

Rappel à l'ordre du Conseil de la concurrence

Le Conseil de la concurrence étant un organisme administratif, le contentieux des pratiques anticoncurrentielles ne relève pas de la procédure pénale.

Alors que l'Autorité des marchés financiers (AMF) pourrait subir les contrecoups du rapport Coulon sur la dépenalisation de la vie des affaires, voilà le Conseil de la

concurrence rappelé à l'ordre par la Cour de cassation. Celle-ci vient de juger, par un important

arrêt de la chambre commerciale du 3 juin 2008, que « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisée par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ».

Au cas d'espèce, une société s'était plainte de pratiques mises en œuvre par divers fournisseurs, grossistes et distributeurs de produits électroniques, qu'elle estimait anticoncurrentielles, notamment parce qu'elles auraient fait obstacle à la libre fixation des prix par le jeu de la concurrence. Pour faire la preuve de cette entente prohibée, elle se servait de conversations téléphoniques enregistrées à l'insu de ses interlocuteurs et, plus encore, qu'elle avait provoquées dans l'unique dessein d'établir les pratiques critiquées.

Exigence de loyauté

Le Conseil de la concurrence, approuvé en cela par la cour d'appel de Paris, avait estimé que de tels enregistrements ne pouvaient être écartés des débats au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon déloyale. Se prévalant de « *sa mission de protection de l'ordre public économique* », il mettait alors en avant le caractère répressif de ses poursuites et « *l'efficacité qui en est attendue* ». Ce faisant, le Conseil de la concurrence prétendait se comporter comme un juge pénal. La chambre criminelle, contrairement aux solutions retenues en matière civile, c'est-à-dire dans les relations entre particuliers ou entreprises, accepte en effet que la preuve des infractions poursuivies ait pu être obtenue de

façon déloyale. Son raisonnement est simple : la protection de l'ordre public justifie une admission plus souple des moyens de preuves ; la recherche de la vérité prime l'exigence de loyauté dans la recherche et l'établissement de la preuve. Plus précisément, la chambre criminelle consacre une distinction, dont la pertinence demeure d'ailleurs discutable, entre les preuves fournies par des particuliers dans l'instance pénale et celles obtenues par les autorités publiques (police, administration) : l'exigence de loyauté, écartée pour les premières, ne prévaut qu'à l'encontre des secondes.

En censurant ainsi l'application des principes dégagés par la chambre criminelle, la Cour de cassation rappelle que le Conseil de la concurrence ne saurait imiter le juge pénal : le contentieux des pratiques anticoncurrentielles ne relève pas de la procédure pénale. Alors même que le cumul des sanctions pénales et administratives est aujourd'hui de plus en plus discuté, le message n'est pas sans importance : le Conseil de la concurrence est un organisme administratif, de nature non juridictionnelle et les sanctions qu'il peut prononcer ne doivent précisément pas être confondues avec des peines pénales.

Il faut sans nul doute s'en féliciter : un marché économique sain et concurrentiel ne peut s'accommoder de pratiques visant à prouver avec déloyauté, c'est-à-dire en écoutant, en filmant, en fouillant. D'un point de vue pratique, il n'est d'ailleurs pas même certain que l'on accède à la vérité en tendant des

pièges ou en trompant. Espionner n'est pas prouver. Au demeurant, il n'est pas impossible que la solution posée ici par la Cour de cassation n'ouvre sur une évolution du contentieux pénal lui-même.

« Construite sur du sable »

La jurisprudence de la chambre criminelle est en effet critiquée par la doctrine pénaliste qui lui reproche d'être « construite sur du sable ». Pas plus qu'en d'autres matières, le principe de liberté des modes de preuve ne saurait justifier le recours à des modes de preuve déloyaux, obtenus de façon illicite ou à l'insu des intéressés, pour faire la preuve d'actes ou de comportements pénalement réprimés. Dans ce contexte, le texte sur lequel repose la cassation – le visa de l'arrêt – est instructif. La chambre commerciale vise l'article 6 alinéa 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui sous-tend le droit à un procès équitable et à l'égalité des armes. La Cour de cassation confère ainsi un fondement supra-législatif à la loyauté de la preuve, qui transcende les différents contentieux et s'impose à toutes situations. Le principe général de loyauté participe des valeurs supérieures qui irriguent toutes les procédures.

(*) *Nicolas Molfessis, professeur de droit à l'université Panthéon-Assas (Paris II).*

« Les Echos » sont partenaires du Club des juristes qui rassemble des juristes de haut niveau.

Les Echos