'application s'attachent au contenu du droit [...] et non pas à la nature de l'organe chargé de son application* » - Cf. Annexe 1 du Projet de loi, page 35.

50 Cf. pour l'application à une procédure s'étant partiellement déroulée devant des notaires : GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 86-2 c) p. 128

du Tribunal⁵¹, il n'est pas exclu que la Cour EDH utilise aussi cette définition pour vérifier si les garanties de l'article 6 sont applicables⁵². Pour autant, si la qualification de juridiction devait avoir une incidence sur l'applicabilité de l'article 6, la qualification interne ne jouerait, au plus, qu'un rôle très accessoire⁵³. En raison de l'autonomie des concepts européens, c'est la définition européenne du Tribunal qui serait essentielle. Or nous avons déjà relevé que le Conseil de la concurrence luxembourgeois répondait parfaitement à la définition européenne du Tribunal et que ce point n'était d'ailleurs pas contesté par les auteurs du Projet de loi. L'article 6 de la Convention EDH est donc également applicable *rationae personae*. C'est pourquoi il est essentiel de vérifier la compatibilité du Projet de loi avec l'article 6.

I. LE PROJET DE LOI A L'AUNE DE L'EXIGENCE D'IMPARTIALITÉ

La difficulté la plus évidente que pose le Projet de loi au regard de l'article 6 de la Convention EDH a trait à l'exigence d'impartialité.

En effet, toute l'économie de la réforme institutionnelle proposée repose le choix d'une « *concentration de toutes les compétences au sein d'une même autorité* »⁵⁴ : le Conseil de la concurrence cumulerait la fonction de poursuite (avec pouvoir d'auto-saisine), la fonction d'instruction, la fonction consultative et la fonction de jugement. Or la Cour EDH sanctionne les cumuls de fonctions au titre de l'exigence d'impartialité.

Compte-tenu de la radicalité du cumul de fonctions envisagé dans le Projet de loi, il n'est guère contestable que le Conseil de la concurrence ne satisferait pas objectivement aux exigences européennes en matière d'impartialité : en elle-même l'atteinte à l'impartialité (A) ne prêterait guère à discussion.

La véritable question est de savoir si la partialité du Conseil de la concurrence pourrait trouver une justification (B) *a posteriori* dans les règles élaborées par la jurisprudence européenne, qui suffiraient pour que le manquement à l'exigence d'impartialité ne soit, en définitive, pas sanctionné.

A. L'atteinte à l'impartialité

L'idée qui justifie la sanction des cumuls de fonctions au nom de l'exigence d'impartialité peut être schématiquement présentée de la façon suivante : si un juge de la formation de jugement a préalablement exercé une autre fonction dans le même dossier, par exemple s'il a dirigé l'instruction ou s'il a rendu un avis, il est vraisemblable et humain qu'il n'arrivera pas au stade de la décision sans s'être fait une idée sur le dossier en question. Ce juge aura donc un *préjugé* : il ne sera pas impartial.

La portée de la jurisprudence européenne sur les cumuls de fonctions doit toutefois être précisée.

51 La définition du Tribunal donnée par la Cour EDH sert notamment à vérifier si le droit d'accès à un –véritable- Tribunal a été respecté- cf. note 35 ci-infra

52 Cf. SUDRE, MARGENAUD et alii, Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 3ème éd. mise à jour, PUF, 2005, p. 252 : « *La notion de tribunal est utilisée par la Cour européenne pour déterminer le champ d'application de l'article 6 par 1, mais surtout pour vérifier le respect du droit au juge* » ; et comp. aussi GUINCHARD et alii – in *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 86-2 *in limine*, p. 127- qui relèvent que « *La condition de la saisine d'un tribunal semble, a priori, impliquer que les exigences de l'article 6 ne seront imposées et sanctionnées que si la procédure de contestation (civile) ou d'accusation (pénale) se déroule devant un tribunal [...] mais l'examen de la jurisprudence de la Cour révèle que des aménagements, des extensions, sont possibles* »

53 Cf. toutefois ci- infra I B.

54 Projet de loi, Exposé des motifs, page 3.

A cet égard, il est utile de rappeler que, suivant une méthode discutable⁵⁵ mais bien rôdée, la Cour EDH exige qu'il soit satisfait à l'exigence d'impartialité sous deux aspects. D'une part, la Cour EDH adopte « *une démarche subjective* » en « *essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance* ». D'autre part, elle opère un contrôle suivant une « *une démarche objective* » qui l'amène à rechercher si le juge « *offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime.* »⁵⁶ En ce qui concerne la « *démarche objective* », la Cour EDH précise explicitement : « *En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables [...]* »⁵⁷. Il en résulte que la sanction européenne n'implique pas nécessairement la preuve d'un **préjugé avéré** : une simple **apparence de préjugé** peut suffire à justifier une condamnation⁵⁸.

Compte-tenu de cela, la Cour EDH a d'abord sanctionné les cumuls de fonctions de façon assez énergique. Privilégiant la « *conception objective, plus favorable aux justiciables, puisque fondée sur le risque de partialité au seul vu de l'apparence* »⁵⁹, la Cour EDH tendait à considérer que les cumuls de fonctions constituaient en eux-mêmes une apparence de partialité : les cumuls pouvaient donc être sanctionnés *de plano* sans examen supplémentaire. En particulier, la Cour EDH imposait un respect strict de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement⁶⁰.

L'Association constate néanmoins que la jurisprudence européenne s'est assouplie. Comme le relèvent les auteurs du Projet de loi, **les cumuls de fonctions ne sont plus systématiquement sanctionnés aujourd'hui**. Dès l'arrêt Hauschildt c/ Danemark, la Cour EDH a affirmé que le fait "*Qu'un juge de première instance ou d'appel [...] ait déjà pris des décisions avant le procès [...] ne peut [...] passer pour justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité* »⁶¹. Il peut donc arriver qu'un cumul ne donne pas lieu à condamnation. Par exemple, la Cour EDH a jugé que le fait qu'un juge de la formation de jugement ait préalablement exercé des fonctions au cours de l'instruction ne constitue pas en soi une atteinte à l'exigence d'impartialité⁶².

55 La distinction entre démarche objective et démarche subjective est discutée. *Grosso modo*, l'impartialité ou la partialité sont toujours subjectives : le préjugé affecte la pensée du juge et lui est donc personnel. Mais la pensée étant insaisissable, il n'est possible de prouver le préjugé que dans la mesure où il s'extériorise dans des éléments objectifs - Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 363 c) 1- La doctrine propose de distinguer plutôt « *impartialité fonctionnelle* » et « *impartialité structurelle* » – Cf. R. KOERING- JOULIN, *Justices, 1998-10, 1*

56 CEDH Piersack c. Belgique, 1er octobre 1982, Req. no 8692/79, par 30.

57 Cf. CEDH SACILOR LORMINES c. France, 9 nov. 2006, req. no 65411/01, par 60.

58 Ce qui est peut-être dans la nature de l'exigence d'impartialité. Comme indiqué *supra* en note 38, la partialité (le préjugé) affecte la pensée qui est insaisissable en elle-même ; or il n'est possible de prouver ce que pense le juge que dans la mesure où sa pensée s'extériorise et par des moyens indirects : autrement dit par des apparences.

59 GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n°363 b) p. 704.

60 Cf. CEDH Cubber c/ Belgique, 26 oct. 1984, série A, n° 86.

61 Cf. CEDH Hauschildt c/ Danemark du 24 mai 1989, req. n° 10486/83, par 50 in fine.- Il est vrai que cette décision semblait alors partiellement justifiée par les spécificités du système danois et ne se présentait pas comme un véritable revirement au regard de l'arrêt Cubber, les juges ayant pris le soin d'expliquer que l'affaire Hauschildt s'en distinguait « *par la nature des tâches dont les juges qui siègent en l'espèce s'acquittèrent avant de connaître le fond* ».

62 Cf. CEDH Fey c/ Autriche, 24 févr. 1993, Requête no14396/88, par 30 à 33.

La portée de tels assouplissements est considérable. Ils ont d'ailleurs été critiqués au sein même de la Cour EDH⁶³. Certaines décisions ont conduit une doctrine autorisée à se demander s'il restait une place pour le grief d'impartialité en dehors de cas très exceptionnels⁶⁴. Les exigences actuelles de la Cour EDH en matière de cumuls de fonctions paraissent donc particulièrement minimalistes et il est symptomatique qu'elle n'exige même pas le respect de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire⁶⁵. D'aucuns pourraient être tentés de croire qu'à force d'indulgence, la Cour EDH a fini par vider l'exigence d'impartialité de sa substance. Un tel point de vue serait pourtant excessif.

Certes, la Cour EDH ne condamne plus les cumuls de fonctions pour eux-mêmes et ne *présume* plus de façon irréfragable que les cumuls de fonctions portent atteinte à l'apparence d'impartialité. Mais le juge européen n'avalise pas pour autant n'importe quel cumul de fonctions, dans n'importe quelles conditions. **Confrontée à un cumul de fonctions, la Cour EDH vérifie *in concreto* si l'exercice de ce cumul n'a pas donné lieu à une violation de l'exigence d'impartialité dans le cas d'espèce.** Au reste, la Cour EDH reste attachée à sa double démarche subjective et objective et ne renonce pas à condamner l'apparence de partialité pour elle-même⁶⁶.

Compte-tenu de cela, la Cour EDH peut avaliser tel ou tel cumul de fonctions, mais elle ne le fera pas sans conditions. On peut à cet égard distinguer les différents types de cumuls envisagés dans le Projet de loi :

- un **cumul des fonctions consultatives et juridictionnelles** au sein d'un même organe peut ne pas donner à condamnation et, après une hésitation⁶⁷, la Cour EDH admet que le fait que le juge ait rendu un avis préalable concernant la même *question juridique* posée de façon générale et abstraite n'est pas dirimant⁶⁸ : mais l'absence de condamnation suppose toujours que les

63 Cf. opinion du Juge SPIELMANN dans CEDH Fey c/ Autriche, 24 févr. 1993, Requête no14396/88 (Le Juge SPIELMANN indique : « Pour moi il ne s'agit pas de faire une différence entre investigations approfondies et investigations moins approfondies ») ; opinion du Juge MORENILLA dans Bulut C/ Autriche, 22/02/1996 ; voir ég. opinion du Juge Meyer dès l'arrêt Hauschildt c/ Danemark du 24 mai 1989, req. n° 10486/83 ; opinion du juge BORREGO BORREGO dans Pabla Ky c/ Finlande, 22 juin 2004, Req. no 47221/99, à propos de la séparation des fonctions législatives et juridictionnelles.

64 Cf. GUINCHARD et alii, Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 369 p. 720.

65 Cf. CEDH Pabla Ky c/ Finlande, 22 juin 2004, Req. no 47221/99

66 Cf. par ex. CEDH Sacilor Lormines c. France, 9 nov. 2006, req. no 65411/01, par 60 : « La condition d'impartialité revêt deux aspects. Il faut d'abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, il doit être objectivement impartial, c'est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime. Dans le cadre de la démarche objective, il s'agit de se demander si, indépendamment de la conduite personnelle des juges, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ces derniers. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer par les parties à la procédure (Kleyn et autres précité, § 191). »

67 Voir à propos d'un membre du corps législatif les motifs – certes dubitatifs- de la Cour EDH dans l'arrêt Pabla Ky c/ Finlande du 22 juin 2004, Req. no 47221/99, au par 33 : « De même, rien ne montre que M.P. ait joué un rôle quant à la législation en cause dans cette affaire. La loi sur les baux commerciaux avait été présentée par le Gouvernement pour adoption par le Parlement le 21 novembre 1994 et elle avait été adoptée le 17 février 1995, c'est-à-dire avant la date – le 19 mars 1995 – à laquelle M.P. fut élu pour un second mandat. Ainsi, même à supposer que la participation d'un député, par exemple, à l'adoption d'une mesure législative générale puisse faire naître des doutes sur ses fonctions judiciaires postérieures, on ne saurait affirmer en l'espèce que, en raison de sa qualité de député, M.P. ait été concerné à un autre titre par l'objet de l'affaire de la société requérante. » ; et au par 34 : « En conséquence, la Cour conclut qu'en l'espèce, contrairement aux personnes dont il était question dans les affaires Procola c. Luxembourg (arrêt du 28 septembre 1995, série A no 326) et McGonnell (arrêt précité), M.P. n'avait pas exercé antérieurement de fonction législative, exécutive ou consultative en rapport avec la matière ou les **questions juridiques** sur lesquelles la cour d'appel a statué dans le cadre du recours formé par la société requérante. »

68 Cf. CEDH Sacilor Lormines c. France, 9 nov. 2006, req. no 65411/01, par 74 : « La Cour constate que l'avis du 29 septembre 1997 portait sur l'interprétation et l'application de la loi du 15 juillet 1994 dans le temps et sur l'ampleur des pouvoirs de l'administration à l'égard des exploitants miniers ainsi que sur le partage de responsabilité entre ceux-ci et l'Etat quant à la prévention des risques miniers. Le contentieux litigieux consistait à examiner le point de savoir si des mesures de police des mines pouvaient encore être

membres de la formation de jugement n'aient pas eux-mêmes rendu un avis concernant la *même affaire* ou la *même décision*⁶⁹ ;

- la jurisprudence européenne peut aussi avaliser un **pouvoir d'auto-saisine** de la formation de jugement⁷⁰ : mais elle ne le fera que dans la mesure où l'acte d'auto-saisine ne démontre ou ne laisse supposer aucun préjugé de la part des membres de la formation de jugement⁷¹ ;
- il se peut également qu'un **cumul des fonctions d'instruction et de jugement** ne donne pas lieu à condamnation⁷² : mais il faudra que le juge n'ait pas fait un usage trop étendu de ses pouvoirs d'enquête, qui impliquerait une appréciation globale préalable et donc un préjugé ou une apparence de préjugé⁷³ ; en particulier l'impartialité implique « l'absence d'accomplissement d'acte d'accusation »⁷⁴ par les membres de la formation de jugement.

*imposées à la requérante dès lors qu'elle faisait valoir que les concessions qu'elle exploitait avaient déjà fait l'objet de déclarations d'abandon et de demandes de renonciation. Sans dénier l'existence d'une relation entre les **questions juridiques posées** dans l'avis du 29 septembre 1997 et celles générées par le contentieux porté par la requérante, la Cour considère que la teneur des premières, **abordées d'une manière générale et abstraite**, ne permet pas de conclure que les membres de la section du contentieux aient abordé avec préjugé l'examen, trois ans plus tard, de celles concernant les intérêts concrets de la requérante dans la gestion de la fin d'exploitation des sites miniers, nombreux et dans des situations juridiques différentes. Dans ces conditions, l'avis consultatif rendu et les procédures subséquentes d'examen des recours dirigés contre les arrêtés interpréctoraux portant mesures de police des mines ne peuvent représenter la « même affaire » ou la « même décision » (voir, mutatis mutandis, Kley et autres précité, §§ 200 et 201). C'est aussi la raison pour laquelle ni la demande du ministre saisi du recours hiérarchique à la section consultative ni la publication de l'avis dans le rapport public du Conseil d'Etat de 1998 ne peuvent avoir fait naître dans le chef de la requérante des craintes objectivement justifiées.*

69 Cf. par ex. CEDH Kley et autre c. Pays-Bas, 6 mai 2003, req. nos 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, par 200.

70 Cf. CEDH, Dubus c/ France, 11 juin 2009, Req. 5242/04, par 53 avec renvoi au par 27.

71 Cf. CEDH Dubus c/ France, 11/06/2009, par 60 : « La Cour s'accorde avec l'analyse du Conseil d'Etat, qui n'a pas remis en cause la faculté d'auto-saisine de la Commission bancaire, mais qui l'a subordonnée au respect du principe d'impartialité (paragraphe 27 ci-dessus) [...] » ; cette analyse du CE approuvée par la Cour EDH est exposée au par 27 est la suivante : « La haute juridiction a par ailleurs jugé, s'agissant de l'acte de saisine de la Commission, « que la possibilité conférée à une juridiction ou à un organisme administratif qui, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, peut être qualifié de tribunal au sens de l'article 6 § 1, de se saisir de son propre mouvement d'affaires qui entrent dans le domaine de compétence qui lui est attribué n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès énoncée par ces stipulations ». Toutefois, elle a précisé que « ce tribunal doit être impartial ; que cette exigence s'apprécie objectivement ; qu'il en résulte que si l'acte par lequel un tribunal statuant en matière disciplinaire décide de se saisir de certains faits, doit - afin que la ou les personnes mises en cause puissent utilement présenter leurs observations - faire apparaître avec précision ces faits ainsi que, le cas échéant, la qualification qu'ils pourraient éventuellement recevoir au regard des lois et règlements que ce tribunal est chargé d'appliquer, la lecture de cet acte ne saurait, sous peine d'irrégularité de la décision à rendre, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que leur caractère répréhensible au regard des règles ou principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu ». Elle a conclu que la Commission bancaire a méconnu la règle d'impartialité en présentant pour établis les faits dont elle faisait état et en prenant parti sur leur qualification d'infractions à différentes dispositions législatives et réglementaires (CE, 20 octobre 2000, no 180122, Société Habib Bank limited). » ; la Cour EDH précise toutefois au par 60 qu' « elle croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure. »

72 Cf. CEDH Fey c/ Autriche, 24 févr. 1993, Requête no14396/88, par 30 à 33.

73 Cf. SUDRE, MARGUENAUD, et alii, Les grands arrêts CEDH, 3ème éd., p. 308, à propos notamment de Tierce et al c/ Saint Marin, 25/07/2000, JCP 2001, I, 291, obs SUDRE- V. ég : CEDH Dubus c/ France par 57 : « [...] si le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, comme la Cour l'a jugé dans le cadre d'une procédure disciplinaire devant le Conseil des marchés financiers, autorité administrative indépendante similaire à la Commission bancaire, où était en cause la participation du rapporteur au délibéré du jugement (Didier, précité), ce cumul est subordonné à la nature et l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction, et notamment à l'absence d'accomplissement d'acte d'accusation de sa part. La Cour a rappelé à cette occasion que « le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès ».

74 Cf. CEDH Dubus c/ France, 11/06/2009, par 57.

Dans ce contexte, il est assez clair que **le cumul de fonctions radical proposé par le Projet de loi étudié ne satisfait pas a priori aux exigences européennes en matière d'impartialité**, aussi faibles soient-elles. Suivant le Projet de loi étudié, il ne s'agit pas pour le juge de la formation de jugement de poser préalablement un acte particulier d'instruction, d'une importance secondaire. Il s'agit au contraire pour lui de diriger toute l'instruction. Il le fera éventuellement après une auto saisine. Dans ces conditions, l'atteinte à l'impartialité au sens de l'article 6 de la Convention Européenne paraît difficilement discutable.

Cette analyse est confirmée par un arrêt l'**arrêt Dubus c/ France du 11 juin 2009**⁷⁵, dans lequel la Cour EDH vient de condamner la France en raison du cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement au sein de la Commission bancaire. Compte-tenu des critiques dont la jurisprudence européenne avait fait l'objet, cet arrêt pourrait être interprété comme un retour à davantage de rigueur. Il confirme en tous cas qu'en dépit des assouplissements apportés à sa jurisprudence, le juge européen ne saurait admettre un cumul de fonctions radical, analogue à celui envisagé dans le Projet de loi.

Une question supplémentaire pourrait toutefois être posée : la pratique pourrait-elle permettre à elle seule de pallier les insuffisances du texte proposé sans que celui-ci soit amendé ? Autrement dit : pourrait-on remédier aux difficultés relevées en se contentant d'instaurer un usage administratif consistant à mettre en œuvre une séparation fonctionnelle non exigée par le texte ? La solution retenue dans l'arrêt Dubus c/ France permet d'en douter. Il est vrai que cette solution demeure nuancée car la Cour EDH ne revient pas à une sanction *a priori* du cumul des fonctions d'instruction et de jugement⁷⁶ ou de l'auto-saisine⁷⁷ : il semble⁷⁸ donc qu'elle se contente toujours d'une séparation strictement fonctionnelle, sans exiger vraiment une séparation organique. Mais l'arrêt Dubus c/ France ne condamne pas moins très nettement l'*apparence d'impartialité* pour elle-même⁷⁹ et, à ce titre, il pose des conditions quant à la visibilité de la séparation fonctionnelle qui doit être organisée de façon claire et précise. Ainsi, la Cour EDH prend la peine de relever « *l'imprécision des textes qui régissent la procédure devant la Commission bancaire, quant à la composition et aux prérogatives des organes appelés à exercer les différentes fonctions qui lui sont dévolues* »⁸⁰. Elle évoque l'absence de « *distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et*

75 CEDH, Dubus c/ France, 11 juin 2009, Req. 5242/04.

76 Dans l'arrêt Dubus, la Cour EDH indique : « *si le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut être compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la Convention [...] ce cumul est subordonné à la nature et l'étendue des tâches du rapporteur durant la phase d'instruction, et notamment à l'absence d'accomplissement d'acte d'accusation de sa part. La Cour a rappelé à cette occasion que « le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès ».- cf. par 57 de l'arrêt CEDH, Dubus c/ France, 11 juin 2009, Req. 5242/04.*

77 Il résulte du paragraphe 60 et du paragraphe 27 auquel il renvoie que l'auto-saisine n'est pas condamnée dans son principe.- CEDH, Dubus c/ France, 11 juin 2009, Req. 5242/04.

78 Le paragraphe 61 de l'arrêt Dubus laisse toutefois subsister un léger doute sur ce point. En effet, juste avant de conclure à la violation de l'article 6, la Cour EDH résume sa motivation en des termes qui pourraient laisser supposer que l'absence de séparation organique implique une atteinte à l'impartialité (sans égard pour une éventuelle séparation fonctionnelle) : « *En résumé, la Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement sur l'existence d'une **séparation organique** au sein de la Commission bancaire. Elle estime que la requérante pouvait nourrir des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et l'impartialité de la Commission du fait de l'absence de distinction claire entre ses différentes fonctions.*».- Cf. CEDH Dubus c/ France, préc. , par. 61.- Mais d'autres motifs de l'arrêt permettent de penser qu'une séparation fonctionnelle est suffisante pour éviter la sanction.

79 Dans l'arrêt Dubus c/ France, préc., la Cour EDH se livre à un contrôle fondé sur une « appréciation objective » de l'impartialité et rappelle comme à l'accoutumée l'importance des « apparences » en la matière – par 53-. La Cour EDH ensuite l'accent sur l'« impression » que la société requérante pouvait raisonnablement d'avoir été poursuivie et jugée par les mêmes personnes – par 60- Et il est significatif qu'elle indique que « *le rôle du secrétaire général accentue la confusion [...] même s'il n'apparaît pas être intervenu dans la prise de décision de la sanction* » - par 60 al 2- L'apparence d'impartialité est donc bien sanctionnée pour elle-même, indépendamment de la question de savoir si les membres de la formation de jugement avaient effectivement un préjugé.

80 CEDH, Dubus c/ France, 11 juin 2009, Req. 5242/04, par 56.- C'est nous qui soulignons.

de sanction »⁸¹. Elle constate que l'instruction «*n'est pas dévolue à une personne précise*»⁸². Elle indique qu'elle «*croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure* »⁸³. En bref, la séparation fonctionnelle doit être **visible** et **encadrée de façon claire**. Or il paraît bien difficile d'atteindre cet objectif sans précision textuelle.

Il est semble donc qu'en son état actuel, le Projet de loi étudié, qui n'apporte aucune précision quant à une éventuelle séparation fonctionnelle des fonctions ni n'envisage d'ailleurs une telle séparation, ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité résultant de l'article 6 de la Convention EDH.

B. La justification de l'atteinte à l'impartialité

Dans ce contexte, le risque de condamnation par la Cour EDH ne pourrait disparaître que si l'atteinte à l'exigence d'impartialité tirée de l'article 6 de la Convention EDH se trouvait justifiée *a posteriori* au regard d'une autre règle européenne. C'est précisément ce que soutiennent les auteurs du Projet de loi⁸⁴ : ceux-ci n'affirment pas que le Conseil de la concurrence résultant du Projet de loi serait impartial ; mais ils estiment, en somme, que l'atteinte à l'impartialité pourrait ne pas ne pas donner lieu à condamnation, en raison de la jurisprudence *Le Compte, Van Leuven & De Meyere*⁸⁵.

Cette jurisprudence admet que le droit d'accès à un Tribunal impartial puisse être «*différé* »⁸⁶ dans le temps. Précisément, l'arrêt *Le Compte, Van Leuven & De Meyere c/ Belgique* a admis que : «*L'article 6 par. 1 [...] n'astreint pas [...] les États [...] à soumettre les "contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil" à des procédures se déroulant à chacun de leurs stades devant des "tribunaux" conformes à ses diverses prescriptions. Des impératifs de souplesse et d'efficacité [...] peuvent justifier l'intervention préalable d'organes [...] ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions* »⁸⁷. La Cour EDH a ensuite précisé qu'une alternative s'offrait aux Etats : «*ou bien [les] juridictions remplissent elles-mêmes les exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), ou bien elles n'y répondent pas mais subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de cet article (art. 6-1)* »⁸⁸.

L'arrêt *Öztürk c/ Allemagne* du 21 février 1984 a étendu la solution à la matière pénale. Bien que les auteurs du Projet de loi n'aient pas cité cette décision, il est utile d'en rappeler les termes : «*Eu égard au grand nombre des infractions légères [...] un État contractant peut avoir de bons motifs de décharger ses juridictions du soin de les poursuivre et de les réprimer. Confier cette tâche, pour de telles infractions, à*

81 CEDH, *Dubus c/ France*, 11 juin 2009, Req. 5242/04, par 57.- C'est nous qui soulignons.

82 CEDH, *Dubus c/ France*, 11 juin 2009, Req. 5242/04, par 59.

83 CEDH, *Dubus c/ France*, 11 juin 2009, Req. 5242/04, par 60.- C'est nous qui soulignons.

84 Cf. Projet de loi, Annexe 1, page 36 et s..

85. CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyre c/ Belgique*, 23 juin 1981, Req. no 6878/75 , 7238/75, série A, No 43.

86 Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 279-280

87. CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyre c/ Belgique*, 23 juin 1981, Req. no 6878/75 , 7238/75, série A, No 43, par 51. - C'est nous qui soulignons.

88 CEDH *Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983, Req. no 7299/75 ; 7496/76, par 29.

des autorités administratives ne se heurte pas à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 »⁸⁹.

En bref, la Cour EDH admet, même en matière pénale, qu'un organe (administratif, disciplinaire, etc.) n'offrant pas toutes les garanties de l'article 6 intervienne en première instance à condition que ses décisions soient susceptibles d'un recours en pleine juridiction devant un Tribunal offrant ces garanties. Or un recours en pleine juridiction devant le Tribunal administratif est prévu à l'encontre des décisions du Conseil de la concurrence : selon les auteurs du Projet de loi⁹⁰, la jurisprudence *Le Compte* pourrait donc permettre au Conseil de la concurrence d'échapper à l'exigence d'impartialité résultant de l'article 6.

La jurisprudence sur laquelle se fonde ce raisonnement est bien établie et il est certainement possible que le dit raisonnement trouve grâce auprès de la Cour EDH. **L'argumentation développée par les auteurs du Projet de loi est donc tout à fait sérieuse.**

Pour autant, l'Association estime qu'il n'est pas possible d'être catégorique sur ce point. Il existe au moins un doute quant à l'applicabilité de la Jurisprudence *Le Compte* et *Öztürk* au Conseil de la concurrence luxembourgeois, pour trois raisons :

- En premier lieu, l'arrêt *Le Compte, Van Leuven & De Meyere* admet qu'il n'est pas nécessaire que les organes administratifs satisfassent aux prescriptions de l'article 6 «*sous tous leurs aspects*»⁹¹ : suivant une interprétation *a contrario*, ces organes devraient donc tout de même satisfaire à certains aspects de l'article 6. La doctrine le laisse parfois entendre : «[...] *les principales garanties du procès équitables devront être respectées devant ces instances administratives* [...] »⁹² Or, le Projet de loi vise à l'instauration d'un cumul de fonctions si radical que l'on peut se demander si ce seuil minimal de garanties procédurales est atteint ;
- En deuxième lieu, s'agissant de la matière pénale, la jurisprudence *Öztürk* ne vise que l'hypothèse d'infractions nombreuses et «*légères*» : il s'agissait en l'occurrence d'infractions routières. *A contrario*, **la jurisprudence européenne exclut la solution lorsque la sanction encourue est très grave**⁹³. Or, en l'espèce, il n'est pas certain que les peines prononcées par le Conseil de la concurrence puissent être qualifiées de «*légères*». Certes, il n'est pas habilité à prononcer des peines de prison comme c'était le cas dans les décisions qui viennent d'être évoquées⁹⁴. Mais nous avons déjà relevé⁹⁵ qu'il pouvait prononcer des amendes d'un montant particulièrement élevé, et très supérieur au montant des amendes pénales ordinaires. Il pourrait donc y avoir discussion sur le point de savoir si le montant de ces amendes est ou non suffisamment «*grave*» pour exclure ou non l'applicabilité de la jurisprudence *Le Compte* ;

89 CEDH, *Öztürk c/ Allemagne* 21 février 1984, Req. no 8544/79, par 56. - C'est nous qui soulignons.

90 Cf. Projet de loi, Annexe 1, page 3, spéc. «*Conclusion*».

91. CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyre c/ Belgique*, 23 juin 1981, série A, No 43, par 51.

92 Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 243 b) p. 436.

93 Cf. CEDH, *Cubber c/ Belgique*, 26 octobre 1984 ; CEDH *Findlay c/ RU*, 25 fév. 1997, par 79 ; CEDH *Coyne c/ RU*, 24 sept. 1997, par 57.

94 Cf. CEDH, *Cubber c/ Belgique*, 26 octobre 1984 ; CEDH *Findlay c/ RU*, 25 fév. 1997, par 79 ; CEDH *Coyne c/ RU*, 24 sept. 1997, par 57.

95 Cf. *supra*, observations liminaires, (i).

- En troisième lieu, dans l'arrêt *Cubber c/ Belgique* du 26 octobre 1984, la Cour Européenne a limité le domaine d'application de la jurisprudence *Le Compte et Öztürk* en indiquant que cette solution « *ne saurait justifier une réduction des exigences de l'article 6 par. 1 [...] dans son domaine traditionnel et naturel* ». A cet égard, la motivation de l'arrêt laisse supposer que le fait qu'un organe doive être qualifié de Tribunal, non seulement au regard de la jurisprudence européenne, mais sur le plan interne, pourrait être un élément de nature à exclure l'applicabilité de la jurisprudence *Le Compte et Öztürk*⁹⁶. Or l'Association a déjà indiqué⁹⁷ qu'à son avis, le Conseil de la concurrence luxembourgeois doit nécessairement être qualifié de Tribunal, y compris au regard du droit interne.

Dans ces conditions, l'Association est d'avis que l'applicabilité de la jurisprudence *Le Compte et Öztürk* au Conseil de la concurrence luxembourgeois n'est pas certain. Il se pourrait donc le Conseil de la concurrence soit tout de même astreint au respect de l'article 6. Comme il est par ailleurs assez clair que le cumul de fonctions proposé par le Projet de loi porte en soi atteinte à l'exigence d'impartialité, il n'est pas possible d'exclure que le Projet de loi puisse entraîner une condamnation fondée sur une atteinte à l'exigence d'impartialité.

Mais il se pourrait également que le projet de loi donne lieu à une condamnation fondée sur une atteinte à une autre exigence du procès équitable.

II. LE PROJET DE LOI A L'AUNE DES AUTRES GARANTIES DU PROCÈS ÉQUITABLE

Contrairement à ce que laissent entendre les auteurs du Projet de loi⁹⁸, les cumuls de fonctions eux-mêmes impliquent des atteintes à d'autres garanties que l'exigence d'impartialité : en particulier, les cumuls de fonction impliquent une atteinte à l'égalité des armes (A) - laquelle est doublée d'une atteinte au principe de la contradiction. La question se pose donc également de savoir si cette atteinte peut être justifiée (B) a posteriori en invoquant la jurisprudence *Le Compte et Öztürk*.

A. L'atteinte à l'égalité des armes

L'idée suivant laquelle les cumuls de fonctions peuvent porter atteinte au principe de l'égalité des armes (et au principe de la contradiction) a été mise en évidence au sujet du Conseil de la concurrence français par plusieurs décisions de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation française.

96 Cf. CEDH, *Cubber c/ Belgique*, 26 octobre 1984, par 32. : « *Les arrêts des 23 juin 1981, 10 février 1983 et 21 février 1984 portaient sur des litiges auxquels le droit interne de l'État défendeur ne conférait pas un caractère civil ou pénal, mais disciplinaire (série A no 43, p. 9, par. 11) ou administratif (série A no 73, pp. 10-14, par. 17-33); ils avaient trait à des organes non considérés, à l'échelle nationale, comme des tribunaux de type classique, parce que non intégrés aux structures judiciaires ordinaires du pays. Sans l'"autonomie" des notions de "contestation sur des droits et obligations de caractère civil" et d'"accusation en matière pénale", la Cour n'aurait pas conclu à l'applicabilité de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). En l'espèce, au contraire, il s'agissait d'un procès pénal au regard tant de la législation belge que de la Convention et le tribunal d'Audenarde ne constituait pas une autorité administrative ou corporative, ni une juridiction ordinale (arrêts précités, série A no 43, p. 23, par. 51, no 58, p. 16, par. 29, et no 73, pp. 21-22, par. 56), mais bien un tribunal au sens tant formel que matériel du terme[...]»*

97 Cf. *supra*, observations liminaires, (ii).

98 Les auteurs du Projet de loi énumèrent les garanties du procès équitable tirées de l'article 6 de la convention EDH et affirment : « *On constate ainsi que dans le cadre de la présente note, seules des exigences tenant à l'impartialité sont concernées (séparation des fonctions d'instruction et de décision, saisine d'office, absence de partie pris considérée d'un point de vue objectif)* ». - Cf. Projet de loi, Annexe 1, page 36.

L'idée s'applique aux cumuls des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement. Elle peut être résumée en deux points :

- D'une part, si une personne chargée de l'instruction participe à la formation de jugement, même sans voix délibérative, elle pourra faire connaître ses idées aux décideurs sans que les parties concernées aient la possibilité d'y répondre : il y aura donc atteinte au principe de la contradiction ;
- D'autre part, cette situation créera le cas échéant un déséquilibre significatif entre les droits de la partie poursuivie, qui n'aura pas la parole au délibéré, et son adversaire objectif, qui pourra continuer à influencer les juges après les débats : il y aura donc atteinte à l'égalité des armes.

En ce sens, la Cour d'appel de Paris a relevé que : « *la présence [au délibéré du Conseil de la concurrence] de [...] personnes, l'une chargée de l'instruction du dossier et de la notification des griefs, l'autre, d'animer et de contrôler l'activité des rapporteurs, leur a permis d'exprimer sur l'affaire, devant le Conseil, en l'absence des parties, des positions sur lesquelles celles-ci n'ont pas été en mesure de répondre ; une telle décision est tout à la fois contraire à l'article 6, par 1 de la Convention européenne, aux garanties de la défense [...]* »⁹⁹.

De la même façon, la Cour de cassation française a jugé que : « *la participation du rapporteur au délibéré du Conseil de la concurrence, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire au principe de l'égalité des armes prévu par l'article 6 par 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; il en est de même pour la présence à ce délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle* »¹⁰⁰.

C'est donc bien « *sous l'angle du respect de l'égalité des armes et du principe de contradictoire, par l'impossibilité donnée aux parties de répondre aux parties de répondre aux arguments du rapporteur que [la jurisprudence française] aborde la question, davantage que sous l'angle de l'impartialité [...]* »¹⁰¹. L'Association ne peut donc souscrire à la thèse des auteurs du Projet suivant laquelle les cumuls de fonctions ne feraient difficulté que sous l'angle de l'impartialité¹⁰².

Le raisonnement logique suivi par le juge français est tout à fait transposable au Projet de loi étudié. L'atteinte à l'égalité des armes serait même beaucoup plus grave que celle condamnée par la Cour de cassation française puisque le Projet de loi n'exclut pas que le rapporteur ait voix délibérative. Le cas échéant, la rupture de l'égalité des armes serait donc particulièrement radicale entre la partie poursuivie et la partie poursuivante, puisque cette dernière aurait la faculté de participer à la décision de condamnation.

Il est vrai que la Cour EDH ne semble pas, à ce stade, avoir confirmé ou infirmé le raisonnement du juge français. Mais il faut s'attendre à ce qu'elle aborde la question un jour ou l'autre. D'ailleurs, dans l'arrêt

⁹⁹ CA Paris, 15 juin 1999, D. 1999 IR. 184, JCP E 1999 éd. E p. 1966, JCP 2000 III 10254 note Fourgoux et CA Paris, 15 juin 1999, 29 juin 1999, BOCCRF 25 août, p. 447, RGDP 1999-4, 720 obs. Idot.

¹⁰⁰ C. Cass Fr. Com 5 oct 1999, B n° IV, n° 158, Dalloz affaires 1999, n° 40 J p. 44, Petites affiches, 15 oct 1999 n° 206 p. 4 note Ducouloux-Favard.

¹⁰¹ Cf. GUINCHARD et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Précis Dalloz, 4ème éd., n° 373 1).

¹⁰² Cf. Projet de loi, Annexe 1, page 36 : « *On constate ainsi que dans le cadre de la présente note, seules des exigences tenant à l'impartialité sont concernées (séparation des fonctions d'instruction et de décision, saisine d'office, absence de partie pris considérée d'un point de vue objectif).* »

Dubus c/ France, l'idée que la « *confusion des rôles au sein de la Commission bancaire* » pourrait impliquer une atteinte à l'égalité des armes a été plus ou moins clairement évoquée¹⁰³. Le juge européen n'a pas exclu qu'il y ait effectivement violation de l'égalité des armes : il a seulement renoncé à examiner le moyen car il avait déjà conclu à une atteinte à l'impartialité.

B. La justification de l'atteinte à l'égalité des armes

En tout état de cause, si les cumuls de fonctions proposés portent atteinte au principe de l'égalité des armes, il convient de se demander si cette atteinte est susceptible d'une justification *a posteriori*.

La jurisprudence Le Compte et Özturk pourrait-elle être invoquée utilement pour justifier l'atteinte à l'égalité des armes résultant des cumuls de fonctions du Conseil de la concurrence luxembourgeois ?

L'Association pense qu'il n'en serait rien.

En effet, pour que la jurisprudence Le Compte et Özturk puisse servir de justification à l'atteinte à l'égalité des armes évoquée, il faudrait logiquement que le recours ouvert contre les décisions du Conseil de la concurrence permette de rétablir l'égalité des armes. Or il n'en serait rien.

Le recours ouvert devant le Tribunal administratif ne permettrait pas de corriger l'atteinte radicale à l'égalité des armes subie pendant la phase initiale devant le Conseil de la Concurrence.

Ceci tient à une spécificité de la procédure administrative luxembourgeoise qui repose sur un principe de concentration des moyens en vertu duquel les administrés doivent en principe faire valoir l'ensemble de leurs griefs dès le mémoire introductif¹⁰⁴. Compte tenu de principe, une appréciation globale du procès amènerait à considérer que :

- Dans la première phase devant le Conseil de la concurrence, une inégalité radicale serait instaurée en défaveur de la partie poursuivie, l'autorité de poursuite ayant non seulement la faculté de participer au délibéré, mais encore celle de participer à la décision (avec voix délibérative) ;
- Dans la seconde phase devant le juge administratif : la faculté de l'administré de faire valoir ses moyens de défense demeurerait restreinte puisqu'il aurait en principe l'obligation de les faire valoir tous en une seule fois, dans le mémoire introductif : l'égalité ne serait donc nullement rétablie.

L'inégalité pourrait même se trouver encore aggravée si la jurisprudence administrative appliquait au Conseil de la concurrence la solution traditionnelle selon laquelle l'administration (qui serait en l'occurrence l'organe de poursuite) conserve, de son côté, la faculté de compléter sa motivation jusqu'aux plaidoiries. S'il en était ainsi, on se retrouverait dans la situation singulière où une autorité de poursuite participerait à une décision initiale en matière pénale et où, même après le recours contre cette décision, la partie poursuivie n'aurait qu'une occasion unique de faire valoir ses moyens de défense, tandis que la partie poursuivante conserverait la possibilité de compléter ses moyens à charge jusqu'à la phase décisionnelle.

En réalité, ce constat confirme simplement que la procédure administrative contentieuse n'a pas été conçue et n'est pas adaptée pour juger des infractions pénales. Il démontre aussi que le recours instauré devant le

103 Cf. CEDH arrêt Dubus c/ France, préc, par 63 et 64.

104 Sauf moyen d'ordre public.

Tribunal administratif ne permettrait nullement de compenser l'atteinte radicale à l'égalité des armes instaurée devant le Conseil de la concurrence. Il en découle là encore que, de l'avis de l'Association, les risques de condamnation européenne ne sont pas nuls de ce chef.

CONCLUSION

L'Association indique que la question de la compatibilité du Projet de loi avec la Convention EDH est assurément délicate. Elle relève que la jurisprudence de la Cour EDH présente d'indéniables zones d'ombre, qu'elle est en outre évolutive et qu'il est donc difficile, sinon impossible, d'émettre un avis catégorique quant au risque de condamnation.

L'Association ne nie pas que les arguments avancés par les auteurs du Projet de loi sont très sérieux. En particulier, il est possible que la jurisprudence *Le Compte et Öztürk* permette d'éviter une sanction européenne. Partant, si le Projet de loi devait prospérer, il n'est pas certain qu'il donne lieu à condamnation par la Cour EDH.

Pour autant, l'Association est d'avis qu'il n'est pas possible d'affirmer catégoriquement l'inverse et de laisser supposer qu'il n'y aurait aucun de risque de condamnation. A cet égard, les auteurs du Projet de loi sont trop catégoriques lorsqu'ils affirment sans nuancer que « *les exigences de l'article 6 de la CEDH ne s'opposent pas à ce que les deux fonctions [d'instruction et de décision] soient assumées par une seule et même autorité* »¹⁰⁵.

Au terme de ses analyses, l'Association pense au contraire que, si la condamnation n'est pas certaine, il y a bien un risque de condamnation et que ce risque est assez sérieux, qu'une telle condamnation soit fondée sur une atteinte à l'impartialité ou sur une atteinte à l'égalité des armes.

L'Association donne d'ailleurs à considérer, si le Projet de loi devait prospérer, il est vraisemblable que la question sera effectivement soumise à la Cour EDH. Tôt ou tard, une entreprise condamnée par le Conseil de la concurrence en viendra à saisir la Cour EDH. Or l'Association estime qu'il serait très audacieux d'affirmer catégoriquement que son recours serait voué à l'échec et que le cumul radical des fonctions que le Projet de loi vise à instaurer ne serait pas condamné par le juge européen.

Au reste, l'Association souligne que le fait même qu'il existe un risque de condamnation implique que le Projet de loi se situe, au mieux, à la limite du seuil minimal de garantie européen, ce qui, en opportunité, ne semble guère satisfaisant. A cet égard, l'Association renvoie à son avis principal.

¹⁰⁵ Cf. Projet de loi, Exposé des motifs, page 3.