



Commentaire

Décision n° 2024-1087 QPC du 30 avril 2024

Groupement d'achat Édouard Leclerc

(Obligation de prévoir une marge d'erreur suffisante dans les contrats comportant des pénalités logistiques infligées aux fournisseurs)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 9 février 2024 par le Conseil d'État (décision n° 489395 du même jour) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la société Groupement d'achat Édouard Leclerc portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 441-17 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs.

Dans sa décision n° 2024-1087 QPC du 30 avril 2024, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 441-17 du code de commerce, dans cette rédaction.

I. – Les dispositions renvoyées

A. – Objet des dispositions renvoyées

1. – Les pratiques déloyales ou restrictives de concurrence

* Le droit français de la concurrence a été marqué, dès son origine, par l'idée que les relations entre fournisseurs et distributeurs sont déséquilibrées et que, au vu de leur incidence sur la formation des prix et sur le consommateur final, ces relations doivent être réglementées. Par conséquent, plutôt que de s'en remettre à la seule liberté contractuelle et au droit commun des obligations, les pouvoirs publics ont souhaité que ces relations fassent l'objet d'un encadrement spécifique.

À ce titre, à partir des années 1950 et afin de protéger le développement du commerce moderne, ont été prohibées certaines pratiques qualifiées de « restrictives de concurrence »¹ et considérées comme « déloyales » telles que,

¹ Les pratiques « restrictives de concurrence » se voient sanctionnées pour elles-mêmes, sans condition tenant à leurs effets réels sur le marché, et se distinguent ainsi de celles dites « anti-concurrentielles », régies par le titre II du livre IV du code de commerce (ententes illicites, abus de position dominante, etc.).

notamment, les prix imposés, les augmentations discriminatoires de prix ou les refus de vente.

Ces règles ont été reprises par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence², remaniées par la loi « Galland »³ de 1996 et codifiées en 2000⁴. Elles sont désormais régies par les dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce – intitulé « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* » – que le législateur a régulièrement modifiées, les complétant au fur et à mesure que se développaient des comportements qu'il souhaitait voir cesser ou de nouvelles pratiques tentant de contourner de précédentes interdictions.

En l'état du droit, les articles L. 442-1 et suivants du code de commerce énoncent une série de pratiques prohibées car réputées restrictives de concurrence⁵, parmi lesquelles figurent notamment : l'obtention d'avantages sans contrepartie ou disproportionnés⁶, l'imposition d'un déséquilibre significatif dans les relations commerciales⁷, l'imposition de pénalités logistiques abusives⁸, la rupture brutale de relations commerciales établies⁹, la violation des obligations résultant du droit de l'Union européenne encadrant des activités d'intermédiation¹⁰, la violation de certaines interdictions de revente hors réseau¹¹ ou encore la fixation de prix abusivement bas pour les produits agricoles et les denrées alimentaires¹².

* Le législateur a doté l'administration de certaines prérogatives afin d'assurer le contrôle des acteurs économiques susceptibles de se livrer à ces pratiques et d'en obtenir la cessation, lorsqu'elles sont illicites.

En vertu de l'article L. 470-1 du code de commerce, les agents habilités à constater les infractions et manquements au titre IV du livre IV de ce code disposent d'un pouvoir d'injonction : ils peuvent notamment enjoindre aux professionnels concernés de se conformer à leurs obligations, de faire cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite¹³.

² Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ; voir notamment son titre IV (« De la transparence et des pratiques restrictives »).

³ Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

⁴ Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce.

⁵ Le code de commerce énonce également une série de clauses prohibées susceptibles d'être frappées de nullité (notamment la revente à perte, visée à l'article L. 442-5, et l'imposition d'un prix minimal de revente, visée à l'article L. 442-6).

⁶ 1° du paragraphe I de l'article L. 442-1 du code de commerce.

⁷ 2° du paragraphe I de l'article L. 442-1 du code de commerce.

⁸ 3° du paragraphe I de l'article L. 442-1 du code de commerce.

⁹ Paragraphe II de l'article L. 442-1 du code de commerce.

¹⁰ Paragraphe III de l'article L. 442-1 du code de commerce.

¹¹ Article L. 442-2 du code de commerce.

¹² Article L. 442-7 du code de commerce.

¹³ Paragraphe I de l'article L. 470-1 du code de commerce. L'injonction intervient après une procédure contradictoire et l'administration doit impartir un délai raisonnable au professionnel pour s'y conformer.

Cette injonction peut être assortie d'une astreinte journalière¹⁴, lorsqu'elle est notifiée à raison d'un manquement passible d'une amende civile.

Enfin, en cas d'inexécution ou d'exécution tardive, elle peut faire l'objet d'une mesure de publicité¹⁵.

* Les pratiques restrictives de concurrence sont en outre de nature à engager la responsabilité de leur auteur et font essentiellement l'objet d'un contentieux de nature civile¹⁶.

Prévue par l'article L. 442-4 du code de commerce, l'action en responsabilité est portée devant les juridictions civiles ou commerciales compétentes, qui peuvent le cas échéant ordonner certaines mesures conservatoires ou provisoires par la voie du référé. Elle peut être intentée par toute personne ayant un intérêt à agir, et notamment par la victime de telles pratiques, mais également par le président de l'Autorité de la concurrence, le ministère public ou le ministre chargé de l'économie.

La juridiction saisie peut ordonner, selon les cas, la cessation de la pratique en cause, la réparation du préjudice subi, le constat de la nullité des clauses ou contrats illicites ou encore la restitution des avantages indus.

En outre, à la demande du ministère public ou du ministre chargé de l'économie, la juridiction peut prononcer une amende civile¹⁷.

¹⁴ 1 du paragraphe III de l'article L. 470-1. Le montant de l'astreinte ne peut excéder 0,1 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos. Le total des sommes demandées au titre de la liquidation de l'astreinte ne peut être supérieur à 1 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes réalisé au cours du dernier exercice clos.

¹⁵ 2 du paragraphe III de l'article L. 470-1. Ultérieurement, ces dispositions ont été modifiées par la loi n° 2022-1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat qui a renvoyé au décret le soin de préciser certaines modalités de mise en œuvre de cette mesure et introduit en outre la possibilité de la prononcer dès le stade de l'injonction initiale.

¹⁶ Notons par ailleurs que, pour réprimer spécifiquement certaines pratiques restrictives de concurrence, le législateur a pu parfois ponctuellement prévoir, de façon expresse, des sanctions administratives, voire pénales (notamment des amendes délictuelles).

¹⁷ Le montant de cette amende, prévue aux quatre derniers alinéas du paragraphe I de l'article L. 442-4 du code de commerce, ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants : cinq millions d'euros, ou le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus, ou 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 pratiques ont été mises en œuvre.

2. – L’encadrement des pénalités logistiques

* Les pénalités logistiques désignent, dans le domaine de la distribution¹⁸, des pénalités appliquées en vertu de stipulations contractuelles entre professionnels par lesquelles distributeurs ou fournisseurs peuvent exiger de leur cocontractant une indemnisation en cas d’inexécution de certains engagements relatifs aux modalités de fourniture des biens (absence ou retard de livraison, par exemple, ou encore produits manquants ou non conformes dans les commandes livrées).

Concrètement, parce que de tels manquements dans la livraison sont susceptibles de perturber des chaînes d’approvisionnement fonctionnant désormais de plus en plus en flux tendus, voire d’occasionner des ruptures de stocks en aval, les distributeurs sont couramment amenés à négocier avec leurs fournisseurs des engagements portant sur des taux de service minimaux, dont ces pénalités ont ainsi pour objet d’assurer le respect¹⁹.

* Pendant longtemps, les pénalités logistiques n’ont pas, par elles-mêmes, fait l’objet d’un encadrement spécifique par le législateur :

- d’une part, les abus dans la fixation contractuelle des taux de service pouvaient être sanctionnés en tant que pratiques restrictives de concurrence, au titre de l’interdiction de soumettre ou tenter de soumettre un partenaire commercial à un « déséquilibre significatif »²⁰. La Cour de cassation avait par exemple approuvé une cour d’appel ayant retenu que, eu égard aux stipulations en cause et à leurs modalités d’application, une clause de taux de service minimum de 98,5 % instaurait un déséquilibre significatif des relations commerciales prohibé ;

- d’autre part, depuis 2005, l’ancien article L. 442-6 du code de commerce interdisait au distributeur de procéder au refus de marchandises et de déduire d’office les pénalités logistiques des montants dus aux fournisseurs²¹. Cette interdiction spécifique n’avait cependant pas été reprise en 2019 à l’article

¹⁸ Pour un éclairage sur ces notions de droit commercial, voir notamment : Commission d’examen des pratiques commerciales, « *Recommandation n° 19-1 relative à un guide des bonnes pratiques en matière de pénalités logistiques* » (17 janvier 2019).

¹⁹ Ces pénalités ont ainsi pu être décrites comme « *des sanctions pécuniaires, prenant la forme de prélèvements imposés aux fournisseurs par les distributeurs si ces derniers ne sont pas satisfaits de leur qualité de service* » (rapport n° 2268, tome I, présenté par M. Grégory Besson-Moreau au nom de la commission d’enquête de l’Assemblée nationale sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs, enregistré le 25 septembre 2019, p. 102).

²⁰ Pratique prohibée par le 2° du paragraphe I de l’article L. 442-1 (et antérieurement par le 2° du paragraphe I de l’ancien article L. 442-6). Sur cette notion et sa genèse, voir le commentaire de la décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils (Déséquilibre significatif dans les relations commerciales)*.

²¹ Voir le 8° du paragraphe I de l’article L. 442-6, dans sa rédaction résultant de l’article 48 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

L. 442-1 lors de la refonte des dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence²².

* Un premier encadrement législatif spécifique des clauses contractuelles prévoyant des pénalités logistiques a été opéré par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique. Il s'appuyait sur le rapport de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec leurs fournisseurs²³.

Le paragraphe I de l'article L. 442-1 du code de commerce, relatif aux pratiques restrictives de concurrence prohibées, avait été complété d'un 3° visant, d'une part, à rétablir explicitement l'interdiction des refus ou retour de marchandises d'office et des déductions d'office des pénalités logistiques opérées sur les montants dus aux fournisseurs, et, d'autre part, à interdire désormais également les pénalités disproportionnées au regard des manquements contractuels²⁴.

Les auteurs des amendements identiques à l'origine de ces dispositions²⁵ se référaient aux travaux de la commission d'enquête précitée, qui avait constaté une « *unanimité sur la croissance démesurée [du] nombre et [du] montant de ces pénalités logistiques* », favorisée par des exigences de taux de service rendant leur application quasiment automatique, relevant que les décisions étaient « *souvent peu justifiées* » et qu'il était « *fastidieux pour un vendeur de réclamer un remboursement* ». Parmi ses recommandations, afin de répondre aux dérives constatées, figurait le plafonnement du taux de service susceptible d'être fixé dans les contrats et la subordination de toute application de pénalités à la preuve d'un manquement²⁶.

* Poursuivant ce mouvement, la loi n° 2021-1357 du 18 octobre 2021 visant à protéger la rémunération des agriculteurs, dite « EGAlim 2 », est venue renforcer

²² Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. Ce faisant, le législateur entendait clarifier et resserrer la liste des pratiques restrictives de concurrence autour de deux pratiques « chapeaux » : l'avantage sans contrepartie et le déséquilibre significatif.

²³ Rapport d'enquête précité, tome 1, II. B. 1. b. « *Favoriser l'application proportionnée des pénalités logistiques* ».

²⁴ Constituait une pratique prohibée le fait : « *3° D'imposer des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels ou de procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison, à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant* ».

²⁵ Voir l'exposé des motifs des amendements en séance publique n° 127 de M. Grégory Besson-Moreau et plusieurs de ses collègues et n° 814 de M. Thierry Benoît et plusieurs de ses collègues.

²⁶ Le rapport formulait notamment comme proposition d'« *interdire de définir contractuellement un taux de service supérieur à 97 %* ».

l'encadrement législatif des clauses contractuelles comportant des pénalités logistiques.

D'une part, elle a réécrit le 3^o du paragraphe I de l'article L. 442-1 du code de commerce pour prévoir, de façon générale, que constitue désormais également une pratique restrictive de concurrence prohibée, qui engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait « *d'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas l'article L. 441-17* ».

Par le jeu de leur inclusion dans la liste des pratiques restrictives de concurrence prohibées, peuvent ainsi être mis en œuvre, pour mettre un terme à ce type de manquements, tant les pouvoirs de contrôle dont est dotée l'administration à cet effet (prévus à l'article L. 470-1) que l'action civile ouverte aux personnes intéressées (prévue par l'article L. 442-4)²⁷.

D'autre part, la loi « EGalim 2 » a créé une nouvelle section 4, au sein du chapitre I^{er} du titre IV du livre IV du code de commerce, composée des articles L. 441-17 à L. 441-19 et intitulée « *Pénalités logistiques* ».

Le nouvel article L. 441-17 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de cette loi, encadre la possibilité, pour les distributeurs, de prévoir contractuellement des pénalités logistiques à l'encontre des fournisseurs²⁸.

Le premier alinéa de son paragraphe I consacre la possibilité de prévoir la fixation de pénalités infligées à l'encontre des fournisseurs en cas d'inexécution d'engagements contractuels. Il précise cependant que le contrat doit prévoir « *une marge d'erreur suffisante au regard du volume de livraisons prévues par le contrat* » (***les dispositions objet de la décision commentée***). En outre, un délai suffisant doit être respecté pour informer l'autre partie en cas d'aléa.

Les autres dispositions de ce même paragraphe prévoient que le montant des pénalités infligées par le distributeur au fournisseur doit être plafonné²⁹ (deuxième alinéa). Sont interdits le refus ou le retour de marchandises, sauf en cas de

²⁷ Cf. *supra*.

²⁸ Il ressort notamment du rapport n° 828 de Mme Anne-Catherine Loisier, fait au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, déposé le 15 septembre 2021, que « *L'application par les distributeurs de pénalités logistiques s'apparente de plus en plus fréquemment à un véritable "centre de profit", les éloignant de leur objectif initial qui est de sanctionner et réparer un préjudice subi du fait de l'inexécution d'un engagement contractuel. / Alors que se multiplient les cas de pénalités dénuées de tout fondement, ou vaguement motivées par des motifs abstraits ou exagérés, il apparaît urgent de consacrer dans la loi un encadrement plus étoffé de ces pratiques. Si le bien-fondé de leur existence n'est pas remis en question, elles n'ont pas à être imposées dans le seul but d'améliorer la rentabilité de telle ou telle partie* ».

²⁹ Ces pénalités « *ne peuvent dépasser un montant correspondant à un pourcentage du prix d'achat des produits concernés* » et « *doivent être proportionnées au préjudice subi au regard de l'inexécution d'engagements contractuels* ». Est traduite ici l'exigence de proportionnalité introduite par la loi du 7 décembre 2020 précitée au 3^o du paragraphe I de l'article L. 442-1.

non-conformité ou de non-respect de la date de livraison (troisième alinéa), ainsi que le fait de déduire d'office de la facture les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'engagements contractuels (cinquième alinéa)³⁰. La preuve du manquement doit être apportée par tout moyen par le distributeur et le fournisseur doit disposer d'un délai raisonnable pour vérifier et, le cas échéant, contester la réalité du grief (quatrième alinéa). Concernant les causes de déclenchement de ces pénalités, en principe, seules les situations ayant entraîné des ruptures de stocks peuvent justifier leur application, mais, par dérogation, elles peuvent être appliquées par le distributeur dans d'autres cas dès lors qu'il démontre et documente par écrit l'existence d'un préjudice (sixième alinéa). Enfin, il doit être tenu compte des circonstances indépendantes de la volonté des parties, l'application de pénalités logistiques en cas de force majeure étant exclue (septième alinéa).

Le paragraphe II, qui traduit un principe de réciprocité, dispose que le distributeur ne peut exiger un délai de paiement des pénalités inférieur au délai de paiement qu'il applique lui-même à compter de la réception des marchandises.

* Les travaux parlementaires témoignent de ce que plusieurs options ont été envisagées pour parvenir à la formulation de l'obligation, figurant au premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 441-17, de prévoir une marge d'erreur suffisante lorsque le contrat inclut la possibilité d'infliger des pénalités logistiques au fournisseur.

Avant même l'introduction de ces dispositions au Sénat, avaient d'abord été repoussés ou retirés en commission à l'Assemblée nationale des amendements de plusieurs députés envisageant de poser un principe général d'interdiction des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels.

Par la suite, au Sénat, avait été également rejeté en séance publique un amendement visant à prévoir directement dans la loi un plafond – à savoir un taux maximum de service susceptible d'être retenu dans les contrats de distribution, fixé en l'espèce à 95 % – « *afin de prévoir une marge d'erreur suffisante et conforme à la réalité de la vie économique actuelle* »³¹.

La rapporteure, Mme Anne-Catherine Loisier, avait, comme le Gouvernement, donné un avis défavorable à cet amendement, soulignant que : « *Après avoir longuement débattu du sujet, la commission n'a finalement pas retenu cette option. En effet, la pertinence d'un taux de service fixé à 95 % ou à 98 % ne*

³⁰ Sont ainsi reprises également ici des exigences qui figuraient, dans l'état antérieur des textes, comme vu *supra*, d'abord à l'ancien article L. 442-6 du code de commerce, puis au 3° du paragraphe I de l'article L. 442-1.

³¹ Amendement n° 30 déposé par M. Montaugé et plusieurs de ses collègues.

s'apprécie pas de manière absolue, mais plutôt au regard du volume à livrer. Si un industriel doit livrer 100 000 bouteilles, il serait exagéré de fixer un taux de 99 % ; s'il doit livrer 2 000 produits, un taux de 98 % n'est pas disproportionné. / Par conséquent, la rédaction issue des travaux de la commission précise que la marge d'erreur doit être suffisante au regard du volume de livraisons qui est prévu. Le juge disposera ainsi [d']un outil d'appréciation. »

Enfin, alors que la version du texte issue de la commission du Sénat renvoyait à un décret le soin de préciser les modalités d'application de cet article, un amendement de séance de la rapporteure avait supprimé un tel renvoi, ces dispositions pouvant, selon elle, être directement appliquées³². À cet égard, la commission mixte paritaire a plutôt souhaité, par un nouvel article L. 441-19, prescrire la publication d'un « guide des bonnes pratiques », régulièrement actualisé, pour l'application de l'article L. 441-18. Selon le rapporteur pour l'Assemblée nationale, était ainsi visée « *la création d'un guide des bonnes pratiques par la DGCCRF sur les pénalités et les marges d'erreur minimales sur la rupture des stocks* », que la Présidente de la commission décrivait comme « *un outil suffisamment souple, qui pourra être révisé s'il n'est pas satisfaisant* »³³.

* Il peut être précisé que l'article L. 441-17 du code de commerce a, depuis lors, fait l'objet de modifications par la loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs (dite « EGalim 3 »)³⁴.

De son côté, la DGCCRF a publié en novembre 2023 des lignes directrices en matière de pénalités logistiques. Elles précisent notamment que : « *La marge d'erreur doit être déterminée entre les parties au contrat au cas par cas, au regard des caractéristiques des produits concernés, des modalités d'approvisionnement, des caractéristiques de l'entreprise qui fournit le distributeur et des volumes de livraison prévus au contrat ou, à défaut de volumes de livraison prévus au contrat, au regard des volumes effectivement livrés* »³⁵.

³² Amendement n° 155 déposé par Mme Loïsier au nom de la commission des affaires économiques.

³³ Rapport n° 3 de Mme Anne-Catherine Loïsier et n° 4511 de M. Grégory Besson-Moreau, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 4 octobre 2021.

³⁴ Cette loi n'a toutefois pas modifié les dispositions du premier alinéa relatives à l'exigence de prévoir une marge d'erreur suffisante lorsque le contrat inclut la possibilité d'infliger des pénalités logistiques au fournisseur. Par ailleurs, la commission des affaires économiques du Sénat a produit un rapport d'information « *rappelant l'intention du législateur sur l'application de l'article 7 de la loi visant à protéger la rémunération des agriculteurs relatif aux pénalités logistiques infligées par les distributeurs* » (rapport n° 595 de Mme Loïsier, déposé le 30 mars 2022).

³⁵ Lignes directrices de la DGCCRF en matière de pénalités logistiques, 3 novembre 2023, p. 5.

B. – Origine de la QPC et question posée

Dans le cadre d'une enquête relative aux pratiques mises en œuvre par la société coopérative Groupement d'achat Édouard Leclerc à l'égard de ses fournisseurs, l'administration avait constaté ce qu'elle estimait être des manquements en matière de pénalités logistiques.

Après lui avoir adressé une lettre d'information préalable et recueilli ses observations, l'administration avait, par une décision du 27 septembre 2022, enjoint à la société, sous astreinte journalière, de modifier certaines stipulations d'une convention conclue avec plusieurs de ses fournisseurs dans le cadre de négociations commerciales. À ce titre, il lui avait notamment été demandé, pour se conformer à l'article L. 441-17 du code de commerce, de prévoir une marge d'erreur suffisante au regard du volume de livraisons prévues par le contrat pour la fixation des pénalités liées à certains produits.

La société requérante avait demandé au tribunal administratif de Melun d'annuler cette décision. Dans ce cadre, elle avait soulevé une QPC portant sur les dispositions du paragraphe III de l'article L. 470-1 du code de commerce, de son article L. 441-17 et de son article L. 442-4, que le tribunal administratif avait transmise au Conseil d'État s'agissant des deux premiers articles.

Dans sa décision du 9 février 2024 précitée, le Conseil d'État, après avoir rappelé la teneur de certaines des dispositions des articles L. 441-17, L. 442-1, L. 442-4 et L. 470-1 du code de commerce, avait relevé qu'« *Il résulte de ces dispositions que, lorsque le contrat qui unit le distributeur au fournisseur prévoit l'application de pénalités logistiques, la méconnaissance de l'obligation, définie à l'article L. 441-17 du code de commerce, de prévoir également au contrat une "marge d'erreur suffisante" au regard du volume de livraisons prévues, engage la responsabilité du distributeur et est passible, pour lui, de l'amende civile prévue à l'article L. 442-4 du même code, laquelle constitue une sanction ayant le caractère d'une punition* ».

Il avait alors jugé que le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article L. 441-17 du code de commerce « *portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au principe de légalité des délits résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en tant qu'elles ne définissent par la "marge d'erreur suffisante" que le distributeur est tenu d'accorder à son fournisseur dans les contrats conclus avec lui, soulève une question présentant un caractère sérieux* ».

Il avait dès lors renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution de l'article L. 441-17 du code de commerce.

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

* La société requérante, rejointe par la partie intervenante, reprochait aux dispositions renvoyées de ne pas définir précisément la « *marge d'erreur suffisante* » que doit prévoir tout contrat comportant des pénalités logistiques, alors que le manquement à cette obligation expose son auteur à certaines sanctions. Il en résultait, selon elles, une méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines. Pour les mêmes motifs, elles soutenaient que ces dispositions étaient entachées d'incompétence négative dans des conditions affectant ce même principe ainsi que la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre et, selon la partie intervenante, la liberté individuelle.

Au regard de ces griefs, le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait uniquement sur la deuxième phrase du premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 441-17 du code de commerce (paragr. 3).

* Le Conseil a par ailleurs relevé que les autres griefs soulevés par la partie intervenante ne portaient pas sur les dispositions contestées – mais sur des dispositions introduites ultérieurement au sein de l'article L. 441-17 par la loi dite « EGalim 3 » – et n'y a donc pas répondu (paragr. 4).

A. – La jurisprudence constitutionnelle sur le principe de légalité des délits et des peines

Le principe de légalité des délits et des peines découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen 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* ». Sa valeur constitutionnelle a été affirmée dès la décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981³⁶.

Ainsi que le Conseil a déjà eu l'occasion de le rappeler expressément, il résulte de sa jurisprudence constante que « *le principe de légalité des peines, qui découle de cet article, s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition et non aux seules peines prononcées par les juridictions répressives. En vertu de ce principe, le législateur ou, dans son domaine de compétence, le pouvoir réglementaire, doivent fixer les sanctions ayant le caractère d'une punition en des termes suffisamment clairs et précis* »³⁷.

³⁶ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 7.

³⁷ 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)*, paragr. 6.

Ce principe s'impose ainsi à l'ensemble des dispositions répressives, et non pas seulement à la matière pénale au sens strict.

* À ce titre, le Conseil constitutionnel a déjà examiné à plusieurs reprises des dispositions prévoyant des amendes civiles en cas de non-respect d'obligations pesant sur des acteurs commerciaux.

– Dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011³⁸, le Conseil a déclaré conforme à la Constitution une première version des dispositions punissant d'une amende le déséquilibre significatif des relations commerciales, dont le montant pouvait atteindre deux millions d'euros ou être porté au triple du montant des sommes indûment versées.

– Dans la décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, le Conseil s'est prononcé, sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines, sur les dispositions de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre instituant à leur encontre une amende civile d'un montant maximal de dix millions d'euros en cas de méconnaissance des obligations de vigilance qu'elles faisaient peser sur elles³⁹.

– Dans sa décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, le Conseil s'est à nouveau prononcé, à la faveur d'un changement des circonstances, sur l'amende civile encourue au titre du déséquilibre significatif des relations commerciales⁴⁰.

– Plus récemment, dans sa décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022⁴¹, le Conseil a été saisi des dispositions du 1° du paragraphe I de l'article L. 442-1 du code de commerce prévoyant qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie.

* Il résulte de la jurisprudence constante en la matière qu'en vertu du principe de légalité des délits et des peines, « *le législateur ou, dans son domaine de*

³⁸ Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils (Déséquilibre significatif dans les relations commerciales)*.

³⁹ Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, paragr. 7.

⁴⁰ Décision n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018, *Société Interdis et autres (Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II)*.

⁴¹ Décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022, *Société Amazon EU (Avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné)*.

compétence, le pouvoir réglementaire, doivent fixer les sanctions ayant le caractère d'une punition en des termes suffisamment clairs et précis »⁴².

Cette exigence d'une définition suffisamment claire et précise des éléments constitutifs des infractions et des sanctions ne s'impose au législateur lui-même que dans les domaines relevant de sa compétence exclusive. Il en est ainsi en matière pénale puisque l'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant « *la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables* ». Il peut en être également ainsi en dehors de la matière pénale, si la sanction met en cause des principes fondamentaux relevant de l'article 34 de la Constitution.

Toutefois, si le législateur a édicté une punition relevant normalement du domaine réglementaire, il lui appartient alors évidemment de définir celle-ci en des termes clairs et précis.

Dans les autres cas, c'est au pouvoir réglementaire qu'il revient de fixer les sanctions ayant le caractère d'une punition en des termes suffisamment clairs et précis⁴³.

En dehors de la matière pénale, le Conseil constitutionnel a ainsi déjà admis que l'exigence de définition des infractions se trouve satisfaite, en matière disciplinaire, « *dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent* »⁴⁴. Le Conseil a jugé qu'il en allait de même, en matière de sanctions administratives, « *par la référence aux obligations auxquelles* » le titulaire d'une autorisation administrative ou le responsable d'une fonction publique « *est soumis en vertu des lois et règlements* »⁴⁵.

* En matière d'amende civile, l'exigence de définition de l'incrimination pèse sur le législateur lorsque la sanction met en cause des principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales au sens de l'article 34 de la Constitution⁴⁶.

En ce sens, dans sa décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, le Conseil a censuré, sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines, les

⁴² 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)*, paragr. 6.

⁴³ Pour un rappel sur ce point, voir la décision n° 2017-630 QPC précitée.

⁴⁴ Décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *M. Michel G. (Discipline des vétérinaires)*, cons. 7.

⁴⁵ Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 37, et n° 2011-210 QPC du 13 janvier 2012, *M. Ahmed S. (Révocation des fonctions de maire)*, cons. 4.

⁴⁶ Voir, par exemple, les décisions n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 précitée, cons. 3, et n° 2018-749 QPC du 30 novembre 2018 précitée, paragr. 8.

dispositions de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre instituant à leur encontre une amende civile, en raison des lacunes relevées dans la définition de l'obligation de mise en œuvre de « *mesures de vigilance raisonnable* » qu'elles faisaient peser sur ces dernières, mais aussi dans la délimitation des normes de référence que devaient prendre en compte les sociétés dans l'élaboration et la mise en œuvre de leur plan de vigilance. À cela s'ajoutaient l'imprécision du périmètre des partenaires économiques qui devaient entrer dans le champ d'application du plan de vigilance ainsi que l'imprécision relative à l'éventualité d'un cumul de l'amende civile pour chaque manquement à l'obligation définie.

Le Conseil a jugé, en conséquence, que « *Compte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des "droits humains" et des "libertés fondamentales" et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis* »⁴⁷.

* Si l'obligation de définir les infractions en termes clairs et précis pèse au premier chef sur le législateur, il ressort de la jurisprudence du Conseil que des incriminations fondées sur des notions qu'il appartient au juge d'interpréter pour apprécier les situations de fait en relevant n'en sont pas pour autant des incriminations arbitraires⁴⁸.

– Par exemple, dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011⁴⁹, relative aux dispositions de l'ancien article L. 442-6 du code de commerce prohibant le déséquilibre significatif des relations commerciales, le Conseil constitutionnel a admis que l'exigence de précision était satisfaite par la référence à la notion de « *déséquilibre significatif* ». Il a relevé que cette notion, reprenant les termes d'une directive européenne, existait déjà dans le code de la consommation, que son contenu était précisé par la jurisprudence et, en outre, que la juridiction saisie pouvait consulter la commission d'examen des pratiques commerciales, composée des représentants des secteurs économiques intéressés.

⁴⁷ Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 précitée, paragr. 13.

⁴⁸ Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (HADOPI)*, cons. 29 ; décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre (Immunité pénale en matière de courses de taureaux)*, cons. 5.

⁴⁹ Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 précitée, cons. 4.

Par conséquent, il a jugé 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* ».

– Plus récemment, dans la décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022⁵⁰, le Conseil a jugé que la notion d’avantage « *manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* », figurant à l’article L. 442-1 du code de commerce, « *ne présente pas de caractère imprécis ou équivoque* ».

Le commentaire de cette décision relevait, dans la continuité de la décision n° 2010-85 QPC précitée, que la notion d’avantage manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie était « *une notion reposant sur des termes courants utilisés dès 2001 par le législateur dans le but de prohiber certaines pratiques commerciales entre fournisseurs et distributeurs, et qui reprend un standard juridique classique* ».

Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil témoigne de ce que, en la matière, il a parfois pu tenir compte des précisions apportées non seulement par la jurisprudence⁵¹, mais aussi par d’autres textes⁵², ou même de l’emplacement des dispositions dans la loi ou le code⁵³.

B. – L’application à l’espèce

Après avoir énoncé les termes de l’article 8 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a rappelé les exigences attachées au principe de légalité des délits et des peines, qui ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s’étend à toute sanction ayant le caractère d’une punition. Il en découle que « *le législateur ou, dans son domaine de compétence, le pouvoir réglementaire, doivent fixer les sanctions ayant le caractère d’une punition en des termes suffisamment clairs et précis* » (paragr. 5).

⁵⁰ Décision n° 2022-1011 QPC du 6 octobre 2022 précitée, paragr. 9.

⁵¹ Voir par exemple, sur la notion d’infractions commises en « bande organisée », la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation aux évolutions de la criminalité*, cons. 13 : « *la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté les précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs* ».

⁵² Voir par exemple la décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

⁵³ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 20. Le Conseil observe que : « *il résulte nécessairement de la place de ces dispositions dans une loi tendant à assurer la transparence financière des entreprises de presse que l’interdiction de prête-nom visée par ces dispositions ne concerne, sans préjudice de semblable interdiction en d’autres matières, que les actes de prête-nom pouvant porter atteinte aux règles de transparence financière intéressant les entreprises de presse* ».

Puis, le Conseil s'est attaché à resituer les dispositions contestées dans leur cadre législatif, en relevant qu'en application des articles L. 442-1 et L. 442-4 du code de commerce, le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, d'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas les prescriptions de l'article L. 441-17 du même code, est sanctionné par une amende civile (paragr. 6). Il a ensuite précisé que, selon les dispositions contestées de ce dernier article, le contrat fixant des pénalités logistiques dues au distributeur par le fournisseur en cas d'inexécution d'engagements contractuels doit prévoir une marge d'erreur suffisante (paragr. 7).

Une originalité de la présente affaire était à cet égard que, pour apprécier la portée des dispositions contestées de l'article L. 441-17 du code de commerce, il convenait de tenir compte d'un double jeu de renvoi figurant au 3^o du paragraphe I de l'article L. 442-1 du même code – qui prévoit qu'engage la responsabilité de son auteur le fait « *d'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas l'article L. 441-17* » – et à l'article L. 442-4 – qui prévoit la possibilité d'infliger une amende civile. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité était ainsi dirigé contre les dispositions législatives qui définissent une obligation positive, et non directement contre celles qui interdisent symétriquement de méconnaître cette obligation, ni contre celles qui prévoient la sanction de la méconnaissance de cette interdiction.

Le grief n'en étant pas moins opérant, il revenait au Conseil d'examiner si l'obligation instituée était prévue avec suffisamment de précision par les dispositions contestées pour exclure le risque d'arbitraire dans le prononcé d'une amende civile.

S'appuyant sur le contenu de l'article L. 441-17, le Conseil a souligné qu'il résulte des termes mêmes de ces dispositions « *que le caractère suffisant de la marge d'erreur doit s'apprécier au cas par cas au regard du volume de livraisons prévues par le contrat* ». Dans la lignée de sa décision n° 2022-1011 QPC précitée, il en a déduit que « *la notion de "marge d'erreur suffisante" ne présente pas de caractère imprécis ou équivoque* » (paragr. 8).

La solution se justifie ici par le constat que la notion même de « *marge d'erreur* » ne fait que reprendre des termes d'usage courant et peut ainsi être d'autant plus facilement comprise par des professionnels que le législateur a pris soin de prévoir qu'elle doit être rapportée aux volumes de livraison stipulés⁵⁴.

⁵⁴ Il peut par ailleurs être observé que la notion de « *taux de service excessif* » – qui est l'exact miroir en droit de la distribution de la notion de « *marge d'erreur suffisante* » – a déjà été précisée par les juridictions commerciales.

Le Conseil a donc jugé qu'en faisant référence à cette notion, le législateur avait « défini avec une précision suffisante les éléments essentiels de l'obligation dont, sous le contrôle du juge, la méconnaissance est sanctionnée », s'inscrivant ainsi dans la continuité de ses décisions n^{os} 2010-85 et 2022-1011 QPC précitées (paragr. 9).

Il a par conséquent écarté le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines (paragr. 10).

Les dispositions contestées n'étant pas entachées d'incompétence négative et ne méconnaissant aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel les a déclarées conformes à la Constitution (paragr. 11).