

### Décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016

#### *Société ITM Alimentaire International SAS*

*(Prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 18 février 2016 par la Cour de cassation (arrêt n° 286 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée pour la société ITM Alimentaire International SAS, portant sur le paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, tel qu'interprété par la jurisprudence.

Dans sa décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la troisième phrase du deuxième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce.

#### **I. Les dispositions contestées**

##### **A. – Historique et évolution des dispositions contestées**

##### **1. – Généralités sur les pratiques restrictives de concurrence**

Le droit français est marqué, de longue date, par l'idée selon laquelle les relations entre les fournisseurs et les distributeurs doivent faire l'objet d'un encadrement spécifique. Tel est l'objet du titre IV du livre IV du code de commerce, intitulé « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* ». Plutôt que de s'en remettre au droit des obligations ou au droit de la concurrence, le législateur a donc prohibé toute une série de pratiques commerciales considérées comme des dérives.

Depuis dix ans, ce titre IV a connu de nombreuses modifications. Visant à rééquilibrer les rapports entre fournisseurs et distributeurs en permettant une plus grande négociabilité des prix et une plus grande transparence, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite « *loi LME* » a constitué une nouvelle étape dans ce mouvement législatif, en succédant notamment à la « *loi Dutreil* » du 2 août 2005<sup>1</sup> et à la « *loi Chatel* » du 3 janvier 2008<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

<sup>2</sup> Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

Afin de lutter contre la fausse coopération commerciale et à la suite du rapport de la commission présidée par M. Guy Canivet<sup>3</sup>, la « *loi Dutreil* » a, d'une part, imposé la rédaction d'un contrat annuel précisant exactement les services rendus et les modalités de leur exécution et, d'autre part, redéfini le calcul du seuil de revente à perte en y intégrant une partie des marges arrière<sup>4</sup>. La « *loi Chatel* » a prolongé cette dynamique, d'une part, en intégrant dans ce calcul l'ensemble des marges arrière et, d'autre part, en imposant la rédaction d'un contrat unique fixant l'intégralité des conditions relatives à la coopération commerciale ainsi qu'à l'opération de vente et aux autres services. La « *loi LME* » a modifié substantiellement l'article L. 442-6 du code de commerce. Elle a supprimé l'interdiction des pratiques discriminatoires pour inciter d'abord les acteurs économiques à négocier les prix et à différencier les conditions générales de vente, et pour lutter ensuite contre les marges arrière à l'origine d'une augmentation des prix à la consommation. Enfin, la « *loi LME* » a complété la liste des clauses interdites.

## **2. – L'amende civile sanctionnant des pratiques restrictives de concurrence**

### ***a. – La lettre du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce***

La lutte contre les pratiques restrictives de concurrence a justifié la mise en place de deux mécanismes originaux : l'ouverture de l'action au ministre en charge de l'économie et le prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne physique ou morale ayant commis de telles pratiques.

\* La loi a, en effet, autorisé le ministre chargé de l'économie à introduire une action devant la juridiction judiciaire (C. com., art. L. 442-6, III, al. 1<sup>er</sup>). Cette possibilité donnée au ministre a longtemps été contestée. Saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a jugé la disposition conforme à la Constitution sous réserve que les parties au contrat sont informées de l'introduction d'une telle action<sup>5</sup>.

Dans le cadre de son action, le ministre peut demander la cessation d'une pratique illicite et l'octroi de dommages-intérêts, mais aussi l'annulation des clauses et contrats illicites, la restitution des sommes indûment perçues (possibilité clarifiée par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques dite « *loi NRE* ») et le prononcé d'une amende civile.

---

<sup>3</sup> M. Guy Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix : les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce, rapport au ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, Paris, La documentation française, octobre 2004, notamment pp. 88-89, 93 et suiv.

<sup>4</sup> Services rendus par les distributeurs pour la promotion des produits (et se traduisant par des remises offertes par les fournisseurs), appelés encore « *coopération commerciale* ».

<sup>5</sup> Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre (Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence)*, cons. 9.

\* L'originalité de l'article L. 442-6 du code de commerce réside aussi dans les sanctions applicables aux pratiques restrictives de concurrence. En effet, le texte prévoit, à titre principal, la mise en jeu de la responsabilité de la personne physique ou morale qui s'est livrée à de telles pratiques (art. L. 442-6, II) dans le but de réparer le dommage causé à la victime par le versement de dommages et intérêts. Il prévoit d'autres sanctions, notamment le prononcé d'une amende civile, se démarquant ainsi du droit commun des obligations.

La « *loi NRE* » a en effet donné pouvoir au ministre chargé de l'économie et au ministère public de demander le prononcé d'une amende civile pour « *éviter qu'une entreprise considère que mettre en œuvre une pratique restrictive de concurrence lui donnera toujours un avantage dans la concurrence, même si elle doit réparer le dommage causé aux concurrents* » et pour « *sanctionner des pratiques abusives et le trouble à l'ordre public économique qu'elles constituent* »<sup>6</sup>. Les victimes des pratiques restrictives de concurrence n'ont, en revanche, pas la possibilité de demander le prononcé de cette amende.

Cette amende ne peut excéder « *2 millions d'euros* ». À titre dérogatoire, elle peut, ainsi que précise la loi, « *être portée au triple du montant des sommes indûment versées* ».

En pratique, le montant total des amendes prononcées ne cesse de croître : il s'élevait à 305 000 € en 2005, à 1 537 300 € en 2008 pour atteindre 4 491 301 € en 2009<sup>7</sup>.

### ***b. – L'interprétation jurisprudentielle : le prononcé de l'amende civile en cas de transmission de l'entreprise auteur des pratiques***

La question s'est posée de savoir si le principe de personnalité des peines est applicable à l'amende civile prévue par le paragraphe III de l'article L. 442-6 en cas de fusion-absorption d'une société pour des pratiques restrictives commises par la société absorbée avant la fusion ?

Dans cette hypothèse, les poursuites à l'encontre de la société absorbée sont exclues, dans la mesure où, du fait de l'opération de restructuration, la société absorbée est dissoute et n'existe plus. Le paragraphe I de l'article L. 236-3 du code de commerce prévoit en effet que « *la fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération* ».

Sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 21 janvier 2014<sup>8</sup>, que « *les*

<sup>6</sup> Éric Besson, Assemblée nationale, rapport n° 2327 déposé le 6 avril 2000.

<sup>7</sup> CEPC, Rapp. 2009-2010, Annexe 19, p. 250.

*dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui visent tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, auteur des pratiques restrictives énoncées par ce texte, s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite ; que le principe de la personnalité des peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise ».*

En l'espèce, des poursuites avaient été engagées contre une société sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce. Le jugement de première instance n'avait prononcé aucune sanction contre elle. C'est en appel, après son absorption, que des sanctions avaient été prononcées contre la société absorbante.

Dans son arrêt du 21 janvier 2014, la chambre commerciale s'est fondée sur le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise en cas de fusion-absorption.

La notion d'entreprise est, en effet, fondée sur l'existence d'une activité économique. Elle est indépendante de toute forme juridique, de sorte qu'un changement à cet égard n'a pas pour effet de créer une nouvelle entreprise qui ne pourrait plus être tenue pour responsable des infractions commises par la précédente, dès l'instant où il y a continuité dans l'activité économique.

Le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise en cas de fusion-absorption avait déjà permis d'imputer des pratiques anticoncurrentielles à la personne morale à laquelle l'entreprise (ou les activités) à l'origine de pratiques anticoncurrentielles (du titre II du livre IV du code de commerce) a été transférée. Ainsi, après avoir rappelé que les pratiques anticoncurrentielles sont imputées à une entreprise indépendamment de son statut juridique et sans considération de la personne qui l'exploite, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, dans une affaire où était invoqué le principe de la personnalité des poursuites et des peines pour contester la validité de la sanction prononcée contre l'entité venue aux droits de l'auteur des pratiques en cause, que le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise s'applique quel que soit le mode juridique de transfert des activités dans le cadre desquelles ont été commises les pratiques sanctionnées<sup>9</sup>.

Dans l'arrêt du 21 janvier 2014, la Cour de cassation a décidé que ce principe s'applique à l'amende civile prévue par le paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui sanctionne les pratiques restrictives de concurrence

---

<sup>8</sup> Cass. com., 21 janvier 2014, n° 12-29.166.

<sup>9</sup> Cass. com., 23 juin 2004, n°s 01-17.896 et 02-10.066 ; Cass. com., 28 février 2006, n° 05-12.138, Bull. 2006, IV, n° 49.

énumérées par ce texte. Il faut cependant relever que, contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles, l'article L. 442-6 ne vise pas expressément l'entreprise comme responsable des pratiques restrictives, mais leur « *auteur* », soit « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* ».

### **3. Les solutions appliquées par la jurisprudence en matière de sanctions à l'encontre de personnes morales dissoutes sans liquidation**

#### ***a. - Pour les sanctions pénales***

En matière pénale, l'article 121-1 du code pénal, selon lequel « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* », ne distingue pas selon que la personne déclarée pénalement responsable est une personne physique ou une personne morale.

Se fondant sur une interprétation stricte de ce principe, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que dans le cas où une société, poursuivie pour une infraction pénalement réprimée, fait l'objet d'une fusion-absorption, la société absorbante ne peut être déclarée coupable, l'absorption ayant fait perdre son existence juridique à la société absorbée<sup>10</sup>.

De même, la Cour de cassation considère que l'action publique est éteinte dès lors que la société fait l'objet d'une fusion-absorption, laquelle lui fait perdre son existence juridique<sup>11</sup>.

Par ailleurs, la transmission des peines est strictement encadrée par l'article 133-1 du code pénal, qui dispose : « *le décès du condamné ou la dissolution de la personne morale, sauf dans le cas où la dissolution est prononcée par la juridiction pénale, la grâce et l'amnistie, empêchent ou arrêtent l'exécution de la peine. Toutefois, il peut être procédé au recouvrement de l'amende et des frais de justice ainsi qu'à l'exécution de la confiscation après le décès du condamné ou après la dissolution de la personne morale jusqu'à la clôture des opérations de liquidation* ». Il résulte de cette disposition qu'en droit pénal, seules les sanctions pécuniaires déjà prononcées à l'encontre d'une personne morale peuvent être transmises. Cette transmission n'est admise que si la condamnation à l'origine de la peine pécuniaire est devenue définitive au moment de la dissolution de la personne morale.

Dans un arrêt du 5 mars 2015<sup>12</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que la fusion par absorption entraîne la transmission à la société

---

<sup>10</sup> Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86.742, *Bull. crim.* 2000, n° 237 ; Cass. crim., 14 octobre 2003, n° 02-86.376, *Bull. crim.* 2003, n° 189.

<sup>11</sup> Cass. crim. 9 septembre 2009, n° 08-87312 ; Cass. crim., 18 février 2014, n° 12-85807.

absorbante de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant la fusion. Cette solution est fondée sur une interprétation de l'article 19, 1, de la directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, qui dispose que la fusion entraîne « *la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante* ».

La Cour a rappelé que la fusion entraîne, de façon automatique, la disparition de la société absorbée. Elle en a déduit que, si on exclut le principe de transmission de la responsabilité contraventionnelle, cette responsabilité sera *de facto* éteinte, ce qui serait en contradiction avec la nature même d'une fusion, qui postule le transfert de l'intégralité du patrimoine, dans sa composante active et passive.

La Cour a également rappelé qu'un des objectifs du dispositif communautaire est d'assurer la protection des intérêts des associés et des tiers. Elle inclut les entités qui, à la date de la fusion, ne sont pas encore qualifiées de créanciers mais qui peuvent être considérées comme tels après cette fusion en raison de situations nées avant celle-ci. Il en va ainsi de la commission d'infractions au droit du travail qui ne sont constatées qu'après la fusion. À défaut, l'intérêt de l'État membre dont les autorités compétentes auraient infligé une amende pour de telles infractions ne serait pas protégé.

Dans cette analyse, la Cour prend soin de répondre à l'objection avancée par la société absorbante. Cette dernière plaide que la transmission de la responsabilité contraventionnelle serait contraire aux intérêts des créanciers et des actionnaires de la société absorbante, dans la mesure où ces derniers ne seraient pas à même d'évaluer les conséquences économiques et patrimoniales de cette fusion. La Cour a écarté cet argument au motif qu'une protection existe à la fois au travers du mécanisme, prévu par la directive, permettant aux créanciers d'obtenir « *des garanties adéquates* » (Dir. 78/855, art. 13, 2) et du fait de la possibilité pour les actionnaires de la société absorbante de demander l'insertion d'une clause de déclarations et de garanties dans l'accord de fusion.

Ainsi, la CJUE considère que le passif transmis lors d'une fusion-absorption comprend les dettes de nature pénale en germe.

### ***b. - Pour les sanctions administratives et fiscales***

La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de principe de personnalité des peines appliqué à des sanctions administratives s'est plutôt développée dans le sens d'une application stricte de ce principe.

---

<sup>12</sup> CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13, *Modelo Continente Hipermercados SA*.

Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation, saisie d'une procédure de sanction à l'encontre d'une société dissoute par l'effet de la scission en sept nouvelles sociétés en cours d'instance, a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait relevé que les pratiques sanctionnées ont été commises par la seule société dissoute et qu'il n'avait pas été constaté que la société aurait procédé à sa scission et à sa dissolution dans le but avéré d'éluder toute poursuite. Elle a jugé que la Commission des opérations de bourse (COB) ne pouvait pas écarter le principe de personnalité et prononcer des sanctions administratives à l'encontre de la personne morale nouvelle issue de la fusion ou de la scission en l'absence de dispositions dérogatoires expresses<sup>13</sup>.

De même, la chambre commerciale a jugé que la sanction pécuniaire prononcée par la COB contre un dirigeant de société pour diffusion d'informations inexacts ou trompeuses, en raison de son « caractère personnel », ne pouvait être contestée que par la personne qui en faisait l'objet, même si elle se trouvait en liquidation judiciaire, un créancier ne pouvant se substituer à cette personne<sup>14</sup>.

Toutefois, il convient de souligner que la Cour de cassation a une analyse différente des sanctions prononcées en matière de concurrence<sup>15</sup>, fondée sur le fait que ces sanctions visent alors des « entreprises », et qu'il est donc possible d'imputer la pratique à la personne morale à laquelle l'exploitation de l'entreprise est juridiquement transmise<sup>16</sup>.

Avec la jurisprudence contestée dans la décision du 18 mai 2016 commentée, la Cour de cassation a étendu ce raisonnement aux amendes civiles prononcées pour pratiques restrictives de concurrence.

La jurisprudence administrative a eu tendance à développer une approche plus souple de la question. Le Conseil d'État juge que le principe de personnalité des peines ne fait pas obstacle au prononcé, par le Conseil des marchés financiers (CMF), devenu l'Autorité des marchés financiers (AMF), d'une sanction pécuniaire à l'encontre d'une société absorbante du fait de manquements de la société absorbée à ses obligations professionnelles, « *eu égard tant à la mission de régulation des marchés dont est investi le Conseil des marchés financiers qu'au fait que (...) la société a été absorbée intégralement sans être liquidée ni*

---

<sup>13</sup> Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16.439, *Bull.* 1999, IV, n° 127.

<sup>14</sup> Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-13.047, *Bull.* 2006, IV, n° 169.

<sup>15</sup> Influencée sur ce point par une jurisprudence bien établie de la CJCE : CJCE, 28 mars 1984, *Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH*, n°s 29/83 et 30/83 ; 7 janvier 2004, *Aalborg Portland A/S et autres*, n° C-204/00 P ; 24 septembre 2009, *Erste Group Bank AG et autres*, n° C-125/07.

<sup>16</sup> Cass. com., 20 novembre 2001, n°s 99-16.776 et 99-18.253 ; Cass. com., 23 juin 2004, n°s 01-17896 et 02-10066, *Bull.* 2004, IV, n° 132 ; Cass. com., 28 février 2006, n° 05-12138, *Bull.* 2006, IV, n° 49.

scindée »<sup>17</sup>. En revanche, il juge que le blâme prononcé par le CMF à l'encontre de la société absorbante méconnaît le principe de personnalité des peines<sup>18</sup> et applique le même raisonnement à la publication de la décision de sanction<sup>19</sup>.

Saisi d'une demande d'avis par le tribunal administratif de Paris sur la question de savoir si une sanction fiscale peut être appliquée à une société absorbante, à une nouvelle société créée pour réaliser la fusion ou aux sociétés issues de la scission d'une société à raison des manquements commis avant une telle opération de restructuration par la société absorbée, fusionnée ou scindée, le Conseil d'État considère qu'« un système d'imposition se fondant principalement sur les déclarations établies par les contribuables ne saurait préserver les intérêts financiers légitimes de l'État sans un régime de sanctions efficace. La nécessité de préserver le caractère effectif et dissuasif des pénalités fiscales impose ainsi d'appliquer le principe de personnalité des peines en tenant compte des spécificités des personnes morales, qui peuvent notamment décider de se transformer et de poursuivre leurs activités, sous une nouvelle forme juridique, à l'occasion d'opérations de restructuration. / Dès lors, eu égard aux objectifs de prévention et de répression de la fraude et de l'évasion fiscale auxquels répondent les pénalités fiscales, le principe de la personnalité des peines ne fait pas obstacle à ce que, à l'occasion d'une opération de fusion ou de scission, ces sanctions pécuniaires soient mises, compte tenu de la transmission universelle du patrimoine, à la charge de la société absorbante, d'une nouvelle société créée pour réaliser la fusion ou de sociétés issues de la scission, à raison des manquements commis, avant cette opération, par la société absorbée ou fusionnée ou par la société scindée »<sup>20</sup>.

Comme l'expliquait le rapporteur public Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur cette affaire : « la fusion fait peut-être disparaître (la) personnalité juridique (de la société) mais pas sa réalité économique. Or, la sanction pécuniaire cherche précisément à atteindre cette réalité économique. Tel est, d'ailleurs, le raisonnement de la CJCE en matière de concurrence ». Il poursuivait : « Enfin, il existe un impératif d'efficacité de la sanction administrative, dont on voit bien qu'il risque d'être mis à mal par une application mécanique du principe de personnalité des peines à des personnes morales. (...) Les sanctions administratives ne sont des sanctions pénales que par assimilation, la responsabilité pénale des personnes morales n'est qu'une fiction et, eu égard à cette assimilation et cette fiction, l'application stricte et sans nuance des principes de cette responsabilité conduit inévitablement à des absurdités. On

---

<sup>17</sup> CE, Sect., 22 novembre 2000, n° 207697, *Crédit agricole Indosuez Chevreux*. Voir également, dans le même sens : CE, 10 mai 2004, n° 247130, *Sté Etna Finance* ; CE, 30 mai 2007, n° 293423, *Sté Tradition Securities and Futures*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> CE, 17 décembre 2008, n° 316000, *Sté Oddo & Cie*.

<sup>20</sup> CE, 4 décembre 2009, n° 329173, *Sté Rueil Sports*, RJF 2/10 n° 145, concl. E. Glaser BDCF 2/10 n° 21.

*pourrait, certes, être tenté (...) d'appliquer strictement le principe en réservant le cas de la fraude à la loi, comme le fait la Cour de cassation. Mais il faut bien reconnaître qu'il y aurait là une fausse fenêtre. Dans une hypothèse de fusion ou de scission, une telle fraude serait presque toujours impossible à démontrer »<sup>21</sup>.*

## **B. – Origine de la QPC et question posée**

À la suite d'une enquête, le ministre de l'économie a assigné, le 2 novembre 2009, les sociétés SPAL Boissons, SCA LS Frais, SCA Laits et dérivés, SCA Condiments et dérivés et ITM Alimentaire France devant le tribunal de commerce d'Évry aux fins de faire constater la contrariété de certaines clauses de leurs contrats commerciaux aux dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce et prononcer contre elles une amende civile.

En cours de procédure, dans le courant de l'année 2012, le groupe de distribution Les Mousquetaires a procédé à une restructuration interne. La société ITM Alimentaire France est devenue la société ITM Alimentaire International et a absorbé, le 1<sup>er</sup> octobre 2012, plusieurs de ses filiales, dont les sociétés SPAL Boissons, SCA LS Frais, SCA Laits et dérivés, SCA Condiments et dérivés. Le ministre de l'économie a maintenu ses poursuites à l'encontre de la société ITM Alimentaire International.

Par jugement du 6 février 2013, le tribunal de commerce a déclaré recevable l'action du ministre, mais l'a débouté quant au fond de sa demande. Le ministre a fait appel du jugement. La société requérante a formé un appel incident pour voir déclarer irrecevable l'action du ministre. Par arrêt du 11 mars 2015, la cour d'appel de Paris a, d'une part, rejeté la demande de mise hors de cause de la société requérante et, d'autre part, sursis à statuer dans l'attente de l'avis de la commission d'examen des pratiques commerciales sur une des stipulations contractuelles objet du litige.

Le 27 novembre 2015, la société requérante a formé un pourvoi contre cet arrêt. À l'appui de ce recours, elle a posé une QPC portant « *sur les dispositions de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce, telles qu'interprétées par la jurisprudence comme autorisant le prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne morale à laquelle l'entreprise a été transmise* » au motif qu'elles seraient « *contraires au principe suivant lequel nul n'est punissable que de son propre fait qui découle des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en ce qu'elles permettent de condamner directement une société absorbante en raison de comportements exclusivement imputables à une société absorbée* ».

---

<sup>21</sup> *Ibidem.*

Par l'arrêt du 18 février 2016 précité, la Cour de cassation a décidé de renvoyer cette QPC au Conseil constitutionnel au motif que « *la question posée présente un caractère sérieux* ».

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

### A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Aux termes de ses formulations de principe classiques, le Conseil constitutionnel juge « *qu'il résulte des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 que nul ne peut être punissable que de son propre fait* »<sup>22</sup>.

Dans sa décision n° 2012-239 QPC du 4 mai 2012<sup>23</sup>, le Conseil constitutionnel a examiné les dispositions du paragraphe IV de l'article 1754 du code général des impôts qui ouvrent la possibilité de récupérer auprès de la succession ou de la nouvelle société les amendes fiscales déjà prononcées par l'administration, même si, à la date du décès ou de la liquidation, elles faisaient ou pouvaient encore faire l'objet d'une contestation. Le Conseil devait apprécier si le fait de prévoir la transmission à la succession ou à la liquidation des pénalités fiscales qui n'ont pas été définitivement prononcées contre le contrevenant est conforme au principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait. Il a jugé qu'« *en prévoyant que ces pénalités de nature fiscale, entrées dans le patrimoine du contribuable ou de la société avant le décès ou la dissolution, sont à la charge de la succession ou de la liquidation, les dispositions contestées ne méconnaissent pas le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait* » (cons. 7).

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a appliqué le principe de personnalité des peines de la même manière aux contribuables, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Il a considéré, dans cette hypothèse, que la liquidation de la personne morale équivalait au décès de la personne physique, et qu'en l'espèce, le principe de personnalité des peines n'était pas méconnu dans la mesure où les pénalités fiscales transmises ont été prononcées avant la liquidation de la société.

Il convient également de relever que dans cette décision, si le Conseil a accepté d'appliquer le principe de personnalité des peines, il en a toutefois retenu une lecture relativement souple, dans la mesure où il a admis que les pénalités

---

<sup>22</sup> Décisions n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 11 ; n° 99-411 DC du 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, cons. 7.

<sup>23</sup> Décision n° 2012-239 QPC du 4 mai 2012, *Mme Ileana A (Transmission des amendes, majorations et intérêts dus par un contribuable défunt ou une société dissoute)*.

fiscales pouvaient être transmises même si elles n'ont pas encore acquis un caractère définitif au jour de la liquidation de la société. Compte tenu de l'existence d'une procédure administrative contradictoire antérieure au prononcé de l'amende fiscale par l'administration fiscale, la phase administrative a permis d'établir le comportement réprimé et de le sanctionner, dans des limites qui ne peuvent être ultérieurement dépassées.

Par ailleurs, le Conseil juge de manière constante que les principes découlant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 s'étendent à « *toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* »<sup>24</sup>.

Le Conseil constitutionnel a déjà estimé que les principes découlant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 sont applicables aux amendes civiles, dans la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 qui concernait précisément l'amende civile prévue par l'article L. 442-6 du code de commerce<sup>25</sup>.

Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du principe de personnalité des peines était opérant à l'encontre de cette amende civile.

## **B. – L'application à l'espèce**

Selon la société requérante, les dispositions contestées telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation étaient contraires au principe de personnalité des peines « *en ce qu'elles rendent une société absorbante punissable du fait de pratiques restrictives exclusivement imputables à la société absorbée* ». À l'appui de ce grief, elle avançait plusieurs arguments :

– la jurisprudence de la Cour de cassation repose sur le fait que la répression des pratiques restrictives de concurrence vise des entreprises, et qu'il est donc possible de sanctionner la personne morale à laquelle l'exploitation de l'entreprise est transmise. Or, les textes relatifs à la répression des pratiques restrictives de concurrence font expressément référence à l'auteur des pratiques, et la logique de la Cour de cassation pour la répression des ententes et des abus de position dominante ne saurait être dupliquée pour la répression des pratiques restrictives ;

---

<sup>24</sup> Décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, cons. 33. Dans un premier temps, il est question des autorités de nature non judiciaire. Par la suite, il est fait référence aux autorités de nature non juridictionnelles (décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 18).

<sup>25</sup> Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils (Déséquilibre significatif dans les relations commerciales)*, cons. 3.

– il serait paradoxal d'imputer la pratique restrictive de concurrence à une personne autre que l'auteur de cette pratique, alors même qu'une action en responsabilité civile ne peut être engagée qu'à l'encontre de la société qui exploitait l'entreprise lors de la commission des faits ;

– le caractère effectif de la répression des pratiques restrictives de concurrence serait préservé dès lors que la fraude à la loi permettrait de remettre en cause les opérations de restructuration réalisées à seule fin d'échapper à la répression.

En défense, le Premier Ministre soutenait que la QPC aurait dû être dirigée non contre le paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, mais contre son paragraphe I. La jurisprudence de la Cour de cassation dont se prévaut la société requérante, selon laquelle « *les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, qui visent tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, auteur des pratiques restrictives énoncées par ce texte, s'appliquent à toute entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite* », cite le premier alinéa du paragraphe I de cet article qui dispose que le fait « *par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* », de se livrer aux pratiques restrictives de concurrence, « *engage la responsabilité de son auteur* ». Le Premier Ministre se demandait ainsi « *si la présente question, qui critique exclusivement la détermination de la personne responsable de la pratique restrictive prohibée, n'aurait pas dû être plutôt dirigée contre* » le paragraphe I de l'article L. 442-6 qui a « *précisément pour objet de définir les auteurs des pratiques restrictives de concurrence susceptible d'engager leur responsabilité, y compris en matière répressive* ».

Sur le fond, le Premier ministre faisait valoir qu'« *il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État et de la Cour de cassation que le principe de personnalité des peines ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise* ». Selon lui, cette solution s'imposait « *compte tenu des spécificités des personnes morales, de la nature des changements justifiant l'imputation de la responsabilité à la personne morale à laquelle l'entreprise auteur des faits a été transmise avec l'universalité de son patrimoine, et de l'objectif de valeur constitutionnelle tendant à assurer une répression effective des infractions* ».

Le Conseil constitutionnel a d'abord procédé à une restriction du champ de la QPC, de telle sorte qu'il a procédé uniquement à l'examen de l'amende civile, et non des autres sanctions prévues au paragraphe III de l'article L. 442-6, lesquelles n'étaient pas contestées. Il a considéré que « *la question prioritaire de constitutionnalité porte sur la troisième phrase du deuxième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce* » (par. 3).

Le Conseil constitutionnel n'a par ailleurs pas retenu l'argument du Premier ministre quant au siège de la jurisprudence de la Cour de cassation contestée dans la QPC. La Cour de cassation, elle-même, a estimé, en transmettant la QPC au Conseil constitutionnel, que sa propre jurisprudence (issue de l'arrêt du 21 janvier 2014) interprétait les dispositions du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce. La décision de renvoi énonce d'ailleurs : « *Attendu que l'article L.442-6 du code de commerce, dans sa version issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, constitue le fondement des poursuites exercées par le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique* ».

Le Conseil a ensuite adopté une nouvelle motivation de principe selon laquelle : « *Appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, dès lors que celles-ci sont justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet* » (par. 6).

Ainsi, le Conseil constitutionnel a fait le choix de procéder à une application modulée du principe de personnalité des peines en dehors de la matière pénale, de manière équivalente au raisonnement qu'il retient en ce qui concerne le principe de légalité des délits et des peines<sup>26</sup>.

Le Conseil constitutionnel a relevé les différents éléments permettant de caractériser la sanction.

En premier lieu, l'amende civile prévue par la disposition contestée « *a la nature d'une sanction pécuniaire* » (par. 7).

En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel a relevé qu'« *en définissant au paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce, "l'auteur" passible de ces sanctions pécuniaires comme étant "tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au registre des métiers", le législateur se réfère à des activités économiques, quelles que soient les formes juridiques sous lesquelles elles s'exercent* » (par. 8).

L'argument de la société requérante, selon lequel le législateur aurait à ce point distingué la répression des pratiques restrictives, qui viserait des « *auteurs* », de la répression des ententes et abus de position dominante, laquelle viserait des « *entreprises* », établissait une distinction artificielle dans la répression en

---

<sup>26</sup> Décisions n°s 2012-266 QPC du 20 juillet 2012, *M. Georges R. (Perte de l'indemnité prévue en cas de décision administrative d'abattage d'animaux malades)*, cons. 6 et 7 ; 2013-332 QPC du 12 juillet 2013, *Mme Agnès B. (Sanction des irrégularités commises par un organisme collecteur de fonds au titre du "1% logement")*, cons. 7 et 8 ; 2014-423 QPC du 24 octobre 2014, *M. Stéphane R. et autres (Cour de discipline budgétaire et financière)*, cons. 28 à 31.

matière de concurrence. Il n'a donc pas été retenu.

Le Conseil a par ailleurs constaté que « *les amendes civiles prévues par les dispositions du paragraphe III de l'article L. 442-6 ont pour objectif, pour préserver l'ordre public économique, de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence qui sont commises dans l'exercice des activités économiques mentionnées par le paragraphe I de cet article* » (par. 8). Dès lors, il était cohérent avec l'objectif poursuivi par cette répression que soit apporté un tempérament de cette nature au principe de personnalité des peines. Le Conseil a relevé que « *l'absorption de la société auteur de ces pratiques par une autre société ne met pas fin à ces activités, qui se poursuivent au sein de la société absorbante* » (par. 8). Il en va d'ailleurs de même dans le cas où la société auteur des pratiques restrictives serait scindée : la poursuite des activités demeure.

En troisième lieu, le Conseil constitutionnel a relevé que « *seule une personne bénéficiaire de la transmission du patrimoine d'une société dissoute sans liquidation est susceptible d'encourir l'amende prévue par les dispositions contestées* » (par. 9). Le cas se distinguait ainsi de celui de la décision du 4 mai 2012, dans laquelle avait été opéré un contrôle portant sur des règles applicables à des sociétés dissoutes par liquidation. Il s'agit là d'une situation bien distincte de celle de sociétés dont la dissolution intervient sans liquidation, et qui transmettent leur patrimoine à une nouvelle société.

En conséquence, le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions contestées, telles qu'interprétées par la jurisprudence, « *ne méconnaissent pas, compte tenu de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait* » (par. 10).

En définitive, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la troisième phrase du deuxième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce.