



Introduction dans le droit des cartels de sanctions pénales applicables aux personnes physiques

Rapport du DFE à l'intention de la CER-E en exécution de la motion d'ordre Schweiger des 21 et 22 juin 2010

16 août 2010

Table des matières

| | | |
|----------|---|-----------|
| A | Introduction..... | 3 |
| A.1 | Contexte | 3 |
| A.2 | Position du Conseil fédéral | 4 |
| A.3 | Rapport du DFE..... | 4 |
| B | Variantes de mise en œuvre | 5 |
| B.1 | Survol | 5 |
| B.2 | Variante 1 Ministère public de la Confédération | 6 |
| B.3 | Variante 2 Administration | 9 |
| B.4 | Variante 3 Autorité de la concurrence | 11 |
| B.5 | Variante 4 Mesures administratives | 13 |
| C | Critères d'évaluation | 14 |
| D | Evaluation des variantes | 15 |
| D.1 | Effet préventif | 15 |
| D.2 | Compatibilité avec le régime de clémence | 16 |
| D.3 | Durée et coût de la procédure..... | 18 |
| D.4 | Intégration dans le système actuel..... | 20 |
| D.5 | Résumé sous forme de tableau de l'évaluation (par rapport au statu quo)..... | 24 |
| E | Synthèse..... | 25 |
| F | Annexe: présentation schématique des variantes reposant sur les institutions actuelles | 27 |
| F.1 | Variante Ministère public de la Confédération..... | 27 |
| F.2 | Variante Administration..... | 28 |
| F.3 | Variante Autorité de la concurrence | 29 |
| F.4 | Variante Mesures administratives | 30 |

A Introduction

Le présent rapport du Département fédéral de l'économie (DFE) du 16 août 2010 à l'attention de la CER-E concernant l'appréciation de l'introduction dans le droit des cartels de sanctions pénales applicables aux personnes physiques fait suite à la motion d'ordre Schweiger des 21 et 22 juin 2010. Il doit permettre à la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-E), dans ses débats concernant la motion 07.3856, de discuter sur la manière «[...] de mettre en œuvre, en cas d'adoption de la motion, la possibilité de prononcer des sanctions pénales contre les personnes participant à des accords cartellaires»¹.

A.1 Contexte

Dans sa teneur actuelle, la motion Schweiger du 20 décembre 2007 (07.3856 «Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace») est libellée comme suit:

«Le Conseil fédéral est chargé d'insérer dans la loi sur les cartels une règle explicite disposant que les entreprises qui appliquent un plan d'action strict aux fins de respecter le droit sur les cartels ne soient frappées que d'une sanction administrative réduite. Pour encourager les efforts de conformité légale des entreprises, la loi sur les cartels devra en outre prévoir des sanctions pénales applicables aux personnes physiques qui ont participé à la mise sur pied d'un cartel.»

Dans sa version initiale, la motion proposait d'*exempter* de toute sanction les entreprises qui appliquent un **programme de conformité** strict, ce qui aurait compromis l'effet préventif de la loi sur les cartels (LCart). Le Conseil national a décidé de supprimer la partie de phrase concernant ce point. Il s'agit uniquement d'atténuer la sanction, mais pas d'y renoncer entièrement lorsqu'un programme de conformité est en place et appliqué.

La seconde phrase de la motion demande qu'il **soit désormais possible d'engager des poursuites pénales contre les collaborateurs qui participent activement à des accords cartellaires**. Lors des débats en plénum du 3 décembre 2009 au Conseil national, l'utilité de sanctionner **de façon cumulative** à la fois les collaborateurs et les entreprises a été unanimement reconnue. Cette mesure est nécessaire si l'on veut atteindre l'objectif de meilleure efficacité du droit des cartels. La motion transmise par le Conseil national exprime ainsi une forte volonté de prévenir les cartels, qui transparaît déjà dans son intitulé («Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace»).

La motion propose en outre de sanctionner les personnes physiques – l'initiative parlementaire Kaufmann (08.443) le demande également – uniquement en cas d'ententes entre concurrents (c.-à-d. en cas d'accords illicites horizontaux «durs» tels que définis à l'art. 5, al. 3, LCart), et non en cas d'accords verticaux ou d'abus de position dominante (art. 5, al. 4, et 7 LCart). On peut admettre cette approche puisque les accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique doivent être considérés comme clairement nuisibles sur le plan économique et qu'ils doivent être définis clairement à la fois par les personnes soumises au droit et par les autorités (pénales). En revanche, apprécier les ententes verticales et les abus de position dominante nécessite une analyse au cas par cas de type complexe qui tienne compte des conséquences économiques.

¹ Motion d'ordre Schweiger, CER-E, séance des 21 et 22 juin 2010

A.2 Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral partage l'avis des Chambres sur la nécessité de tenir compte des sérieux efforts déployés par les entreprises en matière de conformité en atténuant les sanctions qui les frappent. Dans son avis du 20 février 2008 concernant la motion Schweiger, il a relevé qu'il serait également utile de pouvoir sanctionner de façon cumulative les personnes physiques et les personnes morales pour avoir formé des cartels durs aux conséquences économiques nuisibles, tout en précisant néanmoins qu'**une telle disposition pénale, selon la forme qu'elle pourrait prendre, risquerait de compromettre l'application du droit des cartels**. Enfin, le Conseil fédéral a souligné la nécessité d'examiner, en lien avec les questions que soulève la motion, dans quelle mesure l'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques nécessiterait une réforme fondamentale du mécanisme des sanctions dans le droit des cartels, en particulier le transfert de la compétence pour l'appréciation de telles sanctions aux tribunaux pénaux. Face à ces inconnues, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion, en suggérant cependant un mandat d'examen concernant l'introduction, dans le droit des cartels, de sanctions pénales applicables aux personnes physiques.

A.3 Rapport du DFE

Des recherches concernant l'opportunité d'introduire des sanctions applicables aux personnes physiques dans la procédure du droit des cartels ont déjà été menées dans le cadre de l'évaluation de la LCart, au terme de laquelle le professeur Baudenbacher s'est prononcé plutôt négativement². Ces recherches ont été approfondies par le Département fédéral de l'économie (DFE) lors de l'élaboration du dossier de consultation en vue de la dernière révision de la LCart. Au vu de l'état d'avancement du traitement de la motion Schweiger, seule une réforme institutionnelle, permettant l'introduction de sanctions pénales applicables aux personnes physiques, devrait être proposée dans la consultation. La présentation qui suit est un résultat intermédiaire des recherches entreprises, qui se poursuivent, également à l'extérieur à l'administration³.

Le présent rapport est construit de la manière suivante:

- Le chapitre B propose des variantes et des voies de procédure institutionnelles théoriques pour l'introduction de sanctions pénales applicables aux personnes physiques.
- Le chapitre suivant (C) expose les critères établis pour apprécier les variantes.
- Enfin, figure au chapitre D l'évaluation des variantes, effectuée sur la base de ces critères d'appréciation.

Excursus: actuelle mise en consultation de la révision partielle de la LCart

Le 30 juin 2010, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation concernant la révision partielle de la LCart. Par cette révision, il entend apporter des améliorations d'ordre matériel et institutionnel dans le droit des cartels, notamment en s'appuyant sur l'évaluation de la LCart. La procédure de consultation prend fin le 19 novembre 2010.

Le dossier envoyé en consultation a été élaboré en s'appuyant sur l'évaluation de la LCart demandée par le Parlement à l'occasion de la dernière révision de cette loi, en 2003. Dans son rapport d'évaluation du 25 mars 2009, le Conseil fédéral a décidé de maintenir la conception actuelle du droit

² CARL BAUDENBACHER, Institutionelles Setting, Vertikalbeschränkungen, Individualsanktionen, Private Enforcement, Strukturberichterstattung, 44/3, SECO, Berne 2009.

³ Cf. note 4

de la concurrence ainsi que les instruments ajoutés en 2003 (sanctions directes, programme de clémence, perquisitions et procédure d'opposition). Il avait par ailleurs décelé des lacunes à l'occasion de cette évaluation et chargé le DFE d'élaborer des propositions concrètes en vue d'une adaptation de la LCart.

L'un des éléments clés du projet, qu'il faut mettre spécialement en exergue dans le présent contexte, est la revalorisation envisagée des institutions aux fins de renforcer l'Etat de droit. La réforme prévoit la création d'une autorité indépendante, l'Autorité de la concurrence, qui aura pour tâches de mener les enquêtes et, le cas échéant, de saisir un tribunal de première instance institué à cet effet, le Tribunal fédéral de la concurrence. Le domaine de la concurrence exigeant de grandes connaissances et une solide expérience en matière économique, le Tribunal fédéral de la concurrence doit se composer, outre de juges ordinaires, de juges suppléants spécialisés, à l'instar du Tribunal fédéral des brevets. Tous les juges devront en outre satisfaire à des exigences élevées en matière d'indépendance par rapport à d'éventuels intérêts économiques et politiques.

Compte tenu du fait que la motion Schweiger n'avait pas encore été transmise à la date de l'ouverture de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a décidé, dans un premier temps, de laisser de côté la thématique concernant les sanctions applicables aux personnes physiques et les programmes de conformité. Si la motion est transmise, il a prévu d'ouvrir rapidement une procédure de consultation complémentaire.

Cette réforme institutionnelle est proposée pour les raisons évoquées dans le dossier envoyé en consultation. Le passage, pour la prise de décision affectant les entreprises, d'une procédure de nature administrative à une procédure judiciaire facilite la coordination avec la poursuite de personnes physiques comme elle est proposée dans la motion. Ces dernières pourraient être condamnées uniquement dans le cadre d'une procédure judiciaire, pour autant qu'il s'agisse de peines privatives de liberté.

B Variantes de mise en œuvre

B.1 Survol

Les variantes examinées par le DFE en vue de la mise en œuvre de la motion Schweiger s'articulent autour des deux principes qui se sont imposés dans les débats parlementaires sur la transmission de ladite motion, à savoir:

- la poursuite des entreprises demeure prioritaire;
- l'introduction de sanctions pénales applicables aux personnes physiques ne doit pas affaiblir les instruments d'application du droit des cartels, mais vise à les compléter au gré des possibilités de manière à renforcer l'effet préventif de la loi.

Les lignes qui suivent font le point sur les travaux entrepris: les résultats de l'expertise commandée par le SECO, qui doit répondre à une foule de questions relevant du droit pénal et de nature institutionnelle, ne sont pas encore disponibles⁴.

La mise en œuvre de la motion n'est pas aisée compte tenu des deux principes précités. Il s'agit de résoudre plusieurs problèmes et de répondre à plusieurs objections en rapport à l'Etat de droit. En l'état du dossier, trois variantes de mise en œuvre sont esquissées dans une première étape, soit:

- la variante 1 **Ministère public de la Confédération**
- la variante 2 **Administration**
- la variante 3 **Autorité de la concurrence**

⁴ Expertise en cours confiée aux professeurs GÜNTHER HEINE (Université de Berne) et ROBERT ROTH (Université de Genève).

Chacune d'elles tient compte d'autres problèmes et objections liés à l'Etat de droit (cf. chap. B). Enfin, en raison des difficultés de mise en œuvre qui subsistent, une variante supplémentaire est proposée en guise d'alternative aux sanctions pénales (sect. B.5):

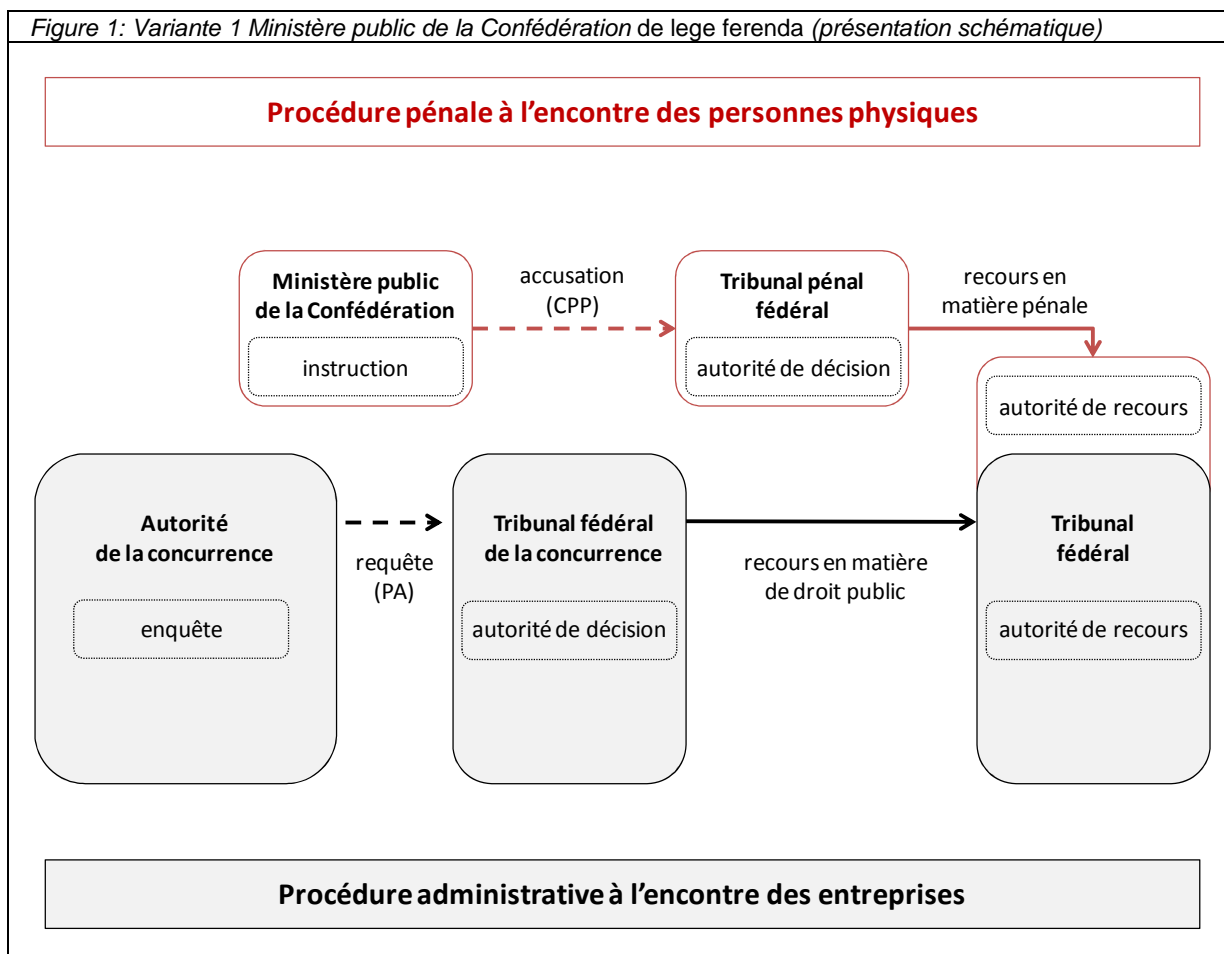
- variante 4 **Mesures administratives à l'encontre de personnes physiques**

La présentation de ces variantes, en particulier sous forme schématique, s'inspire de la réforme institutionnelle proposée dans le dossier du Conseil fédéral du 30 juin 2010 envoyé en procédure de consultation, réforme qui prévoit la création d'une Autorité de la concurrence et d'un Tribunal fédéral de la concurrence pour remplacer la Commission de la concurrence (COMCO), son secrétariat ainsi que le Tribunal administratif fédéral. A l'exception de la variante *Autorité de la concurrence*, toutes les variantes sont en principe compatibles avec l'organisation actuelle des autorités (cf. l'annexe concernant la présentation schématique des variantes reposant sur les institutions actuelles). D'autres problèmes relevant de la procédure et de l'Etat de droit pourraient toutefois se poser en fonction de la variante qui pourrait être retenue.

B.2 Variante 1 Ministère public de la Confédération

L'idée maîtresse de cette variante est la suivante: la procédure menée contre l'entreprise a un caractère prioritaire et doit emprunter autant que possible les voies habituelles du droit de la concurrence. La poursuite pénale des personnes physiques intervient à titre de procédure additionnelle; son issue n'affecte pas la procédure ouverte contre l'entreprise.

Figure 1: Variante 1 Ministère public de la Confédération de lege ferenda (présentation schématique)



- L'**Autorité de la concurrence** (la COMCO et son secrétariat, selon la loi actuelle) et le **Tribunal fédéral de la concurrence** dirigent, comme jusqu'ici, les procédures du droit des cartels ouvertes contre **les entreprises** en vertu de la **loi fédérale sur la procédure administrative** (PA) et des dispositions de la LCart, et prennent leur décision. Ils peuvent aussi prononcer des sanctions contre les entreprises pour les éléments constitutifs prévus à l'art. 49a LCart.
- En cas de présomption d'accords illicites horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique visés à l'art. 5, al. 3, LCart, le **Ministère public de la Confédération** mène **sa propre procédure, selon les règles du code de procédure pénale (CPP), contre les personnes physiques** soupçonnées d'avoir conclu de telles ententes. Le cas échéant, le Ministère public de la Confédération dresse l'acte d'accusation contre les personnes physiques et le transmet au **Tribunal pénal fédéral**.
- La procédure pénale du Ministère public de la Confédération contre les personnes physiques, d'un côté, et l'enquête administrative de l'Autorité de la concurrence contre les entreprises, de l'autre côté, sont **menées en parallèle et sont en principe indépendantes l'une de l'autre**. Chaque autorité applique les moyens d'enquête et les mesures de contrainte que lui offre le droit de procédure qui la régit (CPP ou PA/LCart); relevons à cet égard l'obligation de renseigner de la procédure administrative et les instruments que sont l'arrestation provisoire de dirigeants ou de collaborateurs suspectés, ou la surveillance téléphonique prévue par le CPP. Dans un souci à la fois de praticabilité et d'efficacité, il faut toutefois prévoir d'assurer une certaine coordination entre les deux autorités d'enquête, notamment pour éviter que les mesures d'une autorité liées à l'administration des preuves (p. ex. perquisitions domiciliaires) ne soient mises en péril par des démarches de l'autre autorité. Il y a également lieu d'examiner, sur le principe pour le moins, dans quelle mesure des informations et des moyens de preuve pourraient être échangés entre ces autorités. Il est important ici de retenir que les procédures visent des auteurs différents (entreprises dans la procédure administrative ou personnes physiques dans la procédure pénale), raison pour laquelle peut se poser la question de la sauvegarde des droits des parties ou celle de l'interdiction d'utiliser les renseignements obtenus dans toute autre procédure. C'est surtout l'utilisation dans la procédure pénale des preuves réunies par le biais de l'obligation de renseigner inscrite dans le droit administratif qui se révèle problématique dans ce contexte.
- Les entreprises déposeraient, comme aujourd'hui, une **annonce de participation à une restriction de concurrence** auprès de l'Autorité de la concurrence, et les **personnes physiques déposeraient désormais en plus** une auto-dénonciation (**donnant lieu à une exemption de peine**) auprès du **Ministère public de la Confédération**. Cette auto-dénonciation est nécessaire afin de ne pas compromettre l'instrument, qui a fait ses preuves à ce jour, permettant de mettre au jour des cartels⁵. La forme plus précise que prendrait l'interaction entre les annonces de participation déposées dans les différentes procédures est actuellement l'objet de recherches approfondies. Il s'agit en particulier de savoir dans quelle mesure un effet des annonces de participation qui irait au-delà de la procédure est nécessaire ou admissible pour préserver l'incitation.
- En lieu et place de la juridiction pénale fédérale, on pourrait envisager de confier cette compétence **aux organes cantonaux chargés de la poursuite pénale** (mi-

⁵ Au sujet de la nécessité d'introduire un programme de clémence pour les personnes physiques, cf. p. 16 f.

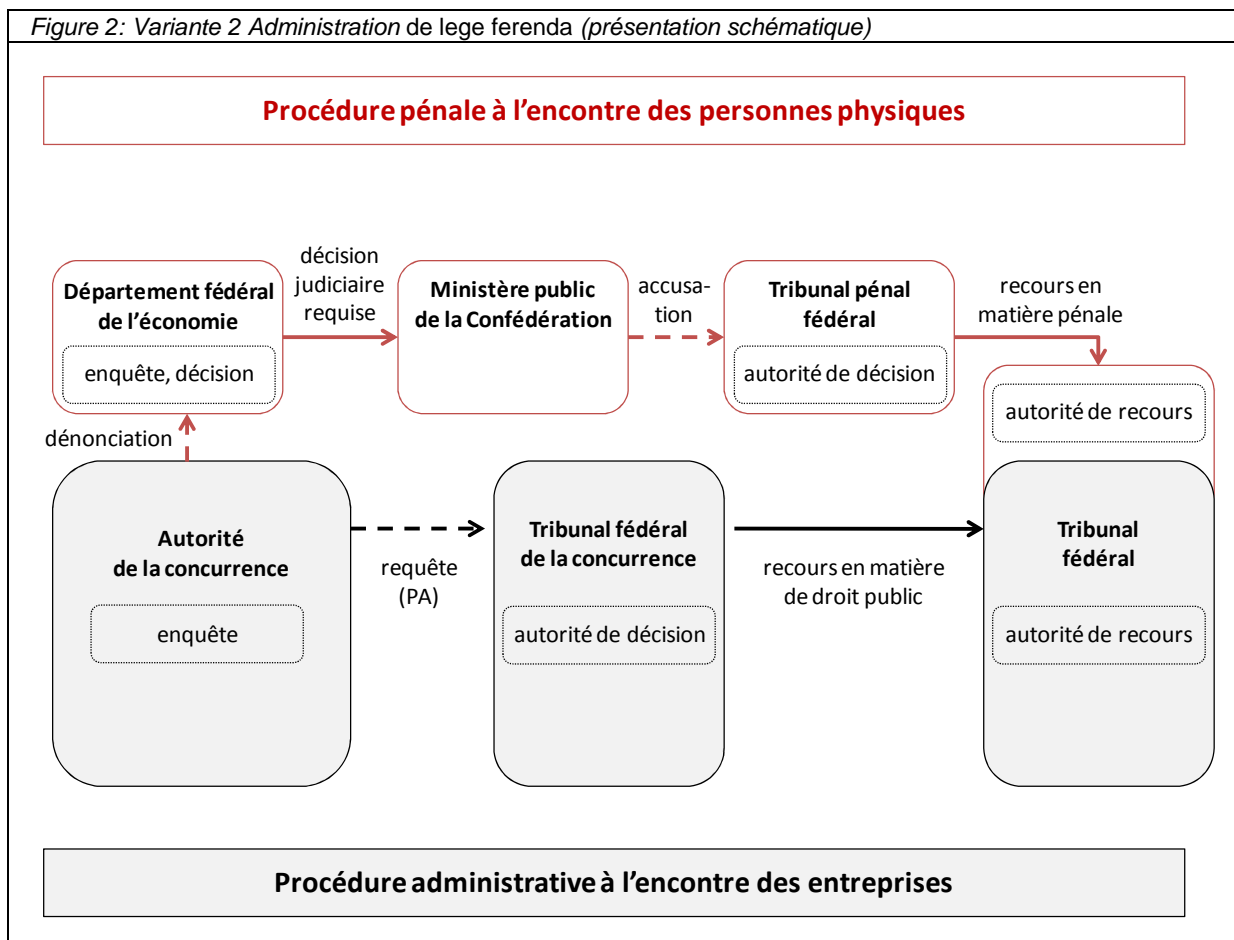
nistères publics et tribunaux pénaux). On ne saurait cependant privilégier cette solution si l'on tend vers une application efficace du droit des cartels: les cartels font fi des frontières cantonales, ce qui pourrait faire intervenir, en tout cas pour le moment, la compétence de plusieurs parquets cantonaux pour le même cartel. A cela s'ajoutent des problèmes en matière de compétence, de durée de procédure, de développement de savoir-faire ou d'uniformité de la pratique.

Pour éviter une jurisprudence disparate et faire un usage efficace des ressources, il serait utile de concentrer, en droit des cartels, l'élargissement des connaissances liées aux sanctions appliquées aux personnes physiques dans les mains d'un ministère public (spécialisé) et d'un tribunal pénal en place à l'échelon fédéral. Il n'est guère cohérent, de surcroît, de poursuivre les personnes physiques dans les cantons, et de confier, pour le même cartel, la procédure parallèle menée contre les entreprises aux autorités fédérales en matière de concurrence.

B.3 Variante 2 Administration

L'idée centrale de la variante *Administration* reste la suivante: la procédure menée contre l'entreprise a un caractère prioritaire et doit emprunter autant que possible les voies établies du droit de procédure. La poursuite pénale des personnes physiques intervient à titre de procédure additionnelle. Ici, contrairement à la variante 1, la voie choisie n'est pas celle du droit pénal, mais celle du droit pénal administratif.

Figure 2: Variante 2 Administration de lege ferenda (présentation schématique)



- **L'Autorité de la concurrence** (la COMCO et son secrétariat, selon la loi en vigueur) et le **Tribunal fédéral de la concurrence** dirigent, comme jusqu'ici, les procédures du droit des cartels ouvertes contre les entreprises en vertu de la PA et des dispositions de la LCart, et prennent leur décision. Ils prononcent, le cas échéant, des sanctions contre les entreprises pour les éléments constitutifs prévus à l'art. 49a LCart. Si, en administrant les preuves conformément aux règles de procédure qui régissent la poursuite de personnes physiques prévue par la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA), l'Autorité de la concurrence (à savoir, *de lege lata*, la COMCO ou son secrétariat) dispose de preuves suffisantes, non grevées d'une interdiction d'utiliser les renseignements obtenus, à l'encontre de personnes physiques, elle constitue un dossier à l'intention du DFE.
- Le **DFE est donc l'autorité de poursuite et de jugement dans une procédure pénale administrative**, à l'instar du Département fédéral des finances pour la loi

sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)⁶. A ce titre, il enquête sur les personnes physiques et applique la nouvelle disposition pénale de la LCart. Il peut prononcer lui-même des peines pécuniaires jusqu'à un certain montant. Si les personnes physiques demandent que la décision du DFE soit soumise à l'appréciation d'un tribunal ou si le département estime que les conditions pour prononcer une peine privative de liberté sont réunies, il transmet un acte d'accusation au Ministère public de la Confédération, lequel le dépose auprès du Tribunal pénal fédéral. Dans cette forme, l'acte punissable commis par la personne physique ressortit donc à la juridiction fédérale, comme pour la réglementation inscrite dans la LFINMA.

- Selon la date de transmission du dossier, cette procédure serait plus ou moins séquentielle. Les **procédures seraient toutefois menées indépendamment l'une de l'autre**.
- Les entreprises et les personnes physiques peuvent déposer une annonce de participation à une restriction à la concurrence auprès de l'Autorité de la concurrence⁷. Dans ce modèle de mise en œuvre, il serait possible de ne pas inscrire dans la loi un régime de clémence pour les personnes physiques sans compromettre trop fortement le mode de fonctionnement du programme de clémence pour les entreprises, si une disposition légale particulière permettait à l'Autorité de la concurrence de décider librement de la transmission du dossier; les autorités supérieures seraient en outre liées au choix de l'Autorité de la concurrence quant aux personnes à mettre en accusation. La maxime d'office s'effacerait pour la poursuite des personnes physiques au profit du principe d'opportunité, voire d'une forme de «maxime de disposition» de l'Autorité de la concurrence, qui détiendrait un «**monopole de la dénonciation**». L'Autorité de la concurrence pourrait ensuite garantir à l'entreprise qui se dénonce qu'elle ne déposera pas de dénonciation contre ses dirigeants ou ses collaborateurs.
- Dans un autre scénario possible, le DFE transmettrait l'accusation aux autorités cantonales de poursuite pénale, mais il faut toutefois exclure cette possibilité – quoique moins énergiquement dans ce cas – pour les raisons évoquées dans la variante *Ministère public de la Confédération*. Comme ce n'est pas le Ministère public de la Confédération, mais le département qui interviendrait dans la variante *Administration*, c'est une autorité considérée comme politique qui serait impliquée.

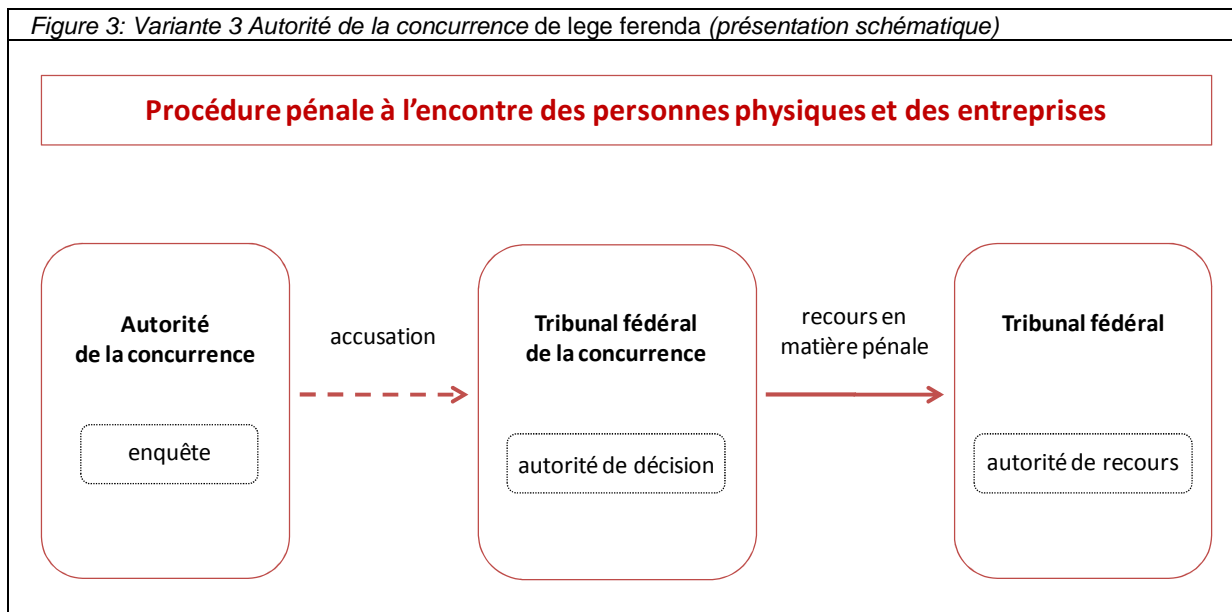
⁶ Selon la conception du droit pénal administratif, la première décision est en principe prononcée par une autorité administrative. Dans notre contexte, cette tâche est confiée au DFE puisque l'Autorité de la concurrence, à son titre de «ministère public de la concurrence», ne peut, en parallèle, mener l'accusation contre les entreprises devant le Tribunal fédéral de la concurrence, et condamner elle-même les dirigeants ou collaborateurs impliqués.

⁷ Au sujet de la nécessité d'introduire un programme de clémence pour les personnes physiques, cf. p. 16 f.

B.4 Variante 3 Autorité de la concurrence

Dans la variante *Autorité de la concurrence*, l'idée est de mener des procédures parallèles (contre l'entreprise et contre la personne physique). Ce sont les implications d'une seule procédure menée en même temps contre l'entreprise et contre la personne physique qui sont examinées. Pour l'entreprise, cette variante impliquerait le passage d'une procédure obéissant aux principes du droit administratif à une procédure répondant aux principes du droit pénal.

Figure 3: Variante 3 Autorité de la concurrence de lege ferenda (présentation schématique)



- L'Autorité de la concurrence mène **une seule procédure en droit des cartels à la fois contre les entreprises concernées et contre les personnes physiques responsables**⁸ et dresse un acte d'accusation contre tous les participants pour l'envoyer au Tribunal fédéral de la concurrence à mettre sur pied, lequel serait, partiellement du moins, un tribunal pénal (fédéral)⁹. Si l'on plaide en faveur d'une procédure unique, il serait nécessaire d'appliquer un droit de procédure pénale à tous les participants à la procédure, c'est-à-dire aux personnes morales et aux personnes physiques.
- Par voie de conséquence, la procédure unique devrait être appliquée non seulement aux accords horizontaux (art. 5, al. 3, LCart), mais aussi à toutes les autres enquêtes menées contre des entreprises, même s'il ne s'agit pas à chaque fois de sanctionner une personne physique. En d'autres termes, il serait nécessaire d'adapter la plupart des procédures dirigées uniquement contre des entreprises (p. ex. les cas d'accords verticaux [art. 5, al. 4, LCart] et d'abus de position domi-

⁸ Les personnes morales et les personnes physiques déposeraient l'annonce de participation à une restriction à la concurrence auprès de l'Autorité de la concurrence. Au sujet de la nécessité d'introduire un programme de clémence pour les personnes physiques, cf. p. 16 f.

⁹ Théoriquement, l'acte d'accusation pourrait aussi être dressé et envoyé au Tribunal pénal fédéral. Toutefois, ce sont essentiellement des questions économiques, portant par exemple sur des définitions de marché et des analyses de gains en efficacité, qui mobilisent les enquêtes de droit des cartels (rétablir une concurrence efficace est l'objectif principal de la LCart; la sanction n'est qu'une conséquence supplémentaire d'une inobservation); or un tribunal pénal n'est pas conçu pour juger ces questions.

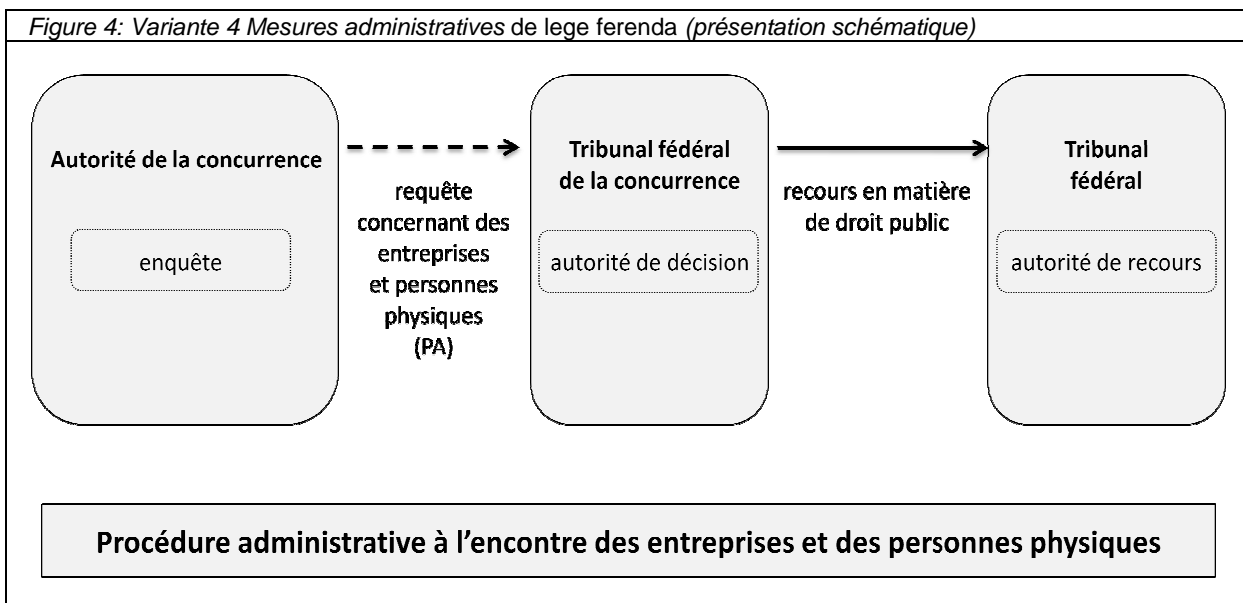
nante [art. 7 LCart]) aux quelques rares cas dans lesquels des personnes physiques sont poursuivies.

- Cette variante exige comme condition essentielle un régime institutionnel qui garantisse une indépendance suffisante. C'est le cas, par exemple, de l'Autorité de la concurrence et du Tribunal fédéral de la concurrence, l'une et l'autre indépendants, que le dossier du Conseil fédéral du 30 juin 2010 envoyé en consultation propose de créer. Cette variante ne pourrait pas être mise en œuvre dans le contexte institutionnel actuel tant que des représentants des groupes d'intérêts siègent à la COMCO. Comme elle implique une procédure unique, si le cadre institutionnel s'inscrit dans le droit positif (*de lege lata*), les procédures devraient être menées également contre les entreprises, conformément à celles dirigées contre les personnes physiques, en se fondant sur le droit de la procédure pénale. Autrement dit, si le cadre institutionnel actuel est maintenu, les entreprises qui feraient appel aux voies de droit saisiraient elles aussi le Ministère public de la Confédération et le Tribunal pénal fédéral¹⁰.
- La mise en œuvre de sanctions également dirigées contre les personnes physiques risquerait d'entrer en conflit avec le principe *ne bis in idem*, interdisant la double condamnation. Cette situation se présente essentiellement lorsque, comme dans le cas de raisons individuelles ou de sociétés à actionnaire unique, l'entreprise s'assimile à la personne du point de vue économique. Elle exigerait la création de règles spéciales qui prennent en compte le fait suivant: l'entreprise est certes toujours tenue de rétablir la concurrence, mais la sanction peut frapper uniquement l'entreprise ou la personne physique. La variante *Autorité de la concurrence* pourrait offrir la solution pour régler ces situations.

¹⁰ Cf. à ce sujet la présentation figurant à la p. 29.

B.5 Variante 4 Mesures administratives¹¹

La variante 4 est un modèle dans lequel on renonce à poursuivre pénalement les personnes physiques en raison des difficultés évoquées au chapitre C. Elle prévoit des mesures administratives préventives à l'encontre des entreprises et des mesures de droit administratif à l'encontre des personnes responsables (le cas échéant par le biais d'obligations que l'entreprise doit respecter et qui concernent les collaborateurs qui ont enfreint le droit sur les cartels). Les mesures administratives doivent avoir surtout un caractère préventif, c'est-à-dire être de nature à empêcher d'autres infractions au droit des cartels et à mettre un terme à l'injustice que crée la situation. Cette alternative aux sanctions pénales est née au fil des débats intervenus lors de la réforme de la surveillance des marchés financiers.



- Deux nouveaux instruments, d'une part une **interdiction limitée d'employer ou de pratiquer et d'autre part une confiscation des avantages**, applicables aux dirigeants et aux collaborateurs responsables pourraient compléter l'arsenal actuel de la LCart:
 - L'**interdiction de pratiquer** vise, en cas de violations graves de dispositions du droit des cartels, à interdire pour une durée déterminée à une personne de travailler dans les sphères dirigeantes de l'entreprise sanctionnée et des autres entreprises impliquées dans l'infraction au droit des cartels. On peut aussi envisager d'interdire aux entreprises parties au cartel de continuer à employer les collaborateurs participant aux ententes cartellaires (**interdiction d'employer**). En éloignant les personnes parties au cartel de leur réseau habituel, on veut réduire les risques de restriction de la concurrence efficace sur le marché concerné.

¹¹ Si l'on opte pour les mesures à caractère préventif exposées dans cette section en lieu et place des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, il conviendrait, pour être conforme à l'orthodoxie juridique, de ne pas transmettre la motion qui nous occupe, mais de déposer une nouvelle intervention allant en ce sens.

- En **confisquant des avantages** sous la forme, par exemple, d'éléments de salaire ou de bonus liés au chiffre d'affaires, que les différents dirigeants ou collaborateurs ont obtenus grâce à la pratique anticoncurrentielle – pour autant que celle-ci soit étayée par des preuves suffisantes –, on veut **éviter que les infractions aux règles ne s'avèrent payantes pour les personnes physiques**. Cette confiscation des avantages garantit simplement la régularisation partielle de la situation et contribue à faire régner la loyauté dans l'activité économique.
- Quand bien même ces deux mesures de droit administratif visant à préserver la concurrence sont dirigées contre des personnes physiques, elles seraient ordonnées dans le cadre de la procédure menée contre les entreprises. Ces deux instruments étant des mesures administratives à caractère préventif et visant l'avenir, et non des peines répressives, la PA est applicable sur le modèle de la LFINMA. Ils peuvent donc être insérés dans la LCart telle qu'elle est conçue actuellement et être appliqués par les institutions existantes.
- La décision de requérir ou d'ordonner des mesures administratives, notamment une interdiction de pratiquer, à l'encontre de collaborateurs serait laissée à la libre appréciation des autorités ou tribunaux compétents (**disposition potestative**). Lorsqu'ils doivent décider si l'interdiction d'une activité donnée contre un collaborateur déterminé est nécessaire, notamment lors de l'examen de la proportionnalité de la mesure, ils peuvent tenir compte positivement de l'avis des collaborateurs exprimé par exemple dans une auto-dénonciation et dans le cadre de la coopération avec les autorités.

C Critères d'évaluation

Comme l'indique son titre, la motion a pour objectif d'équilibrer le dispositif des sanctions du droit suisse des cartels et de le rendre plus efficace. **Le premier critère d'évaluation des variantes devrait être leur efficacité en termes de prévention du point de vue juridique et économique**; autrement dit, elles devraient permettre de prévenir un maximum d'accords et de comportements nuisibles, sans pour autant être préjudiciables aux formes de coopération utiles. Elles ne doivent notamment pas compromettre le fonctionnement des sanctions directes à l'encontre de personnes morales introduites avec la révision de la LCart de 2003, qui ont un effet préventif, et dont l'efficacité a été reconnue par l'évaluation de la LCart.

Le **deuxième critère** est celui de la **compatibilité avec le programme de clémence**: le programme de clémence de la LCart est très efficace et ne doit en aucun cas être affaibli. Il permet aux entreprises ayant participé à la mise au jour d'un cartel d'être libérées de la sanction. Le programme de clémence ne serait plus efficace si les collaborateurs concernés ne pouvaient plus bénéficier de la libération de la sanction.

La poursuite de personnes physiques et une modification du droit de procédure risquent, selon la variante, **d'engendrer des coûts importants et d'influer sur la longueur des procédures**; **cet aspect constitue le troisième critère d'évaluation**. Sous l'angle des coûts, il convient d'une part de tenir compte des dépenses occasionnées aux autorités et aux tribunaux du fait de l'attribution de nouvelles compétences et de la mise en place de nouvelles procédures. Il faut, d'autre part, prendre en compte les coûts qui découlent, pour les entreprises et les avocats, d'examins et de procédures judiciaires supplémentaires ou différentes. Si l'on considère un changement du droit procédural, il ne faut pas oublier que les connaissances acquises par les autorités, les entreprises et les avocats en matière de procédures liées aux cartels seraient perdues et qu'elles devraient donc être acquises à nouveau.

La mise en place de sanctions pénales dans le droit des cartels constitue à de nombreux égards une avancée en terrain inconnu et soulève maintes questions juridiques spécifiques. Etant donné ces considérations, le **quatrième critère d'évaluation consiste à examiner dans quelle mesure les variantes proposées sont compatibles avec le système existant et les traditions juridiques prédominantes**. Toute modification remettant fondamentalement en cause le système existant risque de paralyser pendant plusieurs années les procédures liées au droit des cartels. Il serait donc souhaitable que les nouvelles sanctions puissent venir se greffer sur le droit des cartels actuel ou tel qu'il est prévu par la procédure de consultation sur la révision partielle de la LCart.

D Evaluation des variantes

La partie suivante est consacrée à un bref examen des variantes proposées à l'aune des critères d'évaluation. Les commentaires se fondent sur les examens effectués au sein de l'administration, sur des éléments fournis par les experts que la CER-E a déjà entendus, ainsi que sur les commentaires provisoires d'expertises que le SECO a mandatées.

D.1 Effet préventif

Les variantes de mise en œuvre pénales (variantes 1 à 3)

- La mise en place de sanctions visant les personnes physiques **peut, à certaines conditions, améliorer l'effet préventif** de la LCart. Le fait que les dirigeants et/ou les collaborateurs qui enfreignent la LCart pourraient être tenus directement responsables de leurs actions et se voir infliger une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire (éventuellement assortie d'une information publique) a un effet dissuasif supplémentaire. La menace de peines étatiques à l'encontre de personnes physiques renforce également les mesures prises au sein des entreprises en vue de respecter les règles découlant du droit des cartels (les «programmes de conformité»). Le respect effectif, par chaque collaborateur, des directives internes visant à empêcher les infractions contre le droit des cartels est renforcé par le fait que, en cas d'infraction, il ne risque pas uniquement des sanctions imposées par son entreprise (p. ex. licenciement, réparation des dommages, dénonciation pour gestion déloyale), mais également de faire l'objet de poursuites pénales par l'Etat. C'est l'aspect positif.
- Etant donné la pratique pénale en Suisse, on peut toutefois s'attendre à ce que les tribunaux prononcent au mieux des peines privatives de liberté ou des peines pécuniaires avec sursis pour une première infraction au droit des cartels. L'effet dissuasif des peines avec sursis n'a certes pas encore été évalué avec certitude, mais on peut supposer qu'il est restreint. Vient s'ajouter à cela que même les peines pécuniaires sans sursis pourraient être payées par les entreprises, qui sont les premières à profiter des ententes cartellaires, et ce bien qu'il soit illégal de soustraire quelqu'un aux poursuites ordonnées par la loi. Le seul effet dissuasif restant quelque peu efficace serait alors la menace d'une inscription au casier judiciaire. Il est donc à craindre que, **dans la plupart des cas, l'effet préventif serait limité**.

Variante 4 Mesures administratives

- **Il ne faut pas non plus se faire trop d'illusions sur l'effet préventif des mesures administratives**; ces dernières visent précisément non pas la sanction d'un acte répréhensible, mais la protection à venir de la concurrence.
- Bien que la mesure prononcée puisse avoir un impact considérable sur la sphère juridique du collaborateur concerné, il est possible que l'incitation à prévenir les infrac-

tions au droit des cartels soit plutôt minime; l'effet préventif n'est pas comparable à celui de vraies peines criminelles (où la privation de liberté est un risque réel). Outre l'interdiction de pratiquer, cela vaut également pour la confiscation des avantages, puisqu'il est souvent difficile d'évaluer l'«avantage» perçu par le collaborateur grâce à l'infraction à la concurrence, et d'autant plus improbable de pouvoir le chiffrer précisément.

- Par rapport aux sanctions pénales, les mesures administratives s'intègrent mieux au concept actuel de la LCart. Elles s'inspirent des normes légales suisses existantes (LFINMA). Il n'est toutefois pas exclu, comme l'estiment les auteurs des interventions parlementaires, que la mesure administrative visant la protection de la concurrence améliore légèrement l'effet préventif de la LCart et renforce les efforts sérieux des entreprises au titre des programmes de conformité. Par rapport à de vraies peines criminelles, ces mesures seraient comparables à un retrait de permis temporaire pour une infraction au code de la route.

D.2 Compatibilité avec le régime de clémence

Les variantes de mise en œuvre pénales (variantes 1 à 3)

Les procédures liées au droit des cartels prévoient actuellement un régime de clémence pour les entreprises qui s'autodénoncent, y compris la possibilité d'une remise de peine. Cet instrument internationalement reconnu pour déstabiliser les cartels a fait ses preuves depuis son introduction à l'occasion de la dernière révision de la LCart. L'évaluation de la compatibilité avec le régime de clémence des variantes pénales relatives à la sanction de personnes physiques présente le dilemme suivant:

- Si l'on veut que le programme de clémence pour les entreprises qui s'autodénoncent continue de fonctionner, il faudra, en cas de sanction des personnes physiques, impérativement prévoir un régime de clémence analogue pour les personnes physiques qui participent à la mise au jour et à l'élimination d'une restriction à la concurrence (ou des mesures analogues comme le monopole de la dénonciation, l'interdiction d'utilisation, etc.). La mise en place d'un tel régime de clémence impliquerait cependant de déroger à des principes de droits transversaux. En effet, il n'existe pas (pour l'instant), dans le droit suisse, de régime de clémence pour les personnes physiques (en dehors de l'amnistie fiscale). Le nouveau code de procédure pénale (CPP), par exemple, n'en prévoit pas non plus. On peut donc se demander pourquoi le droit (pénal) des cartels, spécifiquement, justifierait la mise en place d'un tel régime dérogatoire.
- Si par contre, on décidait de s'en tenir à la tradition juridique de notre pays et de ne pas mettre en place de régime de clémence pour les personnes physiques, on risquerait d'ébranler le programme de clémence en place pour les entreprises qui s'autodénoncent. Effectivement, il en résulterait que l'autodénonciation faite aux autorités par une entité ou le collaborateur d'une entreprise permettrait une remise de peine pour l'entreprise, mais pas pour la personne elle-même, ce qui n'est pas une option tenable. Dans les faits, cela reviendrait à dissuader les entités ou les collaborateurs de participer, au sein de leur entreprise, à la mise au jour ou à l'élimination de restrictions à la concurrence, ce qui compliquerait, voire rendrait impossible, les efforts de l'entreprise en termes de programmes de conformité. Par ailleurs, les entités et les collaborateurs ne feraient plus guère d'autodénonciations, si bien que les entreprises ne profiteraient plus, elles non plus, du régime de clémence, et donc de la remise de peine.

Au final, ne pas mettre en place de régime de clémence pour les personnes physiques **reviendrait à bouleverser le programme de clémence existant pour les entreprises, alors qu'il fonctionne bien. L'un des piliers du droit des cartels, dont l'efficacité est aujourd'hui avérée, serait remis en question.** A moins d'étendre la remise de peine aux collaborateurs de l'entreprise en cas d'autodénonciation, une réforme serait synonyme de dégradation pour le régime de la concurrence. La forme à donner au régime de clémence pour les personnes physiques (notamment par rapport à celui dont bénéficient les entreprises) afin de soutenir les incitations à la mise au jour des infractions à la LCart ou, du moins, de ne pas les freiner par rapport à l'état actuel, n'est pas encore déterminée (p. ex., une autodénonciation vaut-elle uniquement pour la personne physique se dénonçant, ou vaut-elle automatiquement pour l'entreprise? A qui appartient-il de trancher cette question? etc.).

Variante 1 Ministère public de la Confédération

- Un **programme de clémence** prévoyant la possibilité d'une remise de peine totale pour les personnes physiques responsables est incontournable pour cette variante. A défaut, on risque d'affaiblir considérablement le régime de clémence actuel pour les entreprises.

Variante 2 Administration et variante 3 Autorité de la concurrence

- La mise en place d'un programme de clémence complet pour les personnes physiques est également incontournable pour ces variantes. Une alternative pour maintenir l'efficacité du régime de clémence dans les variantes *Administration* et *Autorité de la concurrence* consisterait à habiliter l'Autorité de la concurrence à décider elle-même et librement des personnes physiques contre lesquelles des poursuites seraient engagées («**monopole de la dénonciation**» ou «maxime de disposition» au lieu de régime de clémence). Ce mode de fonctionnement serait toutefois lui aussi grevé de grandes incertitudes sur les plans pratiques, juridiques et de l'Etat de droit, sans compter qu'il serait tout aussi éloigné de la tradition juridique suisse qu'un programme de clémence pour les personnes physiques.
- Il faut par ailleurs garder à l'esprit la chose suivante: l'application de la maxime de disposition en lieu et place du programme de clémence pour les autodénonciations de personnes physiques auprès de l'Autorité de la concurrence implique un certain risque, à savoir que l'autorité engagera éventuellement une procédure pénale contre des personnes physiques, voire contre le dénonciateur lui-même. Il n'est pas possible de savoir à l'avance si une autorité voudra ou pourra garantir au préalable qu'elle n'engagera pas de poursuites contre une personne physique, et ce d'autant plus si elle ne dispose pas de tous les éléments.

Variante 4 Mesures administratives

- La variante *Mesures administratives* ne touche quasiment pas au régime de clémence dont bénéficient actuellement les entreprises. Elle minimise les contradictions découlant de l'évaluation par divers tribunaux ou autorités et n'appelle pas réellement de programme de clémence supplémentaire pour les personnes physiques, pour autant que les mesures administratives soient **formulées de manière potestative** (si bien que le pouvoir d'appréciation des autorités, d'ores et déjà prévu par le principe de proportionnalité, est maintenu).

D.3 Durée et coût de la procédure

Toutes les variantes (variantes 1 à 4)

- Il ressort des examens internes à l'administration que les poursuites pénales de personnes physiques dans le cadre de délits économiques **entraînent des coûts considérables, tant sur le plan financier qu'en termes de mobilisation de personnel, et que les procédures sont également très longues**. Ces constats faits dans des domaines juridiques connexes sont aussi corroborés par les expériences faites à l'étranger. S'il est assez facile d'apporter la preuve qu'une entreprise fait partie d'un cartel, imputer les actes à une personne donnée au sein de l'entreprise ou démontrer qu'elle avait connaissance de certains faits demande beaucoup plus de temps à l'autorité chargée d'examiner le cas; par ailleurs, ces examens sont très lourds pour les entreprises et les personnes concernées. A cet égard, il faut savoir que les accords horizontaux impliquent généralement un grand nombre d'entreprises. Dans chaque entreprise, il est probable que plusieurs personnes physiques seront suspectées, si bien que le nombre de parties concernées par la procédure augmentera rapidement. Il est dès lors permis de se demander si les coûts engendrés pour les autorités, les tribunaux, les entreprises ainsi que les dirigeants et les collaborateurs suspectés seraient proportionnés par rapport au bénéfice attendu (augmentation de l'effet dissuasif, sanction des coupables et pas des actionnaires). Par comparaison, la procédure actuelle est relativement légère et efficace.

Variante 1 Ministère public de la Confédération

- La variante Ministère public de la Confédération présente l'avantage d'un **mécanisme relativement simple (du moins sur le papier)** qui pourrait se greffer sur les institutions existantes. Plus les procédures administratives et de droit pénal sont distinctes, plus on évite les recoupements, et moins grande est la problématique de l'interdiction de l'utilisation de documents appartenant à l'une ou l'autre procédure. Les éventuelles difficultés rencontrées dans la procédure de poursuite de la personne physique pour établir qui, dans l'entreprise, a conclu une entente cartellaire et pour quels motifs, n'auraient en principe pas d'incidences sur la procédure parallèle contre l'entreprise. Cette dernière pourrait être close indépendamment et relativement rapidement.
- L'inconvénient tient au **très grand besoin de ressources**: selon le cas, les procédures peuvent être dédoublées (procédure administrative à l'encontre de l'entreprise, procédure pénale contre la personne physique). Il en résulterait également un dédoublement des ressources nécessaires aux autorités, aux tribunaux et aux entreprises. Pour la réussite de cette variante, l'élément déterminant serait la capacité du Ministère public de la Confédération et du Tribunal pénal fédéral, qui se concentrent principalement sur le crime organisé et la criminalité internationale, à assumer leur nouvelle mission dans le cadre du droit des cartels. Ils devraient en tous les cas acquérir les connaissances nécessaires en droit des cartels, ce pour quoi des effectifs et des moyens financiers supplémentaires devraient leur être accordés.

Variante 2 Administration

- Inconvénient: la variante *Administration* est assortie de **plus d'incertitudes** et de questions ouvertes que la variante Ministère public de la Confédération; le mécanisme serait en outre plus lourd. La problématique de l'interdiction d'utilisation est plus importante, dans cette variante, que dans celle du Ministère public de la Confédération; en effet, durant les premières phases de détermination des faits à l'échelon de l'Autorité de la concurrence, cette variante ne manquerait pas

d'entraîner une certaine confusion entre PA et DPA. Le **DFE devrait** par ailleurs **créer un nouveau service interne** chargé de la poursuite des personnes physiques, ce qui appellerait des ressources supplémentaires.

- **Avantage:** la coordination nécessaire entre l'Autorité de la concurrence et les autres autorités (p. ex. le DFE) serait moindre, à condition que le DFE ne doive pas de nouveau recenser tous les moyens de preuve. Sinon, la procédure administrative pénale du DFE appellerait un très grand investissement temporel ainsi que des ressources considérables.

Variante 1 *Ministère public de la Confédération* et variante 2 *Administration*

- Si à l'avenir, outre les entreprises, les personnes physiques agissant pour leur compte font elles aussi l'objet de poursuites pénales en application du droit des cartels, on court le risque d'aboutir à des procédures parallèles longues et complexes. Les principales concernées seraient les entreprises, d'une part, et les personnes physiques suspectées, d'autre part, dont les actes seraient jugés par des tribunaux ou des cours différents, qui rendraient éventuellement des jugements différents, si bien que (en raison de potentielles accusations réciproques) les parties devraient engager chacune leurs propres avocats. Ceci indépendamment du fait qu'il s'agisse du jugement des mêmes faits, donc d'un seul cartel. Pour les personnes concernées, cela pourrait se traduire par des années d'incertitudes, ce qui irait à l'encontre du raccourcissement des procédures en matière de cartels réclamé de toutes parts (et recherché par la révision partielle en cours de la LCart).

Variante 3 *Autorité de la concurrence*

- L'un des inconvénients de cette variante est qu'il faut évaluer toutes les entreprises et leurs collaborateurs dans le cadre d'une même procédure. Il y a donc un grand nombre de parties. Par ailleurs, il faut pouvoir associer les personnes physiques aux éléments constitutifs d'infraction. Si l'association avec une personne physique donnée se révélait impossible, l'entreprise pourrait éventuellement échapper à la poursuite¹². La FINMA a souligné à quel point prouver qu'une personne a joué tel ou tel rôle dans l'entreprise demande plus de travail que de simplement prouver que l'entreprise a enfreint la loi.
- S'il était possible d'engager une procédure unique à l'encontre des personnes physiques et morales, la PA ne serait plus déterminante pour les entreprises (du moins lorsqu'il s'agit de l'examen d'éventuelles restrictions à la concurrence), mais bien le droit de la procédure pénale, avec les conséquences que cela implique au niveau du droit procédural¹³. Comme nous l'avons dit plus haut, la règle (procédures dirigées contre des entreprises) devrait s'adapter à l'exception (procédures dirigées contre des personnes physiques). S'éloigner des dispositions éprouvées de la PA et de la LCart pour gérer les procédures visant les entreprises relevant du droit des cartels pour s'orienter vers le droit de la procédure pénale (qui n'est conçue ni pour des procédures à l'encontre d'entreprises, ni pour les droits dits formateurs) aurait pour conséquence de **compliquer, de prolonger et de renchérir les procédures**, tant pour les entreprises que pour les autorités.

¹² Ces éléments sont ressortis de discussions menées avec le Bundeskartellamt (l'autorité de concurrence allemande) au sujet de la situation en Allemagne.

¹³ Le code de procédure pénale étant réservé au Ministère public de la Confédération, le droit pénal administratif entre en jeu lorsque des mandats de répression sont établis.

Au final, l'Autorité de la concurrence devrait dès lors appliquer deux droits de procédure: le droit de procédure pénale pour les examens (révélant des pratiques illicites) et la PA pour le contrôle des opérations de concentration. Contrairement au Ministère public de la Confédération, l'Autorité de la concurrence (potentiel successeur du Secrétariat de la COMCO) n'a aucune expérience en droit de la procédure pénale et devrait par conséquent s'appropriier les connaissances nécessaires.

Variante 4 Mesures administratives

- Se limiter à des mesures administratives (interdiction de pratiquer et confiscation des avantages) permettrait de conserver des **procédures aussi simples que possible et de continuer dans la lignée de la pratique procédurale actuelle**. La mise en place de mesures administratives (par opposition à des sanctions pénales) avait déjà été jugée faisable dans le cadre de l'évaluation de la LCart¹⁴.
- Pourtant, il reste difficile d'évaluer à quel point les personnes physiques à l'encontre desquelles des mesures doivent être prises peuvent faire traîner en longueur la procédure dirigée contre l'entreprise en déposant des motions de procédure.
- Avec cette variante, **les ressources nécessaires et la durée de la procédure seraient toujours nettement plus élevées qu'aujourd'hui**, mais moins qu'avec les variantes proposant l'introduction de réelles sanctions pénales.

D.4 Intégration dans le système actuel

Toutes les variantes

- A l'échelle internationale, on observe une tendance à la sanction de personnes physiques¹⁵. A cet égard, les Etats-Unis, qui mettent l'accent sur le droit civil pour l'application du droit des cartels aux entreprises et sur le droit pénal pour l'application aux personnes physiques, font œuvre de pionniers. Dans ce pays, le facteur déterminant de l'efficacité du droit pénal des cartels est que des peines privatives de liberté élevées (jusqu'à dix ans) et fermes sont régulièrement infligées à des collaborateurs d'entreprises membres d'un cartel (notamment en faisant appel au «plea bargaining» [négociation de peine]). Par contre, **la voie du droit pénal ne semble actuellement pas très prometteuse, en particulier dans la tradition juridique d'Europe continentale**, notamment du fait que le «plea bargaining» ne fait pas partie de cette tradition juridique. Dans les Etats européens qui connaissent certaines formes de peines criminelles à l'encontre de personnes physiques (p. ex. Danemark, Allemagne, France, Grande-Bretagne, Autriche), le rôle des sanctions pénales demeure pour l'instant limité dans la pratique. Ainsi, bien que la législation française prévoit des sanctions pénales, celles-ci ont rarement été appliquées. En Allemagne et en Autriche, cependant, la poursuite pénale est limitée aux cas d'ententes illicites relatives à la passation d'un marché sur adjudication, et son utilité fait l'objet de vives controverses. Même la Grande-Bretagne et l'Irlande, qui s'inspirent pourtant du modèle américain, n'ont jusqu'à présent prononcé que de rares peines criminelles. A l'heure actuelle, exception faite des Etats-Unis, peu de pays ont recours à cette pratique¹⁶.

¹⁴ Cf. CARL BAUDENBACHER, Institutionelles Setting, Vertikalbeschränkungen, Individualsanktionen, Private Enforcement, Strukturberichterstattung, 44/3, SECO, Berne 2009.

¹⁵ Cf. Baudenbacher (2009).

¹⁶ Cf. Baudenbacher (2009).

- Les dispositions du droit des cartels en vigueur visent les entreprises et ne **sont pas adaptées à la sanction de personnes physiques**, puisqu'elles portent par exemple sur les conséquences économiques des actes des entreprises. Pour la nouvelle sanction de personnes physiques, il y a dès lors deux options: soit les personnes physiques seront jugées sur les mêmes faits que ceux valant pour les entreprises, si bien que la sanction de personnes physiques reposerait également sur des critères économiques tels que l'analyse des motifs d'efficacité, soit les faits à établir ne correspondent pas à ceux valant pour les entreprises, ce qui risque d'entraîner des contradictions dans les évaluations et des jugements contradictoires.
- Une réforme approfondie du régime des sanctions de la LCart n'est pas indiquée. En particulier, **passer au modèle de la punissabilité des entreprises selon le code pénal (CP) ne serait pas une solution adéquate**, car ce modèle présuppose – contrairement à la LCart – la responsabilité primaire des personnes physiques et prévoit une sanction subsidiaire de l'entreprise uniquement si le délit ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise ou si l'entreprise n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction (art. 102 CP). Or, dans le droit des cartels, l'entreprise n'est pas sanctionnée pour une simple omission, mais pour sa participation active à une restriction illicite de la concurrence. C'est en règle générale l'entreprise (et, par conséquent, non pas quelques individus, mais plutôt un grand nombre de propriétaires et de collaborateurs) qui est la première bénéficiaire d'une rente cartellaire et qui cause le dommage qui en découle pour l'économie en général, et les entreprises concurrentes et les consommateurs en particulier. Par ailleurs, modifier le calcul des sanctions actuelles, qui est fonction du chiffre d'affaires, pour l'adapter aux amendes prévues dans le cadre de la responsabilité pénale des entreprises (au maximum 5 millions de francs) saperait totalement l'effet préventif de la loi. Pour les grandes entreprises, la faiblesse des amendes encourues serait souvent sans commune mesure avec la rentabilité des ententes cartellaires. La conception actuelle de la sanction des entreprises selon l'art. 49a LCart sert également, dans une large mesure, à faire en sorte que l'infraction à la LCart ne vaille pas la peine pour l'entreprise, puisqu'en plus de l'élément de sanction, la rente cartellaire (existant en pratique mais généralement difficile à calculer) est perdue.
- En Suisse, les **sanctions à l'encontre des entreprises en matière de cartels sont une chose nouvelle, contrairement à ce qui est le cas dans de nombreux autres pays**. La mise en place de sanctions pénales à l'encontre de personnes physiques devrait être précédée d'une pratique éprouvée en matière de droit administratif¹⁷.
- La sanctionnabilité des personnes physiques entraîne un **conflit de loyauté** qui risque d'être au détriment des entreprises ainsi que de ses propriétaires et collaborateurs. Un dirigeant qui s'est rendu personnellement coupable ou se voit même seulement adresser un reproche en ce sens n'est plus en mesure de prendre de manière impartiale la meilleure décision qui soit pour l'entreprise (p. ex. le dépôt d'une autodénonciation). Pour se décharger dans le cadre de la procédure pénale qui le concerne, il pourrait être incité à repousser la faute sur son employeur ou d'autres organes/collaborateurs, tandis que l'entreprise, elle, tenterait de faire porter la responsabilité au collaborateur. Le conflit d'intérêts compromet en outre directement l'application efficace du droit des cartels si, pour bénéficier d'une sanction réduite,

¹⁷ Cf. Baudenbacher (2009).

l'entreprise souhaite dénoncer elle-même aux autorités de la concurrence l'infraction au droit des cartels, mais que pour ce faire elle dépend des connaissances et de la collaboration des collaborateurs qui pourraient de ce fait risquer une poursuite pénale. Or c'est justement pour la mise au jour des cartels horizontaux durs, soit les infractions les plus nuisibles, que le régime de clémence en place est indispensable.

- Enfin, il faut aussi se demander si l'incitation à la dénonciation réciproque entre collaborateurs ou entre entreprises et collaborateurs n'entraînerait pas un **climat de méfiance généralisé** qui risquerait de compromettre l'activité commerciale de l'entreprise donnée même dans les cas où une enquête serait menée sans qu'un tribunal ne constate finalement d'infraction au droit des cartels.

Variante 2 Administration

- Un inconvénient supplémentaire de cet variante tient au fait qu'un service de l'administration fédérale (le Département ou son Secrétariat général) serait responsable de l'enquête et de la poursuite de l'infraction au droit des cartels, si bien que la sanction potentielle de l'auteur **serait en outre assortie d'un caractère politique, ce qui avait sciemment été évité par le passé**. Indépendamment de la réalité, le grand public aurait alors l'impression que les procédures pénales en matière de cartels sont menées par des entités politiques. Cette perception serait diamétralement opposée à l'objectif recherché dans la procédure de consultation en cours, à savoir l'indépendance de l'autorité décisionnaire dans les procédures liées aux cartels, et serait également mal comprise à l'étranger.

Variante 3 Autorité de la concurrence

- La variante *Autorité de la concurrence* entraîne une grande **concentration du pouvoir** au sein d'une seule autorité. C'est pourquoi une idée de réforme allant dans le même sens pour la surveillance des marchés financiers a été jugée peu souhaitable sur le plan politique et incompatible avec la tradition juridique suisse.
- Si, comme c'est le cas dans la variante *Autorité de la concurrence*, une même procédure s'applique à la fois aux entreprises et aux personnes physiques, le nombre de parties à la procédure augmente rapidement. Les procédures risquent donc d'être prolongées, voire de s'enliser, d'autant plus que, contrairement aux scénarios *Ministère public de la Confédération* et *Administration*, la procédure devrait également être menée selon les principes du droit pénal à l'encontre des entreprises.
- Dans la variante *Autorité de la concurrence*, l'application du droit de procédure pénal est également nécessaire à l'encontre des entreprises, ce qui est peu judicieux, car l'application du droit des cartels comprend en premier lieu des aspects formateurs (rétablissement d'une concurrence efficace), que les procédures administratives sont mieux à même de prendre en compte.¹⁸ Dans la variante 3, la procédure unique aurait par ailleurs la conséquence négative, selon le cadre institutionnel de lege lata, que les procédures à l'encontre des entreprises (menées parallèlement à celles à l'encontre de personnes physiques) seraient menées par le biais du Ministère public de la Confédération et le Tribunal pénal fédéral.

Variante 4 Mesures administratives

- La limite à des mesures de droit administratif (interdiction de pratiquer et confiscation des avantages) permettrait une intégration au système actuel dans la mesure où cette évolution pourrait se greffer sur la pratique procédurale actuelle. Les mesu-

¹⁸ Cf. D.3.

res administratives pourraient s'inspirer des dispositions existantes, par exemple celles de la LFINMA. Retenons toutefois que les instruments similaires prévus par la LFINMA n'ont, dans la pratique de la FINMA, pas encore réellement pu déployer leurs effets.

- Il ne faut donc pas placer de trop grandes attentes dans ces instruments. Cela vaut notamment pour la confiscation des avantages, puisqu'il est souvent difficile d'évaluer l'«avantage» perçu par le collaborateur grâce à l'infraction à la concurrence, et qu'il est donc d'autant plus improbable de pouvoir le chiffrer précisément. Il est en outre difficile d'évaluer à quel point les personnes physiques à l'encontre desquelles des mesures doivent être prises peuvent faire traîner en longueur la procédure dirigée contre l'entreprise en déposant des motions de procédure.



D.5 Résumé sous forme de tableau de l'évaluation (par rapport au statu quo)

| Variante: Critère: | Sanctions pénales par le MPC (variante 1) | Sanctions pénales par l'administration (variante 2) | Sanctions pénales par l'Autorité de la concurrence (variante 3) | Mesures administratives par l'Autorité de la concurrence (variante 4) |
|---|--|--|--|---|
| Effet préventif¹⁹ | <ul style="list-style-type: none"> - Effet positif sur la dissuasion et la conformité - Faible niveau de sanction attendu des tribunaux <i>Evaluation: légèrement positive</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Effet positif sur la dissuasion et la conformité - Faible niveau de sanction attendu des tribunaux <i>Evaluation: légèrement positive</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Effet positif sur la dissuasion et la conformité - Faible niveau de sanction attendu des tribunaux <i>Evaluation: légèrement positive</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Effet légèrement positif sur la dissuasion et la conformité - Mise en œuvre compliquée (calcul des avantages, notamment) <i>Evaluation: légèrement positive</i> |
| Compatibilité avec le régime de clémence (entreprises) | <ul style="list-style-type: none"> - Si aucun programme de clémence pour les personnes physiques responsables <i>Evaluation: très négative</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Si l'Autorité de la concurrence ne détient pas le monopole de la dénonciation <i>Evaluation: très négative</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Si l'Autorité de la concurrence ne détient pas le monopole de la dénonciation <i>Evaluation: très négative</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Maintien possible du régime de clémence <i>Evaluation: neutre</i> |
| Durée et coût de la procédure | <ul style="list-style-type: none"> - Très forte augmentation des ressources financières et humaines nécessaires (pour les entreprises, les personnes physiques et les autorités) - Longue durée de la procédure - Mécanisme simple - Procédures parallèles et indépendantes contre les entreprises et contre les personnes physiques (mais risque de décisions divergentes) - Mise en place d'un service au MPC <i>Evaluation: négative</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Très forte augmentation des ressources financières et humaines nécessaires (pour les entreprises, les personnes physiques et les autorités) - Longue durée de la procédure - Mécanisme compliqué - Procédures parallèles et indépendantes contre les entreprises et contre les personnes physiques (mais risque de décisions divergentes) - Mise en place d'un service au DFE - Selon les circonstances, faible besoin de coordination <i>Evaluation: très négative</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Très forte augmentation des ressources financières et humaines nécessaires (pour les entreprises, les personnes physiques et les autorités) - Longue durée de la procédure - Mécanisme simple - Grand nombre de participants à la procédure (qui est unique) <i>Evaluation: très négative</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Augmentation limitée des ressources financières et humaines nécessaires (pour les entreprises, les personnes physiques et les autorités) - Selon les circonstances, ajournement de la procédure à la suite de requêtes de personnes physiques - Mécanisme simple <i>Evaluation: légèrement négative</i> |
| Intégration dans le système actuel | <ul style="list-style-type: none"> - L'Cart pas conçue pour sanctionner les personnes physiques - Introduction prématurée: la pratique des sanctions à l'encontre des entreprises est elle-même relativement récente - Conflits de loyauté, rupture de confiance - Maintien de l'application de la PA à l'encontre des entreprises <i>Evaluation: légèrement négative</i> | <ul style="list-style-type: none"> - L'Cart pas conçue pour sanctionner les personnes physiques - Introduction prématurée: la pratique des sanctions à l'encontre des entreprises est elle-même relativement récente - Conflits de loyauté, rupture de confiance - Maintien de l'application de la PA à l'encontre des entreprises - Introduction d'une composante politique supplémentaire dans la procédure, notamment à l'encontre de personnes physiques <i>Evaluation: négative</i> | <ul style="list-style-type: none"> - L'Cart pas conçue pour sanctionner les personnes physiques - Introduction prématurée: la pratique des sanctions à l'encontre des entreprises est elle-même relativement récente - Conflits de loyauté, rupture de confiance - Remaniement complet de la procédure dû à l'extension de l'application du droit de procédure pénale aux entreprises - Concentration du pouvoir au sein de l'autorité <i>Evaluation: très négative</i> | <ul style="list-style-type: none"> - Maintien de l'application de la PA à l'encontre des entreprises - Instrument de la confiscation dans la LFINMA sans grands effets <i>Evaluation: légèrement négative</i> |
| Eval. globale | Négative | Clairement négative | Très clairement négative | Légèrement négative |

¹⁹ Pour que les sanctions pénales contre les personnes physiques contribuent à accroître l'effet préventif de la loi, il faut qu'elles soient **cumulées** aux sanctions actuelles contre les entreprises. C'est là l'hypothèse admise pour l'appréciation figurant dans le tableau. **Dans le cas contraire**, l'appréciation de l'**effet préventif** serait **très clairement négative** pour toutes les variantes.

E Synthèse

Le Conseil fédéral partage, s'agissant de la première partie de la motion Schweiger, l'avis du Conseil national et la CER-E selon lequel **les entreprises qui consentent de sérieux efforts en matière de conformité devraient bénéficier d'une atténuation de la sanction**. Or la LCart dans sa version actuelle permet déjà de prendre en compte les programmes de conformité.

Comme l'ont montré les recherches effectuées jusqu'ici, l'introduction, dans le droit des cartels, de sanctions pénales applicables aux personnes physiques – dont l'utilité est difficile à évaluer – entraînerait sans aucun doute, aussi bien pour les autorités que pour les entreprises, leurs dirigeants et leurs employés, une forte augmentation de la charge de travail et des coûts, notamment parce qu'elle rendrait les procédures plus longues et plus compliquées. A ce stade de la réflexion, une appréciation des avantages et des inconvénients **valide la position actuelle du Conseil fédéral, qui propose de rejeter la motion**.

Toutes les variantes de mise en œuvre examinées doivent globalement être jugées négatives en raison de la prépondérance des inconvénients. Dans le pire des cas, non seulement la nouvelle réglementation restera un tigre de papier, mais elle rendra aussi les procédures administratives à l'encontre des entreprises plus difficiles voire impossibles et risque en définitive de prêter l'application d'un droit des cartels efficace et, partant, d'empêcher le jeu de la concurrence. Cela serait d'autant plus vrai si le régime de clémence n'était pas étendu aux personnes physiques.

Pour le DFE, il est clair que **la procédure à l'encontre des entreprises doit continuer de se fonder sur la PA**. La PA sert avant tout à clarifier s'il existe une restriction illicite qui supprime la concurrence ou l'affecte de manière notable et qui n'est pas justifiée. En ce cas, la conséquence juridique est l'obligation officielle faite à l'entreprise de supprimer la restriction à la concurrence. L'applicabilité de la PA est largement éprouvée et tout à fait appropriée pour remplir cet objectif principal de la LCart. Les droits de procédure à disposition (PA, loi fédérale sur le droit pénal administratif [DPA] ou code de procédure pénale [CPP]) ne conviennent pas parfaitement à l'étape de sanction limitée aux cas énumérés à l'art. 5, al. 3 et 4, et à l'art. 7 LCart et faisant partie intégrante de la procédure. La conduite uniforme de la procédure et, ce faisant, l'application générale de la PA – sans pour autant négliger les prescriptions de rang supérieur sur la protection des parties (en particulier la Convention européenne des droits de l'homme [CEDH] et la Constitution [Cst.]) – à l'ensemble de la procédure en matière de cartels (y c. les sanctions) se sont pourtant révélées praticables et appropriées par le passé, et font, à l'usage, l'objet de très peu de critiques. La réforme institutionnelle actuellement en consultation renforce encore l'Etat de droit des procédures menées en vertu de la PA. A l'avenir, l'appréciation sera confiée à un tribunal et non, comme c'est le cas dans une procédure administrative, portée devant une commission décisionnelle au sein de laquelle siègent, de surcroît, des représentants de groupes d'intérêts.

Une réforme approfondie du régime des sanctions de la LCart n'est pas indiquée. En particulier, **passer au modèle de la punissabilité des entreprises selon le code pénal (CP) ne serait pas une solution adéquate**, car ce modèle présuppose – contrairement à la LCart – la responsabilité primaire des personnes physiques et ne prévoit, pour l'entreprise, une sanction subsidiaire, au demeurant restreinte, que si le délit ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise ou si l'entreprise n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction (art. 102 CP). Or, dans le droit des cartels, l'entreprise n'est pas sanctionnée pour une simple omission, mais pour sa participation active à une restriction illicite de la concurrence. C'est en règle générale l'entreprise (et, par conséquent, non pas quelques individus, mais plutôt un grand nombre de propriétaires et de collaborateurs) qui est le premier bénéficiaire de la rente cartellaire et qui cause le dommage qui en découle

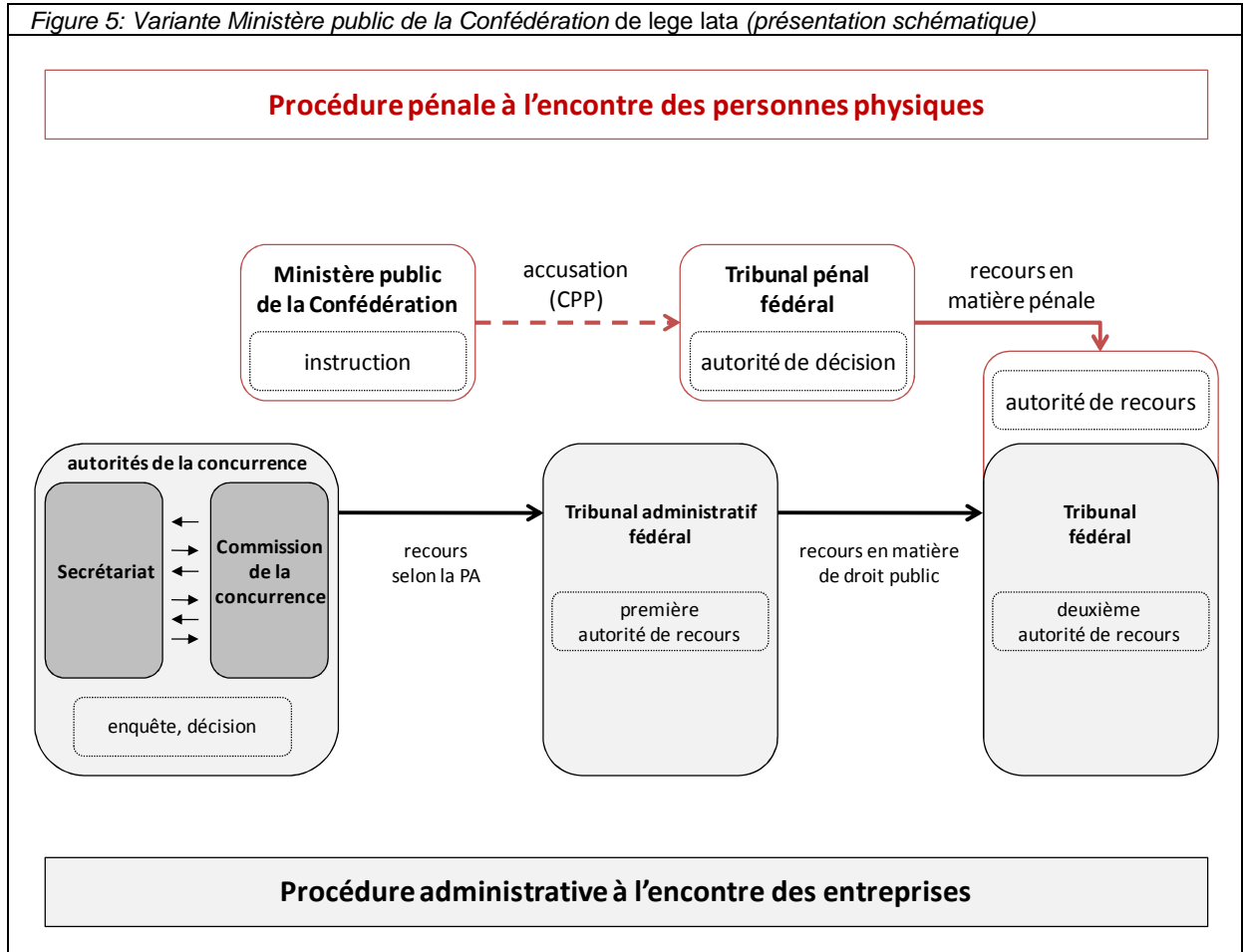
pour l'économie en général, et les entreprises concurrentes et les consommateurs en particulier. Par ailleurs, ramener les sanctions actuelles proportionnelles au chiffre d'affaires au niveau des amendes maximales prévues dans les dispositions sur la punissabilité des entreprises, lesquelles n'ont aucun rapport avec la rente cartellaire, serait désastreux au regard de l'effet préventif de la loi.

Au vu de ce qui précède, il convient de rejeter l'introduction, dans le droit des cartels, de sanctions pénales applicables aux personnes physiques. Si les personnes physiques devaient néanmoins supporter des conséquences personnelles pour les infractions au droit des cartels dont elles se sont rendues coupables, ce serait plutôt à l'entreprise de prendre les mesures nécessaires (licenciement, blâme, réduction de salaire, etc., ce que le droit en vigueur permet déjà). Parmi les possibilités qui ont été examinées ici, l'adoption de mesures administratives (confiscation des avantages et interdiction de pratiquer) à l'encontre des personnes physiques serait clairement la solution la moins dommageable. Même s'il est difficile d'estimer l'intérêt que de telles mesures sont susceptibles d'offrir, elles semblent néanmoins représenter, pour le régime de concurrence efficace qui est en place, un risque potentiel plus faible que les sanctions pénales.

F Annexe: présentation schématique des variantes reposant sur les institutions actuelles

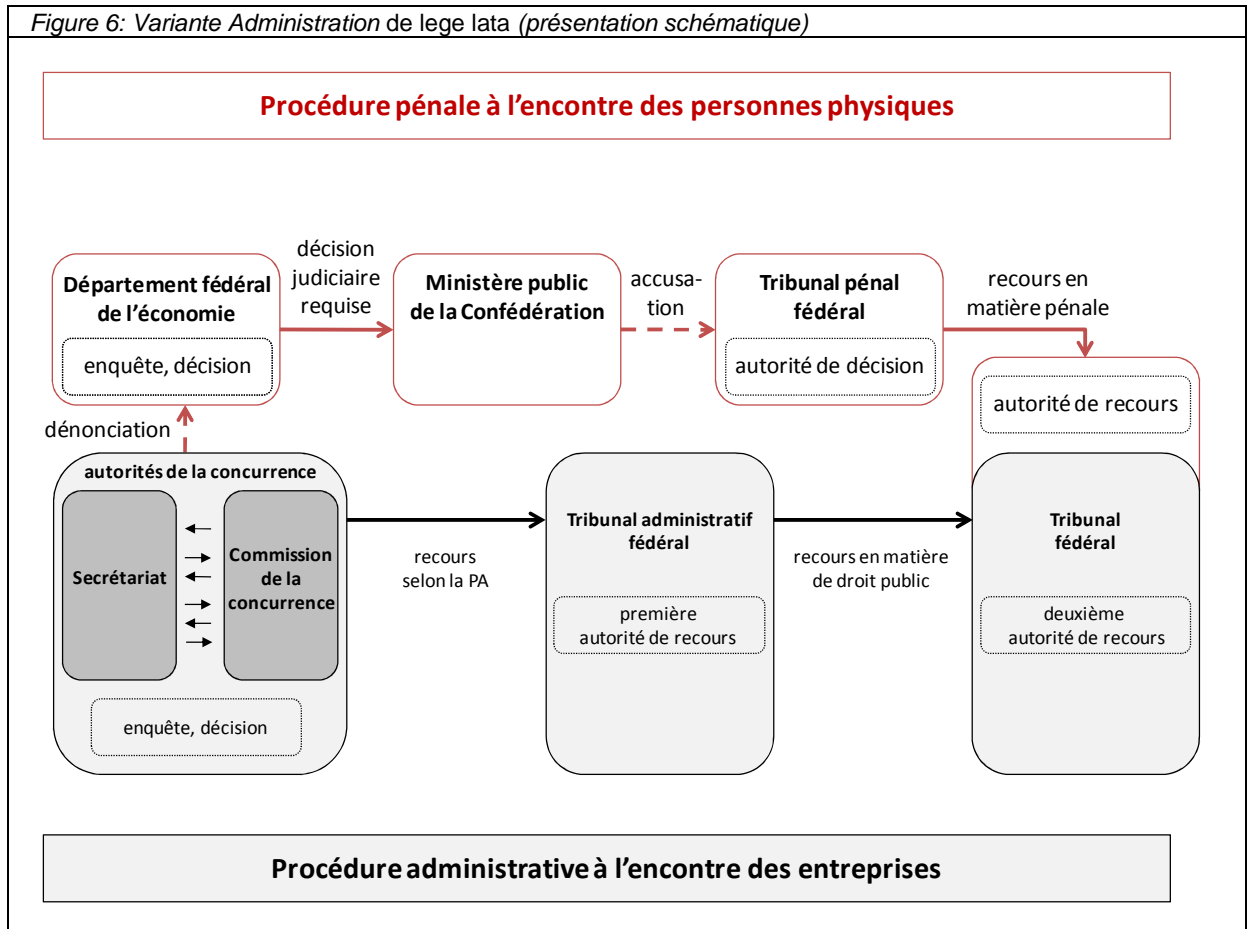
F.1 Variante Ministère public de la Confédération

Figure 5: Variante Ministère public de la Confédération de lege lata (présentation schématique)



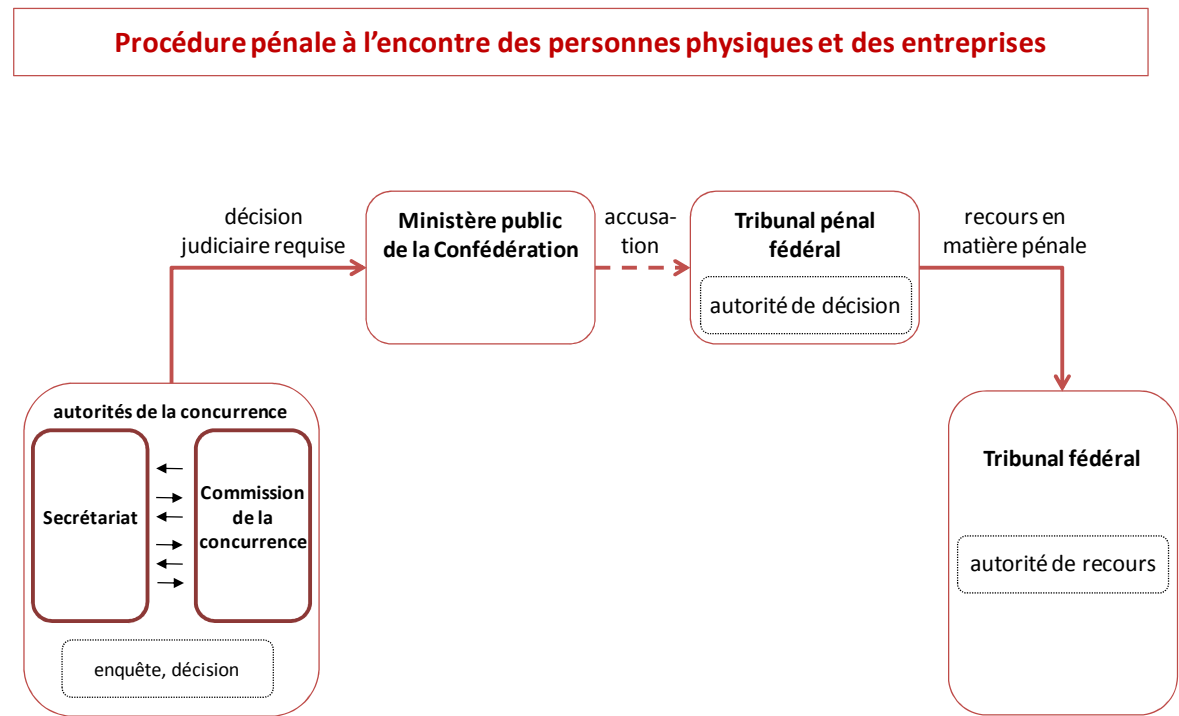
F.2 Variante Administration

Figure 6: Variante Administration de lege lata (présentation schématique)



F.3 Variante Autorité de la concurrence

Figure 7: Variante Autorité de la concurrence de lege lata (présentation schématique)*



* Cette variante ne devrait pas être applicable tant que des représentants de groupes d'intérêts siègent à la Commission de la concurrence (cf. sect. B.4)

F.4 Variante Mesures administratives

Figure 8: Variante Mesures administratives de lege lata (présentation schématique)

