
EMMANUEL ROSENFELD
JEAN VEIL

SANCTIONS ADMINISTRATIVES, SANCTIONS PÉNALES

« Il est fort triste que [...] nous soyons constitués de deux moitiés qui font toutes deux la même chose, de sorte que tout se produit deux fois. »

61

Georg Büchner, *La Mort de Danton*

Le projet de loi sur la dépénalisation du droit des affaires va bientôt offrir une nouvelle occasion de repenser les rôles respectifs des répressions administratives et pénales : deux cent vingt ans après l'avènement de la séparation des pouvoirs, faut-il paradoxalement ériger en nouvelle conquête de l'État de droit le transfert du judiciaire à l'exécutif du pouvoir de sanction ?

Certes le paradoxe n'est qu'apparent. Les sanctions administratives ont toujours existé : disciplinaires contre les fonctionnaires, les militaires ou les détenus ; pécuniaires contre les ordonnateurs, les comptables publics ou les contribuables ; pseudo-pénales au service du domaine public. Elles restaient néanmoins limitées au fonctionnement interne de l'administration et ne s'appliquaient donc qu'aux agents publics ou aux administrés en rapport avec l'administration ; ainsi la novation n'est pas l'attribution à l'administration de pouvoirs répressifs mais sa faculté de punir des non-fonctionnaires pour des comportements étrangers à la gestion des affaires publiques : investisseurs sur les bourses de valeurs ; entreprises tournant le droit de la concurrence ; opérateurs de télécommunication ; détenteurs de données personnelles. Hier le juge administratif était, sauf exception, incompétent pour condamner les administrés à payer des dommages-intérêts à l'administration. Aujourd'hui l'administrateur non-juge peut leur infliger des amendes.

Parler d'« administration » n'est pas strictement exact puisque c'est dans le sillage des autorités administratives indépendantes (AAI) que prolifèrent depuis trois décennies les sanctions administratives. Certes les AAI sont la négation même de la séparation des pouvoirs : l'AAI applique les normes qu'elle édicte et en punit la violation, comme si la confusion des pouvoirs était la seule garantie qu'ils seront exercés efficacement ? Elles offrent pourtant des garanties d'indépendance de sorte que ce qui serait inadmissible d'un chef de bureau est tolérable estampillé AAI.

En cela rien ne distingue au demeurant la France. Tous les pays ont multiplié les sanctions administratives pour pallier les insuffisances de la répression pénale : lenteur, complexité et technicité croissante des mécanismes économiques, impossibilité en France avant 1994 de sanctionner les personnes morales. Ce phénomène est une réponse à un problème plus général : l'inadéquation d'institutions de proportions nécessairement restreintes (le législatif ; le judiciaire) à l'implication toujours plus massive de l'administration dans les rapports socio-économiques.

Reste que partout l'hybride ainsi créé pose les mêmes insolubles problèmes conceptuels : la Cour suprême des États-Unis a oscillé du bénin *Halper* (une amende de 130 000 \$ pour une fraude de 594 \$ est pénale) au sévère *Hudson* (peu importe l'énormité des sanctions effectivement prononcées dès lors que la loi n'a pas entendu leur conférer un caractère pénal). Reste aussi qu'à l'heure de la mondialisation le cumul des sanctions s'alourdit : double peine hier pour les immigrés en situation irrégulière ; quadruple voire quintuple peine pour le monde des affaires (procédures boursières ou de concurrence et procédures pénales en Europe et aux États-Unis, et le cas échéant *class action*¹ pouvant en matière de concurrence comporter des dommages punitifs).

On doit donc s'interroger sur l'identité singulière de chacune de ces deux formes de répression avant d'esquisser le « rêve familial » aux praticiens du non-cumul.

« NI TOUT À FAIT LA MÊME
NI TOUT À FAIT UNE AUTRE... »

Les sanctions administratives ne sont, dans leur principe même, ni un scandale ni même un sujet de débat. Leur existence a toujours été

1. Recours entrepris pour le compte de personnes identifiées ayant subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même auteur et dont l'origine est commune.

considérée comme légitime². Seule se pose la question de la différence de nature et de régime entre les deux catégories de sanctions.

Les Cours suprêmes se sont efforcées de tracer les lignes-frontières. L'exercice était indispensable pour déclencher ou dénier l'application, soit de la règle *non bis in idem* interdisant de punir deux fois à raison des mêmes faits, soit du corps de garanties propres à la matière pénale.

Le droit français a adopté un critère organique: est une sanction administrative celle qui est prononcée par une autorité administrative. La jurisprudence américaine et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) penchent pour un critère matériel. Aux États-Unis, quel qu'en soit l'auteur, le juge se livre à un examen de la sanction, l'autorité sanctionnatrice ou la volonté du législateur n'étant que deux critères parmi d'autres, pour déterminer sa nature. La CEDH admet elle aussi que la matière pénale déborde de beaucoup les juridictions pénales. Cette analyse est plus réaliste mais le système français parvient néanmoins à un résultat comparable par l'intégration de la sanction administrative à la catégorie plus ample du droit répressif qui justifie alors, sans le détour de la requalification, l'application des principes communs de ce droit.

63

Reste une différence: le formalisme du critère retenu par notre droit remet au législateur le soin de rendre les peines cumulables ou non: du seul fait qu'il qualifie une sanction administrative il en autorise le cumul avec une sanction pénale. Cette différence est cependant plus théorique que réelle puisque aux États-Unis les requalifications sont rares et que, d'autre part, le Conseil constitutionnel a édicté une règle de plafonnement global (voir *infra*).

En définitive les critères d'identification de la sanction et de l'infraction administratives sont peu ou prou identiques partout. Les sanctions administratives se distinguent des fautes pénales par: la nature de la transgression qui ne requiert en général pas d'élément intentionnel alors qu'en matière pénale le juge doit, sauf exception, caractériser la mauvaise foi; la norme violée, qui peut être réglementaire et non législative (ce qui, en matière pénale, n'est vrai que des contraventions); l'exclusion des peines privatives de liberté que seul le juge judiciaire peut prononcer³ (de même au stade normatif que seul le législateur peut édicter).

Le Conseil d'État relève quant à lui trois situations qui peuvent conduire à préférer les sanctions administratives: l'existence d'un lien

2. *United States ex rel. Marcus v. Hess*, 317 U.S. 537, 549 (1943).

3. Cons. const., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989; *Rec.*, p. 71; *RJC*, p. I-370; *JO*, 1^{er} août 1989, p. 9679.

préalable entre le « prévenu » et l'administration – c'est la notion américaine d'*affirmative disability* et c'est aussi la répression administrative à l'ancienne : disciplinaire et confinée à la sphère administrative ; certaines matières se prêteraient mieux que d'autres à la sanction administrative (concurrence et concentration, bourse, audiovisuel) : c'est la répression administrative *new age* justifiée par la technicité et l'inadaptation de la répression pénale aux personnes morales ; le volume d'infractions constatées pousse également à la dépénalisation pour désengorger les tribunaux judiciaires, mais il s'agit plus ici de formes dégradées de la répression pénale que de répression administrative *stricto sensu*.

64 Au-delà du critère évident de la gravité ou de la spécialité technique (nul ne songe à instituer une haute autorité des bonnes mœurs pour sanctionner administrativement l'outrage à la pudeur), la matière est donc dominée par un arbitraire acceptable. Le législateur est libre de déterminer ce qui relève de l'un ou l'autre système. Il n'existe pas de critère distinctif bien net mais uniquement des choix d'opportunité⁴. Cette liberté trouve son explication mais aussi sa limite dans la soumission de la répression administrative à un régime juridique convergeant de plus en plus avec celui de la matière pénale.

Un droit de la répression est né, qui transcende les frontières de la répression pénale et de la répression administrative. Pour Mireille Delmas-Marty répression administrative et répression pénale appartiennent toutes deux à la matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme⁵. De même, Michel Dobkine s'interrogeait : « Une nouvelle catégorie de sanctions, les "sanctions pécuniaires" est peut-être appelée à unifier la matière répressive non passible de l'emprisonnement, et à rendre caduques les distinctions traditionnelles entre sanctions administratives et pénales⁶. »

Il n'est certes pas question d'un Yalta de la répression dans lequel le pécuniaire tomberait tout entier dans l'escarcelle administrative. Unifier les deux répressions, c'est en revanche faire pénétrer les garanties propres au contentieux pénal dans la répression administrative. Les nombreux

4. Pour l'application des sanctions exigées par le droit communautaire de la concurrence, les États membres ont indifféremment choisi de donner compétence à des autorités administratives (Italie, Pays-Bas), à des juridictions s'agissant des amendes (Irlande, Finlande, Estonie, Suède) ou à des autorités administratives judiciairisées (France, Belgique, Espagne). Voir Émile Paulis, Céline Gauer, « Le règlement n° 1 / 2003 et le principe du *non bis in idem* », *RDLC*, n° 1, 2005, p. 1.

5. Mireille Delmas-Marty, *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain*, Dalloz, 1986, p. 27.

6. Michel Dobkine, *L'Ordre répressif administratif*, Dalloz, 1993, p. 157.

recours formés à l'encontre des sanctions administratives ont ainsi conduit les juridictions et le législateur à renforcer l'encadrement de celles-ci.

Le Conseil constitutionnel, s'il a considéré que « la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction », en a, par la même décision, fixé les limites : « d'une part, la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et les libertés constitutionnellement garantis »⁷. S'inspirant de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)⁸, il a de même posé que « si l'éventualité d'une double procédure peut conduire au cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues⁹ », solution notablement plus équitable et réaliste que celle de la Cour suprême américaine qui a en définitive choisi de se désintéresser du résultat concret du cumul.

65

Mais c'est surtout la Cour européenne des droits de l'homme qui a subordonné l'attribution à une autorité administrative d'un pouvoir de sanction à la condition qu'il soit mis en œuvre en conformité à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et que soient pris en compte notamment la présomption d'innocence, le respect de l'impartialité et du principe de légalité. La jurisprudence de Strasbourg a contraint les juridictions nationales à réviser leur position.

Les arrêts rendus le 5 février 1999 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁰ ont conduit à une réforme complète de la procédure de sanction en matière boursière¹¹, avant que la loi du 1^{er} août 2003 ne vienne séparer les fonctions de poursuite sous le contrôle d'un collège de celles de sanction confiées à un organe spécialisé et isolé : la Commission des sanctions. En 2004, l'avocat général dans ses conclusions insistait sur la « déclinaison pénale de la procédure de sanction en manquement », qui « conduit à adopter les critères retenus par la chambre criminelle en

7. Cons. const., n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, cité.

8. CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm*, aff. 14/68; *TPICE*, 6 avril 1995, *Tréfleurope*, aff. T-141/89, *Rec.*, p. II-791, § 191.

9. Cons. 22.

10. Cass., Ass. plén., 5 février 1999, *Bull. civ.*, 1999.

11. Décret 2000-721 du 1^{er} août 2000; *JO*, 2 août 2000, n° 177.

matière “d’imputabilité” à l’auteur des faits susceptibles de “constituer l’infraction poursuivie”¹².

Le Conseil d’État, après avoir exclu la procédure disciplinaire du champ d’application de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, s’est aligné sur Strasbourg. Il exerce aujourd’hui un contrôle effectif sur les sanctions prononcées par l’Autorité des marchés financiers (AMF) en raison du non-respect des droits de la défense¹³. Ainsi l’arrêt *Didier* du 3 décembre 1999 a déclaré : « le Conseil de marchés doit être regardé comme décidant du bien-fondé d’accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales¹⁴ ».

66 En définitive, en remettant le pouvoir de punir à des autorités indépendantes, en donnant le contrôle des sanctions administratives au juge judiciaire (cas de la CRE, de l’ARCEP, du Conseil de la concurrence et des sanctions « non disciplinaires » prononcées par l’AMF), en faisant passer un principe de séparation des fonctions à l’intérieur même des AAI (c’est le cas par exemple de l’AMF) et en formalisant les poursuites administratives à l’instar du procès pénal, on a fait émerger un droit de la répression administrative à peu près satisfaisant¹⁵.

Il demeure évidemment des différences très sensibles, ne serait-ce d’ailleurs que parce que la répression administrative perdrait beaucoup de son intérêt si elle devait intégralement se couler dans le moule de la procédure pénale. Aussi bien la jurisprudence admet-elle que les garanties propres à la procédure répressive ne soient fournies qu’au stade des recours et de l’appel. La procédure de sanction utilisée par une autorité administrative peut dans sa phase liminaire ne pas satisfaire entièrement aux exigences posées par l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme à la condition que ses décisions puissent faire l’objet d’un contrôle *a posteriori* par un organe judiciaire. C’est au fond la rémanence du « privilège du préalable » ; il est de l’essence de l’action administrative de s’exercer immédiatement, le contrôle n’étant qu’*a posteriori*, d’où l’antinomie essentielle des deux répressions : le condamné pénal est

12. Cass., com., 31 mars 2004, n° 03-14.991, *Gaume, D.*, 2004, juris., p. 1961, note D. Caramalli.

13. CE, Ord. réf., 11 février 2005, req. n° 276376, *Barre, AJDA*, 2005, p. 854.

14. CE, 3 décembre 1999, *D.*, 2000, juris., p. 63.

15. On partait il est vrai du Moyen Âge : avant de découvrir l’article 6, le Conseil d’État admettait par exemple en matière de grande voirie qu’un procès-verbal d’infraction pût être notifié des années après les faits et n’était pas troublé par l’impossibilité, dans ces circonstances, pour le prévenu de rapporter la preuve contraire.

préssumé innocent jusqu'à l'épuisement des recours ; le sanctionné administratif est, à compter du prononcé, présumé coupable et doit immédiatement déférer à la sanction sauf à obtenir, difficilement, le bénéfice du sursis à exécution. Plus la sanction pécuniaire est importante moins ce trait distinctif conserve de légitimité.

Contrairement aux États-Unis où le standard probatoire est moins exigeant en matière de répression administrative (*preponderance of evidence* au lieu d'une certitude *beyond reasonable doubt*), les règles de preuve ne varient pas selon le système. L'oralité de la procédure demeure toutefois une différence importante. Les procédures administratives sont avant tout écrites et l'audition de témoins, si elle est habituelle durant la phase d'enquête, est rarissime à l'audience. L'utilité de témoignages souvent canalisés, à l'abri de la contradiction, par des enquêteurs plus inquisiteurs qu'investigateurs s'en trouve réduite.

67

Il serait pour le surplus difficile d'affirmer par principe qu'on se trouve mieux d'être poursuivi devant l'administration que devant le juge pénal. La répression administrative a les inconvénients de ses avantages : spécialisée, elle est plus à même de comprendre les dossiers dont elle traite, mais par là même les agents des AAI peuvent se comporter en exégètes seuls autorisés, voire en zélotes des réglementations qu'ils gèrent. La tour d'ivoire judiciaire offre à cet égard le mérite du recul. La séparation au sein des AAI de la fonction répressive réduit le problème, mais cet éclatement singeant la justice pénale amène alors à s'interroger sur l'utilité d'un appareil répressif pouvant sembler redondant.

PERSEVERARE DIABOLICUM

Pour n'être pas anticonstitutionnel, le cumul des répressions n'est pas pour autant compréhensible pour celui qui en est la cible.

Comment expliquer à un justiciable poursuivi du chef de manquement puis de délit pour des faits identiques qu'il a tort de penser qu'il est jugé deux fois pour les mêmes faits ? Et que dire de l'acharnement de la justice pénale à poursuivre envers et contre tout, alors même que la poursuite administrative s'est conclue par une « relaxe » et que les preuves de culpabilité sont par définition plus exigeantes au pénal ? Signe de la difficulté intellectuelle à concevoir un cumul des répressions né hors de toute systématisation logique, l'absence, là où le Code pénal a posé des règles pour éviter l'excès de la punition en cas de pluralité réelle d'infractions pénales, de toute coordination entre les deux répressions alors même qu'est en cause un comportement infractionnel unique.

Le Conseil constitutionnel a, on l'a dit, été sensible à cette difficulté pédagogique puisqu'il a précisément voulu transposer à la matière le mécanisme, emprunté au droit pénal, du cumul d'infractions et éviter le redoublement des sanctions : cette solution purement prétorienne vaut aveu.

À l'ère de la LOLF (loi organique relative aux lois de finance), le cumul des répressions est en second lieu une source de gaspillage peu satisfaisante pour l'État. Un dossier unique donne lieu à deux enquêtes parallèles sans coordination aucune. Le travail fait par les inspecteurs de l'AMF est refait par les juges d'instruction et la brigade financière. Non seulement l'information judiciaire n'utilise pas le travail fait par les enquêteurs, pourtant plus spécialisés, de l'AMF, mais elle s'efforce au besoin de le défaire, en tout cas de le critiquer. Il y a là, au moment même où la Cour de cassation invente au civil une « obligation de concentration des moyens » pour économiser les ressources de la justice, une déperdition surprenante alors même que les magistrats du pôle financier se plaignent de la diminution des moyens qu'on leur mesurerait chichement.

Comme on l'a dit justement, la rapidité avec laquelle l'autorité de marché prend ses sanctions fait du reste intervenir les décisions pénales longtemps après, d'où la « dévitalisation du droit pénal »¹⁶.

Enfin la doctrine a critiqué depuis longtemps la pénalisation excessive de la vie des affaires, qualifiée d'« erreur de politique criminelle ». Préconisant la dépénalisation, universitaires et parlementaires (notamment le sénateur Marini¹⁷) proposent de maintenir le droit pénal pour les fraudes mais de dépénaliser la violation d'obligations formelles. Ce discours trouve un écho à travers une série de textes :

– L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a supprimé la plupart des infractions pénales en matière de concurrence et privilégié injonctions et remèdes civils.

– La loi « nouvelles régulations économiques » (NRE) du 15 mai 2001 a dépénalisé une vingtaine de délits figurant dans la loi de 1966.

– Les lois du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière et sur l'initiative économique ont dépénalisé les violations d'obligations formelles, en raison de l'inefficacité de leur sanction pénale, auxquelles sont substituées des nullités.

16. Michel Jeantin et Alain Viandier, « Chronique d'actualité », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, 1990, p. 205.

17. Philippe Marini, « La modernisation du droit des sociétés », rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1996.

– Les ordonnances du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises et du 25 juin 2004 sur les valeurs mobilières ont procédé à une nouvelle dépenalisation au profit de sanctions civiles.

Alors même que dans les relations internationales le principe *non bis in idem* n'a jamais eu droit de cité, il se fraye une voie en droit européen : l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen interdit de condamner pour les mêmes faits celui qui a déjà été condamné par une autre partie contractante et, dans le domaine du droit de la concurrence, le règlement n° 1/2003, en donnant compétence aux autorités nationales pour faire application des articles 81 et 82 du traité, a mis fin *de facto* au cumul des sanctions nationales et communautaires autorisé depuis 1969 par la jurisprudence *Walt Wilhelm*.

Ce mouvement annonce le projet de loi issu du rapport rendu par la commission présidée par le Premier président Coulon que le gouvernement devrait soumettre au Parlement au printemps 2009.

69

Ayant fait le constat de l'inadéquation de la répression à la méconnaissance de l'obligation, compte tenu de son caractère inefficace, trop sévère ou contre-productif, il suggère d'adapter la réponse du corps social à un comportement qui demeure considéré comme illicite et évoque la substitution à la répression pénale de mécanismes administratifs :

- mécanismes préventifs ayant vocation à obliger à faire, sans pour autant sanctionner ;
- mécanismes répressifs visant à introduire une sanction d'une nature différente de la sanction pénale.

Ce faisant, la commission a donné au problème du cumul deux solutions différant du tout au tout selon qu'il s'agissait de l'AMF ou du Conseil de la concurrence.

En matière financière et boursière

Le droit boursier est probablement le principal domaine concerné par le cumul, les infractions boursières constituant à la fois des violations de la réglementation de l'AMF et des violations de la loi pénale.

Parmi les propositions de la commission Coulon, les principales ont pour objet de transférer l'essentiel de ce contentieux de la répression à l'AMF et tentent de mettre un terme à ce cumul :

1. maintien du rôle de l'AMF et de ses procédures en l'état, pour tous les manquements ne faisant pas l'objet d'un cumul avec le droit pénal ;
2. maintien des manquements au règlement de l'AMF pour ceux

susceptibles d'entrer en cumul, mais obligation pour l'AMF de dénoncer au parquet les faits susceptibles de recevoir la qualification de délit, et ce dès la phase d'enquête, donc sans attendre la notification de griefs ;

3. l'enquête de l'AMF se poursuivrait, sous le contrôle du parquet de Paris qui pourrait adjoindre aux inspecteurs de l'AMF des enquêteurs des services de police, afin de bénéficier dès le début de l'enquête de certains pouvoirs coercitifs (écoutes notamment) ; le statut des inspecteurs de l'AMF pourrait être rapproché soit de celui des assistants spécialisés, soit de celui des officiers de police judiciaire ;

4. à l'issue de cette enquête, le parquet aurait le choix entre un renvoi de la procédure à l'AMF, qui retrouverait ainsi compétence pour d'éventuelles poursuites devant la commission des sanctions, ou une poursuite de la procédure judiciaire, avec éventuellement la possibilité d'ouvrir une information judiciaire.

70

Les apports essentiels de ces propositions permettent de répondre aux critiques qui étaient faites à l'égard de l'articulation entre les sanctions édictées par l'AMF et les sanctions pénales, avec notamment l'existence d'une double enquête par deux services distincts, qui procédaient cependant aux mêmes actes et auditions, avec en outre une intervention le plus souvent tardive de l'enquête judiciaire, induisant un risque de dépérissement de preuves.

*En matière de consommation,
de concurrence et de concentration*

Si, en matière de consommation, les recommandations de la commission proposent des modifications marginales afin de ne pas perturber le délicat équilibre spécifique à la matière existant entre les nécessités de l'ordre public, le droit des victimes et la protection des droits de la défense, en revanche elles suggèrent des réformes plus profondes en matière de concurrence.

La loi du 9 mars 2004, qui a étendu la responsabilité des personnes morales à l'ensemble des infractions – dont celle prévue par l'article L. 420-6 du Code de commerce –, a, après quelques fausses manœuvres du législateur, de nouveau créé un cumul entre sanctions pénales et sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence.

Pour éviter le cumul des répressions pénale et administrative, la commission Coulon a considéré en ce qui concerne les personnes morales que la suppression de la sanction administrative pour mettre fin à la double sanction devait être écartée « car notre système de régulation de la concurrence, qui repose principalement [...] sur des sanctions

administratives applicables aux personnes morales, a été retenu en 1986 car il présentait l'avantage, par rapport à un système principalement judiciaire (civil et/ou pénal) de concentrer les moyens et l'expertise nécessaires, dans le domaine juridiquement et économiquement complexe du droit de la concurrence, pour réunir les preuves et apprécier les faits ». Aussi a-t-il estimé « plus cohérent de prévoir une exception à la généralisation de la responsabilité des personnes morales, en prévoyant que l'article L. 420-6 ne leur est pas applicable, du fait de l'existence d'une procédure de sanction administrative confiée au Conseil de la concurrence ».

En revanche, à l'encontre des personnes physiques, la commission a conclu que la sanction pénale méritait d'être maintenue car elle conserve un effet plus dissuasif à l'égard des personnes tentées de s'affranchir des règles de concurrence.

Le cumul est ici évité, non par l'option exercée en cours de procédure au vu du dossier, mais par un principe d'exclusion qui élimine *ab initio* l'une des formes de répression dès lors que l'autre trouve à s'appliquer. Le résultat est satisfaisant. On ne peut s'empêcher de penser que le cheminement intellectuel qui y conduit traduit la faible appétence du droit français pour la responsabilité pénale des personnes morales comme le peu de réprobation sociale qui s'attache dans notre pays aux violations du droit de la concurrence¹⁸.

71

Sanctions administratives et sanctions pénales ne sont pas interchangeables. La liberté du législateur pour édicter les unes ou les autres n'est pas seulement une manifestation d'arbitraire. Elle est au contraire le signe de l'irréductible différence de la sanction pénale qui, soit par la privation de liberté, soit simplement par la force symbolique qu'elle dégage, traduit la réprobation du corps social à un degré que la sanction administrative ne peut exprimer. Contrairement au supplice selon Sade ou selon Maistre, contrairement à l'audience d'un tribunal pénal, la séance d'une autorité administrative n'est pas spectacle. Rien ne s'y joue pour l'inconscient collectif. Du reste la presse people s'en désintéresse.

C'est donc, comme l'a compris le rapport Coulon s'agissant du droit boursier, en termes d'option et non de cumul qu'il faut envisager la

18. La comparaison avec les pratiques américaines est ici éloquente, et il n'est malheureusement pas certain pour les cartellistes que la répartition des compétences recommandée par le rapport Coulon soit très durable. La pression américaine sur les pays européens s'exerce (comme l'a montré en Angleterre l'affaire Norris) et le droit communautaire va exiger de plus en plus fréquemment des États membres la consécration pénale qu'il ne peut donner lui-même à ses textes.

cohabitation dans l'arsenal répressif des sanctions administratives et des sanctions pénales. La sanction administrative n'est pas un ersatz inutile de la sanction pénale. Elle n'est pas seulement le fouet dont tout régulateur a besoin pour être crédible dans sa mission quotidienne. Elle est une possibilité offerte à l'autorité de poursuite de graduer la punition en fonction de la gravité des comportements et de gérer de la manière la plus efficace les dossiers.

Une « justice à deux vitesses », notamment pour les opérateurs économiques, est non pas un objet de scandale mais un mécanisme bienvenu pour régler efficacement les poursuites et, à cet égard, l'absence de sanctions administratives et d'AAI chargée de les administrer se fait parfois cruellement sentir. Aux États-Unis, selon la gravité des circonstances, les affaires de corruption d'agent public étranger ou d'infraction aux restrictions à l'exportation seront traitées soit dans le circuit lourd des poursuites pénales, soit dans le circuit allégé de la *Securities and Exchange Commission* (SEC, Commission des valeurs mobilières et des bourses) et seront alors presque inmanquablement conclues par une transaction. En France, la seule réponse possible est absurdement toujours pénale.

Dans cette perspective le dispositif reste nécessairement incomplet tant qu'il ne s'inscrit pas dans une véritable acclimatation de la « négociation répressive », aujourd'hui *de facto* inexistante en France pour les entreprises. On doit à cet égard déplorer la cécité des pouvoirs publics, qu'il s'agisse : du plafonnement du plaider-coupable, de ce fait exclu pour les infractions pour lesquelles, entre toutes, il se justifierait ; de la méconnaissance des enjeux de la négociation répressive, la Chancellerie ayant jusqu'à présent tué dans l'œuf la transaction boursière en exigeant que celle-ci passe par une reconnaissance de culpabilité ; ou, dans des matières éminemment techniques telles que la réglementation du commerce extérieur, d'un système surpénalisé, comme celui imaginé par l'actuel projet de loi sur les embargos qui ne ménage bizarrement aucune place aux sanctions administratives, pourtant particulièrement appropriées à la matière.

Français, encore un effort si vous voulez que vos supplices soient gérés rationnellement.

R É S U M É

Dans le sillage des autorités administratives indépendantes les sanctions administratives ont, dans les trente dernières années, connu un développement sans précédent en France comme à l'étranger. À l'invite de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit français a fini par accorder aux cibles de la répression administrative les garanties qu'imposait le caractère pénal de ces procédures. Le cumul des sanctions pénales et administratives, création de la pratique plus que de la pensée juridique, demeure néanmoins problématique. La loi de dépenalisation va proposer de nouvelles articulations des deux répressions, dont le parachèvement passe par un développement de la « négociation répressive » dans notre législation.

