

Faut-il sanctionner les pratiques cartellaires par la prison?

En 2007, une motion du conseiller aux États Rolf Schweizer intitulée *Droit des cartels: équilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace* demandait que les entreprises bénéficient d'une sanction réduite si elles mettent en place un programme convaincant visant à respecter le droit des cartels (programmes de conformité). Par contre, les employés ayant violé les règles de concurrence doivent être passibles d'une amende ou d'une peine privative de liberté de trois ans au plus. Le Conseil fédéral est disposé à mettre en œuvre la première des deux exigences formulées dans la motion. Il demande, toutefois, au Parlement de renoncer aux sanctions pénales à l'encontre des employés. Les raisons de ce choix sont expliquées ci-contre.

Un droit des cartels appliqué diversement

Aux États-Unis, il n'est pas rare qu'un contrevenant au droit des cartels se retrouve en prison. Le droit de la concurrence s'y fonde, d'une part, sur la poursuite pénale des dirigeants impliqués et, d'autre part, sur les actions civiles intentées par les parties lésées à l'encontre des entreprises. Ces actions civiles pouvant conduire à une réparation à hauteur du double du dommage subi, l'effet est dissuasif pour les entreprises. Les choses sont différentes en Europe continentale où des amendes sont infligées par les autorités de la concurrence aux entreprises en infraction, la plupart du temps dans le cadre de procédures administratives. Un certain nombre de pays prévoient aussi des peines pécuniaires à l'encontre des employés impliqués. Il s'agit toutefois majoritairement d'amendes pour inobservation de prescriptions d'ordre, non d'amendes pénales. Les personnes qui risquent la prison sont les parties à un accord contraire au droit des cartels dans le domaine de l'attribution des marchés publics.

Le régime de sanctions en Suisse

La Suisse s'inscrit dans la tradition européenne en plaçant les sanctions à l'adresse des entreprises au cœur du dispositif d'application du droit des cartels. Des sanctions administratives sont prononcées en vertu de la loi fédérale sur la procédure administrative. L'amende est l'un des éléments de ce dispositif, lequel prévoit parallèlement la confiscation de la rente cartellaire. Cette dernière vise à empêcher les contrevenants d'utiliser les revenus issus des ententes cartellaires mises au jour aux fins de renforcer leur position

concurrentielle. Les dispositions en vigueur tendent à prendre en compte la rente cartellaire que l'entreprise aurait obtenue si l'infraction n'avait pas été mise au jour; la somme effectivement gagnée revêt une importance moindre. La sanction prend alors une dimension clairement dissuasive. Par ricochet, ce régime favorise l'introduction de programmes visant à respecter le droit des cartels dans les entreprises et incite ces dernières à se dénoncer lorsqu'un cas est mis au jour ou tout le moins à coopérer avec les autorités chargées de l'enquête, a fortiori si cela débouche sur une exonération, ou tout au moins une réduction de la sanction.

Régime de sanctions actuel et évolution à venir

Même si le cas ne s'est encore jamais produit, sanctionner des employés impliqués n'est pas étranger au droit suisse de la concurrence. Concrètement, un employé fautif tombe sous le coup de la loi lorsque l'entreprise récidive dans une même infraction au droit des cartels ou ne respecte pas un règlement amiable conclu avec l'autorité de la concurrence. Puisqu'il y a alors violation d'une prescription émise par une autorité, il est logique que la procédure relève du droit pénal administratif. Pourtant, le cadre pénal visant les employés en cas de violation réitérée du droit des cartels par l'entreprise n'est guère intimidant actuellement.

Le message du Conseil fédéral du 15 février 2012 relatif à la révision de la loi sur les cartels développe à plusieurs égards le dispositif de sanctions. La loi devrait d'abord contenir une disposition prévoyant que la mise en place de programmes de conformité suffisamment ambitieux et mis en œuvre de manière cohérente peut permettre à l'entreprise de bénéficier d'une sanction minorée, sans aller toutefois jusqu'à l'exonération. La faute ne conditionne pas la sanction mais permet de l'apprécier. La confiscation de la rente cartellaire est prévue dans tous les cas.

Désormais, les clients finaux pourront également intentier des actions civiles au motif d'une infraction au droit des cartels. L'importance que pourrait revêtir cette extension de la qualité pour agir demeure, toutefois, floue. C'est pourquoi les sanctions adminis-



Peter Balastèr
Chef du secteur Croissance et politique de la concurrence, Secrétariat d'État à l'économie SECO, Berne

tratives à l'encontre des entreprises restent l'instrument principal du dispositif. Toutefois, les dédommagements réclamés dans le cadre d'une procédure civile par les parties directement lésées devront dorénavant être considérés lorsqu'il s'agira de mettre fin à la sanction administrative prononcée à l'encontre de l'entreprise.

La proposition mise en consultation

Une procédure de consultation portant sur la mise en œuvre de la motion Schweiger s'est déroulée du 30 mars au 6 juillet 2011. Dans l'hypothèse où le Parlement maintiendrait sa demande de mise en œuvre de la seconde partie de la motion Schweiger, il faudrait, de l'avis du Conseil fédéral, reprendre les principes qui sous-tendaient le projet mis en consultation¹, soit:

1. La procédure en vigueur concernant les entreprises devrait être conservée car les procédures antiscartels débouchent régulièrement, dans des délais et à des coûts raisonnables, sur des jugements exécutoires.
2. Un élément constitutif d'infraction spécifique devrait être créé pour la poursuite des personnes physiques ayant pris part à un accord cartellaire (qualification de la norme pénale); la poursuite des personnes physiques devrait être menée par le Ministère public de la Confédération et portée devant le Tribunal pénal fédéral pour que la procédure à l'encontre des employés interfère le moins possible avec celle qui concerne les entreprises.
3. Il ne devrait y avoir poursuite pénale qu'en cas de participation à des accords horizontaux durs (à savoir des accords entre entreprises concurrentes sur les prix, la répartition géographique ou les quantités), car les employés ne sont pas en mesure de se forger une opinion suffisamment précise du caractère admissible de certains accords verticaux ou du caractère abusif de l'exploitation d'une position dominante, afin d'évaluer clairement le caractère punissable de leur comportement.
4. Le programme de clémence devrait être étendu aux employés, sous peine de voir largement s'éroder son important rôle d'instrument d'enquête de l'autorité en matière de concurrence.

Il ne faudrait pas entrer en matière sur les exigences, issues de la consultation, portant sur une redéfinition du cercle des auteurs, une distanciation par rapport au concept de délit de mise en danger ou le fait d'exempter l'omission de la poursuite pénale. Dans ces

trois cas, le projet de consultation reprend simplement les principes généraux régissant le droit pénal en vigueur en Suisse. Il n'y a pas non plus lieu de satisfaire l'exigence de certains milieux consultés d'accorder une importance particulière à la situation des PME car la poursuite d'un cartel de soumission ne peut dépendre du fait que celui qui tire les ficelles d'un cartel œuvre dans une grande ou une petite entreprise: son comportement demeure le même. Puisqu'il s'agit de droit pénal, il convient en outre de limiter la marge de manœuvre des entreprises quant aux employés qu'elles exposent ou non à la poursuite pénale, c'est là un point qui découle du principe d'égalité. Enfin, il importe de rejeter le recours au droit pénal des entreprises, qui est peu utilisé: il n'est pas possible de les poursuivre en même temps que leurs employés dans une seule procédure de droit pénal administratif. Le risque d'enlisement serait considérable.

Raisons essentielles à une non-extension des possibilités de sanction

De l'avis du Conseil fédéral, une proposition allant dans le sens de l'élargissement pose d'importants problèmes. Les entreprises risquent de rejeter la responsabilité des infractions sur leurs collaborateurs bien que l'effet premier d'un cartel efficace soit l'augmentation de la valeur de l'entreprise. Si l'on en vient à poursuivre aussi les employés, la première procédure à l'encontre de l'entreprise sera pénalisée par l'impossibilité de dissocier totalement l'action menée à l'encontre de l'entreprise de celle concernant les employés. Rechercher les responsables au sein d'une entreprise exigera, en outre, davantage de ressources en personnel. Ne pas réajuster les crédits en conséquence signifierait affaiblir la loi, puisque le nombre de cas susceptibles d'être traités s'en trouverait réduit. Comme il est très difficile de dire si les tribunaux prononceront des peines privatives de liberté dès la première infraction ou, au contraire, des amendes avec sursis, l'effet préventif de la loi ne s'en trouverait pas automatiquement amélioré. Enfin, la norme applicable aux employés devrait être assortie d'une qualification pénale suffisante, ce qui rendrait le droit des cartels plus rigide qu'il ne l'est aujourd'hui. La procédure d'opposition, qui permet aux entreprises de bénéficier d'une sécurité juridique en cas de doute sur la licéité de certains accords, ne peut être ouverte qu'aux entreprises, et non aux employés à titre individuel. ■

¹ Le projet mis en consultation se fondait sur une expertise juridique établie par les professeurs Günter Heine, de l'université de Berne, et Robert Roth, de l'université de Genève (consultable à l'adresse www.seco.admin.ch, rubriques «Thèmes», «Politique économique/révision de la loi sur les cartels», «Révision de la loi sur les cartels: seconde consultation»).