

**Rapport explicatif
relatif à la modification de la loi fédérale sur les cartels et
autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels,
LCart)**

**Partie 2 : Mise en œuvre de la motion Schweiger (07.3856) :
Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le
rendre plus efficace**

Condensé

Le 30 juin 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de révision de la loi sur les cartels (LCart). Dans la lettre adressée aux participants à la consultation, il a annoncé qu'il ouvrirait rapidement une seconde consultation relative à la LCart en cas d'adoption de la motion Schweiger (07.3856) : "Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace". La seconde consultation présentée ici concrétise cette annonce et constitue un complément à la première consultation, achevée fin novembre 2010.

La motion Schweiger demande que les entreprises appliquant un programme répondant à des exigences élevées en matière d'observation des dispositions du droit des cartels bénéficient d'une réduction des sanctions administratives. Afin de renforcer les efforts des entreprises en matière de conformité à la loi (compliance), des sanctions pénales doivent également être introduites dans la LCart à l'encontre des personnes physiques ayant participé activement à des accords cartellaires avec des concurrents.

L'adaptation de l'article 49a LCart permet de mettre en œuvre la première exigence de la motion Schweiger, à savoir la prise en compte des programmes de conformité pour réduire la sanction. Cette disposition prévoit désormais que les mesures adaptées à l'activité commerciale et à la branche concernées et destinées à lutter contre les infractions à la législation sur les cartels amènent une réduction de la sanction si les entreprises démontrent qu'elles ont pris de telles mesures à même de prévenir efficacement les infractions.

La mise en œuvre de la seconde exigence de la motion, à savoir l'introduction de sanctions à l'encontre des personnes physiques, est en comparaison sensiblement plus délicate. Il existe à cet égard plusieurs possibilités de mise en œuvre ; le projet mis en consultation en propose deux.

La première variante de mise en œuvre, privilégiée par le Conseil fédéral, prévoit la possibilité d'édicter à l'avenir des mesures administratives applicables aux personnes ayant participé à des infractions au droit des cartels au sein des entreprises. Celles-ci consistent d'une part à restreindre ou interdire pendant une durée limitée l'exercice d'une activité professionnelle dans les sociétés ayant pris part à l'accord cartellaire. D'autre part, elles permettent de confisquer certains éléments de la rémunération, tels que les bonus, réalisés grâce à l'accord cartellaire.

Conformément à la réglementation institutionnelle proposée dans le cadre de la consultation du 30 juin 2010, l'Autorité de la concurrence mène une procédure administrative contre l'entreprise et les collaborateurs responsables. Le Tribunal fédéral de la concurrence se prononce sur les conséquences d'une telle procédure le plus souvent en même temps.

La seconde variante de mise en œuvre interprète la motion Schweiger à la lettre et prévoit des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques ayant participé à des accords cartellaires avec des concurrents. Les peines encourues sont une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté de trois ans au plus.

La variante B, intitulée "Sanctions pénales", prévoit deux procédures indépendantes l'une de l'autre. L'enquête de l'Autorité de la concurrence, conclue par la décision

du Tribunal fédéral de la concurrence, est dirigée uniquement contre l'entreprise. La solution proposée prévoit, en revanche, que la procédure menée à l'encontre des employés responsables incombe au Ministère public de la Confédération et soit portée devant le Tribunal pénal fédéral pour une décision de première instance.

La variante B est plus conséquente sur le plan institutionnel puisqu'elle induit une procédure pénale parallèle à la procédure engagée contre l'entreprise. Cette double procédure se révèle incontournable, car il est décisif que l'autorité appelée à statuer puisse prononcer des mesures privatives de liberté. De telles procédures pénales ne peuvent être mises en œuvre dans le cadre du système institutionnel actuel.

La réforme institutionnelle détaillée dans la procédure de consultation du 30 juin 2010 sert ces deux variantes, car elle complète le régime actuel de première instance en introduisant les éléments nécessaires à une procédure pénale au sein d'au moins une instance (séparation entre autorité chargée de l'enquête et autorité de décision, aucun groupe d'intérêts représenté au sein de l'organe de décision).

En droit des cartels, le rétablissement de la concurrence et, dès lors, la correction du comportement de l'entreprise et la sanction dont celle-ci fait l'objet devraient demeurer au premier plan. La sanction des personnes physiques intervient à titre d'instrument complémentaire dans une procédure particulière en présence de types d'accords horizontaux spécialement nuisibles, c'est-à-dire d'accords fixant directement ou indirectement des prix, restreignant des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir, ou opérant une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux. Les ententes de soumission dans les appels d'offre tomberaient en particulier également sous le coup de la norme pénale à introduire dans la LCart.

D'autres options de mise en œuvre a priori envisageables ont été rejetées, notamment une solution inspirée du droit pénal administratif prévoyant une seule procédure menée simultanément à l'encontre des entreprises ayant passé un accord horizontal et des employés responsables. L'une des raisons en est qu'il ne serait pas judicieux de modifier le droit procédural pour une seule forme de comportement portant atteinte à la concurrence. Ce motif s'oppose notamment également à un changement en faveur du Code de procédure pénale pour la poursuite des entreprises.

Le projet mis en consultation prévoit par ailleurs les mesures nécessaires qui permettent, malgré l'introduction de sanctions à l'égard des personnes physiques, de ne pas affaiblir la portée du programme de clémence pour les entreprises dont le rôle en matière de lutte anticartellaire s'est révélé déterminant depuis son introduction en 2004. Il est impératif de prévoir un programme de clémence analogue pour les collaborateurs d'une entreprise si l'on veut éviter, dans le cas de la variante B, "Sanctions pénales", d'entraver lourdement la lutte contre les cartels horizontaux qui ont des effets particulièrement nuisibles.

Comme il l'a affirmé par le passé, le Conseil fédéral est opposé à la sanction des personnes physiques. Il se prononce dès lors contre la mise en œuvre tant de la variante A que de la variante B. Si la seconde partie de la motion devait également être mise en œuvre, le Conseil fédéral donnerait pour diverses raisons sa préférence à la variante A.

Table des matières

1	Grandes lignes du projet	6
1.1	Contexte	6
1.1.1	Motion Schweiger (07.3856) : Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions	
1.1.2	Position du Conseil fédéral	7
1.1.3	Transmission de la motion dans la version du Conseil national	8
1.1.4	Recherches pénales approfondies	8
1.1.5	Autres interventions parlementaires	10
1.1.6	Expériences faites à l'étranger	11
1.2	La nouvelle réglementation proposée	13
1.2.1	Aperçu	13
1.2.2	Réduction de la sanction en faveur des entreprises prenant des mesures de conformité	
1.2.3	Mesures administratives (variante A)	19
1.2.4	Sanctions pénales (variante B)	20
1.3	Rapport avec la consultation du 30 juin 2010	25
2	Commentaires des articles	28
2.1	Atténuation des sanctions en cas de programmes de conformité (<i>compliance</i>)	28
2.2	Variante A : Mesures administratives	29
2.3	Variante B : Sanctions pénales	35
3	Conséquences	49
3.1	Conséquences pour la Confédération	49
3.2	Conséquences pour les cantons	50
3.3	Conséquences pour l'économie	50
3.3.1	Nécessité d'une action de l'Etat	50
3.3.2	Conséquences pour les différents acteurs économiques	51

3.3.3	Conséquences générales pour l'économie	52
3.3.4	Autres réglementations possibles	53
3.3.5	Aspects pratiques de l'exécution	54
3.4	Autres conséquences	54
4	Lien avec le programme de la législature	54
Annexe		
5		5
	Initiative parlementaire Kaufmann (08.443) du 13.6.2008 : Amendes contre les cartels. Menace pour la viabilité des entreprises	
	Liste des abréviations et glossaire	57

1 **Grandes lignes du projet**

1.1 **Contexte**

1.1.1 **Motion Schweiger (07.3856) : Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace**

Le 20 décembre 2007, le conseiller aux Etats Schweiger a déposé, avec 33 cosignataires, la motion dont le texte est reproduit ci-après :

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 voire exemptées de toute sanction si elles satisfont aux conditions (à prévoir dans la loi). 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.

Il a motivé cette motion comme suit :

La loi sur les cartels prévoit des sanctions pour les entreprises qui participent à des ententes cartellaires. Or ces sanctions peuvent affecter dans une forte mesure le patrimoine des entreprises incriminées, sachant que le montant de l'amende à payer peut aller jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

Nombreuses sont les entreprises qui connaissent le risque résultant de ces sanctions et qui font tout pour prévenir les conséquences néfastes d'une sanction anticartellaire à l'aide de programmes ad hoc ("compliance programmes" ou programmes de conformité). Ces sanctions ne doivent donc pas être édictées sans un examen approfondi des responsabilités. Si l'entreprise a satisfait dans toute la mesure du possible à son devoir de vigilance par la mise en place et l'application de programmes de conformité, elle devrait pouvoir être mise hors de cause. A supposer qu'elle n'ait rempli que partiellement les exigences de conformité, l'amende devrait être réduite à un montant raisonnable.

Les programmes de conformité protègent également les entreprises des actes contrevenant à la législation sur les cartels commis par leurs dirigeants ou leurs employés. Toutefois, même les programmes les plus sophistiqués et exploités en permanence ne pourront empêcher à coup sûr un dirigeant ou un collaborateur malintentionné de contourner la loi. Il convient donc, pour que les dispositifs mis en œuvre par les entreprises ne restent pas sans effets, d'insérer dans la loi des dispositions réprimant les dirigeants et les employés qui contreviennent à la législation sur les cartels, à l'instar de ce que d'autres Etats comme les Etats-Unis, la Grande-Bretagne ou la Hollande ont déjà fait. La Suisse serait bien inspirée de suivre la tendance en la matière.

Grâce à ce dispositif les entreprises comme les personnes physiques pourront être rendues responsables des actes et des négligences qui sont sous leur contrôle ou

qu'elles peuvent influencer. Le nouveau droit pénal applicable aux entreprises s'inspire déjà d'un dispositif analogue, aux termes duquel les personnes physiques sont rendues responsables de leurs actes de même que les entreprises doivent répondre des actes de leurs dirigeants et de leurs employés dans la mesure où elles n'ont pas pris toutes les mesures organisationnelles de nature à les prévenir. Ce principe devrait également s'appliquer au dispositif des sanctions prévu par la loi sur les cartels, dont les amendes, de par leur ampleur, ont de facto un caractère pénal.

1.1.2 Position du Conseil fédéral

Dans sa prise de position, le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion et motivé son avis comme suit :

L'introduction des sanctions directes est l'un des éléments les plus importants de la révision de la loi sur les cartels (LCart) de 2003. D'après la réglementation de la loi en vigueur, il est possible de considérer, dans le cadre des articles 3 et 6 de l'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence, des programmes de conformité (et par conséquent comme atténuant la faute) comme des circonstances d'atténuation de la sanction, mais non pas comme des circonstances permettant de supprimer toute sanction.

Le Conseil fédéral a ajouté que la réalisation, dans un cas concret, d'une infraction à la LCart plaide d'elle-même en défaveur de l'efficacité d'un programme de conformité. La seule existence d'un tel programme ne doit donc pas suffire à justifier l'exemption de toute sanction ; celle-ci suppose au contraire un programme de conformité (*compliance*) qualifié, adapté à la branche et à la taille de l'entreprise concernée. La réduction de la sanction ne doit pas non plus être trop importante, car la possibilité d'obtenir une telle réduction en prouvant la mise en œuvre d'un programme de conformité diminuerait alors l'incitation à obtenir cette réduction par le biais du programme de clémence¹.

En ce qui concerne la poursuite pénale des personnes physiques, le Conseil fédéral a précisé² :

Indépendamment de la possibilité de disculpation, il serait en principe utile, du point de vue préventif, de pouvoir sanctionner de façon cumulative à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Les expériences de l'étranger montrent que la possibilité de sanctionner les personnes physiques augmente la dissuasion de former des cartels durs qui ont des conséquences nuisibles du point de vue économique et peut également avoir un effet positif sur l'utilisation du programme de clémence. Ainsi, au niveau international, on peut observer qu'il existe une tendance de sanctionner de façon directe les personnes physiques qui violent la LCart. Cette question

¹ Conformément à l'article 49a LCart, si l'entreprise coopère à la mise à jour et à la suppression de la restriction à la concurrence, il est possible de renoncer, en tout ou en partie, à une sanction.

² Les termes *personne physique* et *personne* sont utilisés ci-après comme des synonymes ; ils s'opposent à la notion d'*entreprise* au sens de l'article 2 LCart.

sera également thématisée dans le cadre de l'évaluation de la LCart en cours.

Le Conseil fédéral a toutefois souligné qu'il pourrait s'avérer difficile de prouver l'intention requise par le droit pénal chez l'employé responsable d'une entente cartellaire. Seule demeurerait alors la réduction de la sanction fondée sur le programme de conformité. L'introduction de sanctions pénales risque en outre d'entraîner la saisine de tribunaux pénaux et de compliquer ainsi les procédures cartellaires.

C'est précisément afin de clarifier de tels aspects que le Conseil fédéral a laissé entrevoir qu'il serait disposé, au cas où la motion serait adoptée en conseil prioritaire, à accepter en second conseil un mandat d'examen relatif à l'introduction dans le droit des cartels de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques.

1.1.3 Transmission de la motion dans la version du Conseil national

A l'origine, la motion demandait que les programmes de conformité satisfaisant au droit n'aboutissent pas seulement à une réduction de la sanction, mais même à l'exemption de toute peine moyennant la réalisation de certaines conditions à fixer dans la loi.

Le Conseil national a considéré qu'un tel assouplissement allait trop loin ; il a modifié la motion sur ce point et n'a prévu qu'une réduction de la sanction. Dès lors, le texte de la motion modifié par le Conseil national est le suivant :

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,... (le texte demeure inchangé pour le surplus).

Fin août 2010, suite à la motion d'ordre Schweiger des 21/22 juin 2010 relative à l'introduction dans le droit des cartels de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-E) a une nouvelle fois débattu la motion³. Elle a pu, pour ce faire, se baser sur un document de synthèse détaillé de l'administration⁴. Bien que le Département, tel que demandé initialement par le Conseil fédéral, ait à nouveau préconisé le rejet de la motion, la CER-E l'a une nouvelle fois adoptée. Le 21 septembre 2010, le Conseil des Etats a également transmis la motion telle que modifiée par le Conseil national.

1.1.4 Recherches pénales approfondies

L'introduction d'une réduction de la sanction en cas de mise en œuvre d'un programme de conformité satisfaisant au droit n'implique pas de grande contrainte

³ Motion d'ordre Schweiger, CER-E, séance des 21/22 juin 2010.

⁴ Cf. <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=fr>.

législative, et ce notamment en raison du fait que le droit en vigueur permet déjà une telle réduction. Il en va différemment de l'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques : les structures institutionnelles et procédurales ne sont pas adaptées, sous leur forme actuelle, à l'introduction de peines pécuniaires et de peines privatives de liberté à l'encontre des employés d'une entreprise qui contreviennent au droit des cartels. De nouvelles solutions sont nécessaires afin d'ancrer des sanctions à l'encontre des personnes physiques dans le déroulement actuel des procédures, qui aboutit à des sanctions administratives à l'encontre des entreprises, et ce sans compromettre l'efficacité des instruments actuels de mise en œuvre de la LCart.

Compte tenu de la transmission imminente de la motion Schweiger, le Département compétent a chargé, parallèlement à ses propres recherches, des experts en droit pénal de procéder, durant le premier trimestre 2010, à une expertise juridique qui a été prise en compte dans le présent projet mis en consultation. L'avis de droit résultant de ces clarifications, rédigé par les professeurs de droit pénal Günter Heine, de l'Université de Berne, et Robert Roth, de l'Université de Genève, peut être consulté sur le site Internet suivant : <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=fr>. Le professeur Heine a élaboré principalement les dispositions juridiques matérielles, tandis que le professeur Roth les dispositions juridiques procédurales.

Les experts insistent sur le fait qu'avec l'introduction de sanctions criminelles, il est nécessaire de garantir certaines conditions préalables, aussi bien sur les plans matériel que procédural. La réalisation de mesures administratives touchant gravement les personnes ne doit pas non plus être considérée comme un complément négligeable, puisque les normes déterminées dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) doivent être respectées.

Du point de vue des experts, il est déconcertant que le chapitre 6, premier paragraphe, sous le titre "Sanctions administratives", recense des conséquences juridiques disparates. En effet, il est certain que la sanction des entreprises implique une conséquence juridique de "nature administrative" également répressive, alors que les nouvelles mesures administratives doivent se caractériser uniquement par leur action purement préventive. Cette systématique affaiblit la variante A.

Selon l'avis des experts, la désignation "mesures administratives" suggère que les actions prises dans la variante A correspondent à l'orientation préventive des institutions en charge, mais n'évite nullement le risque que les procédures dirigées dans le cadre de ces mesures soient jugées comme des accusations en matière pénale au sens de l'article 6 CEDH. C'est pourquoi il est nécessaire d'accorder le droit à la personne contre laquelle l'instruction est dirigée de ne pas devoir contribuer à sa propre condamnation. Une précaution particulière est également indispensable vis-à-vis de la personne qui représente l'entreprise dans une procédure à l'encontre de cette même entreprise. Le représentant ne peut pas seulement se trouver en conflit entre ses propres intérêts et ceux de l'entreprise qu'il représente, mais il peut également se voir amené à faire des déclarations, dans le cadre de sa représentation, qui peuvent l'exposer à une mesure administrative. Cet argument sera exposé de manière plus détaillée plus bas, sous le chiffre 2.2. ("Coordination avec la poursuite dirigée contre l'entreprise").

Ces problèmes se posent naturellement aussi dans le cas de poursuites pénales. Dans le cadre de la variante B, les procédures et les autorités les dirigeant sont certes totalement séparées, ce qui atténue les risques mentionnés plus haut. Cependant, les risques n'en restent pas moins réels, compte tenu de l'obligation de coopération à laquelle ces autorités sont soumises (cf. notamment l'article 53b, alinéa 4, du projet).

Il est donc à craindre que, contrairement à l'objectif de la motion Schweiger, l'introduction de mesures administratives ou de sanctions pénales conduira à une diminution de l'efficacité des dispositions contre les cartels.

Deuxièmement, le programme de clémence reste problématique. Certes le code suisse de procédure pénale avec la procédure simplifiée a validé que des considérations d'opportunités et, avec elles, également des intérêts publics peuvent conduire à une exemption de sanctions, de manière similaire à ce qui est déjà prévu dans l'article 13 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA). Font partie de ces intérêts publics notamment les problèmes liés aux enquêtes dans le droit des cartels en général et le maintien de la garantie de l'efficacité d'une réglementation qui a fait ses preuves pour les sanctions des entreprises. Toutefois, il faut reconnaître que le caractère du droit pénal criminel évolue de manière insidieuse.

1.1.5 Autres interventions parlementaires

Le Parlement délibère actuellement de l'initiative parlementaire Kaufmann (08.443) : "Amendes contre les cartels. Menace pour la viabilité des entreprises" (cf. Annexe). Cette initiative préconise l'exemption de sanctions en cas de mise en œuvre de programmes de conformité et l'introduction simultanée de peines privatives de liberté à l'encontre des employés fautifs ayant intentionnellement pris part à des accords cartellaires au sens de l'article 5, alinéa 3, si les entreprises impliquées représentent au total une part de marché supérieure à 30 pour cent. En exigeant l'exemption de sanction, elle va plus loin que la motion Schweiger sous la forme transmise. Le 30 mars 2010, la CER-E a décidé de ne pas donner suite à cette initiative parlementaire pour le moment⁵. Le Conseil national délibérera en plenum de cet objet, ce qui n'a pas encore eu lieu.

La motion de Buman (10.3302) : "Pour une véritable concurrence et des prix plus bas", elle aussi pendante, demande entre autres une sanction des personnes physiques, pourtant sous réserve que les effets secondaires indésirables sur les autres instruments du droit des cartels soient évités. Par déclaration du 4 juin 2010, le Conseil fédéral a proposé d'accepter la motion. Elle n'a pas encore été traitée en plenum du Conseil prioritaire.

⁵ Etant donné que la motion Schweiger charge déjà le Conseil fédéral de préparer un projet de loi, la CER-E a considéré qu'une initiative parlementaire était dès lors inutile ; cf. communiqué de presse CER-E du 31 mars 2010, qui peut être consulté sur le site Internet <http://www.parlament.ch/f/mm/2010/pages/mm-wak-s-2010-03-31.aspx>.

1.1.6 Expériences faites à l'étranger

A l'échelle mondiale, les comportements contraires au droit des cartels sont sanctionnés de manière hétérogène. Tandis que dans la plupart des Etats européens, le droit des cartels est mis en œuvre par le biais de procédures et de mécanismes de sanctions administratifs, les Etats-Unis par exemple prévoient une application du droit des cartels fortement marquée par le droit privé, ainsi que la possibilité d'infliger des sanctions criminelles aux personnes physiques. Bien que certains Etats membres de l'Union européenne (UE) connaissent ou à tout le moins envisagent des sanctions pénales contre les personnes physiques en cas d'infractions au droit des cartels, les ordres juridiques européens en la matière visent en principe avant tout les entreprises et non les individus. Une telle approche se reflète également dans le droit de la concurrence suisse en vigueur.

En particulier aux Etats-Unis, la poursuite pénale des individus connaît une longue tradition, car le *Sherman Act* de 1890 prévoyait déjà la possibilité d'infliger des peines pécuniaires et des peines privatives de liberté, tant en cas de violations de l'interdiction de conclure des accords illicites en matière de concurrence (Section 1 *Sherman Act*), qu'en cas de monopolisation illicite (Section 2 *Sherman Act*). Aux Etats-Unis, des sanctions pénales sont prononcées à l'encontre des personnes physiques avant tout en cas de cartels durs (essentiellement les cartels relatifs aux prix et les ententes relatives à la passation d'un marché sur adjudication), étant précisé que les personnes physiques encourent des peines pécuniaires allant jusqu'à un million de dollars et des peines privatives de liberté de dix ans au plus⁶. Néanmoins, conformément à la réglementation du témoin de la Couronne, il n'y a pas de mise en accusation si les conditions prévues dans la Communication sur la clémence sont réalisées (cf. Section 2 *Clayton Act*). Les condamnations de dirigeants pour comportements contraires au droit des cartels n'ont toutefois rien d'exceptionnel aux Etats-Unis.

Il en va différemment dans l'espace juridique européen marqué par l'influence anglo-saxonne. Il est vrai que la possibilité d'infliger des sanctions pénales à l'égard d'individus ayant pris part à des cartels durs ou étant responsables de tels cartels existe en Grande-Bretagne⁷ et en Irlande⁸ (peines pécuniaires d'un montant illimité, respectivement de 4 millions d'euros, et peines privatives de liberté d'une durée allant jusqu'à cinq ans). L'importance pratique des sanctions à l'encontre des personnes physiques est cependant à ce jour relativement faible dans ces deux Etats. On peut relever qu'en Grande-Bretagne, la réglementation du témoin de la Couronne permet d'accorder l'immunité pénale.

Parmi les Etats influencés par la tradition juridique d'Europe continentale, la France punit les personnes physiques ayant pris part à des ententes contraires au droit des

⁶ Depuis le *Criminal Fine Enforcement Act* de 1984, il existe la possibilité de fixer une peine pécuniaire maximale fixée soit au double du gain réalisé par l'auteur, soit au double du dommage ; cf. Section 3571 (d) *United States Code Title 18 (Crimes and Criminal Procedures)*.

⁷ Cf. *Enterprise Act* 2002, qui a introduit la sanction pénale des comportements contraires au droit des cartels.

⁸ Cf. en particulier Section 8 *Competition Act* 2002.

cartels ou ayant abusé d'une position dominante sur le marché d'une peine privative de liberté de quatre ans au plus et d'une amende de 75'000 euros au plus⁹. Comme en droit britannique, l'auteur doit avoir exercé une influence sur l'infraction au droit des cartels à des fins frauduleuses, cette notion étant toutefois définie selon des critères très stricts. Il s'ensuit que les sanctions pénales ne revêtent qu'une importance secondaire en droit français des cartels. Par ailleurs, dans l'UE, l'Estonie, la République slovaque et Chypre connaissent des infractions pénales susceptibles d'entraîner des peines privatives de liberté¹⁰.

L'Allemagne, en revanche, ne connaît pas d'infractions pénales définies de manière large liées à la concurrence. Comme en Autriche et en Hongrie, seules les ententes relatives à la passation d'un marché sur adjudication sont susceptibles de sanctions, et ce d'une part sur la base du § 298 du *Strafgesetzbuch* (StGB) prévoyant une peine privative de liberté de cinq ans au plus et une peine pécuniaire, et d'autre part par le biais de la disposition générale relative à l'escroquerie (§ 263 StGB). Chaque année, des soumissionnaires sont condamnés. Pour toutes les autres infractions au droit des cartels, tant les entreprises que les individus responsables peuvent néanmoins se voir infliger en Allemagne des amendes pour inobservation de prescriptions d'ordre.

En Belgique, l'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques a été débattue récemment. Une recommandation de la Commission belge de la concurrence de 2010 relève diverses difficultés à cet égard, notamment en ce qui concerne l'échange d'informations et le fait que le juge pénal soit lié par les décisions de droit administratif en matière de cartels. La Commission a notamment constaté que les mesures de droit administratif, telle que l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, sont souvent plus judicieuses et plus pertinentes que les sanctions pénales¹¹. Les Pays-Bas ont même abrogé les sanctions pénales en 1997. Ils ont cependant réintroduit une composante pénale le 1^{er} octobre 2009 en ce sens que les personnes physiques donnant des instructions relatives à un cartel ou assumant de facto une position dirigeante à cet égard peuvent être sanctionnées. L'Autriche a dépénalisé les comportements illicites en matière de droit des cartels en 2002, sous réserve des ententes relatives à la passation d'un marché sur adjudication. Au Luxembourg, les sanctions pénales du droit des cartels aménagées en infractions de désobéissance ont été abrogées en 2004¹².

Enfin, le droit européen ne prévoit pas de sanctions pénales ou administratives à l'encontre des individus responsables : conformément à l'article 23 du Règlement 1/2003, seules les entreprises peuvent se voir infliger une amende. L'exception

⁹ Art. L420-6 Code de commerce.

¹⁰ En 2005, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) s'est toutefois prononcée en faveur d'une pénalisation des infractions les plus graves au droit des cartels par le biais de peines privatives de liberté (OCDE, *Hard Core Cartels, Third Report*, 2005, 26 ss, 39 s.).

¹¹ COMMISSIE VOOR DE MEDEDINGING/COMMISSION DE LA CONCURRENCE, Avis sur l'introduction de sanctions pénales dans le droit belge de la concurrence (CCE 2010-0233 DEF MED), 04.02.2010, qu'il est possible de consulter sur le site Internet <http://www.ccecrb.fgov.be/txt/fr/doc10-233.pdf>.

¹² Voir à ce sujet le bilan dressé par Heinemann Andreas, "Kriminalstrafrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht?", in Kunz Peter V., Herren Dorothea, Cottier Thomas, Matteotti René (éd.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Von Büren Roland*, Bâle 2009, 587-624.

prévoyant la possibilité de sanctionner une personne physique réalisant les conditions légales liées aux caractéristiques d'entreprise est demeurée dénuée de portée à ce jour. Le droit européen ne donne actuellement aucun signe précurseur d'une introduction générale de sanctions administratives ou pénales à l'encontre des personnes physiques¹³. Cela s'explique essentiellement par le fait que l'UE n'a elle-même aucune compétence en matière de droit pénal. Il est théoriquement possible, mais dénué de toute portée, qu'au niveau national des procédures dirigées contre des personnes physiques se rajoutent dans les Etats connaissant des sanctions pénales à l'encontre des employés responsables.

En résumé, force est de constater qu'à l'exception des Etats-Unis, où les sanctions pénales du droit des cartels à l'encontre des personnes physiques constituent un élément central et performant du système des sanctions, la situation est hétérogène. S'il est vrai qu'en Europe certains Etats connaissent de telles sanctions, ils les soumettent toutefois à des exigences élevées ou sont confrontés à des difficultés lorsqu'il s'agit de les mettre en œuvre, de sorte que la portée pratique de la punissabilité des individus pour des comportements contraires au droit des cartels y est faible. Enfin, dans certains Etats, on observe également une dépenalisation du droit des cartels. On ne discerne également aucune volonté de pénaliser le droit des cartels au niveau de l'UE. Il n'existe dès lors en Europe ni tendance uniforme en matière de sanction des personnes physiques, ni pratique exploitable pour la présente consultation dans les pays européens qui connaissent de telles sanctions pénales.

1.2 La nouvelle réglementation proposée

1.2.1 Aperçu

Les variantes de mise en œuvre de la motion Schweiger proposées ici sont assorties de deux prémisses issues des débats parlementaires relatifs à la motion : premièrement, la poursuite des entreprises doit demeurer prioritaire en dépit de l'introduction de sanctions à l'encontre des personnes physiques ; deuxièmement, les instruments de mise en œuvre du droit des cartels ne doivent pas être affaiblis par une telle introduction, étant précisé qu'il s'agit bien plus de compléter, dans la mesure du possible, les instruments existants et de renforcer ainsi les effets (préventifs) de la loi. Le but est donc de sanctionner cumulativement les entreprises et les personnes. L'efficacité du programme de clémence doit, elle aussi, être préservée.

Ces prémisses à la mise en œuvre de la motion doivent aussi être considérées à la lumière de l'évolution de la LCart. L'entrée en vigueur de cette loi, révisée en 1996, a doté la Suisse des instruments de politique de la concurrence permettant de lutter efficacement contre les effets économiques dommageables des cartels et d'autres restrictions à la concurrence. La codification de comportements présumés supprimer la concurrence efficace, et qu'il convient dès lors d'interdire en règle générale (légi-

¹³ Cf. Baudenbacher Carl, *Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individual-sanktionen – Private Enforcement*, 118, et la référence à Lowe Philip, "Preventing and Sanctioning Anticompetitive Conduct: Effective Use of Administrative and Criminal Sanctions, Leniency: and Private Action in the EU", in Barry Hawk, *International Antitrust Law & Policy* (2007), 96.

slation sur les abus), a considérablement rapproché la loi sur les cartels suisse des modèles internationaux. L'inconvénient pratique résidait cependant dans l'absence, à l'époque, de possibilité de prononcer des sanctions directes en cas de restrictions illicites à la concurrence. La première infraction au droit des cartels demeurait donc impunie, même si elle était a priori identifiable en tant que telle. Cette lacune a été comblée par la révision de 2003 (entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004). L'effet préventif de la loi en vigueur a été renforcé par l'introduction de sanctions directes à l'encontre des entreprises. La conception actuelle du droit des cartels ne se fonde pas – conformément à la tradition juridique européenne – sur la punissabilité des personnes physiques, mais vise essentiellement les entreprises qui se comportent de manière illicite : ceci, d'une part, en les obligeant à renoncer à un comportement constaté dommageable pour la concurrence et, d'autre part, en leur infligeant dans certains cas une sanction.

Ce concept fondamental de la LCart et les nouveaux instruments introduits par la révision de 2003 ont incontestablement fait leurs preuves. Tel est en tout cas le bilan dressé par le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels en vue de l'évaluation fondée sur l'article 59a LCart (rapport de synthèse du 5 décembre 2008 adressé au DFE¹⁴), qui fut confirmé dans le rapport d'évaluation de la LCart approuvé par le Conseil fédéral et fondé sur l'article 59a et les propositions du 25 mars 2009. Les nouveaux instruments de la loi sur les cartels révisée (sanctions directes, programme de clémence, perquisitions domiciliaires, procédure d'opposition) contribuent à prévenir, respectivement à mettre au jour, des restrictions à la concurrence, ainsi qu'à encourager la concurrence. L'effet préventif renforcé de la LCart a en outre abouti à une diffusion plus large des programmes de conformité antitrust. Au vu de ces considérations, le concept de 2003 doit être maintenu dans le cadre de la présente évolution en ce qui concerne la punissabilité des entreprises.

Le principe de la réduction de la sanction en présence d'un programme de conformité répondant à des exigences élevées, comme le propose la motion Schweiger dans la version transmise, s'intègre dans ce concept. Ce qu'il était déjà possible, jusqu'ici, de mettre en œuvre en raison de la formulation ouverte de l'ordonnance sur les sanctions LCart doit être inscrit, dorénavant, dans la loi elle-même. L'introduction claire, dans la loi, d'une réduction possible de la sanction en cas de mesures de conformité adaptées présente un aspect macroéconomique général : dans la mesure où les programmes de conformité permettent de limiter les erreurs de comportement des collaborateurs et, ainsi, de lutter contre les infractions à la LCart, l'incitation à adopter de tels programmes dans l'optique d'une atténuation de sanction rejoint l'objectif général même de la loi sur les cartels, à savoir éviter les impacts négatifs de toute atteinte à la concurrence sur les plans économique et social. La prise en compte des programmes de conformité dans l'optique d'une atténuation des sanctions, que l'on ne retrouve par ailleurs pas dans la plupart des systèmes législatifs étrangers, répond largement à une demande émanant du patronat.

La seconde partie de la motion Schweiger (07.3856) prévoit de renforcer encore les efforts des entreprises en matière de conformité en ancrant également dans la LCart

¹⁴ Le rapport de synthèse se fonde sur 15 rapports et études et contient 14 recommandations (il peut être consulté sur le site Internet <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=fr>).

des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques ayant participé activement à des accords cartellaires avec concurrents. Il ressort de la formulation utilisée que la punissabilité des personnes physiques est prévue en cas de cartels horizontaux, mais non en cas d'ententes verticales ou d'abus de position dominante sur le marché. L'introduction de sanctions pénales, conformément au second volet de la motion, a pour effet de projeter encore plus les personnes physiques employées par la société dans le champ de mise en œuvre de la LCart, ce qui contrevient à la conception retenue jusqu'ici de cette même loi. La sanction pénale appliquée aux personnes physiques a pour but d'apporter, en pratique, un nouvel instrument de prévention destiné à compléter le régime de sanction existant à l'égard des entreprises et dont l'efficacité a été prouvée.

Le Conseil fédéral est favorable dans son principe à l'effet dissuasif qu'engendrerait l'introduction de sanctions à l'encontre de personnes physiques dans la LCart. Il y a lieu toutefois de ne pas oublier que, de façon générale, les procédures pénales menées contre les personnes physiques – et qui aboutissent parfois à des peines privatives de liberté – sont plus longues et plus onéreuses que les procédures administratives actuellement prévues pour les entreprises. En outre, il est apparu qu'une modification en profondeur du système comportait des risques pour la mise en œuvre du droit des cartels et, à terme, risquait de compromettre l'efficacité de la concurrence : ainsi, par exemple, le programme de clémence actuel – dont la pertinence n'est plus à prouver – s'en trouverait immédiatement fragilisé ; il serait totalement illusoire de tabler à l'avenir sur des dénonciations volontaires d'infractions à la LCart de la part d'une entreprise y participant si, par cet acte, l'entreprise peut, certes, se soustraire à une poursuite, mais qu'en contrepartie, elle condamne ses collaborateurs à d'inévitables sanctions¹⁵.

L'introduction de mesures préventives de droit administratif est une alternative aux sanctions pénales dont les inconvénients viennent d'être évoqués. La restriction du droit d'exercer son activité, notamment, à l'instar de ce qui existe déjà en matière de surveillance des marchés financiers, permettrait de responsabiliser les collaborateurs dans le but de protéger la concurrence et d'assurer pour l'avenir la protection de la concurrence efficace. Les inconvénients liés à cette "solution administrative" sont moins marqués.

D'autres alternatives de réglementation institutionnelle ont été rejetées, notamment la solution consistant à poursuivre simultanément, dans le cadre de la même procédure relevant du droit pénal administratif, l'entreprise participant à un accord horizontal et ses collaborateurs impliqués. Ainsi par exemple, dans le cas d'une entente sur les prix, si l'enquête porte sur une demi-douzaine d'entreprises comptant chacune trois collaborateurs impliqués et s'accusant réciproquement, le nombre des parties à la procédure résultant de la fusion des procédures (entreprises et personnes physiques) n'engendrerait qu'une économie apparente. De même, il est inapproprié de ne changer le droit de procédure qu'à l'égard d'un type d'atteinte à la concurrence. Seule l'enquête permet, le plus souvent, de déterminer la nature de l'entente. En

¹⁵ La nécessité d'étendre le programme de clémence des entreprises aux collaborateurs impliqués soulèvera probablement encore de nombreux débats de fond (cohérence avec la source principale du droit pénal) ; cf. supra chiffre 1.1.4, et infra, les commentaires sur l'article 53a, alinéa 3.

outre, le fait de procéder à des traitements distincts selon que l'on se trouve en présence d'un accord horizontal, d'un accord vertical ou d'un abus de position dominante risquerait de remettre en cause la jurisprudence – encore en développement – dans le registre des sanctions administratives de la LCart introduites par la réforme de 2003. Dans le cadre institutionnel proposé par le projet de consultation du 30 juin 2010, appliquer aux entreprises un régime de droit administratif apparaît plus indiqué que de recourir à une procédure relevant du droit pénal administratif.

La variante consistant à soumettre les personnes physiques à une procédure de droit pénal administratif a été abandonnée pour plusieurs motifs¹⁶, mais serait considérée comme une option dans le cas de la mise en œuvre de la variante B.

La variante consistant à poursuivre les entreprises selon les normes du droit pénal applicable aux entreprises n'est pas une solution. Il ne serait pas opportun, en effet, de se greffer sur le modèle du code pénal suisse (CP) applicable aux entreprises dans la mesure où celui-ci prévoit – contrairement au régime de la LCart – la responsabilité primaire des personnes physiques. A l'exception de certaines infractions spéciales, il n'est question de responsabilité (subsidaire) de l'entreprise qu'au moment où l'infraction ne peut être imputée à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise (art. 102, al. 1, CP). Même dans le cas d'une infraction au sens de l'article 102, alinéa 2, CP, en raison de laquelle elle est poursuivie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques, l'entreprise n'encourt aucune sanction si elle est en mesure de prouver qu'elle a pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction. En droit des cartels, l'entreprise n'est pas sanctionnée pour ses actes d'omissions, mais bien pour sa participation active à des atteintes illicites à la concurrence. C'est en effet elle (et non un individu donné, mais le plus souvent un certain nombre de propriétaires et de collaborateurs) qui profite en premier lieu des effets d'une restriction à la concurrence et génère un dommage pour l'économie, portant atteinte, par extension, aux intérêts économiques des entreprises concurrentes et des consommateurs. Par ailleurs, passer du régime actuel des sanctions fondées sur le chiffre d'affaires à l'échelle de sanctions prévu par le droit pénal applicable aux entreprises (5 millions au maximum) serait tout simplement désastreux pour l'effet préventif poursuivi. Ce plafonnement de la peine pécuniaire aurait pour effet d'annuler l'effet dissuasif généré par les sanctions directes appliquées aux entreprises, dont l'impact a été confirmé par le rapport d'évaluation fondé sur l'article 59a LCart, et serait souvent dérisoire, avant tout pour les entreprises de taille importante, compte tenu des avantages financiers procurés par les ententes cartellaires. La conception actuelle des sanctions imposées aux entreprises en application de l'article 49a LCart joue un rôle non négligeable dans la perte d'attractivité, pour l'entreprise sanctionnée, de porter atteinte à la concurrence, en ce sens que, outre leur composante pénale, ces sanctions ont également pour effet d'annuler les profits attendus du comportement incriminé.

Les deux variantes suivantes sont donc proposées en vue de mettre en œuvre la motion Schweizer :

¹⁶ Cf. rapport Heine/Roth, téléchargeable sous <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=fr>.

- La variante A propose d'introduire des instruments complémentaires de protection de la concurrence sous la forme de mesures administratives visant à dissuader les employés d'une entreprise de participer à nouveau à une violation de la LCart, et de compenser les avantages tirés d'une atteinte à la concurrence. Ces mesures pouvant être adoptée dans le cadre de la procédure administrative, elles auraient pour effet d'accentuer l'effet préventif de la LCart, sans pour autant générer la nécessité, dans le futur, de prévoir différentes procédures et de créer des systèmes institutionnels parallèles pour des cas identiques. Ainsi, cette variante a également l'avantage d'éviter que des décisions contradictoires soient rendues concernant la même situation cartellaire, puisque les mêmes autorités d'enquête et de décision seraient compétentes pour traiter des affaires relatives à l'entreprise et aux membres de celle-ci (Autorité de la concurrence et Tribunal fédéral de la concurrence). En comparaison de la variante B, la variante A requiert moins de ressources et suppose des procédures plus courtes.
- La variante B propose un régime de sanctions pénales à l'égard des personnes physiques impliquées dans des accords horizontaux sur les prix, les quantités ou la répartition territoriale. A cet égard, la variante correspond à la motion Schweiger qui réclame un régime de sanctions concernant les accords horizontaux (accords avec la concurrence) et non dans le cadre d'accords verticaux ou dans les cas d'abus de positions dominantes. La sanction prévue (qui reprend ce faisant la proposition formulée par l'initiative parlementaire Kaufmann) est la peine pécuniaire ou la privation de liberté jusqu'à trois ans. Le Ministère public de la Confédération est chargé de mener l'instruction sur les personnes physiques ainsi que du dépôt de l'accusation auprès du Tribunal pénal fédéral. Cette solution se distingue donc clairement (y compris au niveau des personnes) de la procédure administrative appliquée aux entreprises. Ce régime distinct évite de porter préjudice aux instruments en place ainsi qu'à la mise en œuvre de la LCart dont le but premier est de rétablir une situation de concurrence efficace. En comparaison de la situation actuelle et de la variante A, la variante pénale nécessite des ressources bien plus importantes.

Se ralliant à sa position antérieure, le Conseil fédéral rejette la sanction des personnes physiques. Il s'oppose ainsi tant à la variante A qu'à la variante B. Si l'on devait toutefois répondre favorablement à la seconde partie de la motion, le Conseil fédéral se prononcerait en faveur de la variante A. La variante B quant à elle respecte à la lettre la teneur de la motion

1.2.2 Réduction de la sanction en faveur des entreprises prenant des mesures de conformité (*compliance*)

La révision proposée ancre expressément dans une disposition de la LCart la requête de la motion de tenir compte des programmes de conformité pour atténuer les sanctions. Cette innovation ne change rien au concept de sanction de la révision de la LCart de 2003 : la preuve d'une faute commise dans le cadre de l'organisation ne sera toujours pas une condition pour que l'entreprise puisse être sanctionnée pour

une infraction à la LCart conformément à l'article 49a. Le fait qu'une entreprise ait mis en place un programme de conformité satisfaisant à des exigences élevées doit toutefois influencer sur l'appréciation de la sanction conformément à la motion.

La mise en place et la mise en œuvre de programmes de conformité adaptés et efficaces doivent être saluées sans réserve. Dans de nombreux cas, de tels programmes permettent d'éviter des comportements inadéquats de la part des dirigeants et des employés et, dès lors, des infractions à la LCart. Il s'ensuit, comme cela a été mentionné, que les efforts en matière de conformité apportent une contribution précieuse à la poursuite de l'objectif de la LCart que constitue la lutte contre les effets nuisibles des restrictions à la concurrence sur les plans économique et social.

Le Conseil fédéral souligne cependant que la réduction de la sanction consécutive aux efforts en matière de conformité, telle que réclamée par la motion, constitue une "récompense" pour les efforts s'étant révélés dans le cas concret infructueux, figure inconnue jusqu'alors de l'ordre juridique suisse, du moins sous cette forme. Si l'on effectue des comparaisons au niveau international, la conformité en tant que motif d'atténuation de la sanction dans le domaine du droit des cartels constitue en outre une exception : depuis qu'ils ont modifié leur pratique, les tribunaux de l'UE, notamment, refusent depuis de nombreuses années de considérer les programmes de conformité comme des motifs d'atténuation des sanctions en avançant qu'en cas d'infraction au droit des cartels, ces programmes n'ont pas réussi à empêcher une telle infraction. Selon les enquêtes menées par l'*International Competition Network* (ICN) dans 22 juridictions sélectionnées, seules la France, la Corée du Sud et la Nouvelle-Zélande connaissent jusqu'à présent une atténuation de la sanction fondée sur les programmes de conformité (les Etats-Unis également en théorie, mais pas en pratique). Dans ce contexte, une réduction de la sanction motivée par des efforts en matière de conformité représente une concession significative en faveur des entreprises.

Une réduction de la sanction n'entre en ligne de compte que pour les programmes de conformité qui contribuent efficacement à la mise en œuvre du droit des cartels¹⁷. Il incombe aux autorités de la concurrence, respectivement aux tribunaux, de décider de cas en cas si les conditions d'une réduction de la sanction sont réalisées. Cette décision se fondera sur les informations et les moyens de preuve fournis par les entreprises sur les mesures prises en matière de conformité, et sur leur mise en œuvre concrète. Tout au plus, il pourra s'avérer nécessaire que le Conseil fédéral édicte des réglementations plus détaillées sous forme d'ordonnance, ou l'Autorité de la concurrence sous forme de communication.

Les autorités, respectivement les tribunaux, devront soigneusement évaluer de cas en cas l'ampleur de la réduction de la sanction : en effet, une réduction appropriée implique une incitation supplémentaire à lutter contre les infractions à la concurrence, alors qu'une réduction trop importante (voire, dans les cas extrêmes, une quasi-exemption de toute sanction) incite à ne mettre en place des programmes qui visent ex ante à produire des preuves qu'à la seule fin d'échapper aux sanctions. Malgré la réduction de la sanction, l'entreprise doit en tout état se voir privée du

¹⁷ Les exigences liées aux programmes de conformité sont expliquées de manière plus détaillée dans le commentaire de l'article 49a.

gain qu'elle a réalisé illicitement par le biais de l'infraction au droit de la concurrence (dit rente cartellaire) dans la mesure où il est possible de le déterminer. Le programme de conformité permet de réduire, voire d'éviter, une sanction financière allant au-delà de ce gain. L'appréciation de la sanction doit toujours se faire à la lumière du principe de proportionnalité. Par ailleurs, la perspective d'une réduction de la sanction grâce à la mise en œuvre d'un programme de conformité ne doit pas aller jusqu'à priver de son caractère attractif l'instrument efficace introduit par la révision de la LCart en 2003 qu'est le programme de clémence (art. 49a, al. 2 LCart), de sorte qu'il ne soit plus utilisé.

1.2.3 Mesures administratives (variante A)

Le Conseil fédéral rejette les deux variantes A et B (cf. chiffre 1.2.1 supra). Si toutefois la motion devait être mise en œuvre, il considère que la solution répressive de droit pénal à l'encontre des personnes physiques devrait être abandonnée (variante B) à la faveur de la solution préventive offerte par les mesures administratives (variante A).

Les personnes ayant démontré une propension à enfreindre le droit des cartels doivent se voir interdire pour une durée limitée, conformément à la variante A, tout poste à responsabilité au sein d'une entreprise ayant participé au cartel. Il s'agit donc d'une interdiction d'exercer une activité professionnelle à l'instar du régime appliqué en matière de surveillance des marchés financiers. Renoncer à poursuivre les personnes physiques par la voie pénale équivaut à conserver une structure simple (pas d'intervention du Ministère public ni du Tribunal pénal fédéral). Le caractère préventif des mesures administratives doit être clair afin que celles-ci puissent être distinguées des mesures pénales ; les mesures administratives doivent donc être définies de façon à réduire le risque de nouvelles infractions en matière de cartels, respectivement de compenser les profits issus d'une telle infraction. L'objectif n'est donc pas de punir les personnes par une sanction ayant un caractère expiatoire, mais bien de protéger la concurrence de façon préventive. Le risque d'atteinte à la concurrence peut non seulement être circonscrit par le biais de la menace de sanctions en cas d'infraction, mais également par la perspective d'une interdiction totale ou partielle possible de l'activité professionnelle dans le but de préserver la concurrence. Ces mesures devront tenir compte des prescriptions légales de la CEDH. Les adaptations institutionnelles, proposées lors de la procédure de consultation du 30 juin 2010 relative à la révision de la LCart (séparation claire entre l'autorité d'enquête et l'autorité de décision) et l'amélioration du respect des exigences d'un Etat de droit qui en découle, devraient également jouer leur rôle dans le cadre des mesures administratives touchant les personnes physiques. Ces mesures s'intègrent par ailleurs si bien dans le modèle institutionnel proposé qu'elles ne contreviennent pas à l'objectif poursuivi, qui vise à accélérer les procédures en matière de droit des cartels¹⁸.

¹⁸ Sur la question des garanties de procédure de la CEDH et de l'adoption des mesures administratives, voir le rapport Heine/Roth (téléchargeable sous <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=fr>). Sur la préservation des droits des parties, voir supra chiffre 1.1.4. et infra chiffre 2.2.

L'interdiction d'exercer une activité peut être infligée directement à la personne qui s'est comportée de manière contraire au droit des cartels. Toutefois, l'obligation de ne pas employer certaines personnes à des postes déterminés pendant un certain temps pourrait aussi être imposée à l'entreprise (voir la protection de la garantie dans le cadre de la surveillance des marchés financiers). Dans ce second cas, la ratio legis réside dans le fait que l'infraction au droit des cartels a placé l'entreprise en situation d'être surveillée, de sorte que des mesures organisationnelles préventives peuvent lui être imposées. Ce second cas a pour avantage de distinguer plus clairement les mesures prises du droit pénal. La personne concernée doit néanmoins pouvoir jouir, dans le cadre de la procédure administrative, de pleins droits de partie contre l'entreprise en ce qui concerne sa position personnelle, ce qui mènerait à de grandes difficultés procédurales et plaide en défaveur de la solution qui charge l'entreprise de ne pas employer certaines personnes.

Imposer une interdiction d'exercer une activité à l'employé responsable présente l'avantage de permettre simultanément que lui soient confisqués les éléments de salaire et de bonus obtenus grâce à l'infraction à la concurrence. Une telle confiscation compense l'enrichissement réalisé grâce aux infractions au droit des cartels. Dans la mesure où une situation conforme au droit est rétablie, la confiscation des valeurs patrimoniales contribue à une certaine équité dans la vie économique. Par ailleurs, la perspective de se voir confisquer des gains financiers risque de dissuader en particulier les personnes occupant un poste dirigeant de contrevenir à des dispositions du droit des cartels.

Par analogie avec la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA) en raison de sa nature compensatoire et orientée vers l'avenir, ces deux nouvelles mesures à l'encontre des personnes physiques sont soumises à la loi fédérale sur la procédure administrative (PA). Elles sont donc faciles à intégrer dans la conception actuelle de la LCart. Comme elles n'impliquent pas de nouvelles autorités, les procédures demeurent aussi simples et rapides que possible. La pratique actuelle évolue sur la base de la PA.

Par rapport à l'introduction de sanctions pénales, celle des mesures administratives nécessite des ressources moins importantes et implique une durée plus courte des procédures. Etant donné que l'enquête porterait désormais également sur les dirigeants personnellement, il faut cependant s'attendre à une complication des mesures d'enquêtes.

1.2.4 Sanctions pénales (variante B)

Contrairement aux mesures administratives, le but premier des sanctions pénales n'est pas de préserver la concurrence sur le long terme, mais de punir la personne d'un comportement coupable interdit. Alors que la motion Schweiger ne se prononce pas sur la question de la peine, l'initiative parlementaire Kaufmann encore pendant propose de réprimer la participation à certains accords horizontaux par une mesure privative de liberté de trois au plus ou la peine pécuniaire. La solution présentée ici s'inspire des interventions parlementaires et propose d'aménager le régime de sanctions des personnes physiques de la façon suivante :

Premièrement, doit être punissable quiconque participe intentionnellement à un accord qui fixe directement ou indirectement les prix, qui restreint des quantités de biens à produire, à acheter ou à fournir, ou qui opère une répartition géographique des marchés ou en fonction des partenaires commerciaux, passé entre entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes.

Dans la ligne de la motion Schweiger selon laquelle la sanction porte sur la participation active à un accord cartellaire passé avec des "concurrents", le projet mis en consultation punit la participation à des accords horizontaux durs. En revanche, le fait de participer à des accords verticaux illicites ou à des abus de position dominante n'est pas punissable.

La décision de limiter la sanction pénale aux accords cartellaires horizontaux durs semble appropriée dans la mesure où, d'une part, ce type d'accord constitue une entrave à la concurrence particulièrement nuisible et que, d'autre part, il est le plus souvent jugé illicite au terme des procédures menées par les autorités de la concurrence (parce qu'il conduit à la suppression d'une concurrence efficace ou affecte la concurrence de manière notable et injustifiée). Ce domaine d'application correspond par ailleurs à un consensus international retranscrit, notamment, dans les recommandations de l'OCDE sur les cartels *hardcore* (cartels durs).

Deuxièmement, en ce qui concerne les conditions de la punissabilité, il convient de délimiter le cercle des auteurs. Le projet mis en consultation prévoit à cet égard de se fonder sur l'acte lui-même. Dès lors, est punissable quiconque participe intentionnellement à un accord passé entre entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes qui fixe directement ou indirectement des prix, restreint des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir, ou opère une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux. Cela signifie, par exemple, que la remise d'une offre de couverture dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres (cf. DPC 2009/3, pp.196 ss) peut également aboutir à la sanction de la personne qui a convenu d'une telle remise avec l'instigateur de l'entente.

Troisièmement, en ce qui concerne la fixation des conditions de la punissabilité, le projet mis en consultation prévoit de créer une infraction spéciale en matière de droit des cartels. Une disposition spéciale est préférable à un rattachement ou à un renvoi aux infractions du droit des cartels conçues pour la sanction des entreprises. Elle permet d'éviter les difficultés qui se présentent parfois dans les procédures de droit pénal économique lorsqu'il s'agit d'apprécier des critères économiques et un comportement économiquement "correct" ou judicieux. Une réglementation spéciale de la sanction des personnes physiques permet de mieux définir une infraction clairement adaptée à ces dernières et satisfaisant aux exigences du droit pénal liées au principe de précision d'une norme pénale. Alors que les entreprises doivent et sont en mesure d'apprécier les notions telles que le renversement de la présomption, la notabilité économique ou la justification pour des motifs d'efficacité économique, de telles réflexions ne peuvent pas être attendues de la personne physique. L'employé impliqué dans un accord cartellaire peut ne pas avoir accès aux données correspondantes de l'entreprise et du marché. Par ailleurs, il ne peut pas se prévaloir directement de la procédure d'opposition qui permet à l'entreprise de limiter l'insécurité juridique. Force est de constater, en tout état de cause, qu'en cas de poursuite pour

accords horizontaux, il existe une sécurité juridique suffisante et tout à fait comparable à celle qui se présente dans les cas de délits tels que l'escroquerie, entre autres. Le fait que l'on ne s'accorde pas sur les prix avec les concurrents représente, pour le grand public, la raison par excellence pour laquelle il existe un droit de la concurrence.

L'introduction d'une norme pénale spéciale implique cependant qu'en ce qui concerne la poursuite des personnes physiques, l'on franchit clairement le pas vers des interdictions *per se* visant des comportements déterminés de personnes physiques, en raison de la précision de la norme juridique. En raison de la menace pénale qui pèse sur leurs employés, le fait qu'en cas d'accords horizontaux les entreprises soient également très souvent soumises de facto à une interdiction *per se* fait partie du prix à payer pour mettre en œuvre la motion Schweiger.

Quatrièmement, étroitement liée à la question d'une norme pénale spéciale, se pose la question du type de délit sur la base duquel les biens juridiques doivent être protégés. A cet égard, le projet prévoit d'aménager les éléments constitutifs sous forme d'infraction de mise en danger abstraite. Cela signifie que le simple fait d'entreprendre certains actes doit être punissable, sans même que l'auteur n'ait, ce faisant, porté atteinte au bien juridique protégé, en l'espèce la concurrence. En d'autres termes, le présent projet prévoit que la simple conclusion d'un accord visant à créer un cartel dur est déjà punissable en soi. Dès lors, toute personne ayant participé à un accord de soumission est susceptible de sanction. Si le marché a été adjugé à un soumissionnaire tiers n'ayant pas pris part à l'accord, le dommage économique est certes évité, mais il n'en demeure pas moins que la situation concurrentielle présentée à l'adjudicataire ne correspond pas aux faits. La punissabilité en amont étant assurée par le biais de l'aménagement en infraction de mise en danger abstraite (art. 53a, al. 2), il est possible de renoncer à punir la tentative. Des clarifications sur la formation d'un consortium d'offres dans un marché public restent sans conséquence pénale pour les employés impliqués. Ces conséquences interviennent seulement s'il s'agit de soumissions d'offres qui ont fait l'objet de concertations préalables, sans que cela ne soit porté à la connaissance de l'adjudicataire. Enfin, une personne physique ne sera sanctionnée que si elle a réalisé en connaissance de cause, c'est-à-dire intentionnellement, toutes les caractéristiques objectives des éléments constitutifs de l'infraction concernée. Dans la mesure où l'intention doit être prouvée en cas de remise d'offres concertées (mais également, par exemple, en cas de renonciation de certains soumissionnaires à présenter une offre), alors qu'il n'est pas nécessaire d'établir l'intention de nuire économiquement à un autre acteur du marché, l'obligation de prouver l'intention ne saurait guère être considérée comme un affaiblissement de la norme. Une telle considération repose sur les expériences faites en Allemagne, où les ententes relatives à la passation d'un marché ont d'abord été poursuivies au titre d'escroqueries, avant de faire l'objet d'une norme pénale spéciale, précisément en raison de la difficulté d'établir l'intention dans le cadre de poursuite pour escroquerie.

En ce qui concerne la fixation des conséquences juridiques, à savoir des peines encourues, la motion Schweiger demande l'introduction de "sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques", mais ne se prononce pas, concrètement, sur les conséquences juridiques et sur la nécessité de peines privatives de liberté et ce

contrairement à l'initiative parlementaire Kaufmann (08.443), qui réclame expressément l'introduction de peines privatives de liberté de trois ans au plus ou d'amendes. Le projet mis en consultation rejoint à ce titre la proposition formulée dans l'initiative parlementaire Kaufmann et prévoit une peine de trois ans de privation de liberté au plus ou une peine pécuniaire. Ce cadre légal de la peine se révèle approprié, en comparaison en particulier avec les peines prévues pour d'autres délits de criminalité économique. Il est en outre important que la nouvelle disposition pénale intègre la menace d'une privation de liberté afin que son impact dissuasif soit réel. Toutefois, au vu de la pratique judiciaire suisse en matière pénale, il y a lieu de s'attendre à ce qu'une première condamnation pour infraction au droit des cartels soit sanctionnée – pour autant qu'elle le soit – par une peine privative de liberté avec sursis. Les peines pécuniaires quant à elles, pour autant qu'elles soient prononcées sans sursis, pourront, en pratique, être acquittées par les entreprises elles-mêmes (même si ceci devrait être considéré comme une mise en échec de la sanction pénale). Si ces éléments atténuent l'effet dissuasif pour l'individu, il n'en reste pas moins que la menace d'une peine privative de liberté sert au renforcement global de la conscience de l'illicéité des comportements cartellaires et contribue à protéger la concurrence. La mention au casier judiciaire pourrait en particulier avoir un impact.

Une poursuite pénale n'est pas engagée dans trois situations, à savoir si l'entreprise a échappé à toute sanction en faisant usage de la procédure d'opposition, si l'accord a cessé de déployer des effets depuis plus de cinq ans au moment de l'ouverture de l'enquête à l'encontre de l'entreprise, ou si le Conseil fédéral a autorisé un tel accord à titre exceptionnel. Au demeurant, une poursuite pénale en cours est ensuite classée si la procédure à l'encontre de l'entreprise n'a abouti à aucune sanction. Cela suppose que la procédure pénale ne peut pas être close avec la condamnation de la personne accusée tant qu'une procédure à l'encontre de l'entreprise, pour le même accord, est pendante.

La question des conditions et des effets du programme de clémence pour les personnes physiques s'avère plus complexe, ceux-ci étant nécessaires au maintien de l'efficacité de cet instrument d'information. Des explications plus détaillées sont présentées infra dans les commentaires relatifs aux articles individuels. L'autorité chargée d'édicter des ordonnances doit notamment déterminer qui peut profiter du programme de clémence et à qui un tel programme permet de bénéficier d'une atténuation (voire éventuellement d'une exemption) de la sanction.

Dans le cadre du droit pénal principal, une remise de peine totale suite à une autodénonciation et à une disposition à coopérer avec les autorités d'enquête n'est pas possible; par contre, une réduction de sanction est prévue. Dans le droit des cartels, l'entreprise obtient, sous certaines conditions, une exemption totale de sanction. La situation de l'employé responsable d'un accord cartellaire doit être réglée au sein de cette zone de tension. Le Conseil fédéral part du principe qu'une exemption totale de sanction en cas d'infraction grave n'est pas possible.

En ce qui concerne la mise en œuvre procédurale des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, il est prévu, dans le sens des prémisses définies, que la procédure dirigée contre l'entreprise occupe le premier plan et, sous l'angle procédural, suivie dans la mesure du possible les procédés qui ont fait leurs preuves. La

poursuite pénale des personnes physiques n'intervient qu'à titre accessoire en tant que procédure complémentaire en présence d'une certaine catégorie d'accords, et son issue n'a pas d'influence sur la procédure dirigée contre l'entreprise.

L'idée fondamentale sur laquelle se base l'aménagement procédural tel qu'il est prévu est de créer une procédure et une autorité compétente particulières pour chacun des justiciables que sont l'entreprise et la personne physique. Le but est d'éviter ainsi que d'éventuelles difficultés liées à l'identification et à la poursuite des employés responsables n'empêchent la procédure dirigée contre l'entreprise d'aboutir. Concrètement, le projet prévoit que l'Autorité de la concurrence et le Tribunal fédéral de la concurrence (selon le droit actuel, le secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) et la COMCO) instruisent les procédures cartellaires dirigées contre les entreprises et statuent sur ces procédures en se fondant, comme à l'heure actuelle, sur la LCart et la PA qui la complète. Dans ce cadre-là, les infractions prévues à l'article 49a LCart seront, le cas échéant, sanctionnées.

Le Ministère public de la Confédération ouvre, d'entente avec l'Autorité de la concurrence, une procédure particulière, régie par le Code de procédure pénale (CPP ; art. 53b LCart), à l'encontre des personnes ayant intentionnellement participé à un accord passé entre entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes et qui fixe directement ou indirectement des prix, qui restreint des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir, ou qui opère une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux (art. 53a). Le cas échéant, le Ministère public de la Confédération défère les personnes physiques au Tribunal pénal fédéral.

La procédure pénale menée par le Ministère public de la Confédération contre les personnes physiques et l'enquête administrative conduite par l'Autorité de la concurrence contre les entreprises se déroulent en parallèle et en principe indépendamment l'une de l'autre. Chaque autorité recourt aux moyens d'enquête et aux mesures de contrainte (on citera en particulier le devoir de renseigner dans le cadre de la procédure administrative ou, respectivement, l'arrestation provisoire des dirigeants et des employés soupçonnés) dont elle dispose sur la base du droit procédural applicable (CPP ou LCart/PA). Pour des considérations fondées sur l'aspect pratique et l'efficacité, une certaine coordination entre les deux autorités d'enquête est néanmoins prévue, notamment pour éviter que les mesures prises par l'une des autorités dans le cadre de l'administration des preuves (par exemple les perquisitions domiciliaires) ne soient mises en échec par une audition menée par l'autre, faute de coordination (art. 53b). Si l'Autorité de la concurrence menait, par exemple, une perquisition domiciliaire auprès d'une entreprise sans coordination avec le Ministère public de la Confédération, un examen ultérieur des preuves par le Ministère public de la Confédération auprès de cette même entreprise serait très probablement inutile, puisque les pièces à conviction pertinentes pour l'examen ne seraient plus disponibles.

Les commentaires des articles expliquent les devoirs et les restrictions en cas d'échange d'informations entre l'Autorité de la concurrence et le Ministère public de la Confédération, ainsi que les garanties procédurales (art. 53 et 53b). Il n'est pas

nécessaire de prévoir de disposition spéciale relative au principe *ne bis in idem*¹⁹ : si une entreprise en raison individuelle fait l'objet d'une procédure administrative et est condamnée – en tant qu'entreprise – à une peine administrative, et que son propriétaire est parallèlement condamné – à titre personnel – à une peine pécuniaire pour violation du droit des cartels, les tribunaux devront s'assurer de la proportionnalité de la peine. Les situations où le principe *ne bis in idem* peut s'avérer applicable sont analysées en détail dans le rapport Heine/Roth²⁰.

1.3 Rapport avec la consultation du 30 juin 2010

Comme mentionné en guise d'introduction, le Conseil fédéral a ouvert le 30 juin 2010 une première consultation relative à la révision de la LCart. Le premier projet mis en consultation contient, premièrement, un réaménagement institutionnel de la politique de la concurrence destiné à renforcer l'Etat de droit²¹. Il prévoit la création d'une autorité de la concurrence indépendante, laquelle mène les enquêtes et présente une requête à un nouveau Tribunal fédéral de la concurrence, autorité judiciaire de première instance à créer. Deuxièmement, le projet prévoit de mettre en œuvre des améliorations matérielles, notamment le traitement différencié des accords verticaux, la modernisation des contrôles des concentrations d'entreprises, l'aménagement de possibilités plus avantageuses en matière de coopération internationale et le renforcement des voies de droit civil du droit des cartels. A cela s'ajoute une amélioration de la procédure dite d'opposition²².

Lors de l'ouverture de la première consultation, la motion Schweiger n'avait pas encore été transmise et le Conseil fédéral avait proposé son rejet. C'est la raison pour laquelle elle n'avait pas encore été prise en compte dans le projet datant de juin 2010. Toutefois, le Conseil fédéral avait alors déjà mentionné qu'une révision à plus grande échelle serait nécessaire en cas d'acceptation de la motion. En juin 2010 déjà, il a été souligné que les modifications nécessaires notamment en matière institutionnelle seraient moins importantes en cas d'introduction de mesures administratives qu'en cas d'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques.

Les conséquences de la variante A (mesures administratives) sur l'organisation institutionnelle sont les suivantes : si l'on se réfère à la nouvelle organisation présentée dans la procédure de consultation du 30 juin 2010, aucune adaptation supplémentaire n'est nécessaire. L'Autorité de la concurrence mène les deux procédures administratives parallèles contre l'entreprise et les collaborateurs impliqués et le Tribunal fédéral de la concurrence jugera les deux affaires le plus souvent en même temps. S'agissant du régime institutionnel actuel de la LCart en

¹⁹ Sur le principe *ne bis in idem* (c'est-à-dire l'interdiction de punir une personne deux fois pour les mêmes faits), voir l'avis de droit Heine/Roth, qui peut être consulté sur le site Internet <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=fr>.

²⁰ Avis de droit Heine/Roth, qui peut être consulté sur le site Internet <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=fr>.

²¹ Cf. chapitre 1.2.1 du rapport explicatif relatif au projet mis en consultation le 30 juin 2010.

²² Cf. chapitres 1.2.2 à 1.2.6 du rapport explicatif relatif au projet mis en consultation le 30 juin 2010.

vigueur, les implications de cette solution parallèle sont encore inconnues ; le Tribunal fédéral doit en effet encore se prononcer sur la compétence de la COMCO en matière de sanctions dans deux affaires pendantes²³.

Il est incontestable que l'actuelle COMCO ne saurait prononcer de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à une privation de liberté sans contrevenir aux principes découlant de l'Etat de droit. C'est pourquoi la variante B, sanctions pénales, prévoit deux procédures séparées devant des instances d'enquête et de décision différentes. La procédure dirigée contre l'entreprise pourrait même se dérouler dans le cadre institutionnel actuel composé de la Commission de la concurrence et du Tribunal administratif fédéral en qualité d'instance de recours, sous réserve d'un arrêt rendu par le Tribunal fédéral dans les cas relatifs aux frais de terminaison. Néanmoins, eu égard aux exigences procédurales auxquelles satisfait la procédure pénale parallèle menée contre les employés impliqués, les carences au niveau de l'ordre institutionnel actuel (séparation insuffisante entre enquête et décision, groupes d'intérêts siégeant au sein de l'organe décisionnaire) apparaîtraient alors sensiblement exacerbées. En revanche, la réforme institutionnelle proposée par le projet mis en consultation le 30 juin 2010 institue en parallèle une instance chargée d'enquêter (Autorité de la concurrence, Ministère public de la Confédération) et un tribunal indépendant (Tribunal fédéral de la concurrence, Tribunal pénal fédéral). Le cadre institutionnel ainsi aménagé satisfait aux exigences les plus élevées d'un Etat de droit.

La proposition tendant à introduire deux voies procédurales distinctes et parallèles se détache du droit pénal de l'entreprise. Ce dernier en effet ne poursuit l'entreprise qu'à titre accessoire – exception faite de l'article 102, alinéa 2, CP –, à savoir, lorsqu'un crime ou un délit a été commis au sein de l'entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes aux buts de celle-ci et qu'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise (art. 102, al. 1, CP). Contrairement au droit pénal, le droit des cartels ne vise pas en premier lieu à réprimer les actes illicites commis par une personne physique, mais a pour objectif de rétablir une situation où règne une concurrence efficace, ce qui requiert avant toute chose que l'entreprise modifie son comportement. Le but principal du droit des cartels est d'intervenir sur la situation de la concurrence à long terme. A cet égard, la voie de la procédure administrative se révèle être la plus adaptée. La sanction appliquée dans le cas d'un acte illicite énuméré à l'article 49a, a, outre un impact dissuasif accru, un effet compensatoire déterminant dans la mesure où elle vise à annuler les profits tirés de l'infraction. La procédure menée à l'encontre de l'entreprise doit donc demeurer au premier plan, d'autant plus qu'elle permet d'englober toutes les situations de restriction à la concurrence, accords verticaux et abus de position dominante compris. La répression des actes imputables aux personnes physiques doit constituer un instrument complémentaire relevant d'une procédure distincte et s'attaquant aux accords horizontaux sur les prix, les quantités ou la répartition du territoire dont les effets sont particulièrement nuisibles. Les accords illicites de soumission tomberaient aussi dans le champ d'application de la nouvelle disposition pénale de la LCart.

Il n'a pas encore été décidé à l'heure actuelle si les deux consultations feraient

²³ Cf. à ce propos chapitre 1.1.4.

l'objet d'un message commun ou de deux messages successifs. Les participants à la consultation ont bien entendu la possibilité de s'exprimer sur un éventuel échelonnement des messages.

Se pose en outre la question de savoir si les articles 54 ("Violations d'accords amiables et de décisions administratives") et 55 ("Autres violations"), devront être modifiés en raison de l'éventuelle introduction de mesures administratives ou de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques. Les dispositions pénales de la LCart actuelle prévoient, en particulier, la condamnation à une amende de 100'000 francs au plus (art. 54 LCart) pour toute personne qui aura intentionnellement contrevenu à un accord amiable, à une décision en force prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours (ou une décision émanant du Tribunal fédéral de la concurrence, respectivement du Tribunal fédéral, conformément au premier projet mis en consultation)²⁴. A cet égard, la LCart connaît déjà un régime de sanctions pénales à l'égard des personnes physiques en prévoyant – du moins en cas de récidive – de poursuivre les personnes responsables au sein de l'entreprise par la voie du droit pénal administratif. Bien que la disposition de l'article 54 (de même que celle de l'article 55) n'ait à ce jour pas encore été appliquée (en particulier du fait des dispositions de prohibition – largement parallèles – des articles 50 à 52, qui concernent toutefois uniquement les entreprises), la question se pose de savoir, si l'on devait adopter un régime de sanctions pénales directes à l'égard des personnes physiques (variante B), dans quelle mesure la peine plus élevée prévue par l'article 53a (nouveau) serait applicable aux cas de récidives en sus d'une première infraction. Une réponse possible serait de considérer que dans les cas de l'article 5, alinéa 3, LCart, le nouvel article 53a prévaudrait sur l'article 54, ce dernier demeurant applicable aux autres cas (notamment dans les décisions concernant l'article 5, alinéa 4, ainsi que de l'article 7). Si la préférence était donnée aux mesures administratives (variante A), il y aurait lieu de s'assurer que ces mesures pourraient – en cas de récidive – être appliquées cumulativement aux sanctions pénales de l'article 54. S'agissant de la nécessité de procéder à d'éventuelles adaptations aux articles 54 à 57 (s'agissant notamment de la procédure applicable et des autorités d'enquête et de décision de l'article 57), il reviendra au Conseil fédéral de se prononcer une fois les résultats de la présente consultation connus.

²⁴ Selon l'art. 55, est passible d'une amende de 20'000 francs au plus quiconque, agissant intentionnellement, n'aura pas exécuté, ou ne l'aura fait qu'en partie, une décision des autorités en matière de concurrence concernant l'obligation de renseigner (art. 40), aura réalisé une concentration d'entreprises sans procéder à la notification dont elle aurait dû faire l'objet ou aura violé des décisions liées à des concentrations d'entreprises. En cas de mise en œuvre de la motion Schweiger, il y aura lieu, s'agissant de l'article 55, de porter une attention particulière au problème de la personne physique confrontée à un conflit d'intérêts : en effet, la personne qui donne les renseignements prend le risque de "s'incriminer" (même s'il ne s'agit que d'une mesure), et le risque de violer le principe selon lequel personne n'est tenu de s'incriminer soi-même (*nemo tenetur*) est réel. Si le renseignement en cause est susceptible de conduire à une dénonciation auprès du Ministère public (art. 53b), la personne concernée ne peut être tenue de renseigner. Une exception doit donc être prévue. Plusieurs solutions existent avec leurs inconvénients respectifs.

2

Commentaires des articles

2.1

Atténuation des sanctions en cas de programmes de conformité (*compliance*)

Article 49a *Sanction en cas de restrictions illicites à la concurrence*

Al. 1^{bis} : les première, deuxième et quatrième phrases ont été reprises telles quelles de l'actuel alinéa 1. Elles ont été déplacées dans le nouvel alinéa 1^{bis} en raison des nombreuses modifications nécessitées à l'article 49a dans le domaine des accords verticaux sur la base de la consultation du 30 juin 2010. En revanche, la troisième phrase est nouvelle, puisqu'elle met en œuvre l'exigence de la motion Schweiger de réduire la sanction sur la base de la conformité au droit des cartels (*compliance*). La LCart prévoit désormais expressément que "les entreprises appliquant un programme répondant à des exigences élevées en matière d'observation des dispositions du droit des cartels peuvent bénéficier d'une réduction des sanctions administratives". Seuls les efforts de conformité contribuant efficacement à l'observation du droit des cartels doivent être pris en considération. Afin de satisfaire à ces exigences élevées, les mesures de conformité doivent refléter les efforts durables d'une entreprise en vue d'empêcher les infractions au droit des cartels de la nature de celles qui ont été commises. La conformité doit être considérée comme un élément important de la culture d'entreprise et doit être assurée grâce à la mobilisation adaptée de moyens financiers et personnels. Les efforts en matière de conformité doivent être adaptés à l'activité commerciale et à la branche concernées, ainsi qu'à la taille de l'entreprise, et mises en œuvre de manière efficace. Il ne suffit pas simplement d'édicter un code déontologique. Il s'agit plutôt d'analyser régulièrement les risques économiques, d'appliquer des directives internes, et de sensibiliser les dirigeants et les employés aux exigences du droit des cartels par le biais d'une formation périodique adaptée à la branche, à la fonction et au niveau hiérarchique. Parmi les différentes mesures organisationnelles à disposition des entreprises on peut citer par exemple la fixation d'objectifs qui peuvent être atteints sans enfreindre le droit des cartels. Par ailleurs, des mécanismes de contrôle internes stricts et efficaces doivent permettre de découvrir rapidement les infractions au droit des cartels, d'y mettre un terme et de les sanctionner en interne. D'autres questions seront réglées dans le cadre de l'adaptation de l'ordonnance, comme par exemple celle de savoir s'il appartient à un programme de clémence approprié de convenir avec les autorités de la manière d'agir, dans les cas de cartels dévoilés à l'interne d'une entreprise, afin de bénéficier à l'avenir d'une exemption de la sanction.

L'entreprise qui souhaite bénéficier d'une réduction de la sanction doit démontrer qu'elle a mis en place et observé des mesures de conformité suffisantes ; de simples allégations ne suffisent pas. Même si une réduction de la sanction est accordée à ce titre, la confiscation complète de la rente cartellaire réalisée dans le cas concret reste nécessaire, ce qui peut impliquer que, même si l'entreprise doit remettre les gains réalisés de manière illicite par le biais de la sanction, elle ne se voit pas infliger de sanction financière supplémentaire au-delà.

Il sera particulièrement délicat d'évaluer la qualité et les aspects positifs d'un programme interne de conformité : il faudra par exemple prendre en considération la

taille de l'entreprise concernée. Les grandes entreprises dont la hiérarchie est compliquée et au sein desquelles les compétences opératives et décisionnelles sont fortement ramifiées, nécessiteront des mesures de conformité plus complètes que les petites entreprises dans lesquelles la direction ne délègue en général qu'un petit nombre de compétences et accomplit dès lors le plus souvent elle-même les actes susceptibles de compromettre la concurrence. Compte tenu de la diversité des activités commerciales, il n'est guère possible pour le législateur ou l'autorité chargée d'édicter des ordonnances de donner des instructions contraignantes et détaillées sur la conception de mesures de conformité suffisantes. Les autorités et les tribunaux jouiront indubitablement d'un très large pouvoir d'appréciation à cet égard. Sitôt qu'il existera une jurisprudence bien établie, il conviendra d'examiner si le Conseil fédéral ou l'Autorité de la concurrence doivent codifier, dans une ordonnance ou une communication, certaines des exigences de principe auxquelles doivent satisfaire les programmes de conformité pour qu'une entreprise puisse se prévaloir d'une atténuation de la sanction.

2.2 Variante A : Mesures administratives

Article 52a Interdiction d'exercer une activité professionnelle

Selon le point 2 de la motion Schweiger, un instrument d'ingérence supplémentaire est nécessaire contre les dysfonctionnements graves du marché dus à une infraction à la loi sur les cartels. Le droit des cartels actuel comporterait une lacune en ce sens qu'en cas d'infractions aboutissant à une mise en danger grave, voire à une atteinte à la concurrence, il n'offrirait aucune prise, tant préventive que répressive, sur les personnes physiques qui agissent pour le compte de l'entreprise concernée. Dans de nombreux pays, les autorités compétentes disposent en effet d'un dispositif d'intervention à deux bras.

La variante A contient une solution à fonction préventive, à savoir l'interdiction d'exercer. L'effet préventif résulte du fait qu'il permet d'écarter pour un certain temps les dirigeants et les employés ayant déjà participé à des restrictions illicites à la concurrence et représentant ainsi un danger accru pour la concurrence dans le futur, du cercle de personnes qui ont montré une propension à adopter des comportements contraires au droit des cartels tels que les accords susmentionnés. Dans d'autres domaines du droit également, des autorités ont le pouvoir d'écarter certaines personnes de leurs fonctions au sein d'une entreprise afin d'éviter tout risque (p. ex. art. 33 LFINMA, art. 20, al.1, LBA, art. 51, al. 2, let. c, f et g, LSA). C'est pourquoi il convient d'autoriser également le Tribunal fédéral de la concurrence à limiter ou à interdire à l'avenir l'exercice d'une activité professionnelle à une personne qui a provoqué une grave infraction au droit des cartels, qui l'a commise ou ne l'a pas empêchée en dépit d'une obligation juridique de le faire.

Par infractions particulièrement graves, on entend les cartels horizontaux durs, telles que les ententes relatives à la passation d'un marché sur adjudication. Si une entreprise participe à une telle restriction particulièrement grave à la concurrence, le Tribunal fédéral de la concurrence peut, sur proposition de l'Autorité en matière de concurrence, interdire à la personne responsable, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une activité au sein de l'entreprise ayant pris part à l'entente ou limiter une

telle activité. Il convient de rattacher une telle interdiction aux infractions justifiant la poursuite des entreprises (art. 5, al. 3, en relation avec l'art. 49a, al. 1, LCart). Ce rattachement souligne que des mesures administratives peuvent être prononcées pour toute entente cartellaire illicite, y compris aussi lors d'une restriction notable à la concurrence et non justifiée pour des motifs d'efficacité économique. L'illicéité de l'accord doit en tout cas être donnée. Par conséquent, conformément à l'article 53a, alinéa 4, lettres a à c, aucune mesure administrative à l'encontre des personnes physiques ne peut être prononcée si, premièrement, en raison d'une annonce prévue à l'article 49a, alinéa 4, la possibilité de sanction envers l'entreprise tombe ou si, deuxièmement, la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête ou si, troisièmement, le Conseil fédéral a autorisé une restriction à la concurrence en vertu de l'article 8 (art. 49a al. 3). L'incitation, la participation ainsi que l'omission seront poursuivies. Si des personnes n'ont pas empêché des infractions particulièrement graves au droit des cartels, il faut vérifier si l'on est en présence dans le cas concret d'une violation du devoir par omission, en particulier en raison du non-respect d'obligations juridiques contractuelles (par exemple contrat de travail) ou légales.

Les mesures proposées ici ne sont pas mises en échec par le fait que l'interdiction ou la limitation de l'exercice d'une profession supposent traditionnellement, selon le droit administratif, des activités professionnelles ou commerciales soumises à surveillance. En effet, en lieu et place d'une surveillance générale théoriquement très intrusive, on institue, conformément au principe de proportionnalité, un contrôle subordonné, public et uniquement ponctuel lorsqu'une infraction au droit des cartels a provoqué sur un certain marché un dysfonctionnement de l'économie. L'interdiction d'exercer de droit administratif prévue désormais par la LCart se distingue toutefois de l'interdiction d'exercer pénale au sens de l'article 67 CP : l'interdiction d'exercer une activité de l'article 52a LCart, limitée dans le temps, répond à un risque concret, voire à une atteinte à la capacité de fonctionnement de l'économie, et vise à protéger les autres entreprises et les consommateurs. Cette nouvelle mesure administrative, telle qu'elle a été prévue, tient également compte des doutes émis par la commission d'experts de l'époque en ce qui concerne l'article 67 CP, à savoir que le manque de précision de la définition de l'interdiction d'exercer une activité est préoccupant par rapport aux auteurs de délits économiques polyvalents²⁵. En effet, l'interdiction d'exercer une activité prévue dans le cadre de la LCart présente un rapport direct avec une mise en danger de la concurrence causées par une infraction au droit des cartels, lesquelles font l'objet d'une doctrine abondante (prévisibilité), et cette interdiction est limitée à la sauvegarde des fonctions au sein des entreprises participant à l'accord illicite (proportionnalité). Par ailleurs, les autorités compétentes en matière de droit des cartels doivent justifier d'une meilleure connaissance du contexte et d'une plus grande expertise que celles qu'exige le droit pénal à l'article 67 CP.

L'extension de l'interdiction d'exercer à toutes les entreprises de la branche au sein de laquelle a été commise l'infraction au droit des cartels, à savoir aussi à celles qui n'avaient pas participé au cartel, a été rejetée, car il serait très difficile d'interdire l'embauche de certains collaborateurs aux entreprises qui n'ont participé ni au cartel,

²⁵ Rapport relatif à la révision du code pénal, partie générale, 1993, 92 s.

ni par conséquent directement à la procédure. De plus, il est possible qu'une personne interdite d'exercer une activité occupe une autre fonction, auprès d'une entreprise non impliquée dans le cartel, que dans une entreprise impliquée. Il faut, en sus, considérer que la loi sur les cartels s'applique à l'ensemble de l'économie et ne se limite pas à un secteur sous surveillance. A défaut, on s'appuie sur le fait que des effets économiques n'apparaissent que si un cartel horizontal comprend un nombre suffisant d'entreprises sur un marché ; cela signifie que la "délimitation de la branche" s'effectue par le biais du cartel. De par sa nature, il s'agit là d'une délimitation du marché plus étroite que celle des secteurs sous surveillance. A cela s'ajoute qu'il n'est pas question, en l'espèce, d'une interdiction d'exercer dans une branche définie particulièrement sensible, qui serait dès lors soumise à surveillance. Il faut au contraire respecter le principe de proportionnalité. En ce sens, l'interdiction d'exercer prévue par la mesure administrative se différencie de l'interdiction pénale d'exercer une profession, laquelle s'applique dans l'ensemble des secteurs économiques. Conformément à l'article 67 CP, l'interdiction d'exercer une profession peut être prononcée si l'auteur a commis un crime ou un délit et qu'il a été condamné pour cette infraction à une peine privative de liberté de plus de six mois ou à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende. L'interdiction totale ou partielle s'applique à l'activité concernée ou à des activités comparables et peut être prononcée pour une durée de six mois à cinq ans. Puisqu'elle n'exige pas la preuve d'un crime ou d'un délit, l'interdiction administrative prévue par le droit des cartels doit être comprise de manière plus restrictive. Dans la mesure où elle ne s'étend pas à une profession, mais uniquement aux dirigeants et employés des sociétés ayant participé à un accord cartellaire, elle doit permettre notamment de briser le réseau de relations nuisible à la concurrence mis en place entre les responsables des différentes entreprises.

Les exigences de précision de la norme sont satisfaites, dès lors qu'est visée toute personne physique "qui a provoqué une telle infraction, qui l'a commise ou ne l'a pas empêchée en dépit de son obligation juridique". Pour des motifs liés au respect du principe de proportionnalité, la durée maximale de l'interdiction d'exercer une activité est limitée à cinq ans. La limitation ou l'interdiction vise une activité au sein des entreprises dont la participation à un accord illicite en matière de concurrence peut être constatée. La durée, la nature et l'étendue de la limitation de l'activité sont fixées en fonction du besoin concret de protection pour le marché concerné et doivent dans tous les cas être conformes au principe de proportionnalité. A cet égard, il convient également de mettre en balance dans le cas concret, d'une part, la vraisemblance de la récidive et l'éventuel effet nuisible des infractions au droit des cartels et, d'autre part, les préjudices réels qui pourraient être liés à l'interdiction concrète d'exercer une activité.

Aux termes de l'article 52a, alinéa 1, le Tribunal fédéral de la concurrence "peut", sur requête de l'Autorité de la concurrence, "interdire partiellement ou totalement l'exercice d'une activité professionnelle auprès des entreprises ayant participé à l'accord illicite" à la personne responsable (resp. "les valeurs patrimoniales [...] peuvent être confisquées" conformément à l'article 52b, alinéa 1). L'aménagement des dispositions en prescriptions potestatives ne dispense certes pas de vérifier systématiquement que les éléments constitutifs des articles 52a et 52b sont réalisés, mais il permet de renoncer dans certains cas à prononcer des mesures administra-

tives à l'encontre des personnes physiques, voire impose même une telle renonciation. Dans la décision d'imposer une interdiction d'exercer, en particulier dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, le fait qu'un employé ait révélé l'infraction, par exemple sous la forme d'une autodénunciation et d'une coopération avec les autorités, constituera un élément favorable.

Article 52b Confiscation de valeurs patrimoniales

Sur la base du droit en vigueur, le profit présumé qu'une entreprise a réalisé en contrevenant au droit des cartels doit être dûment pris en compte dans le calcul de la sanction (art. 49a LCart). Cette rente cartellaire obtenue par l'entreprise doit être distinguée des avantages patrimoniaux dont ont bénéficié les personnes qui ont provoqué l'infraction au droit des cartels, qui l'ont commise ou ne l'ont pas empêchée en violation d'un devoir juridique. Sur ce point, la conception actuelle de la loi révèle une lacune. D'autres pays ont comblé une telle lacune à l'aide de divers instruments. Si l'on constate la participation d'une entreprise à un cartel horizontal portant sur les prix, les quantités ou la répartition territoriale, le Tribunal fédéral de la concurrence doit pouvoir également confisquer les éventuelles valeurs patrimoniales²⁶ qu'a obtenues une personne physique en provoquant, en commettant ou en n'empêchant pas en violation d'un devoir juridique l'infraction visée à l'article 49a en relation avec l'article 5, alinéa 3 (art. 52b, al. 1, LCart). De telles valeurs patrimoniales pourraient notamment être obtenues si le dirigeant ou l'employé responsables ont bénéficié d'un salaire ou d'un bonus plus élevés sur la base des chiffres commerciaux particulièrement bons découlant précisément de la violation du droit des cartels. La confiscation de valeurs patrimoniales, proposée à l'article 52b LCart et calquée sur la disposition de l'article 35 LFINMA, revêt un caractère compensatoire, mais pas celui d'une sanction à caractère expiatoire.

L'impossibilité de chiffrer le montant des valeurs soumises à la confiscation ne doit pas faire échec à cette dernière. Le Tribunal fédéral de la concurrence peut donc procéder à une estimation de ces valeurs si leur montant ne peut être déterminé ou si cette détermination requiert des moyens disproportionnés (art. 52b, al. 2, LCart).

Le droit d'ordonner la confiscation se prescrit, comme le prévoit la disposition de la LFINMA, par sept ans à compter de la violation des dispositions du droit des cartels (art. 52b, al. 3, LCart).

Article 53 Procédure *[Procédure en cas de sanctions administratives à l'encontre des*

²⁶ Sur l'aménagement de la disposition en prescription potestative („Kann-Vorschrift“), voir les explications correspondantes relatives à l'art. 52a.

entreprises et de mesures administratives à l'encontre des personnes physiques]

Généralités

L'article 53 proposé reprend l'ordre de compétences contenu jusqu'à présent dans l'alinéa 1 et, en outre, comprend un nombre important de normes de procédure, qui sont utilisées aussi bien pour les enquêtes sur les comportements des entreprises menacées par des sanctions administratives en vertu des articles 49a à 52, que pour les procédures liées à l'application de mesures administratives à l'encontre des personnes physiques conformément aux articles 52a et 52b.

Compétence

La compétence de prononcer des mesures administratives doit être confiée à une autorité spécialisée²⁷ ; elle doit également faire l'objet d'une coordination étroite avec la procédure visant l'entreprise (art. 49a LCart)²⁸. Il est dès lors proposé de confier - dans le cadre institutionnel prévu selon la consultation du 30 juin 2010²⁹ - cette compétence au Tribunal de la concurrence, qui se déterminera sur une proposition de l'Autorité de la concurrence (art. 53, al. 1 et 2, LCart) ; cette dernière jouera le rôle d'organe d'enquête et d'accusation. Le cadre institutionnel apparaît ainsi parfaitement adéquat, tant pour les sanctions administratives visant l'entreprise que pour les mesures administratives visant les personnes physiques.

On peut hésiter sur le choix de la législation procédurale. Même si les mesures administratives envisagées dans le présent projet étaient assimilées à des "accusations en matière pénale" au sens de l'article 6 de la CEDH³⁰, la question de la qualification en tant qu'accusation en matière pénale resterait entièrement distincte de celle du droit procédural choisi par le législateur national. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet jugé que des autorités administratives ou des organes non judiciaires statuant en premier ressort pouvaient infliger des sanctions pénales sans enfreindre l'article 6 § 1³¹.

Il est hautement souhaitable que l'autorité saisie de deux procédures parallèles dans le même contexte de faits applique une législation uniforme. Dès lors, étant donné que la PA continue à s'appliquer dans le cadre de procédures dirigées contre les entreprises (art. 39, 53, al. 1, LCart)³², cette même procédure devrait s'appliquer dans le cadre des mesures administratives au sens des articles 52a et 52b LCart³³.

Coordination avec la poursuite dirigée contre l'entreprise

²⁷ Cf. avis de droit Heine/Roth, II. 3.a.

²⁸ Cf. infra, "Coordination avec la poursuite dirigée contre l'entreprise".

²⁹ La question de savoir dans quelle mesure de telles mesures pourraient être édictées dans le cadre de la structure institutionnelle actuelle sera, si nécessaire, examinée ultérieurement.

³⁰ Cf. par exemple Couredh Zaicevs c. Lettonie du 31 juillet 2007, req. 65022/01, § 31.

³¹ Couredh Jussila c. Finlande du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 43.

³² Cf. rapport explicatif du 30 juin 2010, chiffre 1.2.7.

³³ Concernant l'application des garanties conventionnelles, cf. ci-dessus, chiffre 1.1.4.

Un des principaux avantages de la voie de l'imposition de sanctions administratives consiste en la réunion en mains de la même autorité des deux procédures, celle qui est dirigée contre l'entreprise et celle qui est dirigée contre les personnes physiques³⁴.

La personne physique n'a aucun statut particulier dans la procédure visant l'entreprise et vice-versa. Ce sont deux justiciables "poursuivis" simultanément, avec toutefois une finalité et, partant, des conséquences juridiques différentes.

La situation de la personne physique qui représente l'entreprise est toutefois délicate. Dans la mesure où elle peut elle-même faire l'objet d'une procédure conduisant à l'imposition d'une mesure, elle peut être prise dans un conflit d'intérêts entre son intérêt propre et celui du représenté (l'entreprise). De plus, elle peut être amenée dans le cadre de sa représentation à faire des déclarations qui pourront l'exposer à une mesure.

Dès lors, il faut lui reconnaître le droit de refuser de déposer dans le cas où la déposition pourrait avoir un effet "auto-incriminant" pour elle-même. En revanche, elle ne peut refuser de participer à la procédure visant l'entreprise et de répondre aux questions posées par l'autorité d'enquête, lorsque les questions posées et les informations sollicitées ne peuvent pas avoir d'effet sur sa responsabilité personnelle. Ainsi, des indications sur la formation de prix ou sur la genèse d'accords doivent être fournies, tant qu'elles ne conduisent pas à une imputation personnelle. La situation reste délicate, tant que des indications sur l'évolution temporelle des prix peuvent facilement être le résultat des discussions qui ont amené à des variations des prix. Il va de soi que, si l'on reconnaît au représentant le droit de ne pas répondre à des questions qui pourraient avoir un effet sur sa propre responsabilité, cela ne lui interdit en revanche pas de répondre une fois dûment informé des conséquences que ses réponses pourraient avoir sur sa situation personnelle.

Déroulement de la procédure

L'alinéa 1 décrit la séquence : l'enquête est menée par l'Autorité de la concurrence ; à l'issue de celle-ci, le dossier est transmis au Tribunal fédéral de la concurrence pour qu'il statue.

L'alinéa 2 précise le contenu du dossier transmis par l'Autorité de la concurrence.

En principe, la procédure menée contre une entreprise et une procédure menée contre une personne physique sont distinctes. L'alinéa 3 permet toutefois la jonction de ces deux procédures "si une enquête est ouverte pour les mêmes faits ou pour des faits connexes aussi bien à l'encontre des entreprises que des personnes". Cette décision peut être prise tant au stade de l'enquête (par l'Autorité de la concurrence) qu'à celui du jugement. Elle n'est pas susceptible de recours selon l'avis majoritaire de la doctrine. C'est bien entendu une solution discutable, car l'enjeu n'est pas mince. Or, ne pas prévoir de recours est en ligne avec la procédure pénale unifiée (cf. art. 30 CPP, Schmid, Handbuch n. 1505 s.).

³⁴ Cf. supra, "Compétence".

L'alinéa 4 statue que les articles 39 à 44a de la présente loi s'appliquent aux procédures conduites en vertu du présent article.

2.3 Variante B : Sanctions pénales

Article 53a Participation à des accords portant sur les prix, les quantités et la répartition territoriale

Généralités

Si, dans le cadre de la mise en œuvre de la motion Schweiger, le législateur recourt à l'instrument que constituent les sanctions criminelles à l'encontre des personnes physiques, il souligne alors le fait que les infractions graves à la concurrence ne sont pas des peccadilles, mais constituent des atteintes sérieuses à l'ordre public. Dans l'intérêt de la collectivité, il convient de soumettre ces atteintes à des sanctions efficaces. Il y va de la protection, par le biais du droit pénal, d'une concurrence efficace, et en particulier de la capacité de fonctionnement de cette dernière qui revêt une importance tant pour la société que pour les individus. Une telle solution est dans la ligne choisie pour d'autres biens juridiques supra-individuels, notamment pour la protection d'intérêts collectifs par l'article 305bis CP relatif au blanchiment d'argent (ATF 129 IV 322). La menace de sanctions criminelles à l'encontre des personnes physiques doit être un levier supplémentaire pour empêcher les infractions au droit des cartels.

La nouvelle disposition pénale prévue pour les personnes physiques limite la punissabilité à la participation aux accords horizontaux en matière de concurrence, c'est-à-dire aux accords passés entre entreprises occupant le même échelon de l'économie, et portant sur les prix, les quantités et une répartition géographique (comme en ce qui concerne les sanctions à l'encontre des entreprises selon l'article 49a). En effet, il s'est entre-temps avéré que ces cartels horizontaux durs ont des effets particulièrement nuisibles pour la concurrence. Le fait qu'une sanction pénale ne doit viser que des comportements particulièrement répréhensibles n'empêche pas de prévoir des mesures en aval de la sanction pénale qui ne s'appliquent en outre qu'à l'entreprise, afin de sanctionner le caractère répréhensible plus faible des accords verticaux. Tel est *de lege lata* le cas, dans le domaine de responsabilité des entreprises, par le biais d'une sanction administrative des accords verticaux. Une telle différenciation ne constitue pas une exception suisse, et on en retrouve au contraire les caractères fondamentaux dans certains Etats voisins, notamment en Allemagne.

La nouvelle infraction est aménagée sous forme de délit de mise en danger abstraite. L'alternative consistant à rattacher la norme pénale à l'article 5, alinéa 3, LCart, qui à première vue paraît judicieuse, est exclue. En effet, deux raisons s'opposent à ce qu'une telle infraction soit rattachée accessoirement au droit administratif : dans la mesure où la présomption de suppression de la concurrence est maintenue à l'article 5, alinéa 3, LCart, une telle infraction impliquerait une dérogation au principe *in dubio pro reo* qui ne saurait être admise en droit suisse en matière de sanctions pénales. Une association de la norme pénale à des notions juridiques indéterminées violerait en outre le principe de précision des normes (art. 1 CP) en matière de sanctions pénales, car la loi ne décrit pas de manière détaillée ni la notabilité, ni les

gains d'efficacité économique. Comme le montre l'avis de droit Heine/Roth³⁵, ces critères économiques attribuent au pouvoir exécutif et aux instances judiciaires une fonction extrêmement importante en matière de création et de configuration du droit. Or ce n'est pas acceptable dans un Etat de droit sous l'angle de la prévisibilité adéquate des sanctions, et ce en raison de la gravité de l'atteinte causée par les peines privatives de liberté. Néanmoins, la précision des normes ne devant pas être comprise comme un principe rigide, mais comme un principe d'optimisation par rapport au programme législatif en cours, aux destinataires de la norme et aux conséquences juridiques³⁶, on peut sans hésiter appliquer l'article 5 LCart à la sanction des entreprises. En cas d'incertitudes juridiques, l'entreprise (et ainsi, en tout cas indirectement, également l'employé concerné) dispose de la procédure d'opposition.

Il s'ensuit que la poursuite pénale des personnes physiques ne peut être conçue que sous la forme d'un délit de mise en danger abstraite. Le législateur doit considérer les accords horizontaux en matière de concurrence comme si dangereux *per se* qu'il les interdit de manière générale. L'appréciation d'un comportement n'est toutefois pas toujours chose aisée. Ainsi, par exemple, l'absence d'exploitation d'un segment géographique du marché peut relever d'une concertation, mais également découler du calcul des frais de transport des entreprises. Le fait de ne pas déposer une offre ne suffit pas en soi à justifier l'application de cette disposition, et il faut, pour cela, apporter la preuve que les soumissionnaires potentiels ont eu des contacts. L'aménagement sous forme de délit de mise en danger a pour conséquence que la loi sur les cartels doit abandonner, en ce qui concerne les personnes physiques, le principe de l'abus jusqu'alors applicable aux entreprises ; une telle infraction de mise en danger abstraite implique l'introduction d'une interdiction *per se* en ce qui concerne les personnes physiques. Il n'existe aucune alternative à cette solution. Un tel changement de perspective correspond cependant à la législation en vigueur dans de nombreux Etats européens.

L'article 53a LCart a pour but d'éviter les situations liées à des accords horizontaux accroissant le risque d'une atteinte à la libre concurrence. Le fait de rendre cet acte punissable en soi sous la forme d'un délit de mise en danger abstraite peut générer certains dangers de surpénalisation. En raison du rattachement étroit de cette norme à la LCart, il y aura lieu de tenir compte des spécificités de cette dernière dans le cadre des sanctions visant les personnes physiques également. Le risque d'aboutir à une pénalisation excessive est relativisé par le fait, comme cela a été relevé précédemment, que seules les situations particulièrement préjudiciables pour l'économie sont concernées. Ainsi, l'article 53a LCart ne se rapporte-t-il qu'aux accords cartellaires les plus nuisibles et dont l'aspect préjudiciable se confirme en règle générale au cours des procédures menées par les autorités. Deuxièmement, les entreprises sont libres d'annoncer aux autorités de la concurrence les accords horizontaux planifiés (procédure d'opposition) de façon à permettre aux collaborateurs ou au responsable concernés de savoir dans quelle mesure le projet est susceptible de présenter des problèmes du point de vue du droit de la concurrence.

³⁵ Avis de droit, Heine/Roth, II. 1. a. aa.

³⁶ Voir à ce sujet les juges nommés récemment à la Cour constitutionnelle allemande Hassemer/Dallmeyer, *Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbussen und das Grundgesetz*, 2010, 21 ss.

En troisième lieu, la procédure visant les personnes physiques présente un certain aspect accessoire découlant, d'une part, de la position de l'article 53a LCart au niveau de la systématique de la loi, et d'autre part, du fait qu'une enquête pénale ne peut être ouverte qu'avec l'accord des autorités administratives. L'exigence de cet aval a pour but d'éviter que le Ministère public poursuive un comportement ne présentant manifestement aucun risque pour la concurrence. Pour empêcher une sanction dans les cas où il n'y a aucune restriction grave à la concurrence, il est prévu, comme moyen de garantie supplémentaire, que les procédures pénales soient classées lorsqu'aucune sanction administrative n'est prononcée dans la procédures à l'encontre de l'entreprise (cf. art. 53b, al. 7).

Cercle des auteurs

La formulation de la loi en ce qui concerne le cercle des auteurs s'avère problématique. Pour déterminer qui est susceptible de revêtir la qualité d'auteur d'une infraction au droit des cartels, le critère déterminant est le fait de savoir si une telle infraction peut être commise par tout un chacun ou uniquement par certaines personnes au sein d'une entreprise. A cet égard, il convient de tenir compte du fait que la loi sur les cartels vise les entreprises (art. 2, al. 1, LCart). Selon les principes généraux du droit pénal, l'article 29 CP s'applique impérativement à la punissabilité des personnes physiques. Dans la mesure où seul le destinataire d'une interdiction peut y contrevenir, l'infraction à la LCart constitue un délit spécial que seul le propriétaire d'une entreprise ou les organes, les associés, les collaborateurs disposant d'un pouvoir de décision indépendant ou les dirigeants effectifs agissant pour le compte de celui-ci au sens de l'article 29 CP peuvent commettre. Les personnes impliquées ne faisant pas partie du cercle cité à l'article 29 CP, à savoir les employés du management moyen et inférieur qui ne remplissent pas les conditions de l'article 29 CP, tombent sous le coup de l'article 26 CP (Participation à un délit propre). Cela signifie que ces personnes ne répondent pénalement qu'au titre de complices (art. 25 CP) et que leur sanction doit obligatoirement être atténuée. L'article 26 de la nouvelle partie générale a clarifié l'imbraglio actuel grâce à une réglementation simple.

Omission

La motion Schweiger vise à pénaliser la participation "active" aux accords cartellaires. Cela n'exclut pas la punissabilité pour une omission grave et contraire aux devoirs juridiques. Aux conditions de l'article 11 CP, est punissable le fait, pour des dirigeants, de ne pas empêcher leurs subordonnés de commettre des infractions au droit des cartels³⁷. Dès lors, les cas graves de non-empêchement d'infractions au droit des cartels sont assimilés, sous l'aspect de la préjudiciabilité, à un comportement actif. Il n'y a pas de raison de déroger, en matière de cartels, à ce principe général du droit pénal suisse. Sur le plan juridique, sont visées toutes les personnes assumant des tâches de gestion substantielles. Sur le plan pénal, ce sont non seule-

³⁷ Sont applicables à cet égard les principes de la responsabilité de l'employeur, tels qu'ils ont été développés par le Tribunal fédéral, cf. ATF 96 IV 155, Bührle, et ATF 122 IV 103, von-Roll.

ment les personnes faisant partie du cercle cité à l'article 29 CP qui peuvent voir leur responsabilité engagée, mais également, conformément à l'importance que prennent désormais les mesures de conformité, le responsable de la politique de conformité de l'entreprise (*compliance officer*).

Négligence

Conformément à la motion Schweiger, la punissabilité se limite aux infractions intentionnelles³⁸. Il n'y a pas lieu de s'attendre à des lacunes choquantes en matière de sanctions, ce d'autant plus que la punissabilité des infractions intentionnelles s'étend aussi aux cas dans lesquels l'intéressé accepte la possibilité d'une infraction au droit des cartels. Sur le plan pratique, néanmoins, le cas de la violation par négligence du devoir de surveillance pourrait revêtir une importance significative. La pénalisation s'étendrait toutefois de manière disproportionnée si elle visait tous les cas de négligence dite inconsciente. C'est pourquoi, à l'étranger également, la punissabilité ne concerne qu'occasionnellement des comportements par négligence, étant précisé que les formes légères de négligence sont souvent exclues par la loi qui exige expressément une négligence grave. Jusqu'alors, le système pénal suisse ne connaissait pas une telle solution pourtant digne d'être préconisée.

Article 53a, alinéa 2

L'article 53a LCart vise à éviter que des entreprises situées sur le même échelon commercial concluent des accords sur des prix, des quantités ou une répartition territoriale et risquent dès lors de porter préjudice à la concurrence. Comme un tel arrangement est vu comme un délit de mise en danger abstraite, une interdiction *per se* pour les personnes physiques sera introduite. Aucune preuve d'abus ou d'atteinte à la concurrence n'est nécessaire. La notion de mise en danger abstraite permet d'appréhender potentiellement les actes qui précèdent notablement la mise en œuvre du contenu des accords mettant concrètement en danger la concurrence ou lui portant effectivement atteinte. De ce point de vue, le nouvel état de fait de mise en danger abstraite englobe déjà, d'un point de vue structurel, les actes relevant de la tentative tendant à porter préjudice au bien qu'est "la concurrence". Cette raison suffit en soi à renoncer à toute pénalisation complémentaire de la tentative s'agissant des comportements déjà appréhendés par l'article 53a LCart.

Un regard accordé aux systèmes juridiques des Etats voisins confirme cette façon de voir. Les accords passés en matière d'adjudications (accords de soumissions) sont à ce titre révélateurs. Bien que le danger lié à ces ententes soit largement reconnu, le droit pénal allemand intervient contre les accords de soumission entravant la concurrence (§ 298 StGB allemand) tendanciellement plus tard que ce que prévoit l'article 53a, alinéa 1, LCart. Selon le droit allemand, l'acte ne devient punissable qu'au moment où, d'une part, un accord a été passé, et d'autre part, une offre est parvenue à l'adjudicateur sur la base de cet accord³⁹. En Suisse également, la remise

³⁸ Voir également Heinemann, loc. cit., 615.

³⁹ Heine, in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28^e éd., Munich 2010, § 298 N 8, 19 avec références.

d'une offre à un adjudicateur⁴⁰ sur la base d'un accord de coopération entre concurrents tomberait dans le champ du nouvel article 53a, alinéa 1, LCart, pour autant que l'adjudicateur n'ait pas été informé de cette coopération⁴¹. Les consortiums de soumissionnaires ainsi que les adjudications communes effectuées par des services d'achat (coopératives d'achat) au sens des articles 2c et 21 de l'ordonnance sur les marchés publics ne devraient pas constituer un état de fait constitutif de la nouvelle infraction et devraient ainsi être exclues du champ d'influence de l'interdiction *per se*. Cette exemption de poursuite s'applique seulement à la poursuite pénale des collaborateurs. Les soumissionnaires appartenant à un consortium de soumission et bloquant la concurrence sur un marché (en intégrant par exemple tous les concurrents du marché) peuvent toujours être soumis à une enquête administrative.

Article 53a, alinéa 3

La décision de principe permettant aux personnes physiques de pouvoir elles aussi se prévaloir du bénéfice d'une réduction de sanction dans le cas de la mise au jour et de la suppression de l'accord en matière de concurrence ("programme de clémence"), doit être codifiée dans la loi. La formulation de l'article 53a, alinéa 3, s'inspire fortement de la disposition relative au programme de clémence prévue à l'article 49a, alinéa 2, et garantit ainsi la concordance nécessaire entre clémence à l'égard des entreprises et des personnes physiques.

Généralités

L'introduction de sanctions pénales nécessite d'élargir aux personnes physiques le champ d'application du programme de clémence prévu à l'article 49a, alinéa 2, LCart et dont le détail figure aux articles 8 et suivants de l'ordonnance sur les sanctions LCart. Cet élargissement est certes nécessaire pour des raisons de mise en œuvre du droit, mais constitue cependant, sous cette forme, une nouveauté au regard de l'ordre juridique suisse pris dans son ensemble⁴².

Le droit actuel des cartels propose aux entreprises s'annonçant spontanément un programme de clémence avec, à la clé, la possibilité de se voir exempter de toute sanction. La pertinence de cet instrument internationalement reconnu dont le but est d'affaiblir la position des cartels a largement été démontrée depuis son introduction lors de la dernière révision de la LCart. L'examen d'une mise en œuvre de la variante pénale prévoyant un régime de sanctions à l'égard des personnes physique

⁴⁰ L'offre peut également être remise dans le cadre d'autres relations horizontales (par exemple lors d'ententes sur les rabais).

⁴¹ D'après le livre vert également, il devient important d'indiquer à la contrepartie du marché si une offre a été soumise seule, c.-à-d. si elle a été déposée indépendamment d'autres soumissionnaires (cf. Le LIVRE VERT, Sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de contrats publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performants, 27 janvier 2011, COM(2011) 15 définitif, Prévenir les comportements anticoncurrentiels <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:FR:PDF>.

⁴² Il convient cependant de considérer l'article 13 DPA, la réglementation de l'amnistie fiscale et la procédure simplifiée selon la procédure pénale (voir Heine, ch. 1.1.4).

fait apparaître, s'agissant de sa compatibilité avec le programme de clémence, les dilemmes suivants :

- Si les programmes de clémence proposés aux entreprises s'autodénonçant devaient se maintenir, la nécessité d'introduire – également – de tels programmes (ou d'autres procédés analogues tels que la compétence exclusive de poursuivre certaines infractions, les interdictions d'utiliser certains moyens de preuve, etc.) pour les personnes physiques ayant contribué à découvrir ou à démanteler une restriction à la concurrence serait incontournable, dût-on prévoir un régime de sanctions à leur égard. Or, avec l'introduction d'un programme de clémence de ce genre, certains principes juridiques généralement applicables seraient remis en cause. En effet, le droit suisse ne connaît pas (à ce jour, mis à part l'amnistie fiscale) de programme de clémence applicable aux personnes physiques. Dans son rapport de 1997 sur l'unification de la procédure pénale, la commission d'experts s'inquiétait déjà des effets possibles d'une introduction dans le système suisse d'un régime de clémence. Elle craignait qu'il génère "une pression démesurée, qui soit contraire aux principes de l'égalité de traitement et de la légalité et qui ébranle la confiance de la population en l'ordre juridique établi." Sur la base de ces considérations, il y a lieu de se demander si le droit (pénal) des cartels requiert réellement l'adoption d'un régime spécial.
- Si l'on en restait en revanche à l'usage actuel en renonçant à adopter un régime de clémence en faveur des personnes physiques, le système des programmes de clémence destiné aux entreprises s'en trouverait affaibli. Cette dichotomie de traitement conduirait à des résultats intenable. En effet, l'organe ou le collaborateur d'une société qui déposerait une "annonce" auprès de l'autorité permettrait certes à son entreprise d'éviter une sanction, mais s'exposerait lui-même à une peine. Les organes et collaborateurs d'une entreprise seraient ainsi dissuadés de contribuer, au sein de l'entreprise, à la mise à jour ou à la cessation de restrictions à la concurrence, ce qui aurait pour effet regrettable d'entraver – ou même de rendre impossible – le bon déroulement des programmes de conformité de l'entreprise. En outre, organes et collaborateurs n'auraient plus, à l'avenir, aucun intérêt de procéder à une autodénonciation de sorte que l'entreprise ne serait plus en mesure de profiter du programme de clémence ni de la possibilité d'éviter une sanction. Il serait incompréhensible qu'une entreprise procédant à une autodénonciation profite de l'exemption, mais que son collaborateur soit condamné en raison de l'information qu'il aura fournie.

En conséquence, si l'on renonçait à introduire un système de clémence en faveur des personnes physiques, les programmes de clémence actuels destinés aux entreprises – et fonctionnant parfaitement – perdraient largement leur raison d'être. L'un des piliers du droit actuel des cartels serait remis en cause. Sans la possibilité d'aller jusqu'à l'exemption de sanction pour les membres de l'entreprise en cas d'autodénonciation, la réforme constituerait un échec pour le système de la concurrence. Parallèlement, le Conseil fédéral est toutefois opposé, pour des considérations générales de droit politique, à ce qu'un tel système mène à une exemption totale de sanction en cas de violations graves du droit. Par analogie avec

la situation de l'entreprise, on devra au moins faire une distinction en fonction du rôle des participants à une entente cartellaire.

Les autres possibilités pour maintenir le programme de clémence opérationnel, telle par exemple une interdiction absolue d'utiliser des moyens de preuve, ne sont pas préconisées (voir plus en détail l'avis de droit Heine/Roth, 71). La renonciation à un programme de clémence ne constitue pas davantage une solution. En effet, on ne vient pas sans autre à bout du problème fondamental que constituent le caractère secret des accords cartellaires et, partant, le défaut d'information des autorités compétentes, notamment par le biais d'une mise en œuvre rigoureuse du devoir de renseigner (art. 40 LCart). Car une telle application de l'article 40 LCart serait purement et simplement contraire au droit international public eu égard aux sanctions privatives de liberté prononcées à l'encontre des personnes physiques (voir plus en détail l'avis de droit Heine/Roth, 72).

Effets de l'autodénunciation

Bien que l'ordonnance sur les sanctions LCart du 12 mars 2004 ne règle pas ce point expressément, la pratique est, à juste titre, partie du principe que l'annonce ne pouvait être effectuée valablement que par les personnes physiques habilitées à engager l'entreprise sur le plan juridique, car seule l'entreprise est sujet de droit de la LCart (art. 2, al. 1, LCart), si bien que la sécurité juridique et le droit imposent que seules entrent en ligne de compte les personnes habilitées à représenter et à engager juridiquement l'entreprise.

La punissabilité des personnes physiques du fait des infractions au droit des cartels soulève de nouvelles questions, car le cercle des auteurs potentiels est plus large que celui des organes et que des problématiques de coordination d'un nouveau genre, liées à l'apparition des personnes physiques sur la scène des responsabilités, devront être élucidées.

Des motifs liés à une mise au jour efficace des infractions au droit des cartels semblent, dans un premier temps, plaider en faveur d'un effet individuel (effet uniquement pour la personne physique ou l'entreprise effectuant l'annonce). En effet, un effet individuel conduirait à une véritable "course de vitesse" : les entreprises devraient s'efforcer d'annoncer leur comportement contraire à la concurrence avant leurs employés, et inversement. Une telle solution aurait cependant de lourdes conséquences pour la culture entrepreneuriale suisse. Car une ordonnance instaurerait alors au niveau national un climat structurel de méfiance générale en matière d'activités commerciales. A cet égard, il faut prendre en considération des doutes de la commission d'experts mentionnés en début de paragraphe. C'est pourquoi, il convient de retenir un double effet de l'annonce, visant les entreprises et les personnes physiques au sein d'une unité entrepreneuriale.

S'agissant de la rupture de l'effet conjoint de la dénonciation, deux cas de figures apparaissent en premier lieu. Dans le premier cas, un cadre ou un collaborateur d'une entreprise dénonce à l'autorité de concurrence – faisant fi de la décision

prise à cet égard par l'un des organes de la société – une situation illicite observée sur son lieu de travail. Voici un exemple : lorsqu'un organe de direction collectif d'une entreprise décide de ne pas s'autodénoncer, mais qu'un cadre ou collaborateur de l'entreprise procède à une dénonciation malgré tout, parce qu'il juge le risque d'une découverte et ses conséquences juridiques autrement que l'organe de direction, il serait particulier d'étendre les effets de la dénonciation à l'entreprise – et de lui reconnaître un acte de civilité juridique – alors qu'elle a justement renoncé à s'autodénoncer. Il paraît justifié, dans un tel cas, de ne faire bénéficier que le cadre ou le collaborateur dénonciateur de la relaxe, et non l'entreprise. L'autre cas de figure concerne le cadre ou collaborateur qui, se détachant clairement de la philosophie de son entreprise et des règles de conformité en place, participe à une entente répréhensible, sans que l'entreprise soit au courant de ce fait, l'ait voulu ou encore toléré par négligence. Dans ce cas également, il semble plus juste de ne pas appliquer les effets de l'autodénonciation à l'entreprise et au collaborateur et d'exclure de la clémence le collaborateur.

En conséquence, le régime de clémence doit, conformément aux articles 23 CP et 13 DPA, lorsque plusieurs personnes d'une même entreprise sont concernées, s'appliquer *ad personam* dans la mesure où chaque personne sera jugée individuellement sur le fait de savoir dans quelle mesure elle remplit ou non les conditions d'une remise ou d'une réduction de sanction (cessation du comportement, coopération entière avec l'autorité pendant la durée complète de la procédure, etc.). Le processus équivaut à renoncer à l'application d'une peine de droit pénal. Cette exemption de peine ne peut pas être obtenue par répercussion du comportement d'une autre personne physique. S'agissant des sanctions pénales, au contraire, seule la décision propre et autonome de la personne constitue la condition nécessaire justifiant une éventuelle remise ou réduction de peine.

En ce sens, la réglementation liée au programme de clémence doit s'appliquer aux employés, respectivement aux dirigeants, dénonciateurs qui portent le comportement illicite sur leur lieu de travail à la connaissance de l'Autorité de la concurrence, à l'organe qui s'autodénonce, ainsi qu'à l'organe qui s'autodénonce, mais veut que le dirigeant ayant échappé à tout contrôle soit poursuivi. Une réglementation adéquate devra être introduite au niveau de l'ordonnance. Elle réglementera entre autres que ce ne soit pas l'entreprise qui décide qui est exclu d'une dénonciation de l'entreprise libérant les employés, à condition que l'on admette de telles exclusions.

Article 53a, alinéa 4, lettres a à c

L'alinéa 4 prévoit, dans les cas énumérés aux lettres a à c, que la participation à des accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition du territoire n'engagent aucune poursuite pénale ; il s'inspire à ce titre de l'actuel article 49a, alinéa 3. L'introduction de la renonciation à une poursuite pénale permet d'éviter que seule l'entreprise soit exempte d'une sanction – comme le prévoit le régime actuel –, mais que ses collaborateurs s'exposent dorénavant à une peine. La situation contraire produirait une incohérence dans l'appréciation morale et porterait un

préjudice énorme au fonctionnement de deux des instruments actuels de la LCart (procédure d'opposition et autorisation exceptionnelle – via le Conseil fédéral – d'une restriction à la concurrence). Malgré l'effet bénéfique d'une autodénonciation ou l'autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral, une entreprise pourrait être incitée à renoncer à conclure de telles ententes si ses collaborateurs devaient demeurer exposés à une sanction pénale selon l'article 53a. Dans le cas d'accords horizontaux sur les prix, les quantités ou la répartition du territoire, ces deux instruments deviendraient lettre morte pour l'entreprise.

Article 53a, alinéa 5

Contrairement à ce que prévoient certains ordres juridiques étrangers, il n'y a pas lieu d'inclure la concurrence étrangère en tant que telle dans le champ d'application du droit pénal suisse, ce d'autant plus que cela s'avèrerait problématique sous l'angle du droit international public. Il en va autrement en revanche si et dans la mesure où des accords conclus à l'étranger et contraires à la concurrence déploient des effets sur le marché suisse. Dans un tel cas, il existe un facteur de rattachement national qui écarte toute objection relevant du droit international public. L'aménagement de l'article 53a en délit de mise en danger abstraite exige une réglementation légale. En effet, les éléments constitutifs des délits de mise en danger abstraite n'exigent pas un résultat, à savoir l'atteinte au bien juridique qu'est la concurrence. Faute de mention d'un tel résultat dans les éléments constitutifs objectifs de l'infraction, le Tribunal fédéral refuse, selon une jurisprudence constante, de retenir que les conditions du principe de territorialité au sens de l'article 8 CP sont réalisées. C'est pourquoi, l'article 53a ne serait pas applicable à un accord conclu à l'étranger, mais déployant des effets dommageables en Suisse, dans la mesure où aucune autre activité de participation, telle que la remise d'une offre excessive lors d'un cartel portant sur des soumissions, n'a été entreprise en Suisse, par exemple dans le cadre de la mise en œuvre de l'accord. Une réglementation légale expresse est dès lors nécessaire. L'article 53a, alinéa 5, comble cette lacune. Il renvoie à l'article 2, alinéa 2, LCart et harmonise ainsi la disposition pénale avec les autres approches de la LCart par rapport aux faits présentant des liens avec l'étranger.

Article 53b Procédure
[Procédure en cas de sanctions pénales directes à l'encontre de
personnes physiques]

Questions institutionnelles et procédurales (art. 53b, al. 1)

Il est proposé de *ne pas confier* au Tribunal de la concurrence la compétence d'infliger des sanctions pénales. Donner les compétences en matière de répression administrative et de répression pénale au même tribunal (le Tribunal de la concurrence) présenterait certes de gros avantages sous l'angle de l'unité de la procédure in concreto. En revanche, le tableau n'est pas aussi net sous l'angle de l'unité de la loi de procédure applicable. Comme rappelé ci-dessus, la PA s'applique

et continuera à s'appliquer aux procédures administratives répressives (art. 49a ss LCart). Si le Tribunal de la concurrence devait infliger à la fois des sanctions administratives aux entreprises et des sanctions pénales aux particuliers, et dans la mesure où il est exclu d'appliquer la PA dans une procédure pénale visant une personne physique, le choix serait entre deux solutions défavorables : i) appliquer une loi de procédure pénale (CPP ou DPA) aux procédures de sanction administrative ; ii) appliquer deux lois différentes dans deux procédures menées de pair.

De plus, ni la DPA, conçue pour être utilisée par une "administration", ni le CPP, qui ne saurait être appliqué par une autorité administrative indépendante comme l'Autorité de la concurrence, ne seraient appropriés en ce qui concerne la poursuite des entreprises.

Il convient d'écarter également la solution consistant à confier la compétence de sanctionner les personnes physiques aux cantons. En effet, la matière est éminemment spécifique et la spécialisation ferait défaut dans la plupart des cantons. Les risques d'éclatement de la politique de la répression et d'inégalités de traitement de cas similaires est aigu, d'autant plus que, vu le tissu économique et industriel de la Suisse, de nombreux cantons pourraient être concernés par la même poursuite d'une entente horizontale.

Le choix reste donc entre i) une instruction et une éventuelle mise en accusation par le Ministère public de la Confédération, suivie d'un jugement de première instance par la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral (TPF) (solution TPF) et ii) l'application de la DPA, la compétence étant confiée soit au Département de l'économie (le Département), soit au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) (solution DPA). Les deux solutions présentent des avantages et des inconvénients. Il est proposé de choisir la solution TPF, qui permet d'appliquer le CPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, plutôt que la DPA, loi relativement ancienne et dès lors moins respectueuse des droits individuels (art. 53b, al. 1). Il paraît également nécessaire de soustraire la procédure pénale à toute influence politique. Le Ministère public de la Confédération dispose de moyens d'instruction étendus et peut faire appel à des mesures de contrainte qui font l'objet d'une réglementation toute neuve. Enfin, la séparation entre instruction et mise en accusation d'une part et jugement d'autre part est assurée de manière optimale.

En cas de poursuite pénale, le Ministère public de la Confédération appliquera sans restrictions le CPP. Les dispositions sur la représentation de l'entreprise devraient toutefois en tant que telles rester lettre morte, puisque l'entreprise fait ou aura fait l'objet d'une procédure distincte conduite par l'Autorité de la concurrence. Il n'est toutefois pas nécessaire de prévoir une dérogation explicite.

Le CPP donne à la personne poursuivie des droits relativement étendus lors de l'exécution de mesures de contrainte. L'exécution de telles mesures dans le cadre d'une procédure menée contre l'entreprise qui emploie cette personne ne doit pas avoir pour effet de contourner les garanties du CPP. Un tel contournement aurait pour conséquence l'inutilisabilité des informations recueillies grâce à la mesure de contrainte dans le cadre de la procédure dirigée contre la personne physique. Le problème est très difficile à résoudre.

Notamment la mise en œuvre du droit au silence, reconnu à toute personne faisant l'objet d'une poursuite pénale (cf. art. 113 et 158, al. 1, let. b, CPP) présente des particularités et des difficultés dans le contexte de deux procédures distinctes, menées devant des autorités différentes, mais portant sur un état de faits similaire.

Les déclarations auto-incriminantes faites dans le cadre d'une autre procédure (en particulier dans le cadre de la procédure conduite contre l'entreprise) ne peuvent être prises en considération que si les garanties accordées dans le cadre de cette procédure sont équivalentes à celles qui ont cours dans la procédure pénale (cf. *mutatis mutandis* l'article 12, alinéa 3, du Règlement R 1/2003 de l'UE⁴³). L'apport de pièces établies dans une autre procédure est réglé de manière lacunaire par le CPP. L'article 139, alinéa 2, CPP se contente d'affirmer qu'"il n'y a pas lieu d'administrer des preuves sur des faits (...) déjà suffisamment prouvés", ce qui signifie selon le texte italien, le plus complet, de la disposition "già comprovati sotto il profilo giuridico". Autrement dit, les éléments de preuve doivent être admis sans nouvelle administration lorsqu'ils ont été établis dans une procédure qui respecte les principes généraux applicables en procédure pénale (droit de participer à l'administration des preuves, information sur le droit de ne pas s'incriminer⁴⁴).

Si cette condition n'est pas respectée, les déclarations doivent être renouvelées après avoir été précédées d'une information sur le droit de ne pas répondre aux questions posées (art. 158, al. 1, let. b, CPP). Aussi artificiel que cela puisse paraître, les déclarations préalables ont ainsi un statut analogue à celui d'une dénonciation visant une personne, sur laquelle l'autorité d'instruction est habilitée à demander au prévenu de se déterminer. Une déclaration non confirmée est inutilisable comme moyen de preuve.

Si elle a le droit de ne pas déposer, la personne physique susceptible de faire l'objet d'une poursuite n'a en revanche pas l'obligation de se taire, si ce n'est dans le cadre du devoir de loyauté et de fidélité qui la lie à l'entreprise. Elle peut donc se trouver dans un conflit d'intérêts ou de loyautés, qu'il est toutefois impossible de régler par la voie législative (la variante A pose des problèmes similaires).

Concernant les droits des personnes physiques dans le cadre de la procédure administrative dirigée contre l'entreprise, nous renvoyons à l'avis de droit⁴⁵.

Concertation (art. 53b, al. 2)

L'unité nécessaire de la politique de la répression est garantie par l'article 53b, alinéa 2, LCart, qui impose l'accord de l'Autorité de la concurrence pour l'ouverture de l'instruction.

⁴³ Les informations recueillies dans le cadre d'une poursuite visant une entreprise à l'échelon européen ne peuvent être "utilisées comme moyen de preuve" dans une procédure nationale que lorsque "les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles (nationales) de l'autorité destinataire." (JO L 1 du 4 janvier 2003, p. 1).

⁴⁴ Cf. Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zurich 2009, n. 781.

⁴⁵ Cf. avis de droit Heine/Roth, II.2.5.a.

Compte tenu du fait que l'infraction visée à l'article 53a est conçue comme une interdiction *per se* et va ainsi plus loin que l'article 5 concernant l'entreprise, le Ministère public de la Confédération devrait de manière générale prendre en considération, lorsqu'il engage une procédure, la pratique des autorités de concurrence et ne pas appliquer l'article 53a de manière excessive. Une pratique empreinte de retenue lors de l'ouverture d'enquêtes pénales dirigées contre des personnes physiques au sens de l'article 53a contribue à éviter que les autorités et les tribunaux ne tournent à vide. Afin d'éviter les différences de traitement entre les entreprises et les personnes physiques, la loi sur les cartels révisée prévoit en outre différents instruments, tels que la procédure d'opposition et l'approbation exigée au présent alinéa 2. A cela s'ajoute la garantie de classer une procédure pénale si, dans le cadre d'une procédure à l'encontre de l'entreprise, aucune sanction administrative selon l'article 49a n'est prononcée (cf. art. 53b, al. 3, deuxième phrase et al.7).

La coordination des mesures de contrainte effectuées dans le cadre des deux procédures est particulièrement importante et délicate. Une telle coordination doit être garantie dès la première démarche mettant en contact l'une des deux autorités avec l'entreprise soupçonnée et ses employés. En effet, en raison de l'indépendance des procédures, la poursuite contre la personne physique peut précéder ou suivre la poursuite de l'entreprise, ou les deux peuvent être menées en parallèle. Les problèmes de coordination et de garanties des droits individuels de la personne physique se présentent différemment selon la séquence choisie.

Les garanties ne peuvent découler que de l'ouverture d'une instruction formelle au sens de l'article 309 CPP. En effet, si l'Autorité de la concurrence identifie, dans le cadre de l'enquête qu'elle mène sur une entreprise, une personne physique contre laquelle existent des soupçons de commission de l'infraction de l'article 53a LCart, cela ne suffit pas à conférer à cette personne le statut de prévenu au sens de l'article 111 CPP ; l'Autorité de la concurrence ne saurait en effet être assimilée à cette fin à la police ou à l'autorité d'instruction pénale. Si la poursuite contre la personne physique n'intervient qu'après ou lors de la dernière phase de la procédure menée contre l'entreprise, un problème supplémentaire se pose : la ou les personnes physiques éventuellement exposées à une poursuite pénale n'auront pas encore été identifiées au moment où, par exemple, une mesure de contrainte est ordonnée contre l'entreprise (art. 42 LCart). Dans ce cas, les différences entre les procédures prévues par la DPA, applicables aux mesures de contrainte exécutées en application de la LCart (art. 42 al. 2), et les procédures prévues par le CPP conduisent à un risque d'inutilisabilité des pièces recueillies en application de la DPA⁴⁶.

Il s'y ajoute que l'existence de deux procédures distinctes ne doit pas avoir pour effet de contourner les règles générales et particulières établies par le CPP pour les mesures de contrainte (en particulier, à propos des perquisitions, art. 241 à 242 et 244 à 248), même si le CPP se montre relativement généreux à l'égard de l'utilisabilité des "découvertes fortuites" (art. 243). L'on rappellera à ce propos que l'article 3 CPP garantit la bonne foi des autorités pénales et proscriit fermement l'abus de droit.

⁴⁶ Ainsi articles 247 CPPS ; 244 CPPS vs 48-49 DPA.

Au bout du compte, la solution consistera le plus souvent à ouvrir les deux procédures simultanément. Les employés bénéficient alors de la protection offerte par les garanties de procédure du CPP.

Coordination (art. 53b, al. 3 à 6)

Les alinéas 3 à 6 portent sur les modalités de la collaboration une fois que les deux procédures sont ouvertes, et non sur l'ouverture de la poursuite pénale, qui requiert l'accord des deux autorités – Ministère public de la Confédération et Autorité de la concurrence – concernées (art. 53b al. 2). Les alinéas 3 et 4 énoncent les principes généraux, auxquels des exceptions sont prévues par l'alinéa 5.

L'alinéa 3 présente un lien avec la procédure à l'encontre de l'entreprise. En effet, il faut attendre avec la condamnation de la personne accusée pour voir si aucune sanction n'est déclarée dans la procédure à l'encontre de l'entreprise du fait que l'entreprise a fait valoir avec succès que l'accord était négligeable ou justifié pour des raisons d'efficacité économique. Il s'avérera alors si, à cause de cette condition, la personne poursuivie pénalement obtient une position de partie dans la procédure à l'encontre de l'entreprise. Si cela est le cas, la procédure à l'encontre de l'entreprise serait sérieusement compliquée et également systématiquement retardée par les objections de la personne poursuivie pénalement, puisque celle-ci, avec de telles objections, pourrait faire en sorte que la procédure engagée à son encontre soit classée par prescription. L'interprétation de l'article de loi montre en effet qu'on doit attendre la décision du Tribunal fédéral en ce qui concerne la plainte dans le domaine administratif. Inversement, une personne physique qui avoue sa faute et souhaite disposer le plus rapidement possible de précisions concernant la procédure pénale, devrait, dans ces conditions, attendre plusieurs années sur son jugement de première instance, alors que ce dernier peut seulement être prononcé une fois que le jugement (de dernière instance) à l'encontre de l'entreprise est définitif.

L'alinéa 5 reprend l'article 40 LFINMA moyennant une adaptation et certaines simplifications.

Au titre de ces dernières, il paraît inutile de préciser que les informations que l'Autorité de la concurrence peut ne pas communiquer au Ministère public de la Confédération ne sont pas publiques. Les termes "ne pas communiquer" sont substitués à "refuser de communiquer" dans la mesure où ces derniers laissent entendre que l'Autorité de la concurrence pourrait s'abstenir de fournir des informations seulement si le Ministère public les demande. Or, l'article 53b, alinéa 4, établit un devoir de collaboration, qui englobe la collaboration spontanée.

Il est nécessaire de préciser, à l'alinéa 5, que la transmission d'informations pourrait mettre en péril une autre procédure, menée contre une entreprise autre que celle dont la personne dénoncée est un organe, un collaborateur ou un dirigeant au sens de l'article 29 CP. La non-transmission ne porte pas d'atteinte à l'égalité des armes puisque le Ministère public ne dispose pas non plus de l'information. La non-transmission n'est bien entendu possible que si l'information en question n'est pas essentielle dans la procédure ouverte par le Ministère public contre la personne dénoncée et que son "utilité potentielle" est réduite. L'Autorité de la concurrence a de plus alors également la possibilité de ne pas transmettre des informations au

Ministère public, si leur transmission devait mettre en péril le fonctionnement du programme de clémence. De plus, l'Autorité de la concurrence peut s'abstenir de transmettre des informations au Ministère public ou ne pas communiquer ses actions, dans la mesure où la transmission concerne les témoignages de personnes qui peuvent se réclamer, dans une procédure pénale, du droit au silence ou à ne pas contribuer à sa propre condamnation, tant que ces personnes s'opposent à une telle transmission.

Enfin, le terme "communication" a été substitué au mot "collaboration" de l'article 40 LFINMA, car il est plus précis et manifeste bien que la collaboration est la règle, et la non-communication (ou non-collaboration), l'exception.

L'alinéa 6 prévoit une procédure d'arbitrage des différends entre autorités, dont il est impossible de dresser un catalogue par voie législative. Cet arbitrage est confié au Tribunal administratif fédéral, pour deux raisons. D'une part cette juridiction n'aura pas à connaître des dossiers individuels ; d'autre part, les questions d'entraide entre autorités relèvent généralement du droit administratif.

Classement d'une procédure (art. 53b, al. 7)

L'arrangement comme norme pénale oblige, pour des raisons de détermination et de prévisibilité, une formulation de l'état de fait dans le cas de personnes physiques qui soit libre d'examen concernant l'importance économique d'un accord ou la légitimation d'un accord pour des raisons d'efficacité économique. En effet, seule l'entreprise dispose des informations nécessaires pour pouvoir évaluer ces éléments. Pour que cette situation n'ait pas lieu – à savoir la situation dans laquelle l'entreprise, grâce à de telles constatations, reste exemptée de sanctions et l'employé est cependant condamné en vertu de la norme pénale plus sévère – l'alinéa 7, en tant que moyen de garantie supplémentaire (cf. art. 53a, "Généralités"), prévoit le classement de la procédure pénale dans le cas d'une absence de sanction à l'encontre de l'entreprise. Le fait que l'absence de sanction à l'encontre de l'entreprise constitue le critère pour un tel classement repose sur des conditions de praticabilité. Il ne sera pas contrôlé si l'absence de sanction intervient à cause de l'insignifiance de l'accord ou des avantages économiques d'efficacité dominants de cet accord. Le rattachement à l'absence de sanction, et non pas aux raisons de l'absence d'une sanction, a toutefois pour conséquence que la procédure à l'encontre des employés doit également être classée lorsque l'entreprise est acquittée pour d'autres raisons que l'insignifiance ou les avantages dominants d'efficacité de l'accord, par exemple en cas d'autodénunciation. Concrètement, cela signifie que dans le cas d'une autodénunciation de l'entreprise, l'employé n'est lui-même plus exposé à une poursuite pénale si, au mépris de ses devoirs de loyauté, il a trompé l'entreprise en participant à un accord. Ce désavantage est moins fortement évalué comme opposition d'évaluation entre la procédure administrative et la procédure pénale, bien que d'autres mesures, comme l'exigence d'approbation en vertu de l'article 53b, alinéa 2, parent à de telles oppositions.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

La poursuite des personnes physiques pour des délits économiques implique une mobilisation de ressources importante en termes de personnel et de moyens financiers, ainsi qu'une durée prolongée des procédures. L'expérience en a été faite dans des domaines du droit proches du droit sur les cartels, de même que par des autorités de concurrence étrangères dans le domaine des sanctions à l'encontre des personnes physiques. Le surcroît important de moyens découle notamment de la recherche des personnes responsables au sein de l'entreprise. Imputer la responsabilité des différents actes ou la connaissance des faits à une personne déterminée au sein de l'entreprise s'avère très chronophage pour l'autorité chargée de l'enquête. Les recherches et les mesures de défense en la matière sont aussi très contraignantes pour les entreprises et les personnes concernées. Il faut en outre tenir compte du fait que les cartels horizontaux impliquent d'ordinaire un grand nombre d'entreprises. On peut partir du principe que plusieurs personnes physiques sont potentiellement punissables au sein de chacune de ces entreprises, ce qui conduit à une multiplication du nombre des parties à la procédure respectivement des inculpés. L'introduction de mesures administratives ou de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques induira pour la Confédération un besoin accru en termes de personnel. La renonciation à la réforme institutionnelle proposée dans le projet mis en consultation le 30 juin 2010 ne changerait rien à cette situation. Le surcroît de moyens est par ailleurs plus élevé pour les sanctions pénales que pour les mesures administratives⁴⁷.

En cas d'introduction de sanctions pénales conformément à la variante B, le surcroît de moyens nécessaires affectera avant tout le Ministère public de la Confédération et le Tribunal pénal fédéral, mais également l'Autorité de la concurrence. L'infraction spéciale devra être conçue de sorte que les preuves nécessaires puissent être apportées de la manière la plus simple possible. Dans la mesure, toutefois, où ce n'est pas le capital d'une société qui est en jeu, mais la liberté personnelle et la fortune d'individus, la violation des garanties de procédure constitutionnelles sera probablement, à tort ou à raison, plus fréquemment invoquée ; il n'y aura le plus souvent pas matière à éviter une atteinte à la réputation de l'entreprise due à une information sur la procédure en réglant le conflit de manière minimale. Le nombre annuel de cas est difficile à évaluer, mais se situe dans la fourchette basse des nombres à un seul chiffre. Le Ministère public de la Confédération ne dispose actuellement ni des connaissances nécessaires, ni du personnel pour reprendre d'autres compétences dans le domaine de la LCart. Il évalue à cinq postes à plein temps le besoin en postes supplémentaires pour la constitution d'une équipe de droit des cartels. Pour le Tri-

⁴⁷ Si l'on prend l'exemple d'un cartel portant sur les prix, auquel trois entreprises participent, l'enquête pourrait viser dans chaque entreprise par exemple cinq personnes, qui s'accuseraient toutes mutuellement.

bunal pénal fédéral, ce besoin est estimé à un ou deux postes. L'examen des cas provenant du Ministère public (en vue de l'approbation ou du rejet, par l'Autorité de la concurrence, d'une demande d'ouverture de procédure par le Ministère public), le travail de collaboration avec ce dernier, l'augmentation des procédures d'opposition et la difficulté croissante des mesures d'enquête généreront, pour l'Autorité de la concurrence, un accroissement de travail correspondant à quatre postes à plein temps, portant le nombre total de postes pour la variante B à dix.

A l'inverse, l'introduction de mesures purement administratives à l'égard de personnes physiques (confiscation, interdiction d'exercer une activité) devrait générer moins de travail. Toutefois, la mise en place des procédures conduisant à des mesures administratives, de même que l'accroissement du nombre de procédures d'opposition, contribueront à augmenter les besoins financiers et en personnel. En outre, les procédures menées à l'encontre des entreprises se verront alourdies par les droits de défense des personnes physiques et d'autres mesures d'instruction seront nécessaires (par exemple plus de perquisitions au domicile que de questionnaires). Ces différents éléments n'exigent pas nécessairement l'engagement d'une équipe complète, contrairement à la variante pénale. Toutefois, le DFE table sur un besoin équivalent à cinq postes à plein temps.

3.2 Conséquences pour les cantons

Le présent projet n'a aucune conséquence pour les cantons.

3.3 Conséquences pour l'économie

3.3.1 Nécessité d'une action de l'Etat

Alors que le Conseil national et le Conseil des Etats ont accepté la motion dans sa version remaniée par le Conseil national, le Conseil fédéral a proposé le rejet de la motion ainsi modifiée. Durant les débats, les partisans de la motion Schweiger ont souligné que la grande importance de protéger la concurrence justifiait des mesures complémentaires. Selon eux, il existe une disproportion avec d'autres actes, telle la corruption. Dans certains cas, seule la menace de sanctions pénales confère un plein effet dissuasif aux mesures prises en interne par les entreprises ; on pense au cas d'un employé qui s'apprête à quitter l'entreprise.

Il a été objecté au projet qu'il constituait une tentative de libérer les entreprises de leurs responsabilités, alors qu'elles sont les premières à profiter d'une entente cartellaire. Dans la mesure où seules des peines privatives de liberté ou des peines pécuniaires avec sursis seront probablement prononcées, l'effet préventif est discutable alors qu'en comparaison, les frais supplémentaires qui découlent de telles procédures pénales sont énormes. Si les mesures administratives impliquent elles aussi des moyens supplémentaires, la charge serait moins grande.

Tout système de sanction doit être abordé dans sa globalité (droit administratif, droit pénal, droit privé). L'institution des sanctions administratives visant les entreprises n'a pas encore été suffisamment exploitée dans notre pays pour que l'on puisse parler d'une réelle pratique en matière de sanctions administratives à l'égard des

entreprises. L'évolution observée dans d'autres Etats doit nous inciter à nous concentrer en premier lieu sur les possibilités offertes par l'actuel article 49a LCart. Le manque de pertinence des mesures pénales individuelles observée en pratique au sein des Etats membres de l'UE plaide également en défaveur de l'introduction de telles mesures en Suisse. D'un point de vue juridique comparé, il serait judicieux de reporter la décision jusqu'à ce que l'expérience nous permette de mieux évaluer leur utilité. En conclusion, il ne semble pas avisé, à l'heure actuelle, d'introduire des mesures pénales en cas de restrictions à la concurrence.

Pour le Conseil fédéral, la nécessité, pour l'Etat, d'intervenir dans ce sens n'est pas établie.

3.3.2 Conséquences pour les différents acteurs économiques

Le renforcement de la concurrence escompté grâce à la mise en place de mesures à l'encontre des collaborateurs devrait se faire sentir sur les marchés déjà touchés par des cartels ou sur lesquels des cartels seraient susceptibles de naître. Les consommateurs devraient ainsi en profiter, de même que les entreprises actives en amont ou en aval du marché concerné. Etant donné que les cartels horizontaux peuvent également influencer négativement la liberté d'action d'entreprises actives sur le marché qui ne participent pas à l'entente cartellaire (par exemple restriction des canaux de distribution imposée aux fournisseurs par le cartel), la position de ces entreprises sur les marchés concernés pourrait s'en trouver améliorée.

La mise en œuvre des programmes de conformité sera facilitée pour les entreprises. En cas de soupçons d'infraction à la concurrence, les entreprises seront toutefois plus impliquées dans les procédures largement plus étendues (comparé au droit actuel) menées par les autorités d'enquête, dans la mesure où celles-ci devront déterminer la responsabilité de chaque collaborateur pris individuellement. Ces perturbations se révèlent problématiques au cas où les enquêtes menées s'avèreraient ensuite inutiles.

Les autorités auront plus de difficultés à mener leurs enquêtes en matière de cartels. Dans le cas de mesures administratives, il s'agira – comme on l'a vu plus haut, s'agissant des efforts supplémentaires – d'identifier les collaborateurs impliqués et leurs comportements au sein de l'entreprise, d'apporter les preuves utiles et d'examiner dans quelle mesure ces personnes sont susceptibles, à l'avenir, de porter atteinte à la concurrence. Cet effort supplémentaire sera notamment tributaire du nombre d'entreprises participant à l'entente et du nombre de leurs collaborateurs.

Dans le cas d'enquêtes pénales, l'impact sur les procédures sera plus conséquent. D'une part, il en résulte une charge de travail supplémentaire pour plusieurs autorités sera considérable (l'importance de cette charge variera, ici aussi, en fonction du nombre d'entreprises participant à l'entente cartellaire et du nombre d'employés concernés). D'autre part, la procédure administrative visant les entreprises risque d'être touchée – et même menacée – par la procédure pénale visant les personnes physiques et des aléas de son déroulement.

Certes, le fait de séparer les deux procédures constitue déjà une démarche essentielle visant à s'assurer que la procédure pénale dirigée contre les personnes physiques ne fasse échouer la procédure administrative dirigée contre les entreprises. En procédure pénale, en effet, l'autorité doit s'atteler à déterminer, avec les preuves attendues, l'implication individuelle des collaborateurs des diverses entreprises.

Le risque demeure, malgré tout, que les parties en cause tentent de lier les deux procédures entre elles (contre les personnes physiques d'une part, et les entreprises, d'autre part), de les faire durer en longueur, et même, de les amener à un non-lieu injustifié en faisant valoir des vices de procédure ou un manque de preuves de culpabilité. Ce risque existe également pour les mesures administratives, bien que dans une moindre mesure.

3.3.3 Conséquences générales pour l'économie

Les sanctions administratives et pénales ont un effet dissuasif plus important pour les personnes physiques que les sanctions pour les entreprises. En outre, ces sanctions permettent d'augmenter la conscience juridique des citoyens et contribuent ainsi à un meilleur respect du droit. La mise en œuvre du droit des cartels en serait ainsi facilitée et la pression concurrentielle augmentée. Des effets positifs se feraient ressentir sur l'économie en général.

Cet impact bénéfique serait toutefois directement lié à des dépenses et des efforts considérables, tant au niveau des autorités et des tribunaux, qu'au niveau des entreprises et des personnes physiques. L'extension du champ d'intervention des instruments du droit des cartels ne saurait être bénéfique à la concurrence qu'aux conditions suivantes, au minimum :

En premier lieu, cette extension ne doit pas avoir pour effet de transférer de l'entreprise au collaborateur la responsabilité liée à la violation du droit des cartels. Les délits portés à la concurrence n'ont pas pour caractéristique de procurer des avantages aux collaborateurs ; ils sont en revanche – à quelques exceptions particulières près – entièrement voués à servir les intérêts économiques de l'organisation à laquelle ils sont rattachés. La sanction financière doit donc être maintenue à l'égard des entreprises et son étendue doit être telle qu'elle les dissuade d'adopter des comportements nuisibles à la concurrence.

En deuxième lieu, l'extension aux collaborateurs des procédures prévues par le droit des cartels ne doit pas – comme évoqué précédemment sous le chapitre 3.3.2 – avoir pour effet d'estomper la mise en œuvre du droit des cartels à l'égard des entreprises, dont le bon fonctionnement et les effets positifs sont indéniables. Les instruments actuels du droit des cartels permettant notamment de mettre à jour des situations contraires à la concurrence et dont l'efficacité est avérée, ne doivent donc pas être entravés dans leur mise en œuvre. Cette remarque s'applique en particulier aux programmes de clémence : si l'on devait préférer la variante pénale à la solution

représentée par les mesures de droit administratif, il ne serait pas possible de tenir compte des réserves de nature juridique à l'égard de ces programmes..

En troisième lieu, il importe de ne pas oublier que l'extension des instruments du droit des cartels nécessitera des efforts supplémentaires. Si l'on se limitait à élargir le champ d'application de ces instruments sans augmenter les ressources des autorités, la conséquence en serait un affaiblissement du droit de la concurrence dans la mesure où un nombre inférieur de cas pourrait être traité.

En quatrième lieu, le processus peut avoir un impact sur le mandat de négociation du 18 août 2010 concernant un accord de coopération avec l'UE dans le domaine de la concurrence adopté par le Conseil fédéral ; impact éventuel dont il s'agit de tenir compte. L'élément central de l'accord prévu entre la Suisse et l'UE est la réglementation sur l'échange des données, y compris les informations confidentielles. Bien que cet accord de coopération ne vise pas à harmoniser la législation en vigueur sous l'angle matériel, il est patent que la coopération étroite recherchée ne se fera qu'avec l'adoption de dispositions matérielles et procédurales comparables des deux côtés. L'équivalence des dispositions cartellaires des deux parties est aujourd'hui établie dans son principe. Si la Suisse mettait en place un régime de sanctions pénales et administratives à l'égard des personnes physiques, le droit suisse des cartels se distinguerait alors de celui de l'UE, de telle sorte que le processus de négociation risquerait de s'en trouver alourdi ou même, de se voir affublé de réserves de la part de l'UE.

Si l'on oppose ces considérations à l'examen d'un effet préventif amélioré de la LCart (conséquences directes non seulement pour l'entreprise, mais aussi pour le collaborateur qui risque une interdiction d'exercer, voire pour la variante pénale une inscription au casier judiciaire au minimum), le rapport utilité/coûts, respectivement utilité/risques, est plus intéressant pour les mesures administratives que pour les mesures pénales. C'est au législateur qu'il revient de comparer la solution avec extension des instruments de la LCart au régime actuel du droit des cartels, en tenant compte des risques et des coûts que connaissent les mesures administratives également. Si l'efficacité des instruments actuels – sanctions directes contre les entreprises, programmes de clémence, perquisitions à domicile, notamment – devaient être compromise, le bilan [de cet examen] serait clairement défavorable à la révision⁴⁸.

3.3.4 Autres réglementations possibles

Le projet mis en consultation contient deux variantes. Conformément aux explications figurant sous 1.2.3, il existe en outre, en ce qui concerne les mesures administratives, l'option consistant à prononcer soit une interdiction d'employer la personne concernée à la charge de l'entreprise, soit une interdiction d'exercer une activité à la charge de la personne concernée, étant précisé qu'une préférence est donnée à la

⁴⁸ Cf. à ce propos, le rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009 fondé sur l'article 59a de la loi sur les cartels concernant l'évaluation de la loi sur les cartels et propositions concernant la suite à donner au dossier, de même que le rapport de synthèse du groupe d'évaluation de la loi sur les cartels.

variante de l'interdiction d'exercer une activité en raison de la mesure de confiscation des valeurs des participants au cartel qu'il est proposé d'exécuter en parallèle. Dans le cadre des clarifications auxquelles il a été procédé à l'attention du Conseil des Etats en ce qui concerne l'introduction, en droit des cartels, de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, deux autres variantes, émanant du droit pénal administratif, ont été discutées en sus des solutions proposées ici. Sur les motifs pour lesquels les variantes "administration" et "Autorité de la concurrence" ne figurent pas dans le présent rapport, nous renvoyons le lecteur aux explications relatives à l'article 53b ci-dessus.

3.3.5 Aspects pratiques de l'exécution

Les aspects pratiques de l'exécution constituaient l'une des priorités dans l'élaboration du message. Contrairement à ce qui se passe en matière d'autres délits économiques, les procédures du droit des cartels dirigées contre les entreprises aboutissent régulièrement, à l'heure actuelle, à des condamnations. Il convient de préserver un tel avantage. Si ce dispositif doit être complété, le Conseil fédéral privilégie l'introduction de mesures administratives, car elle permet de recourir à une pratique en matière d'exécution, notamment dans le domaine de la législation sur les marchés financiers. En cas de mise en œuvre de la variante pénale, les aspects pratiques de l'exécution ont notamment été adressés de la manière suivante : par la création d'une procédure séparée qui ne perturbe pas la pratique bien rodée en matière de poursuite et de sanction des entreprises, par l'introduction, pour les personnes physiques qui contreviennent au droit des cartels, d'une infraction distincte et par la mise en place d'un programme de clémence pour les personnes physiques.

3.4 Autres conséquences

Il n'y a aucune autre conséquence notable (telles des conséquences sur la politique extérieure, l'environnement et le paysage, l'aménagement du territoire, la politique régionale, les agglomérations, les générations futures, l'égalité entre homme et femme, les handicapés ou la protection des données).

4 Lien avec le programme de la législature

Le projet de révision n'est pas annoncé dans le programme de la législature, puisqu'il découle d'une motion transmise par le Parlement.

Annexe

Initiative parlementaire Kaufmann (08.443) du 13.6.2008 : Amendes contre les cartels. Menace pour la viabilité des entreprises

Texte déposé

Conformément à l'article 160, alinéa 1, de la Constitution et à l'article 107 de la loi sur le Parlement, je dépose l'initiative parlementaire suivante :

La loi sur les cartels (LCart) sera modifiée comme suit :

Article 49a

...

Alinéa 3

...

Lettre b^{bis}

l'entreprise prouve qu'elle a mis en place et appliqué durablement un programme de respect des prescriptions de la loi sur les cartels adapté à son activité et au secteur dans lequel elle opère ;

...

Article 55a

Quiconque, en violation des devoirs de fidélité qui le lient à l'entreprise en vertu de dispositions légales ou contractuelles, participe intentionnellement et de manière active à un accord en matière de concurrence qui relève de l'article 5 alinéa 3 et réunit des entreprises représentant ensemble une part de marché de plus de 30 pour cent sur le marché concerné, est puni d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire.

Article 57

...

Alinéa 3

Si le jugement par le tribunal avait été demandé ou si la Commission de la concurrence estime que les conditions requises pour infliger une peine privative de liberté sont remplies, le jugement relève de la juridiction fédérale. En pareil cas, la Commission de la concurrence dépose le dossier auprès du Ministère public de la Confédération, qui le transmet au Tribunal pénal fédéral. Le renvoi pour jugement tient lieu d'accusation. Les articles 73 à 83 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif sont applicables par analogie.

Développement

Les peines infligées en cas d'infraction au droit des cartels peuvent menacer des entreprises dans leur survie et conduire à des pertes d'emplois qui affectent des personnes non impliquées. Aussi est-il important que la sanction frappe non pas l'entreprise, mais la personne physique qui a effectivement commis l'infraction. Le but de la modification que je propose d'apporter à l'article 49a LCart est de garantir qu'aucune sanction ne sera prononcée contre une entreprise ayant mis en place un programme d'observation des règles légales qui soit adapté et réponde à des exigences élevées. L'article 55a que je propose d'intégrer dans la LCart entend créer la base légale nécessaire à l'adoption de sanctions immédiates contre les personnes physiques, l'élément constitutif de l'infraction étant la violation d'un devoir de fidélité légal ou contractuel à l'égard de l'entreprise. C'est le cas lorsque des infractions au droit des cartels sont commises malgré le dispositif rigoureux mis en place par l'entreprise pour assurer le respect des règles de ce droit. La violation des devoirs de fidélité doit être intentionnelle, la négligence ne suffit pas. La disposition que je propose d'ajouter à l'article 57 LCart prévoit que lorsque aucune peine privative de liberté ne doit être prononcée et que la personne physique concernée n'en appelle pas au juge pour la condamnation à l'amende, l'ordonnance pénale est rendue par la Commission de la concurrence. La création d'une compétence fédérale s'impose afin d'éviter que les cantons ne développent des jurisprudences divergentes.

Liste des abréviations et glossaire

CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ("Convention européenne des droits de l'homme")
CER-E	Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats
COMCO	Commission de la concurrence
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0)
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0)
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251)
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA ; RS 956.1)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OS LCart	Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnances sur les sanctions LCart, OS LCart ; RS 251.5)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021)
UE	Union européenne

