

Droit pénal

Sous la direction de
Audrey Darsonville,
Professeur à l'Université
d'Auvergne – Clermont-Ferrand 1

Emmanuel Daoud,
Avocat au Barreau de Paris

Le droit de la concurrence, singulièrement le droit des pratiques restrictives de concurrence, est en France un droit relativement jeune si l'on considère l'ordonnance de 1986 comme son acte de naissance. Ses 25 premières années d'existence se caractérisent très clairement par un mouvement de balancier entre dépénalisation et « repénalisation »¹. La pratique de la question prioritaire de constitutionnalité met en lumière ce retour de balancier dès lors que le caractère incontournable du droit pénal - et des garanties en matière de droits fondamentaux qui en sont l'accessoire - y est consacré lorsqu'il s'agit d'examiner la validité de dispositions à vocation répressive, fusse à des fins purement économiques de régulation de marché.

Parmi les rares questions prioritaires de constitutionnalité renvoyées au Conseil constitutionnel ne concernant pas - justement - des dispositions de procédure pénale, de droit du travail ou de droit social, celle transmise par la Cour de cassation le 15 octobre 2010² sur la constitutionnalité de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce a retenu toute l'attention des observateurs du droit de la concurrence³.

Conformité du droit de la concurrence à la Constitution : le droit pénal est applicable

L'article L. 442-6, dans sa rédaction issue de la loi dite LME du 6 août 2008 (et sans cesse peaufiné depuis puisqu'il a fait l'objet de compléments par le législateur en novembre 2008 et juillet 2010), se veut l'archétype de l'outil législatif moderne de lutte contre les pratiques restrictives de concurrence. Il a, à ce titre, suscité un très large débat doctrinal.

Il se caractérise notamment par son caractère répressif fort, prévoyant la faculté pour

le ministre chargé de l'Économie agissant sur son fondement de demander au Juge de prononcer une amende civile pouvant atteindre 2 millions d'euros et l'annulation de clause ou de contrats.

De telles sanctions font incontestablement entrer ce texte dans le champ de la matière pénale au sens du droit communautaire, initialement définie par le célèbre arrêt ENGEL du 8 juin 1976 de la Cour de Strasbourg.

- (1) Voir Mme Malaurie Vignal, *Que reste-t-il de la dépénalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ? Bilan et perspectives*, *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, déc. 2006.
- (2) Cour de cassation, QPC, arrêt n° 1137, 15 oct. 2010, *Ets DARTY c/ Ministre de l'économie, Com.*, 15 oct. 2010, n° 10-40.039, D. 2010. 2508, obs. E. Chevrier.
- (3) Voir par exemple M. Laurent Leveneux, *QPC : l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce sur la sellette*, *Contrats Concurrence Consommation* n° 12, déc. 2010.

Il convient de noter également que la répression est ici confiée au Juge et non pas à l'autorité administrative de régulation de la concurrence.

Cela va selon nous dans le sens d'une pénalisation forte du texte, même si c'est le Juge commercial qui est saisi alors que le renforcement des autorités spécialisées de régulation, y compris pour les procédures de sanction, était un axe majeur de la dépénalisation du nouveau droit de la concurrence français.

Dès lors, il est naturel de convoquer les garanties fondamentales liées au droit pénal au moment de l'examen de la constitutionnalité de dispositions pourtant considérées comme un pur produit du droit de la concurrence.

C'est ce qu'il ressortait de la question transmise au Conseil constitutionnel, ainsi libellée :

« l'article L. 442-6, 1, 2° du code de commerce porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, plus précisément, au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? »

Il est acquis, en effet, pour le Conseil constitutionnel que les principes de la nécessité et de la légalité des peines, ainsi que du respect des droits de la défense, sont applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature

non juridictionnelle (pour des exemples récents : n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, cons. 14⁴ ; n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, cons. 11⁵ ; n° 2004-504 DC du 12 août 2004, cons. 24), de plus fort lorsque, comme en l'espèce, ces sanctions sont appréciées dans un cadre purement juridictionnel.

En outre, en raison de l'application des principes fondamentaux du procès pénal et du droit pénal à toute matière répressive, le droit des pratiques restrictives de concurrence pourrait se voir opposer d'autres griefs d'inconstitutionnalité.

On pense naturellement au droit fondamental à un procès équitable en matière pénale, le Conseil constitutionnel ayant depuis longtemps consacré la valeur constitutionnelle de ce droit qui, fondé en droit interne sur les articles 66 de la Constitution, et 6, 8, 9, 16 de la Déclaration de 1789, fait un écho direct aux prescriptions fondamentales de l'article 6 de la Conv. EDH⁶.

C'est donc bien une nouvelle pierre à l'édifice de la pénalisation du droit de la concurrence qui a été posée par l'examen de la constitutionnalité de l'une de ses dispositions phares (l'article L. 442-6 I, 2° du Code de commerce) à l'aune des principes fondamentaux directeurs de la matière pénale.

Le Conseil constitutionnel avait ainsi l'opportunité de sceller définitivement cet édifice ou, au contraire, de revenir au mouvement dépénalisation souhaité à l'origine par le législateur.

- (4) Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, AJDA 2009. 1132 ; D. 2009. 1770, point de vue J.-M. Bruguière ; ibid. 2045, point de vue L. Marino ; ibid. 2010. 1508, obs. V. Bernaud et L. Gay ; ibid. 1966, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; Constitutions 2010. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; ibid. 293, obs. D. de Belluscize ; Rev. science crim. 2009. 609, obs. J. Francillon ; ibid. 2010. 209, obs. B. de Lamy ; ibid. 415, étude A. Cappello ; RTD civ. 2009. 754, obs. T. Revet ; ibid. 756, obs. T. Revet ; RTD com. 2009. 730, étude F. Pollaud-Dullian.
- (5) Cons. const., 29 déc. 2003, n° 2003-489 DC, D. 2004. 1276, obs. D. Ribes.
- (6) C'est ainsi que les Sages ont jugé « que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958 ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » (Décision n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, cons. 44).

Par sa décision du 13 janvier 2011⁷ et sa réponse négative à la question posée, le Conseil constitutionnel a validé la disposition critiquée au regard desdits principes, singulièrement celui de la légalité des peines, et mis sans la moindre ambiguïté un terme à la dépénalisation du droit des pratiques restrictives de concurrence :

« considérant que pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ; qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques com-

merciales composés des représentants des secteurs économiques intéressés ; qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits. »

L'article L. 442-6 du code de commerce relève non seulement de la matière pénale, mais il est un texte d'incrimination prévoyant et réprimant une infraction.

Cette décision vient ainsi clore le débat de la pénalisation ou non du droit de la concurrence : c'est le droit pénal qui a « gagné » et a envahi en l'état le droit de la concurrence.

Mais la décision du Conseil constitutionnel a le mérite – si on peut dire – d'ouvrir un nouveau débat : le droit de la consommation va-t-il envahir le droit des pratiques restrictives de concurrence ? Aux spécialistes de ces questions d'y répondre...

Emmanuel Daoud
et Julien Cheval,
VIGO, cabinet d'Avocats
au barreau de Paris

(7) Conseil constitutionnel, décision n° 2010-85 QPC