

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

La formation professionnelle continue, reposant sur des prestations immatérielles et solvabilisée par des prélèvements obligatoires, est un secteur très exposé à la fraude. Les pouvoirs publics cherchent à la faire reculer en soumettant les opérateurs à de nombreuses règles destinées à vérifier l'emploi de ces fonds, assorties de sanctions redoutables dans le but légitime de la dissuader. Mais lorsqu'un contrôle est réalisé et que des manquements sont constatés, l'accumulation des sommes réclamées peut donner le vertige.

1. L'histoire de la SARL Softposition est assez illustrative à cet égard. A la suite d'un contrôle administratif et financier ayant relevé plusieurs manquements à la réglementation, celle-ci s'est vue réclamer au profit du Trésor public le versement de diverses sommes pour un montant total de 4,5 M euros, soit l'équivalent de 10 ans de chiffre d'affaires, sans préjudice des sommes qu'elles devaient rembourser à ses co-contractants. Rien que pour le Trésor public, les sommes se décomposent comme suit : 1 768 670 euros au titre du retard de remboursement (article L. 6362-7-1 du code du travail) ; une somme identique au titre d'une manœuvre frauduleuse (article L. 6362-7-2) et enfin une somme de l'ordre de 943 000 euros au titre de dépenses sans lien avec l'activité de formation (article L. 6362-7).

La société a contesté cette décision devant le TA de Paris et a soulevé devant lui une QPC que ce tribunal a regardée comme suffisamment sérieuse pour vous la transmettre en application de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et surseoir à statuer dans l'attente de votre décision de la transmettre ou non au Conseil constitutionnel.

C'est l'article L. 6362-7-2 du code du travail, créé par l'article 61 de la loi n°2009-1437 du 24 novembre 2009, qui vous est renvoyé. Il s'agit de l'article relatif à la fraude. Il est applicable à « *tout employeur ou prestataire de formation qui établit ou utilise intentionnellement des documents de nature à éluder l'une de ses obligations en matière de formation professionnelle ou à obtenir indûment le versement d'une aide, le paiement ou la prise en charge de tout ou partie du prix des prestations de formation professionnelle* ».

La disposition est applicable au litige. En tout cas suffisamment pour que vous passiez à l'examen des autres conditions. Il est vrai que ces dispositions ont été modifiées par l'article 42 de la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel qui réduit le champ de l'incrimination mais nous ne pensons pas qu'il y ait de réel risque de rétroactivité *in mitius* et que la disposition qui vous est aujourd'hui renvoyée soit ainsi écartée par le tribunal une fois son instruction plus avancée.

Ces dispositions n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, celui-ci n'ayant eu à connaître que des dispositions dans leur rédaction antérieure à la loi du 24 novembre 2009 (2012-273 QPC du 21 septembre 2012 « Sté Egilia ») qui reposait sur un mécanisme différent (plainte de l'administration pouvant conduire au prononcé d'une sanction : articles 1741 s. du CGI).

2. La constitutionnalité de cet article est contestée au regard du principe de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines dont la portée a déjà été explicitée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel à maintes reprises. La question n'est donc pas nouvelle. Est-elle sérieuse ?

Précisons d'emblée que les griefs sont opérants. Il ne fait en effet aucun doute que ces sommes à verser au Trésor public en cas de manœuvre frauduleuse constituent une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. C'est d'ailleurs bien ainsi qu'il avait analysé le dispositif antérieur dans la QPC Sté Egilia précitée et les travaux parlementaires relatifs au dispositif substitué par la loi du 24 novembre 2009 l'évoquent explicitement comme une sanction (V. not. le rapp. n°1793 du député G. Cherpion, du 2 juillet 2009).

2.1. Il est soutenu, en premier lieu, que ces dispositions permettraient le prononcé d'une **sanction automatique** sans que puissent être prises en compte les circonstances propres à chaque espèce. Mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel se contente de peu pour écarter ce type de grief comme le montre encore sa décision « Segula Matra Automotive » (2016-619 QPC du 16 déc. 2017) à propos de la sanction due en cas de retard de remboursement des sommes aux cocontractants de l'article L.6362-7-1 du code du travail.

Il y a en effet écarté l'argumentation sur le caractère automatique de la sanction en relevant « *d'une part, la décision de sanction doit être prise en tenant compte des observations de l'intéressé [et] D'autre part, [que] la loi elle-même a assuré la modulation de la peine en fonction de la gravité des comportements réprimés en prévoyant que la somme versée au Trésor public est égale aux sommes non remboursées. [Et] Enfin, saisi de la sanction prononcée, le juge peut, après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration, annuler la décision prononçant la sanction en tant qu'elle oblige à verser une telle somme. Il peut ainsi proportionner la sanction aux montants réellement dus* ».

Vous pourrez faire les mêmes constats à propos des sanctions pour manœuvre frauduleuse de l'article L. 6362-7-2 aujourd'hui contestées. Elles doivent elles aussi intervenir après que les observations des intéressés ont été prises en compte dans le cadre de la procédure contradictoire de l'article L. 6362-10 et des exigences du principe des droits de la défense, renforcées par le RAPO institué en la matière (art. R. 6362-6). La modulation est assurée en prévoyant que la somme versée au Trésor est égale « *aux montants imputés à tort sur l'obligation en matière de formation ou indûment reçus* ». Et le juge exerce un plein contrôle sur les faits et leur qualification et est ainsi en mesure d'annuler la sanction en tant qu'elle oblige à verser la somme demandée aux intéressés. Vous pourrez même ajouter que le juge peut réformer la décision, puisqu'il peut en ce domaine être amené à statuer comme juge de plein contentieux lorsqu'il est saisi dans le même temps de conclusions à fin de décharge (CE, 8 septembre 1995, SARL Promo conseil international, n°124119 T.).

2.2 Il est soutenu, en deuxième lieu, que ces dispositions méconnaîtraient le principe de **personnalité des peines** en mettant la sanction à la charge de la personne morale mais aussi, solidairement, de son dirigeant, sans exiger de comportement intentionnel de ce dernier puisque cette solidarité légale, contrairement à celle prévue à l'article 1745 du CGI, serait obligatoire.

Mais le Conseil constitutionnel a déjà admis cette solidarité au regard du principe de personnalité des peines en énonçant, au sujet de l'article 1754 du code général des impôts mais par des motifs dont la portée semble aller au-delà, que : « *la solidarité est fondée sur les fonctions exercées par les dirigeants au moment du fait générateur de la sanction ; qu'elle n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute des dirigeants ; qu'elle constitue une garantie pour le recouvrement de la créance du Trésor public ; que conformément aux règles de droit commun en matière de solidarité, le dirigeant qui s'est acquitté du paiement de la pénalité dispose d'une action récursoire contre le débiteur principal et, le cas échéant, contre les codébiteurs solidaires ; qu'ainsi cette solidarité ne revêt pas le caractère d'une punition au sens des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 ; qu'il s'ensuit que les griefs invoqués par le requérant sont inopérants* » (2010-90 QPC du 21 janvier 2011). Compte tenu de ces motifs, le caractère obligatoire ou facultatif de la solidarité ne saurait rien changer et, du reste, l'article 1754 qui a donné lieu à cette décision prévoyait bien une solidarité obligatoire.

2.3. Il est soutenu en troisième et dernier lieu que ces dispositions méconnaissent le principe de **nécessité et de proportionnalité** des peines, argumentation qui se dédouble ici.

D'une part, c'est la proportionnalité de la peine prise en elle-même qui est contestée. Dans sa décision Ségula Matra précitée, le Conseil constitutionnel avait écarté ce type de contestation en relevant le lien entre le comportement réprimé et le montant de la sanction encourue. Il a en effet relevé que « *en instituant une amende d'un montant égal aux sommes non remboursées, [le législateur] a[vait], s'agissant d'un manquement à une obligation de restituer des fonds, instauré une sanction dont la nature présente un lien avec celle de l'infraction* ». Nous pensons que vous pourrez relever de même dans la présente affaire que la sanction instaurée correspond aux sommes imputées à tort sur l'obligation en matière de formation ou indûment reçues par le moyen de documents frauduleux. Il s'agira là d'ailleurs d'une précision importante sur le calcul de la sanction. L'article L. 6362-7-2 du code du travail nous semblant devoir être interprété comme faisant dépendre le montant de la sanction des seules sommes imputées sur l'obligation en matière de formation ou reçues du fait même - et donc dans la limite- de l'établissement ou de l'usage frauduleux de ces documents.

D'autre part, la proportionnalité est contestée au regard du cumul que ces dispositions permettraient avec le délit d'escroquerie puni par les articles 313-1 et suivants du code pénal, ce qui revient à invoquer un moyen tiré du **non bis in idem**. Le mémoire QPC est très disert sur la jurisprudence de la CEDH et des conséquences qu'il y aurait lieu d'en tirer pour les dispositions attaquées, ce qui ne nous est ici que de peu d'utilité. Seule la jurisprudence constitutionnelle est pertinente et après une rectification intervenue en 2016 (décisions 2016-545 QPC et 2016-546 QPC du 24 juin 2016), elle apparaît désormais stabilisée en ces termes : « *Le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts. Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions*

encourues » (v. en dernier lieu pour un rappel : 2018-765 DC du 12 juin 2018). Le moyen est donc opérant pour les cumuls de sanctions administratives et pénales qui relèvent de deux ordres de juridictions distincts, contrairement à ce que soutient le ministre qui en est resté à la jurisprudence antérieure à 2016.

Le cumul de sanctions administratives et pénales est souvent invoqué au sujet d'un cumul de sanction administrative avec une incrimination pénale spéciale visant sensiblement les mêmes faits. Ici, c'est avec le droit pénal général et le délit d'escroquerie, mais nous ne voyons pas de raison de traiter cette situation différemment au regard du cadre constitutionnel des cumuls de poursuite et de sanctions. Dès lors que les faits sont les mêmes et qu'ils sont poursuivis au titre d'un même comportement répréhensible, la seule différence tenant à la définition plus générique de l'incrimination pénale par rapport à la définition plus spécifique du manquement administratif ne saurait rendre le grief inopérant (v. *a contrario* pour des faits et manquements différents : 20 juillet 2016, M. et Mme O..., n°396078 T).

Mais vous pourrez aisément l'écarter au regard des sanctions encourues. Vous êtes à l'origine du renvoi de la dernière affaire où le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur le fond d'un tel cumul. C'était en matière de travail illégal, dans l'affaire Clos Teddi. Après avoir relevé que les sanctions pécuniaires pouvant être prononcées contre l'employeur d'étrangers non autorisés à travailler, sur l'un et l'autre fondement, étaient comparables dans leur montant, le Conseil constitutionnel a constaté que : « *le juge pénal peut condamner l'auteur d'une telle infraction à une peine d'emprisonnement ou, s'il s'agit d'une personne morale, à une peine de dissolution, ainsi qu'à plusieurs peines complémentaires* » pour en déduire que : « *les faits prévus et réprimés par les articles précités doivent être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions de nature différente* » et écarter le grief tiré de la méconnaissance du principe de nécessité et de proportionnalité des peines (2016-621 QPC du 30 mars 2017).

La situation est tout à fait comparable entre les sanctions encourues en cas de fraude au dispositif de formation professionnelle et d'escroquerie. Ce délit est en effet puni pour les personnes physiques, outre de 375 000 euros d'amende, de cinq ans d'emprisonnement en vertu de l'article 313-1 du code pénal (portées à 7 ans et 750 000 euros d'amende lorsque ces au préjudice d'une personne publique, d'un organisme de protection sociale ou d'un organisme chargé d'une mission de service public, pour l'obtention d'un paiement ou d'un avantage indu en application de l'article 313-2) et, pour les personnes morales, du quintuple de l'amende ou d'autres peines complémentaires pouvant aller jusqu'à la dissolution en application des dispositions combinées des articles 313-9, 131-8 et 131-9 du code pénal. Les faits prévus et réprimés par les dispositions en cause doivent être regardés comme susceptibles de sanctions différentes, ce qui suffit à carter le grief fondé sur le cumul de poursuites.

Quant au cumul de sanctions, qui était également critiqué dans le précédent Clos Teddi, les motifs de la décision du Conseil constitutionnel n'y répondent pas explicitement mais le commentaire au cahier indique que : « *le Conseil constitutionnel ayant rappelé que 'le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues'* ([au] *paragr. 4* [de la décision]), *le moyen des requérants fondé sur la méconnaissance du principe de proportionnalité ne pouvait qu'être écarté* ([au] *paragr. 7*) ». On comprend que le constat était si évident qu'il ne lui a semblé nécessaire ni de formuler une réserve d'interprétation contrairement à ce qu'il avait fait dans d'autres cas de figure ni même d'apporter une réponse explicite à ce grief dans les motifs de sa décision.

Vous pourrez quant à vous être un peu plus explicites et rappeler la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel (que le commentaire précité rappelait lui-même) selon laquelle : « *si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* » et « *qu'il appartiendra donc aux autorités administratives et judiciaires compétentes de veiller au respect de cette exigence* ».

Cela laissera entière la question du cumul total des sommes susceptibles d'être mises à la charge des entreprises de formation professionnelle au titre du rejet de leur dépense, d'une obligation de rembourser leurs cocontractants, d'un retard à le faire et d'une éventuelle manœuvre frauduleuse tendant à esquiver toutes ces conséquences fâcheuses.

Mais vous avez déjà renvoyé cette question dans le cadre de la QPC visant les dispositions sur les pénalités financières dues en cas de retard de remboursement des cocontractants, sans parvenir à émouvoir le juge constitutionnel qui s'est contenté d'une modeste réserve d'interprétation pour les cas où le rejet des dépenses aurait été injustifié (2016-619 QPC précité). Le fait qu'une sanction spécifique puisse s'y ajouter en cas de manœuvre frauduleuse n'est pas contestable en soi. C'est l'addition des différentes sommes qui peut donner le vertige que nous évoquions en commençant mais cette question là n'est pas soulevée dans sa globalité par la présente QPC et il faut admettre qu'elle ne pourrait trouver de réponse très évidente compte tenu de ce qu'elles découlent de faits générateurs différents.

PCMNC à la non-transmission de la QPC.