

Une fausse bonne idée : la re-pénalisation du droit de la concurrence

21/01/25



L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 avait réformé et rénové en profondeur le droit français de la concurrence en le dépénalisant très largement. De façon cohérente et logique, elle avait confié la répression des atteintes à la concurrence commises par les entreprises à une autorité administrative en charge du prononcé de sanctions administratives, le Conseil de la concurrence, devenu depuis l'Autorité de la concurrence. Le droit pénal conservait un rôle subsidiaire pour sanctionner les personnes physiques coupables d'avoir pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. Cet ordonnancement a été remis en cause principalement à partir de 2020. Le Parquet National Financier (PNF) s'est vu doter de pouvoirs propres en droit de la concurrence par la loi 2020-1672 du 24 décembre 2020. Plus récemment, le PNF a entendu appliquer aux personnes morales cette

infraction pénale en principe réservée aux personnes physiques. Parallèlement, le service d'instruction de l'Autorité de la concurrence a développé une nouvelle stratégie procédurale consistant à signaler des infractions au droit de la concurrence au Parquet, afin que celui-ci saisisse un juge d'instruction en vue de l'ouverture d'une information. Dans ce cadre, des agents de l'Autorité de la concurrence peuvent être associés aux perquisitions pénales menées par les enquêteurs de la police ou de la gendarmerie sur commission rogatoire. En cours d'instruction, le juge d'instruction peut transmettre à l'Autorité des pièces pénales en lien avec une procédure administrative ouverte par cette dernière. Deux affaires très importantes ont conduit récemment, selon ce schéma, à des condamnations par l'Autorité de la concurrence dans le secteur du béton préfabriqué et du matériel électrique. Cette procédure circulaire permet à l'Autorité de la concurrence de bénéficier de la souplesse de la procédure pénale et de s'affranchir des contraintes de l'article L. 450-4 du Code de commerce applicable aux opérations de visite et saisie (OVS). La procédure pénale de droit commun est en effet beaucoup moins protectrice que la procédure des OVS de concurrence : absence de recours immédiat contre l'autorisation de la perquisition par le juge, absence de recours immédiat contre son déroulement, absence d'assistance d'un avocat lors de la perquisition ou des auditions, absence de remise d'un procès-verbal retraçant les opérations et absence de protection du secret des affaires. On voit tout l'intérêt pour les services de l'Autorité de faire usage de cette procédure qui permet de récupérer un dossier sans que les entreprises aient pu bénéficier d'aucune des garanties offertes par le Code de commerce. Cette re-pénalisation du droit de la concurrence apparaît comme une fausse bonne idée et conduit à une impasse à la fois en termes de procédure et sur le fond.

I. Une fausse bonne idée en termes de procédure

1. Une contrariété évidente avec le droit européen.

Les modalités actuelles de la procédure circulaire de recours à la procédure pénale sont en opposition frontale avec les garanties procédurales prévues par le droit européen. La plupart

des procédures de l'Autorité de la concurrence appliquent parallèlement le droit français et le droit européen de la concurrence. Elles doivent dès lors respecter la directive ECN+ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union. En vertu des articles 3 et 14 de la directive ECN+, toute enquête de concurrence doit pouvoir faire l'objet d'un recours effectif devant

un tribunal et respecter les droits de la défense. Ce droit à un recours effectif est également garanti par la Charte. Or la procédure circulaire méconnaît tout droit à un recours effectif ainsi que les droits de la défense dès qu'un recours ne sera éventuellement possible qu'en cas de condamnation par l'Autorité devant la cour d'appel. Quand l'on sait que l'Autorité peut mettre près de



dix ans après les faits pour rendre sa décision (cf. Aut. conc., 19 déc. 2024, n° 24-D-11 ; 29 déc. 2023, n° 23-D-15) et la cour d'appel encore deux ans pour statuer, il est évident que le droit à un recours effectif n'est pas assuré.

2. Un risque avéré de détournement de procédure.

Même si, en apparence, chaque étape de la procédure circulaire paraît conforme à un texte, comme l'a estimé récemment l'Autorité de la concurrence (Aut. conc., 19 déc. 2024, n° 24-D-11 ; 21 mai 2024, n° 24-D-06), la pratique actuelle s'apparente en réalité à un détournement de la procédure normalement applicable et prive les entreprises des garanties qui leur sont reconnues par le texte qui devrait leur être appliqué. Il est d'abord peu convaincant de prétendre que le rapporteur général serait dans l'obligation d'effectuer un signalement au titre de l'article 40 du Code de procédure pénale lorsqu'il est avisé d'une possible infraction : soit l'on considère qu'une infraction au droit de la concurrence n'est jamais certaine puisqu'il faut en général plusieurs années à l'Autorité pour la caractériser compte tenu de la complexité de ce droit ; soit il faudrait que ce signalement soit systématique, ce qui n'est pas le cas. Par ailleurs, la Cour de cassation a déjà jugé que l'emploi d'une procédure de droit

commun peu protectrice en lieu et place d'une procédure d'enquête fiscale plus protectrice constituait un tel détournement, la règle spéciale protectrice devant être appliquée (Cass. crim., 3 oct. 1996, n° 95-83.879). Mutatis mutandis, les mêmes principes doivent s'appliquer en matière d'OVS, qu'elles soient fiscales ou de concurrence. Enfin, la Cour de cassation a sanctionné de tels détournements à de multiples reprises au titre du principe de la loyauté de la preuve s'imposant à l'Administration (Cass. crim., 18 déc. 1989, n° 89-81.659).

II. Une fausse bonne idée sur le fond

1. Une inadaptation du droit pénal à la complexité du droit de la concurrence.

Autant la pratique classique consistant à réserver la poursuite pénale des personnes physiques en cas de délits commis dans le cadre de soumissions concertées à des appels d'offres pouvait se comprendre du fait de l'évidence des éléments constitutifs de l'infraction à la concurrence si elle était établie, autant le recours aux enquêtes circulaires de droit pénal pour des affaires beaucoup plus complexes, notamment des ententes verticales apparaît, compte tenu de la difficulté à caractériser ces restrictions, incompatible avec la rigueur et le caractère strict du droit pénal. Par ailleurs, les juridictions pénales sont déjà submergées par le flot des affaires qu'elles ont à traiter et leurs délais d'instruction et de jugement sont très longs et il n'apparaît pas conforme à une bonne administration de la justice d'augmenter encore leur charge de travail.

2. Une contrariété au texte réservant les condamnations pénales aux personnes physiques.

L'article L. 420-6 du Code de commerce réserve expressément les sanctions pénales aux personnes physiques. La doctrine majoritaire considère qu'il ne saurait dès lors être étendu aux personnes morales, sans compter les atteintes au principe non bis in idem qu'une telle extension contra legem serait susceptible de générer.

3. Une allocation sous-optimale de ressources rares.

Outre la compétence de la Commission en cas d'affectation sensible du commerce entre États membres, notre pays dispose déjà de deux administrations nationales pour mettre en œuvre le droit de la concurrence : la DGCCRF et l'Autorité de la concurrence. La re-pénalisation du droit de la concurrence conduirait à leur adjoindre le PNF et tous les parquets territoriaux à l'heure où l'on cherche, grâce à la spécialisation, dans un contexte budgétaire difficile, à optimiser les ressources. Or, le PNF ne traite actuellement que douze dossiers vivants de concurrence représentant à peine 1,5 % de son portefeuille et l'activité de concurrence des parquets territoriaux demeure marginale. Il est évident que ces autorités ne disposent dans le contexte actuel ni des moyens, ni des compétences requises. Dans ces conditions, la raison commanderait de revenir à la pureté des principes en renonçant à faire jouer au droit pénal un rôle qui n'est pas le sien tout en compromettant les droits que le législateur a reconnu aux entreprises soumises à une enquête de concurrence.



VOGEL  **VOGEL**

Vogel & Vogel, 30 avenue d'Iéna 75116 Paris France
Tél. : +33 (0) 1 53 67 76 20
E-mail : vogel-contact@vogel-vogel.com

Tous droits réservés. Reproduction interdite sauf accord spécial