

CONCLUSIONS

Mme Céline Guibé, Rapporteuse publique

Le droit de la négociation commerciale organisé au sein du titre IV du livre IV du code du commerce comporte des dispositions pour le moins originales dans une économie de marché : distributeurs et fournisseurs sont tenus, sous peine d'amende, de conclure une convention écrite qui formalise l'ensemble des obligations réciproques auxquelles ils se sont engagés à l'issue de la négociation commerciale¹. Cette convention, conclue pour une durée d'un, de deux ou de trois ans, au plus tard le 1^{er} mars de l'année pendant laquelle elle prend effet, doit préciser les conditions de l'opération de vente, y compris les réductions de prix, les services de coopération commerciale fournis par le distributeur, tels, par exemple, que le placement du produit en tête de gondole ou sa promotion publicitaire, ainsi que les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale.

Au même titre que les règles de transparence tarifaire, le formalisme de la convention unique a pour but de prévenir les pratiques restrictives de la concurrence entre professionnels, tout particulièrement dans le secteur de la grande distribution alimentaire².

Le dispositif a connu de nombreuses réformes au cours des dernières années. La plus significative est intervenue à l'occasion de la loi du 17 mars 2014³ relative à la consommation, dite « loi Hamon » : pour assurer l'effectivité de la sanction, le législateur a substitué un régime d'amende administrative à l'ancien régime de l'amende pénale, qui n'était presque jamais appliquée. Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu une convention unique dans les délais prévus est désormais passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale.

¹ La formalisation dans une convention unique a été introduite à l'article L. 441-7 du code de commerce par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite « loi Châtel ». Ces obligations ont ensuite été transférées aux articles L. 441-3 et L. 441-4 de ce code par l'ordonnance n° 2019-359.

² Rapport au Président de la République relatif à l'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.

³ Art. 121 de la loi n° 2014-344.

Les règles entourant le prononcé de ces amendes par les services de la DGCCRF sont communes à celles de l'ensemble des amendes administratives sanctionnant les infractions au titre IV du livre IV du code de commerce, à l'instar, par exemple, des règles relatives aux délais de paiement. Si le législateur a, dès 2014, autorisé le cumul des amendes relevant de ce titre dans le cas de manquements en concours, ce cumul s'opérait, initialement, dans la limite du maximum légal le plus élevé⁴. Ainsi que l'avait expliqué le ministre B. Hamon lors du débat parlementaire, ce plafonnement était inspiré des règles de cumul applicables en droit pénal⁵.

Mais, constatant son inadaptation à l'issue des premiers mois de mise en œuvre du nouveau régime, le législateur a supprimé ce plafond dans le cadre de la loi du 9 décembre 2016, dite « Sapin II »⁶. Les travaux préparatoires relèvent que celui-ci aurait permis aux professionnels contestant systématiquement les amendes prononcées à leur encontre d'échapper en pratique à toute sanction administrative une fois atteint le plafond limitant leur cumul, le bénéfice de cette impunité pouvant s'étendre sur plusieurs années par le jeu des délais d'épuisement des voies de recours⁷. Saisie pour avis sur le projet de loi, votre Assemblée générale a écarté toute disproportion manifeste liée à cette suppression, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur en matière de fixation de sanctions⁸.

Ces dispositions, initialement inscrites au VIII de l'article L. 465-2 du code de la consommation, et transférées sans modification depuis le 11 mars 2017 au VII de son article L. 470-2⁹, sont contestées par la société Eurelec Trading par la voie de la présente QPC, qui vous a été transmise par le tribunal administratif de Paris. Rejoignant les critiques d'une partie de la doctrine¹⁰, la société soutient que, du fait de la suppression de la mention relative au cumul, elles méconnaissent les principes de légalité et de proportionnalité des peines garantis par l'article 8 de la Déclaration de 1789.

Les dispositions contestées sont bien applicables au litige. La requérante, société coopérative de droit belge, est une entreprise commune constituée entre le « mouvement » français E. Leclerc et le groupe allemand Rewe. A la suite d'une enquête portant sur les années 2016 à 2019, les services de la DIRECCTE d'Ile-de-France ont estimé qu'elle avait été créée dans le but de délocaliser artificiellement les négociations avec les fournisseurs du groupe Leclerc en Belgique. Ils ont considéré que la loi française était, malgré tout, applicable aux contrats de vente de produits destinés aux consommateurs français, et ont relevé 21 manquements à l'obligation de conclure, avec autant de fournisseurs, une convention unique avant la date

⁴ VIII de l'article L. 465-2 du code de la consommation, dans sa version issue de la loi Hamon.

⁵ Débats de la séance du 13 septembre 2013.

⁶ Art. 123 de la loi n° 2016-1691.

⁷ Etude d'impact, p. 141 et s.

⁸ Avis n° 391262 du 24 mars 2016.

⁹ Par l'article 2 de l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017.

¹⁰ J.-C. Grall et T. Bussonnière, Les sanctions administratives en droit de la transparence tarifaire et des pratiques restrictives de concurrence : premier bilan et perspectives, RLC 2016/53, n° 3031.

butoir annuelle. Alors que la société Eurelec aurait encouru une sanction pécuniaire plafonnée à 375 000 € sous l'empire des dispositions antérieures à la loi « Sapin II », l'administration lui a infligé, le 28 août 2020, autant d'amendes que de conventions irrégulièrement conclues, pour un montant total de 6,34 millions d'euros. La QPC vous a été transmise dans le cadre du recours en annulation formé contre cette décision de sanction, adoptée sur le fondement des dispositions contestées.

Si le Conseil constitutionnel s'est, par ailleurs prononcé sur la conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 465-2 du code de commerce, et, notamment, sur le caractère proportionné des amendes qu'elles prévoient, c'est dans leur version initiale issue de la « loi Hamon » qui précisait que le cumul s'opérait dans la limite du maximum légal le plus élevé¹¹. Compte tenu du renforcement considérable des pouvoirs répressifs de l'administration qu'elle autorise, la suppression de ce plafond par la « loi Sapin II », qui n'a pas fait, sur ce point, l'objet d'un contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel¹², permet que soit posée une nouvelle QPC.

Par son premier grief, la société requérante critique l'imprécision de la notion de « manquement en concours », qu'elle estime contraire au principe de légalité des peines.

Elle soutient qu'à l'origine, cette notion était éclairée par la mention de l'exécution des sanctions « dans la limite du maximum le plus élevé », dont elle déduit que le législateur n'avait entendu permettre le cumul que dans l'hypothèse où étaient poursuivis des manquements de nature différentes, relevant de textes d'incrimination différents. Selon elle, la suppression de la mention relative au plafond ne permet plus de comprendre si le cumul s'applique uniquement dans cette hypothèse ou également en cas de manquements de nature identique, c'est-à-dire en cas d'infractions répétées à une même obligation.

La prémisse de cette critique, fondée sur une interprétation restrictive de la portée du texte originel, est erronée. Comme nous l'avons dit, le législateur a entendu en 2014 se référer aux concepts du droit pénal. S'il a fait le choix de définir un régime unique pour les manquements constatés au cours d'une même procédure ou à l'occasion de procédures séparées, la rédaction initiale de l'article L. 465-2 du code de commerce est directement inspirée de celle de l'article 132-4 du code pénal, relatif à la réduction au maximum légal des peines de même nature successivement prononcées pour des infractions en concours¹³. Or, en droit pénal, le concours d'infractions peut être constaté, dans le cas de peines successives comme de peines simultanées, aussi bien lorsque les faits en cause relèvent de qualifications différentes que lorsqu'il s'agit d'actes répétés relevant d'un même texte d'incrimination. Aucune distinction

¹¹ Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014.

¹² Dans sa décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016 (pts 83 et s.), le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur les alinéas de l'article 123 de la loi Sapin II relatifs aux délais de paiement, mais non sur le c) du 3° du I relatif à la suppression du plafond.

¹³ En droit pénal, le principe est celui du non-cumul des peines de même nature en cas d'unité de poursuites (article 132-3 du code pénal) et celui de l'exécution cumulative des peines dans la limite du maximum légal le plus élevé en cas de pluralité de poursuites (article 132-4 du code pénal).

n'est faite, sur ce point, par l'article 132-2 du code pénal, selon lequel il y a concours d'infractions « *lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction* ».

De la même manière, il y a manquement en concours, au sens de l'article L. 465-2, devenu L. 470-2 du code de commerce, lorsqu'un manquement mentionné au titre IV du livre IV est commis par une personne avant que celle-ci n'ait été définitivement sanctionnée pour un autre, qu'il s'agisse de manquements répétés à la même règle ou de manquements à des règles distinctes. La lettre du texte nous paraît dépourvue de toute ambiguïté, en ce qu'elle permet d'additionner les amendes dans un cas comme dans l'autre, conformément à l'intention du législateur qui a entendu assurer une répression effective des infractions répétées.

Ce premier grief ne nous paraît donc pas sérieux.

Par son second grief, la société requérante invoque la méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité des peines.

Elle relève que l'absence de règle de non-cumul autorise l'application d'une sanction d'un montant théorique illimité, en l'occurrence autant de fois qu'une convention n'a pas été conclue avec un fournisseur avant la date-butoir annuelle. Ce montant serait d'autant plus disproportionné au regard de la gravité des manquements que le formalisme de la convention unique aurait pour unique but de faciliter les contrôles par l'administration des relations entre distributeurs et fournisseurs, objectif mis en avant au cours des débats parlementaires qui ont entouré l'adoption des lois « Hamon » et « Sapin II ».

Cette dernière affirmation est inexacte. Les travaux préparatoires de la loi du 3 janvier 2008, qui a imposé la convention unique, révèlent que la fixation d'une date butoir de conclusion en début d'année civile répond à la volonté d'inciter les opérateurs à faire aboutir la négociation commerciale le plus vite possible et de mettre fin aux dérives précédemment constatées, les distributeurs jouant les prolongations pour réajuster en cours d'année des engagements qui ne les satisfaisaient plus tout en faisant rétroagir ces modifications au 1^{er} janvier¹⁴. Si l'on parle ainsi de « formalisme contractuel », ces règles ne constituent pas une obligation purement formelle mais bien une garantie au fond, dont l'objet est de protéger la partie faible de la négociation commerciale¹⁵.

Relevons d'emblée que le Conseil constitutionnel n'a jamais reconnu, dans le champ pénal, un principe constitutionnel qui limiterait le cumul des peines en cas de concours d'infractions. Il convient à cet égard, de distinguer le principe du *non bis in idem*, qui s'applique à la

¹⁴ Rapport n° 412 de M. Michel Raison sur le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, au nom de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale.

¹⁵ Sur l'objet de l'encadrement des règles de négociation commerciale, v. L. Vogel, « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », AJ contrat 2019 p.208.

sanction de mêmes faits, du principe de non-cumul, qui s'applique à la sanction de faits distincts.

La jurisprudence constitutionnelle ne prohibe pas tout cumul sur le premier terrain. Elle interdit toutefois, comme contraire au principe de nécessité des peines, qu'une même personne puisse faire l'objet de plusieurs poursuites tendant à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux. Lorsque le cumul de poursuites est autorisé, le principe de proportionnalité implique que le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues¹⁶.

Cependant, n'est pas ici en cause le cumul de peines à raison des mêmes faits, mais de faits distincts, désigné comme un concours réel d'infractions. Et le Conseil constitutionnel n'a jamais posé de limite au cumul de poursuites et de sanctions dans cette dernière hypothèse. La règle ancienne selon laquelle le non-cumul en matière de crimes et délits n'a pas de valeur législative et qu'il peut donc y être dérogé par la loi, issue de la décision du 30 juillet 1982 (décision n° 82-143 DC, point 13), est donc toujours valable en tant qu'elle s'applique aux manquements en concours. On relèvera aussi, par analogie, que tant la Convention européenne des droits de l'homme que la Charte des droits fondamentaux en droit de l'Union se bornent à imposer une limitation au cumul de sanctions infligées à raison de mêmes faits¹⁷.

Le législateur a prévu de nombreuses exceptions au principe de non-cumul des peines en cas de concours réel d'infractions, s'agissant pour l'essentiel de sanctions pécuniaires. L'article 132-7 du code pénal permet de cumuler les amendes contraventionnelles, entre elles ou avec une peine criminelle ou correctionnelle. En droit de la consommation, on trouve nombre d'amendes qui peuvent être infligées autant de fois que de produits pour lesquels une infraction a été commise¹⁸. On trouve également des textes spécifiques permettant le cumul de peines correctionnelles, par exemple en droit du travail, notamment en matière d'hygiène et de sécurité¹⁹, ou d'emploi de main d'œuvre étrangère²⁰, la peine d'amende étant alors multipliée par le nombre de salariés concernés, ou encore en matière d'affichage, l'amende étant appliquée autant de fois que de publicités ou d'enseignes apposées illégalement²¹.

¹⁶ V., notamment, décisions n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, §19, n° 2016-550 QPC du 1^{er} juillet 2016, §6, et, en dernier lieu, n° 2021-953 QPC du 3 décembre 2021.

¹⁷ Article 4 du protocole n°7 à la CEDH (v. notamment, Cour EDH, 15 novembre 2016, A. et B. c/ Norvège, n° 24130/11) et article 50 de la Charte (v. notamment CJUE, 20 mars 2018, C-537/16).

¹⁸ Ont par exemple été admises par la Cour de cassation l'application d'autant d'amendes que de guirlandes vendues avec une notice d'utilisation rédigée en langue étrangère (Cass. crim., 26 avril 2000, n° 98-86.408) ; d'autant d'amendes que d'articles faisant l'objet d'une publicité pour des produits en réalité indisponibles (Cass. crim. 15 avril 2008, n° 07-86.777) ou encore d'autant d'amendes que de denrées alimentaires vendues après la date limite de consommation (Cass. crim, 12 juin 2019, n° 18-82.707).

¹⁹ Article L. 4741-1 du code du travail.

²⁰ Article L. 8256-2 du code du travail.

²¹ Article L. 581-34 du code de l'environnement.

Certes, ainsi que le relève la requérante, le montant des amendes concernées – 15.000 euros maximum pour les amendes contraventionnelles infligées aux personnes morales²² - est, en règle générale, bien plus modeste que celui des amendes administratives prévues par le code de commerce - qui s'élève à 375000 € en cas d'infraction aux règles relatives au formalisme contractuel mais atteint 2 millions d'euros en cas d'infraction aux règles relatives aux délais de paiement. Il n'en demeure pas moins que le montant cumulé d'amendes peut, dans d'autres hypothèses, être également conséquent, par exemple, en cas d'infractions à la réglementation du travail commises par un gros employeur et concernant l'ensemble de ses salariés. En l'occurrence, le montant des amendes en litige est à la mesure de la surface financière des principaux opérateurs concernés, la faculté de cumul étant un facteur essentiel de dissuasion et de répression des pratiques prohibées.

Est-ce à dire que la décision du Conseil constitutionnel n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, qui admet la proportionnalité de l'amende applicable à raison d'un manquement individuel donné aux règles du formalisme contractuel, épuise le débat de la proportionnalité ? C'est la thèse du ministre, qui indique que le cumul ne s'applique que dans la limite des manquements constatés, dont le nombre est, par définition, limité par le nombre de conventions conclues. La proportionnalité de la sanction devrait, ainsi, s'apprécier amende par amende exclusivement, la gravité de chaque manquement étant fonction du nombre de jours de retard dans la signature de la convention en cause, et son ampleur mesurée au regard du chiffre d'affaires lié à celle-ci.

Dans ses observations auprès du Conseil constitutionnel à l'occasion de sa saisine *a priori* sur la loi « Sapin II », le gouvernement avançait, cependant, une position plus nuancée, en précisant que la suppression du plafond n'avait pas pour objet de permettre aux agents de la DGCCRF de cumuler automatiquement les sanctions s'attachant à la méconnaissance des règles commerciales lorsqu'un grand nombre d'infractions est constaté à l'occasion d'une unique procédure de contrôle. Il précisait que l'administration fixerait alors l'amende de manière globale, sans additionner les amendes applicables à chaque infraction, ce qui, comme il peut être constaté dans le cas d'espèce, ne correspond pas tout à fait à sa pratique, même si elle ne retient pas systématiquement le plafond de 375 000 € pour chaque manquement individuel.

Nous pensons, pour notre part, qu'il y a bien place pour un contrôle de proportionnalité, non seulement au stade de la détermination de chaque amende, mais également au stade de l'appréciation du bien-fondé de leur exécution cumulative. Pour autant, nous ne pensons pas que le principe constitutionnel de proportionnalité impose au législateur, de limiter, *a priori*, les effets potentiels d'un cumul de sanctions administratives en cas de manquements distincts, dans la mesure où ce contrôle relève, par essence, de l'office du juge et participe à la mise en œuvre du principe d'individualisation des peines. La loi ne prévoit en effet aucune addition mécanique des amendes, pas plus que la fixation automatique de chacune d'entre elles au plafond légal. Elle n'a donc pas pour effet, par elle-même, d'entraîner l'application de peines

²² Articles 131-13 et 131-41 du code pénal.

disproportionnées. Dans ce cadre, c'est à l'autorité administrative qu'il incombe, sous le contrôle du juge, de veiller à ce que le montant cumulé des sanctions infligées à l'auteur de manquements en concours permette d'assurer le respect du principe de proportionnalité tout en préservant l'objectif d'une répression efficace. A cet effet, elle doit notamment tenir compte de ce que les manquements sanctionnés relèvent, ou non, des mêmes règles, et, en cas de manquements à un unique texte d'incrimination, de ce qu'ils procèdent de la répétition mécanique d'une erreur ou, au contraire, de ce que leurs caractéristiques diffèrent d'un manquement à l'autre. Il n'est d'ailleurs nullement exclu que, dans certains cas, un cumul pur et simple puisse être proportionné à la gravité des manquements commis, à la puissance financière de l'entreprise et aux avantages financiers qu'elle a pu retirer de chacun d'entre eux.

Dans cette mesure, le second grief ne nous paraît pas poser de difficulté sérieuse au regard des principes résultant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, quand bien même ce dernier n'aurait pas eu l'occasion de les réaffirmer par une décision récente.

PCMNC au non-renvoi au CC de la QPC soulevée.