



## Commentaire

### Décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018

#### *Loi relative à la protection du secret des affaires*

La proposition de loi relative à la protection du secret des affaires a été déposée le 19 février 2018 sur le bureau de l'Assemblée nationale par M. Raphaël Gauvin et plusieurs de ses collègues du groupe « *La République en marche* ». Après engagement par le Gouvernement de la procédure accélérée le 21 février 2018, elle a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 28 mars 2018, puis par le Sénat le 18 avril 2018. Après réunion de la commission mixte paritaire le 24 mai 2018, le texte issu des travaux de celle-ci été successivement adopté par l'Assemblée nationale le 14 juin 2018 et par le Sénat le 21 juin 2018.

Cette loi a été déférée au Conseil constitutionnel le 26 juin 2018, par plus de soixante députés et, le 27 juin 2018, par plus de soixante sénateurs. Ces recours contestaient la conformité à la Constitution de certaines dispositions de son article 1<sup>er</sup>, qui introduit de nouveaux articles L. 151-1 à L. 154-1 dans le code de commerce.

Dans sa décision n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions ainsi soumises à son examen.

La loi relative à la protection du secret des affaires est destinée à assurer la transposition en droit interne de la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 (ci-après désignée comme « *la directive du 8 juin 2016* ») sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées.

Ce faisant, une nouvelle fois après sa décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018 consacrée à la loi relative à la protection des données personnelles<sup>1</sup>, le Conseil constitutionnel était saisi d'une loi dont l'objet principal était d'adapter le droit français aux exigences européennes. Appliquant sa jurisprudence particulière relative au contrôle des lois de transposition des directives, il a été conduit à en préciser la portée. C'est sur cet aspect de la décision que porte le présent commentaire.

---

<sup>1</sup> Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*.

## **I. – La jurisprudence constitutionnelle sur les lois de transposition de directives de l’Union européenne**

Depuis sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence spécifique aux lois ayant pour objet de transposer en droit interne une directive de l’Union européenne<sup>2</sup>.

Selon cette jurisprudence, il résulte de l’article 88-1 de la Constitution<sup>3</sup> une exigence constitutionnelle de transposer les directives de l’Union européenne.

S’il appartient au juge constitutionnel de veiller, dans le cadre de son contrôle *a priori*<sup>4</sup>, au respect de cette exigence constitutionnelle, son contrôle est soumis à une double limite, que le Conseil constitutionnel a précisée dans sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006<sup>5</sup>.

En premier lieu, la transposition d’une directive ne saurait aller à l’encontre d’une règle ou d’un principe inhérent à l’identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti. En l’absence de mise en cause d’une telle règle ou d’un tel principe, le Conseil constitutionnel n’est pas compétent – ni en saisine *a priori*, ni dans le cadre d’une QPC<sup>6</sup> – pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d’une directive de l’Union européenne<sup>7</sup>.

Cette jurisprudence, que l’on retrouve également devant le juge administratif lorsqu’il est saisi de dispositions réglementaires transposant une directive

---

<sup>2</sup> Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l’économie numérique*.

<sup>3</sup> Qui, dans sa rédaction en vigueur, dispose : « *La République participe à l’Union européenne constituée d’États qui ont choisi librement d’exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l’Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, tels qu’ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

<sup>4</sup> Cette exigence constitutionnelle ne relève pas, en revanche, des droits et libertés que la Constitution garantit et ne peut, dès lors, être invoquée dans le cadre d’une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) : décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l’ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d’argent et de hasard en ligne*, cons. 19.

<sup>5</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*.

<sup>6</sup> Décisions n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel D. (Transposition d’une directive)* ; n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, *Société Sephora (Conditions de recours au travail de nuit)*, cons. 6 et 7 (*a contrario*) ; n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash (Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote)*, cons. 9.

<sup>7</sup> Pour un cas où les mêmes dispositions sont, en fonction de leur champ d’application territoriale, tantôt jugées comme se bornant à tirer les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles d’une directive, tantôt jugées comme ne procédant pas à une transposition de directive, voir la décision n° 2015-726 DC du 29 décembre, 2015, *Loi de finances rectificative pour 2015*, cons. 7 et 8.

européenne<sup>8</sup>, vise à assurer la cohérence entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union européenne. Lorsqu'une méconnaissance des droits et libertés protégés par la Constitution trouve son origine dans un acte de l'Union européenne alors que ces droits et libertés sont également protégés par l'ordre juridique européen, le Conseil constitutionnel laisse le soin d'en assurer le respect au juge de droit commun du droit de l'Union – c'est-à-dire aux juridictions administratives et judiciaires françaises et, le cas échéant, à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Si, en revanche, sont en cause des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, c'est au Conseil constitutionnel lui-même qu'il revient d'en assurer le respect.

En second lieu, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai d'un mois prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la CJUE d'une question préjudicielle afin de lever un éventuel doute sur la portée de la directive. En conséquence, il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer<sup>9</sup>. En tout état de cause, c'est aux juridictions administratives et judiciaires qu'il appartient d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la CJUE à titre préjudiciel.

En revanche, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, il ressort de la Constitution que cette exigence constitutionnelle de transposition des directives n'a pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la Constitution<sup>10</sup>. Le grief fondé sur l'incompétence négative peut donc toujours être présenté à l'encontre de dispositions transposant une directive européenne, même si celles-ci se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive. Ainsi que le relevait le commentaire de cette décision, « *en tout état de cause, que l'on soit en présence ou non de dispositions inconditionnelles ou précises, le Conseil constitutionnel contrôle toujours la procédure*

---

<sup>8</sup> Conseil d'État, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110 ; Sect., 3 octobre 2016, *Confédération paysanne et autres*, n° 388649.

<sup>9</sup> Le seul cas de censure à ce titre figure dans la décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 9.

<sup>10</sup> Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 53 : « *si la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle, il ressort de la Constitution et notamment de son article 88-4 que cette exigence n'a pas pour effet de porter atteinte à la répartition des matières entre le domaine de la loi et celui du règlement telle qu'elle est déterminée par la Constitution* ». Prononçant une censure sur ce fondement, le Conseil constitutionnel avait alors jugé que « *la déclaration immédiate d'inconstitutionnalité des dispositions contestées serait de nature à méconnaître* » l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne et « *à entraîner des conséquences manifestement excessives* » : dès lors, « *afin de permettre au législateur de procéder à la correction de l'incompétence négative constatée* », le Conseil avait reporté au 1<sup>er</sup> janvier 2009 les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité (cons. 58).

*d'adoption de la loi entrant dans le champ de la transposition de la directive ainsi que le respect par le législateur de la répartition des compétences telle qu'elle a été fixée par la Constitution ».*

C'est ce contrôle qui a été récemment étendu par le Conseil constitutionnel tant aux stipulations d'un accord international relevant d'une compétence exclusive de l'Union européenne<sup>11</sup> qu'aux lois ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne<sup>12</sup>.

## **II. – Les précisions ou évolutions apportées à cette jurisprudence par la décision commentée**

### **A. – Le contrôle des lois de transposition d'une directive au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi**

Dans les paragraphes 2 à 4 de la décision commentée, le Conseil constitutionnel a repris ses formulations de principe en ce qui concerne la nature du contrôle exercé sur un texte transposant une directive ou ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne. Toutefois, ainsi que cela ressort du paragraphe 4, il a fait évoluer ce contrôle en ce qui concerne l'examen d'un tel texte au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, en jugeant que les exigences constitutionnelles nées de l'article 88-1 de la Constitution « *ne dispensent pas non plus le législateur du respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* ».

Avant la présente décision, le Conseil constitutionnel jugeait, en cas de grief tiré de la méconnaissance de cet objectif, qu'il n'y avait pas lieu pour lui d'examiner ce grief dès lors qu'il était dirigé à l'encontre de dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne<sup>13</sup>. Le Conseil estimait ainsi que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité ne pouvait être regardé comme participant de l'identité constitutionnelle de la France.

Cependant, comme on l'a vu, le Conseil constitutionnel admet de contrôler le respect, par une disposition se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive, de certaines exigences constitutionnelles, sans rattacher pour autant celles-ci à l'identité

---

<sup>11</sup> Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, paragr. 13 et 14.

<sup>12</sup> Décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*.

<sup>13</sup> Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. 28 à 32.

constitutionnelle : il en est ainsi des règles procédurales d'adoption de la loi et du partage entre la loi et le règlement. Ceci se justifie dans la mesure où le contrôle du respect de ces exigences constitutionnelles n'implique pas une appréciation de fond du Conseil constitutionnel sur les dispositions de la directive transposée.

Dans la présente décision, le Conseil constitutionnel a jugé que ce raisonnement pouvait être également retenu pour l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité. Le Conseil a considéré que, y compris dans le cadre d'une transposition, il appartenait en tout état de cause au législateur de s'assurer que les dispositions législatives étaient accessibles et intelligibles. Le respect de cet objectif peut donc imposer que le législateur complète ou modifie, comme il le fait régulièrement dans le cadre d'une transposition, les dispositions d'une directive, dès lors qu'il n'en modifie pas le sens et la portée.

Tirant les conséquences de cette évolution jurisprudentielle, le Conseil constitutionnel a, dans la décision commentée, confronté à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi les dispositions du 2° de l'article L. 151-8 du code de commerce, dont il a estimé par ailleurs qu'elles se bornaient à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de l'article 5 de la directive du 8 juin 2016. En l'espèce, il a écarté le grief (paragr. 20 à 24).

## **B. – La question du contrôle de constitutionnalité relatif à des dispositions correspondant aux marges d'appréciation discrétionnaires laissées au législateur par la directive européenne**

\* Comme il a été dit précédemment, le contrôle restreint du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives est subordonné au fait que les dispositions en cause se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions précises et inconditionnelles de la directive.

Ce double critère de précision et d'inconditionnalité est un emprunt à la jurisprudence de la CJUE (ex CJCE)<sup>14</sup>, qui l'utilise pour déterminer si une disposition du droit dérivé est ou non susceptible de produire un effet direct pour les États membres. L'inconditionnalité, s'agissant d'une directive, s'entend du fait que, même si la disposition en cause doit être transposée par le législateur national, ce dernier ne dispose, dans la mise en œuvre de cette transposition, d'aucune marge d'appréciation discrétionnaire.

---

<sup>14</sup> CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78 et CJCE, 19 janvier 1982, *Ursula Becker*, aff. 8/81.

Or, certaines normes de droit dérivé reconnaissent expressément aux États membres un tel pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Tel était le cas de la directive du 8 juin 2016, conçue comme une directive « d'harmonisation minimale ».

En effet, comme le mentionne son considérant 10, les règles qu'elle énonce « devraient être sans préjudice de la possibilité pour les États membres de prévoir une protection plus étendue contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires, pour autant que les mesures de sauvegarde explicitement prévues par la présente directive pour protéger les intérêts d'autres parties soient respectées ».

À la différence des directives dites d'« harmonisation maximale », dont il n'est pas possible aux États membres de s'écarter dans la mise au point de leurs mesures nationales d'exécution, la directive du 8 juin 2016 laisse donc explicitement aux États membres des marges de manœuvre « à la hausse » dans la détermination de leurs régimes propres de protection du secret d'affaires.

Ces marges de manœuvre sont toutefois encadrées, puisque l'article 1<sup>er</sup> de la directive précise que cette éventuelle protection nationale plus étendue du secret des affaires doit respecter certains articles de la directive<sup>15</sup>.

\* Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a expressément cité cet article 1<sup>er</sup> de la directive et, saisi d'un grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre, il en a tiré les conséquences, en ce qui concerne la nature de son contrôle, en concluant que « Sans dispenser les États membres de l'Union européenne de leur obligation de transposer les dispositions résultant de cette directive, cet article 1<sup>er</sup> leur confère une marge d'appréciation pour prévoir des dispositions complémentaires renforçant la protection du secret des affaires. Dès lors, il appartient au Conseil constitutionnel de se prononcer sur le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu la liberté d'entreprendre en ne prévoyant pas de telles dispositions complémentaires, s'ajoutant à celles tirant les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises de la directive » (paragr. 14).

---

<sup>15</sup> Il s'agit des articles 3 (obtention utilisation et divulgation licites de secrets d'affaires), 5 (dérogations au secret des affaires), 6 (obligation générale de réparation des atteintes au secret des affaires), 7, paragraphe 1 (proportionnalité des mesures de réparation), 8 (délai de prescription de ces mesures), 9, paragraphe 1, deuxième alinéa (cessation du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires), 9, paragraphes 3 et 4 (caractère proportionné des mesures prises au cours des procédures judiciaires et protection des données à caractère personnel), 10, paragraphe 2 (constitution de garanties), 11 et 13 (conditions d'application, mesures de sauvegarde et mesures de substitution) et 15, paragraphe 3 (caractère proportionné de la publication des décisions judiciaires).

Ce faisant, il s'est pour la première fois expressément reconnu compétent pour contrôler, au regard de l'ensemble des exigences constitutionnelles, les dispositions de la loi de transposition qui interviennent dans le champ de la marge de manœuvre expressément reconnue par le droit dérivé au législateur national.

Une première illustration de la confrontation entre ce dernier type de contrôle et le contrôle restreint usuel en matière de loi de transposition d'une directive est fournie par l'examen, dans la décision commentée, des griefs dirigés par les requérants contre l'article L. 151-1 du code de commerce, relatif aux critères auxquels une information doit répondre pour être susceptible de bénéficier de la protection due au secret des affaires.

Le Conseil s'est borné, s'agissant d'un grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'expression et de communication, à un contrôle restreint de l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (voir *infra*). En effet, les requérants reprochaient à l'article L. 151-1 du code de commerce, sur ce fondement, une protection trop étendue du secret des affaires. Mais, en l'espèce, le législateur national s'était contenté de reproduire le champ de protection correspondant au socle minimal prévu par la directive. Il s'agissait bien, en l'espèce, de la transposition de dispositions inconditionnelles et précises de la directive.

À l'inverse, à travers le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre les députés requérants reprochaient aux mêmes dispositions non pas d'organiser une protection trop large du secret des affaires, mais une protection insuffisante de ce secret pour les petites entreprises. Ce faisant, c'est le mauvais usage, par le législateur national, de sa marge de manœuvre pour assurer une protection adaptée du secret des affaires qu'ils mettaient en cause. Le législateur national n'étant pas lié, en ce domaine, par des dispositions inconditionnelles et précises de la directive, le Conseil constitutionnel pouvait donc exercer son plein contrôle sur ce point.

En l'espèce, il a toutefois observé que les mesures de protection exigées des entreprises pour leur permettre de bénéficier des dispositions relatives au secret des affaires devaient être « raisonnables » et appréciées « compte tenu des circonstances », ce qui permettait de tenir compte notamment des moyens des entreprises en cause. Il a donc écarté ce grief (paragr. 15).

### **C. – Les exigences constitutionnelles dont le Conseil constitutionnel a examiné le rattachement aux règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France**

Dans le paragraphe 3 de la décision commentée, relatif à la nature du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur un texte transposant une directive ou ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne, est en particulier rappelé qu'une telle transposition ou adaptation « *ne sauraient aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y est consenti* ».

En introduisant cette notion d'« *identité constitutionnelle* » dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel s'est aménagé la possibilité de déployer son contrôle classique face à un texte ayant une origine européenne s'il devait exister un écart de substance entre l'ordre juridique européen et l'ordre juridique national dans la protection de droits fondamentaux, à la manière dont ont procédé d'autres cours constitutionnelles européennes afin de ménager une sorte de clause de sauvegarde pour faire échec à la jurisprudence univoque de la CJUE sur la primauté du droit de l'Union, qui vaut notamment, selon la Cour, primauté des traités sur l'ensemble des normes constitutionnelles nationales<sup>16</sup>. L'utilité même de cette clause ne se conçoit que si l'articulation entre les deux ordres juridiques devait se heurter à une discordance substantielle mettant en péril la protection des exigences constitutionnelles.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a expressément tranché, pour la première fois, dans un sens négatif, la question de savoir si certains principes constitutionnels ont le caractère de règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Il a ainsi jugé que n'ont pas ce caractère

---

<sup>16</sup> Depuis son arrêt C 6-64 du 15 juillet 1964 *Costa c/ Enel*, la Cour de justice juge que, « *en instituant une communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes. / Cette intégration, au droit de chaque pays membre, de dispositions qui proviennent de sources communautaires et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable, le droit né du traité issu d'une source autonome ne pouvant, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* » (§ 3 et 4).

Plus récemment, dans son arrêt du 26 février 2013 (C-399/11), *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, elle a jugé : « *en vertu du principe de la primauté du droit de l'Union, qui est une caractéristique essentielle de l'ordre juridique de l'Union (...), le fait pour un État membre d'invoquer des dispositions de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, ne saurait affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire de cet État* ».



la liberté d'expression et de communication, la liberté d'entreprendre et le principe d'égalité devant la loi.

Il n'a, en revanche, pas eu à se prononcer sur la question de savoir si l'article 9 de la Charte de l'environnement et le principe de participation des travailleurs ont ce caractère. En effet, le Conseil a jugé que les dispositions critiquées par les requérants ne méconnaissaient pas, en tout état de cause, ces principes. Dès lors, il ne lui était pas nécessaire de rechercher ni si les dispositions critiquées par ces griefs se bornaient à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises, ni si les exigences constitutionnelles invoquées relevaient de l'identité constitutionnelle.

### **1. – La liberté d'expression et de communication**

Les sénateurs requérants soutenaient que la liberté d'expression et de communication, protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789, avait le caractère d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Ils invitaient le Conseil constitutionnel à contrôler au regard de cette norme les articles L. 151-1, L. 151-8, L. 152-4 et L. 153-1 du code de commerce.

Selon eux, il existait des écarts entre la notion constitutionnelle de liberté d'expression et de communication et celle de liberté d'expression consacrée par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la première étant érigée par le Conseil constitutionnel comme une condition de la démocratie et la seconde n'étant définie par la CJUE que comme un fondement, parmi d'autres, d'une société démocratique. Il en découlait, selon eux, une spécificité de la notion française de liberté d'expression et de communication, inhérente à notre ordre constitutionnel en raison de son histoire.

Le Conseil constitutionnel n'avait, jusqu'à présent, jamais expressément jugé que la liberté d'expression et de communication ne constituait pas une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Toutefois, la question avait été tranchée par le Conseil constitutionnel dès 2004, peu de temps après qu'il avait consacré l'exigence constitutionnelle de transposition des directives. S'il est vrai qu'il n'avait pas encore employé à cette date dans ses décisions la notion d'« *identité constitutionnelle de la France* », il jugeait déjà que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution* ». Or, par sa décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, il s'était fondé, au visa de l'article 11 de la Déclaration des droits de 1789, sur ce que « *cette liberté est également*

*protégée en tant que principe général du droit communautaire sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » pour écarter des critiques formulées contre des dispositions législatives se bornant à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive. Précisons qu'à cette date, le Conseil constitutionnel avait déjà jugé, quelques semaines auparavant, que le respect de la liberté d'expression est une « *condition de la démocratie* »<sup>17</sup>.

Le raisonnement alors tenu par le Conseil constitutionnel semblait d'autant moins susceptible d'être remis en cause par la décision commentée que la décision n° 2004-498 DC était antérieure à l'intégration aux traités fondateurs de l'Union européenne, sous l'effet du traité de Lisbonne, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Or, l'article 11 de la Charte, aux termes duquel « *1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. / 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés* » a, ainsi que le relevaient d'ailleurs les sénateurs requérants, une rédaction proche de celle de l'article 11 de la Déclaration de 1789, selon lequel « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ».

Les sénateurs requérants cherchaient à convaincre le Conseil constitutionnel, en s'appuyant sur des extraits de sa propre jurisprudence et de celle de la CJUE sur la liberté d'expression, que ces jurisprudences diffèreraient en substance. Ils tentaient d'identifier des nuances entre la formulation des arrêts de la CJUE sur « *l'importance particulière que revêt cette liberté dans toute société démocratique* », la Cour ajoutant que « *ce droit fondamental, garanti à l'article 11 de la Charte, constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et pluraliste, faisant partie des valeurs sur lesquelles est, conformément à l'article 2 TUE, fondée l'Union* »<sup>18</sup> et celle des décisions du Conseil constitutionnel, selon laquelle « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées*

---

<sup>17</sup> Décision n° 2004-497 DC du 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, cons. 23.

<sup>18</sup> En ce sens, CJUE, Grande chambre, C-20315 et C-698/15, *Tele 2 Sverige*, § 93.

*et proportionnées à l'objectif poursuivi* »<sup>19</sup>.

Cette forme de casuistique était d'autant moins convaincante que les principes mêmes d'interprétation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui lient aussi bien la CJUE que l'ensemble des juges nationaux dans l'application du droit de l'Union européenne, prémunissent expressément contre des écarts entre l'acception européenne et nationale de ce droit fondamental. En effet, selon le 4 de l'article 52 de la Charte, « *dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions* ». À quoi s'ajoute que la convergence des jurisprudences est assurée de surcroît par le 3 du même article de la Charte, selon lequel « *Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* ».

Au demeurant, le Conseil d'État juge lui aussi que la liberté de communication et d'expression ne relève pas de l'identité constitutionnelle de la France<sup>20</sup>.

Ainsi, dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a jugé que la liberté d'expression et de communication jouit d'une protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, de sorte qu'elle ne constitue pas une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Après avoir rappelé les termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789, qui fonde la protection constitutionnelle de la liberté d'expression et de communication, il a précisé que « *Cette liberté est également protégée par le droit de l'Union européenne, notamment par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* » (paragr. 10).

Le Conseil a ensuite tiré les conséquences de cette appréciation à l'égard des dispositions législatives à l'encontre desquelles le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'expression et de communication était soulevé, alors qu'elles se bornaient à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive. Cette liberté ne relevant pas d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, il a donc jugé qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer, dans ce cas, sur ce grief (paragr. 11, 24, 39 et 40).

---

<sup>19</sup> Voir par exemple la décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *M. David P. (Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes)*, paragr. 5.

<sup>20</sup> CE, 28 décembre 2016, *Société éditrice de Médiapart*, n° 404625, point 5. Et voir déjà, implicitement, la décision du 14 septembre 2015, *Société Notrefamille.com*, n° 389806, dans laquelle les conclusions de Mme Aurélie Bretonneau évoquent expressément la décision n° 2004-498 DC précitée pour écarter comme inopérant un grief fondé sur l'article 11 de la Déclaration de 1789.

En revanche, il a écarté le même grief dirigé contre l'article L. 153-1 pour un autre motif. En effet, le Conseil constitutionnel a relevé que l'attribution aux juridictions commerciales d'une compétence en matière de contentieux relatifs au secret des affaires, sur laquelle reposait l'argumentation des députés requérants, ne résulte pas de ces dispositions (paragr. 44). La critique étant mal dirigée, le Conseil a écarté le grief (même paragr.).

## 2. – La liberté d'entreprendre

Les sénateurs requérants soutenaient que la liberté d'entreprendre, découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789, avait le caractère d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Ils invitaient le Conseil constitutionnel à contrôler au regard de cette norme l'article L. 151-1, l'article L. 152-3, les dispositions contestées de l'article L. 152-4 et l'article L. 152-5 du code de commerce.

Le Conseil constitutionnel ne s'était jamais prononcé sur la question de savoir si la liberté d'entreprendre constituait une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

Toutefois, cette liberté est également protégée par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lequel dispose que « *La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales* ».

Cet article se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice, qui a reconnu la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale<sup>21</sup> ainsi que sur l'article 119, paragraphes 1 et 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui reconnaît la concurrence libre.

À cet égard, on peut relever que le Conseil d'État a, par l'arrêt *Société Arcelor Atlantique*, jugé que la liberté d'entreprendre constitue un principe général du droit communautaire et que cette liberté avait, dans cette affaire, « *au regard du moyen invoqué, une portée garantissant l'effectivité du respect des principes et dispositions de valeur constitutionnelle dont la méconnaissance est alléguée* »<sup>22</sup>. Il a ensuite, jugé à plusieurs reprises, dans son office de juge du filtre, que la liberté d'entreprendre ne met en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle<sup>23</sup>.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a jugé que la liberté d'entreprendre jouit d'une protection équivalente dans le droit de l'Union

---

<sup>21</sup> CJCE 14 mai 1974, aff. 4/73, Nold, rec. 1974, p. 491, point 14; et 27 septembre 1979, aff. 230/78, SpA Eridania et autres, rec. 1979, p. 2749, points 20 et 31.

<sup>22</sup> Décision du 8 février 2007, n° 287110.

<sup>23</sup> Voir par exemple 21 fév. 2018, *Office national des forêts*, n° 410678, cons. 8.

européenne, de sorte qu'elle ne constitue pas une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Après avoir rappelé les termes de l'article 4 de la Déclaration de 1789, qui fonde la protection constitutionnelle de la liberté d'entreprendre, il a précisé que « *Cette liberté est également protégée par le droit de l'Union européenne, notamment par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* » (paragr. 12).

Comme pour le précédent grief, il a donc jugé qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur celui tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre, s'agissant de dispositions tirant les conséquences de dispositions précises et inconditionnelles de la directive (paragr. 15, 39 et 40). Ceci, toutefois, n'excluait pas, comme on l'a vu précédemment, qu'il se prononce sur ce grief « en tant » qu'il porte sur la marge d'appréciation laissée par la directive aux États membres (II. *infra*, II, B).

### **3. – Le principe d'égalité devant la loi**

Le Conseil constitutionnel était saisi, à l'encontre de l'article L. 152-3, des dispositions contestées de L. 152-4 et de l'article L. 152-5 du grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi.

Dès lors que ces dispositions se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 8 juin 2016, ce contrôle ne pouvait être opéré que si le principe invoqué constitue une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

Le Conseil constitutionnel ne s'était jamais exprimé quant à la prise en compte ou non du principe d'égalité devant la loi dans l'identité constitutionnelle de la France.

Pour sa part, le Conseil d'État s'était déjà expressément prononcé sur ce point, dans la décision *Société Arcelor* précitée : « *le principe d'égalité, dont l'application revêt à cet égard valeur constitutionnelle, constitue un principe général du droit communautaire ; qu'il ressort de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que la méconnaissance de ce principe peut notamment résulter de ce que des situations comparables sont traitées de manière différente, à moins qu'une telle différence de traitement soit objectivement justifiée ; que la portée du principe général du droit communautaire garanti, au regard du moyen invoqué, l'effectivité du respect du principe constitutionnel en cause* ».

La jurisprudence de la CJUE reconnaît effectivement qu'il s'agit d'un principe fondamental du droit communautaire<sup>24</sup> et l'égalité fait l'objet du titre III de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Ainsi, dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe d'égalité devant la loi jouit d'une protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, de sorte qu'il ne constitue pas une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Après avoir rappelé les termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui fondent le principe d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel a jugé que « *Ce principe est également protégé par le droit de l'Union européenne, notamment par l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* » (paragr. 38).

Il en a donc déduit qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi (paragr.40).

---

<sup>24</sup> CJCE, arrêt du 13 novembre 1984, Racke, aff. 283/83, rec. 1984, p. 3791.