



Commentaire

Décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018

Société Interdis et autres

(Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 septembre 2018 par la Cour de cassation (chambre commerciale, arrêt n° 894 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par les sociétés Interdis, Carrefour hypermarchés, Carrefour administratif France, CSF et Carrefour proximité France. Cette question est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce.

Dans sa décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions, dans leur rédaction résultant de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, conformes à la Constitution.

I. – Les dispositions contestées

A. – Présentation des dispositions relatives au déséquilibre significatif dans les relations commerciales

1. – L'adoption des dispositions en 2008

Le droit français est marqué, de longue date, par l'idée selon laquelle les relations entre les fournisseurs et les distributeurs doivent faire l'objet d'un encadrement 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* ».

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (dite « LME ») a constitué une étape d'un mouvement législatif visant à rééquilibrer les rapports entre les fournisseurs et les distributeurs en favorisant la négociabilité des prix et une plus grande transparence. Ainsi, « *pour rassurer le monde des fournisseurs* » et « *introduire [...] "des garde-fous" permettant d'éviter la brutalité de négociations commerciales qui ne se résumeraient plus qu'à une discussion directe sur les prix, sans aucune possibilité d'obtenir des services réels* ».

*ou révéleraient un rapport de force totalement déséquilibré entre les parties »*¹, cette loi a modifié le 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce.

Ces dispositions définissent l'une des pratiques restrictives de concurrence consistant à « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Le législateur a ainsi supprimé les critères jugés trop restrictifs auparavant applicables, qui sanctionnaient l'« *abus de dépendance économique* » et l'« *abus de puissance d'achat ou de vente* »², au profit d'une notion plus large, mieux à même d'appréhender la réalité des pratiques de la négociation commerciale.

Ainsi, en vertu du premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 442-6, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, le fait, visé au 2° de ce même paragraphe, de « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ».

En application du paragraphe III du même article, dans sa rédaction résultant de la même loi du 4 août 2008, cette pratique est également susceptible de faire l'objet d'une ordonnance de cessation, de donner lieu au constat de la nullité des clauses et à la répétition de l'indu. Elle peut également donner lieu à l'application d'une amende civile « *dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros* », cette amende pouvant toutefois « *être portée au triple du montant des sommes indûment versées* ».

Depuis la loi du 4 août 2008, l'article L. 442-6 a été modifié à plusieurs reprises, afin notamment de renforcer la sévérité de l'amende civile prévue par son paragraphe III. Ainsi, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a prévu, comme alternative au triplement du montant des sommes indûment versées, la possibilité de fixer l'amende « *de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les*

¹ Marie-Dominique Hagelsteen, « La réforme de la négociabilité des conditions générales de vente et des prix : pourquoi et comment ? », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 660, janvier 2009, étude 1.

² Ancien b du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce qui sanctionnait le fait « *D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il [tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers] tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. Le fait de lier l'exposition à la vente de plus d'un produit à l'octroi d'un avantage quelconque constitue un abus de puissance de vente ou d'achat dès lors qu'il conduit à entraver l'accès des produits similaires aux points de vente* ».

pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre ». La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a porté le montant maximal de l'amende civile de deux à cinq millions d'euros.

En revanche, les dispositions du 2° du paragraphe I n'ont pas été modifiées depuis la loi du 4 août 2008.

2. – Le contrôle par le Conseil constitutionnel en 2011

Dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a déjà déclaré conformes à la Constitution les dispositions objet de la présente QPC, dans leur rédaction issue de la loi du 4 août 2008 précitée.

En réponse au grief tiré de la violation du principe de légalité des délits et des peines, consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au motif que la notion de « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » aurait été insuffisamment précise en tant qu'élément constitutif de l'infraction réprimée par l'amende civile visée au paragraphe III, le Conseil a considéré que « *pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 [concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs] susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ; qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée des représentants des secteurs économiques intéressés ; qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits* »³.

Le commentaire de la décision précise que « *la notion de "déséquilibre significatif" utilisée par le législateur en 2008 trouve une première source dans la jurisprudence civiliste, notamment dans le domaine des clauses exonératoires de responsabilité, de la lésion et du contrôle de proportionnalité. / D'inspiration*

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

également consumériste – le texte s’inspire de la loi "Scrivener" du 10 janvier 1978 concernant les clauses abusives –, les termes de "déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties" ont été repris du premier alinéa de l’article L. 132-1 du code de la consommation ».

3. – L’application par le juge judiciaire

* La jurisprudence judiciaire montre que le déséquilibre significatif visé par les dispositions contestées est, le plus souvent, caractérisé par des clauses contractuelles reconnaissant une prérogative ou imposant un devoir à une seule des parties à la négociation ou par des clauses attribuant sans contrepartie réelle une prérogative exorbitante à l’une des parties.

Tel a été le cas par exemple :

- à propos de conditions de mise en œuvre de la révision des tarifs ou de pénalités en cas de non-respect par les fournisseurs d’un taux de service minimal⁴ ;
- à propos des obligations des parties en cas de non-respect des horaires de livraison et de réception des produits ainsi que des exigences relatives aux dates limites de consommation et d’utilisation des produits⁵ ;
- pour différentes clauses relatives aux délais de paiement⁶.

* Dans un arrêt « *Galec* » du 25 janvier 2017⁷, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la question des réductions de prix consenties dans le cadre d’une relation commerciale. La cour d’appel avait alors sanctionné un distributeur, au motif qu’il avait imposé à ses fournisseurs des ristournes de fin d’année sans contrepartie ou moyennant une contrepartie fictive⁸.

Dans son pourvoi en cassation, le distributeur se référait explicitement à la décision précitée du 13 janvier 2011 du Conseil constitutionnel, pour soutenir que *« l’incrimination prévue à l’article L. 442-6, I, 2° du code de commerce n’est conforme au principe de légalité des délits et des peines que dans la mesure où la notion de "déséquilibre significatif" renvoie à la notion, suffisamment définie par la jurisprudence, qui figure à l’article L. 132-1 du code de la consommation ; qu’en vertu de cet article, l’appréciation du "déséquilibre significatif" ne peut pas porter sur l’adéquation du prix au bien vendu ; qu’ainsi, le "déséquilibre significatif" au sens de l’article précité du code de commerce ne peut jamais résulter de l’inadéquation du prix au bien vendu ».*

⁴ Voir Cass. Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

⁵ Voir Cass. Com., 4 octobre 2016, n° 14-28.013.

⁶ Voir Eva Mouial Bassilana, « Fasc. 730 : Le déséquilibre significatif. – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *JurisClasseur Concurrence – Consommation*, 7 juillet 2015, points 37 et suiv.

⁷ Du nom du Groupement d’achat des centres Édouard Leclerc ; Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547.

⁸ CA Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251.

En effet, dans sa rédaction applicable à l'époque où le Conseil a statué, le septième alinéa de cet article L. 132-1 disposait : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible »⁹.

En réponse, la Cour de cassation considère, en premier lieu, que, « dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code ; qu'ayant constaté que l'annexe 2 des contrats-cadres stipulait que la ristourne litigieuse était prévue au titre des conditions de l'opération de vente, la cour d'appel en a justement déduit que les clauses litigieuses relevaient de l'article L. 442-6, I, 2° du même code ». La convention en question, spécifique aux relations entre un fournisseur et un distributeur ou un prestataire de services, doit indiquer « les obligations auxquelles se sont engagées les parties, dans le respect des articles L. 441-6 et L. 442-6, en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale », assorties d'une série de clauses prévues par l'article L. 441-7.

La Cour de cassation précise, en second lieu, que « la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ».

La Cour de cassation ajoute, reprenant les motifs de la cour d'appel, que « la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions

⁹ Ces dispositions figurent désormais au troisième alinéa de l'article L. 212-1 du code de la consommation.

générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur » et conclut qu'« il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

B. – Origine de la QPC et question posée

Le 8 novembre 2016, le ministre chargé de l'économie a attiré les sociétés requérantes devant le tribunal de commerce de Paris, en demandant à ce dernier de prononcer une amende civile à leur encontre, au motif qu'elles auraient soumis certains de leurs fournisseurs à des obligations créant un déséquilibre significatif au sens du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce. Ces sociétés auraient exigé de leurs fournisseurs, sous peine de diverses mesures de rétorsion, une « *remise complémentaire de distribution* » constituant un préalable à l'ouverture de négociations commerciales.

Les sociétés requérantes ont alors présenté deux QPC, l'une portant sur le 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce et critiquant la possibilité pour le juge, d'une part, d'interdire à un partenaire commercial d'insérer certaines clauses contractuelles et, d'autre part, d'exercer un contrôle sur les prix, l'autre portant sur l'article L. 441-7 du même code. Ces deux QPC ont été transmises le 2 juillet 2018 à la Cour de cassation.

Dans l'arrêt de renvoi précité, cette dernière a écarté la seconde QPC, faute de caractère sérieux.

S'agissant de la première, elle a relevé que le 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 a déjà été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-85 QPC précitée. Toutefois, elle a considéré qu'« *est intervenu depuis cette décision un changement de circonstance de droit résultant d'un arrêt de cette Cour (Com., 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-23.547, Bull. 2017, IV, n° 13), lequel, en énonçant que l'article L. 442-6, I, 2 du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, confère une portée nouvelle à cette disposition* ».

Elle a ensuite jugé que la première branche de la critique (portant sur l'interdiction d'insertion de certaines clauses) était dépourvue de caractère sérieux, car mal dirigée, et l'a écartée du renvoi au Conseil constitutionnel. Elle a jugé en revanche sérieuse la question relative au contrôle du prix et l'a donc renvoyée au Conseil constitutionnel, en ces termes : « *L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce*

qui, tel qu'il est désormais interprété par la Cour de cassation, permet au juge d'exercer un contrôle sur les prix, porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence, au principe de légalité des délits et des peines, ainsi qu'à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, respectivement garantis par les articles 8, 9, 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprises dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi qu'au principe d'égalité garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprise dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'article 1^{er} de la Constitution ? ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

La Cour de cassation n'avait pas précisé dans quelle version de l'article L. 442-6 du code de commerce elle renvoyait au Conseil constitutionnel les dispositions du 2^o de son paragraphe I. Il revenait donc au Conseil constitutionnel de la déterminer lui-même. La QPC doit être considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée.

Les faits reprochés aux sociétés requérantes datant de la fin de l'année 2015 et du début de l'année 2016, le Conseil constitutionnel était saisi du 2^o du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de la loi du 6 août 2015 précitée (paragr. 1 de la décision commentée).

A. – La recevabilité de la QPC

* Dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 précitée, le Conseil constitutionnel a spécialement examiné le 2^o du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de la loi du 4 août 2008 précitée. Il a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif de cette décision. Or, ces dispositions sont identiques à celles contestées dans la QPC objet de la décision commentée. En effet, si la QPC examinée portait sur l'article L. 442-6 dans sa rédaction résultant de la loi du 6 août 2015, les modifications de cet article postérieures à la loi du 4 août 2008 n'ont pas affecté le 2^o de son paragraphe I.

Dès lors, seul un changement de circonstances pouvait, en application des dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 et du troisième alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, justifier un réexamen de la constitutionnalité de ces dispositions¹⁰.

¹⁰ Pour un même raisonnement, en présence de dispositions identiques, voir par exemple les décisions n° 2016-615 QPC du 9 mars 2017, *Époux V. (Rattachement à un autre régime de sécurité sociale et assujettissement du patrimoine à la CSG)*, paragr. 5 à 7 et n° 2017-653 QPC du 15 septembre 2017, *Confédération*

* Les sociétés requérantes se prévalaient d'un changement de circonstances résultant de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 25 janvier 2017, lequel aurait modifié la portée des dispositions contestées. Selon elles, cet arrêt aurait remis en cause l'analyse faite par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC, qui, en se référant à l'article L. 132-1 du code de la consommation, aurait formulé « *une sorte de réserve d'interprétation informelle* » excluant le critère du prix pour apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif.

Dans son arrêt de renvoi, la Cour de cassation, quant à elle, a jugé que cet arrêt du 25 janvier 2017 conférerait « *une portée nouvelle* » à la disposition contestée et qu'il en résultait ainsi un « *changement de circonstance de droit* ».

* De la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il résulte, d'une part, qu'en posant une QPC, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition¹¹ et, d'autre part, que la jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour de cassation peut constituer un changement de circonstances.

Par exemple, dans sa décision n° 2013-340 QPC du 20 septembre 2013, le Conseil constitutionnel a réexaminé des dispositions déjà déclarées conformes à la Constitution dans une décision rendue en contrôle *a priori*, mais qui avaient ensuite donné lieu à une jurisprudence constante du Conseil d'État, qui constituait un changement des circonstances¹². De même, dans sa décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018¹³, le Conseil constitutionnel s'est prononcé à nouveau, pour le censurer, sur l'article 365-1 du code de procédure pénale régissant la motivation des arrêts de cours d'assises, au double motif d'une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à cet article et d'une modification d'une autre disposition législative.

* En l'espèce, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur la motivation de la Cour de cassation dans son arrêt du 25 janvier 2017, suivant laquelle les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce n'excluent pas que « *le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu* » et qu'elles autorisent ainsi « *un contrôle judiciaire du prix, dès lors*

générale du travail - Force ouvrière (Dispositions supplétives relatives au travail effectif et à l'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine), paragr. 18 à 20.

¹¹ Depuis la décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. (Adoption au sein d'un couple non marié)*, cons. 2.

¹² Décision n° 2013-340 QPC du 20 septembre 2013, *M. Alain G. (Assujettissement à l'impôt sur le revenu des indemnités de licenciement ou de mise à la retraite)*, solution implicite.

¹³ Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, *M. Ousmane K. et autres (Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises)*, paragr. 6 et 7.

que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Il en a déduit l'existence d'un changement de circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées (paragr. 6).

Une telle appréciation du Conseil constitutionnel, propre au cas d'espèce, ne signifie pas que toute nouvelle jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour de cassation relative à une disposition législative déjà contrôlée constituerait nécessairement un changement de circonstances au sens de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà jugé que le seul fait que le juge du filtre justifie le renvoi d'une QPC par l'existence d'un changement de circonstances ne peut suffire à caractériser ce changement. En témoignent par exemple la décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011 rejetant un changement de circonstances de fait invoqué par le Conseil d'État¹⁴ ou la décision n° 2017-630 QPC du 19 mai 2017 contredisant la Cour de cassation, qui avait vu un changement de circonstances dans une décision du Conseil constitutionnel¹⁵.

B. – Le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines

Les sociétés requérantes soutenaient que les dispositions contestées méconnaissaient le principe de légalité des délits et des peines. Selon elles, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, ces dispositions permettent au juge d'apprécier l'adéquation du prix au bien vendu, ce qui priverait la notion de déséquilibre significatif de la précision exigée par l'article 8 de la Déclaration de 1789.

1. – La jurisprudence constitutionnelle

Le principe de légalité des délits et des peines résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, selon lequel *« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».*

Ce principe s'impose à l'ensemble des dispositions répressives, et non pas seulement à la matière pénale au sens strict. Si les exigences qui en résultent sont

¹⁴ Décision n° 2011-142/145 QPC du 30 juin 2011, *Départements de la Seine-Saint-Denis et autres (Concours de l'État au financement par les départements du RMI, du RMA et du RSA)*, cons. 17 et 18.

¹⁵ Décision n° 2017-630 QPC du 19 mai 2017, *M. Olivier D. (Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats)*.

moins fortes en matière de police administrative spéciale¹⁶ ou de discipline professionnelle¹⁷, tel n'est pas le cas lorsque le principe est appliqué à d'autres sanctions ayant le caractère d'une punition, par exemple à une amende civile.

La décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 précitée, dans laquelle ont déjà été validées les dispositions contestées, est d'ailleurs la première à avoir appliqué ce principe à une amende civile : « *conformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement* ».

2. – L'application à l'espèce

Après avoir précisé la portée des dispositions contestées (paragr. 7), le Conseil a énoncé les exigences attachées au principe de légalité des délits et des peines, à savoir « *énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont [le législateur] sanctionne le manquement* » (paragr. 8). Il a rappelé que ce principe s'applique également à la violation de certaines obligations entre partenaires commerciaux, sanctionnée d'une amende civile (même paragr.).

Dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 précitée, le Conseil constitutionnel avait jugé que la notion de « *déséquilibre significatif* » était suffisamment précise au regard du principe de légalité. L'arrêt du 25 janvier 2017 de la Cour de cassation précisait quant à lui que, dans le domaine des relations entre un fournisseur et un distributeur, l'appréciation du caractère significativement déséquilibré des droits et obligations des parties peut se fonder, notamment, sur le critère du prix des biens ou des prestations faisant l'objet de la négociation.

Une telle interprétation n'était pas de nature à modifier le caractère suffisamment précis de la notion de « *déséquilibre significatif* », cette précision ne pouvant dépendre des indices susceptibles d'être retenus par le juge pour l'établir. En conséquence, le Conseil constitutionnel a renvoyé aux motifs déjà énoncés dans sa décision du 13 janvier 2011, lesquels demeuraient pertinents, avant de conclure au rejet du grief tiré de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (paragr. 9).

¹⁶ Décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *M. Michel G. (Discipline des vétérinaires)*, cons. 7.

¹⁷ Décision n° 2011-210 QPC du 13 janvier 2012, *M. Ahmed S. (Révocation des fonctions de maire)*, cons. 4.

C. – Les griefs tirés de la méconnaissance de la liberté d’entreprendre et de la liberté contractuelle

Selon les sociétés requérantes, les dispositions contestées portaient une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à la liberté d’entreprendre, tant au stade de la formation du contrat, en empêchant une libre négociation du prix, qu’au stade de son exécution, en permettant la remise en cause du prix convenu par les parties. En particulier, selon les sociétés requérantes, dès lors que la fixation d’un prix résulte de considérations complexes, en partie subjectives, le critère du prix ne serait pas pertinent pour apprécier la réalité d’un déséquilibre significatif dans les relations commerciales.

1. – La jurisprudence constitutionnelle

La liberté d’entreprendre recouvre à la fois la liberté d’accéder à une profession ou une activité économique¹⁸ et la liberté dans l’exercice de cette profession et de cette activité¹⁹. La liberté contractuelle protège les conditions de formation et d’exécution des contrats. Compte tenu de la proximité du contrôle exercé à l’égard de ces deux libertés, il arrive souvent que le Conseil constitutionnel procède à un contrôle commun à ces exigences constitutionnelles²⁰. Il juge à cet égard qu’« *il est loisible au législateur d’apporter à la liberté d’entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l’article 4 de la Déclaration 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* »²¹. Par conséquent, toute limitation de ces libertés doit être justifiée par une exigence constitutionnelle²² ou par un motif d’intérêt général²³.

S’il a nécessairement jugé conforme à ces deux libertés le 2° du paragraphe I de l’article L. 442-6 du code de commerce dans sa décision du 13 janvier 2011 précitée, le Conseil constitutionnel n’avait pas eu à se prononcer explicitement, faute de griefs en ce sens.

¹⁸ Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l’initiative économique (Conditions d’exercice de certaines activités artisanales)*.

¹⁹ Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S. (Obligation d’affiliation à une corporation d’artisans en Alsace-Moselle)*, cons. 7.

²⁰ Décision n° 2017-649 QPC du 4 août 2017, *Société civile des producteurs phonographiques et autre (Extension de la licence légale aux services de radio par internet)*, paragr. 10 à 13.

²¹ *Ibid.*, paragr. 6.

²² Pour la liberté d’entreprendre : décision n° 2015-470 QPC du 29 mai 2015, *Société SAUR SAS (Interdiction d’interrompre la distribution d’eau dans les résidences principales)*, cons. 4 à 10 ; pour la liberté contractuelle : décision n° 2015-511 QPC du 7 janvier 2016, *Société Carcassonne Presse Diffusion SAS (Décisions de la commission spécialisée composée d’éditeurs en matière de distribution de presse)*, cons. 7 à 10.

²³ Décision n° 2015-529 QPC du 23 mars 2016, *Société Iliad et autre (Obligation de distribution des services d’initiative publique locale)*, cons. 7 et 9.

En revanche, dans sa décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011²⁴, il a confronté à ces deux libertés le second alinéa du paragraphe III du même article L. 442-6, « dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », prévoyant les différentes mesures, dont l'amende civile²⁵, dont disposent le ministre de l'économie et le parquet en cas de pratiques commerciales contraires aux dispositions du paragraphe I (lesquelles n'incluaient pas encore la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif).

D'une part, au regard de la liberté d'entreprendre, le Conseil a jugé que le législateur avait « *entendu réprimer [des pratiques restrictives de concurrence], rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux et prévenir la répétition de ces pratiques ; qu'eu égard aux objectifs de préservation de l'ordre public économique qu'il s'est assignés, le législateur a opéré une conciliation entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales ; que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* »²⁶.

Pour la première fois, une décision utilisait ainsi les termes d'« *ordre public économique* »²⁷, faisant en cela écho à celle du 13 janvier 2011, qui s'était référée aux « *objectifs qu'il [le législateur] s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux* ».

D'autre part, en ce qui concerne la liberté contractuelle, grief relevé d'office, le Conseil a jugé qu'elle n'était pas méconnue par les dispositions contestées, pas davantage que le droit à un recours juridictionnel effectif, sous réserve toutefois que l'ensemble des parties au contrat soient informées de l'introduction de l'action en justice par l'autorité publique²⁸.

D'autres décisions témoignent d'une attention particulière portée à la fixation des prix. Ainsi, la décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015 censure pour violation de la liberté d'entreprendre des dispositions interdisant certains modes de tarification pour la détermination du prix des prestations que les entreprises qui

²⁴ 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)*.

²⁵ À noter que les dispositions relatives à cette amende civile, légèrement modifiées par la loi du 4 août 2008, ont de nouveau été jugées conformes à la Constitution, en particulier au principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait, dans la décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016, *Société ITM Alimentaire International SAS (Prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une personne morale à laquelle une entreprise a été transmise)*.

²⁶ Décision n° 2011-126 QPC précitée, cons. 5.

²⁷ Repris à de nombreuses reprises depuis, en dernier lieu dans la décision n° 2017-634 QPC du 2 juin 2017, *M. Jacques R. et autres (Sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché)*.

²⁸ Décision n° 2011-126 QPC précitée, cons. 9.

mettent à la disposition de leur clientèle des voitures avec chauffeur proposent aux consommateurs lors de la réservation préalable ²⁹. La décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015 a censuré, au nom de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété, une procédure d'injonction structurelle dans le secteur du commerce de détail, au motif notamment qu'elle pouvait « *conduire à la remise en cause des prix ou des marges pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises et, le cas échéant, à l'obligation de modifier, compléter ou résilier des accords ou actes, ou de céder des actifs alors même que la position dominante de l'entreprise ou du groupe d'entreprises a pu être acquise par les mérites et qu'aucun abus n'a été constaté* »³⁰.

2. – L'application à l'espèce

Le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé sa formulation de principe relative à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle (paragr. 10).

S'inspirant du raisonnement de sa décision n° 2011-126 QPC précitée, le Conseil a jugé que si les dispositions contestées sont bien constitutives d'atteintes à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, elles poursuivent un objectif d'intérêt général consistant à rétablir un équilibre des rapports entre partenaires commerciaux (paragr. 11).

Le Conseil a ensuite mis l'accent sur le fait que les dispositions contestées visaient seulement à éviter le déséquilibre significatif dans les droits et obligations de partenaires commerciaux, lequel peut être établi au moyen de différents critères. En l'occurrence, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, les dispositions contestées se bornent à permettre au juge « *de se fonder sur le prix pour caractériser* » l'existence d'un tel déséquilibre significatif (paragr. 12).

En effet, l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 n'a nullement pour effet de conférer au juge le pouvoir de fixer lui-même, en toute hypothèse, le « juste prix » des biens ou prestations en cause. Il lui appartient seulement de s'assurer de l'absence d'abus caractérisé de l'un des opérateurs, qui aurait profité de sa position pour imposer « son prix » sans réelle négociation ou contrepartie.

Le Conseil en a déduit que l'atteinte portée par les dispositions contestées à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi (paragr. 13).

²⁹ Décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre (Voitures de transport avec chauffeur - Interdiction de la « maraude électronique » - Modalités de tarification - Obligation de retour à la base)*, cons. 20.

³⁰ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, cons. 32.

En conclusion, dès lors qu'elles ne méconnaissent, par ailleurs, ni la présomption d'innocence, ni le principe d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de la loi du 6 août 2015 précitée.