



Commentaire

Décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021

Société Akka technologies et autres

(Sanction de l'obstruction aux enquêtes de l'Autorité de la concurrence)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 13 janvier 2021 par la Cour de cassation (chambre commerciale, arrêt n° 178 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société Akka technologies et plusieurs autres sociétés¹ portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Dans sa décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

1. – Généralités

* L'Autorité de la concurrence (ADLC) est une autorité administrative indépendante créée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, qui a succédé au Conseil de la concurrence. Elle est chargée de veiller au libre jeu de la concurrence et se prononce sur les pratiques anticoncurrentielles ou les opérations de concentration économique.

* Dès sa création, le Conseil de la concurrence a été investi de pouvoirs d'enquête et d'investigation, pour certains sans mandat judiciaire (enquêtes dites « *simples* ») et pour d'autres avec mandat judiciaire (enquêtes dites « *lourdes* »).

Ces pouvoirs d'enquête peuvent être exercés par deux catégories d'agents,

¹ Les sociétés Akka services, Akka I&S, Akka ingénierie produit et Akka Informatique et systèmes.

mentionnées à l'article L. 450-1 du code de commerce : d'une part, les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités par le rapporteur général et, d'autre part, les fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie. Ces fonctionnaires correspondent aux agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) qui, en pratique, procèdent essentiellement à des enquêtes locales et transmettent ensuite les éléments recueillis à l'ADLC.

* L'étendue des prérogatives dont disposent ces agents diffère selon que les investigations qu'ils mènent se fondent sur l'article L. 450-3 du code de commerce, relatif aux enquêtes simples, ou sur l'article L. 450-4 du même code, relatif aux enquêtes lourdes.

Dans le cadre des premières, qui « *constituent 60 % des mesures d'enquête en matière de concurrence* »², les enquêteurs disposent d'un droit d'accès aux locaux de l'entreprise et d'un droit de communication. Ils peuvent également, sur le fondement de l'article L. 450-3-1 du même code, procéder à des relevés d'identité et se faire assister par toute personne qualifiée.

L'article L. 450-4, relatif aux enquêtes lourdes, attribue des pouvoirs plus larges aux agents chargés de l'enquête, qui peuvent procéder sur ce fondement à des opérations de visite et de saisie et à la pose de scellés pendant la durée de la visite³. Ces pouvoirs élargis s'exercent sous le contrôle du juge. Ils concernent tant les locaux professionnels que privés et permettent aux agents de procéder à des fouilles, de copier notamment des données stockées sur des supports informatiques ou encore d'emporter des documents originaux.

2. – L'institution d'infractions procédurales

* L'article 13 de la directive (UE) 2019/1⁴ impose, depuis le 4 février 2021, aux États membres de prévoir, afin d'assurer le respect des règles de concurrence, que les autorités nationales de concurrence administratives puissent soit infliger par voie de décision dans leur propre système de procédure, soit requérir dans une procédure

² Emmanuel Daoud et Sarah Albertin, « L'autorité de la concurrence : les pouvoirs d'enquête au crible des droits de la défense », *RLDA*, 2014, p. 93.

³ Aux termes du premier alinéa de l'article L. 450-4 du code de commerce, des scellés peuvent être posés « *sur tous locaux commerciaux, documents et supports d'information* ».

⁴ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. Le délai limite de transposition de cette directive a été fixé au 4 février 2021 par son article 34.

judiciaire autre que pénale que soient infligées aux entreprises et associations d'entreprises des amendes effectives, proportionnées et dissuasives, destinées à sanctionner plusieurs comportements d'opposition à contrôle précisément définis par cet article. Ces amendes doivent être déterminées « *en proportion de leur chiffre d'affaires mondial total* » lorsque l'opposition s'est manifestée « *de propos délibéré ou par négligence* ».

Les oppositions à contrôle énumérées par cet article 13 correspondent au refus de se conformer à une visite d'inspection, aux bris de scellés, aux réponses incorrectes, trompeuses ou incomplètes (par refus ou par omission de répondre complètement) aux questions posées lors de l'inspection, aux renseignements incomplets, inexacts ou trompeurs fournis lors d'une demande d'informations, au refus de fournir de tels renseignements, ainsi qu'au refus de présentation à une convocation et au refus de se conformer aux mesures destinées à constater ou à faire cesser une infraction.

Le droit français mettait en œuvre, dès avant cette directive, ces exigences de plusieurs manières.

* En effet, les entreprises doivent coopérer de manière effective et loyale aux enquêtes menées par les services d'instruction de l'ADLC.

Pour s'en assurer, l'ADLC dispose d'un pouvoir d'injonction qu'elle peut assortir d'astreinte. Aux termes du premier alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du code de commerce : « *Lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces [...] l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte* », dans la limite, prévue au paragraphe II du même article, de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe.

En outre, les entreprises qui font obstruction au bon déroulement des investigations ou instructions de l'ADLC s'exposent à des sanctions pénale et administrative, qui répriment de manière autonome de tels comportements obstructifs et constituent donc des sanctions distinctes de celles punissant les pratiques anticoncurrentielles. C'est ce qui conduit à les qualifier d'infractions procédurales.

* En droit interne, les comportements faisant obstacle aux enquêtes des services de l'ADLC peuvent être sanctionnés sur le fondement du délit d'opposition à fonction prévu à l'article L. 450-8 du code de commerce.

La sanction pénale des oppositions aux enquêtes administratives menées en matière de concurrence a été prévue dès l'institution du Conseil de la concurrence, à l'article 52 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Dans sa rédaction initiale, cet article prévoyait que « *sera puni d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 5 000 à 50 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque se sera opposé, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions* » des agents habilités par le ministre de l'économie pour procéder aux enquêtes nécessaires à l'application de l'ordonnance⁵ et des rapporteurs du Conseil de la concurrence.

Ces dispositions ont ensuite été codifiées à l'article L. 450-8 du code de commerce⁶, et modifiées par l'article 112 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, qui a considérablement alourdi les sanctions encourues en cas d'opposition aux fonctions des agents de l'Autorité de la concurrence. Ainsi, dans sa rédaction résultant de cette loi, l'article L. 450-8 du code de commerce punit de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300 000 euros « *le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents [de l'Autorité de la concurrence] sont chargés en application du présent livre* ».

* À la sanction pénale de l'opposition aux fonctions des agents des services d'instruction de l'ADLC, a été ajoutée, comme l'exige aujourd'hui l'article 13 de la directive (UE) 1/2019, une sanction de nature administrative, prévue au second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du code de commerce.

Ces dispositions définissent les comportements sanctionnés par référence à la notion d'obstruction en prévoyant qu'une sanction peut être infligée à toute entreprise ayant « *fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction* ». Sont ensuite mentionnés deux exemples de comportements obstructifs constitués par le fait de fournir « *des renseignements incomplets ou inexacts* » et de communiquer « *des pièces incomplètes ou dénaturées* », précédés de l'adverbe « *notamment* » qui permet d'indiquer qu'il ne s'agit pas d'une liste limitative.

Du point de vue procédural, ces dispositions prévoient expressément que l'Autorité ne peut sanctionner un comportement obstructif qu'à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement. Ces règles s'ajoutent aux garanties procédurales générales applicables devant l'ADLC, en particulier celles résultant du principe énoncé à

⁵ Les agents habilités par le ministre étaient, en pratique, ceux de la DGCCRF.

⁶ Codification réalisée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce.

l'article L. 463-1 du code de commerce, selon lequel « *L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires* ». Il en résulte notamment que l'entreprise sanctionnée a en principe accès aux pièces du dossier⁷.

Selon la dernière phrase du second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2, cette sanction administrative « *ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre* ». Une marge d'appréciation est donc laissée à l'Autorité, qui peut moduler le montant de la sanction infligée au regard de la gravité de l'obstruction constatée.

Précisons que, à la différence des autres paragraphes de l'article L. 464-2 qui ont été modifiés à plusieurs reprises depuis 2008 (en dernier lieu par la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020⁸), le paragraphe V édictant les infractions procédurales dont la sanction est assurée par l'ADLC est resté inchangé depuis sa création.

* Les sanctions adoptées sur ce fondement peuvent, en application de l'article L. 464-8 du code de commerce, faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris, dans un délai d'un mois. L'arrêt de la cour d'appel peut ensuite, le cas échéant, faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

B. – Origine de la QPC et question posée

* Par une décision du 18 juillet 2018, l'ADLC s'était saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'ingénierie et du conseil en technologies et des services informatiques.

Dans le cadre des investigations menées sur ces pratiques, son rapporteur général avait été autorisé par le juge des libertés et de la détention à faire procéder à des opérations de visite et de saisie, sur le fondement du sixième alinéa de l'article L. 450-4 du code de commerce, dans les locaux de la société Akka technologies et des autres sociétés du même groupe.

⁷ L'article L. 463-1 prévoit que le principe du contradictoire s'applique « *sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 463-4* », qui précisent que « *Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles* ».

⁸ Loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

Lors des opérations menées le 8 novembre 2018, deux incidents avaient été constatés : d'une part, un bris de scellés et, d'autre part, une altération de la réception de courriels sur la messagerie électronique d'un ordinateur portable en cours d'examen.

* Le 3 décembre 2018, les services d'instruction de l'ADLC avaient adressé un rapport aux sociétés Akka I&S, Akka ingénierie produit et Akka informatique et système, en tant qu'auteurs de ces incidents, et à leur société mère, la société Akka technologies, leur reprochant d'avoir fait obstruction aux investigations menées par l'ADLC.

L'ADLC avait estimé que ces obstructions tombaient sous le coup du second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du code de commerce et leur avait solidairement infligé, par une décision du 22 mai 2019, une sanction administrative de 900 000 euros.

* Ces sociétés avaient saisi la cour d'appel de Paris d'un recours en annulation et réformation contre cette sanction, aux côtés de la société Akka services, également détenue par la société Akka technologies.

Par un arrêt rendu le 26 mai 2020, la cour d'appel de Paris avait jugé que l'obstruction aux opérations de visite et de saisie était établie et qu'elle tombait bien sous le coup de la sanction prévue au second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du code de commerce. Réformant la décision de l'Autorité de la concurrence, elle avait infligé solidairement une amende de 900 000 euros aux sociétés Akka technologies et Akka I&S et jugé que les sociétés Akka ingénierie produit et Akka informatique et systèmes étaient solidairement tenues au paiement de cette somme à hauteur de 700 000 euros.

Les cinq sociétés du groupe Akka avaient formé un pourvoi contre cette décision et c'est à l'occasion de ce pourvoi qu'elles avaient soulevé une QPC ainsi rédigée :

« Les dispositions de l'article L. 464-2, V, 2^e alinéa, du code de commerce sont-elles conformes aux principes de légalité des délits et des peines, et aussi de proportionnalité et d'individualisation des délits et des peines, garantis notamment par les articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ainsi qu'aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, en tant qu'elles permettent à l'Autorité de la concurrence, lorsque l'entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, de prononcer une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus

élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, sans définir précisément l'infraction d'obstruction fondant la sanction, ni les critères d'évaluation de cette sanction, ni les modalités de la procédure garantissant les droits de la défense ? »

Par son arrêt précité du 13 janvier 2021, la Cour de cassation avait jugé que cette question présentait un caractère sérieux et l'avait renvoyée au Conseil constitutionnel.

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

A. – Les questions préalables

1. – La version des dispositions renvoyées

La Cour de cassation avait renvoyé au Conseil constitutionnel le second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du code de commerce, sans préciser la version de cet article applicable au litige à l'origine de la QPC. Il revenait donc au Conseil constitutionnel de déterminer lui-même cette version. Conformément à sa jurisprudence habituelle, il a jugé que « *La question prioritaire de constitutionnalité doit être considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée* » (paragr. 1).

En l'espèce, dans la mesure où les faits à l'origine de la sanction litigieuse étaient les incidents intervenus au cours de la visite et des saisies du 8 novembre 2018, le Conseil a considéré qu'il était saisi de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles (même paragr.)⁹. Cette ordonnance, comme le précisent les visas de la décision commentée, a été ratifiée par l'article 206 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

2. – Les griefs des sociétés requérantes

Les sociétés du groupe Akka soutenaient d'abord que la sanction administrative prévue par les dispositions renvoyées était contraire au principe de légalité des délits

⁹ Cf. sur l'usage que fait le Conseil constitutionnel de cette notion de version d'une disposition législative, le commentaire des décisions n° 2019-812 QPC du 15 novembre 2019, *M. Sébastien M. et autre (Suppression de l'abattement pour durée de détention sur les gains nets retirés des cessions d'actions et de parts sociales)* et n° 2019-813 QPC du 15 novembre 2019, *M. Calogero G. (Exigence d'agrément pour l'exonération d'impôt sur le revenu des titres représentatifs d'un apport partiel d'actif par une société étrangère)*.

et des peines fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Elles critiquaient à ce titre la notion d'« *obstruction* » à l'exercice du contrôle de l'ADLC, qui fondait cette sanction, ainsi que l'emploi du terme « *entreprise* », celui-ci ne permettant pas, selon elles, de déterminer si le manquement devait être imputé aux organes dirigeants de l'entreprise ou pouvait émaner de ses employés agissant à titre individuel.

Elles soutenaient également que, faute de précisions de nature à établir une corrélation entre la gravité des manquements reprochés et le montant de la sanction prononcée, ces dispositions méconnaissaient les principes d'individualisation et de proportionnalité des peines.

Elles dénonçaient par ailleurs, comme contraire au principe de nécessité des délits et des peines, le cumul possible entre cette amende administrative et l'infraction d'opposition à l'exercice des missions des agents de l'Autorité de la concurrence, prévue par l'article L. 450-8 du code de commerce, ou celle de bris de scellés apposés par l'autorité publique, prévue par l'article 434-22 du code pénal.

Selon elles, le pouvoir de sanction reconnu à l'Autorité de la concurrence méconnaissait en outre le principe de la séparation des pouvoirs, ainsi que, faute de possibilité pour l'entreprise de démontrer que les actions des salariés à l'origine des obstructions constatées ne l'engageaient pas, les principes de la présomption d'innocence et de la responsabilité personnelle en matière répressive.

Enfin, selon les sociétés requérantes, le législateur avait méconnu les droits de la défense et le principe d'impartialité en ne prévoyant pas une procédure préalable au prononcé de l'amende.

3. – Les griefs des autres parties

* La société Brenntag SA, filiale de la société Brenntag AG, était intervenue devant la Cour de cassation saisie de la QPC. Les griefs qu'elle présentait devant le Conseil constitutionnel rejoignaient ceux des sociétés requérantes sur la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines, à laquelle elle ajoutait la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Elle critiquait plus spécifiquement l'imprécision des critères de gravité de l'obstruction et de l'assiette de la sanction, au motif que le législateur n'avait pas indiqué, pour les groupes de sociétés, à quel niveau il convenait d'apprécier le chiffre d'affaires de l'entreprise. Il en résultait également, selon elle, une violation des principes de nécessité, d'individualisation et de personnalité des peines, ainsi que du

principe de responsabilité pénale personnelle.

Cette société contestait également, au regard des droits de la défense, l'absence de mise en demeure préalable à la sanction, le défaut d'accès au dossier, les insuffisances du contradictoire ainsi que l'impossibilité d'exercer, avant que ne soit prononcée la sanction, un recours contre les mesures d'instruction.

Les griefs de cette société relatifs à la méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité rejoignaient ceux des sociétés requérantes.

* Une demande d'intervention avait également été formée par la société Brenntag AG, mère de la société Brenntag SA et sanctionnée solidairement avec elle pour obstruction aux pouvoirs de l'Autorité de la concurrence. À la différence de sa filiale, cette société n'avait pas déposé de QPC devant la cour d'appel saisie de leur litige et n'était pas non plus intervenue devant la Cour de cassation à l'occasion de l'instance ouverte par la QPC des sociétés Akka et autres.

Elle présentait toutefois un intérêt spécial à intervenir, pour la première fois, devant le Conseil constitutionnel, qui a admis son intervention.

Cette société soutenait que les dispositions contestées étaient contraires aux principes de personnalité des peines et de présomption d'innocence. Elle leur reprochait de permettre, d'une part, d'imputer à une société mère une obstruction commise par l'une de ses filiales et, d'autre part, de prendre en compte, pour la détermination de la sanction applicable, le chiffre d'affaires du groupe auquel appartient la société contrevenante au lieu de celui de la seule filiale.

B. – L'examen des griefs

1. – Les autres griefs que ceux tirés de la méconnaissance du principe *non bis in idem*

Si les requérants et les intervenants soulevaient nombre de griefs différents, leur argumentation se fondait principalement sur l'imprécision des dispositions contestées : imprécision de la notion d'obstruction, imprécision de celle d'entreprise, imprécision dans la détermination des critères de gravité de l'infraction, imprécision de l'assiette de la sanction, dont il résultait, selon eux, outre une atteinte au principe de légalité des délits et des peines, une méconnaissance du principe

d'individualisation des peines ou encore du principe de responsabilité pénale personnelle.

Le Conseil constitutionnel a donc répondu à l'ensemble de ces griefs par une motivation commune s'attachant au caractère suffisamment déterminé des différentes composantes de l'incrimination.

Dans la suite de ce commentaire, cette réponse sur l'imprécision des termes retenus est plus particulièrement examinée sous le prisme du principe de légalité des délits et des peines.

a. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe de légalité des délits et des peines

* Le principe de légalité des délits et des peines est fondé sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui énonce : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

Le Conseil constitutionnel juge de manière constante qu'en vertu de ce principe, qui « *s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition et non aux seules peines prononcées par les juridictions répressives* », « *le législateur ou, dans son domaine de compétence, le pouvoir réglementaire, doivent fixer les sanctions ayant le caractère d'une punition en des termes suffisamment clairs et précis* »¹⁰. Il a précisé que « *cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* »¹¹.

* Si le principe de légalité des délits et des peines s'applique à toute sanction ayant le caractère de punition, l'exigence de clarté et de précision qui en résulte n'emporte pas les mêmes conséquences selon que la sanction en cause présente ou non un caractère pénal.

En matière pénale, dans la mesure où le législateur est seul compétent, conformément à l'article 34 de la Constitution, pour fixer les règles relatives à « *la détermination*

¹⁰ Décision n° 2017-630 QPC du 19 mai 2017, *M. Olivier D. (Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats)*, paragr. 6.

¹¹ Décision 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. 8.

des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables », il lui revient nécessairement de définir avec suffisamment de précision tant les éléments constitutifs de ces infractions que ceux des peines applicables¹².

Ainsi, sur le fondement de l'article 34 et de l'article 8 de la Déclaration de 1789, le Conseil a censuré, à plusieurs reprises, des dispositions insuffisamment précises.

Elles ont notamment porté sur :

– le délit de « *malversation* » dans l'exercice de la mission des administrateurs, liquidateurs et commissaires, faute pour le législateur d'avoir défini les éléments constitutifs de cette malversation¹³ ;

– la notion de « *diligences appropriées* », sans autres précisions, que doit prendre, sous peine de sanction, l'hébergeur d'un site averti par un tiers qu'un contenu lui porte préjudice. Le Conseil a également jugé contraire au principe de légalité des délits et des peines le fait que le législateur n'ait pas précisé les conditions de forme de la saisine susceptible de déclencher l'engagement de la responsabilité pénale de l'hébergeur¹⁴ ;

– les notions d'« *interopérabilité* » ou de « *travail collaboratif* »¹⁵, que le législateur n'avait pas définies en termes clairs et précis alors qu'il en avait fait des éléments conditionnant le champ d'application de la loi pénale ;

– la définition imprécise de l'activité d'intelligence économique, comme « *la recherche et le traitement d'informations sur l'environnement économique, social, commercial, industriel ou financier d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales* »¹⁶ ;

– l'emploi du terme « famille » comme critère de définition des viols, agressions et atteintes sexuelles « incestueux », aux motifs que « *s'il était loisible au législateur*

¹² En matière contraventionnelle, c'est au pouvoir réglementaire qu'il revient de fixer les sanctions ayant le caractère d'une punition en des termes suffisamment clairs et précis. Pour un rappel sur ce point, voir la décision n° 2017-630 QPC précitée.

¹³ Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, cons. 12.

¹⁴ Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 61.

¹⁵ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 57 et 60.

¹⁶ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 76.

d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements sexuels incestueux, il ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille »¹⁷ ;

– le délit de harcèlement sexuel « *punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis* »¹⁸, dans la mesure où cette infraction était définie, de manière tautologique, comme le fait de « *harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* » ;

– l'obligation, pénalement sanctionnée, de renseigner dans la déclaration d'intérêts les « *autres liens susceptibles de faire naître un conflit d'intérêts* », sans donner d'indication sur la nature de ces liens et les relations entretenues par le déclarant avec d'autres personnes qu'il conviendrait d'y mentionner¹⁹ ;

– la dénonciation de faits opérée « *en dernier ressort, en public* », sans que soit précisé à quels actes ou procédures antérieurs il est ainsi renvoyé²⁰ ;

– l'amende civile encourue par certaines sociétés pour ne pas s'être conformées, après mise en demeure, à l'obligation d'établir et de mettre en œuvre, de manière effective, des « *mesures de vigilance raisonnable* » destinées à identifier les risques et prévenir toutes les atteintes graves envers l'ensemble des « *droits humains* » et des « *libertés fondamentales* ». Le plan de vigilance en cause incluait l'ensemble des sociétés contrôlées directement ou indirectement par cette société ainsi que tous les sous-traitants et les fournisseurs avec lesquels elles entretiennent une relation commerciale établie. Le Conseil a jugé que, « *Compte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des "droits humains" et des "libertés fondamentales" et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix*

¹⁷ Décision n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011, *M. Claude N. (Définition des délits et crimes incestueux)*, cons. 4 et n° 2011-222 QPC du 17 février 2012, *M. Bruno L. (Définition du délit d'atteintes sexuelles incestueuses)*, cons. 3 et 4.

¹⁸ Décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, *M. Gérard D. (Définition du délit de harcèlement sexuel)*, cons. 3 à 5.

¹⁹ Décision n° 2013-675 DC du 9 octobre 2013, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, cons. 30 et n° 2013-676 DC du 9 octobre 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, cons. 27 et 28.

²⁰ Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, paragr. 139.

millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis »²¹.

Ainsi, le Conseil constitutionnel ne censure pas seulement des notions nouvelles et méconnues qu'il appartiendrait au législateur de définir mais peut également sanctionner des notions courantes mais trop imprécises pour pouvoir fonder, sans précisions adéquates, le champ d'application de la loi pénale.

À l'inverse, dans sa décision n° 2012-271 QPC, le Conseil était saisi du premier alinéa de l'article 521-1 du code pénal qui réprime notamment les sévices graves et les actes de cruauté envers un animal domestique ou tenu en captivité sauf pour les courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Se prononçant notamment sur le caractère équivoque de la notion de tradition locale ininterrompue, le Conseil a jugé que, *« s'il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier les situations de fait répondant à la tradition locale ininterrompue, cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire »²².*

De même, dans sa décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, appréciant le délit de l'article 431-9-1 du code pénal qui punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique, au cours ou à l'issue de laquelle des troubles à l'ordre public sont commis ou risquent d'être commis, de dissimuler volontairement tout ou partie de son visage sans motif légitime, le Conseil constitutionnel a considéré qu'*« en écartant du champ de la répression la dissimulation du visage qui obéit à un motif légitime, le législateur a retenu une notion qui ne présente pas de caractère équivoque »²³.*

Précédemment, le Conseil constitutionnel avait également jugé suffisamment clairs et précis, dans le contexte de l'incrimination en cause, les termes de *« particulière vulnérabilité »* d'une personne se livrant à la prostitution²⁴, la mise à disposition du public *« sciemment »* d'un logiciel *« manifestation destiné »* à la mise à disposition

²¹ Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, paragr. 13.

²² Décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre (Immunité pénale en matière de courses de taureaux)*, cons. 5.

²³ Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, paragr. 31.

²⁴ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 65.

non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés²⁵, ou l'omission de déclaration d'une « *part substantielle* » de son patrimoine²⁶.

Il ressort également de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'une infraction qui ne serait pas définie dans un texte de manière claire et précise, ou ne serait pas explicitée, peut ne pas entraîner d'inconstitutionnalité si d'autres textes législatifs ou la jurisprudence ont apporté les éclaircissements permettant de pallier les lacunes du texte.

En témoigne la jurisprudence du Conseil concernant le recours à la notion d'infractions commises en « bande organisée ». Ainsi, dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel a tenu compte, d'une part, de ce que cette notion existait dans le code pénal depuis 1810 et avait été reprise depuis lors par plusieurs réformes et, d'autre part, de ce que « *la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté les précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs* », et, enfin, que « *la convention [...] des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ratifiée par la France, a adopté une définition voisine en invitant les États adhérents à prendre les mesures adéquates pour lutter efficacement contre tout "groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel"* »²⁷. Ces motifs ont été repris dans la décision du 25 février 2010²⁸.

* En dehors de la matière pénale, l'exigence de définition des « infractions » résultant du principe de légalité des délits et des peines peut être satisfaite sans que le législateur ait précisément défini les éléments constitutifs de l'infraction, dès lors qu'il a renvoyé à un corps de règles identifiées.

²⁵ Décision n° 2006-540 DC précitée, cons. 56.

²⁶ Décision n° 2017-639 QPC du 23 juin 2017, *Mme Yamina B. (Amende sanctionnant le fait d'omettre sciemment de déclarer une part substantielle de son patrimoine)*, paragr. 6.

²⁷ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 *relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, cons. 13.

²⁸ Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010 *relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, cons. 9. Cf. aussi, pour la notion « *d'identité de genre* », jugée suffisamment précise, compte tenu des travaux parlementaires et du fait qu'elle figure également à l'article 225-1 du code pénal dans sa version issue de la loi du 18 novembre 2016 et est utilisée dans la convention du Conseil de l'Europe du 12 avril 2011 et dans la directive du 13 décembre 2011 : décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, paragr. 89.

Il en est ainsi :

– en matière disciplinaire, « *dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent* »²⁹ ;

– en matière de sanctions administratives, « *par la référence aux obligations auxquelles* » le titulaire d'une autorisation administrative ou le responsable d'une fonction publique « *est soumis en vertu des lois et règlements* »³⁰.

À défaut de tels renvois, propres à des matières relevant de la police administrative spéciale ou de la discipline professionnelle, le Conseil constitutionnel fait respecter le principe de légalité des infractions, en dehors de la matière pénale, d'une façon qui ne se différencie pas du niveau d'exigence de la matière pénale.

En matière de pénalités fiscales, le Conseil constitutionnel a ainsi également censuré comme contraire aux articles 34 de la Constitution et 8 de la Déclaration de 1789 le fait d'intégrer dans la définition de l'abus de droit les actes ayant pour « *motif principal* » d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales, compte tenu de l'« *importante marge d'appréciation* » ainsi laissée à l'administration fiscale³¹. Corrélativement, il a écarté le grief tiré de l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines dès lors que « *le législateur a défini de manière suffisamment claire et précise le manquement à l'obligation fiscale et la sanction dont il est assorti* »³².

Plus récemment, le Conseil a validé, dans sa décision n° 2020-861 QPC du 15 octobre 2020, les dispositions du code général des impôts réprimant la méconnaissance du plafond des frais et commissions versés à des intermédiaires d'une amende administrative due par le vendeur, dont le montant ne peut être supérieur à dix fois les frais excédant ce plafond. Il a considéré que le législateur avait « *défini les éléments essentiels de l'obligation dont la méconnaissance est sanctionnée* » après avoir jugé, d'une part, que « *ni les termes de "prix de revient" ni ceux de "frais et commissions directs et indirects", rapportés à l'activité d'intermédiation commerciale, ne présentent de caractère imprécis ou équivoque* »,

²⁹ Décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *M. Michel G. (Discipline des vétérinaires)*, cons. 7.

³⁰ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 37, et n° 2011-210 QPC du 13 janvier 2012, *M. Ahmed S. (Révocation des fonctions de maire)*, cons. 4.

³¹ Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *Loi de finances pour 2014*, cons. 115 à 118.

³² Décision n° 2013-371 QPC du 7 mars 2014, *SAS Labeyrie (Majoration de la contribution supplémentaire à l'apprentissage)*, cons. 5 et 6.

et, d'autre part, que « *Seul est [ainsi] sanctionné le fait pour le vendeur d'avoir dépassé le plafond des frais d'intermédiation commerciale au titre de la vente d'un logement éligible à la réduction d'impôt, alors que l'acquéreur lui avait fait connaître son intention d'en bénéficier* »³³.

Pour finir, il convient de rappeler que, dans sa décision n° 2015-510 QPC du 7 janvier 2016, le Conseil a validé certaines dispositions du paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce qui étaient critiquées notamment en ce qu'elles ne prévoyaient pas, selon l'association requérante, une définition suffisante de « l'entreprise ». Sur ce point, il a considéré « *qu'en différenciant, pour fixer le montant maximum de la sanction, les contrevenants qui sont constitués sous l'un des statuts ou formes juridiques propres à la poursuite d'un but lucratif et les autres, le législateur s'est référé à des catégories juridiques précises permettant de déterminer la peine encourue avec une certitude suffisante* »³⁴ et a donc écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des peines.

b. – L'application à l'espèce

Le Conseil constitutionnel n'a pas estimé que les dispositions contestées étaient imprécises ou inintelligibles.

S'agissant de la notion d'« *obstruction aux mesures d'investigation ou d'instruction* », le Conseil constitutionnel a constaté qu'elle « *s'entend de toute entrave au déroulement de ces mesures, imputable à l'entreprise, qu'elle soit intentionnelle ou résulte d'une négligence* » (paragr. 15).

Cette définition large de la notion d'obstruction, cohérente avec les exigences européennes, pouvait se déduire du choix du législateur de ne pas établir de liste limitative des comportements susceptibles d'être jugés obstructifs. En outre, il n'y avait pas lieu, s'agissant d'une sanction administrative, de la limiter aux fautes intentionnelles, comme l'article 121-3 du code pénal le prévoit par principe, en l'absence de mention contraire dans la loi, pour les crimes ou les délits. Au contraire, la notion d'obstruction pouvait tout à fait recouvrir, dans ce cadre, des fautes de négligence.

³³ Décision n° 2020-861 QPC du 15 octobre 2020, *Fédération nationale de l'immobilier et autre (Plafonnement des frais d'intermédiation commerciale pour la vente de logements éligibles à la réduction d'impôt sur le revenu en faveur de l'investissement locatif intermédiaire)*, paragr. 27-29.

³⁴ Décision n° 2015-510 QPC du 7 janvier 2016, *Association Expert-comptable média association (Sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence)*, cons. 9.

Le Conseil constitutionnel a en outre relevé qu'« *en faisant référence à la notion d'entreprise, qui désigne les entités constituées sous l'un des statuts ou formes juridiques propres à la poursuite d'un but lucratif, et à celle de chiffre d'affaires mondial, le législateur s'est référé à des catégories juridiques précises permettant de déterminer avec une certitude suffisante les personnes responsables et la peine encourue* » (paragr. 16). Ce faisant, le Conseil constitutionnel s'est inscrit dans la ligne de sa décision précitée n° 2015-510 QPC sur la précision de la notion d'entreprise.

Enfin, le Conseil a rappelé que la loi s'était bornée à fixer un montant maximum de l'amende encourue – fixé en l'occurrence à 1 % du chiffre d'affaires mondial –, en laissant à l'Autorité de la concurrence, sous le contrôle du juge, le soin d'en déterminer le montant en fonction de la gravité du comportement infractionnel (paragr. 17). À cet égard, la définition de l'incrimination était suffisante pour permettre d'établir cette gravité, en fonction de l'importance ou du caractère intentionnel ou non de l'obstruction. Cette faculté de modulation de la sanction est, de manière habituelle, prise en compte par le Conseil constitutionnel pour examiner la conformité aux principes de proportionnalité et d'individualisation des peines de dispositions instituant des sanctions administratives³⁵.

Il a par conséquent écarté les griefs tirés de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines. Ceci l'a également conduit à écarter les autres griefs soulevés par les parties requérantes et intervenantes (paragr. 18).

2. – Les griefs tirés de la méconnaissance du principe *non bis in idem*

a. – La jurisprudence constitutionnelle

Sur le fondement des principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a progressivement développé une jurisprudence visant à soumettre à plusieurs conditions le cumul de sanctions ayant le caractère d'une punition (sanction pénales, administratives, disciplinaires *etc.*), ainsi que le cumul de poursuites tendant à de telles sanctions³⁶.

Cette jurisprudence recouvre trois aspects.

³⁵ Voir par exemple en ce sens : décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015, *Société Grands Moulins de Strasbourg SA et autre (Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence)*, cons. 21.

³⁶ Lorsqu'au moins l'une des deux sanctions ne présente pas le caractère d'une punition, cette jurisprudence n'est pas applicable : voir par exemple, récemment, la décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, paragr. 36.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel juge, s'agissant du **cumul des sanctions**, « *que, si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* ». Il a précisé « *qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence* »³⁷. Dans les décisions les plus récentes, cette exigence fait l'objet d'un simple rappel, qui n'est plus formalisé dans une réserve d'interprétation³⁸.

En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel a progressivement³⁹ forgé une jurisprudence **interdisant le cumul de poursuites de nature similaire**.

* Dans son dernier état, cette jurisprudence se matérialise dans la formulation de principe suivante : « *Le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts* »⁴⁰. Conformément à la première règle déjà évoquée, cette formulation de principe est complétée par une phrase selon laquelle « *Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* ».

³⁷ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 15 à 23 (qui relève que certaines incriminations sanctionnées par la Commission des opérations de bourse « *sont susceptibles de recouvrir des agissements qui sont eux-mêmes constitutifs de délits boursiers* »).

³⁸ Voir par exemple les décisions n°s 2016-621 QPC du 30 mars 2017, *Société Clos Teddi et autre (Cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger)* et 2019-783 QPC du 17 mai 2019, *M. Nicolas S. (Cumul de poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle)*.

³⁹ Décisions n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013, *M. Laurent D. (Discipline des médecins)*, cons. 3 ; n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014, *M. Stéphane R. et autres (Cour de discipline budgétaire et financière)* cons. 35 ; n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres (Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié)*, cons. 19 ; n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janvier 2016, *M. Alain D. et autres (Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié - II)* ; n° 2016-550 QPC du 1^{er} juillet 2016, *M. Stéphane R. et autre (Procédure devant la cour de discipline budgétaire et financière)* ; n°s 2016-570 QPC et 2016-573 QPC du 29 septembre 2016, *M. Pierre M. et M. Lakhdar Y. (Cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres)* ; n° 2016-572 QPC du 30 septembre 2016, *M. Gilles M. et autres (Cumul des poursuites pénales pour le délit de diffusion de fausses informations avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement à la bonne information du public)*.

⁴⁰ Cf., par exemple, décision n° 2016-621 QPC du 30 mars 2017 précitée, paragr. 4.

Pour que de « *mêmes faits* » puissent faire l'objet d'un cumul de poursuites sans méconnaître le principe de nécessité des peines, c'est-à-dire pour que ces poursuites soient jugées « *différentes* », il faut qu'au moins l'une des trois conditions suivantes soit remplie. Si, à l'inverse, aucune n'est remplie, il s'agit de poursuites similaires, prohibées par ce principe et donc contraires à la Constitution⁴¹.

1^{er} critère : Les sanctions ne tendent pas à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique.

Par exemple, le Conseil a jugé que deux dispositions du code monétaire et financier « *définissent et qualifient de la même manière le manquement d'initié et le délit d'initié* »⁴² et que deux autres dispositions du même code « *tendent [...] à réprimer les mêmes faits. Elles définissent et qualifient de la même manière le manquement et le délit de diffusion de fausses informations* »⁴³.

Dans sa décision n° 2020-838/839 QPC du 7 mai 2020, le Conseil constitutionnel a rappelé que « *la seule circonstance que plusieurs incriminations soient susceptibles de réprimer un même comportement ne peut caractériser une identité de faits au sens des exigences résultant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 que si ces derniers sont qualifiés de manière identique* »⁴⁴.

Ainsi, comme le relève le commentaire de cette décision, la « *condition tenant à la qualification juridique des faits n'exige pas que les textes définissant les infractions soient strictement identiques* », mais « *Elle exclut en revanche que des infractions dont les champs d'application sont très différents et ne se recoupent qu'accessoirement puissent être regardées comme portant sur des faits identiques* ».

2^{ème} critère : Ces deux répressions ne protègent pas les mêmes intérêts sociaux. Telle est la conséquence de la référence, dans la formulation de principe, à des « *corps de règles distincts* », qui vise ainsi la finalité poursuivie par les dispositions en cause.

⁴¹ Jusqu'aux décisions du 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC, *M. Alec W. et autre (Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale)* et n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme C. (Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale)*, une quatrième condition était prévue, relative au fait que les poursuites et sanctions prononcées ne relèvent pas du même ordre de juridiction. Cette condition a été abandonnée par ces décisions.

⁴² Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 précitée, cons. 24.

⁴³ Décision n° 2016-572 QPC du 29 septembre 2016 précitée, paragr. 9.

⁴⁴ Décision n° 2020-838.839 du 7 mai 2020, *M. Jean-Guy C. et autre (Cumul de poursuites et de sanctions en cas de gestion de fait)*, paragr. 9.

C'est dans la décision n° 2019-783 QPC du 17 mai 2019, relative au cumul de poursuites en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle, que le Conseil constitutionnel a utilisé pour la première fois de manière explicite le critère relatif aux intérêts sociaux protégés pour établir la différence entre deux dispositifs de poursuite.

Il a jugé en ce sens que *« la sanction financière prononcée par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques intervient à l'issue de l'examen par cette commission, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, des comptes de campagne de chacun des candidats à l'élection du Président de la République. En conférant à cette sanction un caractère systématique et en prévoyant que son montant est égal au dépassement du plafond des dépenses électorales, le législateur a entendu assurer le bon déroulement de l'élection du Président de la République et, en particulier, l'égalité entre les candidats au cours de la campagne électorale. En revanche, en instaurant une répression pénale des mêmes faits, qui exige un élément intentionnel et permet de tenir compte des circonstances de l'infraction et d'adapter la sévérité de la peine à la gravité de ces faits, le législateur a entendu sanctionner les éventuels manquements à la probité des candidats et des élus »*⁴⁵. Après avoir également établi la différence de nature des sanctions (troisième critère), il a conclu que *« les deux répressions prévues par les dispositions contestées relèvent de corps de règles qui protègent des intérêts sociaux distincts aux fins de sanctions de nature différente »*⁴⁶.

3^{ème} critère : Ces deux répressions peuvent aboutir au prononcé de sanctions de nature différente. La pesée des sanctions pour l'appréciation de cette condition se fait, notamment, compte tenu de leur sévérité. En pratique, c'est le plus souvent ce critère qui permet d'établir la différence des poursuites.

Le Conseil constitutionnel a ainsi pu juger que les dispositions du code monétaire et financier relatives aux poursuites pour délit d'initié et pour manquement d'initié méconnaissaient le principe de nécessité des délits et des peines, au motif notamment que les sanctions punissant ce délit et ce manquement ne pouvaient *« être regardées comme de nature différente »* et étaient susceptibles de se cumuler⁴⁷. En l'occurrence, la sanction du délit d'initié d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 1 500 000 euros d'amende n'a pas été considérée comme étant d'une nature différente des pénalités financières dont dispose l'Autorité des marchés financiers

⁴⁵ Décision n° 2019-783 QPC, M. Nicolas S. (Cumul de poursuites et de sanctions en cas de dépassement du plafond de dépenses par un candidat à l'élection présidentielle), paragr. 12.

⁴⁶ *Ibidem*, paragr. 14.

⁴⁷ Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015 précitée, cons. 19 à 28.

(AMF), compte tenu de leur sévérité équivalente. Ces pénalités pouvaient en effet atteindre dix millions d'euros, voire le décuple du montant des profits éventuellement réalisés, et devaient être prononcées en fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages ou les profits éventuellement tirés de ces manquements (alors que le juge pénal doit, lui, prononcer la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur)⁴⁸.

Le Conseil a statué dans le même sens à propos du délit et du manquement de diffusion de fausses informations, le premier étant notamment puni d'une peine de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros, tandis que le second exposait son auteur à une sanction pécuniaire de 100 millions d'euros, pouvant être portée au décuple du montant des profits éventuellement réalisés⁴⁹.

À l'inverse, dans la mesure où l'infraction du code pénal relative au délit d'initié prévoyait, pour les personnes physiques, une « peine d'emprisonnement » (en l'occurrence de deux ans) et une amende identique à celle susceptible d'être prononcée par l'AMF et, pour les personnes morales, une peine de dissolution et d'amende cinq fois supérieure à celle encourue devant l'AMF, le Conseil constitutionnel a estimé que les faits réprimés par ce délit et les poursuites en manquement devant cette autorité faisaient « *l'objet de sanctions de nature différente* » et que le cumul de poursuites n'était dès lors pas contraire au principe de nécessité des délits et des peines⁵⁰.

Il a jugé de même s'agissant des poursuites pénales pour banqueroute et des poursuites civiles pour faillite personnelle : « *les sanctions de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer pouvant être prononcées par le juge civil ou commercial pour les manquements [en cause] sont identiques à celles encourues devant la juridiction pénale pour les mêmes manquements constitutifs du délit de banqueroute. En revanche, le juge pénal peut condamner l'auteur de ce délit à une peine d'emprisonnement [de cinq ans] et à une peine d'amende, ainsi qu'à plusieurs autres peines complémentaires d'interdictions* »⁵¹. Les sanctions étaient ainsi de nature différente.

Dans le même sens, le Conseil a conclu à la nature différente des sanctions susceptibles d'être prononcées à l'issue des poursuites pénales et administratives en

⁴⁸ *Ibid.*, cons. 26.

⁴⁹ Décision n° 2016-572 QPC du 30 septembre 2016 précitée, paragr. 11 et 12.

⁵⁰ Décision n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janvier 2016 précitée, cons. 11 à 13.

⁵¹ Décisions nos 2016-570 QPC et 2016-573 QPC du 29 septembre 2016 précitées, respectivement paragr. 7 et 12.

cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger, dans la mesure où le juge pénal pouvait, notamment, prononcer des peines d'emprisonnement (de cinq ans)⁵².

Enfin, il a considéré que la sanction prononcée par la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, « *pénalité financière, strictement égale au montant du dépassement constaté* », avait une nature différente de la peine d'emprisonnement (alors d'un an) encourue par le candidat poursuivi pour le délit de dépassement du plafond des dépenses électorales⁵³. Le commentaire observait que la position du Conseil se situait ainsi « *dans la droite ligne des décisions qui l'ont conduit, en dehors des précédents relatifs aux sanctions pécuniaires particulièrement importantes susceptibles d'être prononcées par l'AMF, à systématiquement conclure à l'existence de sanctions de nature différente lorsque l'une d'entre elles comportait une peine d'emprisonnement. En l'espèce, s'agissant d'élections politiques, il devait a fortiori être tenu compte de la dimension infamante d'une condamnation à une peine d'emprisonnement, laquelle ne peut ainsi guère apparaître comme équivalente à une sanction financière. En outre [...], s'agissant de la sanction prononcée par la CNCCFP, le législateur a retenu une somme à verser strictement égale au dépassement du plafond constaté : la sanction répond ainsi "par équivalent" au comportement reproché à l'intéressé et peut tout aussi bien aboutir à un faible montant qu'à une somme élevée* ». Ce tout dernier constat montre que la différence de nature des sanctions peut résulter de considérations plus larges que la seule référence à leur sévérité.

* L'exposé de cette jurisprudence sur les poursuites similaires appelle deux dernières précisions.

Dans sa décision n° 2016-550 QPC du 1^{er} juillet 2016, dans la mesure où il était saisi d'une disposition autorisant un possible cumul de poursuites (« *Les poursuites devant la Cour [de discipline budgétaire et financière] ne font pas obstacle à l'exercice de l'action pénale et de l'action disciplinaire* »), et non de dispositions prévoyant une incrimination, le Conseil constitutionnel a privilégié la solution de l'édiction d'une réserve d'interprétation, aux termes de laquelle : « *Ces cumuls éventuels de poursuites et de sanctions doivent, en tout état de cause, respecter le principe de nécessité des délits et des peines, qui implique qu'une même personne ne puisse faire l'objet de poursuites différentes conduisant à des sanctions de même*

⁵² Décision n° 2016-621 QPC du 30 mars 2017 précitée, paragr. 7.

⁵³ Décision n° 2019-783 QPC du 17 mai 2019 précitée, paragr. 13.

nature pour les mêmes faits, en application de corps de règles protégeant les mêmes intérêts sociaux »⁵⁴.

Ainsi, le Conseil a mis à la charge des autorités de poursuite le soin de faire respecter les exigences résultant de sa jurisprudence relative au principe *non bis in idem*. Il n'a donc pas directement répondu à l'argumentation des requérants, qui dénonçaient un cumul inconstitutionnel entre deux incriminations réprimées par la CDBF (prévues par d'autres dispositions que celles qui lui étaient soumises)⁵⁵ et plusieurs infractions pénales (escroquerie, faux, concussion et détournement de fonds publics).

Le Conseil a réitéré cette solution lorsqu'il a été saisi, à nouveau, non d'une disposition instaurant une sanction, mais d'une disposition autorisant un cumul de sanction, en matière de gestion de fait⁵⁶.

En dernier lieu, le Conseil constitutionnel a également développé une jurisprudence propre aux **cumuls de poursuites lorsque celles-ci sont de nature complémentaire**.

Dans ses décisions précitées n^{os} 2016-545 QPC et 2016-546 QPC du 24 juin 2016, à propos du cumul des pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et des sanctions pénales associées prévues par les articles 1729 et 1741 du code général des impôts, il a ainsi jugé que, dès lors que des poursuites étaient « *complémentaires* » et non « *différentes* », il n'y avait pas lieu de les confronter aux exigences résultant du principe de nécessité des délits et des peines. Plus récemment, dans sa décision n^o 2018-745 QPC du 23 novembre 2018, il a retenu des motifs analogues au sujet des dispositions des articles 1728 et 1741 du même code relatives aux sanctions fiscales et pénales applicables à l'omission déclarative⁵⁷.

L'inspiration qui anime cette jurisprudence particulière, jusqu'alors réservée à la matière fiscale, est que, même si les poursuites sont exercées par des autorités différentes et peuvent conduire à des sanctions de nature distincte, le législateur a entendu articuler ces deux modes de poursuites autour de la même finalité répressive. C'est en réalité la même poursuite qui se déploie selon un ou deux degrés, en fonction

⁵⁴ Décision n^o 2016-550 QPC du 1^{er} juillet 2016 précitée, paragr. 7. Dans le même sens : décision n^o 2016-572 QPC du 30 septembre 2016 précitée, paragr. 16.

⁵⁵ Il s'agissait de l'infraction aux règles d'exécution des recettes et des dépenses de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes publics et de celle consistant à procurer à autrui un avantage injustifié entraînant un préjudice pour ces mêmes personnes publiques (articles L. 313-4 et L. 313-6 du code des juridictions financières).

⁵⁶ Décision n^o 2020-838/839 QPC du 7 mai 2020, *M. Jean-Guy C. et autre (Cumul de poursuites et de sanctions en cas de gestion de fait)*, paragr. 10.

⁵⁷ Décision n^o 2018-745 QPC du 23 novembre 2018, *M. Thomas T. et autre (Pénalités fiscales pour omission déclarative et sanctions pénales pour fraude fiscale)*.

de la gravité des faits reprochés, ce dont rend compte, dans chacune de ces affaires, la réserve d'interprétation formulée par le Conseil afin de réserver les poursuites pénales « *aux cas les plus graves* » des manquements réprimés.

b. – L'application à l'espèce

* En l'espèce, le grief tiré de la méconnaissance du principe *non bis in idem* reposait essentiellement sur le possible cumul des poursuites prévues par les dispositions contestées avec celles prévues par l'article L. 450-8 du code de commerce, relatif au délit d'opposition à fonction.

Le Conseil devait donc s'assurer que ces poursuites se distinguaient de celles prévues par les dispositions contestées au regard d'au moins l'un des trois critères dégagés par sa jurisprudence concernant la qualification des faits réprimés, les intérêts sociaux protégés par les répressions en cause et la nature des sanctions susceptibles d'être prononcées.

* En ce qui concerne le premier critère, relatif à la qualification des faits réprimés, le Conseil a d'abord constaté que le délit prévu à cet article L. 450-8 permet « *de sanctionner toute entrave intentionnelle aux mesures d'investigation ou d'instruction conduites par ces agents* » (paragr. 20).

À la différence de ce délit, le manquement contesté n'exigeait pas d'élément intentionnel. Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé cette circonstance déterminante au regard du premier critère. L'infraction contestée est certes plus large que le délit prévu à l'article L. 450-8 du code de commerce, puisqu'elle recouvre à la fois des entraves intentionnelles et des entraves non-intentionnelles. Mais, en ce qu'elle vise les premières, elle réprime les mêmes agissements que le délit, en les qualifiant juridiquement de manière identique (paragr. 21).

Le Conseil constitutionnel a ensuite souligné, s'agissant du deuxième critère d'appréciation de la constitutionnalité d'un cumul de poursuites, que « *la sanction administrative instaurée par les dispositions contestées vise, comme le délit prévu à l'article L. 450-8 du code de commerce, à assurer l'efficacité des enquêtes conduites par l'Autorité de la concurrence pour garantir le respect des règles de concurrence nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public économique* » et donc que « *Ces deux répressions protègent ainsi les mêmes intérêts sociaux* » (paragr. 22).

Il a enfin constaté, concernant le troisième critère de différenciation des poursuites que, « *lorsqu'il s'applique à des entreprises, le délit prévu à l'article L. 450-8 du code de commerce est, conformément aux règles énoncées par l'article 131-38 du code pénal [qui prévoit que, pour les personnes morales, la peine d'amende est quintuplée] puni d'une amende de 1 500 000 euros* » et que « *La nature de cette sanction n'est pas différente de celle de l'amende prévue par les dispositions contestées, dont le montant ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise* » (paragr. 23).

Le fait que le quantum maximum d'une des sanctions soit exprimé en proportion du chiffre d'affaires, alors que celui de l'autre sanction est exprimé forfaitairement ne constitue donc pas nécessairement, pour le Conseil constitutionnel, un élément de différenciation des sanctions. En effet, dans de nombreuses situations, le montant de la sanction effectivement prononcée sur le fondement de l'une ou l'autre des sanctions, en tenant compte de leurs maxima respectifs, peut être proche. Ainsi, le maximum de 1 500 000 euros correspond, en l'exprimant sous la forme d'1 % du chiffre d'affaires, à un chiffre d'affaires mondial de 150 millions d'euros.

Au total, aucun des critères dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne permettait de distinguer les poursuites prévues par les dispositions contestées et par l'article L. 450-8 du code de commerce.

Le Conseil constitutionnel en a dès lors conclu que « *la répression administrative prévue par les dispositions contestées et la répression pénale organisée par l'article L. 450-8 du code de commerce relèvent de corps de règles identiques protégeant les mêmes intérêts sociaux aux fins de sanctions de même nature* » et que « *Les dispositions contestées méconnaissent donc le principe de nécessité et de proportionnalité des peines* », avant de les déclarer contraires à la Constitution (paragr. 24).

* Le Conseil constitutionnel a constaté que « *les dispositions déclarées contraires à la Constitution, dans leur rédaction contestée, ne sont plus en vigueur* » (paragr. 26). En effet, l'article L. 464-2 du code de commerce a été modifié, depuis l'ordonnance du 9 mars 2017, par la loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière. Conformément à l'appréhension traditionnelle du Conseil constitutionnel de la notion de rédaction contestée de la disposition qui lui déférée (cf *supra*), le Conseil était donc saisi uniquement de l'article L. 464-2 dans sa rédaction en vigueur

depuis l'ordonnance du 9 mars 2017 jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2020.

Le Conseil n'avait donc pas à décider ou non d'un report de sa déclaration d'inconstitutionnalité.

S'agissant de l'invocabilité de cette déclaration d'inconstitutionnalité dans les procédures en cours, il a précisé qu'« *afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la présente décision, il y a lieu de juger que, dans les procédures en cours fondées sur les dispositions contestées, la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée lorsque l'entreprise poursuivie a préalablement fait l'objet de poursuites sur le fondement de l'article L. 450-8 du code de commerce* » (paragr. 27).

Précédemment, lorsque le Conseil avait censuré, pour violation du principe *non bis in idem*, des sanctions, il avait formulé une réserve transitoire interdisant l'engagement ou la continuation de doubles poursuites⁵⁸, quel que soit l'ordre dans lequel elles avaient été engagées. Toutefois, il était alors saisi de chacune des incriminations, ce qui lui avait permis de formuler sa réserve, symétriquement, pour l'une comme pour l'autre.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel n'était saisi que de la sanction administrative et sa déclaration d'inconstitutionnalité s'y limitait. Il en découle une invocabilité « *asymétrique* », puisqu'elle est limitée au cas où le cumul résulte de l'engagement de nouvelles poursuites sur le fondement de l'infraction administrative après que de premières poursuites sur le fondement du délit ont déjà été engagées.

⁵⁸ Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres (Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié)*, cons. 36.