

Qui a peur du droit pénal ?

Louis Frédéric Muskens

La fausse bonne idée des sanctions administratives

I. Sanctions administratives et défiance envers le droit pénal

La LCart (RS 251) et la LFINMA (RS 956.1) prévoient toutes deux des sanctions dites administratives. Il s'agit de mesures répressives ordonnées par une autorité administrative à l'issue d'une procédure administrative. Elles se distinguent des infractions de droit pénal accessoire prévues par ces mêmes lois (cf. art. 54 ss LCart ; art. 44 ss LFINMA), soumises à la procédure du droit pénal administratif (DPA, RS 313.0 ; art. 57 al. 1 LCart ; art. 50 al. 1 LFINMA).

Les sanctions administratives de la LCart et de la LFINMA sont nées au tournant du XXI^e siècle, à quelques années d'intervalle, de l'émergence d'une certaine défiance vis-à-vis du droit pénal, plus précisément de la peur que celui-ci ne soit pas assez sévère, efficace ou dissuasif. La création de sanctions de droit pénal administratif entendait également combler de prétendues insuffisances du droit pénal (administratif).

L'introduction de l'interdiction d'exercer de l'art. 33 LFINMA en 2007 (entrée en vigueur en 2009) et des sanctions directes de l'art. 49a LCart en 2003 (entrées en vigueur en 2004) illustre ce qui précède.

Le [rapport d'avril 2003 de l'ancienne Commission fédérale des banques \(CFB\) sur les sanctions](#) éclaire la genèse de l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA). Ce rapport déplorait un

« éventail de sanctions [...] nettement insuffisant » ayant pour conséquence que certains faits « demeurent impunis » (p. 8). Il proposait de réduire les infractions de droit pénal administratif à l'essentiel et de confier la poursuite du reste des infractions à la CFB dans le cadre d'une procédure administrative au terme de laquelle de nouvelles sanctions administratives pourraient être prononcées tant contre les personnes physiques que contre les personnes morales (p. 8 s.). Les critiques portées à l'encontre des procédures de droit administratif sont assénées sur un ton d'évidence : « *L'expérience a montré qu'il était difficile d'invoquer le droit pénal administratif pour faire appliquer correctement la législation sur la surveillance des marchés financiers [...] car certains acteurs ne se sont guère laissés dissuader par les sanctions de droit pénal administratif* » (p. 18). Absence d'effet dissuasif donc, imputé au prononcé tardif des sanctions, lui-même dû à une action de l'autorité pénale souvent postérieure à celle de l'autorité administrative et à des sanctions trop peu sévères intervenant à l'issue de procédures trop longues (p. 18 s.).

On ne s'étonnera guère de retrouver ces récriminations dans le [Message du 1^{er} février 2006 du Conseil fédéral relatif au projet de LAUFIN](#) (FF 2006 2741 ss), la future LFINMA (cf. RO 2008 5207), puisque le message se fonde en partie sur le rapport de la CFB précité. Le Conseil fédéral y énonce que les sanctions de la surveillance des marchés financiers se sont

révélées peu efficaces, raison pour laquelle le projet de loi prévoyait un nouveau système consolidé et harmonisé comportant des sanctions pénales révisées et de nouvelles sanctions administratives, comme l'interdiction d'exercer ou la confiscation (FF 2006 2741 ss, 2760). C'est dans ce contexte, pour le moins critique envers le droit pénal, que l'art. 33 LFINMA a vu le jour.

La même défiance envers le droit pénal se retrouve au cœur de la révision du droit des cartels de 2004 (RO 2004 1385 ss) par laquelle de nouvelles sanctions dites directes ont été introduites. Comme en matière de réglementation bancaire et financière, il s'agissait d'améliorer l'« effet préventif » ou « dissuasif » de la loi (**Message du 7 novembre 2001 du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels**, FF 2001 1911 ss, 1920 et 1925). Pour comprendre la notion de sanctions directes, il faut se rappeler qu'avant la révision de 2004, des sanctions pénales et administratives ne pouvaient être prises qu'en cas de violation d'une décision entrée en force des autorités en matière de concurrence (FF 2002 1911 ss, 1917), soit « indirectement ». La nécessité pour la Commission de la concurrence (ComCo) de constater préalablement l'illicéité d'une pratique afin d'en interdire la poursuite, réduisait d'autant, selon le Conseil fédéral, l'effet préventif du droit des cartels (FF 2002 1911 ss, 1917). L'introduction de l'art. 49a LCart visait donc à permettre de sanctionner *directement* les entreprises en cas de restrictions illicites à la concurrence, c'est-à-dire par la décision même qui constate l'illicéité d'une pratique et non dans un second temps. Véritable programme occulte de l'introduction de l'art. 49a LCart, il s'agissait également de pouvoir punir les personnes morales en plus des personnes physiques puisque la notion d'entreprise au sens de l'art. 2 al. 1 LCart ne s'attache pas à la forme juridique concrète (cf. art. 2 al. 1bis LCart). Créer une sanction administrative permettait, dans l'esprit du législateur, de contourner la conception pénale selon laquelle les personnes morales n'ont pas la capacité pénale (*societas delinquere non potest*), faute de culpabilité propre. On re-

trouve d'ailleurs explicitement, dans le Message du Conseil fédéral précité, une telle justification du recours à la sanction administrative et, par là même, de l'abandon de la culpabilité :

« L'art. 49a du projet instaure par une sanction administrative, visant à faire respecter les obligations de droit administrative [sic]. [...] La sanction administrative, contrairement à la sanction pénale, ne présuppose pas de faute, c.-à-d. qu'elle peut être prononcée sans preuve qu'une personne physique se soit rendue coupable d'un comportement enfreignant le droit pénal. Ce n'est qu'à cette condition qu'une entreprise peut être sanctionnée. En effet, d'après la doctrine dominante, les entreprises, en tant que personnes morales, ne peuvent pas commettre de délits parce qu'on ne peut (pénalement) leur attribuer de responsabilité juridique subjective. Les aspects subjectifs qui sont importants dans l'optique de la culpabilité pénale (en particulier l'aspect répréhensible, le manque de scrupules, etc.) et qui sont en premier lieu liés à la personnalité du délinquant ne peuvent donc pas être pris en compte. D'autres éléments subjectifs en revanche sont pris en compte (p. ex. le rôle que le membre d'un cartel a joué au sein de ce cartel, sa propension à collaborer, la récidive, etc.) lors de l'évaluation de la gravité de l'infraction et se joignent ainsi aux critères objectifs dans l'appréciation de la sanction. » (FF 2002 1911 ss, 1922 s.)

Les sanctions administratives en matière bancaire et financière (LFIMNA) ainsi qu'en matière de droit des cartels (LCart) semblent ainsi jaillir d'un scepticisme teinté d'angoisse face au droit pénal (administratif), d'une crainte que celui-ci ne soit pas assez efficace, pas assez préventif, trop peu incisif, des motifs que l'on retrouve au demeurant derrière chaque révision du droit pénal lui-même. Un rapide regard dans le récent **Message du 25 avril 2018 du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié** (FF 2018 2889 ss) permet de s'en assurer :

« La crédibilité du droit résulte de son application rigoureuse et équitable. Si les peines prévues sont sans rapport avec la valeur du bien juridiquement protégé par la collectivité et, finalement, s'écartent complètement des peines réellement prononcées, le droit pénal perd tout à la fois de son crédit et de son efficacité préventive. » (p. 2891)

Il reste à déterminer si cette défiance est justifiée ou s'il s'agit davantage d'une chimère.

II. Caractère infondé de cette défiance

H.P. Lovecraft commençait ainsi son célèbre essai sur l'horreur en littérature : « *The oldest and strongest emotion of mankind is fear, and the oldest and strongest kind of fear is fear of the unknown.* » (Howard Philips Lovecraft, *Supernatural Horror in Literature*, 1927). Les juristes seraient bien inspirés de se plonger dans la théorie littéraire du fantastique. Les frustrations ou la défiance éprouvées à l'égard du droit pénal, loin de justifier la création d'un semblant de droit pénal par l'introduction de sanctions dites administratives, auraient dû et devraient au contraire susciter un intérêt renouvelé pour le droit pénal, ses mécanismes et possibilités d'évolution. Ce d'autant plus que les craintes fréquemment énoncées par les adeptes des sanctions administratives se révèlent souvent infondées. Il s'agira dans les lignes qui suivent de déconstruire certaines d'entre elles au moyen même du droit pénal.

Le recours aux sanctions administratives est parfois motivé par le fait que le droit pénal ne permettrait pas d'atteindre les personnes morales. Or, le Code pénal (RS 311.0) connaît depuis 2003 une disposition permettant de punir une personne morale (art. 100^{quater} et 100^{quinquies} aCP, aujourd'hui art. 102 CP). Plus est, la LIFD (RS 642.11) comporte depuis son entrée en vigueur en 1995 une disposition permettant de punir une personne morale en cas d'évasion fiscale (art. 181 LIFD). On ne saurait dès lors justifier – comme le fait le message de 2001 relatif à la révision de la LCart – le recours à une sanction administra-

tive et l'abandon de la culpabilité par la volonté d'atteindre également les personnes morales. Une telle affirmation est tout simplement fallacieuse puisqu'elle prête au droit pénal un défaut qu'il ne présente pas.

Les sanctions administratives réunissent les inconvénients d'une procédure pénale sans bénéficiaire de ses avantages.

D'aucuns vont jusqu'à craindre qu'une procédure pénale, qui exclut de par sa nature toute obligation de coopérer pour le prévenu et prévoit de strictes garanties de procédure, ne permette pas de sanctionner efficacement les infractions. Il n'en est rien, et les chiffres de l'Office fédéral de la statistique permettent de s'en assurer. En dépit de la présomption d'innocence et des garanties procédurales inhérentes à la procédure pénale, plus de cent mille condamnations sont prononcées chaque année en Suisse (cf. OFS, Statistique des condamnations pénales (SUS), état du casier judiciaire 30.04.2018). Le CPP, tout comme le DPA, ne dépendent pas d'une quelconque obligation de collaborer. Ils ont bien mieux : des mesures de contrainte (art. 196 ss CPP ; art. 45 ss DPA). Un prévenu qui exerce son droit de se taire est donc rapidement confronté aux investigations menées par l'autorité qui ordonnera par exemple la perquisition de ses locaux et de ses dossiers. Or, les découvertes fortuites faites au cours d'une perquisition sont en principe pleinement exploitables tant selon le CPP (art. 243 CPP ; BSK StPO-GFELLER/THORMANN, art. 243 N 30 ss)

que selon le DPA (arrêt du TPF du 7 décembre 2017, BV.2016.19 et BV 2016.20, consid. 5.2: « *Die Beschwerdekammer hat die Verwertbarkeit von Zufallsfunden auch ohne eine gesetzliche Grundlage im Verwaltungsstrafrecht grundsätzlich bejaht.* »). Quelle personne douée de raison ne collaborerait pas volontairement avec une autorité pénale sinon capable d'obtenir par la force les renseignements demandés et prête à engager de nouvelles poursuites en lien avec toute infraction découverte fortuitement ?

Il est parfois soutenu que seul un tribunal peut infliger de vraies peines, les autorités devant se contenter de sanctions administratives. Une telle approche méconnaît que la plupart des procédures pénales se terminent par une ordonnance pénale non frappée d'opposition. Or l'ordonnance pénale est de la compétence du ministère public, une autorité certes pénale mais non un tribunal. Par ailleurs, le CPP prévoit explicitement à son art. 17 al. 1 que la Confédération et les cantons peuvent déléguer la poursuite et le jugement de contraventions à des autorités administratives. Une amende est une vraie peine que la FINMA pourrait tout à fait prononcer si la loi lui en reconnaissait la compétence. C'est d'ailleurs le propre du DPA que de voir une autorité administrative poursuivre et juger une infraction (cf. art. 1 DPA). L'art. 21 al. 1 DPA ne prévoit la compétence d'un tribunal que pour les peines et mesures entraînant la privation de liberté ainsi que pour les expulsions au sens des art. 66a et 66a^{bis} CP.

Quant aux arguments insistant sur une prétendue lenteur de la procédure pénale (administrative) – que l'on retrouve par exemple au point 4.3 du rapport de la CFB sur les sanctions – ils consistent à déduire une nécessité d'une pure contingence. La procédure pénale (administrative) n'est pas lente en soi. Lorsqu'une procédure pénale (administrative) est ouverte parallèlement à une procédure administrative, rien n'impose de suspendre la procédure pénale jusqu'à droit connu en matière administrative. Corollaire de ces constats, le

remplacement d'une procédure pénale (administrative) par une procédure administrative n'est, en tant que tel, pas propre à accélérer l'instruction ou le jugement d'une infraction. En matière d'infractions à la LCR (RS 741.01), il est d'ailleurs d'usage que le contrevenant soit d'abord confronté à une procédure pénale puis à une procédure administrative (retrait du permis de conduire). Le Tribunal fédéral a jugé cette double procédure conforme au principe *ne bis in idem* tout en soulignant, à plusieurs reprises, que l'autorité administrative ne pouvait s'écarter des faits retenus par l'autorité pénale qu'à certaines conditions (cf. not. ATF 137 I 363, consid. 2.3.2 et 2.4). La rapidité ne plaide donc aucunement en faveur des procédures administratives.

Les considérations qui précèdent tendent à montrer la vacuité des motivations sous-jacentes aux sanctions administratives. Rien ne permet de justifier d'y avoir recours en lieu et place de sanctions pénales.

III. Sanctions administratives comme sanctions pénales inavouées

Les sanctions administratives ne sont que des sanctions pénales improprement dites, des peines inavouées, que l'on tente par tous les moyens de dissimuler sous le maigre voile d'une procédure administrative pour en faire oublier le caractère éminemment pénal. La rhétorique contorsionniste du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral ne fait que le souligner avec davantage de vigueur.

Ainsi, dans l'arrêt de principe dans lequel le Tribunal fédéral a dénié la nature pénale de l'interdiction d'exercer de l'art. 33 FINMA figure la phrase suivante: « *In Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht [...] kann die FINMA Personen, die durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben, für eine Dauer von bis zu fünf Jahren die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten untersagen [...]* » (ATF 142 II 243, consid. 2.2). Insidieusement, le

Tribunal fédéral complète donc la lettre de l'art. 33 LFINMA en précisant que cette soi-disant sanction administrative frappe toute personne qui, par son **comportement propre causal et fautif**, a commis une violation grave des règles prudentielles. N'est-ce pas là, la preuve qu'il s'agit précisément d'une peine ? Le Message de 2006 décline lui aussi le champ lexical de l'infraction pénale : « *L'interdiction d'exercer au sens de l'art. 33 LAUFIN sanctionne quant à elle une violation grave des règles prudentielles et non une quelconque infraction commise dans l'exercice d'une profession. Ce traitement plus sévère se justifie étant donné que, dans la surveillance des marchés financiers, des biens protégés tels que le bon fonctionnement des marchés financiers, la protection des créanciers, des investisseurs et des assurés revêtent une importance majeure. C'est pourquoi l'autorité de surveillance doit pouvoir prendre des mesures préventives et répressives comme l'interdiction d'exercer à l'encontre de personnes exerçant une fonction dirigeante.* » (FF 2006 2741 ss, p. 2974). Caractère répressif, lien étroit avec un comportement ayant porté atteinte à un bien juridique protégé, caractère plus sévère qu'une infraction pénale, exigence d'une faute... Tout est dit, il s'agit d'une peine.

Une brève analyse de l'art. 49a LCart ne conduit d'ailleurs pas à un autre résultat. Les mots utilisés par le Conseil fédéral dans son message trahissent la vraie nature de la sanction prévue par cette disposition : « *Les pratiques illicites aux termes de l'art. 5 al. 3, et de l'art. 7 LCart peuvent être sanctionnées par une amende pouvant atteindre un montant maximal de 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.* » (FF 2002 1911 ss, p. 1925) Pudiquement, ce lapsus fut corrigé et le texte entré en vigueur parle non plus d' « amende » mais de « montant ». Comprenne qui voudra.

A l'heure actuelle, tant la LFINMA que la LCart prévoient des sanctions administratives qui, de par leur nature, sont en réalité des peines. La notion de droit « quasi pénal » (cf. Message du 22 février 2012 du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi

sur l'organisation de l'autorité de concurrence, FF 2012 3631, p. 3632) en constitue l'aveu le plus manifeste puisqu'il ne peut que faire référence à des sanctions pénales inavouées, intervenant à l'issue de procédures administratives dans lesquelles la personne concernée (*recte* : le prévenu) ne jouit pas des garanties de la procédure pénale, comme le droit de refuser de collaborer.

IV. Sanctions administratives, la pire des solutions

La procédure pénale, nous l'avons vu, se caractérise par des garanties de procédure importantes et des mesures de contrainte qui permettent d'instruire sans dépendre de la coopération du prévenu. La procédure administrative, au contraire, ne connaît typiquement pas ces mesures de contrainte mais impose aux parties une obligation de collaborer. L'interdiction d'exercer de l'art. 33 LFINMA ainsi que la sanction de l'art. 49a LCart sont donc imposées au terme de procédures administratives dans lesquelles règne une obligation de collaborer (art. 13 al. 1 litt. c PA cum art. 29 al. 1 LFINMA ou art. 40 LCart). Dans le cas de l'art. 49a LCart, des mesures de contraintes limitées (pudiquement nommées « mesures d'enquête ») sont prévues par la LCart, les autorités en matière de concurrence n'étant pas pleinement dépendantes de l'obligation de collaborer (cf. art. 42 al. 2 LCart qui autorise à procéder à des perquisitions et à saisir des pièces à conviction).

Or, les garanties procédurales qui règnent en matière pénale s'attachent non à la classification formelle de la sanction ni au type de procédure applicable mais à la vraie nature de la sanction (cf. Niggli, Was ist eine Sanktion ? ContraLegem 2018/2, dans ce numéro). C'est là, le principe consacré par l'arrêt CourEDH Engel c./Pays-Bas du 8 juin 1976 (série A n° 22) mais également par le Tribunal fédéral (cf. not. ATF 142 II 243, consid. 3.4 ; 140 II 348, consid. 3.2.1 ; 139 I 72, consid. 2.2.2). Autrement dit, même une procédure administrative doit respecter les garanties de procédure idoines si celle-ci aboutit au prononcé d'une peine. Au titre des garanties concernées

par une obligation de collaborer se trouve le principe *nemo tenetur se ipsum accusare vel prodere* explicitement codifié à l'art. 14 ch. 3 litt. g Pacte ONU II (RS 0.103.2) mais également déduit du droit à un procès équitable au sens des art. 6 al. 1 CEDH et 29 Cst et de la présomption d'innocence au sens des art. 6 al. 1 CEDH et art. 32 al. 1 Cst (cf. ATF 131 IV 36, consid. 1). L'obligation de collaborer ne saurait dès lors être maintenue si la personne concernée risque de s'exposer, par ses déclarations, à une poursuite pénale. Toute déclaration néanmoins consentie serait inexploitable (cf. en matière de CPP : art. 113 al. 1 cum art. 158 al. 1 et 2 et art. 141 al. 1 CPP).

Les sanctions administratives, autrement dit les sanctions pénales rendues à l'issue d'une procédure administrative, s'avèrent la pire des solutions possibles puisqu'elle implique de respecter les garanties du procès pénal sans bénéficier des mesures de contraintes, pendant nécessaire de l'absence d'obligation de collaborer. En d'autres termes, les sanctions administratives réunissent les inconvénients d'une procédure pénale sans bénéficier de ses avantages, une situation difficilement justifiable, tant du point de vue des autorités administratives que des personnes directement concernées par ces procédures.

Même si pour l'heure, le Tribunal fédéral n'admet pas encore le caractère pénal de l'interdiction d'exercer (art. 33 LFINMA, ATF 142 II 243, consid. 3.4 ; cf. Niggli, *Höchstrichterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot 1 et 2*, *ContraLegem* 2018/2, dans ce numéro), il a reconnu celui de l'art. 49a LCart (ATF 139 I 72, consid. 2.2). Sans doute la reconnaissance d'un caractère pénal était-elle moins dommageable dans le cas de l'art. 49a LCart vu les possibilités de perquisition prévues par la LCart. Ces mesures d'enquête sont toutefois moins étendues que les mesures de contraintes prévues par le DPA (art. 45 ss DPA) ou le CPP (art. 196 ss CPP).

Il est désormais grand temps de reconnaître et d'assumer la nature pénale de ces sanctions, de prévoir les mesures de contraintes nécessaires et de sortir de l'impasse du droit « quasi pénal » dans laquelle le législateur s'est engouffré il y a plusieurs années de cela et dans laquelle il persiste à vouloir se perdre. Au-delà des clarifications et avantages procéduraux qu'une telle reconnaissance apporterait, il en résulterait également une sécurité juridique souhaitable notamment en ce qui concerne la prescription ou, plus généralement, l'application de la partie générale du CP (cf. art. 333 al. 1 CP).