

Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011

*Société Système U Centrale nationale et autre
(Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence)*

La chambre commerciale de la Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel le 8 mars 2011 (arrêt du 8 mars 2011 n° 338) une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société Système U Centrale nationale devant le tribunal de commerce de Romans-sur-Isère portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du second alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

En 2007, le ministre de l'économie a assigné en justice la société requérante sur le fondement de ces dispositions définissant la procédure de sanction des pratiques restrictives de concurrence. Elle a été rejointe dans sa demande, devant la Cour de cassation, par la société Carrefour France SAS, puis, devant le Conseil constitutionnel, par la société coopérative Groupements d'achats des Centres Leclerc (GALEC). De son côté, l'Union fédérale des consommateurs (UFC)-Que choisir est intervenue pour défendre, avec le Premier ministre, la conformité à la Constitution des dispositions contestées.

Par sa décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions du second alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, sous une réserve d'interprétation.

I. – Les dispositions contestées

A. – Le contexte juridique

En marge des règles relatives à la régulation de la concurrence destinées *in fine* à contribuer au bien-être des consommateurs en garantissant que les entreprises apportent au consommateur des produits ou des services de meilleure qualité et un choix plus vaste, à des prix plus bas, le droit de la concurrence connaît une

réglementation dont l'objet vise principalement à garantir la transparence et la loyauté des relations commerciales entre fournisseurs et clients¹.

Le droit français reste en effet marqué par l'idée selon laquelle les relations entre les fournisseurs et les distributeurs doivent être encadrées de manière spécifique. Tel est l'objet du titre IV du livre IV du code de commerce, intitulé « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* ». Le législateur, plutôt que de s'en remettre au droit des obligations ou au droit de la concurrence, a donc prohibé, au fur et à mesure qu'elles apparaissaient, les pratiques commerciales considérées comme des dérives. De surcroît, il a doté les pouvoirs publics de moyens juridiques pour garantir l'effectivité des sanctions des pratiques interdites.

C'est ainsi que le premier alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce habilite le ministère public, le ministre chargé de l'économie, le président de l'Autorité de la concurrence, mais aussi toute personne justifiant d'un intérêt, à engager une action en responsabilité du fait de pratiques restrictives de concurrence mentionnées au même article.

Le second alinéa du même paragraphe, c'est-à-dire les dispositions contestées, habilite le ministre de l'économie et le ministère public à saisir le juge compétent en vue de faire sanctionner les pratiques restrictives de concurrence par divers procédés. L'action de l'autorité publique a, en effet, plusieurs objets.

En premier lieu, elle vise à faire constater l'illicéité d'une pratique contractuelle déterminée, par application des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce. Non seulement elle a un effet d'exemplarité et d'information des partenaires, mais elle permet de préciser les règles de bonnes relations commerciales entre partenaires économiques.

En deuxième lieu, elle a une fonction répressive, en ce qu'elle permet le prononcé d'une amende civile.

En troisième lieu, elle tend à faire constater la nullité absolue de la clause litigieuse.

En quatrième lieu, elle a pour objet d'anéantir les effets produits par ces clauses illicites entre les partenaires commerciaux, en prévoyant, notamment, la faculté de demander la répétition de l'indu au profit du partenaire lésé.

¹ Marie-Dominique Hagelsteen, *La négociabilité des tarifs et conditions générales de vente*, rapport remis au ministère de l'économie, des finances et de l'emploi et au secrétaire d'État chargé de la consommation et du tourisme, Paris, La Documentation française, 2008, p. 19.

En pratique, l'action de l'autorité publique trouve surtout à s'appliquer dans le cadre des relations commerciales entre les fournisseurs et leurs clients de la grande distribution. Le législateur a souhaité protéger les premiers, supposés en situation défavorable, sinon de faiblesse, dans la négociation commerciale avec les seconds. Ainsi que le soulignent les travaux parlementaires, « *en donnant le droit d'agir aux pouvoirs publics à la place des victimes, le dispositif actuel a pris en compte le fait que certaines d'entre elles n'oseraient pas introduire elles-mêmes l'action, par crainte de représailles* »².

Depuis l'entrée en vigueur des dispositions du paragraphe III, alinéa 2, de l'article L. 442-6 du code de commerce, le ministre chargé de l'économie a engagé soixante dix-sept actions contentieuses, dont trente-sept sont en cours, et est intervenu dans cinquante-sept litiges, dont douze sont en cours. Parmi ces douze litiges, deux recours ont été introduits par le président de l'Autorité de la concurrence, et dix directement par les entreprises lésées par des pratiques restrictives. L'action du ministre de l'économie représente donc la voie principale pour la mise en œuvre des dispositions qui faisaient l'objet de la QPC.

B. – La version des dispositions contestées

Les dispositions contestées sont issues de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE). Compte tenu de la date de l'introduction de l'action en justice devant le tribunal de commerce par le ministre, elles le sont dans leur rédaction en vigueur après la promulgation de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

Si les dispositions contestées ont été modifiées par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME), les modifications effectuées sont soit secondaires soit accessoires. Dès lors, il y a tout lieu de penser que la version actuellement en vigueur de l'article est également concernée par la décision de conformité sous réserve rendue par le Conseil constitutionnel.

II. – Examen de la constitutionnalité

Ce n'est pas la première fois que le Conseil constitutionnel était amené à se prononcer sur la constitutionnalité de l'article L. 442-6 du code de commerce. Ainsi, dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, il a déclaré conformes aux droits et libertés constitutionnellement garantis les dispositions du 2° du paragraphe I de cet article, dans leur rédaction issue de la loi du 4 août

² Éric Besson, *Rapport fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, Assemblée nationale, XI^e législature, n° 2327, 6 avril 2000, p. 120.

2008 précitée, relatives à la définition de l'une des pratiques restrictives de concurrence visées par cet article³.

Au total, quatre griefs étaient invoqués par les sociétés requérantes dans la présente affaire : méconnaissance de la liberté d'entreprendre, du droit d'agir en justice, du principe du contradictoire et du droit de propriété. Le Conseil constitutionnel s'est interrogé d'office sur le respect de la liberté contractuelle et a, à cet égard, invité les parties à produire des observations.

À l'issue de son examen, le juge constitutionnel a déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution, sous une réserve d'interprétation.

A. – Les griefs rejetés sans réserve d'interprétation

1. – La liberté d'entreprendre

Selon une jurisprudence désormais bien établie, « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »⁴. Par conséquent, toute limitation de cette liberté doit être justifiée par une exigence constitutionnelle ou par un motif d'intérêt général.

Ainsi que le soulignent les travaux parlementaires, le titre IV du livre IV du code de commerce vise principalement à garantir la transparence et la loyauté des relations commerciales entre fournisseurs et clients, notamment dans le secteur de la grande distribution, sans réelles considérations pour les effets que pourraient produire les pratiques visées sur la concurrence.

Comme le montrent encore les travaux parlementaires, dans le contexte économique de concentration oligopolistique des grandes entreprises de distribution et des parts de marché qu'elles représentent dans le secteur des produits de grande consommation s'est créé un déséquilibre entre le pouvoir de ces grandes centrales d'achat et celui de leurs fournisseurs lorsqu'il s'agit de petites et moyennes entreprises qui constituent une offre atomisée.

Le législateur a considéré que, outre les dommages individuels qui en résultent pour ces petites et moyennes entreprises, de telles pratiques, qui compromettent

³ Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils (Déséquilibre significatif dans les relations commerciales)*, cons. 4.

⁴ Par exemple, décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, *M. Rachid M. et autres (Prohibition des machines à sous)*, cons. 4.

leur existence, sont néfastes pour l'économie en général, provoquent l'augmentation du coût des produits – les fournisseurs sont contraints non seulement de réduire leurs marges bénéficiaires mais d'imputer les sommes versées aux distributeurs dans leurs prix de vente –, ont une incidence négative sur les consommateurs et par répercussion sur le pouvoir d'achat.

Le législateur s'est donc clairement fondé sur un impératif d'ordre public économique qui était en jeu en l'espèce. C'est ce qu'avait déjà relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 DC du 13 janvier précité, en se référant aux « *objectifs qu'il (le législateur) s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux* »⁵. Il le rappelle dans la décision du 13 mai 2011 en utilisant, pour la première fois, les termes d'« *ordre public économique* ».

Au sein du panel de mesures prévues par les dispositions contestées et rappelées par le Conseil dans sa décision, ce dernier a estimé qu'aucune n'était inadéquate pour répondre à l'objectif poursuivi, à savoir rétablir l'équilibre commercial rompu par des pratiques illicites. En particulier, les dispositions contestées ont pour objet, d'une part, que l'entreprise qui s'est livrée à de telles pratiques ne conserve pas les gains illicites qu'elle a obtenus et ne soit pas dispensée de réparer les dommages que ces dernières ont causés et, d'autre part, que les versements indus et les réparations soient restitués aux entreprises lésées. L'association de ces mesures n'est pas non plus apparue disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

Si les moyens dévolus à l'autorité publique apparaissent importants pour combattre les pratiques illicites, par rapport à d'autres actions susceptibles d'être engagées dans des domaines similaires⁶, ils demeurent appropriés au contexte commercial dans lequel ils ont vocation à être employés. Comme l'indiquent les travaux parlementaires, le rapport de force entre partenaires commerciaux est tel que certains sont souvent dans l'incapacité d'engager une action en annulation et en responsabilité prévue par la loi.

À partir de ce constat, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur a pu prévoir que cette action serait mise en œuvre par l'autorité publique et que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

⁵ Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 précitée, cons. 3.

⁶ Par exemple, le ministre ne détient pas un pouvoir de demander une restitution en matière de pratiques anticoncurrentielles (articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce).

2. – Le principe du contradictoire

Le principe du contradictoire implique le droit de toute personne de présenter des observations et défendre ses droits au cours d'une procédure qui la concerne directement. Traditionnellement, le principe du contradictoire bénéficie de la protection constitutionnelle des droits de la défense dont il est le corollaire⁷. Depuis la consécration explicite du droit au procès équitable dans la jurisprudence constitutionnelle⁸, ce principe a également vocation à être protégé au titre de ce droit constitutionnel. Mais dans la mesure où il s'applique au-delà des seules procédures juridictionnelles⁹, le principe conserve un champ d'application autonome par rapport au droit à un procès équitable. C'est cette autonomie relative qui est illustrée par le considérant 7 de la décision.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel a vérifié que les dispositions contestées n'étaient pas d'obstacle à l'application du caractère contradictoire de la procédure. D'abord, il a relevé qu'elles n'interdisent pas au partenaire lésé par la pratique restrictive de concurrence d'engager lui-même une action en justice pour faire annuler les clauses ou contrats illicites, obtenir la répétition de l'indu et le paiement de dommages et intérêts ou encore de se joindre à celle de l'autorité publique par voie d'intervention volontaire. Ensuite, il a rappelé qu'elles n'interdisent pas à l'entreprise poursuivie d'appeler en cause son cocontractant, de le faire entendre ou d'obtenir de lui la production de documents nécessaires à sa défense, conformément aux facultés offertes par le droit positif¹⁰. Le Conseil a donc conclu que les dispositions contestées ne portent pas atteinte aux exigences constitutionnelles relatives au principe du contradictoire.

3. – Le droit de propriété

La propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. À ce titre, elle jouit d'une protection constitutionnelle contre les atteintes consistant tant en une privation de ce droit qu'en une limitation apportée à son exercice¹¹.

Cette protection ne peut logiquement bénéficier qu'aux personnes qui sont légalement propriétaires des biens. Dès lors, une personne condamnée en justice à restituer des sommes indûment perçues ou à verser des dommages et intérêts à la suite de pratiques illicites ne saurait utilement invoquer la méconnaissance du

⁷ Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 58.

⁸ 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.

⁹ Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, cons. 35.

¹⁰ Par exemple, l'article 331 du code de procédure civile.

¹¹ Décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *M. Pierre B. (Mur mitoyen)*, cons. 3.

droit de propriété pour récupérer ces montants. C'est la raison pour laquelle le grief invoqué par les sociétés requérantes tiré de l'atteinte au droit de propriété de la personne condamnée a été rejeté comme inopérant par le juge constitutionnel.

C'est seulement au regard du droit de propriété de l'entreprise ayant indûment versé des sommes à son partenaire commercial que se posait pertinemment la question de la méconnaissance des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. Sur ce point, les sociétés requérantes soutenaient que les dispositions contestées portaient atteinte à son droit de propriété, en ce qu'elles ne lui garantissaient pas la possibilité d'obtenir les sommes indûment versées.

Le Conseil constitutionnel a rejeté au fond le grief en soulignant « *qu'en application des dispositions contestées, les sommes indûment perçues et les indemnités sont versées au partenaire lésé ou tenues à sa disposition* ». Ce faisant, il a pris en considération le contexte juridique d'application des dispositions pour s'assurer de leur constitutionnalité.

En ne précisant pas de règles procédurales spécifiques pour définir les modalités du recouvrement de la créance de l'entreprise victime – ce qu'il pouvait régulièrement faire car la réglementation des modalités de recouvrement des créances devant les tribunaux ne relève pas du domaine de l'article 34 de la Constitution¹² – le législateur a entendu que les règles de droit commun s'appliquent.

Le juge constitutionnel a déjà eu l'occasion de reconnaître l'existence de ces dernières règles. Il a en effet jugé qu'une disposition qui fixe la durée du délai à l'expiration duquel la propriété des créances nées d'un trop-perçu de cotisations ou de majorations de retard est transférée aux organismes de sécurité sociale est de nature législative dès lors qu'elle déroge aux principes fondamentaux du droit civil relatifs à la répétition de l'indu¹³. Le législateur n'ayant pas dérogé, en l'espèce, à ces règles, il ne peut lui être reproché de ne pas les avoir rappelées.

En pratique, on observe que les dispositions contestées n'ont pas suscité de difficultés particulières d'application. D'après les informations produites par le Gouvernement dans le cadre de la procédure, depuis 2001, il y a eu vingt-deux condamnations à reverser des sommes indûment perçues prononcées sur leur

¹² Par exemple, il a été jugé que la constitution d'un fonds de garantie destiné à couvrir, à l'égard de la seule administration des douanes, les créances que le Trésor peut avoir à l'encontre des commissionnaires en douane agréés et de leurs cautions ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire (décision n° 63-25 L du 30 juillet 1963, *Nature juridique de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 58-1238 du 17 décembre 1958 modifiant le code des douanes 2^e examen*, cons. 1).

¹³ Décision n° 85-139 L du 8 août 1985, *Nature juridique de dispositions contenues dans des textes relatifs à la sécurité sociale*, cons. 7.

fondement, soit un total de 27,9 millions d'euros. À une exception près non imputable à l'administration, ces sommes ont toujours été restituées aux bénéficiaires, soit par l'intermédiaire du Trésor public, soit directement par les entreprises condamnées. La procédure suivie en matière de restitution des sommes indues par le biais du Trésor est désormais bien rodée : dès lors que la condamnation est définitive, les agents de direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes prennent contact avec les entreprises bénéficiaires de la répétition de l'indu afin de leur demander la communication de leurs coordonnées bancaires ; puis le directeur général émet un titre de perception envoyé à la direction départementale des finances publiques du département du domicile du débiteur, accompagné des coordonnées bancaires de l'entreprise bénéficiaire ; ce titre est alors assigné sur la caisse du comptable du département du domicile du débiteur pour prise en charge et le remboursement de la société bénéficiaire est effectué directement par le comptable sur le compte bancaire de la société. Si une entreprise ne souhaite pas communiquer ses coordonnées bancaires, comme cela s'est produit une fois, le Trésor public consigne la somme auprès de la Caisse des dépôts et consignations.

B. – La conformité sous réserve des dispositions contestées

Dans la jurisprudence constitutionnelle, le droit au recours signifie qu'« *il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »¹⁴.

S'agissant de l'action de substitution dont bénéficient les syndicats en droit du travail afin d'assurer la défense individuelle d'un ou plusieurs salariés, le Conseil constitutionnel a estimé que « *s'il est loisible au législateur de permettre à des organisations syndicales représentatives d'introduire une action en justice à l'effet non seulement d'intervenir spontanément dans la défense d'un salarié mais aussi de promouvoir à travers un cas individuel, une action collective, c'est à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* »¹⁵.

Mais l'action prévue par les dispositions contestées n'est pas une action de substitution, c'est-à-dire une action en justice exercée par une autorité habilitée dans l'intérêt individuel d'autrui. L'autorité publique agit avant tout en défense

¹⁴ Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, cons. 38.

¹⁵ Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, cons. 24.

de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs. En outre, son action ne se substitue pas aux actions particulières susceptibles d'être exercées par les personnes qui s'estimeraient lésées par les pratiques abusives. Et si le ministère public et le ministre de l'économie peuvent demander, en lieu et place de la victime, la restitution des sommes indûment versées, ainsi que la réparation de son préjudice, ces prérogatives visent principalement à renforcer l'effet dissuasif des sanctions des pratiques restrictives de concurrence. L'action de l'autorité publique est, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, « *une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence* »¹⁶.

Dès lors, la conformité à la Constitution des dispositions contestées n'était pas subordonnée au consentement ou à la présence du partenaire commercial lésé.

En revanche, le Conseil a estimé que le droit au recours juridictionnel, de même que la liberté contractuelle découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789, puisqu'est en cause une action en nullité contractuelle¹⁷, impliquaient une obligation d'informer l'ensemble des cocontractants de l'engagement de l'action en justice. En d'autres termes, le respect de ces deux exigences constitutionnelles ne se limite pas à la seule faculté d'agir en justice mais également à l'information des personnes directement intéressées et susceptibles d'intervenir pour défendre leurs intérêts.

Or, l'information de l'ensemble des parties au contrat dont l'annulation est demandée, préalablement, le cas échéant, à la demande en répétition de l'indu, n'était pas prévue par les dispositions contestées. Il n'existait ni d'obligation à la charge de l'autorité publique de notifier l'action en justice engagée ni, à la charge du juge, de veiller à ce qu'une telle mise en cause a été faite.

C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel a énoncé une réserve d'interprétation garantissant l'information des parties au contrat. Si le débiteur de l'obligation n'est pas mentionné, on peut penser que, conformément à la tradition civiliste de la procédure accusatoire, c'est à l'auteur de l'action qu'incombe le soin de notifier celle-ci à l'intéressé. Il appartiendra au juge de s'assurer du respect de cette exigence.

En pratique, tout porte à croire que la portée de la réserve ne va pas bouleverser le contentieux des sanctions des pratiques restrictives de concurrence. Les services ministériels compétents ont déjà pris l'habitude d'informer les professionnels concernés, non seulement de l'ouverture d'une enquête sur une

¹⁶ Cour de cassation, chambre commerciale, 8 juillet 2008, n° 07-16761.

¹⁷ Décisions n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, cons. 37 ; n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie (GDF-Suez)*, cons. 29.

pratique restrictive de concurrence, mais aussi de la possibilité, pour le ministre, d'engager une action contentieuse au cours de laquelle les parties au contrat pourront intervenir. La réserve n'en était pas moins indispensable pour garantir, en toute circonstance, la conformité des dispositions contestées au droit des personnes intéressées à exercer un recours effectif et à la liberté contractuelle.

Sous cette réserve, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, déclaré les dispositions du second alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce conformes à la Constitution.