

# **Décision n° 2010 – 74 QPC**

**Article 47, paragraphe IV, Loi du 2 août 2005 en faveur  
des petites et moyennes entreprises**

**Rétroactivité de la loi pénale plus douce**

## **Dossier documentaire**

Source : services du Conseil constitutionnel © 2010

### **Sommaire**

<b>I. Dispositions législatives.....</b>	<b>3</b>
<b>II. Constitutionnalité de la disposition contestée.....</b>	<b>27</b>

## Tables des matières

<b>I. Dispositions législatives.....</b>	<b>3</b>
<b>A. Dispositions contestées</b>	<b>3</b>
1. Loi n° 2005-882 du 5 août 2005.....	3
<b>B. Évolution de la législation relative à la revente à perte</b>	<b>4</b>
<b>C. Autres dispositions</b>	<b>5</b>
1. Code pénal .....	5
2. Pacte international relatif aux droits civils et politiques .....	5
<b>D. Application des dispositions contestées</b>	<b>6</b>
1. Jurisprudence .....	6
<b>E. Rapports</b>	<b>13</b>
1. Restaurer la concurrence par les prix, dit « Rapport Canivet », 2004 .....	13
<b>F. La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, dit « Rapport Hagelsteen »</b>	<b>18</b>
2. Commission d'examen des pratiques commerciales, rapport annuel 2008-2009.....	20
3. Commission d'examen des pratiques commerciales, rapport annuel 2009-2010.....	22
4. Questions parlementaires .....	24
a. Assemblée nationale .....	24
<b>II. Constitutionnalité de la disposition contestée.....</b>	<b>27</b>
<b>A. Normes de référence</b>	<b>27</b>
1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen .....	27
5. Constitution du 4 octobre 1958 .....	27
<b>B. Jurisprudence communautaire</b>	<b>28</b>
<b>C. Jurisprudence judiciaire</b>	<b>29</b>
<b>D. Jurisprudence administrative</b>	<b>33</b>
<b>E. Jurisprudence du Conseil constitutionnel</b>	<b>38</b>

# I. Dispositions législatives

## A. Dispositions contestées

### 1. Loi n° 2005-882 du 5 août 2005

*LOI n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF du 3 août 2005*

- **Article 47**

I. - Le second alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :  
« 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 1er janvier 2006.  
« Ce seuil est de 15 % à compter du 1er janvier 2007. »

II. - A compter du 1er janvier 2006, le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa de l'article L. 442-2 du code de commerce est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.

III. - 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.

Du 1er janvier 2006 au 31 décembre 2006, pour l'application de l'article L. 442-2 du code de commerce, le montant minorant le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat n'excède pas 40 % du montant total de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur, exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit.

IV. - **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 le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission.**

## B. Évolution de la législation relative à la revente à perte

Les dispositions relatives à la revente à perte ont été codifiées à l'article L. 442-2 et L. 442-3 du code de commerce par l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000.

1963-1986 (1)	<p>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.</p> <p>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.</p>
1986-1996 (2)	<p>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.</p> <p>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.</p>
1996-2005 (3)	<p>Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 500 000 F d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.</p> <p>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.</p>
Août 2005-2008 (4)	<p>Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.</p> <p><b>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 1er janvier 2006.</b></p> <p><b>Ce seuil est de 15 % à compter du 1er janvier 2007.</b></p>
Depuis janvier 2008 (5)	<p>Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du code de la consommation.</p> <p><b>Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.</b></p> <p><b>Le prix d'achat effectif tel que défini au deuxième alinéa est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final. Est indépendante au sens de la phrase précédente toute entreprise libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien capitalistique ou d'affiliation avec le grossiste.</b></p>

(1) Loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963 rectificative – art. 1er

(2) Ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence – art. 32

(3) Loi « dite Galland » n°96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales

(4) Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises – art. 47

(5) Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence – art. 1er

## **C. Autres dispositions**

### **1. Code pénal**

**LIVRE Ier : Dispositions générales.**

**TITRE Ier : De la loi pénale.**

**CHAPITRE II : De l'application de la loi pénale dans le temps.**

- **Article 112-1**

Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis.

Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date.

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.

- **Article 112-4**

L'application immédiate de la loi nouvelle est sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne.

Toutefois, la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale.

### **2. Pacte international relatif aux droits civils et politiques**

*Conclu à New York le 16 décembre 1966, Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966*

- **Article 15**

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.

## D. Application des dispositions contestées

### 1. Jurisprudence

- Tribunal de Grande Instance D'EVRY n° 0603850077, 26 juin 2007, UFC Que Choisir; Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne; DGCCRF

(...)

#### MOTIFS

##### Sur l'action publique :

Le délit de revente à perte est constitué par la vente ou l'offre de vente à un prix inférieur au seuil de revente à perte c'est-à-dire inférieur à son prix d'achat effectif tel que le prévoit l'article L. 442-2 du Code de commerce.

Aux termes de ce texte modifié par la loi du 2.8.2005, "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 à 20 % à compter du 10 janvier 2006. Ce seuil est de 15 % à compter du 10 janvier 2007."

Par ailleurs l'article 112-1 du Code pénal dispose que sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis.

Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date.

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 chose de force jugée lorsqu'elles sont moins sévères que des dispositions anciennes.

Entre les mois de septembre 2004 et 2005, une quinzaine d'enseignes A situées sur un grand quart Ouest du territoire national faisaient l'objet d'un contrôle de la DGCCRF. Il apparaissait que 267 produits offerts à la vente présentaient un taux de revente à perte compris entre 0,01 % et 44 %.

Les responsables de ces magasins précisaient tous que les prix leur étaient communiqués par le siège de A à Evry.

Le directeur juridique de l'entreprise entendu en cours d'enquête opposait à l'Administration l'engagement signé le 17 juin 2004 entre industriels et distributeurs à l'initiative du ministère de l'Economie et des Finances visant à une baisse durable des prix à la consommation. Rappelant l'avis du Conseil de la concurrence d'octobre 2004 selon lequel la définition du seuil de revente à perte ne présentait aucune réalité économique, il observait que la loi du 2 août 2005 dite loi Dutreil avait modifié le calcul de ce seuil permettant aux distributeurs de faire bénéficier le consommateur d'une grande partie de marges arrières négociées avec les industriels.

La SAS X ayant pour président la SA A était renvoyée devant ce tribunal pour avoir annoncé la revente de ces produits à un prix inférieur à leur prix d'achat effectif majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Lors des débats, la personne morale prévenue invoquait, au visa de l'article 112-1 du Code pénal, l'application immédiate de la loi pénale plus douce, aux faits même commis antérieurement n'ayant pas fait

l'objet d'une décision passée en force de chose jugée et ce nonobstant l'article 47 IV de la loi Dutreil disposant que "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 le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit selon la disposition en vigueur lors de sa commission".

L'argument selon lequel le Conseil constitutionnel aurait censuré en janvier 1981 sur le fondement du principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce des dispositions de la loi "Renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes" ne saurait être accueilli, cette juridiction n'ayant pas été saisie d'un contrôle de légalité de la loi du 2.8.2005 et le juge pénal n'ayant pas compétence pour apprécier la constitutionnalité de la loi.

**En revanche la société A invoquant l'application de la rétroactivité in mitius aux faits reprochés alléguait que les juridictions d'un Etat membre ne sauraient ignorer les principes généraux du droit international et communautaire d'une valeur supérieure à la loi s'agissant notamment de l'application même indirecte d'une règle communautaire. Elle observait que la CJCE estimait nécessaire d'examiner la compatibilité de mesures nationales restrictives même en l'absence d'un élément d'extranéité dès lors que les dispositions adoptées par un Etat membre étaient de nature, s'appliquant à des produits importés, à créer une entrave potentielle auxdits échanges.**

Elle se prévalait en outre de l'article 15 § 1 du Pacte international sur les Droits civils et politiques ratifié par la France en 1981 qui pose le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce.

**Conformément à l'article 112-1 al. 3 du Code pénal, les dispositions nouvelles lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes 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. En outre lorsque la loi définit de façon plus restrictive des éléments d'incrimination, elle s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur si ceux-ci entrent dans les prévisions de la loi nouvelle.**

**En l'espèce il ne peut être contesté que l'incrimination de la revente à perte a été modifiée et que le mode de calcul du seuil de revente à perte est plus favorable aux commerçants. Le juge communautaire considère que les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est nécessaire aux objectifs poursuivis et qu'une sanction doit pas être si disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à des libertés consacrées par le traité.**

Par ailleurs l'article 15 § 1 précité doit s'entendre non seulement de l'application de la rétroactivité de la loi pénale plus douce dans l'hypothèse d'une peine plus légère mais également lorsque la loi supprime une incrimination ou certains éléments d'une incrimination.

Eu égard à la ratification par la France des Pacte et traité susvisés, à la lumière de l'évolution des décisions de la jurisprudence européenne, les dispositions de l'article 112-1 du Code pénal doivent s'appliquer dans toute leur acception sans que la réserve de dérogations expresses notamment en matière économique ou fiscale ne puisse être admise.

L'infraction imputée à la société X doit en conséquence s'analyser en fonction des éléments constitutifs de l'infraction fixés par la loi du 2 août 2005. Il conviendra au vu de ce qui précède de relaxer la prévenue pour les faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur la loi, lesquels bénéficient de la rétroactivité in mitius

Il n'en demeure pas moins que sur les 267 produits retenus par la DGCCRF comme ayant été revendus à perte, 93 restent concernés par la prévention sur une période d'un peu plus d'un mois.

La société prévenue n'est pas pour autant fondée à justifier de l'infraction en se prévalant de l'absence d'élément intentionnel, arguant qu'elle était tenue de s'aligner sur les concurrents et que les accords de juin 2004 constituaient une pression la contraignant à une baisse des prix.

En premier lieu la constatation de l'élément matériel suffit à caractériser l'infraction dès lors que les prix de revente sont inférieurs au coût d'achat effectif supporté par le commerçant. La société Carrefour dispose en second lieu des moyens tant techniques que juridiques pour s'assurer du respect de la réglementation étant souligné que le barème des prix [sic] ...

L'argument tiré de l'alignement concurrentiel est dénué de pertinence au motif que la société A, leader de la grande distribution, possède le plus grand nombre d'enseignes en France et que ses concurrents sont à l'origine de l'enquête. Enfin si l'accord "Sarkozy" était incitatif et tendait à une baisse des prix, il n'autorisait nullement la personne morale prévenue à enfreindre la loi.

La revente à perte érigée en système de domination constitue une pratique déloyale, restrictive de concurrence ayant pour finalité d'éliminer les distributeurs locaux et d'accaparer le marché pour ensuite pratiquer un prix normal voire supérieur une fois la clientèle captée.

La SA X sera donc en application de l'article L. 442-2 alinéa 2 et 3 du Code de commerce et 131-38 du Code pénal déclarée coupable de l'infraction de revente à perte conformément aux nouvelles dispositions de la loi Dutreil.

(...)

Par ces motifs, LE TRIBUNAL statuant publiquement, en matière correctionnelle, en premier ressort et par jugement contradictoire à l'encontre de X, prévenu, à l'égard de UFC Que Choisir, partie civile,

(...)

Déclare X coupable pour les faits qualifiés de : annonce de la revente d'un produit par un commerçant à un prix inférieur à son prix d'achat effectif, faits commis le 25 août 2005, à Evry et à Gruchet-Le-Valasse.

Vu les articles susvisés : Condamne X - à une amende délictuelle de deux cents mille euro (200 000 euro). Le président avise le condamné que s'il s'acquitte du montant de cette amende dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle cette décision a été prononcée, ce montant sera minoré de 20 % sans que cette diminution puisse excéder 1 500 euro. Le président informe le condamné que le paiement de l'amende ne fait pas obstacle à l'exercice des voies de recours.

(...)

- **Cour d'appel de Paris - 13e CHAMBRE SECTION A - 28 janvier 2009, n° 07-11326, Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne; UFC Que Choisir; DDCCRF c.**

#### **Décision:**

#### **Considérant qu'il a été jugé:**

"En l'espèce il ne peut être contesté que l'incrimination de la revente à perte a été modifiée et que le mode de calcul du seuil de revente à perte est plus favorable aux commerçants. Le juge communautaire considère que les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est nécessaire aux objectifs poursuivis et qu'une sanction ne doit pas être si disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à des libertés consacrées par le traité.

Par ailleurs, l'article 15 § 1 précité doit s'entendre non seulement de l'application de rétroactivité de la loi pénale plus douce dans l'hypothèse d'une peine plus légère mais également lorsque la loi supprime une incrimination ou certains éléments d'une incrimination.

Eu égard à la ratification par la France des pactes et traités susvisés, à la lumière de l'évolution des décisions de la jurisprudence européenne, les dispositions de l'article 112-1 du Code pénal doivent s'appliquer dans toute leur acceptation sans que la réserve de dérogations expresses en matière économique ou fiscale ne puisse être admise.

L'infraction imputée à la société X doit en conséquence s'analyser en fonction des éléments constitutifs de l'infraction fixés par la loi du 2 août 2005. Il conviendra au vu de ce qui précède de relaxer la prévenue pour les faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, lesquels bénéficient de la rétroactivité *in mitius*".

Considérant que cette motivation qui pose la question de la détermination de la loi applicable, est contraire aux dispositions législatives en vigueur ; qu'il doit être rappelé:

- que selon l'article L. 442-2 du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, la revente à perte, incriminée comme un délit, était définie comme la revente ou l'annonce de la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif lui même défini comme le prix unitaire figurant sur la facture majorée des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques à cette revente et du prix de transport,

- que les produits proposés à la vente et mentionnés dans les procès-verbaux de contrôle étaient tous inférieurs à leurs prix d'achat,

- que la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, n'a pas dépénalisé le délit de revente à perte, punissable de la même sanction, et a expressément stipulé en son article 47-IV que, par dérogation aux articles 121-1 et 112-4 du Code pénal, l'infraction de revente à perte commise avant le 31 décembre 2006 était jugée et l'exécution des sanctions prononcées, se poursuivait selon les dispositions en vigueur lors de sa commission,

- que la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, n'a pas abrogé l'article 47 IV de la loi susvisée du 2 août 2005 et a maintenu l'incrimination de la pratique de la revente à perte;

Considérant qu'il appartenait aux premiers juges de faire application de la loi dont l'application avait été expressément prévue par le législateur ;

Considérant ensuite que la référence par les premiers juges à l'article 15-1 du Pacte International sur les droits civils et politiques est étrangère à la redéfinition de l'infraction de revente à perte, ce texte traitant des sanctions ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 442-2 du Code de commerce concernent le domaine de la concurrence et précisent les "pratiques restrictives de concurrence" ; qu'est en cause la détermination d'un cadre législatif applicable à l'ensemble des acteurs économiques du secteur de la distribution pour garantir la concurrence ; que **la cour retient l'observation du ministre de l'Economie (cf: conclusions déposées page 7) suivant laquelle "le sens des modifications apportées aux règles de prohibition de la revente à perte par la loi du 2 août 2005, puis par celle du 3 janvier 2008, n'était nullement d'intégrer dans la loi l'appréciation d'une moindre gravité du délit de revente à perte, mais de redéfinir les règles à respecter par l'ensemble des opérateurs, afin de corriger les effets pervers induits au niveau macro-économique par les comportements des acteurs du marché"** et que " les modifications apportées par la

**loi Dutreil, puis par la loi Chatel ne sauraient en aucun cas se traduire à posteriori par une remise en cause du principe de l'identité des conditions de concurrence applicables aux différents acteurs économiques à une date donnée, condition fondamentale de l'exercice d'une concurrence loyale entre ces entreprises";**

Considérant qu'en l'état du droit interne applicable, ces observations sont la traduction des objectifs législatifs recherchés selon lesquels le législateur a édicté au titre IV de la loi du 2 août 2005, en son article 47 la dérogation au principe d'application de la loi nouvelle ; que cette disposition législative prévaut, pour la cour, sur l'affirmation des premiers juges que "le juge communautaire considère que les mesures répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est nécessaire aux objectifs poursuivis et que la sanction ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction";

Considérant qu'en sus de l'absence de prise en compte du contexte législatif susvisé, il incombe pour la cour de rappeler qu'à ce jour, la Cour de justice juge que l'article 30 du traité CEE ne s'applique pas à la législation d'un Etat membre interdisant la revente à perte ; qu'il n'y a donc lieu de juger et retenir comme exacte l'affirmation des premiers juges à propos de l'entrave que la sanction provoquerait à l'exercice des libertés concernées par le traité;

Considérant qu'il doit être intégré à la décision que la prohibition légale de l'article L. 442-2 du Code de commerce répond à la préoccupation de permettre aux fabricants de sauvegarder leur compétitivité économique au stade de fixation de leur prix de vente, aux consommateurs de bénéficier d'une offre diversifiée au niveau de la distribution, qui ne soit pas organisée par des structures économiques en position de monopole et d'éviter que le procédé de revente à perte ne soit utilisé aux fins de réduire l'offre concurrente par le distributeur qui la pratique;

Considérant, pour ces motifs, que la cour fait application de l'incrimination de la revente à perte telle qu'issue de l'ordonnance du 19 septembre 2000 dont l'application a été expressément maintenue par les lois des 2 août 2005 et 3 janvier 2008, aux faits constatés du 4 octobre 2004 au 23 juin 2005;

(...)

Considérant qu'il est tout d'abord demandé, **au nom du principe de la rétroactivité "in mitius", d'appliquer l'incrimination de revente à perte telle qu'elle est définie par la loi du 3 janvier 2008;**

Considérant que cette prétention est tout d'abord contraire aux dispositions législatives en ce que, ainsi que le relève la partie civile UFC Que Choisir et le ministère de l'Economie, **l'infraction de l'article L. 442-2 du Code de commerce commise avant le 31 décembre 2006 est jugée selon les dispositions en vigueur lors de sa commission, soit la loi du 2 août 2005 ; l'article 47 IV de cette loi demeurant de droit positif selon la volonté du législateur lorsqu'il a promulgué le texte du 3 janvier 2008;**

Considérant qu'en jurisprudence et en droit, **(le juge judiciaire, n'étant pas juge de la constitutionnalité de la loi), la loi nouvelle modifiant une incrimination ne s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés qu'à la condition que cette loi n'ait pas prévu de dispositions expresses contraires;**

Considérant que pour déterminer la cour à déroger à la loi et aux pratiques jurisprudentielles pérennes susvisées, la personne morale prévenue invoque le caractère constitutionnel du principe d'application immédiate de la loi pénale plus douce, consacré par la Cour de justice des Communautés européennes, le Pacte international sur les droits civils et politiques, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et en dernier lieu énonce qu'il a été "implicite-ment reconnu par la Cour européenne des Droits de l'Homme" selon les écritures déposées;

Considérant que la cour fait expressément ici référence aux motifs déjà retenus pour infirmer la relaxe partielle de la prévenue ; qu'il sera, au surplus observé que l'article 49 § 1 de la charte des droits fondamentaux citée par la défense traite des peines plus légères qui doivent être appliquées aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi les édictant, et non des incriminations et leur définition;

Considérant que les considérations de la défense sur la reconnaissance implicite de principe par la Cour européenne des Droits de l'Homme sont contraires au libellé de l'article 7 de la Convention et de la jurisprudence à ce jour issue de la mise en œuvre de cet article;

Considérant qu'en l'absence de prohibition communautaire ou internationale clairement énoncée et publiée du mécanisme législatif posé par l'article 47-IV de la loi du 2 août 2005, la cour estime comme les premiers juges, que la définition de la revente à perte pour les faits constatés le 23 août 2005 doit s'effectuer selon cette loi;

Considérant que les énonciations des premiers juges sont, sur ce point de la poursuite, conformes au droit applicable ; qu'il a été constaté que le 25 août 2005 l'enseigne X de Cruchet-Le-Valasse dans le cadre d'une opération publicitaire à propos de la rentrée scolaire sous le sigle "la rentrée au meilleur prix" a proposé à la revente à perte quatorze fournitures scolaires;

Considérant que la personne morale poursuivie conteste les calculs des agents de DGCCRF et estime que le calcul ayant été effectué en application des anciennes dispositions qui ne sont plus applicables, il est nécessaire d'adopter les normes issues de la nouvelle rédaction de l'article L. 442-2 du Code de commerce;

Considérant que la personne morale poursuivie s'efforce d'imposer l'application d'une norme de calcul issue d'un texte que les premiers juges ont à bon droit rejeté et que la cour écarte en précisant que c'est la norme juridique, définissant le seuil de la revente à perte, le 25 août 2005 qui est jugée applicable à l'exclusion de toute autre ; que la cour rejette l'argumentation sur ce point de la défense, contraire au droit en vigueur;

Considérant qu'en dernier lieu, la personne morale poursuivie argue de l'absence d'élément intentionnel, selon les conclusions déposées (cf: pages 21 et 24);

Considérant que la réfutation par le premier juge de l'incidence sur l'élément intentionnel de l'accord dit "Sarkozy" conclu le 17 juin 2004 est adoptée par la cour qui précise qu'un engagement de baisse des prix ne signifie pas autorisation ou permission légale de méconnaître l'incrimination définie par l'article L. 442-2 du Code de commerce ; qu'au surplus, la cour adopte la motivation des premiers juges telle que mentionnée en page 8 du jugement en observant que l'appréciation conclusive du tribunal sur la revente à perte érigée en système de domination est l'une des caractéristiques du fonctionnement de la société X, constatée au cas d'espèce du 4 octobre 2004 au 25 août 2005 ; que pour ces motifs, repris des premiers juges, sur l'élément intentionnel, la cour confirmera la déclaration de culpabilité prononcée pour les faits constatés le 25 août 2005;

(...)

Par ces motifs, LA COUR, Statuant publiquement, contradictoirement à l'encontre de la société SAS X,

(...)

Confirme le jugement entrepris sur les déclarations de culpabilité de la SAS X pour les faits constatés

(...)

Déclare coupable la société SAS X d'annonce de revente d'un produit, par personne morale, à un prix inférieur à son prix d'achat effectif, faits commis à

(...)

Condamne la société SAS X à trois cent mille (300 000 euro) euros d'amende

(...)

## **E. Rapports**

### **1. Restaurer la concurrence par les prix, dit « Rapport Canivet », 2004**

*Rapport au Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Paris ; La Documentation française, (Collection des rapports officiels), octobre 2004, 164 pages*

#### **Chapitre I : la réforme de 1996**

##### **Évolution des relations entre fournisseurs et distributeurs**

###### **Insécurité du système antérieur à la réforme**

Trois critiques principales étaient adressées au régime antérieur à 1996. La notion de seuil de revente à perte avait, d'une part, des contours incertains. Les règles de facturation étaient, d'autre part, difficiles à faire appliquer. La législation relative à l'extension des grandes surfaces semblait, enfin, devoir être réaménagée.

###### **L'interdiction de la revente à perte avait des contours incertains**

La loi du 2 juillet 1963 a mis en place l'interdiction sous peine d'amende de la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif en disposant que « 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 ».

Cette mesure a répondu aux plaintes exprimées par les fournisseurs sur le fait que lorsqu'un distributeur pratiquait un prix trop faible, les autres soupçonnaient le fournisseur de lui avoir conféré des avantages et réclamaient une diminution du prix. Les distributeurs se livraient à une « guerre des prix » qui se traduisait, chez les distributeurs, par des pratiques de « prix d'appel » sur certains produits de marque et des demandes de compensation adressées aux fournisseurs au motif qu'ils s'estimaient victimes de pratiques discriminatoires et souhaitaient s'aligner sur le prix inférieur pratiqué par un concurrent.

Contrairement aux États-Unis ou à d'autres États européens, la France a ainsi mis en place un système dans lequel était conféré à la pratique de revente à perte un caractère illicite en soi.

En 1993, ce système a été jugé conforme au traité par la Cour de justice des Communautés européennes.

En 2001, dans le cadre de son projet de règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur 4, la Commission a cependant proposé de prohiber toute disposition susceptible de constituer un obstacle à la libre circulation des communications commerciales afférentes à des opérations de promotion de vente en prévoyant expressément l'autorisation de la revente à perte. Cette proposition d'autorisation a été écartée au cours de l'adoption de ce projet de règlement par le Parlement européen, le 4 septembre 2004.

L'ordonnance du 1er décembre 1986 1 relative à la liberté des prix et de la concurrence a repris ce seuil de revente à perte fixé comme étant le « prix d'achat effectif » et identifié comme le prix figurant sur la facture d'achat. Instituée au profit de la victime, la présomption simple, qui supposait que ce prix d'achat devait correspondre au prix de facturation, a également été maintenue. De sorte que le revendeur poursuivi pouvait rapporter la preuve d'un prix d'achat effectif différent. Cette interdiction a eu l'effet escompté puisqu'il a été relevé une diminution sensible de la revente à perte : le taux infractionnel de 15,4 % en 1986 ayant été réduit à moins de 6 % en 1990. Susceptible de variations, la notion de seuil de revente à perte était, toutefois, dénoncée comme source d'insécurité juridique.

(...)

## **Contenu de la réforme**

La loi no 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, connue sous le nom de loi « Galland », qui a réformé une partie de l'ordonnance du 1er décembre 1986, avait deux orientations principales. Elle visait, d'une part, à assurer une concurrence plus loyale dans la vente au détail, en luttant contre les pratiques de revente à perte, d'autre part, à améliorer les relations entre producteurs et distributeurs, en simplifiant les règles de facturation, en clarifiant les négociations de prix et en renforçant le rôle des conditions générales de vente (CGV).

### **L'interdiction de la revente à perte a été renforcée**

La logique selon laquelle le seuil de revente à perte est déterminé par le prix d'achat effectivement payé par le distributeur à son fournisseur qui figure sur la facture a été conservée. L'article 11 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996, repris à l'article L. 442-2 alinéa 2 du Code de commerce, a cependant prévu 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 de transport ».

Il en est résulté une double contrainte pour le distributeur : d'une part, l'interdiction de revendre les produits à un prix inférieur à celui figurant sur la facture, d'autre part, celle de faire figurer sur cette facture un prix non conforme à celui effectivement payé au fournisseur, sous peine d'une amende dont le quantum a été augmenté.

L'article L. 442-2 du Code de commerce dispose ainsi : « Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. (...) 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 de transport. ».

La loi du 1er juillet 1996 a donc donné une définition juridique, simple et claire, de la revente à perte. Elle a ainsi limité toute interprétation ou remise en cause : le prix d'achat effectif était réduit au seul prix mentionné sur la facture.

Cette définition a renforcé l'efficacité des contrôles. Au cours des deux premiers mois de 1997, les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) sont intervenus auprès de 600 hypermarchés ou grands supermarchés, représentant toutes les enseignes et répartis dans toute la France, pour examiner les prix de revente de 60 000 produits alimentaires et non alimentaires.

Rapporté au nombre de produits contrôlés, le taux infractionnel était de 0,8 %, soit cinq fois moins que ce qui avait été constaté l'année précédente à la même époque. Rendu plus transparent et plus simple, le dispositif relatif à la revente à perte a donc été immédiatement dissuasif.

Il reste que, progressivement, s'est opéré un déplacement par des entreprises de la négociation commerciale du prix de vente facturé tel qu'il résulte de l'application des conditions générales de vente (CGV) vers les réductions de prix hors facture et la coopération commerciale, cet ensemble constituant ce qu'il est convenu d'appeler la « marge arrière ».

(...)

## **Chapitre IV : Un équilibre au détriment du consommateur**

## **Impact de l'interdiction de revente à perte sur les prix des produits de grande consommation**

Dans les faits, l'interdiction de la revente à perte, telle qu'elle est mise en œuvre par la loi du 1er juillet 1996, autorise une pratique généralement considérée comme anticoncurrentielle et à ce titre interdite : l'imposition d'un prix de revente minimal par les producteurs aux distributeurs.

En effet, le seuil de revente à perte est défini comme le prix apparaissant sur la facture, qui peut être notablement supérieur au prix « trois fois net » finalement payé par le distributeur au producteur, compte tenu des différents rabais, remises et ristournes différés. Il est donc possible, en augmentant simultanément le prix de départ et les remises et ristournes consenties, de relever le seuil de revente à perte sans modifier le prix « trois fois net » du produit pour le distributeur.

Lorsque le seuil de revente à perte est ainsi fixé à un niveau supérieur à celui qui résulterait de la concurrence entre distributeurs, ces prix s'alignent (à la hausse) sur le seuil de revente à perte et le prix à la consommation est alors, de fait, fixé par le producteur plutôt que par le libre jeu de la concurrence intramarque entre points de vente.

Comme on le voit, cette possibilité d'une maîtrise des prix finals à la consommation par les producteurs ne tient pas tant au principe de l'interdiction de revente à perte qu'à la référence à un seuil de revente à perte artificiel, déconnecté de la réalité économique des transactions et au surplus manipulable.

En effet, c'est bien l'impossibilité de rétrocéder les marges arrière qui rend le seuil juridique de revente à perte artificiel, différent de ce que la réalité économique implique, et permet par voie de conséquence au producteur de contrôler le prix au consommateur.

(...)

## **Deuxième partie : Propositions**

### **Supprimer progressivement l'interdiction de la revente à perte**

La réglementation actuelle a créé des équilibres économiques et des habitudes dont la suppression brutale pourrait conduire à des bouleversements légitimement redoutés par de nombreux opérateurs.

Le retour au libre jeu du marché ne pourrait donc se faire que très progressivement, selon un processus dont la modification substantielle du seuil de revente à perte pourrait être la première étape. En outre, cette graduation, qui pourrait se faire de manière différenciée par secteurs, devrait s'effectuer sous le contrôle d'une autorité de régulation capable de prévoir et de mettre en œuvre une évolution adaptée à la législation, et dotée d'un pouvoir réglementaire.

Il s'agirait de créer une structure administrative spécialisée, conçue pour une durée déterminée, compétente pour poursuivre et sanctionner les pratiques commerciales dites « restrictives de concurrence », progressivement maintenues.

Sa mission serait de faciliter la transition vers la disparition de plusieurs règles contenues dans le titre IV du livre IV du Code de commerce, dans un secteur en évolution constante, où les opérateurs sont divers et pour lequel la régulation par l'État a montré ses limites.

Dès lors qu'elle répond à un besoin exprimé à un moment déterminé, cette autorité serait instituée pour une durée limitée afin de démanteler le corps de règles qui ont produit des réflexes et des comportements

critiquables chez les opérateurs économiques. Elle s'effacerait ensuite au profit d'une régulation par le Conseil de la concurrence ou par le juge de droit commun.

Une telle mission de régulation pourrait être confiée à la CEPC, dont le rôle, la composition et les pouvoirs seraient alors considérablement modifiés.

(...)

### **Fixer un nouveau seuil de revente à perte**

En dépit des réserves formulées par certains professionnels, le groupe s'est attaché à évaluer à quel niveau il conviendrait de fixer le SRP pour atteindre l'objectif de baisse des prix qui lui était assigné par la lettre de mission. Il lui est également apparu essentiel de proposer un mécanisme simple à appliquer par les opérateurs, difficilement contournable, et facile à contrôler pour l'administration.

La fixation du SRP au niveau du prix d'achat « trois fois net » est la solution qui lui semble répondre à l'ensemble de ces objectifs.

Cette notion de prix « trois fois net », familière aux fournisseurs comme aux distributeurs, correspond au prix d'achat tous remises, ristournes, rabais et coopération commerciale déduits. Le schéma suivant illustre cette définition.

La fixation du SRP au prix « trois fois net » ne correspondrait pas à un retour à l'état du droit antérieur à l'intervention de la loi du 1er juillet 1996 pour au moins quatre raisons :

- l'interdiction de la revente à perte telle qu'énoncée à l'article L. 442-2 du Code de commerce ne serait pas remise en cause ;
- la clarté de la définition du SRP résultant de la loi du 1er juillet 1996 serait préservée, il serait seulement rapproché de la réalité économique ;
- les règles de facturation resteraient simples ;
- les règles applicables aux CGV seraient maintenues.

Les aspects techniques de la réforme proposée peuvent ainsi être précisés :

- la facture subsiste comme outil de calcul du SRP et demeure l'instrument du contrôle ;
- les CGV sont maintenues en ce qu'elles résultent du bilan positif de la loi de 1996, réaffirmé par la circulaire du 16 mai 2003. Elles comprennent toutes les remises, ristournes et rabais directement liés à l'opération d'achat/vente ;
- les remises inconditionnelles acquises lors de la vente viennent en diminution du prix net facturé et du SRP ;
- les remises conditionnelles viennent en déduction du SRP et sont mentionnées en pied de facture ;
- la coopération commerciale s'impute également sur le SRP et est aussi portée en pied de facture. La mise en oeuvre de cette déduction suppose que la rémunération issue de la coopération commerciale soit fixée sous forme de pourcentage du chiffre d'affaires net facturé. Par ailleurs, si le fournisseur offre différentes remises conditionnelles, un taux contractuel sera déterminé avec le distributeur et figurera sur la facture.

Une telle réforme, qui ferait disparaître les marges arrière, impliquerait un aménagement de l'alinéa 2 de l'article L. 442-2 et de l'article L. 441-3 du Code de commerce.



## **F. La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, dit « Rapport Hagelsteen »**

*Rapport de Marie-Dominique Hagelsteen remis à Christine Lagarde Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi Luc Chatel Secrétaire d'État chargé de la Consommation et du Tourisme BERCY LE 12 février 2008*

### **INTRODUCTION**

(...)

À côté de ces pratiques prohibées dans le jeu des relations entre professionnels, une autre disposition doit évidemment être mise en exergue : l'interdiction de la revente à perte, posée par l'article L. 442-2, principe ancien, puisqu'il a été institué par l'article 1er de la loi de finances rectificative pour 1963 du 2 juillet 1963. Cette interdiction<sup>2</sup> vise à protéger le petit commerce afin d'empêcher que les distributeurs fixent des prix extrêmement bas sur des produits d'appel ; elle est également censée protéger les producteurs, puisque chaque distributeur se trouve naturellement enclin à exercer une pression sur son fournisseur pour qu'il aligne ses prix sur les prix les plus bas déjà consentis aux distributeurs concurrents.

Enfin, pour assurer le respect des obligations édictées par le titre IV, a été mis en place un arsenal de sanctions pénales et civiles ; et, s'agissant de la mise en oeuvre de la responsabilité civile des contrevenants, des pouvoirs tout à fait atypiques ont été confiés au ministre, pour pallier la fréquente abstention des victimes elles-mêmes, qui risquent, en se lançant dans une procédure judiciaire, de subir en retour des conséquences plus graves que le gain éventuel qu'elles sont susceptibles d'en retirer

(...)

Une première tentative d'encadrement des marges arrière est intervenue avec la loi sur les nouvelles réglementations économiques (dite loi « NRE ») du 15 mai 2001, qui a notamment incriminé les pratiques consistant à tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectif, ou manifestement disproportionné à ce service.

Puis la circulaire Dutreil du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs est venue inciter les uns et les autres à transférer les marges arrière vers les marges avant ; elle n'a eu cependant que des effets assez modestes.

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a alors obtenu des parties prenantes la signature, le 17 juin 2004, d'un accord par lequel les distributeurs s'engageaient à « mettre en oeuvre une baisse des prix d'au moins 2 % en moyenne sur les produits de marque des grands industriels, sur la base d'un effort également partagé entre distributeurs et industriels », objectif qui paraît avoir été atteint.

À la suite des travaux menés par la commission Canivet ainsi que par le groupe de travail constitué au sein de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale et présidé par M. Luc Chatel, le législateur s'est à nouveau saisi de la question. Il a décidé d'aménager le seuil de revente à perte en prenant en compte, partiellement dans un premier temps, les marges arrière.

La loi du 2 août 2005 a donc conduit à définir le seuil de revente à perte comme le prix facturé « 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 1er janvier 2006. » Cette même loi a prévu que ce seuil serait abaissé à 15 % à compter du 1er janvier 2007.

La dernière étape, sur ce point, a été atteinte avec la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs : le seuil de revente à perte est désormais fixé au prix « triple net»<sup>4</sup>.

(...)

## **2. Commission d'examen des pratiques commerciales, rapport annuel 2008-2009**

*(Extraits, p. 80 et s.)*

### **SECTION 4 : La revente à perte**

Le délit de revente à perte est constitué par la vente ou l'offre de vente à un prix inférieur au seuil de revente à perte c'est-à-dire inférieur à son prix d'achat effectif défini à l'article L. 442-2 du Code de commerce.

L'interdiction faite à tout commerçant de revendre un produit à perte est ancienne et n'a jamais été remise en cause. Depuis la loi de finances rectificative du 2 juillet 1963, les évolutions de la réglementation en la matière ont eu pour but principal de déterminer des modalités de calcul du seuil de revente à perte à la fois pertinentes et simples.

L'évolution de la réglementation en matière de revente à perte tend à diminuer le seuil, de façon à permettre aux revendeurs de diminuer les prix en faveur du consommateur. Cette évolution du seuil de revente à perte (I) n'a pas empêché le juge de prononcer une sanction exemplaire en 2007 (II).

#### **I - Évolution du seuil de revente à perte et champ d'application de l'article L. 442-2 du Code de commerce :**

Les évolutions du mode de calcul du prix d'achat effectif ont été l'occasion pour le juge d'appliquer les principes fondamentaux du droit pénal (A). Il a également confirmé les décisions de 2006 quant au champ d'application de l'article L. 442-2 (B).

##### ***A - L'application du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce au dispositif d'interdiction de la revente à perte :***

Depuis la loi n°2005-882 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 1er janvier 2006 ". Depuis le 1er janvier 2007, peut être intégré au seuil de revente à perte le montant des marges arrières excédant 15 % du prix unitaire net du produit.

Cependant, l'article 47 IV de la loi précitée prévoyait que " 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 dispositions 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 seuil de revente à perte, était ainsi plus élevé sous l'empire de ces anciennes dispositions.

Le juge, prenant acte du caractère plus doux de la loi nouvelle, va revenir par deux fois sur les dispositions de la loi d'août 2005, et appliquer la loi pénale plus douce. Le TGI Evry n° 108 du 26 juin 2007, tout d'abord, en se basant notamment sur les dispositions du pacte international relatif aux droits civils et politiques et de rétroactivité *in mitius*.

*TGI Evry n° 108 du 26 juin 2007 (appel) : revente à perte. Le juge écarte l'application de l'article 47 IV de la loi Dutreil en vertu duquel, par dérogation au principe de l'application rétroactive de la loi pénale plus douce " 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 ".*

Pour cela, le juge se fonde notamment sur la ratification par la France du Pacte international sur les Droits Civils et Politiques dont l'article 15 & 1 pose le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce. Bien que ce raisonnement conduise le juge à retenir que seuls 93 produits sur 267 ont été revendus à perte, il sanctionne sévèrement la pratique. Condamnation du distributeur. Au pénal : 200 000 euro et publication. Au civil : 8 000 euro de dommages et intérêt au bénéfice de l'association de consommateurs.

Le *TGI de Paris n° 1 du 11 octobre 2007*, ensuite, en se fondant sur le principe de la rétroactivité *in mitius*.

*TGI Paris n° 1 du 11 octobre 2007 : revente à perte de bouteilles de vin. Les procès-verbaux avaient été dressés en septembre 2004. La défense invoque le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce afin que leur soit fait application de la loi du 5 août 2005, en vertu de laquelle la revente à perte ne serait pas constituée. Le juge rappelle que la loi du 5 août 2005 exclut explicitement la mise en oeuvre du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Il écarte cependant ces dispositions pour faire application du principe de rétroactivité *in mitius* et justifie sa décision en rappelant qu'il s'agit d'un principe général du droit, non seulement interne, mais encore communautaire. Relaxe.*

(...)

### 3. Commission d'examen des pratiques commerciales, rapport annuel 2009-2010

*Extraits p. 241 et s.*

2. Application du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce au dispositif d'interdiction de la revente à perte :

Au terme de la loi n° 2005-882 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 1er janvier 2006 ». À compter du 1er janvier 2007, pouvait être intégré au seuil de revente à perte le montant des marges arrière excédant 15 % du prix unitaire net du produit.

Cependant, l'article 47 IV de la loi précitée prévoyait que « 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 dispositions 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 seuil de revente à perte, était ainsi plus élevé sous l'empire de ces anciennes dispositions. Le

juge, prenant acte du caractère plus doux de la loi nouvelle, était revenu sur les dispositions de la loi d'août 2005, et a appliqué la loi pénale plus douce. Mais **la décision du TGI Evry n° 108 du 26 juin 2007, qui se basait notamment sur les dispositions du pacte international relatif aux droits civils et politiques et de rétroactivité in mitius, a été contestée sur ce point par la cour d'appel de Paris (28 janvier 2009, dossier n° 07/11326), qui a augmenté le montant de la sanction.**

**CA Paris, 28 janvier 2009, dossier n° 07/11326**

Appel du jugement du TGI d'Evry, 26 juin 2007.

L'enquête avait été initiée par les services de la DGCCRF. Les contrôles se sont échelonnés entre le 4 octobre 2004 et le 25 août 2005 et ont mis en évidence des faits constitutifs d'annonce de revente à perte. La loi du 2 août 2005 ayant modifié le calcul du seuil de revente à perte dans un sens favorable au consommateur, le TGI avait estimé qu'il convenait de relaxer la prévenue (enseigne de distribution) pour les faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, lesquels bénéficient de la rétroactivité in mitius. Le juge se fondait notamment sur la ratification par la France du Pacte international sur les Droits Civils et Politiques dont l'article 15 & 1 pose le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce.

La cour conteste cette argumentation : elle rappelle que la loi du 2 août 2005 n'a pas dépénalisée délit de revente à perte, et a expressément stipulé en son article 47 IV que par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du code pénal, l'infraction de revente à perte commise avant le 31 décembre 2006 se poursuivait selon les dispositions en vigueur lors de sa commission. La loi du 3 janvier 2008 n'a pas abrogé l'article 47 IV de la loi du 2 août 2005. La cour estime en conséquence que les juges du TGI devaient faire application de la loi. Elle écarte l'argument fondé sur l'invocation de l'article 15-1 du Pacte international sur les droits civils et politiques, ce texte traitant des sanctions. Enfin, après avoir repris les conclusions déposées par le ministre chargé de l'économie, elle rappelle que l'article L. 442-2 vise à éviter

que le procédé de revente à perte ne soit utilisé aux fins de réduire l'offre concurrente par le distributeur qui la pratique. Pour ces motifs, la cour réforme le jugement du TGI en ce qu'il a relaxé la société de distribution pour les faits constatés entre le 4 octobre 2004 et le 23 juin 2005. Elle confirme la décision des premiers juges pour les faits constatés le 25 août 2005.

En conséquence, l'amende est portée de 200 000 à 300 000 euros.

Le 15 décembre 2009, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, la rendant ainsi définitive.

Une décision de la cour d'appel de Montpellier, aujourd'hui définitive, avait suivi le même raisonnement que le TGI d'Evry. À la lecture de la décision de la cour d'appel de Paris confirmée par la Cour de cassation, la décision de la cour d'appel de Montpellier semble aujourd'hui critiquable. En effet, la cour d'appel de Montpellier, pour relaxer le prévenu des fins de la poursuite, fait application de la loi pénale plus douce et constate qu'avec le nouveau mode de calcul, pour tous les produits concernés par le contrôle le montant du prix d'achat effectif est systématiquement inférieur aux prix relevés (CA Montpellier 19 juin 2008 n° 941)

*CA Montpellier 19 juin 2008 n° 941*

La CA fait application des nouvelles dispositions législatives issues des lois du 2/08/2005 et du 3/01/2008 (faits constatés sur la période 2004/2005) sur la revente à perte, interprétées dans un sens plus favorable aux prévenus, nonobstant l'article 47.IV de la loi du 2/08/2005, qui précisait que les nouvelles dispositions n'étaient pas applicables aux constatations antérieures au 31/12/2006 (application du principe de rétroactivité *in mitius*) : « force est de constater que la DGCCRF n'a pas, lors du calcul du seuil du prix d'achat, déduit de quote-part des avantages financiers, consentis par les fournisseurs du distributeur, qui viennent diminuer le prix d'achat effectif... l'élément matériel de l'infraction fait donc défaut ». Relaxe du responsable alimentaire magasin (distributeur), sur appel de la décision du tribunal correctionnel de Montpellier du 16/04/2007 (la personne poursuivie avait été condamnée en 1re instance, avec dispense de peine ; le directeur du magasin avait été relaxé). Décision définitive.

## 4. Questions parlementaires

a. Assemblée nationale

- **Question écrite n° 67802 de M. Remiller Jacques**

*Publication au JO Assemblée nationale du 21 juin 2005*

M. Jacques Remiller attire l'attention de M. le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sur les assouplissements de la loi Galland, préconisés par le rapport de la commission Canivet. Les conclusions de ce rapport visent à réduire les prix à la consommation par l'autorisation de la vente à perte pour les distributeurs, supprimant l'une des dispositions majeures de la loi Galland, ou par l'abaissement du seuil de revente à perte, légalisant ainsi les « marges arrières ». Si d'autres solutions n'étaient pas envisagées en vue de relancer la croissance par la consommation des ménages, il est vraisemblable que nombre de professionnels de la production comme de la distribution, notamment les commerces de proximité, seront les grands perdants de l'une ou l'autre des préconisations de la commission Canivet. Il lui demande de bien vouloir lui indiquer quelles suites il entend réserver à ce sujet.

### **Réponse du Ministère de l'économie**

*Publication au JO Assemblée nationale du 4 octobre 2005*

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises (PME) (JO n° 179 du 3 août 2005, page 12639), dont un des volets modifie les dispositions du livre IV du code de commerce, a pour objet à la fois de lutter contre la vie chère et d'appréhender plus efficacement les pratiques abusives mises en oeuvre dans le cadre des relations entre fournisseurs et distributeurs. Ce texte modifie l'article L. 442-2 du code de commerce. Il permet désormais de déduire du seuil de revente à perte les marges arrière dépassant 20 % du prix de vente (à compter du 1er janvier 2006) puis 15 % (à compter du 1er janvier 2007). Cette modification devrait entraîner une baisse des prix maîtrisée et favorable au consommateur. Cependant, cette baisse ne doit pas faire craindre une guerre des prix menée par certains distributeurs qui conduirait à la disparition des commerces de proximité. En effet, le régime de la revente à perte est simplement modifié mais ne disparaît pas pour autant. De même, il existe d'autres dispositions du code de commerce, notamment les articles L. 420-1 et L. 420-2 relatifs aux pratiques anticoncurrentielles, qui permettent de maintenir une concurrence loyale par les prix et ainsi préservent les intérêts du commerce de proximité. **Afin de faciliter l'adaptation progressive des opérateurs, la loi PME prévoit, pour la mise en oeuvre des dispositions sur la revente à perte, différentes mesures transitoires. Ainsi, elle retarde l'entrée en vigueur du nouveau seuil de revente à perte au 1er janvier 2006. Elle aménage également les modalités de calcul de celui-ci en échelonnant les possibilités de déduction des marges arrière (à 20 % puis à 15 %). De plus, elle déroge explicitement au principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce de manière à éviter une application anticipée du nouveau dispositif de revente à perte.** Le législateur prévoit encore un seuil de revente à perte plus bas pour les grossistes qui distribuent des produits ou des services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants et qui exercent une activité de revendeur au détail. Le commerce de proximité bénéficiera ainsi de conditions d'achat plus avantageuses justement dans le souci de maintenir ce secteur dans son rôle essentiel. (...)

- **Question écrite n° 23644 de M. Lang Jack (Pas-de-Calais - SOC)**

**Texte de la question**

*Publication au JO Assemblée nationale du 27 mai 2008*

M. Jack Lang attire l'attention de Mme la secrétaire d'État chargée du commerce extérieur sur certaines mesures contenues dans le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Les professionnels de la Confédération générale de l'alimentation en détail (CGAD) s'inquiètent d'une série de mesures inscrites dans ce projet de loi, susceptibles de porter atteinte à leur développement, voire à la pérennité de nombre d'entre elles. Les craintes exprimées se fondent essentiellement sur les effets pervers des mesures de libéralisation des pratiques commerciales. Ainsi en est-il d'une réintégration des marges arrière, véritables subventions des fournisseurs aux grandes surfaces pour voir leurs produits idéalement disposés en gondole. Ce dispositif à lui seul crée une distorsion de concurrence biaisée dans la mesure où le petit commerce, par définition atomisé, n'a pas la force de négociations des grandes centrales d'achat. Les enquêtes menées démontreraient qu'en 2005 les marges arrière ont progressé de 32,5 % pour 33,1 % en 2006 (chiffres fournis par la Direction de la concurrence et répression des fraudes DGCCRF). Estimées à hauteur de 20 à 30 milliards, elles font partie intégrante des résultats des grandes surfaces et ne sauraient donc être redistribuées, sauf à revoir, à rentabilité maintenue, les prix pratiqués à la clientèle et qui ne pourraient que partir à la hausse, entamant un peu plus le pouvoir d'achat des Français, déjà mis à mal par les dernières hausses constatées (carburant, produits alimentaires, énergie, franchises médicales, etc.). L'encadrement des marges arrière doit donc être maintenu, pour des raisons d'équité et pour de réels motifs économiques, au véritable service des consommateurs. (...)

**Texte de la réponse du Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi**

*JO Assemblée nationale du 27 janvier 2009*

(...)

Pour favoriser une baisse maîtrisée de ces prix, le mode de calcul du seuil de revente à perte a été modifié en deux étapes en vue de faire bénéficier les consommateurs des marges arrière réalisées par les distributeurs. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a modifié l'article L. 442-2 du code de commerce, permettant ainsi de répercuter sur le prix de revente au consommateur une partie d'entre elles. Les effets de cette réforme sur les prix des grandes marques de la grande distribution ont été réels, avec une baisse de 3,2 % des prix de détail entre mars 2006 et mars 2007. Ils ont démontré qu'une plus grande concurrence et une plus grande liberté de négociation entre les partenaires de la relation commerciale sont de nature à bénéficier à l'ensemble de l'économie. Pour favoriser la poursuite de ce mouvement, le Gouvernement a engagé, sans délai, la deuxième étape de réforme du cadre législatif des relations entre fournisseurs et distributeurs. La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, permet ainsi aux distributeurs de diminuer les prix de revente aux consommateurs de l'ensemble des rémunérations versées aux distributeurs par leurs fournisseurs. Cette réforme est désormais poursuivie et approfondie avec la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, qui vise à supprimer les entraves à la différenciation tarifaire, mais instaure en contrepartie des dispositifs d'accompagnement en direction du commerce de proximité et en vue d'éviter que se renforce un déséquilibre dans les relations commerciales. Ainsi, la loi prévoit des règles strictes de formalisme des contrats afin de garantir la transparence des relations commerciales. Par ailleurs, l'interdiction de la revente à perte reste en vigueur et la loi de modernisation de l'économie prévoit en outre un renforcement des sanctions civiles des pratiques abusives et facilite les possibilités de sanction des abus contractuels. Par

ailleurs, il y a lieu de rappeler que le Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce (FISAC) constitue l'instrument privilégié de l'État pour développer l'activité du petit commerce et répondre corrélativement aux attentes des consommateurs. Il vise en priorité à préserver ou à développer un tissu d'entreprises de proximité, principalement de très petites entreprises (chiffre d'affaires annuel hors taxes n'excédant pas 0,8 million d'euros). Depuis 2007, un effort financier particulier a été consenti pour accroître les taux d'intervention au niveau tant des aides collectives que des aides individuelles. Le FISAC offre donc actuellement de larges possibilités pour permettre de préserver ou de développer le commerce de proximité. Il reste bien entendu que cet outil, qui a apporté de bons résultats, peut toujours faire l'objet d'améliorations. Ainsi, la loi de modernisation de l'économie a prévu un renforcement de son action. Celle-ci devrait être orientée de manière prioritaire, pour répondre à la demande des élus, sur des opérations en milieu rural, dans les halles et marchés, ainsi que dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville grâce à des mesures de soutien approfondi.

## **II. Constitutionnalité de la disposition contestée**

### **A. Normes de référence**

#### **1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen**

- **Article 8**

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.

#### **5. Constitution du 4 octobre 1958**

## **B. Jurisprudence communautaire**

- **CJCE, aff. n° C-387/02, 3 mai 2005, Berlusconi et autres,**

### **Sur le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère**

(...)

66 Abstraction faite de l'applicabilité de l'article 6 de la première directive sociétés au défaut de publicité des comptes annuels, il convient d'observer que, en vertu de l'article 2 du code pénal italien qui édicte le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère, les nouveaux articles 2621 et 2622 du code civil italien devraient être appliqués même s'ils ne sont entrés en vigueur qu'après que les actes à l'origine des poursuites engagées dans les affaires au principal ont été commis.

67 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, cette dernière s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré (voir, notamment, arrêts du 12 juin 2003, Schmidberger, C-112/00, Rec. p. I-5659, point 71 et jurisprudence citée, et du 10 juillet 2003, Booker Aquaculture et Hydro Seafood, C-20/00 et C-64/00, Rec. p. I-7411, point 65 et jurisprudence citée).

**68 Or, le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres.**

69 Il en découle que ce principe doit être considéré comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire que le juge national doit respecter lorsqu'il applique le droit national adopté pour mettre en œuvre le droit communautaire et, en l'occurrence, plus particulièrement, les directives sur le droit des sociétés.

(...)

- **CJCE, 8 mars 2007, aff. n° C-45/06, Campina GmbH & Co**

32 Il importe de relever que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de sorte qu'il doit être considéré comme un principe général de droit communautaire dont la Cour assure le respect et que le juge national est tenu d'observer (voir, en ce sens, arrêt du 3 mai 2005, Berlusconi e.a., C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, points 67 à 69).

## C. Jurisprudence judiciaire

- **Cour de cassation, chambre criminelle, 3 février 1986, n° 85-93250**

(...)

Attendu qu'en l'absence d'une disposition contraire expresse, une loi nouvelle qui abroge une incrimination s'applique aux faits commis antérieurement à son entrée en vigueur et faisant l'objet de poursuites non encore terminées par une décision passée en force de chose jugée ;

Attendu que X... Philippe, gérant de société, a été poursuivi et condamné pour avoir tenu ou fait tenir une comptabilité irrégulière, délit assimilé à la banqueroute simple par application de l'article 131 alinéa 5 de la loi du 13 juillet 1967 ;

Mais attendu que ce texte ayant été abrogé par l'article 238 alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985 applicable, selon son article 243, à compter du 1er janvier 1986, l'arrêt attaqué manque de base légale

(...)

- **Cour de cassation, chambre criminelle, 7 avril 2004, n° 03-84191**

(...)

Mais sur le moyen unique de cassation du procureur général, pris de la violation des articles 112-1 et 432-14 du Code pénal ;

"en ce que la cour d'appel a décidé d'infirmier le jugement déféré et de relaxer Claude Y... ;

"aux motifs que l'intervention du Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 modifiant le Code des marchés publics, entré en application le 8 septembre 2001, permet de retenir que les marchés publics peuvent pour l'avenir être passés sans formalité préalable lorsque le seuil de 90 000 euros hors taxes n'est pas dépassé ; que cette modification essentielle supprime l'exigence, pour les marchés passés en dessous du nouveau seuil, de respecter les règles de mise en concurrence des candidats aux marchés publics de l'appel d'offres ; qu'en l'espèce, les dispositions nouvelles s'appliquent indiscutablement au prévenu, s'agissant d'une disposition pénalement sanctionnée plus douce et d'une instruction non définitivement jugée ; qu'ainsi l'on ne peut plus reprocher à Claude Y... d'acte contraire aux dispositions réglementaires assurant la liberté d'accès ou l'égalité des candidats dans les marchés publics tel que prévu aux dispositions de l'article 432-14 du Code pénal ;

"en ce que la cour d'appel a également décidé d'infirmier le jugement déféré et de relaxer partiellement Jean-Paul X..., en reprenant les mêmes motifs et en constatant que l'élément légal de l'infraction de favoritisme avait disparu pour les marchés de formation de la SA Générale de Restauration, pour le marché des changes-complets pour adultes passés avec la SA Hartmann, pour les marchés portant sur les déchets septiques passés avec les sociétés Vidor et Sital ainsi que pour les marchés passés avec la SA CGEM, en constatant encore qu'aucun desdits marchés ne dépassait le seuil de 90 000 euros hors taxes ; et en visant enfin les dispositions de l'article 28 de l'annexe du Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 ;

**"alors que, d'une part, la règle de la rétroactivité in mitius ne saurait s'appliquer en matière pénale ; que, lorsqu'une disposition législative, support légal d'une incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation ou la modification de textes réglementaires auxquels elle peut se référer n'a aucun effet rétroactif ; que le renvoi opéré par le législateur à une disposition réglementaire ne saurait avoir pour**

**effet d'accroître le périmètre de l'élément légal d'un délit, la référence faite par la loi pénale à une disposition réglementaire ne pouvant avoir pour conséquence de modifier la nature ou le domaine de celle-ci ; que si le droit international prévoit bien la rétroactivité in mitius de la loi, seule la loi de pénalité est concernée ;**

"alors que, d'autre part, l'entrée en vigueur du nouveau Code des marchés publics ne pouvait avoir aucune incidence sur les poursuites pénales en cours, le Décret du 7 mars 2001 ayant prévu un dispositif de droit transitoire excluant sa rétroactivité ; qu'il résulte de l'article 3-1 et 2 de ce texte que les marchés publics notifiés antérieurement à l'expiration d'un délai de six mois à compter de sa publication au Journal officiel et que les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée antérieurement à l'expiration du même délai demeurent régis pour leur exécution, s'agissant des premiers, pour leur passation, s'agissant des seconds, par les dispositions du Code des marchés publics dans leur rédaction antérieure" ;

Vu les articles 112-1 et 432-14 du Code pénal ;

Attendu que les dispositions réglementaires nouvelles du Code des marchés publics modifiant les conditions de passation desdits marchés ne s'appliquent pas aux infractions commises avant leur entrée en vigueur, dès lors que le texte législatif, support légal de l'incrimination, n'a pas été modifié ;

Attendu que, pour infirmer le jugement ayant déclaré Jean-Paul X... et Claude Y... coupables de favoritisme à l'occasion de la passation de certains marchés, l'arrêt, après avoir énoncé qu'à la suite de l'intervention, en cours de procédure, des dispositions du nouveau Code des marchés publics résultant du décret du 7 mars 2001 relevant à 90 000 euros hors taxes le seuil au-dessous duquel les marchés peuvent être passés sans formalité préalable, à compter du 8 septembre 2001, constate que l'élément légal de l'infraction de favoritisme a disparu en ce qui concerne le marché relatif à l'installation d'un monte-charge dans le pavillon Schutzenberger et ceux passés avec la Société Générale de Restauration, et les sociétés Hartmann, Vidor, Sital et CGEM, dont les montants ne dépassaient pas le seuil précité ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'article 432-14 du Code pénal, support légal de l'incrimination de favoritisme, demeure en vigueur, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ;

Par ces motifs ,

(...)

- **Cour de cassation, chambre criminelle, 19 mai 2004, n° 03-86192**

(...)

Sur le cinquième moyen de cassation, pris de la violation des articles 112-1 et 432-14 du Code pénal, 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 591 et 593 du Code de procédure pénale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a déclaré Jean-Claude X... coupable du délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité dans les marchés publics pour avoir :

- en permettant la réalisation de travaux de voirie sur l'ensemble du territoire de la commune de Saint-Rambert-en-Bugey pour un montant total de 2 000 000 francs, sans commande ni appel d'offre, ni rédaction

d'un marché, ces travaux étant, sous couvert de l'attribution à cinq entreprises différentes, sous-traitées à l'entreprise SCR Brunel (opération de fractionnement),

- en lançant ultérieurement un appel d'offre restreint qui n'avait dès lors pour seule vocation que de régulariser les opérations réalisées auparavant, c'est-à-dire en attribuant à la SCR Brunel un marché fictif à hauteur du solde des factures dues (mise en place d'un marché de régularisation) ;

"alors que, selon l'article 28 du nouveau Code des marchés, résultant du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, publié au journal officiel le 8 janvier suivant, les marchés de travaux dont le seuil est compris entre 230 000 euros et 5 900 000 euros sont passés, au choix de la personne responsable du marché, selon la procédure soit de l'appel d'offres, soit du marché négocié avec publicité et mise en concurrence, soit du dialogue compétitif ; qu'en l'état de ce nouveau texte qui modifie l'incrimination dans un sens favorable au prévenu, puisque le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats ne suppose plus dorénavant la constatation de l'absence de recours à la procédure de l'appel d'offres, l'arrêt attaqué encourt l'annulation" ;

Attendu que le demandeur ne saurait se prévaloir de l'application rétroactive de l'article 28 du nouveau Code des marchés publics résultant du décret du 7 janvier 2004, les conditions de passation des marchés, dès lors que modifiant la disposition législative, support légal de l'incrimination, est demeurée inchangée ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

REJETTE le pourvoi ;

(...)

- **Cour de cassation, chambre criminelle, 6 octobre 2004, n° 03-84827**

(...)

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, 15-1 du pacte international de New-York du 19 décembre 1966, 112-1 du Code pénal, 2 bis du Code des douanes issu de la loi du 17 juillet 1992, 591 et 593 du Code de procédure pénale ;

"en ce que l'arrêt confirmatif attaqué a rejeté l'exception d'extinction de l'action publique par application du principe de la rétroactivité in mitius ;

"aux motifs que selon la thèse des appelants, la loi du 17 juillet 1992 dispose dans son article 111 que le Code des douanes ne s'applique pas à "l'entrée sur le territoire douanier des marchandises communautaires" ; qu'il est clair que cette loi devrait s'appliquer au cas d'espèce rétroactivement en vertu de l'article 15-1 du pacte de New-York du 19 décembre 1966 ; que le problème cependant se pose au regard de l'article 110 de la même loi qui prévoit que "les dispositions de la présente loi ne font pas obstacle à la poursuite des infractions douanières commises avant son entrée en vigueur sur le fondement des dispositions législatives antérieures" ; que le principe de la rétroactivité in mitius est exprimé par l'article 112-1 et suivant du Code pénal... que cependant la Cour de cassation minore la portée de ce principe qui ne peut jouer "en l'absence de dispositions contraires expresses" ; que dans une série d'arrêts, la Chambre criminelle a précisé que la suppression des taxations et des contrôles douaniers mise en oeuvre par la loi du 17 juin 1992 ne faisait pas obstacle à la poursuite des infractions commises avant l'entrée en vigueur de ladite loi ; qu'ainsi, selon la Cour de cassation, le pacte de 1966 n'a pas vocation à s'appliquer ; qu'en droit international, le principe de la rétroactivité in mitius est consacré par l'article 15-1 de ce pacte selon lequel "il ne saurait infliger aucune peine plus forte que celle 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" ; que le pacte

a par ailleurs une valeur supra légale en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958 et une valeur constitutionnelle ; que cependant le pacte de 1966 n'a pas vocation à s'appliquer au cas d'espèce ; que seules les dispositions de la loi de 1972 doivent s'appliquer et le principe de rétroactivité in mitius sera écarté, l'action publique n'étant pas éteinte ;

"alors que conformément à l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 les dispositions de l'article 15-1 du Pacte international de New-York du 19 décembre 1966 consacrant le principe de la rétroactivité in mitius s'opposent à ce qu'une disposition de droit interne prétende faire échec audit principe, de sorte qu'en se refusant à faire application en l'espèce des dispositions de l'article 2 bis du Code des douanes issu de la loi du 17 février 1992 excluant l'application des dispositions du Code des douanes aux importations sur le territoire douanier de marchandises communautaires motif pris de ce que l'article 100 de la même loi exclut expressément l'application des dispositions de cette loi à des infractions douanières commises avant son entrée en vigueur, la Cour a violé le principe selon lequel les traités et conventions internationales ont une autorité supérieure à celle de la loi" ;

Attendu que le prévenu ne saurait faire grief à l'arrêt attaqué d'avoir jugé que l'article 110 de la loi du 17 juillet 1992, selon lequel les dispositions de cette loi n'ont pas d'effet rétroactif sur les infractions commises avant son entrée en vigueur, n'est pas contraire à l'article 15-1 du Pacte international sur les droits civils et politiques, dès lors que ce dernier texte ne concerne que les sanctions et non les incriminations ;

Qu'il s'ensuit que le moyen doit être écarté

(...)

- **Cour de cassation , chambre criminelle, 18 janvier 2006, n° 05-84369**

Sur le moyen unique de cassation pris de l'entrée en vigueur de l'arrêté préfectoral du 24 février 2004 (abrogeant l'arrêté préfectoral du 29 janvier 1997) modifiant une limitation de vitesse, ensemble les articles 413-14 1 du Code de la route et 122-1 du Code pénal ;

Attendu que, pour déclarer Olivier X... coupable d'excès de vitesse et écarter l'application du principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce invoqué par ce dernier pour solliciter sa relaxe, le jugement énonce que, s'il est vrai que, dans le cadre de l'application de l'article 112-1 du Code pénal, constitue une disposition plus douce applicable immédiatement l'abrogation d'un texte réglementaire, support nécessaire d'une incrimination, dès lors qu'elle retire aux faits poursuivis leur caractère punissable, il n'en reste pas moins que, lorsqu'une disposition législative, support légal d'une incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation de textes réglementaires pris pour son application n'a aucun effet rétroactif et les faits commis et poursuivis avant cette abrogation sont toujours punissables ;

Attendu qu'en l'état de cette motivation, la juridiction de proximité a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen ne peut être qu'écarté ;

Et attendu que le jugement est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

(...)

## **D. Jurisprudence administrative**

### **- Conseil d'État, Avis n° 176611, 5 avril 1996**

(...)

1° - Le principe selon lequel la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle abroge une incrimination ou 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, s'étend aux majorations de droits pour mauvaise foi prévues par l'article 1729-1 du code général des impôts. En effet, dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation d'un préjudice pécuniaire, ces majorations constituent, même si le législateur a laissé le soin de les établir et de les prononcer à l'autorité administrative, des sanctions soumises au principe de nécessité des peines tel qu'il résulte 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".

2° et 3° - Dès lors qu'une contestation propre aux pénalités a été présentée au juge de l'impôt, il appartient à celui-ci d'examiner d'office s'il y a lieu de faire application de la loi répressive nouvelle plus douce. Dans cette hypothèse, en effet, il ne pourrait statuer sur le moyen dont il est saisi, sans méconnaître lui-même le champ d'application de la loi dans le temps. Pour déterminer la loi applicable à la pénalité contestée devant lui, le juge de l'impôt doit, comme juge de plein contentieux, se placer à la date à laquelle il statue.

4° - Aux termes du I a) de l'article 2 de la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières, repris au premier alinéa de l'article 1727 du code général des impôts : "Le défaut ou l'insuffisance dans le paiement ou le versement tardif de l'un des impôts, droits, taxes, redevances ou sommes établis ou recouverts par la direction générale des impôts donnent lieu au versement d'un intérêt de retard qui est dû indépendamment de toutes sanctions". Le III du même article repris à l'article 1729-I du code précité, dispose, quant à lui, que "Lorsque la déclaration ou l'acte mentionné au II font apparaître une base d'imposition ou des éléments servant à la liquidation de l'impôt insuffisants, inexacts ou incomplets, le montant des droits mis à la charge du contribuable est assorti : 1°) de l'intérêt de retard visé au paragraphe I ... 2°) et d'une majoration de 40% si la mauvaise foi de l'intéressé est établie ...". Il résulte de ces dispositions que les intérêts de retard n'ont pas le caractère d'une sanction mais celui d'une réparation du préjudice pécuniaire subi par le Trésor en cas de paiement insuffisant ou tardif ou en cas de défaut de paiement de l'impôt. Par suite, pour déterminer si les dispositions de l'article 1729-I du code général des impôts dans leur rédaction résultant de la loi du 8 juillet 1987 instituent une sanction plus douce que celle prévue par la législation en vigueur avant l'intervention de cette loi, il convient de ne prendre en compte que le taux de majoration prévu par le nouveau texte en cas d'absence de bonne foi à l'exclusion des intérêts de retard. Pour procéder à la comparaison qu'impliquent les principes énoncés ci-dessus, il y a lieu de ne prendre en compte que la part de majorations qui, en vertu des règles antérieurement applicables, présentait le caractère d'une sanction. Il convient donc d'en défalquer la fraction correspondant aux intérêts qui étaient en tout état de cause maintenus lorsque le juge était conduit à prononcer la décharge des pénalités. Il suit de là que le juge ne doit appliquer le taux de 40 % que s'il ressort du dossier que cette comparaison en fait apparaître le caractère moins sévère.

5° - Lorsqu'il y a lieu de faire application de la loi répressive nouvelle plus douce, le juge de l'impôt doit substituer lui-même les pénalités résultant de l'application de cette loi aux majorations établies par l'administration. La loi précitée du 8 juillet 1987, comme celle antérieurement en vigueur, qui proportionne les pénalités selon les agissements commis par le contribuable, a prévu l'application de taux de majorations différents selon la qualification qui peut être donnée au comportement de celui-ci. Le juge de l'impôt, après

avoir exercé son plein contrôle sur la qualification retenue par l'administration, doit appliquer le taux de majoration prévu en ce cas par la loi sans pouvoir le moduler pour tenir compte de la gravité de la faute commise par le contribuable.

Le présent avis sera publié au Journal officiel de la République française.

(...)

- **Conseil d'État, n° 180643, 16 février 2000**

(...)

Sur les pénalités auxquelles a été assujetti M. X... au titre des années 1983 et 1984 :

Considérant que si l'administration est en droit, à tout moment de la procédure contentieuse, de justifier d'une pénalité en en modifiant le fondement juridique, c'est à la double condition que la substitution de base légale ainsi opérée ne prive le contribuable d'aucune des garanties de procédure prévues par la loi que l'administration invoque, au soutien de la demande de substitution de base légale, des faits qu'elle avait retenus pour motiver la pénalité initialement appliquée ; qu'en se bornant à relever, pour admettre la substitution aux pénalités pour manoeuvres frauduleuses de 150 % dont le service avait d'abord assorti les droits mis à la charge de M. X... au titre des années 1983 et 1984 des pénalités de 100 % prévues à l'article 1733-1 alors applicable du code général des impôts en cas de défaut de souscription de la déclaration malgré deux mises en demeure, que les pénalités initialement appliquées avaient été régulièrement motivées par lettre du 17 décembre 1986, sans rechercher si l'administration avait alors invoqué les mêmes faits que ceux dont elle s'est prévaluée pour justifier le maintien, sur un nouveau fondement, des pénalités infligées à M. X..., la cour a commis une erreur de droit ; qu'il suit de là que son arrêt doit, dans cette mesure, être annulé ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1733 du code général des impôts dans sa rédaction alors applicable : "1. En cas de taxation d'office à défaut de déclaration dans les délais prescrits, les droits mis à la charge du contribuable sont majorés du montant de l'intérêt de retard prévu à l'article 1728 sans que ce montant puisse être inférieur à 10 % des droits dus pour chaque période d'imposition. La majoration est de 25 % si la déclaration n'est pas parvenue à l'administration dans un délai de trente jours à partir de la notification par pli recommandé d'une mise en demeure d'avoir à la produire dans ce délai. Si la déclaration n'est pas parvenue dans un délai de trente jours après une nouvelle mise en demeure notifiée par l'administration dans les mêmes formes, la majoration est de 100 %" ; que le taux de 100 % prévu par le 1 de l'article 1733 du code général des impôts, en vigueur à la date de la mise en recouvrement des majorations contestées, a été réduit à 80 % par l'article 1728 du code général des impôts, dans sa rédaction issue de l'article 2-II de la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 ;

(...)

- **Conseil d'État, n° 208238, 26 septembre 2001**

(...)

S'agissant du taux applicable :

Considérant que le service a fait application des dispositions des articles 1733-2 et 1731 du code général des impôts, dans leur rédaction antérieure à la loi du 8 juillet 1987, prévoyant, en cas d'opposition à contrôle fiscal, une majoration de 150 % de l'impôt sur les sociétés et de 300 % de la taxe sur la valeur ajoutée ; que l'article 1730 du même code, dans sa rédaction issue de cette même loi, a prévu dans un tel cas, outre les intérêts de retard, une majoration de 150 % quelle que soit l'imposition en cause ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté que la part de la majoration de 300 % appliquée à la taxe sur la valeur ajoutée réclamée à la SARL ESPACE LOISIRS qui présentait le caractère d'une sanction, après défalcation d'une somme égale aux intérêts de retard qui auraient été encourus à défaut d'application de la pénalité prévue par les articles 1733-2 et 1731, excède le taux de 150 % désormais prévu par l'article 1730 ; **qu'il y a lieu de faire application de la loi répressive nouvelle plus douce** ; que, dès lors, le taux de la majoration appliquée à la taxe sur la valeur ajoutée assignée à la SARL ESPACE LOISIRS doit être ramené à 150 % ;

En ce qui concerne les pénalités pour défaut de désignation des bénéficiaires des revenus distribués :

Considérant, en premier lieu, que la notification de redressements, dans laquelle le service a invité la SARL ESPACE LOISIRS, en application de l'article 117 du code général des impôts, à lui fournir l'identité des bénéficiaires des revenus distribués, comportait, à défaut d'une référence expresse à l'article 1763 A du code général des impôts, un rappel suffisant du contenu de ce texte et notamment des conséquences pour la société d'un défaut de réponse dans le délai imparti ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en réponse à cette demande, la SARL ESPACE LOISIRS s'est bornée à répondre que "les bénéficiaires des revenus distribués sont les associés" ; que cette réponse doit, dans les circonstances de l'espèce, être regardée comme équivalent à un défaut de réponse, dès lors qu'il n'est pas établi que le service avait alors connaissance de l'identité et de l'adresse de tous les nombreux associés successifs tout au long de la période d'imposition en cause ; que, par suite, c'est à bon droit que la SARL ESPACE LOISIRS a été assujettie aux pénalités litigieuses en application de l'article 1763 A du code général des impôts ;

**Mais considérant, en troisième lieu, que le service a fixé le taux de ces pénalités à 130 % compte tenu de la rédaction de l'article 1763 A antérieure à la loi du 8 juillet 1987, qui prévoyait une pénalité calculée en appliquant au montant des revenus distribués le double du taux maximum de l'impôt sur le revenu ; que dans sa rédaction issue de cette loi, l'article 1763 A n'a retenu qu'un taux de 100 % seulement ; qu'il y a lieu de faire application de la loi répressive nouvelle plus douce** ; que, dès lors, le taux des pénalités assignées à la société doit être ramené à 100 % ;

- **Conseil d'État, n° 295046, 16 novembre 2009**

(...)

Sur l'étendue du litige :

Considérant que le ministre de la défense a relevé M. A, à compter du 1er janvier 2004, de la mesure de suspension de sa pension militaire de retraite prise le 9 juin 2000, sur le fondement de l'article L. 59, alors en vigueur, du code des pensions civiles et militaires de retraite ; que les conclusions du pourvoi de M. A sont, dans cette mesure, devenues sans objet ; que, par suite, il n'y a pas lieu d'y statuer ;

Sur le surplus des conclusions du pourvoi :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens du pourvoi ;

Considérant que le contentieux des pensions civiles et militaires de retraite est un contentieux de pleine juridiction ; qu'il appartient, dès lors, au juge saisi de se prononcer lui-même sur les droits de l'intéressé en l'état du droit applicable ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 59 du code des pensions civiles et militaires de retraite, en vigueur à la date des faits : Le droit à l'obtention ou à la jouissance de la pension et de la rente viagère d'invalidité est également suspendu à l'égard de tout bénéficiaire du présent code qui aura été révoqué ou mis à la retraite d'office : / (...) pour s'être démis de ses fonctions à prix d'argent ou à des conditions équivalant à une rémunération en argent ou s'être rendu complice d'une telle démission, / lors même que la pension ou la rente viagère aurait été concédée. / La même disposition est applicable, pour des faits qui auraient été de nature à entraîner la révocation ou la mise à la retraite d'office, lorsque les faits sont révélés ou qualifiés après la cessation de l'activité (...) ; que selon l'article 65 de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites : Les articles L. 37 bis, L. 42, L. 58, L. 59, L. 68, L. 69, L. 70, L. 71 et L. 72 ainsi que les premier et quatrième alinéas de l'article L. 87 du code des pensions civiles et militaires de retraite sont abrogés (...) ;

Considérant que la mesure de suspension de pension infligée à M. A sur le fondement de l'article L. 59 du code des pensions civiles et militaires de retraite a la nature d'une sanction administrative ; qu'il appartient au juge du fond, saisi d'une contestation portant sur une telle sanction, de prendre une décision qui se substitue à celle de l'administration et, le cas échéant, de faire application 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 ; que, dès lors que les dispositions de l'article L. 59 du code des pensions civiles et militaires de retraite ont été abrogées à compter de la publication de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, postérieurement à la décision de suspension du ministre du 9 juin 2000, qui n'était pas devenue définitive, la cour, en ne relevant pas d'office qu'il y avait lieu, conformément au principe de l'application immédiate de la loi répressive plus douce, d'annuler l'arrêté du ministre de la défense du 9 juin 2000 et de rétablir M. A dans ses droits à pension à compter du 14 juin 2000, date à laquelle lui a été notifiée la suspension de sa pension, a commis une erreur de droit ; que son arrêt doit, par suite, être annulé ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens d'appel ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. A est fondé à soutenir que c'est à tort que, par l'article 1er de son jugement du 23 janvier 2002, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté sa demande tendant à l'annulation de l'arrêté du ministre de la défense du 9 juin 2000 et au versement des arrérages de sa pension au titre de la période courant du 14 juin 2000, date à laquelle lui a été notifiée la suspension de sa pension, et le 31 décembre 2003 ;

(...)

DECIDE :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi de M. A relatives au versement des arrérages de sa pension militaire de retraite au titre de la période postérieure au 1er janvier 2004.

Article 2 : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 9 mai 2006 est annulé.

Article 3 : L'article 1er du jugement du tribunal administratif de Montpellier du 23 janvier 2002 rejetant la demande de M. A tendant à l'annulation de la décision du 9 juin 2000 du ministre de la défense le suspendant de son droit à pension et l'arrêté du ministre de la défense du 9 juin 2000 sont annulés.

Article 4 : L'État versera à M. A les arrérages de sa pension militaire de retraite pour la période comprise entre le 14 juin 2000 et le 31 décembre 2003, assortis des intérêts au taux légal à compter du 11 avril 2005.

Article 5 : L'État versera à M. A une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 6 : Le surplus des conclusions de la requête présentée par M. A devant la cour administrative d'appel de Marseille est rejeté.

Article 7 : La présente décision sera notifiée à M. Marc A, au ministre de la défense et au ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État.

(...)

## E. Jurisprudence du Conseil constitutionnel

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

(...)

74. Considérant que le deuxième alinéa de l'article 100 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est ainsi conçu :

Les dispositions des articles 265 à 268, 305, 306, 309 à 312, 381 à 385, 400 (alinéas 1er et 2°), 434 à 437 nouveaux du code pénal, et l'article 16 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer ne sont pas applicables aux infractions ayant donné lieu à un jugement sur le fond en dernier ressort avant l'entrée en vigueur de la présente loi .

75. 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 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**

(...)

- 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

(...)

109. Considérant que l'article 51 rend applicable l'article 28 de la loi organique relatif à l'intégration directe dans le corps judiciaire aux candidatures enregistrées postérieurement à la date de promulgation de ladite loi organique ;

110. Considérant que l'article 52 énonce que "les dispositions relatives à la promotion à l'ancienneté au sein du second grade ne sont applicables qu'aux magistrats nommés ou promus par décret publié à partir du 1er juillet 1993" ;

111. Considérant qu'en vertu de l'article 53 les conditions de diplôme exigées par l'article 23 pour l'accès à l'école nationale de la magistrature ne sont pas applicables aux concours ouverts au titre de l'année 1992 ;

**112. 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 ; qu'il suit de là que les articles 50 à 53 ne sont pas contraires à la Constitution ;**

(...)