

2 1^{re} table ronde – Articulation droit pénal/ droit de la concurrence



Michaël COUSIN,
avocat associé,
Addleshaw Goddard



Jean-François BOHNERT,
procureur de la République financier



Benoît CŒURÉ,
président de l'Autorité
de la concurrence

Dans le cadre de la conférence annuelle de l'AFEC, qui s'est tenue le 1^{er} décembre 2022, Jean-François Bohnert, procureur de la République financier, et Benoît Cœuré, président de l'Autorité de la concurrence (l'« Autorité »), ont échangé autour du thème « Droit pénal et droit de la concurrence : quelle articulation ? » dans le cadre d'une table ronde animée par Maître Michaël Cousin. Les actes du colloque ci-après présentent les positions du procureur de la République financier et du président de l'Autorité de la concurrence sur les diverses questions et sujets abordés dans le cadre de cette table ronde.

L'articulation entre l'administratif et le pénal, une question très débattue depuis le rapport Coulon jusqu'aux affaires plus récentes dans lesquelles les services d'instruction ont effectué des signalements au Parquet en se fondant sur l'article 40 du Code de procédure pénale.

Pourquoi ce dialogue aujourd'hui ? Les nouveaux pouvoirs du Parquet national financier (le « PNF ») en matière concurrentielle et la mise en place de liens structurels soulèvent de nouvelles questions sur cette articulation et sont l'occasion de faire un point d'ensemble sur le sujet.

M. Cousin : Ce premier panel sera consacré à l'articulation entre le droit pénal et le droit de la concurrence et, plus largement, entre les autorités chargées de la mise en œuvre de ces règles.

La place du droit pénal en droit de la concurrence est un sujet régulièrement débattu. Les termes de ce débat sont ainsi bien connus.

Les arguments en faveur d'une répression pénale des comportements anticoncurrentiels tiennent essentiellement à l'effet fortement dissuasif des sanctions pénales. Les peines ne sont pas seulement rigoureuses en elles-mêmes, elles ont aussi un effet stigmatisant à l'égard des personnes concernées. Elles peuvent en outre avoir un retentissement aussi, voire plus important qu'une sanction administrative. Elles ont donc une fonction pédagogique marquée. Certains vont jusqu'à soutenir que des sanctions pénales bien ciblées rendraient moins nécessaire d'infliger des amendes administratives très élevées aux entreprises¹.

À l'inverse, certains font valoir que les sanctions administratives infligées aux entreprises, compte tenu de leur importance, suffisent à les dissuader de violer les règles de concurrence. Une trop grande pénalisation de la vie des affaires diminuerait également l'attractivité de la France sur le plan économique. Il est en outre soutenu que la sanction pénale n'est pas adéquate lorsqu'il est question de pratiques anticoncurrentielles. Le caractère moralement répréhensible de ces pratiques ne serait en effet pas toujours évident dans la mesure où, pour établir leur illicéité, il est parfois nécessaire de se livrer à une analyse économique élaborée.

Il n'en demeure pas moins que dans une majorité des pays de l'OCDE, les pratiques anticoncurrentielles sont pénalement

sanctionnées². Les solutions retenues sont toutefois très différentes d'un pays à l'autre.

Sur le plan substantiel, certains pays pénalisent les pratiques anticoncurrentielles de façon générale, d'autres limitent la sanction pénale aux pratiques les plus graves comme les ententes de marchés publics. C'est le cas en Allemagne ou en Italie. Il existe également dans certains états des peines alternatives à l'emprisonnement et notamment des peines d'interdiction d'exercer comme en Suède où l'autorité de concurrence peut requérir cette sanction directement auprès des tribunaux compétents (les Competition Disqualification Orders existent également au Royaume-Uni³). Dans certains états, une sanction administrative peut également être infligée aux individus. C'est à nouveau le cas en Allemagne où le Bundeskartellamt dispose d'une compétence pour sanctionner les individus⁴.

Sur le plan institutionnel, il n'existe pas non plus de modèle unique. Certaines autorités de concurrence ont un pouvoir de citation directe devant les juridictions pénales (comme c'est le cas de la Competition and Markets Authority [« CMA »] au Royaume-Uni). D'autres ont soit l'obligation (comme c'est le cas de l'autorité grecque), soit la faculté de transmettre les faits impliquant des personnes physiques au ministère public. Quant aux autorités de poursuites, elles sont parfois spécialisées pour traiter des dossiers de concurrence (Danemark), parfois non. De nombreux états permettent des échanges d'informations entre autorités de concurrence et autorités de poursuite. Il existe d'ailleurs dans certains pays une tendance au renforcement des liens entre autorités de concurrence et

1. OCDE, DAF et Comité de la concurrence, *Pénalisation des ententes et des soumissions concertées : coup de projecteur sur les peines d'emprisonnement : Rapport du groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi*, 9 juin 2020.

2. OCDE, DAF et Comité de la concurrence, *Pénalisation des ententes et des soumissions concertées : coup de projecteur sur les peines d'emprisonnement : Rapport du groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi*, 9 juin 2020.

3. *Company Directors Disqualification Act (1986)*.

4. *Loi sur la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)*, art. 81 et s.

autorités de poursuite, à l'image de l'accord conclu en Italie, en 2018, entre l'autorité de concurrence (AGCM) et les procureurs de Milan et de Rome.

Il semble donc exister un mouvement vers plus de centralisation et de spécialisation de la répression pénale en matière de concurrence. Pour autant, la mise en œuvre effective des sanctions pénales est rare en matière de concurrence et le prononcé de peines de prison ferme exceptionnel.

En France, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986⁵ a supprimé la plupart des infractions pénales applicables en matière de concurrence. Le droit pénal n'a pas pour autant disparu de la sphère concurrentielle puisque subsiste dans le Code de commerce – en plus d'infractions purement procédurales – un article L. 420-6 punissant de quatre ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait, pour une personne physique, « de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre » d'une entente, d'un abus de position dominante ou de certaines pratiques en matière de transport.

On se souvient qu'en 2007, un groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon, s'est penché sur cette disposition. La garde des Sceaux de l'époque se demandait en effet si la dépenalisation ne devait pas être plus poussée en droit de la concurrence comme dans d'autres domaines. Non seulement le rapport Coulon⁶ ne conclut pas à la nécessité de supprimer cette disposition mais il propose d'augmenter significativement la peine encourue, jugée trop peu dissuasive⁷. Le rapport proposait également l'aménagement du texte afin qu'il soit clairement réservé aux personnes physiques et non également, comme semble le permettre la loi Perben II du 9 mars 2004⁸. Ces propositions sont restées lettre morte.

Toujours est-il que l'article L. 420-6 est peu appliqué. Il est sur ce point utile de se référer à l'étude d'impact réalisée dans le cadre du projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée⁹. On y dénombre entre 2013 et 2017, lorsque l'infraction prévue à l'article L. 420-6 est l'infraction principale, 19 condamnations pour délit d'entente, dont 5 décisions d'emprisonnement avec sursis et 19 prononcés d'amendes d'un montant moyen de 7679 euros.

Le risque pénal en matière de concurrence demeure ainsi très faible. Pourquoi alors reparler aujourd'hui de l'articulation entre le droit pénal et le droit de la concurrence ? Trois développements récents le justifient.

Le premier s'est produit en 2018 avec la décision, prise par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, pour la première fois, de signaler au Procureur de la République sur le fondement de l'article 40, certaines pratiques d'entente sur lesquelles on pouvait s'attendre à ce qu'il enquête lui-même dans un premier temps¹⁰.

Le deuxième développement tient à l'adoption de la loi du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, qui place l'infraction prévue à l'article L. 420-6 dans le champ de compétence du Parquet national financier, des juges d'instruction spécialisés en matière financière du tribunal judiciaire de Paris et de ce même tribunal¹¹. C'est donc à un mouvement de centralisation et de spécialisation auquel on assiste, même si celle-ci n'a pas fait disparaître la compétence des procureurs territorialement compétents.

Le troisième développement se retrouve la synthèse du Parquet national financier pour 2021¹², qui fait mention de la mise en place de liens structurels entre le PNF et l'Autorité de la concurrence.

Face à ces développements, on ne peut que se demander si nous nous dirigeons, pour reprendre l'expression utilisée il y a 20 ans par Emmanuelle Claudel, vers un nouveau « printemps » de l'article L. 420-6 du Code de commerce¹³. C'est l'objet de cette table ronde.

1. Questions introductives

M. Cousin : La compétence du PNF été étendue récemment aux infractions au droit de la concurrence. Comment percevez-vous cette nouvelle compétence ? Comment vos services se sont-ils organisés pour l'exercer ? Comment s'articule-t-elle avec les parquets territorialement compétents ?

M. Bohnerl : Lors des travaux préalables à l'adoption de la loi du 24 décembre 2020, les parlementaires ont constaté qu'en dépit de l'existence d'un dispositif textuel permettant la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles qu'elles soient commises par des personnes morales ou des personnes physiques, dans les faits, les poursuites et condamnations pénales du chef du délit prévu à l'article L. 420-6 du Code de commerce ne concernaient plus que des personnes physiques et que ces poursuites et condamnations étaient devenues rares : « pas plus d'une dizaine de poursuites par an, entre deux et six condamnations, dont un quart à des peines d'emprisonnement toujours assorties du sursis ».

Les parlementaires ont fait le constat de la nécessité de désigner un parquet spécialisé pour traiter cette délinquance, pour l'essentiel régulée et sanctionnée jusqu'ici par l'Autorité. La loi du 24 décembre 2020 a ainsi modifié l'article 705 du Code de procédure pénale en lui ajoutant un 9° aux termes duquel le parquet national financier (PNF) exerce sa compétence concurrente pour les délits prévus à l'article L. 420-6 du Code de commerce.

L'attribution au PNF d'une compétence concurrente en matière de pratiques anticoncurrentielles s'inscrit dans la volonté du législateur de favoriser le réinvestissement de l'autorité judiciaire dans la régulation des pratiques commerciales et, plus généralement, de l'ordre public économique.

Si le PNF pouvait déjà connaître de ces délits au titre de la connexité, il s'agit désormais d'infractions rentrant dans son champ de compétence *naturel*.

Cette compétence s'exerçant de manière concurrente, le PNF n'a pas vocation à concentrer l'intégralité des procédures du territoire national. Il agit de concert avec les parquets territoriaux, sa saisine pouvant être commandée, notamment, par la complexité des faits, leur dimension transnationale ou encore l'importance du préjudice.

M. Cousin : Quelle est selon vous la place du droit pénal dans la régulation des comportements anticoncurrentiels ? Quel est l'intérêt, pour l'Autorité, d'un renforcement des liens avec le PNF ?

M. Cœuré : Le rôle du droit pénal dans la lutte contre les comportements anticoncurrentiels n'est pas nouveau. Préalablement à l'ordonnance de 1986¹⁴, et depuis l'article 419 du Code pénal de 1810, le droit pénal constituait le cadre général de la répression des infractions anticoncurrentielles. À la suite de la réforme de 1986, le Conseil de la concurrence puis l'Autorité ont eu à connaître, instruire et sanctionner les comportements des personnes morales en matière de droit de

5. Ord. n° 86-1243, 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

6. M. Jean-Marie Coulon, *La dépenalisation de la vie des affaires : Rapport à M^{me} la garde des Sceaux*, 18 févr. 2008.

7. V. Rapport, p. 63 à 65.

8. Rapport, p. 63.

9. L. n° 2020-1672, 24 déc. 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée : JO n° 312, 26 déc. 2020.

10. R. St Esteben, *Une repénalisation du droit de la concurrence en France ? : Concurrences*, n° 2-2019, p. 54 à 65.

11. L. n° 2020-1672, 24 déc. 2020, art. 13 modifiant l'article 705 du code de procédure pénale.

12. Synthèse annuelle du PNF, Bilan et activité, 26 juillet 2021.

13. E. Claudel, *Sanctions pénales des pratiques anticoncurrentielles : le printemps de l'article L. 420-6 du Code de commerce* : RTD Com. 2003, p. 80.

14. Ord. n° 86-1243, 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

la concurrence. Le volet pénal a cependant continué à s'appliquer aux personnes physiques pour les infractions prévues à l'article L. 420-6 du Code de commerce¹⁵, qui a maintenu la possibilité de sanctions pénales à l'encontre de toute personne physique pour sa participation personnelle, déterminante et frauduleuse dans « la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2 du Code de commerce ». Les applications les plus fréquentes de ce volet pénal ont concerné les ententes dans les marchés publics.

Il convient de remarquer que le standard de preuve diffère entre les articles L. 420-6, d'une part, et L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, d'autre part. À titre d'exemple, l'article L. 420-6 vise – en sus de l'organisation ou de la mise en œuvre – la simple conception des pratiques anticoncurrentielles, alors que l'article L. 420-1 sanctionne des pratiques existantes. En outre, pour être sanctionnée au pénal, la personne physique doit avoir pris « frauduleusement une part personnelle et déterminante » dans l'infraction au droit de la concurrence.

Cette possibilité de condamner les personnes physiques est de nature à renforcer la dissuasion de l'action publique, au sens large, en matière de répression de pratiques anticoncurrentielles. Aux Etats-Unis, où les ententes sont traditionnellement traitées comme des infractions pénales, la possibilité de condamner les personnes physiques constitue ainsi une part déterminante de la politique de dissuasion. Les sanctions pénales maximum ont d'ailleurs été significativement augmentées en 2004, l'amende maximum prévue pour les personnes physiques ayant été portée à 1 million de dollars et la peine d'emprisonnement maximum à dix ans.

En permettant la répression des infractions anticoncurrentielles mises en œuvre par les personnes physiques, le droit pénal permet ainsi de compléter efficacement l'action administrative de l'Autorité, et participe pleinement à une répression effective des comportements anticoncurrentiels. L'Autorité, et avant elle, le Conseil de la concurrence, ont toujours soutenu le maintien de cette infraction pénale, notamment à l'époque où il était fortement question de « dépenaliser » le droit des affaires¹⁶.

2. Questions sur les règles qui déterminent l'articulation entre les procédures administrative et pénale

M. Cousin : On a beaucoup parlé en 2018 et 2019 de l'article 40 du Code de procédure pénale en matière de concurrence (qui fait obligation aux fonctionnaires de signaler au procureur de la République les éléments relatifs à des crimes ou à des délits dont ils acquièrent la connaissance). Il a été reproché aux services d'instruction d'avoir « utilisé » cette disposition dans deux affaires afin de déclencher des enquêtes pénales permettant de nourrir (via C. com., art. L. 463-5) des dossiers d'instruction devant l'Autorité. Que pouvez-vous nous dire aujourd'hui sur ce sujet ? Existe-t-il une doctrine du recours à l'article 40 par les fonctionnaires de l'Autorité (sachant que cet article fixe une obligation) ?

M. Coeuré : L'article 40 du Code de procédure pénale¹⁷ instaure, pour les fonctionnaires, une obligation de signaler au

Procureur de la République les éléments relatifs à des crimes ou à des délits dont ils acquièrent la connaissance dans l'exercice de leur fonction. Cette procédure n'est pas spécifique au droit de la concurrence ou à l'Autorité. Elle a d'ailleurs été mise en œuvre à plusieurs reprises par la DGCCRF pour signaler au parquet des faits relevant de procédures anti-concurrentielles et lui transmettre les documents associés.

L'article 40 prévoit une obligation de signalement dans certains cas, et non une possibilité. Le terme de « doctrine de recours » n'est donc pas approprié concernant cette procédure. De plus, la fréquence de mise en œuvre dudit article par les services d'instruction de l'Autorité (deux fois dans les cinq dernières années) est trop limitée pour permettre de dégager une doctrine, ou même une tendance.

Cette procédure de signalement doit être mise en œuvre par les agents des services d'instruction de l'Autorité lorsque ceux-ci identifient des éléments relatifs à des crimes ou des délits. Ces hypothèses peuvent concerner des affaires où le signalement au parquet permettra la délivrance d'une commission rogatoire aux agents de l'Autorité et, le cas échéant, le recours à l'article L. 463-5 par l'Autorité (voir ci-après). La procédure de signalement de l'article 40 n'a cependant pas vocation à être cantonnée à ces hypothèses : l'Autorité peut également être amenée à transmettre au parquet des éléments relatifs à des infractions pénales indépendantes du droit de la concurrence (corruption, délit d'initié, etc.), sans aucune interaction ultérieure entre les procédures administratives et pénales. Enfin, le recours à l'article 40 ne préfigure en rien l'évolution de la procédure sur le plan pénal : la décision de se saisir, et éventuellement d'ouvrir une information judiciaire, appartient en effet au seul ministère public.

La chambre de l'instruction de la cour d'appel a confirmé la validité de ce mécanisme, en jugeant qu'aucun détournement de procédure ne découlait de l'usage par l'Autorité de l'article 40¹⁸.

M. Cousin : Quel est votre point de vue sur ce sujet ? Un fonctionnaire a-t-il une marge de manœuvre lorsqu'il s'agit de se conformer à l'article 40 ? À quel moment doit-il faire un signalement ?

M. Bohnert : Les investigations judiciaires sont vécues comme beaucoup plus coercitives et donc moins protectrices des droits de la défense (garde à vue, interceptions de communication, etc.).

Parmi les différences procédurales les plus significatives :

- les perquisitions judiciaires offrent moins de droits que les visites saisies administratives (absence de recours contre l'autorisation de perquisition du JLD, absence de notification de possibilité de faire appel au conseil de son choix lors des opérations, impossibilité pour l'avocat d'assister aux opérations, absence de remise du PV retraçant le déroulement des opérations, etc.) ;

- la protection du secret des affaires n'est pas nécessairement assurée dans le cadre judiciaire. Le statut de mis en examen permet un accès à l'ensemble des pièces du dossier en ce compris des éléments relatifs au secret des affaires qui auraient été saisis.

Il est intéressant d'observer que certains commentateurs assimilent la possibilité offerte au rapporteur général d'adresser un article 40 à un détournement de procédure.

Le cadre judiciaire va permettre de faire ce qu'il est impossible de faire dans le cadre administratif – les garanties n'étant pas les mêmes – alors qu'il est quasiment certain que l'Autorité

15. C. com., art. L. 420-6 : « 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, L. 420-2 et L. 420-2-2. [...] ».

16. « La dépenalisation de la vie des affaires », rapport du groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon, premier président honoraire de la cour d'appel de Paris, janvier 2008

17. CPP, art. 40 : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire

qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

18. Paris, 1^{er} juill. 2021, dossier 2019/06816. - Paris, 1^{er} juill. 2021, dossier 2019/06814.

solicitera en fin de procédure copie de la procédure judiciaire pour les besoins de sa procédure administrative un temps suspendue.

La doctrine parle « *d'enquête circulaire* ».

La critique est d'autant plus forte que la voie de la communication avec l'autorité judiciaire serait selon ces mêmes commentateurs réservée au seul collège de l'Autorité en application de l'article L. 462-6 du Code de commerce.

Sur ce dernier point, il est possible d'observer qu'on ne voit pas quel argument justifierait d'attendre le quasi-dénouement de la procédure administrative pour signaler des faits à caractère pénal à l'autorité judiciaire et faire exception à la portée générale de l'article 40 du Code de procédure pénale. On peut également répondre qu'il est étonnant que le signalement d'un fait délictueux à l'autorité judiciaire, par une autorité de régulation puisse être qualifié de détournement de procédure.

On peut encore relever que l'article 40 du Code de procédure pénale permet de viser d'autres infractions que les seules pratiques anticoncurrentielles, corruption notamment, en offrant la possibilité de procéder à un traitement judiciaire global.

On peut enfin rétorquer qu'une fois l'enquête pénale initiée, celle-ci a vocation à être diligentée jusqu'à son terme de manière autonome. Elle s'achèvera, en cas d'infraction caractérisée, par la décision d'une juridiction de jugement. Elle n'est donc pas accessoire à l'enquête administrative.

Au-delà de la critique du détournement de procédure, la judiciarisation des pratiques anticoncurrentielles via l'article 40 du Code de procédure pénale a également été interrogée comme étant susceptible d'avoir un impact négatif sur les procédures administratives de clémence ou de transaction.

La possibilité que les services d'instruction de l'Autorité puissent, en usant de l'article 40 du Code de procédure pénale, porter à la connaissance du parquet des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles est vue comme de nature à freiner les velléités de sortir d'une entente et à fragiliser le dispositif de clémence. Les dirigeants, cadres ou salariés seront d'autant moins enclins à présenter une demande de clémence et à coopérer avec l'Autorité s'ils savent qu'ils risquent de se retrouver exposés à des poursuites et sanctions pénales.

De la même façon, la judiciarisation peut être vue comme un frein à l'utilisation des transactions devant l'Autorité. Certains considèrent que si un cadre judiciaire coexiste parallèlement au cadre administratif, il pourra être difficile de ne pas contester la notification des griefs et de s'engager sur la voie d'une transaction.

Il reste cependant fondamental que les personnes physiques, à l'origine des agissements des personnes morales, ne puissent pas être totalement assurées de pouvoir s'abriter derrière ces dernières.

En cas de mise en mouvement de l'action publique, il peut y avoir à la clé responsabilité pénale engagée et déclaration de culpabilité. La juridiction reste cependant libre du choix de la peine et pourra, en fonction des éléments qui lui seront apportés, tenir compte des comportements ayant permis la révélation des faits et leur cessation. C'est tout l'équilibre entre les différents enjeux en présence trouvé par l'article L. 420-6-1 du Code de commerce issu de la transposition de la directive du 11 décembre 2018 dite « ECN + ».

À l'évidence, il résulte des évolutions textuelles récentes une volonté du législateur de renforcer le dispositif normatif organisant les modalités de traitement des pratiques anticoncurrentielles et de parvenir à une « *repénalisation du droit de la concurrence* », de sorte que les critiques formulées à l'encontre de l'utilisation de l'article 40 du Code de procédure pénale apparaissent mal fondées.

S'agissant de la mise en œuvre de ce texte, il semble que sa lettre ne laisse pas de marge d'appréciation au fonctionnaire qui viendrait à avoir connaissance de l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Le texte indique que l'agent public est

« *tenu* » d'en donner avis « *sans délai* » au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. Ces dispositions présentent un caractère impératif. Toute autre solution conduirait à ce que ce soit l'agent public qui apprécie, au lieu et place du procureur de la République, de l'opportunité des poursuites. Il n'est du reste pas exigé que l'agent public, pour dénoncer les faits délictueux, ait acquis la certitude de leur exactitude. Il suffit que ces derniers présentent un degré suffisant de vraisemblance ou paraissent suffisamment établis. Il y a un second outil pouvant conduire à la transmission, par l'Autorité, d'un dossier au Parquet (uniquement pour des faits susceptibles de donner lieu à l'application de l'article L. 420-6) : l'article L. 462-6 du Code de commerce. Il se situe plus en aval sur le plan procédural puisque l'Autorité peut y recourir au moment où elle se prononce sur les pratiques.

L'Autorité dispose à cet égard d'une marge d'appréciation. On sait qu'en matière de clémence, elle s'abstient de transmettre les dossiers dans lesquels des personnes physiques appartenant à des entreprises qui bénéficient d'une exonération de sanction pécuniaire seraient susceptibles de faire l'objet de poursuites.

M. Cousin : Y'a-t-il d'autres règles que l'Autorité s'est fixée en matière de transmission des dossiers au parquet ?

M. Cœuré : L'article L. 462-6 du Code de commerce¹⁹ prévoit pour l'Autorité la possibilité d'adresser au procureur les pièces des dossiers de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce. Si la mise en œuvre de la procédure de signalement de l'article 40 peut intervenir au stade de l'instruction d'une affaire, le mécanisme de l'article L. 462-6 a vocation à intervenir ultérieurement ; c'est le Collège de l'Autorité qui décidera, le cas échéant, d'en faire usage.

Cette procédure, une fois encore, n'est pas nouvelle. Ainsi, le Conseil de la concurrence, déjà en 2004, a pu en faire usage dans une affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne²⁰. Dans cette affaire, l'usage de l'article L. 462-6, compte-tenu de la part personnelle et déterminante du dirigeant d'une des parties concernées par les pratiques illicites, avait d'ailleurs été expressément mentionné dans la décision²¹.

Cette mention avait cependant été censurée par la cour d'appel de Paris, qui avait fait droit à la demande des parties de ne pas publier le dispositif de la décision, en raison du caractère nominatif de ce dispositif et de la mention qui y figure de la décision de transmission au parquet²². Dès lors, et afin de préserver la présomption d'innocence des personnes physiques concernées, les transmissions de dossier au parquet sur le fondement de l'article L. 462-6 ne sont pas rendues publiques.

L'usage de cette procédure par le Collège de l'Autorité a pour vocation de renforcer l'efficacité de la répression pénale, et non pas d'articuler le volet pénal avec l'enquête administrative qui est, par hypothèse, achevée.

M. Cousin : Pouvez-vous nous éclairer sur la façon dont le PNF est conduit à traiter les signalements reçus par ce biais ? En particulier, qu'est-ce qui détermine le choix entre un

19. C. com., art. L. 462-6 : « L'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des articles L. 420-1 à L. 420-2-2 ou L. 420-5, sont contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Elle prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions. Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, elle adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique. ».

20. Cons. conc., déc. n° 04-D-07, 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne.

21. Cons. conc., déc. n° 04-D-07, 11 mars 2004, préc. § 140.

22. CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 26 oct. 2004, n° 04/07315, NOR : EOC0400359X ; JurisData n° 2004-252016 ; BOCCRF 21 janv. 2005.

classement sans suite, une enquête dirigée par le Parquet ou la saisine d'un juge d'instruction ?

M. Bohnert : Il n'y a pas eu, à ma connaissance, de dossier transmis sur ce fondement depuis l'instauration de la compétence matérielle du PNF en décembre 2020. Cela n'exclut pas qu'il y ait eu des transmissions à destination d'autres parquets. L'article L. 462-6 du Code de commerce dispose : « Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, elle (l'Autorité) adresse le dossier au procureur de la République ».

Il n'est pas besoin, à la lecture de ce texte – pas plus que pour l'application de l'article 40 –, que l'ensemble des faits constitutifs aient été caractérisés sur le terrain probatoire. Il suffit que les faits « paraissent de nature » à justifier l'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce pour que l'Autorité adresse le dossier au procureur de la République. À l'inverse, en l'absence de tels faits, il n'y a pas lieu à communiquer le dossier.

A priori, si l'Autorité a trouvé motifs à transmission au parquet, il est peu probable, connaissance prise du signalement, que le parquet décide d'un classement sans suite *ab initio*.

Le principal objectif de la procédure judiciaire sera, le cas échéant, de parfaire les éléments recueillis et transmis en vérifiant notamment que les conditions d'engagement de la responsabilité prévue à l'article L. 420-6 sont satisfaites. L'infraction pénale suppose, en effet, la réunion d'éléments constitutifs supplémentaires par rapport à ceux qui sont exigés pour la caractérisation administrative de la pratique anticoncurrentielle (une participation personnelle et déterminante).

Le choix du cadre judiciaire approprié, enquête préliminaire ou information judiciaire, dépendra des actes à diligenter. On soulignera que dans le premier cas, les investigations ne pourront être confiées qu'à un service d'enquête classique, alors que dans le second, les agents de l'Autorité pourront être co-saisis aux fins d'exécution de la commission rogatoire.

Cette différence procédurale majeure entrera nécessairement en ligne de compte lors de l'appréciation de l'orientation à donner au signalement.

M. Cousin : L'article L. 463-5 du Code de commerce permet à l'Autorité de se faire communiquer des éléments recueillis lors d'une procédure pénale, en lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie. Que pouvez-vous nous dire de l'usage de cette prérogative par l'Autorité (fréquence, critères, etc.) ?

M. Cœuré : En effet, l'article L. 463-5 du Code de commerce²³ donne la possibilité aux juridictions d'instruction et de jugement de transmettre à l'Autorité les pièces pénales ayant un lien direct avec une saisine. Il s'agit d'une faculté et non d'une obligation. Dans le passé, deux affaires emblématiques ont bénéficié de cette procédure : l'affaire des travaux publics en Île-de-France et celle des marchés publics des lycées d'Île-de-France.²⁴ Plus récemment, cette procédure a également été mise en œuvre dans le cadre des affaires dites « Monuments historiques » et « signalisation routière »²⁵.

La mise en œuvre de cette prérogative participe à la bonne articulation entre les procédures administratives et pénales : sur la base de la communication du dossier par le juge, l'Autorité pourra traiter, dans un dossier donné, les aspects de

droit de la concurrence concernant les entreprises. Le volet pénal traitera des aspects du dossier concernant les personnes physiques, et concernant les entreprises pour les infractions autres que celles relatives au droit de la concurrence. La répression des pratiques anticoncurrentielles s'en trouve ainsi renforcée dans son ensemble.

Cette possibilité présente des bénéfices évidents afin de renforcer l'action mutuelle de l'Autorité et des juridictions pénales, sans pour autant constituer une procédure de routine. Quant aux conditions entourant sa mise en œuvre, il convient de rappeler que l'Autorité n'est pas de manière générale informée des procédures en cours devant les juridictions pénales. Les services d'instruction de l'Autorité ont cependant pu être amenés à se rapprocher du PNF, voire des autres parquets de France, pour être informés des dossiers au pénal ayant une dimension concurrence, pour laquelle l'Autorité serait compétente.

Aujourd'hui, l'article L. 463-5 ne permet une transmission d'éléments à l'Autorité que de la part des juridictions d'instruction et de jugement. Une modification du cadre juridique existant afin de permettre un échange plus large, également de la part des parquets et en particulier du PNF, serait de nature à renforcer efficacement la collaboration entre les services, et la répression des pratiques anticoncurrentielles.

3. Questions sur la façon dont les procédures s'articulent en pratique –

M. Cousin : Y-a-t-il des dossiers plus propices que d'autres à l'action du PNF en matière de concurrence ?

M. Bohnert : Il est difficile de donner une réponse susceptible de couvrir l'ensemble des situations susceptibles de se présenter. Il est cependant possible de distinguer selon que l'on se situe dans l'articulation de l'action du PNF avec un autre parquet ou avec l'Autorité.

Dans son rapport avec les autres parquets, il a déjà été mentionné que la compétence d'attribution du PNF est concurrente et non exclusive. Ce dernier a donc vocation à se saisir de dossiers marqués par un certain degré de complexité ou correspondant à des pratiques émanant de multinationales ou affectant des marchés à dimension nationale ou transnationale.

Dans son rapport avec l'Autorité, il semble avoir vocation à connaître de manière privilégiée des dossiers où plusieurs infractions relevant de son champ de compétence naturel coexistent, les faits autres que les pratiques anticoncurrentielles ne pouvant être autrement appréhendés.

M. Cousin : Qu'en est-il de l'action du PNF lorsque l'entreprise concernée par les pratiques a sollicité le bénéfice de la clémence voire transigé avec l'Autorité ?

M. Bohnert : On sait que les personnes physiques bénéficient d'une immunité pénale lorsque leur entreprise a bénéficié d'une exonération totale des sanctions pécuniaires au titre de la clémence (C. com., art. L. 420-6-1).

L'entreprise peut toutefois avoir coopéré avec l'Autorité sans pour autant bénéficier d'une exonération totale (elle peut avoir bénéficié d'une exonération partielle et/ou avoir transigé). Nous venons d'ailleurs de voir que l'Autorité s'abstenait de transmettre au Parquet les dossiers intéressant des entreprises bénéficiant d'une exonération, même partielle.

Le PNF peut-il tenir compte de ces circonstances dans sa décision de poursuivre ou non un individu ?

L'article L. 420-6-1 du Code de commerce (issu de la transposition de la directive ECN+ de 2018) dispose que les personnes physiques (directeurs, gérants, membres du personnel de l'entreprise, etc.) qui ont pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques sont exemptes des peines prévues à

23. C. com., art. L. 463-5 : « Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer à l'Autorité de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie. ».

24. Cons. conc., déc. 06-D-07, 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France. - Cons. conc., déc. n° 07-D-15, 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Ile-de-France.

25. Aut. conc., déc. n° 11-D-02, 26 janv. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques. - Aut. conc., déc. 10-D-39, 22 déc. 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale.

l'article L. 420-1 du Code de commerce à la double condition :

- que l'entreprise ait bénéficié d'une exonération totale des sanctions pécuniaires ;

- que ces personnes physiques aient activement coopéré avec l'Autorité et le ministère public ;

La coopération active est toujours, selon le texte, appréciée selon les critères suivants :

- la personne se tient à la disposition des services d'enquête et de l'Autorité pour répondre à toute question pouvant contribuer à établir les faits ;

- la personne s'abstient de détruire, falsifier, dissimuler, toute information ou preuve pertinente ;

- la personne apporte des éléments de preuve de nature à établir l'infraction et à en identifier les auteurs ou complices.

Un cas d'exclusion de l'exemption de peines est prévu : lorsque la personne physique formule sa demande d'exonération alors qu'elle a déjà connaissance de la procédure administrative ou judiciaire dont elle fait l'objet.

Le texte prévoit, dans les conditions précédemment énumérées, une possible « exemption de peine ». Il s'agit donc d'un mécanisme qui doit être appréhendé par une juridiction de jugement au stade de la détermination de la peine.

La question évoque une immunité pénale. Il n'y a ni immunité de poursuites et ni cause d'exonération de responsabilité. Des poursuites seront engagées, une déclaration de culpabilité interviendra, mais une exemption de peine pourra être prononcée si les conditions de son application sont réunies. Ce n'est donc qu'au bout du processus judiciaire que la qualité de la coopération observée sera, le cas échéant, prise en compte et positivement sanctionnée.

M. Cousin : Il a été soutenu que le développement du droit pénal en matière de concurrence constituait une menace pour celle-ci. L'enquête pénale viendrait court-circuiter l'enquête interne que l'entreprise pourrait vouloir conduire en vue du dépôt d'une clémence, et ainsi rendre plus difficile l'accès à la clémence. Le risque de poursuites pénales pourrait également dissuader les salariés ou dirigeants de coopérer. Qu'en pensez-vous ?

M. Cœuré : Avant de répondre à votre question, il me semble important de remarquer que l'attractivité de la procédure de clémence ne dépend pas seulement des protections accordées aux demandeurs de clémence mais aussi du caractère dissuasif des sanctions infligées à ceux qui ne l'ont pas demandée et de l'efficacité de l'Autorité pour détecter les pratiques anticoncurrentielles.

S'agissant de votre question, Il convient de distinguer deux mécanismes :

- d'une part, l'impact de la mise en œuvre d'une enquête pénale (par exemple, la conduite de perquisitions) dans la phase préalable à la demande de clémence, phase durant laquelle l'entreprise mènerait une enquête interne afin, le cas échéant, de constituer son dossier de clémence ;

- d'autre part, le fait que le risque de poursuites pénales pesant sur les salariés et dirigeants puisse dissuader ces derniers de déposer une demande de clémence.

Sur le premier point, ma réponse est claire : l'action administrative – aussi bien que l'action pénale – ne saurait être retardée ou aménagée pour accommoder le calendrier interne d'une entreprise ayant pris part à des pratiques anticoncurrentielles et ce, quand bien même cette entreprise examinerait l'opportunité de déposer une demande de clémence. Le dépôt d'une demande de clémence doit par définition intervenir préalablement à l'engagement des procédures administrative et/ou pénale. C'est d'ailleurs dans ce but que le rapporteur général peut être amené à communiquer sur la conduite des opérations de visites et saisies dans un secteur donné, afin de garantir la bonne information des entreprises non visitées, et d'assurer l'égalité d'accès au programme de clémence pour ces entreprises. Il appartient néanmoins aux agents écono-

miques d'agir rapidement, en sollicitant le bénéfice du programme de clémence en temps utile.

Le second point concerne l'articulation de la procédure de clémence avec la possibilité de transmission au parquet d'un dossier de l'Autorité sur le fondement de l'article L. 462-6 du Code de commerce. Il convient de noter que Collège de l'Autorité dispose d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre de l'article L. 462-6, qui ne lui ouvre qu'une possibilité, et non pas une obligation, de transmission au parquet d'un dossier contenant des faits susceptibles de donner lieu à l'application de l'article L. 420-6 à des personnes physiques.

Il convient naturellement d'articuler la répression pénale des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les personnes physiques avec l'attractivité du programme de clémence qui a vocation à renforcer la détection des pratiques anti-concurrentielles par l'Autorité.

Le communiqué clémence de l'Autorité (2015)²⁶ indique à cet effet que la clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non-transmission au parquet d'un dossier dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites. Ce mécanisme vise à écarter le risque qu'une éventuelle action pénale visant les dirigeants du demandeur de clémence le dissuade de faire une demande de clémence. D'ailleurs, à ce jour, aucun dossier dans lequel est intervenue une procédure de clémence n'a fait l'objet d'une transmission au parquet par le Conseil ou l'Autorité.

Cette orientation a été confirmée par le législateur européen. En effet, la directive 2019/1, dite ECN +²⁷, prévoit en son article 23 que les États membres veillent à ce que les salariés et dirigeants soient protégés contre les sanctions pénales relatives à leur participation à l'entente faisant l'objet de la demande d'immunité. Cet article a été transposé en droit national :

- l'article L. 420-6-1 du Code de commerce dispose que les dirigeants ayant pris une part déterminante aux pratiques anticoncurrentielles sont exempts des peines prévues à l'article L. 420-6 si l'entreprise a bénéficié d'une exonération totale des sanctions pécuniaires en application de la procédure de clémence et s'il est établi qu'ils ont activement coopéré avec l'Autorité et le ministère public.

- l'article L. 464-2 dispose que, lorsqu'une exonération totale des sanctions pécuniaires a été accordée à une entreprise et que les faits paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, l'Autorité en informe le procureur de la République et lui transmet le dossier, en mentionnant, le cas échéant, les personnes physiques qui lui paraissent éligibles à une exemption de peine.

Le système actuel et la pratique de l'Autorité permettent ainsi la mise en œuvre efficace de l'action pénale à l'encontre des personnes physiques, sans hypothéquer l'attractivité de la procédure de clémence.

M. Cousin : L'intervention de l'Autorité et du juge pénal dans une même affaire ne peut-il pas conduire à une divergence dans l'appréciation de la pratique anticoncurrentielle ? Comment percevez-vous ce risque ? Comment peut-il être traité ?

M. Bohner : À chacun sa mission. L'infraction pénale prévue par l'article L. 420-6 du Code de commerce est plus exigeante s'agissant de ses éléments constitutifs que la pratique visée par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Des divergences d'appréciations sont toujours possibles.

26. *Aut. conc., communiqué de procédure 3 avr. 2015 relatif au programme de clémence français.*

27. *PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1, 11 déc. 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.*

Le collège de l'Autorité peut ne pas suivre l'analyse des services de l'instruction.

Un tribunal correctionnel peut ne pas suivre l'analyse du parquet ou du juge d'instruction.

Il existe des voies de recours. Une cour d'appel peut ne pas valider le raisonnement tenu par la juridiction de première instance.

L'hypothèse que vous envisagez est celle d'une contrariété de décisions, une pratique anticoncurrentielle pouvant être retenue d'un côté mais pas de l'autre.

On peut s'intéresser aux causes d'une telle contrariété. La principale cause qui vient ici à l'esprit tiendrait au fait que l'on ne dispose pas des mêmes éléments d'informations, des mêmes éléments de preuve.

Les investigations conjointes suivies d'une communication des procès-verbaux du dossier judiciaire à l'Autorité constituent un moyen de s'assurer que chacun dispose des mêmes éléments pour se déterminer.

M. Cœuré : La question de la convergence ou divergence entre l'action administrative et pénale peut se poser aussi bien au stade de l'enquête/instruction, qu'au stade de l'appréciation des pratiques en cause.

Au stade de l'instruction, la nouvelle orientation permise par la loi Hamon²⁸ et la possibilité pour les rapporteurs de l'Autorité de recevoir des commissions rogatoires permet, dans une certaine mesure, de rationaliser les hypothèses d'intervention conjointe de l'Autorité et du juge pénal dans une même affaire. Dans une telle hypothèse, l'Autorité peut transmettre un rapport en application de l'article 40 du Code de procédure pénale. Le parquet décide, s'il le souhaite, de confier l'affaire à un juge d'instruction, et le juge d'instruction peut délivrer une commission rogatoire aux rapporteurs de l'Autorité pour mener l'enquête sous son autorité conjointement avec un service de police ou de gendarmerie.

Dans une telle hypothèse l'implication des rapporteurs dans les enquêtes pénales peut être, et a été, extrêmement utile. En effet, dans le cadre d'enquêtes menées en co-saisine avec les services de police judiciaire, l'Autorité a pu fournir aux juges d'instruction des moyens importants, par exemple en matière d'effectifs (jusqu'à 60 rapporteurs sur les perquisitions), d'outils et compétences informatiques, ainsi qu'une expertise en matière de droit de la concurrence. De telles enquêtes conjointes permettent ainsi une optimisation des procédures et des moyens, réduisent les risques de déperdition de preuves inhérents à des actes d'enquêtes redondants et participent ainsi à une meilleure administration de la justice. Ce type de collaboration n'a rien de spécifique au domaine de la concurrence et a fait ses preuves dans des domaines très différents : on peut penser par exemple à la collaboration entre les services de police ou de gendarmerie et l'inspection du travail pour enquêter sur des accidents du travail.

Ensuite, et concernant les éventuelles divergences d'analyse entre les volets pénal et administratif, il convient de relever que ce risque ne s'est pas matérialisé à ce jour. En effet, les juridictions pénales sanctionnaient jusqu'à présent uniquement les personnes physiques et l'Autorité les personnes morales. Il revient à chacune d'appliquer par ailleurs, comme indiqué ci-dessus, un standard de preuve différent en matière administrative et en matière pénale (standard de l'article L. 420-6 pour le volet pénal – y incluant la simple « conception » des pratiques – et standard des articles L. 420-1 et L. 420-2 pour le volet administratif).

Cette *summa divisio* en ce qui concerne le droit de la concurrence (L. 420-1/L. 420-2 et entreprises pour l'Autorité, L. 420-6 et personnes physiques pour le juge pénal) pourrait cependant, dans certaines circonstances, être plus complexe.

L'article 121-2 du Code pénal²⁹ pose le principe de la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions commises, pour leur compte par leurs organes ou leurs représentants. Il est ainsi parfois soutenu que le juge pénal pourrait, en se fondant sur l'article L. 420-6, sanctionner pénalement des personnes morales. A cet égard, depuis 2020³⁰, le 9 de l'article 705 du Code de procédure pénale permet au PNF de poursuivre les infractions prévues à l'article L. 420-6 du Code de commerce. Le PNF a exprimé, à plusieurs reprises, la volonté de faire usage de cette nouvelle compétence pour poursuivre les personnes morales.

Pour résumer, la question est de savoir si l'article 121-2 du Code pénal trouve à s'appliquer aux infractions mentionnées à l'article L. 420-6 du Code de commerce. Il appartiendra aux juridictions de contrôle de la trancher. En tout état de cause, le Collège de l'Autorité demeurera indépendant et souverain dans ses analyses et sa prise de décisions.

M. Cousin : On a beaucoup mis l'accent sur la différence des pouvoirs d'enquête en matière pénale et en matière concurrentielle. Cette différence n'est-elle pas un problème lorsqu'une même affaire donne lieu à une enquête pénale et à une enquête et une instruction devant l'Autorité ? Exemple : éléments couverts par le secret des correspondances avocat-clients et insaisissables dans le cadre d'une enquête de concurrence, néanmoins saisis par des policiers et qui se retrouvent entre les mains de l'Autorité suite à une transmission du dossier pénal.

M. Bohnert : C'est effectivement l'état du droit actuel auquel il a été précédemment fait référence et il n'est pas possible, pour les praticiens, de sélectionner celles des dispositions que l'on voudrait voir appliquées ou au contraire écartées.

La seule garantie qui me semble devoir être assurée tient à la possibilité de pouvoir s'assurer qu'aucune irrégularité n'est intervenue lors du recueil de ces éléments. Une saisie dans le cadre pénal doit être intervenue valablement. Si c'est le cas, les éléments obtenus ont vocation à être exploités et le cas échéant à servir d'éléments de preuve.

M. Cœuré : Comme évoqué ci-dessus, la possibilité de mener une enquête conjointe à la suite de la réception par les rapporteurs de l'Autorité d'une commission rogatoire permet de mener une enquête unique en co-saisine, soumise à un seul ensemble cohérent de règles procédurales. Une telle hypothèse réduit donc les divergences procédurales lorsqu'une même affaire donne lieu à la fois à une enquête pénale et à une procédure devant l'Autorité.

En ce qui concerne plus particulièrement les éléments couverts par le secret des correspondances avocat-client, il est important de noter que la définition et la protection du secret professionnel de l'avocat, tel que visé par la loi de 1971, s'applique aussi bien en matière pénale qu'en matière administrative. Il est vrai que les règles procédurales diffèrent entre les deux volets, pénal et administratif. Les différences se sont cependant estompées depuis l'entrée en vigueur de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire (loi « Dupond-Moretti »).

La saisie d'éléments couverts par le *legal privilege* par l'Autorité (courriels, consultations, etc.) conduit, en cas de recours, à l'invalidation de la saisie de ces éléments, et uniquement de ces derniers, et à leur restitution. Par ailleurs, et concernant le volet pénal, depuis le 1^{er} mars 2022 et l'entrée en vigueur de l'article 3 de la loi « Dupond-Moretti », la protection du secret professionnel de l'avocat dans le cadre des procédures pénales a été renforcée. Les justiciables (et donc les entre-

28. L. n° 2014-344, 17 mars 2014 relative à la consommation dite « loi Hamon » ; A. n° JUSD1426484A, 14 nov. 2014 portant habilitation de fonctionnaires de catégorie A des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence à recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires sur la base de l'article L. 450-1 II bis du Code de commerce.

29. C. pén., art. 121-2 : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. [...] ».

30. L. n° 2020-1672, 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

prises) perquisitionnés ont désormais la possibilité de s'opposer à la saisie d'un document couvert par le secret professionnel de l'avocat. Le juge des libertés et de la détention peut être saisi du contentieux de la régularité de la saisie, et devra statuer dans un délai de 5 jours. Des voies de recours idoines sont donc à la disposition des entreprises concernées quelle que soit la nature de la procédure (administrative ou pénale). En tout état de cause, les procédures devant l'Autorité garantissaient d'ores et déjà la protection du secret professionnel de l'avocat, quel que soit le cas de figure :

En cas de procédure concurrence « classique », et de visites et saisies menées sur le fondement de l'article L. 450-4, les entreprises visitées peuvent, si elles estiment que l'Autorité a saisi des éléments protégés par le secret des correspondances avocat-clients (par exemple dans le cadre de la saisie d'une messagerie insécable), intenter un recours devant le premier président de la Cour d'appel, afin d'obtenir le cas échéant l'invalidation et la restitution de ces éléments ;

Dans le cadre de documents transmis par les juridictions pénales à la suite de la mise en œuvre de l'article L. 463-5, les services d'instruction de l'Autorité veillent, si cela est demandé par les entreprises concernées, à restituer les pièces couvertes par le secret avocat-clients, qui auraient pu être saisies, et transmises par le juge.

Enfin, et quand bien même des éléments couverts par le secret des correspondances subsisteraient au dossier, ceux-ci seraient écartés par le Collège (et *a fortiori* ne seraient donc pas utilisés dans la décision)³¹. Une jurisprudence similaire a été rendue en ce sens par la Cour de cassation, en ce qui concerne une enquête de l'Autorité des marchés financiers (« l'AMF »). La Cour de cassation a ainsi reconnu que n'était pas violé le principe de confidentialité des correspondances échangées entre l'avocat et son client dans la mesure où la Commission des sanctions de l'AMF avait écarté des débats devant elle les éléments du dossier correspondant à des courriels échangés entre la société concernée et son avocat³².

Dès lors, l'organe de sanction de l'Autorité, à savoir le Collège, serait également tenu d'écartier des débats d'éventuels éléments couverts par le *legal privilege*, y compris lorsque ces éléments ont été obtenus par l'Autorité à la suite d'une transmission de dossier par les juridictions pénales, sur le fondement de l'article L. 463-5.

La protection du secret des correspondances avocat-clients est ainsi garantie à suffisance dans le cadre de procédures conduites par l'Autorité, y compris lorsque les pièces examinées ont été saisies dans le cadre d'une perquisition pénale réalisée sur commission rogatoire du juge d'instruction.

4. Questions sur l'articulation d'un point de vue institutionnel

M. Cousin : Pouvez-vous nous en dire plus sur les liens mis en place avec l'Autorité ?

M. Bohnert : Plusieurs rencontres ont été menées avec l'Autorité, mais également avec les services de la DGCCRF, afin de rappeler les missions de chacun, d'exposer les périmètres d'intervention respectifs, de présenter les cadres juridiques applicables et d'identifier les dispositions textuelles fondant les échanges d'information. Au sein du PNF, un

référé a été désigné pour suivre toutes questions relatives à l'articulation des deux actions administratives et judiciaires. Des échanges ponctuels ont pu être réalisés à la faveur des dossiers dont a pu être saisi le PNF. Il n'y a pas nécessairement une traduction procédurale et il s'agit d'échanges informels. L'on pense à l'hypothèse d'un courrier reçu dans lequel il serait mentionné qu'il a également été adressé à une autre institution partenaire (Autorité, Autorité des marchés financiers...). Il est intéressant de se rapprocher de ces dernières pour connaître leur analyse et la manière dont elles l'ont traité. Cela peut conditionner le traitement qui lui sera réservé par le PNF.

Le recul n'étant que de 2 ans depuis la loi du 24 décembre 2020 et sachant par ailleurs que le traitement de procédures complexes tient rarement dans un délai aussi court, tous les enseignements liés à l'instauration de cette nouvelle compétence ne peuvent, à l'évidence, avoir d'ores et déjà été tirés.

Le besoin d'articulation répond à la nécessité de permettre à chacun des acteurs d'assurer ses missions avec efficacité s'agissant de la mise en évidence de comportements prohibés :

- l'Autorité a pour mission d'établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle (*C. com.*, art. 420-1 et 420-2) ;

- l'autorité judiciaire doit établir la participation personnelle et déterminante à la conception, à l'organisation ou à la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle (conditions supplémentaires posées par l'article L. 420-6 du Code de commerce qui renvoie aux articles précités).

Aussi l'articulation peut intervenir à tous les stades procéduraux :

- *au démarrage d'une procédure.* L'Autorité peut être à l'origine d'une transmission sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale. Un signalement peut avoir été transmis au PNF et à l'Autorité : un échange informel devra intervenir. Il est important de savoir comment les deux acteurs se positionnent. Le PNF est évidemment soucieux de connaître l'analyse du sachant historique. Si l'Autorité ne lance pas d'investigations, il est préférable que l'autorité judiciaire le sache avant d'initier une telle démarche ;

- *en cours de procédure.* Dans le cadre d'une information judiciaire, les agents de l'Autorité peuvent recevoir une commission rogatoire. Ils devront coordonner leurs actions avec le service enquêteur. Si une perquisition est envisagée, il est important que l'ensemble des acteurs disposent du même niveau d'information surtout lorsqu'il s'agit de sujets éminemment techniques. Les recherches, lors de la perquisition, seront d'autant plus pertinemment orientées que le schéma de la pratique anticoncurrentielle aura été partagé et compris ;

- *au stade de l'orientation d'une procédure.* Aujourd'hui, la convention judiciaire d'intérêt public n'est pas possible pour les personnes morales qui se rendraient auteurs d'une entente illicite ou un abus de position dominante. En revanche, elle est envisageable si une infraction visée à l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale est retenue en connexité avec une pratique anticoncurrentielle. Un rapprochement sera alors nécessaire entre le procureur de la République et le rapporteur général de l'Autorité afin d'évoquer les suites susceptibles d'être données sur le volet administratif (éventuelle transaction). Les parties elles-mêmes pourront avoir intérêt à ces échanges.

M. Cœuré : À ce stade, la priorité de l'Autorité est de développer une coopération pratique entre les services. Cette coopération se matérialise principalement aujourd'hui dans le cadre de dossiers, en cours d'instruction à l'Autorité, qui ont pour origine une commission rogatoire faisant suite à la transmission d'un signalement sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale par le rapporteur général. Le moment venu, le Collège se prononcera sur ces dossiers et en tirera les enseignements.

En outre, les relations entre l'Autorité et le PNF sont enrichies par une riche coopération informelle. À ce titre, le Procureur national financier a été l'invité d'honneur du séminaire de

31. V. ex. *Cons. conc.*, déc. n° 87-D-15, 9 juin 1987 relative à la situation de la concurrence dans la distribution en pharmacie de certains produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ; *Cons. conc.*, déc. n° 90-D-47, 27 nov. 1990 concernant l'exécution de la décision n° 90-MC-09 du 4 juillet 1990 relative à des mesures conservatoires prises à l'encontre du syndicat de producteurs de films publicitaires. - Lorsque des pièces couvertes par le secret des correspondances fondent l'accusation, la procédure est entièrement annulée : *CA Paris*, 26 sept. 1991, *aff. des moniteurs de ski*, *Cass. com.*, 9 nov. 1993, n° 91-20.722 ; *Bull. civ. IV*, n° 399 ; *JurisData* n° 1993-002448.

32. *Cass. 1^{re} civ.*, 8 mars 2012, n° 10-26.288 ; *JurisData* n° 2012-005632 ; *JCP E* 2012, 1251, *comm. D. Martin et M. François*.

2018 de l'Autorité afin de présenter l'action du PNF, l'Autorité a reçu les équipes du PNF dans ses locaux et une de mes premières visites en tant que président de l'Autorité a été pour le Procureur national financier, dès mars 2022.

Nous œuvrons ainsi à la mise en place d'un véritable dialogue, aussi bien procédural que technique, similaire à celui qu'entretient l'Autorité avec d'autres autorités de poursuite et d'autres autorités administratives indépendantes. Ce dialogue est nécessaire dans la mesure où l'Autorité et le PNF sont amenés à traiter de sujets en commun.

M. Cousin : Pourrait-il selon vous être pertinent d'instituer des liens institutionnels avec la DGCCRF, également compétente en matière d'enquête de concurrence ?

M. Bohnert : Le PNF a rencontré la DGCCRF comme il a rencontré l'Autorité. Les liens restent essentiellement opérationnels lors du traitement des dossiers.

M. Cousin : Sur le plan international, existe-t-il des mécanismes de coopération auxquels le PNF est partie et qui peuvent intéresser la répression des infractions concurrentielles ? Ces mécanismes peuvent-ils faire intervenir des autorités de concurrence étrangères ?

M. Bohnert : Il n'existe pas de mécanisme de coopération internationale qui soit spécifique à la répression des infractions concurrentielles. Le PNF fera usage des mécanismes classiques d'entraide (demande d'entraide pénale internationale, demande d'enquête européenne, équipe commune d'enquête...), applicables à toute enquête pénale, quel qu'en soit le domaine. Pour autant, et dans ce cadre d'entraide, le PNF peut entrer en contact avec des autorités de concurrence étrangères, notamment aux fins de recueillir auprès de celles-ci des éléments d'information utiles à l'enquête française.

M. Cousin : L'articulation entre l'action pénale et l'action administrative est-il un sujet de coopération ou d'échanges entre autorités de concurrence au plan international ? Si oui, dans quel cadre ?

M. Cœuré : Si les interactions entre l'action pénale et l'action administrative en matière de concurrence ont pu faire l'objet d'un certain nombre de travaux, notamment au sein de l'OCDE, la question de l'articulation entre les deux volets ne constitue pas un sujet de discussion au niveau européen et international.

En effet, les équilibres institutionnels et les pouvoirs conférés aux autorités de la concurrence en matière d'enquêtes pénales varient beaucoup selon les juridictions et dépendent finalement des compétences attribuées à ces autorités dans le cadre de leur système pénal national. Aux États-Unis par exemple, la répression pénale des infractions en matière de droit de la concurrence demeure une caractéristique forte du système global de répression.

En revanche, l'Autorité coopère de façon particulièrement intégrée, efficace et fréquente, avec ses homologues étrangers dans le cadre de la répression des infractions concurrentielles, et est engagée dans un dialogue permanent à l'échelle internationale et européenne.

Au niveau de l'Union européenne, cette coopération a été instaurée par le règlement 1/2003, et s'articule autour du Réseau européen de concurrence (REC), qui regroupe les autorités nationales de concurrence des 27 États membres de l'Union, ainsi que la Commission européenne. Ce réseau permet à ses membres de s'informer mutuellement des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, et d'échanger sur les problématiques rencontrées dans ce cadre. Mais il permet également à ses membres de se coordonner et de s'entraider en matière d'enquêtes. L'Autorité peut ainsi solliciter l'aide de ses homologues lors d'opérations de visite et saisie en dehors du territoire français. Elle peut de même réaliser pour ces derniers des opérations de visite et saisie en France. Elle peut enfin

fournir son assistance à la Commission européenne quand celle-ci mène des investigations sur le territoire français. La coopération au sein du REC permet par ailleurs à ses membres d'échanger des éléments d'information, même confidentiels, dans le cadre des dossiers ouverts, et d'utiliser ces informations en tant qu'éléments de preuve dans le cadre de leurs dossiers, dans le cadre du droit européen ou national de la concurrence.

Au niveau international, la coopération est principalement mise en place par la Commission européenne, qui a conclu des accords de coopération avec de nombreuses autorités tierces, par exemple avec les autorités américaines, coréennes, sud-africaines... Ces accords fixent un cadre de collaboration et de bonnes pratiques entre autorités de concurrence.

5. Conclusion et ouverture

M. Cousin : Compte tenu des nouvelles compétences du PNF, doit-on s'attendre à un développement du contentieux pénal en matière de concurrence ?

M. Bohnert : En opportunité, la considération des pénalités judiciaires susceptibles d'être obtenues peut, en situation de ressources disponibles contraintes, conduire à n'affecter au traitement de ce contentieux que des moyens limités.

Le cadre normatif doit recevoir des ajustements pour que la réponse pénale soit à la hauteur des enjeux en présence. On peut citer :

- le rehaussement de la peine d'emprisonnement encourue à 5 ans afin de permettre le recours aux techniques spéciales d'enquête ;
- l'augmentation du quantum de la peine d'amende encourue (75 000 € pour les personnes physiques/375 000 € pour les personnes morales) ;
- la création de la peine complémentaire d'exclusion des marchés publics ;
- l'extension du périmètre de la CJIP aux délits d'entente et d'abus de position dominante ;
- la possibilité offerte au ministère public d'associer les agents de l'Autorité aux enquêtes préliminaires.

M. Cousin : Est-il vraisemblable que ce contentieux se développe en dehors des cas d'ententes horizontales graves (abus de position dominante, ententes verticales) ?

M. Bohnert : La pratique le dira. Le dispositif normatif le permet en toute hypothèse.

M. Cousin : Peut-on/doit-on selon vous aller plus loin dans l'articulation du pénal et de l'administratif en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles ?

M. Bohnert : Deux axes d'évolutions peuvent être envisagés qui dépendront de l'expérience accumulée et des éventuelles difficultés rencontrées :

- l'adoption d'un protocole entre le PNF et l'Autorité pour fixer le cadre de leurs relations. À ce stade, la matière peut manquer. Surtout, ce protocole ne liera que ces deux seuls acteurs et non les autres parquets territoriaux comme ceux de Paris ou de Nanterre. Il ne liera pas davantage les magistrats instructeurs ;
- l'inscription dans les textes de loi des modalités d'échanges entre les deux acteurs. On peut notamment réfléchir, par analogie avec la procédure d'aiguillage qui existe déjà entre le PNF et l'Autorité des marchés financiers (AMF). Il n'est cependant pas certain que le besoin soit déjà prégnant s'agissant de la matière anticoncurrentielle.

M. Cœuré : Comme indiqué précédemment, il semble préférable à ce stade de continuer à suivre et à tirer les enseignements de la coopération pratique entre les services, en attendant notamment de voir comment le Collège de l'Autorité se positionnera sur les affaires en cours, dans lesquelles les

services d'instruction ont effectué des signalements au Parquet en se fondant sur l'article 40 du Code de procédure pénale.

En tout état de cause, il ne semble pas que de réels problèmes d'articulation entre les procédures soient matérialisés à ce stade. A ce jour la répartition des compétences en droit de la concurrence a conduit l'Autorité à traiter des agissements des personnes morales, et les parquets et juridictions correctionnelles à traiter des personnes physiques. Les deux aspects s'articulent donc sans problématique particulière.

La possibilité de sanctionner pénalement les personnes morales pour les infractions anticoncurrentielles commises par leurs organes ou leurs représentants reste débattue. Il conviendra sur ce point d'attendre la solution que dégageront les juridictions de contrôle.

M. Cousin : Est-il réaliste de plaider pour l'élaboration d'une politique pénale en matière de concurrence, à laquelle le pouvoir judiciaire et l'Autorité seraient associés (la commission Coulon avait en son temps plaidé pour la diffusion d'une circulaire pénale dégageant des priorités en matière de répression) ?

M. Cœuré : L'Autorité et le PNF continueront à collaborer et à réfléchir à des modalités adaptées de mise en œuvre de nos

pouvoirs concernant nos sujets communs. Si toutes les propositions peuvent être discutées et examinées dans le cadre d'un dialogue ouvert, il convient de garder à l'esprit que le statut et la mission de l'Autorité appellent à la prudence quant à la possibilité de mise en place de certains mécanismes de coopération ou « d'aiguillage », comme celui qui existe entre le PNF et l'Autorité des marchés financiers depuis la loi du 21 juin 2016.

L'indépendance de l'Autorité est en effet garantie par les textes européens. En particulier, la directive ECN+ renforce cet aspect, en précisant que les personnels des autorités compétentes en matière de concurrence ne peuvent solliciter ou accepter « aucune instruction d'un gouvernement ou de toute autre entité publique ou privée lorsqu'ils s'acquittent de leurs fonctions et exercent leurs pouvoirs »³³.

L'impossibilité pour l'Autorité de participer à un système d'aiguillage rend d'autant plus nécessaire une collaboration pratique étroite avec le PNF, comme cela est actuellement le cas. ■

33. Directive ECN+, PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1, 11 déc. 2018, art. 4, point 1, b, « Indépendance ».