

---

**LA DÉCISION DU MOIS**


---

**Lorsqu'il détermine la perte de marge sur coûts variables de la victime d'une rupture brutale, le juge doit déduire la plus-value réalisée par cette dernière lors de la vente de ses matériels si telle est la convention des parties.**

Après quinze années de relations, un client annonce à son prestataire qu'il lancera désormais un appel d'offres pour la réalisation de la prestation. Estimant que le préavis qui lui a été accordé est insuffisant, le prestataire l'assigne en rupture brutale de relations commerciales établies. La cour d'appel fait droit à sa demande d'indemnisation à hauteur de 414 000 euro, correspondant à dix-huit mois de perte de marge sur coûts variables (Paris, 23 mai 2018, LawLex20200002243JBJ). Le client, auteur de la rupture, forme un pourvoi. Il fait valoir que les juges du fond ont ignoré les prévisions des parties, qui s'étaient accordées sur certaines modalités de la réparation du préjudice de la victime.

La Cour de cassation partage le même avis : selon elle, en se bornant à appliquer « le taux de marge sur coûts variables au chiffre d'affaires mensuel moyen de la victime, multiplié par le nombre de mois de préavis », « sans tenir compte de la plus-value réalisée par la victime lors de la vente de ses matériels, que les parties étaient convenues, comme elles en avaient la possibilité, de déduire du montant du préjudice causé par la brutalité de la rupture de leur relation », la cour d'appel a violé l'actuel article L. 442-1, II, du Code de commerce. Cet arrêt appelle plusieurs remarques.

D'abord, la Haute juridiction semble valider la prise en considération de la perte de marge sur coûts variables (V. déjà, allant dans le même sens, Cass. com., 23 janv. 2019, LawLex201900000114JBJ) par préférence à la marge brute, encore trop souvent retenue par certaines chambres du pôle 5 de la Cour

d'appel de Paris (Paris, 5-5, 24 sept. 2020, LawLex20200002212JBJ ; 5-16 du 15 sept. 2020, LawLex20200002170JBJ ; 5-11, 10 juill. 2020, LawLex20200001717JBJ). Si en effet l'arrêt d'appel est censuré, ce n'est pas pour s'être référé à ce type de marge, mais pour avoir omis de déduire de celle-ci les gains réalisés par la victime de la rupture.

*Après avoir admis le droit des parties de transiger, la Cour de la cassation leur ouvre la possibilité de convenir des modalités de la réparation.*

Ensuite, en affirmant que les parties avaient « la possibilité » de convenir la déduction des plus-values de cession réalisées par la victime, la solution s'inscrit dans la ligne d'un précédent arrêt de la Cour en vertu duquel si l'article L. 442-1 « institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation, il ne leur interdit pas de convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale, ou de transiger sur l'indemnisation du préjudice subi par suite de la brutalité de cette rupture » (Cass. com., 14 décembre 2014, LawLex201400001505JBJ). Il résulte de ces arrêts que les parties ne peuvent pas exclure la réparation du dommage causé par une rupture brutale, mais peuvent, une fois celle-ci consommée, s'accorder sur les modalités de la réparation du préjudice. En l'occurrence, l'auteur de la rupture avait demandé que le préjudice de la victime soit déterminé après déduction de sa plus-value de cession, ce qu'avait volontiers accepté cette dernière, comme le démontraient ses propres calculs. Les juges du fond auraient dû, selon

la Cour de cassation, entériner ce choix librement consenti. La question se pose cependant des limites de la liberté des parties. Peuvent-elles aller jusqu'à choisir des critères d'indemnisation alternatifs à la perte de marge ? Convenir d'une indemnité symbolique ? La négociation post-rupture ne risque-t-elle pas d'exposer l'auteur de la rupture à un grief de déséquilibre significatif, si la réparation accordée apparaît ultérieurement insuffisante à la victime ?

L'arrêt est enfin porteur d'espoir sur la possibilité d'une évaluation du préjudice de la victime au plus près du dommage réellement subi. En effet, il semble ouvrir une brèche dans le dogme selon lequel le préjudice s'apprécie à la date de la rupture et non au regard d'éléments postérieurs à celle-ci (Cass. com., 6 nov. 2012, LawLex201200002304JBJ ; 9 juill. 2013, LawLex201300001090JBJ ; 4 oct. 2016, LawLex201600001642JBJ ; 3 juill. 2019, LawLex201900000923JBJ) puisqu'il admet que l'indemnisation soit minorée par les gains résultant d'une plus-value de cession réalisée après la rupture.

**RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS  
COMMERCIALES ÉTABLIES**

 Cour de cassation  
 Chambre commerciale  
 30 septembre 2020  
 LawLex20200002208JBJ

★★★



### La victime d'une clause déséquilibrée peut agir en nullité, même pour les litiges antérieurs à l'ordonnance du 24 avril 2019.

Une société spécialisée dans la fabrication et le commerce de photocopieurs distribuait ses produits et services au travers d'un réseau de concessionnaires exclusifs. Les conditions générales du contrat de maintenance conclu avec les concessionnaires leur imposaient de s'assurer que l'outil de relevé compteur était « installé et fonctionnel en permanence dans les locaux du client ». Une disposition ajoutée ultérieurement par le concédant précisait qu'à défaut, celui-ci pourrait facturer des frais au revendeur. Près d'une centaine de concessionnaires ont contesté ce nouveau mécanisme de facturation et assigné le concédant en annulation de la clause, notamment sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, devenu l'article L. 442-1, I, 2°. Les juges parisiens ont retenu que les éléments constitutifs du texte étaient bien réunis. Les concessionnaires, après s'être opposés à l'application de la clause, n'avaient pu, même collectivement, négocier sa modification ou son retrait avec le concédant en amont de leur action judiciaire (élément de soumission). En outre, la clause permettait au concédant de sanctionner un dysfonctionnement sur lequel les concessionnaires n'avaient pas toujours de prise et dont ils n'étaient pas nécessairement responsables, sans qu'il leur

soit permis de contrôler les conditions de sa mise en œuvre. Disproportionnée et dénuée de réciprocité, une telle clause présentait donc, selon les juges, un caractère déséquilibré. Faisant droit aux prétentions des concessionnaires, la cour a annulé la clause et leur a rendu inopposables les factures émises en considération de celle-ci (Paris, 11 octobre 2017, LawLex201700001648JBJ).

La légalité d'une telle sanction a été débattue. En effet, l'ancien article L. 442-6, I, 2° n'autorisait que la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur de la clause. La nullité ne pouvait être demandée que par le ministre, en l'espèce non partie au litige, dans le cadre des pouvoirs que lui réservait spécifiquement le III de l'ancien article L. 442-6. Certains estimaient cependant qu'une clause déséquilibrée constituait une violation d'un texte d'ordre public, et pouvait donc être sanctionnée par la nullité, conformément aux dispositions de l'article 6 du Code civil. L'ordonnance du 24 avril 2019 a réglé la question en précisant expressément à l'article L. 442-4 que la victime du déséquilibre peut demander la nullité de la clause ou du contrat qui le matérialise.

En l'occurrence, le concédant a formé un pourvoi contre l'arrêt d'appel, revendiquant une application littérale de l'article

L. 442-6. Néanmoins, la Cour de cassation rejette sa prétention, après avoir posé en principe que « la partie victime d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, est fondée à faire prononcer la nullité de la clause du contrat qui crée ce déséquilibre, s'agissant d'une clause illicite qui méconnaît les dispositions d'ordre public de ce texte ».

Comme dans son arrêt du 8 juillet 2020 (LawLex202000001734JBJ), la Cour de cassation prend position sur la valeur de texte d'ordre public de l'article L. 442-6, ce qu'elle n'avait pas eu l'occasion de faire jusqu'alors (Contra : Paris, 3 juin 2020, LawLex202000000495JBJ). Par ailleurs, comme dans son arrêt du 15 janvier 2020 (LawLex202000000076JBJ), la Haute juridiction interprète le droit ancien à la lumière du droit nouveau sur la question de la sanction de la nullité, sans passer par le détour de l'article 6 du Code civil, qui n'est pas cité en visa de sa décision.

#### DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

Cour de cassation  
Chambre commerciale  
30 septembre 2020  
LawLex202000002207JBJ

★★★

### Inspections : annulation partielle d'une décision de la Commission fondée sur des indices insuffisamment sérieux.

Informée de l'existence d'échanges d'informations dans le secteur de la grande distribution en France, la Commission a ordonné à plusieurs entreprises de se soumettre à des inspections. Les entreprises en cause ont saisi le Tribunal d'un recours en annulation contre les décisions d'inspection. Elles soutiennent notamment que la Commission a violé leur droit à l'inviolabilité du domicile et qu'elle aurait, pour certaines d'entre elles, également saisi et copié des documents relevant de la vie privée de leurs salariés et dirigeants et illégalement refusé de les restituer.

Le Tribunal déclare irrecevable ce dernier chef de demande. En effet, au cours des opérations, l'entreprise concernée n'avait pas, préalablement à la saisie, demandé la protection des données à caractère personnel de ses salariés et dirigeants. Dès lors, la saisie et la copie critiquées n'avaient fait l'objet d'aucune décision susceptible de recours par laquelle la Commission aurait rejeté, même implicitement, une quelconque demande de protection. En outre, la demande de restitution des données en cause, n'a pas, de l'avis du Tribunal, été formulée de manière suffisamment précise pour permettre à la Commission de prendre utilement position.

En revanche, le Tribunal accueille partiellement le grief relatif à la violation du droit à l'inviolabilité du domicile, consacré par l'article 7 de la Charte des droits fon-

damentaux de l'Union. Le juge rappelle que pour éviter de conférer à ses décisions un caractère arbitraire, la Commission doit détenir des indices suffisamment sérieux lui permettant de suspecter une infraction aux règles de concurrence. Il souligne cependant, s'agissant des indices recueillis avant l'adoption de la décision d'inspection, que ceux-ci ne sont pas soumis au même formalisme que les preuves recueillies après l'ouverture d'une enquête. Dès lors, la Commission n'était pas tenue d'enregistrer les entretiens préalables menés avec les fournisseurs des grands groupes visités. Cette constatation est renforcée par l'effet dissuasif d'un interrogatoire formel enregistré sur la propension des témoins à fournir des informations et à dénoncer des infractions. De plus, le Tribunal rejette l'argument selon lequel les entretiens en cause ne constituent des indices à la disposition de la Commission qu'à compter de la date à laquelle ils ont fait l'objet d'un compte rendu, et non de la date à laquelle ils se sont tenus.

Le juge de l'Union souligne également qu'au seul stade de l'enquête, le caractère suffisamment sérieux des indices détenus par la Commission s'apprécie moins restrictivement que les preuves d'une pratique concertée. Or, selon lui, la Commission disposait d'indices suffisamment sérieux lui permettant de suspecter une pratique concertée concernant

les échanges d'informations relatifs aux rabais obtenus sur les marchés de l'approvisionnement de certains produits de consommation courante et les prix sur le marché de la vente de services aux fabricants de produits de marque.

En revanche, le Tribunal estime que de tels indices n'existaient pas concernant les échanges d'informations portant sur les stratégies commerciales futures des entreprises en cause. En effet, la seule présence d'un membre dirigeant d'un groupe de distribution, en sa qualité de représentant de la centrale d'achat commune, à la réunion de présentation de ses priorités commerciales organisée par un autre groupe, ne constitue pas un indice suffisamment sérieux d'un échange d'informations commerciales sensibles, d'autant que le contenu des propos tenus avait par la suite été abondamment relayé par la presse spécialisée. Par conséquent, il annule partiellement les décisions d'inspection.

#### ENQUÊTE PRÉALABLE

Tribunal de l'Union  
5 octobre 2010 (3 affaires)  
LawLex202000002217JBJ,  
LawLex202000002218JBJ,  
LawLex202000002219JBJ

★



## La Cour d'appel de Paris confirme les mesures conservatoires demandées par les éditeurs de presse à l'encontre de Google.

En novembre 2019, plusieurs syndicats représentant les éditeurs de presse ainsi que l'Agence France-Presse (AFP) ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par Google dans le cadre de l'application de la loi du 24 juillet 2019, qui transpose la nouvelle directive sur le droit d'auteur, en instaurant un nouveau droit voisin au profit des agences et éditeurs de presse afin de leur permettre de mieux protéger leurs contenus. Les plaignants dénonçaient la modification unilatérale et brutale par Google de sa politique d'affichage des contenus protégés (extraits d'articles, photographies et vidéos) au sein de ses différents services (Google Search, Google Actualités et Google Discover), comme ayant pour objectif de contraindre les éditeurs à accepter la reprise de leur contenu éditorial sans rémunération, Google contournant ainsi la loi de 2019 en leur imposant des conditions de transaction inéquitable. Considérant que les faits dénoncés étaient susceptibles de constituer un abus de position dominante et portaient atteinte au secteur de la presse, l'Autorité a enjoint à la plateforme d'entrer en négociation de bonne foi avec les opérateurs le désirant pour convenir des modalités d'une reprise et

d'un affichage de leurs contenus et de leur rémunération. Google a formé un recours contre cette décision.

Après avoir entériné la définition du marché de la recherche généraliste en ligne retenu par l'Autorité, la Cour d'appel de Paris a estimé que celle-ci avait suffisamment caractérisé le lien de causalité entre la position dominante de Google et l'imposition de conditions de transaction inéquitables en retenant que c'est en raison de sa part de marché, de l'ordre de 90%, du caractère non substituable du trafic généré par le moteur de recherche sur les sites des éditeurs et de l'importance économique de ce trafic pour ces derniers, que Google avait pu s'affranchir de toute pression concurrentielle et obtenir des éditeurs de presse des conditions équivalentes et une licence gratuite sans négociation possible. Ce comportement a porté gravement atteinte au secteur de la presse car il a privé ses opérateurs de toute possibilité de valorisation du droit voisin destiné à les soutenir dans leur transition digitale et compromis la diversité de l'offre numérique mise à disposition des consommateurs et des différents acteurs du marché numérique, dans un contexte de baisse des revenus issus de la presse papier. En outre, l'atteinte a été immé-

diante car l'abus reproché, un refus global et indifférencié de toute négociation et rémunération des contenus protégés partiellement reproduits à l'occasion de l'affichage des résultats des recherches en ligne, a fait échec au dispositif légal conçu pour sauvegarder la pérennité d'un secteur en crise au moment où il entraînait en vigueur. Enfin, la cour a considéré l'ensemble des injonctions prononcées nécessaires et proportionnées, à l'exception de l'injonction prévue à l'article 5 - visant à empêcher que les conditions techniques d'affichage, d'indexation, de classement ou de présentation des contenus protégés appliqués par Google avant le litige soient modifiées afin d'influencer l'issue des négociations avec les éditeurs - dont elle a réformé les termes, car sa formulation trop générale aurait pu conduire à geler toutes innovations nécessaires aux performances du moteur de recherche au cours des négociations entreprises avec les partenaires concernés.

### MESURES CONSERVATOIRES

Cour d'appel de Paris

8 octobre 2020

LawLex20200002233JBJ



## Le Tribunal précise la notion d'entreprise concernée et confirme l'incompatibilité d'une opération de rachat sur le marché du ciment gris

HeidelbergCement AG et Schwenk, deux sociétés actives dans le domaine des matériaux de construction, ont notifié à la Commission l'acquisition par l'intermédiaire de leur filiale commune, Duna Drava Cement (DDC), du contrôle en commun de Cemex Austria AG, détenant 100 % des actions de Cemex Hungary, et de Cemex Croatia. Par décision du 5 avril 2017, la Commission a déclaré l'opération incompatible avec le marché intérieur au motif qu'elle entraverait de manière significative une concurrence effective en raison d'effets non coordonnés qui pourraient entraîner la création d'une position dominante sur le marché du ciment gris dans la zone autour de l'usine de Cemex à Split. HeidelbergCement et Schwenk ont intenté un recours en annulation.

Déniant toute dimension européenne à la concentration, les requérantes contestaient l'identification des « entreprises concernées » au sens de l'article 1er, paragraphe 2, du règlement 139-2004, qui requiert qu'au moins deux entreprises concernées atteignent individuellement un chiffre d'affaires dans l'Union d'au moins 250 millions d'euro. Les sociétés mères soutenaient que la qualification d'"entreprises concernées" aurait dû être attribuée à leur entreprise commune, DDC, en tant qu'acquéreur de ses concurrents directs, Cemex Croatia et Cemex Hungary, et à ces entreprises, en tant que cibles : les chiffres d'affaires de ces dernières, contrairement à celui de DDC,

étant trop bas pour atteindre les seuils du règlement, la Commission aurait dès lors été incompétente pour en connaître. DDC aurait dû, en outre, être considérée comme une entreprise concernée dans la mesure où « la notion d'entreprise dans le contexte de droit de la concurrence se réfère à une entité économique autonome ». Rappelant l'absence de définition de la notion d'entreprise concernée par le règlement, le Tribunal relève que, selon la communication juridictionnelle, dans les opérations où une entreprise commune prend le contrôle d'une autre société, ces deux entreprises sont en principe considérées comme les entreprises concernées, sauf si l'entreprise commune est un simple vecteur pour une acquisition des sociétés mères ou « si les faits démontrent que les sociétés mères sont en fait les véritables acteurs de l'opérateur », notamment en cas de « participation active des sociétés mères à l'initiative, à l'organisation et au financement de l'opération », comme l'a considéré, en l'espèce, la Commission au vu d'un certain nombre d'éléments. Pour le juge de l'Union, entreprise commune de plein exercice ne signifie pas entreprise concernée. Le fait qu'une entreprise commune soit autonome économiquement n'implique pas pour autant qu'elle jouisse d'une autonomie pour ce qui concerne l'adoption de ses décisions stratégiques : « une conclusion inverse aboutirait à la situation qu'il n'existerait jamais de contrôle conjoint sur une entreprise commune

dès lors qu'elle serait économiquement autonome ». Pour garantir l'efficacité du contrôle des concentrations, il convient de tenir compte de la réalité économique des véritables acteurs de la concentration en fonction des circonstances de droit et de fait, de sorte que « la détermination des entreprises concernées est nécessairement liée à la façon dont le processus d'acquisition a été initié, organisé et financé dans chaque cas individuel ». Dès lors, l'argument des requérantes selon lequel la communication ne permettrait pas à la Commission d'identifier les entreprises concernées au cas par cas, en examinant la réalité économique pour déterminer qui sont les véritables acteurs de la concentration, sauf s'il est évident pour toutes les entités en cause que l'entreprise commune n'est pas une entreprise concernée, doit être rejeté. Il en va de même de leur interprétation de la communication qui conduit à qualifier les sociétés mères d'entreprise concernée seulement lorsqu'elles utilisent une coquille vide pour l'acquisition, ou dans des situations de contournement, alors que ce texte retient également l'hypothèse où les sociétés mères sont en fait les véritables acteurs de l'opération.

### CONCENTRATIONS

Tribunal de l'Union européenne

5 octobre 2020

LawLex20200002227JBJ





## Le point sur le renouveau du risque pénal en droit de la concurrence

En France, les sanctions pénales avaient été quasiment supprimées en droit de la concurrence. L'ordonnance du 1er décembre 1986 avait en effet largement dépénalisé le « grand » droit de la concurrence. Le droit pénal demeurait surtout présent après cette réforme en droit des pratiques restrictives et de la transparence, de la facturation, des CGV, des délais de paiement, de la revente à perte et des prix imposés. Mais là encore, un large mouvement de dépénalisation est intervenu qui progressivement substitue des sanctions administratives aux sanctions pénales s'agissant en particulier de la facturation, des CGV et des délais de paiement. De même, les règles relatives à la convention unique sont sanctionnées par une amende administrative.

Il ne reste plus en droit des pratiques restrictives que deux îlots de droit pénal : l'interdiction per se des prix imposés de l'article L. 442-6 du Code de commerce qui est quasiment tombée en désuétude et l'interdiction de la revente à perte de l'article L. 442-5 dont la compatibilité avec le droit européen demeure très discutable. Ce mouvement général de dépénalisation a été justifié par le fait que l'expérience a montré que le droit pénal et la procédure pénale ne sont pas adaptés pour mettre en œuvre des règles de droit économique de ce type.

En droit des pratiques anticoncurrentielles, un texte isolé a survécu à ce grand mouvement de dépénalisation, l'article L. 420-6 du Code de commerce qui dispose que : « est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75.000 euros le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 », c'est-à-dire les ententes, les abus de position dominante et les abus de dépendance économique. Ce texte était jusqu'à présent peu utilisé en pratique, sauf en matière d'ententes horizontales au détriment d'entités publiques. Depuis deux années environ, il semble avoir trouvé une nouvelle jeunesse. Comme l'ont fait apparaître plusieurs conférences récentes, les services d'instruction et d'enquête de l'Autorité de la concurrence semblent avoir adopté comme stratégie de recourir beaucoup plus largement au droit pénal et à la procédure pénale dans l'espoir que leur action répressive se trouve facilitée par l'usage de ces instruments. Il convient d'analyser les espoirs placés par l'Autorité dans l'usage du droit pénal et les risques corrélatifs en résultant pour les entreprises et l'impasse tactique et stratégique à laquelle conduit

l'option pénale.

### I. Les objectifs et les risques pour les entreprises du recours au droit pénal de la concurrence

#### 1. L'avantage des perquisitions pénales par rapport aux opérations de visite et saisie (OVS) pour l'Administration.

En cas de perquisition pénale, toute la procédure de requête motivée auprès du JLD et d'autorisation du JLD ne s'applique pas. De même, il n'existe aucun recours immédiat similaire à ceux existant en cas d'enquête administrative lourde contre la régularité de l'ordonnance et son déroulement. Enfin, last but not least, la présence des avocats n'est pas prévue en cas de perquisition pénale alors qu'elle est de droit en cas d'enquête administrative lourde dès la notification de l'ordonnance sans que les enquêteurs ne puissent retarder l'appel aux avocats. On comprend bien la préférence des enquêteurs pour les perquisitions pénales.

#### 2. L'attrait de la procédure pénale quant à la limitation des droits de la défense.

La procédure pénale permet également de retarder considérablement le point de départ des droits de la défense des entreprises. Dans le cadre d'une enquête administrative, toute audition d'un salarié de l'entreprise doit obligatoirement faire l'objet d'un procès-verbal remis à l'intéressé qui aura pu être assisté d'un avocat au cours de son audition. En cas d'interrogatoire pénal en tant que simple témoin, le salarié se voit privé du droit d'être assisté par un avocat et aucun PV de déclaration ne lui est remis à la sortie. Si certains enquêteurs tolèrent la présence des avocats pour assister les témoins, cette possibilité a été refusée récemment s'agissant d'auditions menées dans le cadre d'enquêtes pénales de concurrence alors qu'elles étaient pourtant menées par des rapporteurs de l'ADLC ayant reçu commission rogatoire. L'entreprise et ses salariés ne se voient réellement reconnaître de droits que lorsqu'ils passent au statut de témoin assisté ou de mis en examen, mais cela peut n'arriver que plusieurs années après le début de l'enquête.

#### 3. La faible protection des correspondances avocats-clients dans le cadre de la procédure pénale.

Le legal privilege est déjà limité dans le cas des enquêtes administratives. Il ne s'applique pas aux correspondances entre la direction juridique et ses clients internes. Mais il existe. En matière pénale, beaucoup de juges d'instruction, heureusement pas tous, considèrent que seules les correspondances effectuées pour les besoins de la défense

et non du conseil, sont protégées. De façon générale, la procédure pénale offre plus de droits aux enquêteurs et moins de garanties aux entreprises. L'option pénale débouche cependant à notre avis sur une impasse en droit de la concurrence.

### II. L'impasse du droit pénal en droit de la concurrence

#### 4. Un mauvais choix tactique en termes de procédure.

Les entreprises et leurs conseils ne manqueront pas de faire valoir dans le cadre des contentieux à venir que le recours à des perquisitions et à des instructions pénales pour éviter les garanties, limitées mais réelles, de la procédure administrative de concurrence, constitue un contournement illégal des règles. Ou encore que le droit à un recours effectif et donc immédiat contre des mesures limitant la protection du domicile est contraire à la CEDH. Ou encore que les pièces ainsi obtenues ne peuvent pas être utilisées dans une procédure subséquente de sanctions devant l'ADLC, d'autant moins que l'ADLC doit appliquer simultanément le droit français et le droit européen de la concurrence lorsque celui-ci est applicable alors que l'incrimination pénale est limitée au droit français. Bref, le recours à la procédure pénale générera une multitude de contentieux. En outre, nos procédures d'instruction pénale sont déjà excessivement longues, ce qui ajoutera des années de procédure à des délais de procédure qui atteignent déjà 5 ans en moyenne devant l'ADLC. Le recours à la procédure pénale n'est donc certainement pas un gage d'efficacité.

#### 5. Une erreur stratégique.

Plus grave encore, le droit pénal n'est pas adapté à la caractérisation d'infractions au droit de la concurrence. En droit pénal, les infractions doivent être connues à l'avance et strictement définies. L'ADLC a fait le choix de poursuivre pénalement des infractions présumées de restrictions verticales, comme les prix imposés. Un rapport publié à l'initiative de la Commission européenne a reconnu que l'infraction de prix minimum imposés n'était pas définie avec suffisamment de précision. Comment poursuivre pénalement une infraction de concurrence en droit pénal alors que les autorités reconnaissent elles-mêmes que ses contours ne sont pas bien définis ? Bref, le recours au droit pénal constitue une fausse bonne idée lorsqu'il s'applique au droit de la concurrence.