

**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)*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 15 juillet 2015 par la Cour de cassation (arrêt n° 810 du 9 juillet 2015), d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par les sociétés Grands Moulins de Strasbourg SA et Axiane Meunerie SAS, portant, d'une part, sur les dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence et, d'autre part, sur celles du paragraphe I de l'article L. 464-2 du même code.

Dans sa décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les mots « se saisir d'office ou » figurant à l'article L. 462-5 du code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 ainsi que les deuxième et troisième phrases du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce.

**I. – Les dispositions contestées**

**A. – Historique et contexte des dispositions contestées**

Les dispositions contestées sont relatives, d'une part, aux règles de saisine du Conseil de la concurrence et, d'autre part, aux sanctions pécuniaires pouvant être prononcées par le Conseil de la concurrence en cas de pratiques anticoncurrentielles.

**1. – L'article L. 462-5 du code de commerce : la saisine du Conseil de la concurrence**

L'article L. 462-5 du code de commerce était renvoyé au Conseil constitutionnel dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, laquelle a été ratifiée par le paragraphe I de l'article 50 de la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003. Cette rédaction a été en vigueur jusqu'à sa modification par

l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, par laquelle l'Autorité de la concurrence a succédé au Conseil de la concurrence<sup>1</sup>.

Cet article dans sa rédaction contestée est relatif aux modalités de la saisine du Conseil de la concurrence en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Il prévoit que le Conseil de la concurrence peut :

- être saisi par le ministre de l'économie ;
- être saisi par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organisations professionnelles et syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, de métiers, de commerce et d'industrie ;
- se saisir d'office.

La version de l'article L. 462-5 du code du commerce examinée par le Conseil constitutionnel dans la décision commentée est donc antérieure à celle relative à la saisine d'office de l'Autorité de la concurrence déclarée conforme à la Constitution dans la décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012<sup>2</sup>. Elle diffère sur plusieurs points de cette version ultérieure :

- les dispositions contrôlées en 2012 prévoient expressément que la saisine d'office doit être proposée par le rapporteur général, lequel est indépendant du collège de l'autorité administrative indépendante (AAI) et de son président ;
- alors que les dispositions contrôlées en 2012 permettent une saisine d'office non seulement à l'égard de « *toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5* »<sup>3</sup> mais également à l'égard de « *manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration* »<sup>4</sup>, les dispositions examinées dans la décision du 14 octobre 2015 commentée font uniquement référence à « *toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5* », c'est-à-dire aux pratiques qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, à l'exploitation abusive d'une position dominante ou de l'état

---

<sup>1</sup> Cette réforme, introduite par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie est entrée en vigueur lors de la promulgation de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

<sup>2</sup> Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction)*.

<sup>3</sup> Paragraphe I de l'article L.462-5 du code de commerce.

<sup>4</sup> Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, précitée, cons. 20.

de dépendance économique d'une entreprise cliente ou d'un fournisseur, et aux offres de prix de vente abusivement bas.

Par ailleurs, dans l'état du droit en vigueur avant la réforme de 2008, la place du rapporteur général était légèrement différente :

– le rapporteur général était nommé sur proposition du président du Conseil de la concurrence par arrêté du ministre chargé de l'économie, et les autres rapporteurs étaient désignés par le président (art. L. 461-3 du code de commerce) ; dans l'état du droit postérieur, le rapporteur général est nommé par arrêté du ministre chargé de l'économie après avis du collège et procède, lui-même, à la désignation des autres rapporteurs (nouvel article L. 461-4 du même code) ;

– la décision de faire examiner une affaire sans établissement préalable d'un rapport, qui revenait au président du Conseil de la concurrence ou à un vice-président délégué par lui, appartient maintenant au rapporteur général (art. L. 463-3 du même code).

## **2. – Le paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce : les sanctions pour pratiques anticoncurrentielles**

Le paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que le Conseil de la concurrence peut, lorsqu'il relève des pratiques anticoncurrentielles :

- ordonner de mettre fin à ces pratiques dans un délai déterminé ;
- imposer des conditions particulières.

Il peut également infliger des sanctions pécuniaires, qui doivent être proportionnées et déterminées individuellement. Le troisième alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2 précise en effet que ces sanctions « *sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».

Le montant maximum de la sanction est fixé, depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi NRE), à 3 millions d'euros et, pour les entreprises, à 10 % du chiffres d'affaires mondial

hors taxes réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Auparavant, le plafond de la sanction était fixé, pour les entreprises, de 5 % du chiffre d'affaires français, et pour les autres contrevenants, de 10 millions de francs.

Dans sa rédaction issue de la loi NRE, le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2 prévoit que, pour déterminer le chiffre d'affaires servant de référence au calcul du montant maximum de la sanction pécuniaire pouvant être prononcée, si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante<sup>5</sup>.

Le législateur a ainsi entendu alourdir le quantum des sanctions pouvant être prononcées. Comme cela ressort des travaux préparatoires, il s'agissait à la fois de rapprocher ces plafonds de ceux retenus par le droit communautaire et de « *faire échec aux stratégies, constatées dans le passé, de certaines entreprises qui créent des holdings ou des sociétés écran et vident la société concernée par la procédure de l'essentiel de son activité afin de réduire le chiffre d'affaires servant de base au plafond de la sanction* »<sup>6</sup>.

Enfin, le dernier alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2 prévoit que le Conseil peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision.

## **B. – Origine de la QPC et questions posées**

Par une décision du 23 avril 2008, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office, sans proposition préalable du rapporteur, de pratiques concernant le secteur des farines alimentaires. Puis, par une décision du 13 mars 2012, la société Grands Moulins de Strasbourg SA, la société Axiane Meunerie SAS ainsi qu'un certain nombre d'autres sociétés de meunerie ont été condamnées à des sanctions pécuniaires pour avoir enfreint les exigences de l'article L. 420-1 du code de commerce en participant, d'une part, à une entente

---

<sup>5</sup> Contrairement à la consolidation, qui concerne exclusivement des entités présentant un lien capitalistique et dont les règles sont déterminées par le règlement du comité de la réglementation comptable (CRC) n° 99-02 du 29 avril 1999, la combinaison concerne des entreprises liées par des relations économiques de nature diverse, sans que leur intégration résulte de liens de participation organisant des relations de société mère à filiale. « *La cohésion de ces ensembles peut les conduire à établir des comptes, qui ne peuvent être appelés "comptes consolidés" et sont désignés : "comptes combinés"* (p. 7 du CRC). Les entreprises de certains secteurs d'activité sont tenues de publier des comptes combinés. Tel est le cas, notamment, des entreprises d'assurance et de réassurance, des institutions de prévoyance et des mutuelles. Les règles relatives à la combinaison sont déterminées par le règlement CRC n° 2002-12 du 12 décembre 2002.

<sup>6</sup> M. Eric Besson, *Rapport sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, Assemblée nationale, n° 2327, 6 avril 2000, Tome I.

anticoncurrentielle visant à fixer le prix de la farine en sachets et, d'autre part, à une entente anticoncurrentielle entre meuniers français et allemands visant à limiter l'accès réciproque à leurs marchés nationaux respectifs.

### **1. – La QPC portant sur l'article L. 462-5 du code de commerce**

Après avoir fait appel de cette décision devant la cour d'appel de Paris, les sociétés Grands Moulins de Strasbourg SA et Axiane Meunerie SAS ont formé des pourvois en cassation, à l'occasion desquels elles ont posé la question de la conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 13 novembre 2008, qui permettent au Conseil de la concurrence de se saisir d'office de pratiques qu'il peut ensuite sanctionner.

Les sociétés requérantes faisaient valoir qu'en permettant une saisine d'office du Conseil de la concurrence, les dispositions contestées portent atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité qui s'imposent à une autorité administrative exerçant des pouvoirs de sanction. Au soutien de leur argumentation, elles mettaient en exergue la différence entre les dispositions contestées et celles relatives à la saisine de l'Autorité de la concurrence, qui ont été examinées et déclarées conformes à la Constitution par le Conseil dans sa décision n° 2012-280 QPC. Alors que dans ce dernier cas, la saisine n'intervient que sur proposition du rapporteur de l'Autorité de la concurrence, les dispositions contestées ne prévoient pas une telle garantie, et il en résulterait une confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction. Elles faisaient également valoir que les dispositions contestées sont très proches de celles relatives à la saisine d'office de l'ARCEP qui ont été déclarées contraires à la Constitution par le Conseil dans sa décision n° 2013-331 QPC<sup>7</sup>.

Compte tenu des griefs formulés par les sociétés requérantes, le Conseil constitutionnel a restreint le champ de la QPC, en ce qui concerne l'article L. 462-5 du code de commerce, aux seuls mots « *se saisir d'office ou* » (cons. 4).

### **2. – La QPC portant sur le paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce**

La société Axiane Meunerie SAS a également posé une QPC portant sur le plafond de la sanction pécuniaire pouvant être prononcée par le Conseil de la concurrence en vertu du paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de

---

<sup>7</sup> Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autre (Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes)*.

commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 13 novembre 2008. Elle contestait la référence au montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé par l'entreprise au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Dans la mesure où cette référence ne tiendrait « *pas compte des restructurations d'entreprises et spécialement de la succession de plusieurs sociétés mères entre la commission d'une infraction par une filiale et sa sanction* », seraient ainsi méconnus les principes de légalité des peines ainsi que les principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation de la peine. Le principe de responsabilité personnelle serait également affecté, dans la mesure où serait infligée une amende déterminée par rapport au chiffre d'affaires du groupe et non par rapport au chiffre d'affaires de la seule entreprise fautive qui a participé à la réalisation de l'infraction.

La décision de renvoi n'indiquait pas dans quelle version les dispositions du paragraphe I de l'article L. 464-2 étaient contestées. Aussi, le Conseil constitutionnel a de lui-même déterminé la version qui lui était déférée, en se référant au litige à l'origine de la QPC. Il a donc relevé que la rédaction retenue par l'Autorité de la concurrence dans sa décision du 13 mars 2012 était celle issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (cf. § 766 de la décision n° 12-D-09 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des farines alimentaires) et a donc cité les dispositions du paragraphe I de l'article L. 464-2 dans cette rédaction (cons. 9 et 10).

Compte tenu des griefs formulés par la société requérante, le Conseil constitutionnel a par ailleurs restreint le champ de la QPC aux seules deuxième et troisième phrases du quatrième alinéa du paragraphe I de cet article L. 464-2 du code de commerce, qui sont relatives au calcul du quantum maximal de la sanction pécuniaire encourue par une entreprise (cons. 12)<sup>8</sup>.

## **II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce relatives à la saisine d'office du Conseil de la concurrence**

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

Le Conseil constitutionnel rattache à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 le droit à un recours juridictionnel

---

<sup>8</sup> La rédaction de ces deux phrases, telle qu'elle résulte de la loi du 15 mai 2001, est celle actuellement en vigueur. Par ailleurs, on peut signaler que le Conseil constitutionnel a été saisi le 7 octobre 2015 d'une QPC (n° 2015-510) renvoyée par la Cour de cassation portant sur le quatrième alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce.

effectif<sup>9</sup>, les droits de la défense<sup>10</sup>, le droit à un procès équitable<sup>11</sup> et, enfin, l'impartialité et l'indépendance des juridictions<sup>12</sup>.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a une jurisprudence bien établie sur l'application des principes tirés de l'article 16 de la Déclaration de 1789 aux autorités administratives exerçant un pouvoir de sanction.

Dans sa décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011 relative au pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire, le Conseil constitutionnel a expressément jugé que la séparation des fonctions de poursuite et de jugement s'imposait aux autorités administratives indépendantes exerçant des fonctions que la loi qualifie de juridictionnelles :

*« Considérant que les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, qui peuvent faire l'objet de sanctions disciplinaires, méconnaissent le principe d'impartialité des juridictions et, par suite, doivent être déclarées contraires à la Constitution »<sup>13</sup>.*

Dans sa décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, le Conseil constitutionnel a jugé que les principes découlant de l'article 16 de la DDHC sont applicables à une AAI même lorsqu'elle n'exerce pas ses pouvoirs de sanction en tant que juridiction :

*« Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; **qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité***

<sup>9</sup> 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. 11.

<sup>10</sup> Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. 24.

<sup>11</sup> Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 précitée.

<sup>12</sup> Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 24.

<sup>13</sup> Décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur (Pouvoir disciplinaire de la Commission bancaire)*, cons. 8.

*de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »<sup>14</sup>.*

Ce considérant de principe a été réitéré dans la décision du 5 juillet 2013 relative aux pouvoirs de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)<sup>15</sup> et dans la décision du 13 décembre 2013 relative à certains pouvoirs de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel<sup>16</sup>.

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

Cela ne signifie pas pour autant que le législateur soit tenu d'organiser une séparation organique de ces différentes fonctions (à l'instar de celle qui prévaut par exemple pour l'Autorité de contrôle prudentiel, l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou encore la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)), une séparation fonctionnelle pouvant suffire à satisfaire aux exigences constitutionnelles, comme l'a admis le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 octobre 2012 à propos des services d'instruction et du collège de l'Autorité de la concurrence :

*« Considérant, en premier lieu, d'une part, que les dispositions du paragraphe II de l'article L. 461-1 du code de commerce fixent la composition du collège de l'Autorité de la concurrence, dont les différentes formations sont compétentes pour exercer les pouvoirs de sanction confiés par le législateur à cette autorité administrative indépendante ; que l'article L. 461-2 du même code prévoit les obligations auxquelles sont tenus les membres de l'autorité ; que les troisième et quatrième alinéas de cet article prescrivent notamment : " Tout membre de l'autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. - Aucun membre de l'autorité ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées " ; que l'article L. 461-3 du même code fixe les règles de délibération de l'autorité ;*

*« Considérant, d'autre part, qu'en vertu des trois premiers alinéas de l'article L. 461-4 du code de commerce : " L'Autorité de la concurrence dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du*

<sup>14</sup> Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 précitée, cons. 16.

<sup>15</sup> Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, précitée, cons. 10.

<sup>16</sup> Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, *Société Sud Radio Services et autre (Mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel)*, cons. 3.

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

*« Considérant qu'au regard de ces garanties légales, dont il appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, le paragraphe II de l'article L. 461-1 et l'article L. 461-3 du code de commerce ne méconnaissent pas les principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une autorité administrative indépendante »<sup>17</sup>.*

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

*« Considérant, en second lieu, que si les dispositions du paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce autorisent l'Autorité de la concurrence à se saisir " d'office " de certaines pratiques ainsi que des manquements aux engagements pris en application des décisions autorisant des opérations de concentration, c'est à la condition que cette saisine ait été proposée par le rapporteur général ; que ces dispositions, relatives à l'ouverture de la procédure de vérification de l'exécution des injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans une décision autorisant une opération de concentration, ne conduisent pas l'autorité à préjuger la réalité des manquements à examiner ; que l'instruction de l'affaire est ensuite assurée par le rapporteur général dans les conditions et selon les garanties prévues par les articles L. 463-1 et L. 463-2 dudit code ; que le collège de l'Autorité est, pour sa*

---

<sup>17</sup> Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 précitée, cons. 17 à 19.

*part, compétent pour se prononcer, selon les modalités prévues par l'article L. 463-7 du même code, sur les griefs notifiés par le rapporteur général et, le cas échéant, infliger des sanctions ; que les deux derniers alinéas de cet article disposent que, lors de la séance, le rapporteur général peut présenter des observations, tout en prévoyant que lorsque l'autorité statue sur des pratiques dont elle a été saisie en application de l'article L. 462-5, le rapporteur général et le rapporteur n'assistent pas au délibéré ;*

*« Considérant qu'au regard de ces garanties légales, dont il appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, la saisine de l'Autorité de la concurrence n'opère pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction et les pouvoirs de sanction ; que, dans ces conditions, les dispositions du paragraphe III de l'article L. 462-5 du code de commerce ne portent aucune atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »<sup>18</sup>.*

Dans sa décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013<sup>19</sup>, le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des poste (ARCEP) prévoyant que la mise en demeure préalable au prononcé de la sanction par le collège de l'autorité était effectuée par le directeur général de l'autorité, lequel relevait de l'autorité hiérarchique du président :

*« Considérant que les dispositions contestées confient à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes le soin de réprimer les manquements, par les exploitants de réseaux ou les fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en œuvre ; que cette compétence est exercée " soit d'office, soit à la demande du ministre chargé des communications électroniques, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernée " ; que la mise en demeure de l'exploitant ou du fournisseur, par laquelle s'ouvre la procédure de sanction prévue au 2° de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques sauf lorsque celle-ci est fondée sur l'absence de respect des délais fixés par une décision prise en application de l'article L. 36-8, est confiée au directeur général de l'Autorité, lequel détermine le délai dans lequel l'exploitant ou le fournisseur doit se conformer à cette mise en demeure ; qu'ainsi ces dispositions confient au directeur général l'exercice des poursuites devant cette Autorité ;*

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, cons. 20 et 21.

<sup>19</sup> Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013 précitée.

« *Considérant que, selon le premier alinéa de l'article L. 132 du code des postes et des communications électroniques, les services de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes sont placés sous l'autorité du président de l'Autorité ; que, selon l'article D. 292 du même code, le directeur général est nommé par le président de l'Autorité, est placé sous son autorité et assiste aux délibérations de l'Autorité ; que, par suite et alors même que la décision de mise en demeure relève du directeur général, les dispositions des douze premiers alinéas de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, qui n'assurent pas la séparation au sein de l'Autorité entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction des éventuels manquements et, d'autre part, les fonctions de jugement des mêmes manquements, méconnaissent le principe d'impartialité ; que celles de ces dispositions qui sont de nature législative doivent être déclarées contraires à la Constitution* »<sup>20</sup>.

Enfin, dans sa décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013, le Conseil a déclaré conforme à la Constitution le dispositif permettant au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) de mettre en demeure les titulaires d'autorisation de diffusion de services de communication avant de prononcer des sanctions à leur rencontre, en considérant « *que la mise en demeure ne peut être regardée, dans ces conditions, comme l'ouverture de la procédure de sanction prévue à l'article 42-1 mais comme son préalable ; que, dès lors, la mise en demeure par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance des exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont inopérants* »<sup>21</sup>.

## **B. – L'application à l'espèce**

Dans ses observations, le Premier ministre faisait valoir que, dans la mesure où le Conseil de la concurrence, dans l'état du droit contesté, ne peut se saisir d'office que de pratiques, et non de manquements, et que l'article L. 462-6 précise que le Conseil « *examine si les pratiques dont il est saisi entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-3 ou L. 420-5* », ces conditions légales de la saisine d'office excluent toute forme de préjugement. Il ajoutait que « *l'économie générale de l'organisation du Conseil de la concurrence excluait qu'il se saisît d'office, aux fins d'examiner des pratiques dans un secteur économique, sans faire suite à une proposition du rapporteur général* » et précisait que les fonctions de poursuite et d'instruction étaient déjà exercées sous la seule direction du rapporteur général.

<sup>20</sup> *Ibidem*, cons. 11 et 12.

<sup>21</sup> Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013 précitée, cons. 6.

Dans le même sens, l'Autorité de la concurrence soulignait dans ses observations que, selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, la décision par laquelle, dans l'état du droit contesté, le Conseil de la concurrence décide de se saisir d'office de certaines pratiques n'est pas un acte de poursuite<sup>22</sup> et qu'il n'en résulte, par conséquent, aucune forme de préjugement de l'affaire.

L'Autorité de la concurrence ajoutait que, dans deux hypothèses, la saisine d'office intervient sur proposition du rapporteur général : d'une part, lorsque le rapporteur général est informé du déclenchement et de l'issue d'une enquête de concurrence diligentée à l'initiative du ministre (art. L. 450-5 du code de commerce dans sa rédaction en vigueur du 16 mai 2001 au 15 novembre 2008) ; d'autre part, lorsqu'une demande de clémence a été formulée par une entreprise ayant pris part à des pratiques prohibées (paragraphe IV de l'article L. 464-2 du code de commerce).

Pour leur part, les sociétés requérantes faisaient principalement valoir que les conditions relevées par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2012-280 QPC pour admettre la constitutionnalité de la saisine d'office de l'Autorité de la concurrence ne sont pas remplies par les dispositions contestées et que les garanties légales sont insuffisantes pour assurer une séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement qui respecte les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

À la différence des dispositions contrôlées dans la décision n° 2012-280 QPC, les dispositions contestées ne prévoyaient pas en toute hypothèse que la saisine d'office est proposée par le rapporteur général.

Toutefois, il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme d'ailleurs de celle du Conseil d'État<sup>23</sup> ou de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>24</sup>, que le principe d'impartialité impose, lorsqu'une autorité répressive est dotée d'un pouvoir d'auto-saisine, qu'aucune circonstance ne puisse donner à penser, au moment de l'exercice de ce pouvoir, que les faits visés par la saisine ou leur caractère répréhensible sont d'ores et déjà établis. Cette exigence implique notamment que l'organisation interne de l'autorité ne puisse donner l'impression d'un préjugement. Aucun élément n'apparaît, dans ces conditions, décisif à lui seul : c'est un faisceau d'indices qui permet au juge de se forger sa conviction.

---

<sup>22</sup> Voir en ce sens C. cass. 23 juin 2004, n° 01-17.896, 01-17.927, 01-17.928, 01-17.962, 01-18.054, 01-18.055 et 02-10.066.

<sup>23</sup> Cf. notamment CE Sect. 20 octobre 2000 société Habib Bank Ltd, n°180122, Rec. p. 430 ; CE 22 juin 2001 société Athis, n°193392, Rec. p. 276 ; CE 17 novembre 2004 M. Armand, n°261349.

<sup>24</sup> En particulier CEDH 11 juin 2009 société Dubus c/ France n°5242/04, § 57-58.

Dans le cas des dispositions contestées, le législateur avait apporté différentes garanties afin que soit évité un tel écueil. Le Conseil constitutionnel a relevé celles-ci dans la décision commentée en rappelant que *« si, en vertu des dispositions de l'article L. 462-5 du code de commerce, le Conseil de la concurrence peut décider de se saisir d'office de certaines pratiques anticoncurrentielles, cette décision par laquelle le Conseil exerce sa mission de contrôle du bon fonctionnement des marchés n'a ni pour objet ni pour effet d'imputer une pratique à une entreprise déterminée ; que, dès lors, elle ne le conduit pas à préjuger la réalité des pratiques susceptibles de donner lieu au prononcé de sanctions ; que l'instruction de l'affaire est ensuite assurée sous la seule direction du rapporteur général dans les conditions et selon les garanties prévues par les articles L. 463-1 et L. 463-2 dudit code ; que le collègue du Conseil de la concurrence est, pour sa part, compétent pour se prononcer, selon les modalités prévues par l'article L. 463-7 du même code, sur les griefs notifiés par le rapporteur général et, le cas échéant, infliger des sanctions ; que les deux derniers alinéas de cet article disposent que, lors de la séance, le rapporteur général peut présenter des observations, tout en prévoyant que lorsque le Conseil statue sur des pratiques dont il a été saisi en application de l'article L. 462-5, le rapporteur général et le rapporteur n'assistent pas au délibéré »* (cons. 7).

En ce qui concerne la décision de saisine, l'Autorité de la concurrence faisait d'ailleurs valoir, dans ses observations devant le Conseil constitutionnel, que les saisines d'office prises sous l'empire des dispositions contestées ne mentionnaient nominativement aucune entreprise ou pratiques en cause.

Au regard de ces garanties légales, le Conseil a considéré que la saisine d'office contestée ne méconnaît pas les exigences d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et il a déclaré les mots *« se saisir d'office ou »* figurant à l'article L. 462-5 du code de commerce conformes à la Constitution.

### **III. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce relatives au maximum de la sanction pécuniaire applicable pour pratiques anticoncurrentielles**

#### **A. – La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les principes garantis par les articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789**

Le Conseil constitutionnel juge que les exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (principe de légalité des délits et des peines, de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines...) s'appliquent à *« toute sanction ayant le caractère d'une punition »*.

## 1. – Les principes de nécessité et de proportionnalité des peines

L'exigence de la nécessité des peines procède de l'article 8 de la Déclaration de 1789, selon lequel la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Cette jurisprudence reconnaît l'unité du contrôle de la nécessité des peines pour tout le droit répressif, qu'il soit pénal ou non pénal (sanctions disciplinaires et administratives).

Dans son contrôle de l'adéquation de la sanction à l'infraction, le Conseil constitutionnel n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste : il vérifie « *l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »<sup>25</sup>.

Le Conseil constitutionnel a développé en 2013 une jurisprudence particulière sur les peines dont le plafond n'est pas un montant fixé par la loi mais un taux proportionnel. En pareil cas, le Conseil constitutionnel contrôle non seulement le caractère non disproportionné du taux (ce qui peut, à soi seul, justifier une censure<sup>26</sup>) mais aussi l'existence d'un lien entre la nature de l'infraction et l'assiette du calcul.

S'agissant du lien entre l'infraction et la peine, le Conseil a déjà admis la conformité de sanctions pénales réprimant des pratiques commerciales illicites fixées en proportion du chiffre d'affaires<sup>27</sup>.

## 2. – Le principe d'individualisation des peines

C'est dans sa décision du 22 juillet 2005 sur la loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité que le Conseil a consacré « *le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »<sup>28</sup>. Il a ainsi distingué nécessité et individualisation des peines. Le Conseil constitutionnel a notamment souligné que ce dernier s'impose dans le silence de la loi<sup>29</sup>.

Du principe de nécessité des peines posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a déduit qu'une peine, pour être conforme aux

---

<sup>25</sup> Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, cons. 7 ; 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. 14.

<sup>26</sup> Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*, cons. 24 et 25.

<sup>27</sup> Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. 79 à 87.

<sup>28</sup> Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, *Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cons. 3.

<sup>29</sup> Décision n° 2007-553 DC du 3 mars 2007, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, cons. 28.

exigences constitutionnelles, « *ne peut être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce* »<sup>30</sup>.

### **3. – Le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait**

Le Conseil constitutionnel déduit de la combinaison des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 que « *nul n'est punissable que de son propre fait* »<sup>31</sup>. Comme pour les autres principes issus de l'article 8, ce principe s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition.

Il en résulte que le Conseil exerce un contrôle étroit sur les dispositions répressives qui instituent un dispositif de présomption de culpabilité. Le Conseil considère que, « *à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* »<sup>32</sup>.

### **B. – L'application à l'espèce**

En vertu de la deuxième phrase du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant maximum de la sanction<sup>33</sup> prononcée à l'encontre d'une entreprise par le Conseil de la concurrence est « *de 10 % 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* ». La société Axiane Meunerie SAS contestait l'effet combiné des dispositions mentionnées ci-dessus avec celles de la troisième phrase du quatrième alinéa du paragraphe I de l'article L. 464-2 aux termes de laquelle « *si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaire*

<sup>30</sup> Décisions n°99-410 DC du 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, cons. 41 ; n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres (Article L.7 du code électoral)*, cons.4 ; n° 2010-40 QPC, *M. Thierry B (Annulation du permis de conduire)* et 2010-41 QPC, *Société Cdiscount et autre (Publication du jugement de condamnation)* du 29 septembre 2010, cons. 3 ; n° 2010-72/75/82 QPC du 10 décembre 2010, *M. Alain D. et autres (Publication et affichage du jugement de condamnation)*, cons. 3.

<sup>31</sup> Décision 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>32</sup> Décisions n°s 2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 17 ; 2011-625 DC du 10 mars 2011, cons. 38.

<sup>33</sup> Il s'agit bien d'un plafond et non du point de départ du calcul de l'amende. Les controverses nées à cet égard de l'affaire dite « du négoce de l'acier » paraissent éteintes (cf. Décision n°08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques et CA Paris Pôle 5 Chambre 5-7, 19 janvier 2010, n° d'inscription au répertoire général 2009/00334 ainsi que le rapport Folz/Raysseguier/Schaub « sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles »). La méthode de calcul est décrite par les lignes directrices publiées par l'autorité, sur le modèle de la pratique de la Commission européenne.

*pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».*

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord relevé « *qu'en instituant une sanction pécuniaire destinée à réprimer les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par des entreprises, le législateur a poursuivi l'objectif de préservation de l'ordre public économique ; qu'un tel objectif implique que le montant des sanctions fixées par la loi soit suffisamment dissuasif pour remplir la fonction de prévention des infractions assignée à la punition* » (cons. 14).

Le Conseil constitutionnel avait déjà admis des amendes fixées en proportion du chiffre d'affaires pour sanctionner la méconnaissance de règles en matière de commerce et de concurrence, aussi bien lorsque la référence est le chiffre d'affaires réalisé en France que lorsqu'il s'agit du chiffre d'affaires mondial.

La sanction en cause présentait deux difficultés distinctes.

– La première difficulté résultait de ce que l'assiette de la sanction correspond au chiffre d'affaires le plus élevé « *au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre* ».

En pratique, une telle règle permet de retenir tout chiffre d'affaires, depuis celui réalisé au moment où les pratiques anticoncurrentielles ont été commises jusqu'à celui de l'exercice précédant la date de la condamnation. Or, la prise en compte d'un chiffre d'affaires éloigné de plusieurs années de la réalisation des faits réprimés peut être regardée comme distendant le lien entre l'infraction et l'assiette du calcul de la peine. Lorsqu'il institue des sanctions en pourcentage du chiffre d'affaires, le législateur retient d'ailleurs fréquemment une assiette de référence correspondant à l'exercice concerné par le manquement qui justifie la sanction, ou à la moyenne des trois derniers exercices connus à la date des faits.

Au demeurant, on peut observer la différence de rédaction avec l'article 23.2 du Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Celui-ci prévoit, comme la législation nationale, que le montant des sanctions est déterminé en prenant en considération la gravité et la durée de l'infraction. Il dispose cependant que « *Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent* ».

Le Conseil a toutefois considéré qu'en prévoyant une référence au chiffre d'affaires le plus élevé depuis l'exercice au cours duquel les manquements ont été commis, le législateur a entendu à la fois rendre la sanction plus dissuasive et tenir compte du fait que des pratiques anticoncurrentielles, même si elles ont

cessé, peuvent avoir des effets prolongés dans le temps, y compris après l'exercice au cours duquel elles ont été commises.

Le Conseil constitutionnel a donc jugé *« qu'en prévoyant de réprimer les pratiques anticoncurrentielles d'une entreprise au moyen d'une sanction pécuniaire dont le montant maximum correspond à 10 % 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, le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée au regard, d'une part, de la nature des agissements réprimés et, d'autre part, du fait qu'ils ont pu et peuvent encore, alors même qu'ils ont cessé, continuer de procurer des gains illicites à l'entreprise »* (cons. 15).

– La seconde difficulté était relative à la référence aux comptes consolidés ou combinés pour appliquer ce calcul du montant maximal de la sanction.

Si le législateur a alourdi, avec la loi NRE, le maximum de la sanction applicable à une entreprise membre d'un groupe en permettant que la base de calcul de cette sanction soit le chiffre d'affaires du groupe, il ressortait expressément des travaux préparatoires que le législateur a entendu ainsi *« lutter contre les stratégies consistant à "vider" le chiffre d'affaires des entreprises pour réduire considérablement l'assiette des sanctions »*<sup>34</sup>.

Malgré l'éloignement entre le périmètre de l'imputabilité des pratiques – l'entreprise visée – et la référence de l'assiette du plafond de la sanction – le chiffre d'affaires du groupe auquel l'entreprise appartient au niveau mondial – la rédaction retenue par le législateur peut s'expliquer par la volonté de rapprocher les principes du droit français, et en particulier celui de l'autonomie de la personne morale, de ceux du droit communautaire qui a recours à la notion d'« entreprise ». En droit de la concurrence, profondément « communautarisé », il peut être pertinent de raisonner au niveau de l'« unité économique », déterminée au cas par cas, et qui fournit l'échelle d'appréciation de la sanction.

Après avoir relevé *« qu'en prévoyant que, lorsque les comptes de l'entreprise ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte pour calculer le maximum de la sanction encourue est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante, le législateur a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 mai 2001, entendu prévenir des stratégies consistant à réduire, par des restructurations du capital des sociétés, le chiffre d'affaires des entreprises se livrant à des pratiques anticoncurrentielles afin de minorer le maximum de la sanction encourue dans l'hypothèse où ces pratiques seraient sanctionnées »*, et que *« cette disposition vise en outre à prendre en*

---

<sup>34</sup> Mme Marylise Lebranchu, débats en séance publique du 17 octobre 2000, J.O. Débats Sénat.

*compte la taille et les capacités financières de l'entreprise visée dans l'appréciation du montant maximal de la sanction* », le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'eu égard à l'objectif ainsi poursuivi, les dispositions de la troisième phrase du quatrième alinéa de l'article L. 464-2 du code de commerce ne méconnaissent pas les principes de nécessité et de proportionnalité des peines* » (cons. 16).

Le Conseil constitutionnel a enfin rapidement écarté les autres griefs.

Il a écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait en considérant « *que les dispositions contestées instituent une sanction pécuniaire permettant de réprimer des pratiques anticoncurrentielles commises par une entreprise ; que le fait que le maximum de cette sanction soit déterminé par référence au chiffre d'affaires du groupe auquel l'entreprise appartient n'a ni pour objet ni pour effet de sanctionner le groupe pour des actes qu'il n'a pas commis ; que le grief tiré de la méconnaissance du principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait manque en fait* » (cons. 19).

En ce qui concerne le principe d'individualisation des peines, il a rappelé que « *l'article L. 464-2 laisse à l'autorité administrative indépendante, sous le contrôle du juge, le soin de fixer le montant de la sanction pécuniaire, dans la limite du maximum déterminé par les dispositions contestées, et de proportionner cette sanction à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel elle appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées* » (cons. 21). Cette possibilité de modulation de la sanction, sous le contrôle du juge, a permis au Conseil constitutionnel d'écarter aisément le grief tiré de la méconnaissance du principe d'individualisation des peines.

Le Conseil constitutionnel a donc déclaré conformes à la Constitution les dispositions des deuxième et troisième phrases du quatrième alinéa de l'article L. 464-2 du code de commerce.