

NEWSLETTER

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION



A LA UNE

POUVOIR DE SANCTION DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE EN CAS D'OBSTRUCTION A INVESTIGATION OU INSTRUCTION (ART. L. 464-2, V, AL. 2 C. COM.) : RETOUR SUR LES LIMITES DE L'INCONSTITUTIONNALITE PRONONCEE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Conseil constitutionnel, décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021

Conseil constitutionnel, commentaire sur la Décision n° 2021-892 QPC du 26 mars 2021

Autorité de la concurrence, décision n° 21-D-10 du 3 mai 2021 relative à des pratiques d'obstruction mises en œuvre par le groupe Fleury Michon

Autorité de la concurrence, communiqué de presse du 3 mai 2021

Le Conseil constitutionnel avait été saisi par la Cour de cassation, le 13 janvier 2021, d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à propos de la conformité à la Constitution du second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du Code de commerce permettant à l'Autorité de la concurrence de sanctionner les comportements d'obstruction à investigation ou à instruction.

Dans l'affaire en cause, les auteurs de la QPC – en l'occurrence des entreprises qui avaient été lourdement sanctionnées pour obstruction (900 000 euros : cf. décision ADLC n°19-D-09 du 22 mai 2019 confirmée par CA Paris, 26 mai 2020, RG n° 19/11880) – avaient fait valoir, notamment, la contrariété au principe de nécessité des délits et des peines, d'un cumul possible :

- entre d'une part, l'infraction d'obstruction visée par la disposition en cause (art L. 464-2, V., al. 2 C. com. : sanction pécuniaire dont le montant maximum 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) ;
- et d'autre part, le délit d'opposition à l'exercice des missions des agents de l'Autorité de la concurrence (art. L. 450-8 C. com. : emprisonnement de deux ans et amende de 300 000 euros).

Le Conseil constitutionnel avait accueilli le grief (décision n° 2021-892 du 26 mars 2021), considérant que les dispositions du second alinéa du paragraphe V de l'article L. 464-2 du Code de commerce dans « *sa rédaction résultant de l'ordonnance du 9 mars 2017* », méconnaissaient « *le principe de nécessité et de proportionnalité des peines* » et devaient être déclarées contraires à la Constitution. S'agissant des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel avait constaté que les dispositions déclarées contraires à la Constitution, dans leur rédaction contestée, n'étaient plus en vigueur et précisé, s'agissant des procédures en cours, que « *la déclaration d'inconstitutionnalité [pouvait] 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* ».

Depuis le prononcé de sa décision, le Conseil constitutionnel en a publié le commentaire et l'Autorité de la concurrence en a tiré les conséquences (cf. décision n° 21-D-10 du 3 mai 2021), permettant ainsi d'éclairer le principe et les effets de cette inconstitutionnalité.

Sur le principe de l'inconstitutionnalité

Le Conseil constitutionnel écarte l'ensemble des autres griefs soulevés par les auteurs de la QPC pour ne retenir que celui tiré de la méconnaissance du principe *non bis in idem* et donc de légalité des délits et des peines.

Dans le commentaire de sa propre décision, le Conseil rappelle d'abord le contenu de sa 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 sanctions* » et explique, ensuite que le grief tiré de la méconnaissance du principe *non bis in idem* reposait en l'occurrence sur « *le possible cumul des poursuites* ».

Il explique ensuite avoir vérifié si les poursuites tendaient à réprimer des mêmes faits qualifiés de manière identique, protégeaient les mêmes intérêts sociaux et pouvaient aboutir au prononcé de sanctions de nature identique. En l'occurrence, il considère que c'est le cas, les dispositions contestées de l'article L. 464-2 et celles de l'article L. 450-8 du Code de commerce :

- répriment « *les mêmes agissements (...), en les qualifiant juridiquement de manière identique* », en ce qu'elles visent des entraves intentionnelles ;
- protègent « *les mêmes intérêts sociaux* » en visant 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* » ;
- sont assorties de sanctions de même nature, « *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 constituant pas « *nécessairement (...) un élément de différenciation* ».

Sur les effets de l'inconstitutionnalité

Le Conseil Constitutionnel explique ensuite sa décision de limiter d'une part, la portée de l'inconstitutionnalité aux dispositions de l'article L. 464-2 « *dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 2017* » et, d'autre part, ses effets aux procédures en cours fondées sur les dispositions contestées lorsque les entreprises poursuivies auraient fait l'objet de poursuites préalables sur le fondement de l'article L. 450-8.

S'agissant de la limitation de la portée de l'inconstitutionnalité, il indique dans son commentaire, qu'en l'absence de précision quant à la version de l'article contesté et « *conformément à sa jurisprudence habituelle* », la QPC devait être « *considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle avait été posée* ». Dans la mesure où les faits étaient intervenus au cours d'opérations de visite et de saisies qui avaient eu lieu le 8 novembre 2018, il n'était donc saisi que « *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* » et n'avait « *pas à décider ou non d'un report de sa déclaration d'inconstitutionnalité* ».

Cela signifie donc que sa déclaration d'inconstitutionnalité ne porte pas sur l'article L. 464-2, V., alinéa 2 du Code de commerce, dans sa version depuis modifiée par la loi du 3 décembre 2020 dite « DDADUE », lequel est toujours en vigueur.

S'agissant de la limitation des effets de cette inconstitutionnalité, le Conseil précise dans son commentaire qu'il découle, de la déclaration d'inconstitutionnalité, une invocabilité « *asymétrique* » limitée au cas où le cumul résulte de l'engagement de nouvelles poursuites sur le fondement de l'article L. 464-2, V., al.2 « *après que* » de premières poursuites sur le fondement de l'article L. 450-8 ont déjà été engagées. Il explique que contrairement à une précédente décision où il avait été saisi de chacune des incriminations, ce qui lui avait permis de formuler des réserves « *symétriquement* » en interdisant l'engagement ou la continuation de doubles poursuites « *quel que soit l'ordre dans lequel elles avaient été engagées* », il n'était, en l'espèce, saisi que de l'article L. 464-2.

Il n'aura pas fallu attendre longtemps pour que l'Autorité de la concurrence ait l'occasion d'appliquer la décision du Conseil Constitutionnel. C'est ainsi que dans une affaire dans laquelle une entreprise s'était livrée en mai et juin 2018 à des pratiques d'obstruction, elle retient que cette dernière, qui n'avait « *pas fait l'objet de poursuites sur le fondement de l'article L. 450-8 du code de commerce* », ne pouvait « *invoquer la déclaration d'inconstitutionnalité* ».

Ainsi délimités, les effets de l'inconstitutionnalité de l'article L. 464-2, V. alinéa 2 du Code de commerce apparaissent limités et appellent le maintien de la vigilance de l'entreprise quant à ses comportements en cas d'enquêtes et perquisitions.