

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

Décision n° 2010-74 QPC – 3 décembre 2010

M. Jean-Marc P. et autres

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 30 septembre 2010, par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Jean-Marc P. et plusieurs autres requérants et relative au paragraphe IV de l'article 47 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Ce paragraphe était relatif aux conditions d'application, avant le 31 décembre 2006, des dispositions relatives à la répression de la revente à perte.

Dans sa décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré le paragraphe IV de l'article 47 de la loi du 2 août 2005 conforme à la Constitution.

I. – La disposition contestée

Spécificité du droit français, la revente à perte a été interdite par l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1963 de finances rectificative¹ : « *Est interdite la revente de tout produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif majoré des taxes sur le chiffre d'affaires afférentes à cette revente. Le prix d'achat effectif s'entend déduction faite des rabais ou remises de toute nature consentis par le fournisseur au moment de la facturation.* » Ce prix d'achat effectif majoré constitue le seuil de revente à perte (SRP).

Si, par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986², aujourd'hui codifiée dans le code de commerce³, le législateur a renoncé au contrôle des prix et a dépénalisé les pratiques discriminatoires, il a choisi de continuer à sanctionner pénalement les atteintes les plus graves à la transparence des pratiques commerciales et de prévoir ainsi, pour la

¹ Loi n° 63-628 du 2 juillet 1963 de finances rectificative pour 1963 portant maintien de la stabilité économique et financière.

² Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

³ Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

revente à perte, les dispositions suivantes⁴ : « *Est puni d'une amende de 5 000 à 100 000 F le commerçant qui revend un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. Le prix d'achat effectif est présumé être le prix porté sur la facture d'achat, majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et, le cas échéant, du prix du transport.* »

En 1996, avec l'adoption de la loi dite « loi Galland »⁵, le législateur a souhaité clarifier les relations fournisseurs-distributeurs, notamment en aggravant le régime de la revente à perte, faisant passer l'amende encourue de 100 000 à 500 000 F⁶.

L'efficacité du dispositif légal a été sérieusement mise en doute, notamment par les associations de consommateurs, constatant une hausse importante des prix des produits de grande consommation, et par les fournisseurs de la grande distribution. Le ministre de l'économie et des finances a alors, d'une part, invité les représentants de l'industrie et de la distribution à s'entendre sur une réduction progressive des « marges arrière » du fait de la hausse du SRP – ce qui a abouti à l'accord dit « Sarkozy » du 17 juin 2004⁷ –, et, d'autre part, confié à une commission d'experts, présidée par le Premier président Guy Canivet, la mission de réaliser un bilan de la législation existante sur les plans juridique et économique.

Cette commission a relevé que le SRP permettait « à un producteur puissant de contrôler le prix de revente de ses produits en augmentant le prix sur facture (qui doit figurer dans les conditions générales de vente et ne doit pas être discriminatoire) et en rétribuant les distributeurs par le biais de marges arrière plus fortes afin qu'ils acceptent de commercialiser le produit malgré le prix plus élevé. Les distributeurs, qui se font une concurrence particulièrement vive sur un petit nombre de grandes marques, sont les premiers avantagés par cette mesure d'interdiction de revente à perte, puisque ce mécanisme de prix plancher limite alors directement la concurrence intramarques sur ces produits »⁸. Tout en regrettant la fréquence des changements législatifs et son décalage avec la réalité économique, elle proposait

⁴ Article 32 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiant l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1963 précitée.

⁵ Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

⁶ Article 11 de la loi du 1^{er} juillet 1996 précitée.

⁷ M. Gérard Cornu, *Avis présenté au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi de finances pour 2005, tome VIII : PME – commerce et artisanat*, Sénat, session ordinaire de 2004-2005, n° 76, 25 novembre 2004, p. 42.

⁸ M. Guy Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix. Les produits de grande consommation et les relations entre industrie et commerce, rapport au ministre d'État, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, Paris, La documentation française, Collection des rapports officiels, octobre 2004, p. 55.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

notamment la modification ou la renonciation à l'interdiction de la revente à perte qui devait, si elle était conservée, se rapprocher « *de la réalité économique* »⁹.

Tenant compte partiellement de ces propositions et pour faire baisser les prix de revente aux consommateurs, la loi du 2 août 2005, dite « loi Dutreil », a modifié, sans en supprimer la répression, le régime de la revente à perte dans le sens d'un assouplissement :

- elle a précisé la notion de prix d'achat effectif ;
- elle a introduit une faculté de minoration du SRP, en permettant au revendeur-distributeur d'imputer une partie du prix des services rendus aux fournisseurs (marges arrière) pour favoriser la commercialisation de leurs produits¹⁰.

Ainsi, depuis la loi du 2 août 2005, « *le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 20 % à compter du 1^{er} janvier 2006* ». Depuis le 1^{er} janvier 2007, peut être intégré au seuil de revente à perte le montant des marges arrière excédant 15 % du prix unitaire net du produit. Les avantages financiers déductibles incluent les réductions de prix hors facture, les rémunérations versées au titre de la coopération commerciale et des services distincts. Les avantages financiers excédant 20 %, puis 15 %, doivent apparaître sur la facture d'achat et être intégrés dans le calcul du seuil de revente à perte (paragraphe I de l'article 47 de la loi du 2 août 2005).

Pour les grossistes, une dérogation permet d'appliquer un SRP inférieur de 10 % (paragraphe II de l'article 47 de la loi du 2 août 2005).

Selon un mécanisme prévu dans le projet de loi initial¹¹ et étendu par amendement, le paragraphe IV de l'article 47 de la loi du 2 août 2005, contesté dans la QPC, prévoyait que, « *par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal,*

⁹ *Id.*, p. 119.

¹⁰ C'est la « *remontée des marges arrière* ».

¹¹ « *Par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal, l'infraction à l'article L. 442-2 du code de commerce commise avant l'expiration du délai de six mois suivant la publication de la présente loi est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission.* »

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

l'infraction à l'article L. 442-2 du code de commerce commise avant le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission ».

Or, les versions antérieures de l'article L. 442-2 du code de commerce disposaient que « *le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport* ». Le prix d'achat effectif, et donc le SRP, était ainsi plus élevé sous l'empire de ces anciennes dispositions.

Le juge, prenant acte du caractère plus doux de la loi nouvelle, est revenu par deux fois sur les dispositions de la loi d'août 2005 et a appliqué la loi pénale plus douce¹² :

– le tribunal de grande instance (TGI) d'Évry, dans son jugement n° 108 du 26 juin 2007, en se fondant sur les dispositions du pacte international relatif aux droits civils et politiques et le principe de rétroactivité *in mitius*¹³ ;

– le TGI de Paris, dans son jugement n° 1 du 11 octobre 2007, en se fondant sur le principe de la rétroactivité *in mitius*.

Si le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi du 2 août 2005, à l'origine de la disposition contestée¹⁴, il n'a examiné, dans les motifs et le dispositif de sa décision, que l'article 95 de cette loi. Ce silence ne pouvait être interprété comme une validation puisque le Conseil ne décerne de « brevet de constitutionnalité » qu'aux dispositions sur lesquelles il s'est prononcé « *dans les motifs et le dispositif* » de sa décision.

II. – La conformité à la Constitution

Les requérants faisaient grief aux dispositions du paragraphe IV de l'article 47 de la loi du 2 août 2005 d'exclure l'application immédiate, même aux faits commis avant son entrée en vigueur, des dispositions des lois pénales plus douces que constituent

¹² Commission d'examen des pratiques commerciales, *Des pratiques équilibrées pour une libre concurrence, rapport d'activité*, année 2008-2009, pp. 82-83.

¹³ Tribunal de grande instance d'Évry, 26 juin 2007, *Carrefour Hypermarchés France*, n° 0603850077.

¹⁴ Décision n° 2005-523 DC du 29 juillet 2005, *Loi en faveur des petites et moyennes entreprises*.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

l'article 47, paragraphes I, II et III, de la même loi et l'article 1^{er} de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

A. – Le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce : la rétroactivité *in mitius*

Dans sa décision n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a fait application de la jurisprudence sur la rétroactivité *in mitius*.

En droit pénal, la règle de la rétroactivité de la loi pénale plus douce a été exprimée pour la première fois par un avis du Conseil d'État du 29 prairial an VIII aux termes duquel « *en matière criminelle, (...) il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'humanité comme à l'innocence* ».

Selon le troisième alinéa de l'article 112-1 du code pénal, la loi pénale de fond plus douce s'applique immédiatement, même aux faits commis avant son entrée en vigueur, dès lors qu'ils n'ont pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée¹⁵.

Les juridictions tant judiciaires qu'administratives appliquent ce principe.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence vers une interprétation plus exigeante de ce principe.

Pendant longtemps, en particulier pour limiter les conséquences sur l'efficacité de la répression des modifications fréquentes de la législation, elle a admis qu'une disposition expresse contraire puisse faire échec au principe d'application de la loi pénale plus douce¹⁶. Puis, notamment en écho à la jurisprudence constitutionnelle, elle a pu écarter de telles dispositions expresses contraires¹⁷, préférant se fonder sur la notion de « support légal de l'incrimination », en jugeant que la loi sanctionnant

¹⁵ « Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes. »

¹⁶ Cour de cassation, chambre criminelle, 3 février 1986, *M. Philippe X.*, n° 85-93250 ; 29 mars 2000, *M. Robert X.*, n° 99-81938.

¹⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, 7 avril 2004, *M. Jean-Paul X.*, n° 03-84191 ; 19 mai 2004, *M. Jean-Claude X.*, n° 03-86192 ; 28 janvier 2004, *M. Louis X.*, n° 02-86597 ; 18 janvier 2006, *M. Olivier X.*, n° 05-84369.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

l'inobservation de dispositions réglementaires, qui constitue donc le support légal de l'incrimination, n'était pas affectée par la modification, même dans un sens moins sévère, de ces dispositions réglementaires. Ce changement d'orientation n'a été possible que lorsque l'incrimination trouvait son fondement dans une loi qui sanctionne la violation de dispositions réglementaires.

Pour ce qui concerne la juridiction administrative, par exemple dans une décision du 16 novembre 2009¹⁸, le Conseil d'État a jugé qu'il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation d'une sanction (en l'espèce une décision de suspension de pension), de faire application, le cas échéant, d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue. Ce principe s'étend aux sanctions fiscales ayant le caractère de punition¹⁹.

Ce principe ne figure pas dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article 15 § 1 du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ne le définit que pour les peines et non les incriminations²⁰, ce que confirme la jurisprudence²¹. La Cour de justice de l'Union européenne lui reconnaît le caractère de principe général du droit communautaire ; elle en limite, elle aussi, la portée à l'application rétroactive de la peine la plus légère²².

Dans sa décision du 20 janvier 1981 dite « Sécurité et liberté », le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle à ce principe en censurant des dispositions législatives qui le méconnaissaient : « *Considérant que ces dispositions tendent à limiter les effets de la règle selon laquelle la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ; que, dès lors, elles doivent être regardées comme contraires au principe formulé par l'article 8 de la Déclaration*

¹⁸ Conseil d'État, 9^e et 10^e sous-sections, *M. Marc A.*, n° 295046.

¹⁹ Conseil d'État, section, avis du 5 avril 1996, *Houdmond*, n° 176611 ; 16 février 2000, *Alet*, n° 180643 ; 8^e et 3^e sous-sections, 26 septembre 2001, *SARL Espace Loisirs*, n° 208238.

²⁰ « 1. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier. »

²¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 6 octobre 2004, *M. Jacobus X.*, n° 03-84827.

²² Cour de justice des Communautés européennes, 3 mai 2005, *Silvio Berlusconi et autres*, n° C-387/02, § 68 ; 8 mars 2007, *Campina GmbH & Co.*, n° C-45/06, § 32.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel : "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires" ; qu'en effet, le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ; que, dès lors, le deuxième alinéa de l'article 100 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est contraire à la Constitution. »²³

Ainsi, le Conseil constitutionnel a jugé que, dans l'énoncé que lui donne l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale ne paraît pas comporter d'exception et ne paraît pas devoir s'appliquer différemment selon que la loi pénale nouvelle est plus sévère ou est plus douce. Comme le relevait Georges Vedel, rapporteur de la décision « Sécurité et liberté », « tant qu'un individu n'a pas fait l'objet d'une condamnation passée en chose jugée, il serait choquant et inhumain de lui appliquer, au moment de le juger, des peines prévues dans le temps où l'infraction a été commise, mais qui, depuis lors, ont été jugées excessives.

« Mais quelle est la force de cette règle de la *lex mitior* ? A-t-elle valeur constitutionnelle ?

« Elle ne saurait participer de la valeur constitutionnelle du principe de non-rétroactivité en matière pénale dont elle constitue une annexe, un complément, mais non un corollaire nécessaire. Le législateur qui exigerait que toute la loi pénale s'applique aux faits commis au moment où elle était en vigueur ne violerait en rien le principe de non-rétroactivité.

« La valeur constitutionnelle de la *lex mitior* ne saurait résulter de ce qu'elle serait un " principe fondamental reconnu par les lois de la République ". Aucun texte législatif ne le consacre dans sa généralité et si certaines lois ont pu en faire application, il faut bien reconnaître que la source de la règle est avant tout jurisprudentielle. La jurisprudence, si vénérable et si bien fondée soit-elle, n'est pas " l'équivalent des lois de la République " . »

²³ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (Sécurité et liberté)*, cons. 75.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

Georges Vedel, suivi par l'ensemble des membres du Conseil, conclut : « *Au fond, si l'on y regarde de près, la lex mitior a un fondement constitutionnel. L'article 8 de la Déclaration de 1789 veut que la loi n'établisse que des " peines strictement et évidemment nécessaires " . Or, quand une loi nouvelle atténue les rigueurs de la loi ancienne, c'est que le législateur reconnaît que les peines prévues par celles-ci sont devenues excessives et donc ne sont plus " strictement et évidemment nécessaires " . La lex mitior trouve là, me semble-t-il, son véritable fondement : elle écarte les rigueurs de la loi ancienne dès lors que le législateur ne les juge plus lui-même " évidemment et strictement nécessaires " .* »²⁴

Ainsi, au moment même où il décide d'adoucir une loi pénale et assouplit donc l'exigence de nécessité d'un délit ou d'une peine, le législateur ne saurait, sans se contredire lui-même, exclure du bénéfice de cette mesure des infractions commises antérieurement et non définitivement jugées.

Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'utiliser de nouveau ce principe dans une décision du 21 février 1992 : « *Considérant que, dans les domaines de sa compétence, il est du pouvoir du législateur organique, sous réserve de l'application immédiate de mesures répressives plus douces, de fixer les règles d'entrée en vigueur des dispositions qu'il édicte.* »²⁵

Dans sa décision du 3 décembre 2010, le Conseil a précisé sa jurisprudence en jugeant que, « *sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée* » (cons. 3). Le Conseil a ainsi, d'une part, affirmé la portée constitutionnelle du principe de rétroactivité *in mitius* de la loi pénale plus douce et, d'autre part, réservé les cas dans lesquels la suppression d'une incrimination ou son remplacement par une incrimination moins sévère ne correspondrait pas à un adoucissement de la loi pénale mais à un changement de la réglementation applicable dont la loi pénale ne serait pas séparable.

²⁴ In Bertrand Mathieu et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris Dalloz, Grandes Délibérations, 2009, pp. 377 et 397.

²⁵ Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 112.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

B. – L’application à l’espèce

Dans sa décision du 3 décembre 2010, le Conseil a d’abord établi que les dispositions contestées écartaient l’application d’une loi pénale effectivement plus douce.

La « loi pénale » de 2005 est plus douce que celle de 1996. Comme le montre le tableau ci-après, la succession des régimes fixés au deuxième alinéa de l’article L. 442-2 du code de commerce montre que le SRP a été fixé de plus en plus bas – les éléments minorant le prix d’achat effectif étant progressivement étendus –, ce qui a eu nécessairement pour conséquence de rendre les conditions de l’infraction de revente à perte plus difficiles à réunir.

Loi n° 96-588 (2 juillet 1996-2 août 2005)	Loi n° 2005-882 (3 août-31 décembre 2005)	Loi n° 2005-882 (2006)	Loi n° 2005-882 (après le 1 ^{er} janvier 2007) ²⁶
Le prix d’achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d’affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.	Jusqu’au 31 décembre 2005, le prix d’achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d’achat majoré des taxes sur le chiffre d’affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.	Le prix d’achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d’achat majoré des taxes sur le chiffre d’affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l’ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 20 % à compter du 1 ^{er} janvier 2006.	Le prix d’achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d’achat majoré des taxes sur le chiffre d’affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport et minoré du montant de l’ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, et excédant un seuil de 15 % à compter du 1 ^{er} janvier 2006.

Les dispositions de l’article 47 de la loi d’août 2005 autres que celles du paragraphe IV ont rendu la commission de l’infraction de revente à perte plus difficile²⁷. Mais la poursuite de la répression était inséparable du régime instauré antérieurement, dans sa dernière version, par la « loi Galland » de 1996 précitée. Dès lors, le législateur pouvait, dans ce cas, pour assurer l’effectivité de la législation

²⁶ Ce régime a été de nouveau assoupli par la suite par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

²⁷ La référence à loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 n’était pas nécessaire au raisonnement.

Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 30

économique antérieure et éviter que ceux qui ont obtenu, contre la loi, un avantage concurrentiel par la revente à perte soient exonérés de poursuites, prendre les mesures prévues dans le paragraphe IV de l'article 47 de la loi du 2 août 2005. Le Conseil constitutionnel a donc déclaré les dispositions de ce paragraphe conformes à la Constitution.