



Livre

1989

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'incrimination en matière économique : trois exemples de processus :
cartels, petit crédit, initiés

Lascoumes, Pierre; Roth, Robert; Sansonetti, Riccardo

How to cite

LASCOUMES, Pierre, ROTH, Robert, SANSONETTI, Riccardo. L'incrimination en matière économique : trois exemples de processus : cartels, petit crédit, initiés. Genève : CETEL, 1989. (Travaux CETEL)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4961>

CETEL
Faculté de droit
5, rue Saint-Ours
CH 1211 GENEVE 4

**L'INCRIMINATION EN MATIERE
ECONOMIQUE**

**Trois exemples de processus
cartels, petit crédit, initiés**

**P. Lascoumes
R. Roth
R. Sansonetti**

Travaux CETEL, no 34 - Eté 1989

TABLE DES MATIERES

PREMIERE PARTIE : OBJET ET DEMARCHES DE RECHERCHE

I.	Actualité de la recherche	p.	1
1.	Création et application de la loi (pénale)	p.	1
2.	Le diagnostic d'ineffectivité du droit pénal économique, une fausse évidence	p.	1
II.	Objet de la recherche	p.	3
III.	Eléments de la problématique	p.	6
1.	Apports et limites des travaux antérieurs	p.	6
A.	Les problématiques écartées	p.	6
B.	Apports des travaux antérieurs	p.	7
2.	Problématique de la formalisation juridique	p.	9
3.	Une notion-clef : l'intérêt protégé en droit	p.	10
4.	L'intérêt en sociologie : la difficile relativisation du paradigme utilitariste	p.	13
A.	Mise en question du paradigme utilitariste	p.	14
B.	Retour en force des conceptions utilitaristes	p.	14
5.	Problèmes d'opérationnalisation du concept d'intérêt	p.	15
A.	Critiques conceptuelles et méthodologiques	p.	15
B.	L'intérêt comme forme de rationalisation des fondements de l'action humaine	p.	16
IV.	Cadre d'analyse retenu	p.	17
1.	Les modes d'émergence	p.	17
2.	Grammaire des intérêts	p.	18
3.	Quatre grands types d'intérêt protégé	p.	19
4.	Dispositifs sanctionnels	p.	20

V.	Démarche de recherche	p. 22
1.	Choix des terrains	p. 22
2.	Description des données	p. 22
3.	Méthode d'analyse	p. 23

DEUXIEME PARTIE : ETUDES DE TERRAINS

I.	La réforme du droit des cartels	p. 25
1.	Brève histoire de la réforme	p. 25
2.	L'intérêt protégé, une construction par discrimination	p. 27
A.	Trois conceptions en présence	p. 27
B.	Caractérisation de l'intérêt protégé de la concurrence possible à la concurrence efficace	p. 28
a.	Définition de l'intérêt protégé	p. 28
b.	Les critères de l'abus	p. 31
c.	Le bien juridique construit	p. 33
C.	Les intérêts évincés	p. 33
a.	La position patronale : "la cartellisation mesurée"	p. 34
b.	La position "anti-trust" des consommateurs	p. 37
3.	Les différents dispositifs sanctionnels; choix et équilibre	p. 40
4.	Histoire et analyse des dispositions pénales	p. 43
II.	L'échec de la tentative de régulation du petit crédit	p. 46
1.	Une vague législative qui se meurt	p. 46

2.	La construction des intérêts dans la législation sur le petit crédit : l'échec d'une combinaison	p. 48
A.	Premier intérêt protégé : Le respect de la loi	p. 50
	a) Le respect de la loi en soi	p. 51
	b) Les contournements de la loi de 1962	p. 51
B.	Deuxième intérêt protégé : La protection sociale de la partie faible	p. 52
	a) Les abus des sociétés de crédit	p. 53
	b) La protection de la partie faible	p. 54
C.	Riposte professionnelle et désamorçage de l'intérêt de protection sociale	p. 56
3.	Une décision prémonitoire et significative la renonciation aux dispositions pénales	p. 57
a.	Moralisation	p. 57
b.	Rationalité économique	p. 57
III.	L'incrimination des opérations d'initiés	p. 62
1.	Le processus d'incrimination	p. 62
A.	Remarques liminaires	p. 62
B.	L'émergence des intérêts protégés	p. 63
	a) Emergence (jusqu'en 1974)	p. 64
	b) Travail pré législatif (1974-1980)	p. 65
	c) Rattachement à un projet d'ensemble (1980-nov. 1981)	p. 66
	d) Automatisation du projet (nov. 1981-1985)	p. 67
	e) Phase parlementaire (1985-1987)	p. 68
2.	L'intérêt protégé en matière d'informations privilégiées : une construction par combinaison	p. 69
a.	Premier intérêt protégé : l'intérêt des entreprises	p. 70
b.	Deuxième intérêt protégé : la position internationale des banques suisses	p. 72

c.	Troisième intérêt protégé : l'intégrité du marché boursier	p. 76
3.	Le dispositif sanctionne) : une justice sans police	p. 79
A.	Opportunité, arbitraire et contenu de l'incrimination	p. 79
a.	Questions d'opportunité	p. 79
b.	Question d'arbitraire	p. 80
c.	Contenu de l'incrimination	p. 81
B.	Mise en oeuvre de l'infraction et refus d'une instance de contrôle publique	p. 82
C.	Les effets attendus	p. 84

CONCLUSION

I.	La formalisation juridique en matière économique : bilan des études de cas effectués	p. 87
1.	Modes d'émergence et rôles des acteurs sociaux	p. 87
A.	Les modes d'émergence	p. 87
B.	Place des acteurs sociaux dans les processus d'incrimination analysés	p. 89
2.	Grammaire des intérêts	p. 91
A.	Remarques générales	p. 91
B.	Typologie des formes de construction des intérêts protégés en droit	p. 92
3.	Intérêt protégé et dispositif sanctionnel	p. 94
II.	La pénalité économique : essai d'analyse et d'interprétation	p. 96
III.	Problématique des intérêts protégés et "rationalité" du législateur	p. 100

ANNEXE I

Matériaux utilisés dans la recherche sur la
révision du droit des cartels p. 102

ANNEXE II

Inventaire des matériaux concernant le
petit crédit p. 104

ANNEXE III

Inventaire des matériaux concernant les
opérations d'initiés p. 105

ANNEXE IV

Grille de dépouillement p. 107

POSTFACE

Les débats nords-américains en matière de
décriminalisation autour des années 1960
et 1970 et leur rapport à l'étude du processus
d'incrimination
par Michel van de KERCHOVE

Liste des principales abréviations

ASB	Association suisse des banquiers
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
ATS	Agence télégraphique suisse
BOCE	Bulletin Officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin Officiel du Conseil National
CFB	Commission fédérale des banques
CF	Conseil Fédéral
COB	Commission des opérations de bourse (Paris)
CP	Code pénal
DFJP	Département Fédéral de Justice et Police
FF	Feuille Fédérale
FOBB	Fédération des ouvriers du bois et du bâtiment
FPC	Fondation pour la Protection des Consommateurs
FTMH	Syndicat suisse des Travailleurs de la Métallurgie et de l'horlogerie
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LCart	Loi sur les cartels
LCC	Loi sur le crédit à la consommation
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
RS	Recueil systématique des lois fédérales
RSDIC	Revue suisse du droit international de la concurrence
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft
SBS	Société de Banque Suisse
SEC	Securities and Exchange Commission (Washington)
SHZ	Schweizerische Handel-Zeitung
UBS	Union des Banques Suisses
WSJ	Wall-Street Journal

PREMIERE PARTIE: OBJET ET DEMARCHES DE RECHERCHE

I . ACTUALITE DE LA RECHERCHE

1 . Création et application de la loi (pénale)

A considérer la littérature récente dans le domaine pénal, on ne peut qu'être frappé par la prépondérance de la recherche consacrée à l'application du droit sur celle qui s'attache à la création des normes pénales. Plusieurs raisons expliquent sans doute ce phénomène.

- La demande des mandants de la recherche, tout d'abord, est orientée vers l'application plutôt que vers la création. Peu importe pratiquement à une administration de savoir dans quelles conditions sont produites les normes qu'elle a pour mission d'appliquer. Une telle attitude est sans doute à courte vue. Comme nous chercherons à le démontrer après d'autres¹, la mise en oeuvre du droit et surtout les difficultés rencontrées par les administrations dans le cadre de cette mise en oeuvre, sont largement pré-déterminées par les décisions prises lors de la procédure d'élaboration, par les compromis qui ont permis au processus de parvenir à son terme et surtout par la manière dont les intérêts en jeu, les arguments avancés et les logiques, parfois divergentes, ont été pondérés, ont fait l'objet de conciliations ou de choix exclusifs. Les problèmes émergeant lors de la mise en oeuvre ne sont que l'actualisation concrète de conflits et de contradictions que le processus législatif était censé avoir permis de dépasser².

- D'autre part, pour le chercheur, le terrain de l'application est à la fois plus gratifiant et plus accessible. Plus gratifiant, puisque l'observateur se trouve confronté ainsi à la réalité des activités de régulation et d'éventuelle répression, et non pas à des débats d'idées ou à des échanges d'arguments souvent répétitifs. Plus accessible, car les sources sont plus homogènes, se présentent dans un ensemble plus compact et s'offrent à la quantification. Alors que, dans le domaine de la création normative, des matériaux lacunaires, disparates, incohérents, répétitifs eux aussi et non sujets à la quantification attendent le chercheur.

- Enfin, un phénomène d'auto-alimentation met à la disposition du chercheur, actif sur le terrain de l'application, des concepts à la fois suffisamment travaillés pour permettre la présentation des résultats de la recherche dans un langage généralement admis dans la communauté scientifique et pourtant encore sujets à des controverses et à des affinements stimulants. Les développements auxquels le concept d'effectivité a donné lieu offre le meilleur exemple du phénomène.

Travailler sur les processus d'incrimination, c'est donc choisir un terrain délaissé et curieusement dévalorisé.

2 . Le diagnostic d'ineffectivité du droit pénal économique, une fausse évidence

Une des principales conclusions des travaux entrepris sur la mise en oeuvre des dispositions de droit pénal économique est le constat assez général d'ineffectivité de ce type de règles. D'où la critique susceptible d'être adressée à notre travail: "Quel sens cela a-t-il d'étudier des processus d'incrimination dans des domaines où l'ineffectivité est notoire, démontrée pour le passé et anticipable pour l'avenir?". Le

¹ DELLEY J.-D., *Le droit en action*, Saint-Saphorin, Georgi, 1982.

² TANGUY Y., *Le règlement des conflits en matière d'urbanisme*, Paris, LGDJ, 1979.

risque est alors grand de se livrer, au mieux, à un bel exercice de style gratuit, au pire de démontrer, en toute naïveté, des vérités d'évidence.

Plusieurs réponses peuvent être adressées à ce type d'objection

Tout d'abord il importe de rappeler qu'en nous intéressant à de tels terrains nous ne faisons que suivre l'actualité législative. Non seulement en Suisse, mais dans tous les pays industrialisés, les dix dernières années ont été marquées par des recours fréquents, en matière économique et sociale, aux dispositifs pénaux comme soutien des politiques publiques (créations et modifications d'infractions et des peines). Ce mouvement constant a démenti les prophéties d'une diminution du recours au pénal dans la législation contemporaine³.

Pour notre part, nous nous refusons à postuler une irrationalité chronique du législateur. Et nous préférons au contraire mettre l'accent sur la question suivante: si des dispositions pénales ont été demandées et créées à quelle(s) logique(s) cela correspond-il ?

Plus largement un tel travail est l'occasion d'approfondir l'analyse de ce que l'on nomme suivant les pays, droit pénal technique, administratif ou technocratique⁴. On a en effet assisté depuis plus de quarante ans à une multiplication dans toutes les législations, de règles organisatrices d'activités sociales multiples (la représentation syndicale, la consommation, les médias, l'hygiène publique, les rejets industriels, ...). Elles comportent le plus souvent un codicille sanctionnateur dont le statut demeure souvent ambigu et dont on se contente en général de relever les aspects dérogatoires au droit pénal classique. Il est aujourd'hui nécessaire de tenter d'analyser la "positivité" de ces dispositions, c'est à dire de reconstituer les rationalités qui les sous-tendent, les formes qu'elles empruntent et les effets qu'elles produisent.

Enfin, poser comme démontré l'ineffectivité du droit pénal économique, c'est aller bien vite en besogne, car les travaux ont moins prouvé une absence d'effets que l'existence d'effets inattendus ou paradoxaux. Certes il est difficile de dire que le droit pénal fiscal ou celui de l'environnement ont directement changé les comportements des contribuables ou des chefs d'entreprise. Mais ces règles ne sont pas restées sans effet sur leurs destinataires, elles ont été intégrées par les acteurs sociaux comme une nouvelle contrainte, un risque à gérer, parmi d'autres contraintes et d'autres risques. Ce qui peut être rapproché d'un effet de prévention générale.

Dans un autre sens, quand on parle d'ineffectivité on veut aussi souligner les difficultés rencontrées par les autorités administratives dans la mise en oeuvre concrète de ces règles. Là encore, les recherches effectuées ont certes relevé la faiblesse quantitative des procès-verbaux d'infractions et des sanctions prononcées. Mais on ne peut conclure pour autant à une passivité totale des organes chargés du contrôle. Certes, ils se refusent le plus souvent à se

³ SACK Fr., "Interessen im Strafrecht: Zum Zusammenhang von Kriminalität und Klassen-(Schicht-)Struktur", *Kr.J.*, 1977, pp. 248-277.

⁴ LASCOUMES P., BARBERGER C., *Le droit pénal administratif instrument d'action étatique*, Paris, Commissariat au Plan, 1987.

ROTH R., "Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif", *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, N^o 5 et 6, 1981, pp. 285-320 et 380-395.

comporter en (tant qu') agents de police judiciaire concentrant l'essentiel de leurs activités vers la recherche et la poursuite d'infractions. Il serait toutefois erroné d'en déduire une ineffectivité totale des dispositions pénales. Elles constituent pour ces agents des instruments indirects, qui leur permettent d'assurer la régulation pragmatique des situations litigieuses qu'ils effectuent. Source de légitimité, registre de qualification des différends, argument de négociation, le pénal est pour ces agents une ressource à laquelle ils tiennent, même si de l'extérieur on a souvent l'impression qu'ils la sous-utilisent. Ce n'est donc pas parce que les effets produits diffèrent de ceux qui étaient attendus qu'il faut s'empresse de tenir un discours d'échec du droit.

II . OBJET DE LA RECHERCHE

Quelques uns des développements précédents ont déjà indiqué les raisons pour lesquelles la présente recherche s'est donné pour objet la création de la loi, la production normative plutôt que sa mise en oeuvre. Nous ne prétendons aucunement innover et pénétrer sur un territoire vierge. Le droit pénal, la sociologie et la criminologie l'ont, chacun avec la démarche, les problématiques et la terminologie qui leur sont propres, plus que défriché. Le chapitre suivant tentera de résumer le bilan de cette recherche antérieure. Auparavant, nous devons expliquer et illustrer le choix du secteur du droit pénal choisi, puisque les trois terrains d'observation particuliers de notre recherche peuvent être regroupés autour d'un thème général: l'incrimination⁵ en droit pénal économique.

La recherche et la littérature consacrées à l'incrimination se sont jusqu'à présent majoritairement⁷ orientées vers deux objets privilégiés⁶: les législations prohibitionnistes d'une part et le contrôle de la délinquance juvénile⁸ d'autre part. L'engagement personnel des chercheurs joue sans aucun doute un rôle déterminant dans ces choix⁹. Cela a souvent conduit à une confusion des genres et des rôles, le

⁵ Nous utiliserons indifféremment les termes consacrés, "incrimination" ou "criminalisation primaire".

⁶ HEBBERECHT P., "Les processus de criminalisation primaire", *Déviance et Société*, 1985, pp. 59 ss.

⁷ Alcool, drogues et comportements sexuels sont les principaux objets de prohibition envisagés.

AARONSON D.E., "Changing the public drunkenness laws : the impact of decriminalization" *Law and Society*, N° 3, XII, 1978, pp. 405 ss.

BAYER R., "Heroin decriminalization and the ideology of tolerance : actual view" *Law and Society*, N° 2, XII, 1978.

⁸ HAGAN J./LEON J., "Rediscovering delinquency : social history, political ideology and the sociology of law", *Amer. Sociological Review*, 1977, pp. 587 ss.

HAGAN J., "The legislation of crime and delinquency : a review of theory, method and research", *Law and Society*, 1980, pp. 605 ss.

⁹ SCHEERER S., "L'entrepreneur moral atypique", *Déviance et Société*, 1985, pp. 267-290 à propos des groupes militants écologistes et féministes comme groupes de pression.

discours d'indignation ou de réforme remplaçant l'analyse, dépouillée autant que faire se peut de tout a priori idéologique.

Les risques de tomber à notre tour dans cette confusion n'expliquent pourtant pas le choix d'une orientation différente. Notre trajectoire et nos intérêts personnels nous ont naturellement conduit vers le droit pénal économique, objet d'études juridiques" ou sociologiques" antérieures. Ce domaine, dans lequel nous ne sommes également pas les premiers à nous aventurer¹² présente en outre bien des attraits du point de vue scientifique.

La criminalisation primaire est particulièrement florissante dans le domaine économique. Le souci de quantifier le phénomène n'est guère développé, en Suisse comme dans les pays environnants¹³; cette absence de preuve matérielle s'accompagne curieusement d'un consensus unanime sur l'existence même du phénomène.

Si le domaine économique offre moins de prise à la dénonciation; il est également moins pré-déterminé que les divers secteurs prohibitionnistes par des vérités d'évidence. La construction des intérêts puis de la norme (pénale) est ici une véritable édification ab nihilo et non pas la superposition d'un discours de légitimation ou de rationalisation sur des a priori ou des jugements de valeur qui sont le véritable fondement de la norme, comme c'est souvent le cas en matière de moeurs.

Un reproche est aujourd'hui souvent adressé aux travaux anglo-saxons centrés sur la notion d'entrepreneurs moraux. Il porte sur le placage interprétatif d'influences du puritanisme et de contrainte morale sur les législations prohibitrices, sans explicitation réelle des étapes et des formes de cette pression. Les terrains économiques, à l'inverse, nous semblent plus favorables pour saisir la complexité de ces processus d'influence. Ne serait-ce que parce qu'il existe en ce domaine une importante pluralité de positions et que, vu l'importance des enjeux, chacune est amenée à acquérir une bonne visibilité dans le débat public. On a donc moins à

¹⁰ ROTH R., "Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif", *Revue de droit adm. et de droit fiscal*, 1981, pp. 285-320 et 381-395; id., "Réflexions sur la place du droit pénal fiscal au sein du droit pénal accessoire", *Archives de droit fiscal*, 1984, pp. 529-552; id., "Les sanctions administratives: un nouveau droit (pénal) sanctionnateur?", in GAUTHIER J. (éd.), *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg, Ed.Univ., 1985, pp. 125-153.

¹¹ LASCOUMES P., *Les affaires de l'art de l'ombre, les délinquances économiques et leur contrôle*, Paris, Le Centurion, 1986.

¹² GUNNINGHAM N., *Pollution, social interest, and the law*, London, Robertson, 1974; HOPKINS A., *Crime, law and business*, Canberra, Australian Institute of criminology, 1978; SAVELSBERG J.J., "The making of criminal law norms in Welfare states: economic crime in West Germany", *Law and society review* 1987, XXI, pp. 529 ss.; SAVELSBERG J.J./ BRUEHL P./LUEDEMANN Ch., "Genese des Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", in LIEBL K., *Internationale Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität*, pp. 577-603.

Is Il n'existe par exemple en Suisse pas de quantification précise et régulièrement tenue à jour du droit pénal complémentaire. Les estimations de chercheurs concluaient il y a quelques années à l'existence d'environ 350 lois et textes de rang inférieur. Selon les rédacteurs de l'avant-projet de Code pénal français de 1980, le chiffre pour ce dernier pays serait de 4000.

craindre les phénomènes d'ambivalence normatives, souvent relevés par les travaux ayant pris pour objet les crimes sans victimes.

L'existence d'intérêts et d'argumentations contradictoires font que la légitimité de la règle n'est pas assurée a priori en ces matières. Elle est en soi objet de réflexion et de controverses, ce qui est pain bénit pour le chercheur attentif au fondement des règles et aux anticipations, au stade de la création du droit, des difficultés liées à son application.

Il reste à mesurer la spécificité et l'originalité du droit pénal économique, afin d'évaluer les possibilités de généralisation des résultats de notre recherche. La question peut se subdiviser en deux sous-questions complémentaires:

quelle est la spécificité de l'intervention pénale en matière de régulation économique ?

quelles sont, du point de vue d'une théorie générale de l'incrimination, les caractéristiques de cette dernière lorsqu'elle a pour cadre et pour objet le déroulement d'activités économiques?

La recherche présentée ici a pour ambition principale de répondre à la première question. Quant à la seconde, G.FARJAT, exprime une opinion généralement admise, lorsqu'il écrit que "la spécificité du droit économique est plus apparente en droit pénal que dans les autres branches du droit"¹⁴. En effet, "le droit pénal économique est indiscutablement marqué par la finalité économique"¹⁵. Il privilégie ainsi les finalités instrumentales et utilitaristes du droit. Nos propres études¹⁶ nous ont permis de formuler une constatation analogue, portant sur la mise en oeuvre bien particulière d'un droit marqué par

la volonté des acteurs de donner autant que possible une priorité à la discipline professionnelle et de faire en sorte que le principe de la subsidiarité du droit pénal, en vertu duquel l'Etat-législateur ne fait appel à l'arme pénale qu'en tout dernier ressort, principe si souvent bafoué, soit ici réellement appliqué;

les possibilités de négociation et de transaction très larges offertes aux administrations, voire aux organes judiciaires, d'autant plus aisément utilisées que les personnes concernées disposent de prestige social et de ressources financières importantes.

L'intérêt de la recherche et une limitation de son ambition heuristique sont dans une certaine mesure liés. Dans notre domaine, la production normative est moins "pure", moins linéaire que dans un contexte de prohibition. Les contraintes extérieures, ce que FARJAT nomme pudiquement la "finalité économique", jouent un rôle sans équivalent dans le reste du droit pénal. L'incrimination économique est bien spécifique, mais il importe d'objectiver les origines et les fondements de ce particularisme. Ce sera un des buts de ce travail.

¹⁴ FARJAT G., *Droit économique*, 2me éd., Paris, P.U.F., 1982, p. 59.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *op cit.*, notes 10 et 11.

III. ELEMENTS DE LA PROBLEMATIQUE

1. Apports et limites des travaux antérieurs

A. Les problématiques écartées.

Nous nous sommes efforcés, tout d'abord, de prendre une distance vis à vis des problématiques moralistes, qui proposent des approches unilatérales des processus de création du droit en général et du droit pénal en particulier. Elles considèrent les règles sanctionnatrices, soit comme l'expression de l'imposition par un groupe de ses valeurs puritaines, soit comme l'instrument direct des intérêts d'une classe ou fraction de classe. On peut alors parler de "fonctionnalisme moral" aussi bien que de "marxisme moral", dans la mesure où, dans l'un et l'autre cas, la recherche débouche sur la mise à jour, souvent accompagnée de dénonciation, de la pression d'intérêts particuliers sur la création des règles. La défense de l'intérêt général se ramènerait alors à une simple fiction. Le point d'arrivée fatidique de ce type de problématique est donc le constat, voire la dénonciation de la prédominance du jeu des intérêts sur le processus législatif. Après reformulation, cette conclusion quelque peu triviale de nos jours, sera plutôt au point de départ de notre approche.

Nous avons, d'autre part, écarté un autre type de problématique qui se rencontre dans les travaux de sociologie législative. Il s'agit d'une problématique positiviste qui emprunte à l'expertise son schéma d'analyse. La recherche sur le processus législatif est alors envisagée comme la reconstitution de la rationalité implicite du législateur. C'est-à-dire qu'elle vise à retracer le parcours d'une prise de décision reposant nécessairement sur une analyse des besoins sociaux au point de départ de la norme, sur le diagnostic du problème à résoudre et sur la définition d'une prescription réglementaire. Ce qui conduit à personnaliser considérablement "le législateur", cette Arlésienne de la norme légale, que l'on tend à doter d'une capacité de discernement et d'une volonté quasi autonome. Les opérations accomplies se trouvent schématisées selon un modèle médical: examen - diagnostic - prescription. On peut illustrer ce mode d'approche par les travaux de A. VIANDIER¹⁷ qui raisonne selon un modèle explicitement biologique et n'hésite pas à parler de "génétique législative", de "désir" et de "gestation" de la loi. La recherche inventorie, sans hiérarchisation bien précise, les facteurs qui contribueraient (favorablement et défavorablement) à la "naissance légale" du texte.

Autant les moralistes mettent l'accent sur le poids des intérêts, autant leur influence est niée dans les secondes approches, "le législateur" est supposé transcender la pression des intérêts particuliers pour la défense du bien commun.

Il faut ajouter que ces deux types de problématique "moraliste" ou "positiviste" se retrouvent pour ignorer ou minimiser considérablement la spécificité juridique du processus étudié. On assimile l'élaboration d'un texte de loi à une quelconque prise de décision publique. La place de la mise en forme juridique est ignorée ou traitée comme une question secondaire. Le recours au droit n'est envisagé que comme un phénomène de surface, comme l'utilisation d'un instrument neutre, d'un matériau

¹⁷ HAGAN J., *op. cit.*, note 8.

¹⁸ LEBEAU D. ROBERT J.H., VIANDIER A., VIEUX S.H., *Etude de génétique législative*, Paris, Ministère de la justice, 1988.

VIANDIER A., "Le déclin de l'art législatif", *Droits*, 1986, N° 4, p. 761.

sans contrainte interne. L'observation se cantonne à l'*input* et à l'*output* du système législatif et la mise en forme juridique demeure dans la boîte noire.

Cette dimension juridique des politiques publiques, à plus forte raison lorsqu'elle fait intervenir des dispositions aussi particulières que les sanctions pénales, nous semble être un point d'étude incontournable des processus législatifs. De là découlent nos deux orientations essentielles

d'une part, nous nous sommes attachés à l'étude de l'incrimination, moment privilégié de la formalisation juridique;

d'autre part, nous avons envisagé la formalisation comme une opération de codage et de qualification en droit, de valeurs et d'intérêts sociaux.

Ces notions vont être définies et ces choix, explicités dans les sections suivantes.

B. Apports des travaux antérieurs.

La sociologie nord-américaine de la production de la norme pénale fut certainement une des premières à mettre l'accent sur l'influence de groupes organisés sur les processus législatifs. Cependant, on s'accorde aujourd'hui pour considérer ces premiers schémas explicatifs comme un peu trop sommaires. C'est plutôt vers l'analyse des entrecroisements de jeux d'influence que l'on s'oriente actuellement. D'autres travaux ont également mis l'accent sur les spécificités des problèmes posés par la formalisation juridique. Nous les présenterons tout à tour.

- a) BECKER ET GUSFIELD¹⁹ furent les initiateurs de la problématique des "entrepreneurs moraux". Ils eurent tendance à généraliser à l'ensemble des dispositions pénales existantes, ce qu'ils avaient pu observer pour une partie bien spécifique d'entre elles. Ils soulignèrent le rôle déterminant des "ligues de vertu" et "ligues de tempérance" sur l'incrimination des infractions liées à l'usage d'alcool, de narcotiques et à certaines activités liées à la vie sexuelle (homosexualité, prostitution, pornographie...). Cela les conduisit à développer des approches très personnalisantes, voire psychologisantes, réduisant la revendication d'une norme pénale, à la volonté directe d'un petit groupe ou de son leader²⁰.

Ce type d'approche s'est vu adresser un certain nombre de critiques²¹ soutenues par la multiplication des travaux de sciences politiques sur les groupes de pression. Une des meilleures synthèses critiques a été réalisée par

¹⁹ GUSFIELD J.R., *Symbolic Crusade. Status politics and the American Temperance movement*, Urbana, Univ. of Illinois Press, 1963.

BECKER H.S., *Outsiders* New York, The Free Press of Glencoe, 1963, Chap. 8 "Moral entrepreneurs".

²⁰ La notion de groupe de pression (*pressure group*) a été créée par P. ODEGARD dans la thèse qu'il consacra en 1928 aux lignes anti-alcooliques - *Pressure Politics the story of the Antisaloon league*.

²¹ LANDREVILLE P., "Normes sociales et normes pénales", *Cahiers de l'école de criminologie*, N° 12, Univ. de Montréal, 1983.

OLSON dans son ouvrage sur "La logique de l'action collective"²². Contrairement aux théories pluralistes, il refuse de traiter tous les groupes de pression sur un pied d'égalité et de croire en l'équilibrage spontané des influences en vue de la défense de l'intérêt général. Pour OLSON, l'influence exercée par un groupe est le sous-produit d'une organisation interne. Cette dernière repose en particulier sur la capacité de mobilisation des groupes latents, tant par autorité directe que par incitation positive. Cette capacité de mobilisation est selon lui beaucoup plus importante que la force intrinsèque (nombre de membres, moyens financiers) du groupe quant à la création d'un rapport de force.

Dans le même sens DICKSON²³ critiqua le travail de BECKER sur la répression de la marijuana par la loi de 1937. Selon lui, les convictions morales des "entrepreneurs" n'ont eu qu'un rôle secondaire dans l'action de pression exercée par le Federal Bureau of Narcotics qui cherchait avant tout, selon lui, à assurer son avenir en tant qu'organisation.

Ainsi, s'il apparaît important de s'intéresser aux acteurs qui ont assuré l'émergence de la revendication d'une norme pénale et contrôlé son édification, il faut prendre garde à ne pas trop réduire cette approche à de strictes questions d'intérêts privés ou particuliers. Dans l'analyse de la création des intérêts protégés en droit, nous nous intéresserons plutôt aux types de groupes et à leurs modes d'influence. D'autre part, nous raisonnerons en termes de pluralité d'influences, plutôt qu'en termes d'action unilatérale de tel ou tel groupe. Nous rejoignons en cela les conclusions de J.J.SAVELSBERG. Etudiant la création de normes pénales en matière économique durant la période 1960-1980 en Allemagne, cet auteur a été conduit à privilégier l'analyse des conjonctions d'influence dans les prises de décision publique. Il montre, ainsi, que celles qui proviennent de l'intérieur de l'appareil d'Etat sont au moins aussi importantes que celles qui émanent des représentants des milieux économiques et des partis politiques. Un travail français de PADIOLEAU rejoint cette analyse.

Toujours à propos de dispositions de droit pénal économique, nous avons emprunté à HOPKINS la démarche comparative qu'il développa sur les origines et transformations de la législation australienne en matière de législation anti-trust. Confrontant les processus législatifs intervenus à trois périodes distinctes (1906, 1965, 1974)²⁶ il put relever les changements dans les jeux d'influence et les modifications de rationalité qui caractérisèrent chaque étape. Là également, on observe, non pas la pression unilatérale de tel ou tel groupe,

²² OLSON M., "Théorie orthodoxe des groupes de pression" et "Théorie du "sous-produit" et des "intérêts spéciaux" in *Logique de l'action collective*, Paris, PUF, 1978, pp. 137-188.

²³ DICKSON D.T., "Bureaucracy and morality : an organizational perspective on a moral crusade", *Social Problems*, 1968, XVI, pp. 143- 156, complément aux travaux de BECKER sur le "Marihuana Tax Act" de 1937; voir aussi COOK (S.) "Canadian Narcotics legislation 1908-1923; a conflict model interpretation" *Canadian Review of Sociology and Anthropology*, 1969, Ch. VI, pp. 36-46.

²⁴ SAVELSBERG, *op cit.*, note 12.

²⁵ PADIOLEAU J., "La lutte contre le tabagisme : action politique et régulation étatique de la vie quotidienne" in *l'Etat au concret*, Paris, PUF, 1982, pp. 49-78.

²⁶ HOPKINS, *op cit.*, note 12.

mais un dispositif tripartite (industriels, consommateurs, pouvoirs publics) producteur de revendications divergentes qui s'agencèrent et furent recombinaées selon les conjonctures politiques et économiques.

- b) Enfin, à un niveau plus abstrait nous avons repris chez HAGAN, l'importance accordée à la formalisation juridique. Faisant la synthèse critique d'une longue série de travaux sur les processus d'incrimination, en particulier en matière de délinquance juvénile, il souligne que le "traité de paix" juridique qui conclut temporairement l'affrontement entre groupes de pression est au moins aussi important que "la guerre" qui le précède. L'incrimination n'est qu'un résultat, qu'un choix provisoire entre des solutions et revendications diverses. Il recommande alors de s'attacher aux phénomènes de passage de l'instance sociale à l'instance politico-juridique et aux effets de retraduction qui accompagnent ce processus. Il propose ainsi, en toute ignorance, de renouer avec une ancienne tradition européenne d'étude des origines et de la production du droit.

2.- Problématique de la formalisation juridique

La notion de formalisation juridique emprunte à tous les travaux qui depuis la fin du XIX^{ème} siècle, se sont efforcés de sortir du dilemme théorique opposant les partisans de l'Ecole du droit historique aux dogmaticiens purs. Le droit a dès lors été envisagé comme la résultante d'apports successifs, combinant en un système spécifique, données sociales et opérations techniques. L'élaboration est ainsi appréhendée depuis lors comme se situant au confluent de trois formes de production: une production spontanée, une production scientifique par réflexion et une production technique par construction.

Sur cette base socio-juridique générale, les grands courants théoriques ne se distinguent en fait que par la pondération qu'ils font de ces trois activités. On peut ainsi distinguer

- un courant que nous qualifierons "socio-centré" privilégie les temps un et deux du processus. Il considère alors la formalisation comme un travail d'objectivation, c'est à dire comme l'étude positive, suivi d'explicitation de ce qui n'était jusqu'alors que spontanément vécu. E. EHRlich²⁷ et les partisans du pluralisme juridique sont les principaux représentants d'une telle approche.
- un deuxième courant que nous nommerons "technico-centré" reconnaît l'apport indispensable de l'observation de la vie sociale pour la compréhension des origines des règles de droit, mais il privilégie le troisième temps du processus, celui de construction technique. L'accent est mis, ici, moins sur l'action objectivante de la conscience que sur l'action structurante de la volonté. DABIN²⁸ et surtout GENY²⁹ sont les principaux tenants de cette approche. Et ils n'ont pas hésité à mettre l'accent sur la nécessité d'une certaine artificialité du codage juridique, condition de sa fonctionnalité.

²⁷ VILLEY M., "Etudes récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique", A.P.D., 1968, pp. 347 ss.

²⁸ DABIN J., *La technique de l'élaboration du droit positif*, Paris, Sirey, 1935.

²⁹ GENY M., "Bases de l'élaboration scientifique du droit" 1980, in *Science et Technique en droit privé positif*, Paris, Sirey 1915, Tome II, p. 220 et *Editions juridiques*, Tome III, pp. 360-390.

- enfin, un courant critique a réactualisé ces dernières années cette notion de formalisation, en en soulignant surtout un certain nombre de conséquences: ainsi, F.OST³⁰ y voit l'origine et la spécificité de la logique du savoir et de l'idéologie juridique. MIAILLE³¹ en avait précédemment souligné l'effet de déréalisation, BOURDIEU³², enfin, a récemment, caractérisé le travail des juristes comme l'occultation et la rationalisation de la part d'arbitraire qui préside aux opérations de formalisation.

On peut cependant relever deux limites à ces approches en termes de "formalisation". Tout d'abord elles sont restées essentiellement théoriques et ne s'appuient que très exceptionnellement sur des études empiriques des processus décrits ou dénoncés. D'autre part, toutes considèrent la formalisation comme un processus global, un phénomène bien unifié. Elles ne se sont pas attachées à démontrer les opérations concrètes que cette notion recouvre et à penser les articulations entre les différentes étapes envisagées.

Notre projet se précise dès lors ainsi: il s'agit d'étudier les incriminations pénales comme un processus de formalisation dont nous nous proposons de cerner les grandes phases par l'étude empirique des conditions d'élaboration d'une série de lois en matière économique. Une question demeure cependant à préciser. Nous voulons observer la création de règles pénales en tant que processus de formalisation, certes, mais formalisation de quoi ?

3.- Une notion-clef: l'intérêt noté en droit

Cette notion juridique se trouve au confluent des approches sociologiques et pénales de l'incrimination; les sciences humaines ont produit peu de concepts aussi largement reçus, même si cette apparente convergence est susceptible de cacher des divergences non seulement d'utilisation, ce qui va de soi, mais également de compréhension et de définition.

L'existence de ces divergences n'empêchent pas que la notion s'appuie sur une matrice de réflexions et d'énoncés commune à l'ensemble des sciences humaines. C'est cette communauté qui rend possible une approche interdisciplinaire de phénomènes tels que ceux retenus pour notre objet de recherche. Elle s'explique par les caractéristiques historiques de la réception du concept d'intérêt dans la doctrine pénale de l'incrimination.

A l'origine de cette réception, on trouve l'influence de l'école dite de la "jurisprudence des intérêts" et en particulier de son inspirateur RUDOLF VON JHERING. Comme son nom l'indique, cette école (également dite de TUEBINGEN) place au coeur de sa théorie du droit la notion d'intérêt. Selon la phrase classique de JHERING³⁴, qu'elle reprend, "le droit n'est autre chose que l'intérêt qui se protège lui-même".

³⁰ LENOBLE J., OST F., *Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, FUSL, 1980, pp. 231-251.

³¹ MIAILLE M., *Introduction critique au droit*, Paris, 1976, pp. 199-226.

³² BOURDIEU P., "La Force du droit La force de la forme", pp. 4-18, *ARSS*, N° 64, sept. 86.

³³ RUSSO F., *Réalité juridique et réalité sociale*, Paris, Sirey, 1942, pp. 39-40.

³⁴ JHERING, "L'esprit du droit romain", 2ème éd., Paris-Gand, 1880, t. IV, p.338 in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles,

La majorité des pénalistes de la fin du siècle dernier, époque de la rédaction des premiers avant-projets du Code pénal suisse, partageaient les convictions de JHERING; du moins, le modèle théorique et le langage de ce dernier forgeaient en bonne partie le sens commun et la *lingua franca* des juristes de culture germanique³⁵. Aussi, les incriminations contenues dans la partie spéciale du code ne pouvaient être que l'expression d'"intérêts protégés"³⁶. Que reste-t-il de cette construction théorique dans la dogmatique pénale contemporaine ?

La disposition pénale est toujours formée du couple incrimination-sanction, c'est-à-dire énoncé d'une règle de conduite et de la conséquence organisée de sa violation. L'incrimination est en principe admissible ou nécessaire, lorsque le comportement décrit porte une atteinte, réelle ou virtuelle, à un bien ou à un intérêt dont la protection se justifie d'un point de vue socio-éthique. Deux éléments doivent donc être réunis pour que l'incrimination satisfasse aux critères énoncés par la dogmatique juridique ici schématiquement résumée: la menace que le comportement incriminé fait courir à un intérêt ou à un bien juridique d'une part, et la nécessité de l'intervention répressive d'un point de vue socio-éthique, de l'autre.

La seconde condition, dictée par le principe de l'économie et de l'auto-limitation du droit pénal n'appelle guère de commentaires dogmatiques; elle relève de la politique criminelle. En revanche, l'énoncé de la première condition soulève au moins deux questions de construction dogmatique:

est-il nécessaire de distinguer bien et intérêt juridique et comment le faire?

quels sont les rapports entre l'intérêt juridiquement protégé et la valeur sociale qui en est, au regard de la construction classique dans les sciences humaines, le fondement ?

La doctrine pénale n'a jusqu'à ce jour pas traité ces deux questions comme elles le méritaient. L'établissement de nomenclatures des intérêts, entreprise qui respecte bien la tradition jheringienne, mobilise davantage les efforts des auteurs que la réflexion purement théorique sur les notions en jeu.

Une thèse bâloise de 1962 propose toutefois, sur le premier objet, des développements fort intéressants³⁸. L'auteur démontre que l'identification entre bien et intérêt juridique dans la doctrine pénale est liée à l'influence qu'a exercée sur elle, à la fin du siècle dernier le "positivisme naturaliste", dont VON LISZT, éminent jheringien, fut le représentant le plus marquant. Pour ces positivistes fidèles à l'enseignement des premiers positivistes dits scientifiques, il est indispensable dans la théorie du droit pénal, de distinguer les activités de création, d'application et de description du droit, qui relèvent de la pure technique, et l'observation proprement

L.G.D.J.- Scientia, 1988, p. 195, article de M.BUERGISSER, qui inspire les développements ci-après.

³⁵ Cf. GERMANN O.A., *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2ème éd., Berne, Staempfli, 1967, pp. 82 ss; *id.*, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, 2ème éd., Berne, Staempfli, 1968, p. 128.

³⁶ Cf. STOSS C., *Exposé des motifs de l'avant-projet de Code pénal suisse*, Bâle-Genève, 1893, p. 13.

³⁷ Par exemple, H.J. RUDOLPHI, in RUDOLPHI/ HORN/ SAMSON, Syst. Kommentar zum StGB, 1986, Vorbemerkung zur para. 1, No 8 ss.

³⁸ SINA P., *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, thèse Bâle, 1962, chapitre IV, pp. 39 ss.

"scientifique", qui ne peut porter que sur des phénomènes naturels dont le principe directeur est le principe de causalité.

Cela dit, comme le principal représentant de L'ECOLE DE TUEBINGEN a pris soin de le souligner, le terme "intérêt (juridiquement protégé)" s'applique aussi bien à des objets idéaux ou immatériels qu'à des objets matériels³⁹.

Le concept de bien juridique joue un rôle charnière⁴⁰, puisqu'il autorise le passage d'un ordre à l'autre. L'observation permet de décrire comment les individus ou les groupes sociaux constituent et défendent des biens qui leur sont chers; ces biens ne sont que l'expression d'intérêts, dans la conscience individuelle ou collective. La transposition du bien "pur" en bien juridique permet la transformation du produit de l'observation en instrument de logique formelle

Dans la dogmatique suisse, c'est sans doute O.A. GERMANN qui a le mieux cherché à tirer profit de l'apport essentiel de la jurisprudence des intérêts à la réflexion sur la construction et l'application de la norme pénale. Sa "wertkritisch-normative Methode"⁴² tire explicitement une partie de son inspiration des enseignements de L'ECOLE DE TUEBINGEN. Toutefois, GERMANN se contente de poser la question de savoir s'il ne serait pas opportun de substituer globalement le mot valeur à celui d'intérêt⁴³ sans répondre à cette question. Aussi, la doctrine juridique s'en tient généralement à la règle énoncée, dans une formule devenue classique, par ROUBIER "La valeur, dans le domaine du droit, ne peut être appuyée que sur une finalité à découvrir"

C. Valeur, intérêt et intérêt protégé en droit.

L'intérêt protégé en droit est donc l'expression d'un intérêt reconnu par le législateur comme demandant et méritant une protection. C'est le bien juridique construit par la formalisation en droit de valeurs et intérêts sociaux, matériels ou symboliques, particuliers ou généraux. "Valeur" et "intérêt" sont deux notions au contenu fort vague et méritant explicitation, dans la mesure où elles ont été utilisées tant par les juristes que par les spécialistes de différentes sciences humaines.

Chez JHERING, par exemple, on observe une co-existence de ces deux notions d'intérêt et de valeur, sans qu'à chacune soit attribuée de signification spécifique. Notons cependant que les deux termes sont pris et utilisés dans un sens économique. Valeur et intérêt sont traités comme des notions équivalentes, homonymes de ce qui procure une utilité.

Dans la littérature sociologique nord-américaine sur l'incrimination, ces notions sont également traitées de façon équivalente, mais le contenu qui leur a été attribué a varié selon les courants théoriques.

³⁹ HECK Ph., *Das Problem der Rechtsgewinnung* (1912), Bad Homburg, Gehlen, 1968, p. 33, qui donne l'exemple d'"intérêts idéaux, religieux, nationaux, éthiques".

⁴⁰ SINA parle, p. 56, de *Grenzbegriff*.

⁴¹ Cf. SINA, pp. 56 ss.

⁴² Cf. GERMANN O.A., *Methodische Grundfragen*, Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1946, pp. 107 ss.; *Probleme und Methoden*, *op.cit.*, pp. 128-129.

⁴³ *Methodische Grundfragen*, *op.cit.*, p. 118.

⁴⁴ ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, 2ème éd., Paris, Sirey, 1951, p. 318.

- Chez les interactionnistes symboliques la notion de valeur prédomine. L'intérêt se résume ici à la défense des valeurs morales puritaines. Les terrains sur⁴⁵ lesquels ces notions ont été utilisées n'ont pas, en effet, imposé une telle distinction

- A l'inverse chez les auteurs de la sociologie du conflit, la notion de valeur est presque complètement éliminée. Dans leur perspective marxisante seul prévaut l'intérêt, entendu dans le double sens d'intérêt économique et idéologique. La défense des intérêts sur la scène législative équivaut à peu près toujours à l'affirmation d'une volonté de puissance, au désir ou besoin de renforcement d'un rapport de pouvoir.⁴⁶

Pour notre part nous nous référerons plutôt à la sociologie de MAX WEBER pour justifier le maintien du recours à ces deux notions de valeur et d'intérêt comme origine des intérêts protégés en droit.

4. L'intérêt en sociologie : la difficile relativisation du paradigme utilitariste.

On peut dire avec R. BOUDON⁴⁷ que la sociologie européenne, essentiellement allemande et française, s'est développée au début du siècle sur la base du paradigme utilitariste et des nécessités de son dépassement. Son apport a consisté non pas à écarter, mais à assouplir et enrichir le paradigme utilitariste. Dans la sociologie contemporaine, la notion d'intérêt fonctionne de façon assez paradoxale dans la mesure où elle est plus utilisée comme une catégorie d'évidence que comme un concept bien explicité. Pourtant, en filigrane de beaucoup d'analyses, c'est en fait de la place et de la combinaison des intérêts sociaux qu'il est souvent question. Plus précisément, on peut distinguer deux grands leitmotifs de la sociologie contemporaine où la question des intérêts intervient de façon massive:

Quel est le rôle des intérêts sociaux dans l'organisation sociale? Quelle est leur influence sur les structures observables et sur leur changement ?

Comment s'articulent les intérêts entre eux ? Comment s'agrègent-ils et se désagrègent-ils ? Comment passe-t-on du micro au macro-social, de l'intérêt et de l'action individuelle à l'intérêt et à l'action collective ?

Le développement de la pensée sociologique a ainsi été dans un premier temps une mise à distance du concept d'intérêt, une relativisation de sa force explicative. Puis on a assisté à son retour en force chez des auteurs aussi divers que les néo-fonctionnalistes ou les néo-marxistes. A tel point, d'ailleurs, qu'une réaction critique s'est amorcée contre l'utilisation massive des concepts utilitaristes en sciences sociales⁴⁸

⁴⁵ *op. cit.*, note 19.

⁴⁶ CHAMBLISS W.J., MANKOFF M., (eds.) *Whose law, What order ? a conflict approach to criminology* N.Y., John Wiley & Sons, 1976.

⁴⁷ BOUDON R., "Utilitarisme" in *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 1982, pp. 589-594.

⁴⁸ Ce qui pose le problème de l'autonomie de deux disciplines l'une par rapport à l'autre. La sociologie peut-elle apporter d'autres éléments de compréhension que l'économie? Ou bien n'est-elle qu'une fille cadette et appliquée de sa génitrice sans projet d'émancipation conceptuelle quelconque.

A .- Mise en question du paradigme utilitariste.

De TOCQUEVILLE à WEBER en passant par MARx et, bien sûr, par DURKHEIM les principaux théoriciens ont considéré que le jeu des intérêts paraissait insuffisant à expliquer à lui seul les productions sociales et les mouvements du changement social. Chacun à sa façon s'est efforcé de compléter le jeu des intérêts par le jeu de notions plus subjectives, les passions collectives (TOCQUEVILLE), les idéologies (MARx), les représentations (DURKHEIM).

Cependant c'est chez MAX WEBER que cette pondération de l'utilitarisme a été la plus explicite. On a pu écrire que la dialectique entre valeurs et intérêts était un des axes majeurs de sa sociologie. Il considère les actions basées sur la tradition et celles qui sont basées sur des valeurs comme des actions fondamentales. Celles qui sont orientées vers un but précis et basées sur l'intérêt ne tiennent alors qu'une place secondaire. Toutefois il souligne que traditions et valeurs ne se maintiennent que pour _autant qu'elles ont une vertu adaptative, c'est à dire qu'elles restent compatibles avec les intérêts des acteurs sociaux. Son interprétation de l'éthique protestante constitue une application concrète de cette analyse. Il démontre la convergence entre logique théologique et logique capitaliste à travers la notion de comportement ascétique. Le travail rationnel et constant devant s'effectuer sans qu'il y ait consommation du profit dégagé, un réinvestissement sans fin en découla.

Cette relativisation du paradigme utilitariste a, dans une certaine mesure, conduit à ce qu'on a pu appeler à "une vision sursocialisée de l'homme". En d'autres termes, une perspective hyperculturaliste s'imposa, où les comportements individuels et collectifs furent massivement interprétés comme la résultante de croyances et de valeurs collectives. Cette perspective culmina chez Durkheim dans la sociologie duquel le rôle des intérêts est quasiment inexistant. Mais près d'un siècle après "De la division du travail social" la situation intellectuelle est toute autre.

B .- Retouren forcedesconceptionsutilitaristes

Ce retour est d'autant plus fort qu'il se retrouve chez tous les tenants d'une sociologie scientifique rationnelle, qu'ils soient néo-fonctionnalistes ou néo-marxistes⁴⁹. On retrouve chez des auteurs aussi différents que R. BOUDON, M. CROZIER ou P. BOURDIEU une utilisation importante du concept d'intérêt. Malgré leurs différences, voire leurs oppositions théoriques, on peut avancer qu'ils se retrouvent sur trois points:

L'universalité de la prégnance des intérêts, individuels et collectifs, dans les développements et les transformations de l'action sociale.

L'affirmation centrale, non de l'égoïsme des intérêts, mais du fait que les intérêts sont toujours calculés et calculables. Ce qui suppose un fondement rationnel des actions.

Une conception doublement rationnelle de l'action; sur un plan subjectif (le sujet ne peut manquer d'être rationnel puisque ce sont ses intérêts qu'il calcule) et objectif (cette rationalité est scientifiquement reconstituable *ex post*, la possibilité de réitération est un critère de vérité).

^{4s} CAILLE A., "Du penchant utilitaire dans les sciences sociales", *Esprit*, 1984, N° 5, pp. 123-134.

ADAIR Ph., "La sociologie phagocytée par l'économie" *Sociologie du travail*, N° 1, 1984, pp. 105-114.

Au-delà de ces accords, chacun envisage la notion d'intérêt sous un angle spécifique:

Chez BOUDON, la notion d'intérêt est sans substance réelle, elle reste formelle. C'est un plan d'observation méthodologique. Pour lui tout phénomène social n'est interprétable que si on parvient à la ramener, en dernière analyse, aux choix et calculs des sujets individuels supposés dotés d'une rationalité limitée certes, mais suffisante. Il s'agit ici de la recherche d'une rationalité instrumentale, de moyens, au service de fins qui lui sont extérieures et restent souvent floues

Chez CROZIER, la notion d'intérêt est beaucoup moins formelle. Il envisage toute organisation sociale comme un champ organisé par des jeux dont le pouvoir est l'enjeu. L'intérêt des acteurs est un intérêt stratégique qui vise le contrôle de ce pouvoir, c'est-à-dire tend à l'accroissement des gains par la participation à l'organisation. L'intérêt n'a pas de contenu en soi, sa finalité reste floue, il est toujours lié aux opportunités de pouvoir

Avec BOURDIEU, on entre dans la logique de l'intérêt généralisé. Sa conception n'est plus formelle mais substantielle. L'intérêt recherché a toujours une matérialité concrète et symbolique. Il n'envisage pas les intérêts individuels, mais les intérêts de groupe ou de classe. Ce sont des intérêts de position dans un champ qui est tout à la fois macro et micro-social

5. Problèmes d'opérationnalisation du concept d'intérêt

Avant de présenter la façon dont nous avons utilisé le concept, il est utile de rappeler un certain nombre de critiques adressées aux théorisations précédentes.

A. Critiques conceptuelles et méthodologiques

Nous nous appuyerons ici principalement sur les critiques formulées par les animateurs du Mouvement anti-utilitariste en sciences sociales⁵³. La prédominance de l'intérêt est, selon eux, un postulat indémontré et indémontrable. Il présuppose que l'économie est une catégorie universelle. L'intérêt serait alors le lieu de la raison pratique, composante anthropologique fondamentale de l'action humaine, ayant une pertinence tous azimuts dans l'espace et dans le temps. L'axiomatique de l'intérêt repose sur un imaginaire rationaliste et quantificateur. Tout comportement est

⁵⁰ BOUDON R., *Effets pervers et ordre social*, Paris, PUF, 1979, pp. 98-140.

SIMON H., "Rationality" in GOULD J. et KOLB W.L. *A Dictionary of the Social Science*, Glencoe, The Free Press, p. 573.

Models of Bounded Rationality, Cambridge, MIT. Press, 1983.

MONGIN Ph, *Simon et la théorie néo-classique de la Rationalité limitée*, Paris, ENS, Laboratoire d'éco. po., N° 107, 1983.

⁵¹ CROZIER M., FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, Paris, Le Seuil, 1977, pp. 42-80.

⁵² BOURDIEU P., *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Droz, pp. 45-60.

⁵³ SEN A., WILLIAM B., *Utilitarianism and beyond*, Cambridge, Univ. Press, 1983.

CAILLE A., "La sociologie de l'intérêt est-elle intéressante" *Sociologie du travail*, N° 3, 1981, pp. 257-274.

reconstitué *a posteriori*, pour en dégager les enjeux, les modalités de calcul (en termes de gains et de pertes) et les investissements effectués. Ce qui suppose que la reconstitution effectuée est exacte, que toutes les mises et tous les gains sont quantifiables, enfin que tous les acteurs recourent aux mêmes valeurs d'appréciation ou à des unités de mesure similaires; sinon, comment les comparer ?

Admettons que l'on retienne la validité théorique du projet; encore faut-il pouvoir l'opérationnaliser. Pour cela, des définitions élémentaires seraient nécessaires, et la plupart des auteurs présentés ne sont guère explicites sur ce plan. BOUDON parle de gains et de pertes, mais sur quoi portent-ils? CROZIER réduit l'intérêt au pouvoir dans l'organisation. BOURDIEU au contraire voit de l'intérêt partout, l'intérêt serait une notion ontologique: un besoin existentiel de reconnaissance et de mission sociale mènerait les hommes, êtres mus par l'illusion. D'autre part il faut remarquer que chez ces auteurs, l'intérêt est pris comme une notion massifiée, sans aucune différenciation interne. Les intérêts n'ont-ils pas d'histoire, ne sont-ils pas intellectuellement construits, sont-ils sans fondements et sans finalités?

B . L'intérêt comme forme de rationalisation des fondements de l'action humaine

Notre problème était le suivant: comment définir la notion d'intérêts sociaux afin de cerner la façon dont ceux-ci se trouvent repris et reconstruits durant le processus de formalisation juridique propre au processus législatif ? Mener à bien un tel projet exigeait en préalable de pouvoir distinguer entre valeur et intérêt. Seuls des travaux de psychologie sociale ont abordé de façon concrète ce problème. Nous en ferons une brève présentation avant d'exposer notre propre opérationnalisation.

Nous nous référerons ici, aux travaux de psychologie sociale de J.R.ROYCE⁵⁴, qui conçoit l'individualité comme l'interaction de trois structures: cognitive, affective et évaluative. Nous ne nous intéresserons ici qu'à la structure évaluative qui recouvre les trois dimensions suivantes : les attitudes, les intérêts et les valeurs. C'est celle qui a été la moins étudiée, elle concerne les différents types de préférences qui sous-tendent les actions⁵⁵. Les distinctions semblent particulièrement délicates à opérer entre valeur et intérêt dans la mesure où l'une et l'autre notion correspondent à des processus de jugement, qui ne sont pas toujours directement observables et qui sont moins objectivables que les attitudes davantage liées à des pratiques matérielles.

On peut cependant retenir les critères de distinction suivants

les attitudes concernent les réactions relativement stables et prévisibles vis à vis d'"objets" ou d'enjeux précis.

les intérêts concernent les préférences pour des "activités" et les conditions dans lesquelles elles s'exercent.

les valeurs concernent l'attrait que représentent des "objectifs" abstraits, des besoins et idéaux fondamentaux.

Certains travaux tendent à s'appuyer sur une conception hiérarchique qui fait des attitudes une conséquence des intérêts et de ceux-ci une émanation des valeurs, ce

⁵⁴ ROYCE J.R., *Multivariate analysis and psychological theory*, N.Y. Academic Press, 1973.

⁵⁵ "Les distinctions entre attitudes, valeurs et intérêts restent encore mal définies et l'on peut les considérer, opérationnellement, comme fonction de la nature des stimuli évalués" (Dupont *et al.*, *La psychologie des intérêts*, Paris, PUF, 1979, pp. 32-35, 161-171.).

qui revient à présupposer l'antériorité des dimensions abstraites sur les dimensions concrètes. A cette conception idéaliste on peut opposer une conception interactive qui s'efforce d'articuler les trois dimensions dans la compréhension des fondements des actions individuelles ou collectives⁵⁶.

Il semble donc possible de s'appuyer pour notre recherche sur une combinaison des valeurs et des intérêts dans la mesure où ils forment un système d'intelligibilité des pratiques sociales. Il s'agit ici d'effectuer, non la recherche d'explications causales qui prétendrait rendre compte du "pourquoi" des choses, mais l'analyse d'un système rhétorique qui s'efforce *a posteriori* de donner une cohérence, une légitimité et souvent une quasi-objectivité à des choix plus ou moins conscients et/ou rationnels et destiné à créer au bout du compte un effet de vérité.

L'intérêt peut alors être défini comme une des formes de rationalisation des fondements de l'action humaine, expression et revendication concrète d'objectifs, matériels ou abstraits. Les valeurs se situent elles sur un plan d'expression et de revendication plus idéal. Sur cette base, nous avons pu élaborer un cadre d'analyse général.

IV. CADRE D'ANALYSE RETENU

Le cadre d'analyse dépasse le seul domaine de droit pénal économique. Il pourrait être appliqué à tous les secteurs juridiques. Nous nous efforcerons cependant d'en spécifier l'application à notre domaine. Nous avons tenté d'aborder les problèmes de passage et de retraduction des intérêts et valeurs sociales en bien juridique ou intérêt protégé en droit, en distinguant les plans d'observation suivants:

- les modes d'émergence
- les modes de construction (grammaire des intérêts)
- les types d'intérêt protégé construits
- les formes sanctionnelles.

Ces plans seront définis ci-dessous de façon générale; après l'analyse détaillée de nos terrains, nous les reprendrons en conclusion, afin d'en souligner les conditions particulières d'application à nos exemples.

1. Les modes d'émergence

Une des premières questions à cerner concerne les modalités d'émergence des valeurs et des intérêts en tant que biens susceptibles de reconnaissance sociale et, par contre coup, une éventuelle reconnaissance juridique. Quelles sont les modalités de cette "distinction", quelles sont les conditions d'une telle revendication? Nous proposerons, à titre d'hypothèse de distinguer entre les quatre modalités suivantes:

- 1) une émergence basée sur une revendication collective: elle est portée par un ou des groupes spécifiques, mais exprime une revendication plus large. Par exemple les revendications écologiques, en matière de conditions de travail, de logement ou de consommation.

⁵⁶ HABERMAS J., *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987, pp. 200-281.

- 2) une émergence corporatiste qui tend à se développer dans un sens d'intérêt collectif: exemple: la prohibition des opérations d'initiés, revendication de la profession boursière et financière débouchant avec plus ou moins de succès sur la défense du marché et des investisseurs en général.
- 3) une émergence politique ou idéologique: proposition portée par un groupe politique accédant au pouvoir et tenant à marquer par l'action symbolique telle ou telle valeur, tel ou tel intérêt qu'il entend voir protéger parce qu'il s'agit d'une de ses revendications permanentes et/ou une revendication d'une fraction importante de son électorat. Exemple les partis conservateurs et leurs politiques de sécurité publique ou en faveur des propriétaires de logement; ou bien les partis socialisants et leurs actions en faveur des revendications féministes ou écologiques et favorables à l'amélioration des conditions de travail .
- 4) une émergence de type technocratique: proposition émanant de l'intérieur de l'appareil administratif et destinée à créer une nouvelle compétence ou à renforcer les pouvoirs existants. Exemple, les cartels en Suisse, ou l'incrimination de l'usage du tabac dans les lieux publics en France.

Dans ces différentes formes d'émergence, il importe d'étudier les combinaisons d'acteurs impliqués, ainsi que leurs modes d'influence respectifs.

2 . Grammaire des intérêts.

L'intérêt protégé n'est pas toujours monolithique ou univoque, il comporte parfois plusieurs dimensions. Si la construction des intérêts protégés est un processus d'évaluation, il faut tenir compte du fait que l'appréciation du préférable s'exprime le plus souvent sous forme relative et comparative. Il y a rarement appréciation en termes dichotomiques de bon et de mauvais, mais plutôt selon des jugements de préférence. Cette évaluation est multicritère, c'est-à-dire procède par pondération et combinaison de différentes dimensions. On pourrait ici tenter d'utiliser pour la description de ces évaluations la typologie des huit attitudes évaluatives dégagées par SPR. ^aNGER (1931): il distingue les types de critères suivants, théorique, économique, esthétique, social, politique, religieux, vital (naturaliste, biologique) et technique (mécanique). Il est cependant à craindre qu'en notre domaine nous ne retomptions toujours sur une combinaison du type : économique - politique et social. Il faudrait donc composer des sous-catégories.

On a l'habitude de voir l'expression "grammaire des intérêts" utilisée pour qualifier certaines opérations du processus jurisprudentiel, opération de raisonnement pratiqué par les juges dans l'application syllogistique du droit. Par grammaire des intérêts, on entend alors la façon dont on tient compte et ajuste, au sein d'un même intérêt protégé, les différents éléments qui le composent. Ce type d'opération est en mouvement constant, car c'est par lui que s'effectue l'intégration des changements sociaux dans l'ordre juridique. L'équilibre initial entre intérêts, ou entre les dimensions d'un même intérêt tel qu'il est un moment arrêté dans le bien juridique construit se trouve ainsi modifié par l'intervention judiciaire, elle même dépendante des demandes sociales et de l'action des justiciables.

Mais il nous semble que l'on peut aussi envisager cette grammaire au sein du processus législatif lui-même, comme un moyen d'échapper à une recherche des essences ou de la nature des intérêts, mais comme une perspective de travail qui s'attache à l'analyse des conditions d'élaboration des textes légaux et de construction

⁵⁷ Cf PADIOLEAU/op. *cit.*, note 25.

de l'intérêt protégé. A titre d'hypothèse on peut distinguer entre différents types de procédure:

- 1) construction par énonciation: elle peut intervenir lorsqu'un seul intérêt ou une seule valeur est en cause. Ce mode sous-entend l'existence d'un large consensus sur une question-problème ou un coup de force.
- 2) construction par discrimination: face à l'affrontement de différents intérêts antagonistes, s'opère une sélection et une reformulation de l'intérêt à formaliser.
- 3) construction par combinaison: face à la co-existence d'intérêts divergents mais non contradictoires, s'accomplit une hiérarchisation des différents intérêts pour la construction d'un bien juridique unique.
- 4) construction par discrimination et combinaison: c'est-à-dire cumul des deux opérations précédentes, d'abord discrimination puis combinaison des intérêts restant.
- 5) construction par synthèse : face à la co-existence d'intérêts divergents complémentaires et ou contradictoires, construction de toute pièce d'un nouvel intérêt synthétisant des aspects partiels des uns et des autres.

3 . Quatre grands types d'intérêt protégé

On peut au départ, distinguer trois grands types d'intérêt protégé. Nous nous appuyerons ici sur le modèle dégagé par M.WEBER pour classer les actions individuelles et qui propose trois types de rationalité

la Traditionnellrationalität : recherche d'une continuité, poursuite d'un modèle pré-établi (intérêts de type 1)

la Wertrationalität: recherche d'une valeur (intérêts de type 2)

la Zweckrationalität: recherche d'un but finalisé, d'un objectif évaluable (intérêts de type 3 et 4)

Nous subdiviserons cependant cette dernière rationalité en distinguant celle qui repose sur une logique scientifique et technique (intérêt de type 3) et celle qui repose sur une logique technocratique et néo-corporatiste (intérêts de type 4).

On peut illustrer ceci par les exemples suivants:

Protection de l'intégrité corporelle, de l'honneur, de la religion = Construction par reproduction de l'intérêt protégé.

Protection du système politique démocratique, de la partie la plus faible dans une relation contractuelle (travail, logement, consommation ...) = Construction axiologique de l'intérêt protégé.

Protection des éléments naturels contre les pollutions, hygiène et sécurité du travail = Construction finalisée abstraite de l'intérêt protégé .

Fonctionnement du marché boursier, garantie des rentrées fiscales, protection du petit commerce = Construction finalisée concrète de l'intérêt protégé.

On peut mettre en relation cette typologie avec les grandes phases de développement des sociétés occidentales. Nos systèmes juridiques se seraient complexifiés en

intégrant des intérêts de plus en plus diversifiés. Il y aurait processus cumulatif et non substitution d'une rationalité à l'autre.

- 1 .- L'âge "classique" et son Etat absolutiste auraient surtout construits et protégés des intérêts de type 1 cherchant à assurer le maintien d'un ordre atemporel à fondement religieux.
- 2 .- L'âge pré-industriel et la première étape de l'Etat libéral auraient introduit, au nom d'une croyance générale au progrès, des intérêts de type 2, cherchant à construire de nouveaux rapports sociaux basés sur des valeurs rationnelles et égalitaristes.
- 3 .- L'âge industriel et la seconde phase de l'Etat libéral auraient vu l'émergence d'un premier type d'intérêt finalisé abstrait fondé sur une rationalité scientifique et technique qui emprunte sa logique au nouveau mode d'organisation de la production et des échanges.
- 4 .- Enfin, l'âge post-industriel et son Etat technocratique prendraient de plus en plus en compte des intérêts finalisés concrets: de type technocratique, correspondant à une conception gestionnaire de l'action publique et de type néo-corporatiste correspondant à un retour en force des groupes de pression contre l'Etat centralisateur. Cette nouvelle forme de "Zweckrationalität" bi-dimensionnelle, reposerait sur une légitimité de résultat et de performance prenant le pas sur une légitimité fondée sur des finalités abstraites.

Il est clair que les interventions étatiques en matière économique ont été conçues durant la seconde moitié du XIX^e siècle selon une rationalité de type 3, mais se sont surtout développées durant la seconde partie du XX^e siècle selon une rationalité de type 4. Elles constituent d'ailleurs l'essentiel des exemples donnés en ce domaine.

La principale difficulté est la tentation, toujours présente, d'une analyse évolutionniste. Pour notre part, nous avons considéré qu'il était fort réducteur d'opposer un "vrai" droit pénal à un pénal "abâtardi", un pénal "originel" à un pénal "artificiel". Il nous apparaît plus conséquent de considérer, comme des travaux l'attestent, que les rationalités soutenant cette forme de droit ont toujours été plurielles⁵⁸. Ainsi par exemple en notre domaine, on ne peut négliger le fait que dès l'Ancien Régime français, le droit pénal ait été utilisé en matière économique et pour la défense d'intérêts protégés de type 3, voire 4. Les grandes codifications de 1791 et de 1810 n'ont fait qu'accentuer cette dimension fort ancienne. La question principale n'est donc pas celle de la substitution d'une rationalité à une autre, mais celle des combinaisons historiques entre différents types de rationalité.

4 . Dispositifs sanctionnels

Il s'agit de présenter ici les divers types de dispositifs sanctionnels mis en place par le législateur. Mais au-delà de cette entreprise purement descriptive, on cherchera à cerner les rapports entre type d'intérêt protégé et le type de dispositif sanctionnel. Il s'agit précisément d'étudier l'articulation entre cet intérêt et deux autres éléments:

d'une part, le type de dispositif sanctionnel prévu. Tout d'abord, l'existence même de disposition pénale ou leur substitution par d'autres types de sanction fera l'objet d'une première décision essentielle. Si une disposition pénale est adoptée, on s'interrogera alors sur le type d'infraction dans la nomenclature crime-délit-contravention, sur le mode de la qualification du comportement

⁵⁸ *op.cit.*, note 4.

incriminé, sur la punissabilité de la négligence, sur la clause punitive, sur les conditions de la poursuite;

l'autre dimension avec laquelle on articulera l'intérêt protégé est relative aux organismes chargés d'appliquer cette disposition: confie-t-on la charge de poursuivre et de juger les infractions aux tribunaux ordinaires, ou met-on en place à cette fin un organisme spécial, de type administratif, judiciaire ou mixte? Ou encore, confie-t-on ce type de compétence à un organisme déjà existant? Ou, enfin, le législateur, ou les promoteurs de l'un des intérêts en compétition, manifestent-ils leur espoir de voir un organisme de contrôle coopérer avec les tribunaux ordinaires, et compléter leur action, même sans être investi d'une charge spécifique à cet égard?

En conclusion de ce préambule, on peut faire un bref rappel des principaux points d'organisation de notre recherche.

- 1) Travailler sur des processus d'incrimination en matière économique c'est choisir des terrains présentant une double qualité

dans le débat public d'actualité tout d'abord, tant la place du droit en général et du droit pénal en particulier est débattue en matière de régulation économique.

D'autre part, c'est un secteur dans lequel l'intensité des enjeux sociaux et la pluralité des acteurs rendent leurs interactions particulièrement visibles et donc plus aisément observables qu'en d'autres domaines.

- 2) Nous avons choisi de travailler de façon comparative sur trois législations contemporaines, non seulement pour chercher un profil original de l'incrimination économique, mais aussi et surtout pour repérer, et si possible objectiver, des formes différentes d'affrontement, de sélection et de construction d'intérêts et valeurs sociales en intérêt protégé en droit.

- 3) L'objectif principal de la recherche est d'effectuer un travail à base empirique sur ce que l'on nomme la formalisation juridique, c'est-à-dire sur "le chantier" social et juridique qui précède et conditionne l'édification normative. Nos questions de recherche peuvent être ainsi formulées: Comment s'effectue le passage des valeurs et intérêts sociaux à des catégories juridiques définissant les intérêts protégés et organisant leur défense? Quelles opérations marquent les grandes étapes de ces processus? Quels acteurs interviennent dans cette entreprise et comment s'exerce leur influence? Enfin quel est l'apport spécifique des dispositions pénales dans cette construction?

- 4) Ce travail présente bien évidemment un certain nombre de limites:

certains juristes pourront nous reprocher une approche bien lacunaire, qui ne rend pas compte de la totalité et de la complexité des dispositions juridiques contenues dans chacune des trois législations étudiées. Nous rappellerons que, s'agissant d'étudier un processus d'incrimination nous nous sommes limités à l'essentiel, c'est-à-dire à l'analyse de la construction des intérêts protégés et des dispositifs de sanction, en laissant de côté les autres aspects de la mise en forme juridique opérée par ces textes.

Certains sociologues seront, eux, tentés de nous reprocher d'avoir succombé à un juridisme, c'est à dire de nous être laissé piéger par la force et la logique interne des dispositions juridiques. Nous répondrons par anticipation deux

choses. Tout d'abord, les formes juridiques jouent dans notre système socio-politique d'Etat de droit, un rôle très important et la sociologie de ces formes est plus à faire que faite. D'autre part, dans les régulations sociales et économiques, les formes juridiques tiennent une place non négligeable, car ce sont elles qui assurent une grande part de la qualification des rapports sociaux et qui organisent les règlements de conflits.

V. DEMARCHE DE RECHERCHE

1. Choix des terrains

Une fois sélectionné le domaine du droit pénal économique, il fallait choisir un certain nombre de terrains d'investigation. Nous en avons retenu trois: la réglementation du phénomène cartellaire, la répression des opérations d'initiés et la législation en matière de crédit à la consommation, aussi appelé petit crédit. Ces trois secteurs législatifs présentent la caractéristique commune d'avoir vu s'ouvrir un débat sur l'opportunité et l'importance souhaitable de la répression pénale. Il s'agit toutefois de trois histoires bien différentes.

En effet, dans deux cas (cartels et opération d'initiés), le processus législatif a réussi; dans le troisième cas, il a échoué. La régulation du phénomène des opérations d'initiés était essentiellement de nature pénale; dans les deux autres domaines, les dispositions pénales ne jouaient qu'un rôle subsidiaire (petit crédit) ou tout à fait accessoire (cartels). Enfin, deux processus législatifs étaient achevés au moment de la recherche (loi sur les cartels votée en 1985, décision négative quant à la législation sur le petit crédit en 1986); le troisième était encore en cours, même si l'issue - positive - était proche (disposition du code pénal relative aux opérations d'initiés adoptée à l'extrême fin de 1987).

Cette diversité, sous le toit commun du droit pénal économique, s'est révélée doublement bénéfique. D'une part, elle nous a permis de prendre, par rapport aux discours des acteurs, une distance qu'un travail sur un seul terrain n'aurait pas autorisé ou, du moins, pas favorisé. Elle représentait d'autre part, à nos yeux, une condition de la généralisation du propos auquel nous conduiraient nos études de cas.

2. Description des données

Les annexes du présent rapport fournissent les informations brutes - inventaire des données, procédure pré-parlementaire et parlementaire suisse standard -, dont se dégage l'image générale des matériaux exploités lors de la recherche. Le tableau peut être nuancé, de manière à distinguer deux étapes, correspondant à deux stades d'approfondissement de la recherche.

A.- Quatre types de sources principales peuvent être distinguées:

Les matériaux "publics" liés directement au texte lui-même et à son processus d'élaboration.

Le discours "savant" produit sur la question, avant et pendant ledit processus, par quoi il faut entendre non seulement la doctrine juridique, mais aussi les positions des experts économiques et des représentants des groupes d'intérêts (patronat, associations professionnelles, syndicats, associations de consommateurs).

La presse, qui a fait l'objet d'un dépouillement plus ou moins systématique selon l'ampleur du problème.

Quelques entretiens avec des informateurs clefs, destinés à compléter les informations recueillies dans les sources écrites et à tester les hypothèses de recherche.

- B .- Une fois analysé l'ensemble des matériaux qui, dans chacun des trois domaines considérés se trouvaient à notre disposition, nous avons pu nous donner les moyens de pondérer l'importance relative de ces sources. Les matériaux "publics" devaient demeurer au premier plan, quel que soit l'objet législatif considéré. Mais, dans chaque terrain, une source s'imposait, soit en tant que partie des matériaux officiels d'importance primordiale, soit en tant que complément principal de ces documents.

Dans le domaine de la réglementation anti-cartellaire, l'autorité des travaux et avis de la commission des cartels se détache manifestement. La doctrine la mieux informée peut souvent se résumer en une défense et illustration des thèses et pratiques de l'organe de contrôle de type administratif mis en place par le législateur de 1962 et confirmé dans son autorité par celui de 1985⁵⁹. Rien d'étonnant à cela, puisque sont placés à la tête de la commission les plus éminents spécialistes de droit public économique des universités du pays. Même la doctrine critique est due à des *insiders* de la commission, puisque c'est le secrétaire de la commission qui formule les points de vue les plus pertinents sous cet angle.

La législation sur les opérations d'initiés est également avant tout une affaire de spécialistes. En l'absence (provisoire?) d'une autorité de contrôle, c'est sur la doctrine qu'il faut se concentrer.

L'histoire de la réglementation sur le crédit à la consommation est celle d'un double échec ou plutôt d'un échec en deux étapes : renoncement aux dispositions pénales dans un premier temps : abdication de l'ambition de légiférer, par la suite⁶⁰. Aussi, c'est sur les travaux de l'autorité qui porte la responsabilité de ces décisions qu'il faut se concentrer. Nous avons donc étudié plus particulièrement les débats de la commission du Conseil national, puisque la proposition de supprimer les dispositions pénales du projet soumis à son appréciation par le Conseil fédéral émane de cette commission.

3 . Méthode d'analyse.

Notre méthode d'analyse a été la suivante. Après une première prise de contact avec les matériaux rassemblés nous avons élaboré une grille de relevé qui opérationnalise les quatre grands axes de notre problématique (modes d'émergence, grammaire des intérêts, type d'intérêt construit, dispositif sanctionnel). On trouvera ci-joint cette grille dont les éléments ont été progressivement complétés au fur et à mesure des relevés (cf Annexe IV).

Nous avons sur la base de cet instrument procédé à une lecture intégrale de nos matériaux en codant ceux-ci selon les items de la grille. Puis nous avons effectué des synthèses successives, en recomposant, tout d'abord, les matériaux officiels (texte de loi, avant-projet, exposé des motifs), puis en vérifiant et pondérant ces éléments par ceux tirés des rapports d'experts officiels, débats parlementaires et résultats de la

⁵⁹ Cf. *infra II*, 3, 2.

⁶⁰ Cf. *infra II*, 5, 2.

procédure de consultation. Dans un troisième temps, nous avons introduit les matériaux les plus extérieurs au processus (discours "savant", production doctrinale des grands groupes d'intérêt concernés, presse) avant de procéder à la synthèse finale.

Ce n'est qu'une fois ce travail accompli que nous avons pris contact avec un certain nombre d'informateurs clefs repérés durant la phase précédente. Cela nous a permis autant de compléter les lacunes de nos données que de tester nos hypothèses de travail.

L'analyse que nous avons construite peut être qualifiée de type wébérien dans la mesure où elle cherche à saisir de l'intérieur la signification d'un processus plus qu'elle ne prétend l'expliquer en fonction de critères et de variables extérieurs. Il s'agit donc moins d'effectuer une recherche causale que de reconstruire le sens de l'activité législative incriminatrice pour les acteurs eux-mêmes. Cette recherche du sens de l'activité s'organise chez M. WEBER en trois temps : tout d'abord "comprendre", c'est à dire reconstituer les significations que les acteurs concernés investissent dans leurs actions, ensuite "interpréter", c'est à dire organiser d'un point de vue théorique le sens subjectif (ici, problématique de la formalisation juridique des intérêts protégés), enfin "expliquer", c'est à dire mettre à jour la régularité des conduites

⁶¹ - M. WEBER "Concepts fondamentaux de la sociologie", *Economie et société*, Paris, Plon, 1971 (1922-1956), pp. 4-23. R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Paris, Gallimard, 1967, p. 550.

DEUXIEME PARTIE: ETUDES DE TERRAINS

I. LA REFORME DU DROIT DES CARTELS

1. Brève histoire de la réforme⁶²

L'histoire de la réglementation du phénomène cartellaire en Suisse débute en 1947, année qui voit l'introduction, dans la Constitution fédérale, d'un article 31 bis al.3 lettre d): "La Confédération a le droit d'édicter des dispositions (...) pour remédier aux conséquences nuisibles d'ordre économique et social des cartels ou des groupements analogues". Cet article faisait partie d'un ensemble de dispositions de droit public économique, élaborés durant la fin de l'entre deux-guerres.

Comme souvent dans les secteurs politiquement ou économiquement délicats, la concrétisation de cette attribution de compétence constitutionnelle se fait attendre. Six motions et postulats sont votés au Parlement entre 1947 et 1955. Mais le coup d'accélérateur principal est donné par une initiative populaire "contre les abus de la puissance économique", soutenue avant tout par la puissante coopérative "Migros" et le parti politique qui en émane, l'Alliance des Indépendants.

Déposée en 1955, l'initiative sera rejetée en consultation populaire en juin 1958. Dans l'intervalle, le Conseil fédéral nomme, en juillet 1957, une commission d'experts chargée "de lui soumettre le plus rapidement possible des propositions concernant l'élaboration d'une loi sur les cartels".

En cette même année 1957 vient également au jour un document essentiel, qui inspirera la doctrine officielle quant à la régulation du phénomène cartellaire pendant plusieurs décennies : le rapport "Les cartels et la concurrence en Suisse", publié par la Commission d'étude des prix, rattachée au Département fédéral de l'économie publique. Dans ce rapport, la notion de "concurrence possible" est définie et proposée comme fondement de la future législation sur les cartels.

C'est effectivement autour de cette notion que s'articulera la première loi sur les cartels, adoptée par le Parlement le 20 décembre 1962⁶³. L'existence des cartels est admise, à condition qu'ils "n'entravent pas notablement", dit l'article 4 de la loi, la concurrence. Autrement dit, la règle est la licéité des cartels; l'exception l'illicéité de certaines de leurs mesures "visant à écarter des tiers de la concurrence ou à les entraver notablement dans l'exercice de celle-ci" (art.4). Une exception à l'exception est prévue à l'article 5: une pesée des intérêts peut démontrer que l'entrave à la concurrence présente un intérêt plus grand que la protection de celle-ci; la loi parle à la fois d'"intérêts légitimes prépondérants" et du principe de la proportionnalité (les mesures d'entrave sont admissibles si elles ne restreignent pas la libre concurrence "de manière excessive par rapport au but visé").

⁶² Inspirée par le mémoire de Y.MONTANGERO, *Les travaux de la commission d'experts de la législation sur les cartels*, Genève, Dépt. de sciences politiques, 1972 et par le travail de B.SCHMIDHAUSER et P.RICHLI, "Kartelle", *Schweizer Dokumentation* du 10 novembre 1980 et surtout E. HOMBURGER, J. DROLSHAMMER, "Schweizerisches Kartell- und Monopolrecht", 2 vol. Bern, Staempfli, 1981 et 1987.

⁶³ A noter qu'au sein de la commission d'experts, une minorité considère le principe comme inapte à fonder une construction juridique, étant donné qu'il s'agit d'un concept strictement opérationnel sur le plan économique et qu'au demeurant, on ne peut tirer de l'article 31 bis Cst. aucune règle d'ordre économique, cf. MONTANGERO, *op.cit.*, pp. 22 ss.

La loi de 1962, qui entre en vigueur le 15 février 1964, instaure un organisme de surveillance : la commission des cartels. L'organisme est indépendant des autorités administratives fédérales; sa mission consiste essentiellement en des enquêtes, subdivisées en enquêtes générales (article 18) et spéciales (articles 20-21), et en des "recommandations et avis (article 19). Son instrument principal est l'action administrative, introduite devant le Tribunal fédéral contre un cartel "qui empêche la concurrence ou l'entrave notablement (...)". Cette mesure relève du droit administratif et complète les dispositions de droit civil qui forment l'essentiel de la loi. En revanche, cette dernière ne comprend aucune disposition pénale ⁶⁴.

Le processus de révision de la loi de 1962 est amorcé par une motion déposée sur le bureau du Conseil national par M.L.SCHUERMAN, Président de la commission des cartels en date du 13 décembre 1971. Votée par le Conseil national le 8 juin 1972 ⁶⁵ et par le Conseil des Etats le 26 septembre de la même année ⁶⁶, elle réclame une amélioration de la législation sur les cartels. Le Conseil fédéral, qui l'a acceptée, en profite pour se déclarer convaincu du bien fondé des principes de la loi de 1962: l'autorité doit avoir pour mission de combattre les abus des cartels et non pas les cartels eux-mêmes.

Ce principe sera réaffirmé tout au long des travaux préparatoires de la nouvelle loi, marqués par quelques jalons : ⁶⁷

la commission d'experts mandatée par le Conseil fédéral rend son rapport et son projet en automne 1978

les résultats de la consultation auprès des cantons et des organismes concernés sur cet avant-projet sont publiés en 1980⁶⁸;

le projet du Conseil fédéral est publié le 13 mai 1981 ⁶⁹;

les débats parlementaires ont lieu entre 1982 et 1985; il y sera largement fait allusion dans nos développements ⁷⁰;

la loi est votée le 20 décembre 1985.

Cette nouvelle législation⁷¹ est donc, comme la précédente une *Misbrauchgesetzgebung*. Les cartels ne sont pas condamnés en soit; seuls leurs abus le sont. Toutefois, du point de vue du fondement économique, un glissement, dont seuls

⁶⁴ Sur la signification pratique de ce silence, voir ci-dessous ch. 5.

⁶⁵ BO CN 1972 819.

⁶⁶ BO CE 1972 603.

⁶⁷ *RSDIC* 1979, N° 5, voir en particulier l'art. de SCHLUEP W., nouveau président de la commission "Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartell and ähnliche Organisationen", *RSDIC*, 1979, N° 5, pp. 7-35.

⁶⁸ *Publ. Comm. cartels* 1980, pp. 237-283.

⁶⁹ *FF* 1981, II 1244 ss.

⁷⁰ Cf.ci-dessus, ch. 11,1.

⁷¹ Commentée, quant à ses principales modifications, dans les *Publ. CC Spr* 1987, pp. 33 ss.

les spécialistes perçoivent l'importance, est admis: la notion de "concurrence efficace" se substitue à celle de "concurrence possible"⁷². Aussi, si la structure des rapports entre règle (admissibilité de l'activité cartellaire), exception (interdiction des entraves à la concurrence) et exception à l'exception (justification de telles entraves par des intérêts prépondérants) reste identique (et que, par conséquent, l'ensemble de la section de droit privé de la législation ne subit guère de modifications), la partie de droit administratif est, elle, fortement remaniée.

Ainsi, les prescriptions relatives aux enquêtes de la commission, qui restent, avec les recommandations, un de ses deux instruments d'action principaux, sont considérablement étoffées. D'une part, le législateur officialise la méthode dite "du bilan" (des effets utiles et des effets nuisibles des phénomènes étudiés), mise au point par la commission elle-même durant la première décennie de son activité (article 29 ch. 2 LCart). D'autre part, la notion de "concurrence efficace" apparaît à l'article 29 ch.3, dans une formule qui dit bien les difficultés de transcription de concepts économiques dans une norme juridique⁷³.

Sous le nouveau régime, la Commission des cartels dispose de pouvoirs accrus. Outre la formalisation plus poussée de la procédure d'enquêtes, on peut relever un article 35 fort strict quant à l'obligation de renseigner et de coopération "des cartels, de leurs membres, ainsi que des tiers concernés".

Enfin, comme nous le verrons en détail ci-dessous⁷⁴, le voeu de M.SCHUERMANN a été, au moins partiellement, exaucé. Dans le but de renforcer la crédibilité de la commission, le législateur a prévu, d'une part, la possibilité pour le Département fédéral de l'économie publique, répondant de la commission dans la hiérarchie administrative, de rendre une ordonnance en cas de refus ou de non-observation de recommandations de la commission. D'autre part, les articles 39 et 40 LCart introduisent des dispositions pénales formellement absentes de la précédente version. C'est sur le processus et le contexte de cette modification que se concentrera notre analyse. La nouvelle loi entre en vigueur le 1er juillet 1986.

Il est encore tôt pour de mesurer les effets des transformations qu'elle a introduites^{7b}.

2. L'intérêt noté: une construction par discrimination

A. Trois concertions en présence

⁷² SCHLUEP W., *Wirksamer Wettbewerb Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts*, Bern, Huber, 1987.

J. WERNER, "Le projet de révision de la loi fédérale sur les cartels", *RSDIC*, 1982, N° 15, pp. 67 ss.

⁷³ "La nocivité est (...) établie dans tous les cas où une concurrence efficace sur le marché de certains biens ou services est empêchée, à moins qu'il résulte de cet examen que des motifs prépondérants d'intérêt général rendent cet empêchement indispensable".

⁷⁴ Ch. I, 3 et 4.

^{7s} Les premières décisions judiciaires sont tombées. Elles concernent essentiellement des problèmes de procédure : cf. *SAG* 1987, 80; *SAG* 1988, pp. 31-34; *Praxis*, 1987, p. 729.

Trois conceptions de l'intérêt à protéger sont observables à travers l'ensemble des documents rassemblés. Deux conceptions s'affrontent réellement, la troisième, très minoritaire, est surtout un repoussoir pour les deux premières. Ces trois conceptions ne sont pas originales au processus législatif entamé en 1971. Elles reprennent pour l'essentiel les conflits d'intérêts qui s'étaient manifestés lors de la préparation de la première loi sur les cartels (1957-1962). On peut parler de construction par discrimination dans la mesure où une seule de ces conceptions sera retenue et donnera lieu à formalisation juridique. Dans la mesure également où la conception de l'intérêt finalement protégé n'est pas un simple compromis ou une construction par synthèse d'intérêts opposés mais repose bien, au contraire, sur la définition d'un intérêt spécifique.

La conception dominante est celle qui est reprise de la législation antérieure, elle est centrée sur la notion de "**concurrence efficace**". La réglementation ne peut concerner que les abus de la cartellisation. Tout le problème réside alors dans la définition de critères permettant d'en distinguer les formes utiles des formes nuisibles. L'avant-projet puis les travaux gouvernementaux se sont efforcés de résoudre ce problème par des compromis instables et surtout inégalitaires entre intérêts de l'industrie suisse et intérêts des consommateurs. Les réponses apportées rejoignent les avis de la plupart des experts favorables à une intervention étatique modérée.

La conception qui s'oppose directement à la précédente repose sur une valorisation explicite de la cartellisation. La concentration est présentée comme une nécessité vitale pour l'économie nationale. Cette position qui se veut essentiellement pragmatique est celle des milieux industriels dans leur ensemble. La réglementation leur a été imposée en 1962 et ils ne l'ont acceptée que comme le moindre un mal à côté de l'interdiction qui les menaçait alors, et qui était réclamée depuis 1958 par les mouvements de consommateurs et certains secteurs coopératifs. Leur hostilité de principe à toute intervention étatique demeure, même si elle a perdu au fil des années de sa virulence. Tout au plus acceptent-ils l'idée d'une "**cartellisation mesurée**" c'est à dire sans conséquences négatives massives.

La troisième conception est celle qui depuis l'initiative populaire de 1955 cherche, en vain, à se faire entendre. Elle repose sur la notion de "**libre concurrence**" et en voit un danger dans toute pratique cartellaire sur le plan tant économique que politique. Les organisations de consommateurs et de type coopératif (Migros) sont les porteurs de cette conception "libérale" des rapports économiques. Elles visent, en principe, à obtenir une législation d'interdiction, mais leur force d'expression et leur capacité mobilisatrice apparaissent assez limitées. Cette conception est donc surtout présente dans le discours de ses adversaires sous une forme simplifiée voire simpliste et sert de repoussoir, par son idéalisme, aux conceptions précédentes qui se prévalent de réalisme.

B. Caractérisation de l'intérêt protégé : de la concurrence possible à la concurrence efficace.

Il s'agit de la conception gouvernementale de l'intérêt à protéger. Elle est formulée explicitement dès le processus législatif de 1962 qui a officialisé l'existence légale des cartels.

a.- Définition de l'intérêt protégé

Contrairement aux autres pays industriels, le phénomène cartellaire a été très tôt reconnu en Suisse comme une donnée de fait. La formation et le développement d'ententes sont présentées comme des tendances "naturelles" de l'économie, expression et conséquence de conditions socio-économiques particulières. Les cartels, malgré les restrictions à la libre entreprise qu'ils impliquent, sont considérés comme remplissant une fonction indispensable à l'équilibre social.

Du point de vue de la théorie économique, le modèle de référence demeure l'économie de marché, mais appliquée à un contexte spécifique, celui de la Suisse. D'où l'acceptation dans les faits de multiples atteintes au principe de libre concurrence énoncé par l'article 31 CF : "Mais il paraît de plus en plus que la liberté ainsi réaffirmée est bien la liberté individuelle d'exercer une activité économique et non la libre concurrence comme système économique". Autrement dit, l'idéologie l'emporte sur la théorie économique (6b).

Les spécialistes du domaine mettent l'accent sur toute une série de facteurs qui déterminent les spécificités et surtout les fragilités de l'économie helvétique. La principale synthèse a été réalisée par la commission de la concurrence et publiée en 1974 (rapport pour 1973). Une étude comparative menée en confrontant des données de 1955, 1965 et 1971 montre le rôle toujours prédominant des petites entreprises (moins de 50 salariés pour le secteur secondaire et moins de vingt pour le secteur tertiaire). Elles occupent 40,6% des salariés contre 35,5% pour les entreprises moyennes (50 à 499 salariés) et 23,9% pour les grandes entreprises (plus de 500 salariés). La survivance d'un tel tissu industriel à faible concentration est présentée comme étroitement liée à la réalisation et au respect d'accords sur les prix et le partage des marchés.

L'autre grande caractéristique toujours invoquée est l'importance des secteurs industriels travaillant massivement pour l'exportation (cela va dans certains cas jusqu'à 60% et plus). Là encore, les atteintes au principe de libre concurrence se voient justifiées par l'indispensable préservation de parts sur le marché mondial. L'entente entre entreprises est alors orientée vers une coordination des investissements et capacités productives et doit déboucher sur une politique de prix concurrentielle.

D'autres arguments sont encore invoqués comme justification de ces pratiques cartellaires, en particulier l'existence d'un cours de change élevé et d'un taux de salaire supérieur à la moyenne européenne. Face à ces contraintes les pratiques d'ententes sont présentées comme des moyens destinés à assurer un niveau indispensable de compétitivité⁷⁶.

Un dernier type d'argument plaidant en faveur de l'utilité des cartels s'appuie sur une tradition nationale. En effet, autant "la prémisse américaine" serait que la protection de la démocratie reposerait sur le maintien intégral du principe de

⁷⁶ A. PETITPIERRE-SAUVAIN, "Au nom de la liberté économique de la libre concurrence au partage du pouvoir", *RSDIC*, 1983, N° 17, p. 7.

^{76 bis} KLEINWERFER cité par NEUKOMM, BO CN 1985, 11.

⁷⁷ F. BRUNNER, "Le projet de révision de la loi fédérale sur les cartels" *RSDIC*, 1982, N° 15, p. 57.

⁷⁸ M. STEP CZYNSKI, "Cartels et innovation technologique en Suisse", *RSDIC*, 1980, N° 8, pp. 31-44.

concurrence entre agents économiques, autant "la prémisses suisse" serait que l'optimum non seulement économique mais aussi social reposerait sur la concertation entre partenaires raisonnables. L'histoire même du pays se trouve alors invoquée ⁷⁹ .

Cet ensemble de considérations conduit l'auteur précédent, ainsi que M. STEPCZYNSKI à présenter la Suisse comme "le pays le plus cartellisé du monde" ⁸⁰ .

A ces données structurelles sont venues s'ajouter à partir de 1975 des données conjoncturelles liées au développement d'une crise économique internationale qui fit redouter une récession locale. La Commission des cartels écrivait en 1976 : "La Commission des cartels doit se demander si la lutte contre la récession n'exigerait pas une attitude plus amicale à l'endroit des cartels. Si on part de l'idée que les cartels sont souvent des enfants de la nécessité, on peut à juste titre considérer que la Commission des cartels devrait faire preuve de plus de compréhension à l'égard de l'entraide sous forme de cartels" (rapport pour 1975). On relèvera dans ce passage deux expressions symptomatiques de la conception dominante: les cartels sont envisagés comme "enfants de la nécessité" et constituent même une sorte "d'entraide", de solidarité nationale face aux contraintes internationales.

⁷⁹ J. WERNER, "Le débat suisse et son contexte international", *RSDIC*, 1979, N° 5, pp. 1-5.

⁸⁰ M. STEPCZYNSKI, *op. cit.*, note 78, p. 34.

ALLEMAN H. "Wettbewerbspolitik von der Entscheidung- Konkurrenzwirtschaft oder Schutz der Kartelle", *NZZ*, N° 203, 2.9.1978, p. 15.

b . Les critères de l'abus.

Si la concurrence apparaît fonctionner principalement comme un mythe, les pouvoirs publics suisses se sont toujours efforcés de lui maintenir cependant une part de réalité. C'est très précisément ce difficile compromis qui a été désigné successivement par l'expression "Concurrence possible", puis par celle de "concurrence efficace".

La première notion est directement reprise des travaux de la Commission d'étude des prix qui avait été chargée dès 1936 d'une enquête sur le rôle des cartels. Dans l'avis qu'elle rendit en 1957 elle se réfèra pour la première fois à cette notion de "concurrence possible". Selon elle, la régulation économique devait s'accomplir directement par le marché et non être menée par l'action de l'Etat ou être sous la seule dépendance des monopoles. Tout en reconnaissant l'existence de fait des cartels, l'avis de la commission définissait deux limites précises à leur emprise

Tout d'abord, tout membre d'un cartel devait pouvoir renoncer de son plein gré à sa participation à l'entente lorsqu'il le souhaitait.

D'autre part, chaque entrepreneur devait toujours conserver la possibilité de défendre seul son propre intérêt sur le marché.

Dès lors, il y avait abus lorsque l'une ou l'autre de ces conditions ne se trouve pas respectée dans les pratiques commerciales. Ces critères ont toujours été repris depuis. Ils sont en particulier à l'origine de la prohibition des boycotts et autres formes de discriminations commerciales, armes de défense favorites des cartels⁸¹.

Ces arguments se sont trouvés rationalisés dans une période plus récente à travers la notion de "personnalité économique". On entend par là la personnalité morale des entreprises et celle des personnes physiques qui peuvent être victimes du cartel. Il s'agit soit d'entreprises exclues ou discriminées, soit de clients ou de consommateurs lésés par les activités du cartel (refus de vente, augmentation de prix). Leur protection pourrait être assurée par une conception restrictive des justifications habituellement invoquées pour l'existence de ces ententes.

Des changements intervenus dans le contexte économique ont conduit à l'élaboration d'autres critères. Ils relèvent surtout d'un souci de politique industrielle accentué par les besoins d'une politique conjoncturelle anti-inflationniste. Un minimum de concurrence est considéré comme ayant un rôle fonctionnel dans la mesure où il détermine un usage rationnel des facteurs de production. A cet argument classique s'en ajoute un autre lié à la mondialisation des phénomènes de concurrence. La concurrence à l'intérieur d'un pays a pour effet de garantir le maintien d'un progrès innovateur qui devrait éviter la prise de retards technologiques dangereux, tout comme des hausses de prix inconsidérées et donc fatales au plan des échanges internationaux.

La technique du bilan permet l'appréciation des abus. L'idée était déjà envisagée par SCHURMANN aux débuts des années soixante. Cette méthode d'évaluation comparée des effets de la cartellisation s'est surtout développée pragmatiquement à l'occasion des activités de la commission et plus précisément à l'occasion de ses enquêtes spéciales. La commission recense alors les divers effets de limitation de la

⁸¹ Cf. MONTANGERO Y., *op.cit.*, note 62, p. 23.

⁸² *Rapport de la Commission des Cartels pour l'année 1975*, pp. 29-30 et STEPCZYNSKI, *op. cit.*, note 78.

⁸³ MONTANGERO, *op. cit.*, note 62, p. 18.

concurrence (effets sur l'intensité de la concurrence, sur les structures professionnelles, la qualité des produits, leurs prix, les coûts de production, l'emploi, l'équilibre entre régions...), puis elle assortit ces divers effets d'un coefficient positif, négatif ou neutre, avant de procéder à une pondération de chacun d'eux et d'établir un bilan. Si le bilan est négatif, on considère qu'il y a des effets nuisibles d'ordre économique et social, et la Commission des Cartels formule alors des recommandations enjoignant aux cartels de modifier leur comportement.

Ce travail d'appréciation est à l'évidence l'un des rôles fondamentaux de la commission. C'est d'ailleurs en vue de renforcer ses pouvoirs d'enquête et de mieux assurer l'exécution de ses recommandations que l'on envisagera dans le processus de réforme l'introduction de dispositions pénales.

Le meilleur exemple que l'on puisse donner de l'application de cette méthode du bilan peut être tiré des conclusions de l'enquête spéciale menée par la commission sur l'industrie des brasseurs de bière. Voici quelques extraits du rapport pour 1973 : "Le degré actuel de concentration n'a pas encore été qualifié d'économiquement nuisible... Si toutefois, le mouvement devait se poursuivre comme ces dernières années, on ne pourrait pas sans plus écarter l'idée de conséquences nuisibles... Compte tenu du régime cartellaire du marché de la bière, la concurrence à tous les niveaux, tant horizontale que verticale est presque complètement éliminée. Cette exclusion de la concurrence devrait être considérée comme ayant des effets nuisibles d'ordre économique et social si l'on ne pouvait pas lui imputer des conséquences estimées positives sur la structure, les frais, la qualité et les prix" .

La nouvelle législation, sans modifier radicalement l'équilibre d'ensemble du dispositif, modifie cependant les critères d'appréciation des abus. La notion antérieure de "concurrence possible" est remplacée par celle de "concurrence efficace". La nuance peut sembler mince, surtout dans le contexte précédemment décrit. Elle n'est pas sans implication pour notre propos: l'expression "concurrence possible" signifiait que toute personne ou organisation privée devait pouvoir opérer sur le marché sans rencontrer d'obstacle majeur. Aucune intervention publique n'était nécessaire si de telles entraves ne se manifestaient pas, faute de manoeuvrer et surtout faute de candidats à la concurrence.

La position de la Commission évolua toutefois, à l'occasion des enquêtes menées. Elle se soucia dans ces occasions de vérifier si les cartels visés par les investigations laissaient subsister un minimum de concurrence réelle. Si tel n'était pas le cas, ces pratiques restrictives ne seraient considérées que comme un des éléments d'appréciation pondérables selon la "théorie du bilan" par des effets positifs.

La loi récente substitua la notion de "concurrence efficace" à la précédente. La notion d'abus se trouve ainsi renforcée dans la mesure où le seuil de concurrence désirable est relevé. La concurrence n'a pas à être possible, mais réelle et efficace. L'idée est donc qu'un cartel qui empêche une telle concurrence a des effets nuisibles. Toutefois, une restriction d'importance intervient ici dans la mesure où cette situation dommageable peut se trouver justifiée par des motifs prépondérants relevant de l'intérêt général. La commission a donc un pouvoir essentiel d'appréciation, et celui-ci s'exercera au cas par cas, sans que des règles plus générales et explicites n'en gouvernent la direction.

Ce changement peut sembler insignifiant, il est cependant considéré comme "le coeur de la révision" par certains experts (84 bis). Disons, selon notre schéma d'analyse,

⁸⁴ *Rapport de la Commission des cartels pour l'année 1973*, pp. 17-20.

^{84 bis} WERNER, *op. cit.*, note 72, p. 68.

qu'il ouvre de nouvelles marges d'appréciation et d'action pour la commission en recomposant quelque peu la "grammaire des intérêts" mise en oeuvre par cet organisme.

c . Le bien juridique construit

Il est formulé à l'article 7 de la loi du 20 décembre 1985 sous l'intitulé "Justification des entraves à la concurrence". L'article 6 qui le précède pose le principe de l'illicéité des entraves à la concurrence et exemplifie ces dernières. Cependant, on ne peut en déduire que l'intérêt protégé serait la concurrence en tant que telle puisque l'article suivant (art.7) vient donner une série de justifications admissibles. Les entraves sont "licites lorsqu'elles sont justifiées par des intérêts légitimes prépondérants d'ordre privé et que leurs effets ne portent pas atteinte à l'intérêt général; la concurrence ne doit en outre pas être restreinte de manière excessive par rapport au but visé ou compte tenu de la nature des entraves et de la façon dont elles sont appliquées". Ce paragraphe est suivi d'un autre qui énumère quatre "intérêts légitimes prépondérants", la sauvegarde d'une concurrence loyale et non faussée, l'établissement d'exigences professionnelles ou techniques raisonnables, la promotion d'une structure souhaitable dans une branche ou une profession, l'application de prix imposés lorsqu'ils sont nécessaires pour garantir la qualité de la marchandise ou le service de la clientèle".

C'est par le vote d'une confortable majorité (131 voix contre 54) que le projet sera finalement adopté. Seuls "des motifs prépondérants d'intérêt général peuvent justifier l'empêchement d'une concurrence efficace". Les membres du Conseil National se sont en définitive ralliés aux propositions des experts. Et cela en opposition avec les décisions du Conseil des Etats qui voulait en rester à une conception moins restrictive, où seule la démonstration directe de la nocivité du cartel pourrait justifier une intervention publique.

Le bien juridique ainsi construit peut être caractérisé de la façon suivante:

type d'intérêt : un intérêt économique mixte, temporisant modérément l'intérêt des industriels dominants par celui de la libre entreprise et de façon annexe par celui des consommateurs .

fondement : interventionnisme étatique visant la garantie de la liberté économique et le contrôle des abus de puissance.

forme utilisée : interdiction conditionnelle.

place du pénal : l'intervention pénale n'est pas envisagée au premier degré pour la défense de l'intérêt protégé. Il ne s'agit pas ici de sanctionner directement la violation des règles de cartellisation légitime. Elle n'est envisagée qu'à un second degré, pour sanctionner le non-respect d'une recommandation administrative. L'intérêt "concurrence efficace" n'est pris en considération ici que de façon indirecte et se trouve médiatisé par un intérêt intermédiaire le "respect de l'autorité publique". Ce point sera plus longuement développé ultérieurement lors de l'analyse des dispositifs sanctionnels.

C. Les intérêts évincés

Il s'agit d'une part de la conception de l'intérêt à protéger en termes de "cartellisation mesurée" et d'autre part de la conception qui lui est la plus antagoniste et raisonne en termes de "libre concurrence". Elles ont été l'une et l'autre évincées en tant que telles.

a. La position patronale: "la cartellisation mesurée"

C'est une position essentiellement pragmatique qui tend à revendiquer pour les dirigeants d'entreprise une liberté maximale dans leurs choix de politique commerciale et industrielle. Toutefois l'importance du mouvement anti-cartellaire depuis 1957 et le développement du "consuérisme" ont contraint les organisations patronales à temporer leur hostilité de principe à tout contrôle étatique sur leurs activités. Elles ont donc élaboré une conception qui constitue pour elles le seul maximum acceptable. Et toutes leurs prises de position sont depuis focalisées sur une défense pied à pied de cette conception minimaliste du contrôle public de l'activité économique. C'est pourquoi régulièrement on les voit brandir l'épouvantail de la menace d'interdiction des cartels. Elles font ainsi un pur procès d'intention à leurs interlocuteurs publics et associatifs, qui ne se réfèrent plus depuis longtemps à la possibilité de telles mesures.

1. Définition de l'intérêt

Le maximum acceptable dans leur perspective se résume dans la formule de la "cartellisation acceptable", formule à double dimension. Elle signifie tout d'abord que les cartels doivent obtenir une reconnaissance légale (et non être posés a priori comme illicites). D'autre part, la question de l'appréciation de l'utilité/nocivité des cartels ne doit être envisagée qu'au coup par coup et sous l'angle de leurs seuls effets réels. Dans cette conception, tout cartel doit être légalement possible a priori. Seule la démonstration concrète des conséquences économiques et sociales négatives peut justifier une intervention des autorités publiques.

Les représentants du patronat s'opposent donc à la formulation gouvernementale qui n'admet l'existence des cartels que s'ils bénéficient de certains faits justificatifs: "Cet article (art.29 donnant pour mission à la commission la recherche des effets nuisibles d'ordre économique et social) est un véritable instrument destiné à l'affaiblissement, voire à l'élimination des cartels" .

Et dans le même sens, "le projet ... ne repose plus que formellement sur le principe de la répression des abus, alors qu'en fait les cartels seraient soumis à un régime d'interdiction assorti, il est vrai d'exceptions"⁸⁶. Telle est la position du Président du Vorort de L'Union Suisse de l'industrie et du commerce.

Un certain nombre d'experts partagent des points de vue proches, tel ce membre de la Commission des Cartels: " ... le cartel doit prouver de manière positive que son action est en faveur de l'intérêt général. Une telle évolution est certainement concevable, mais en renversant le fardeau de la preuve, elle fait bel et bien, passer le cartel au banc des accusés. ...La législation qui devait en principe s'en tenir à combattre les abus glisse vers la présomption de culpabilité".

Cet ensemble de prise de position conduira une partie de la presse et certains parlementaires à dénoncer la campagne de dramatisation menée par le patronat lorsqu'il brandit une menace d'interdiction⁸⁸. Innocence feinte ou perfide ironie

⁸⁵ F. BRUNNER, *op. cit.*, note 77, p. 59.

⁸⁶ JETZER A., "Projet de la commission d'experts pour la révision de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues", *RSDIC*, N° 6, 1979, pp. 59-78.

⁸⁷ BEGUIN B., "Une direction avec une doctrine", *RSDIC*, N° 5, 1979, pp. 37-46.

⁸⁸ MEYLAN J., BO CN 1982, p. 524.

lorsqu'il déclare: "Derrière cette campagne il y a des intérêts que je n'ai pas encore percés mais qui doivent exister"?

2. Les arguments invoqués

Ils sont de différents types, certains reprennent une partie de l'argumentaire gouvernemental, d'autres sont spécifiques.

- On retrouve parmi les nombreux arguments invoqués en soutien à la politique pro-cartellaire proposée par le patronat les arguments s'appuyant sur les spécificités de l'économie suisse et sur ses fragilités (importance des industries d'exportation qui ne peuvent se permettre de se faire la guerre entre elles, poids économique et social du secteur des PME et de l'artisanat).

- Toujours dans une perspective économique, on met ici l'accent sur le fait qu'en Suisse les effets de l'existence des cartels seraient essentiellement positifs. Et l'on s'appuie alors sur les résultats des enquêtes spéciales de la Commission des Cartels pour démontrer qu'en termes de coût ou de qualité des produits, les résultats concrètement observés sont favorables aux consommateurs et à la collectivité au sens large. Aucun exemple de cartel aux effets purement néfastes n'a pu être donné. Quoiqu'on dise " il faut admettre que la concurrence ne fonctionne pas trop mal, que les cartels ne l'ont pas tuée. Au Conseil des Etats le fameux cartel de la bière fut évoqué. Mais ce fut pour conclure que la bière étrangère avait accès à notre marché et que la bière suisse était bonne et peu chère"⁸⁹.

- Enfin il est rappelé à diverses reprises que les décideurs raisonnent toujours sans tenir compte du poids des nombreuses charges non productives imposées aux entreprises⁹⁰.

- Mais d'autres arguments plus idéologiques sont également utilisés

le premier fait grief au projet d'experts puis à la position gouvernementale de s'appuyer sur un dogme, celui de la libre concurrence, au lieu d'en rester à la pratique précédente du "bilan-diagnostic" plus juste et surtout plus réaliste. Les travaux de la commission d'experts sont considérés comme ayant été dominés par "des considérations théoriques et de prestige" qui aurait abouti à une véritable "polarisation"⁹¹.

Ce dogme serait d'autant plus difficilement acceptable qu'il s'agit d'un dogme importé de l'étranger, essentiellement des USA et de la CEE, et qu'il serait fondamentalement inadapté au contexte helvétique. Cet ensemble de critiques est synthétisé par J.WERNER⁹². On peut se référer aussi à A. JETZER⁹³ qui plaide pour un réalisme économique et demande à ce que l'on ne raisonne plus dans l'absolu mais selon la "capacité réelle de l'économie nationale".

- Autre argument de résistance face au projet, la dénonciation, presque rituelle, de la tendance étatique à tout vouloir réglementer. Les représentants du patronat voient

⁸⁹ EGGLEY J.S., "Cartels et concurrence", *Journal de Genève*, N° 236, 11.10.1982.

⁹⁰ JETZER A., *op. cit.*, note 87.

⁹¹ *ibidem*.

⁹² *op. cit.*, note 79.

⁹³ *op. cit.*, note 87.

dans le renforcement des attributions et moyens de la Commission des cartels le germe menaçant d'un véritable "office des cartels" aux pouvoirs inquisitoriaux et annonçant en filigrane la tendance à la constitution d'une véritable police économique⁹⁴. Un autre spécialiste dénonce "le risque de bureaucratisation de l'économie"⁹⁵. Il va alors de soi qu'il n'y a pas de place ici pour un quelconque dispositif sanctionnel, à plus forte raison s'il prend la place de dispositions pénales. L'argumentation se fait aussitôt dramatisante et l'on invoque carrément un risque de "chasse aux sorcières".

- Parmi les arguments de soutien aux cartels et se référant à des spécificités nationales on trouve la défense et illustration de ce que la Commission d'études des prix avait nommé "culture villageoise", c'est-à-dire le maintien en milieu rural de très petites unités de production. B. BEGUIN propose de faire entrer cette notion parmi les faits pouvant justifier l'existence des cartels⁹⁶.

- Enfin, on trouve régulièrement dans les prises de position du patronat et de ses représentants une nette critique du "consumérisme" en tant que groupe de pression. Dans leur perspective, c'est à tort que l'on assimile associations de consommateurs et défense de l'intérêt général. Les consommateurs organisés ne sont selon eux qu'un groupe d'intérêt privé parmi d'autres. S'ils doivent être entendus, on ne saurait, sans défavoriser les autres, leur accorder une place privilégiée. Pour démontrer le caractère partisan de ces associations de défense on invoque les campagnes de boycott organisées et les dommages ainsi subis par tel ou tel producteur (argument repris au Parlement par le libéral H. REYMOND (BO CE 1982, 523).

La défense de cet intérêt pensé en termes de "cartellisation mesurée" peut être caractérisé de la façon suivante:

type d'intérêt : un intérêt économique direct et privé,

fondement: liberté d'auto-organisation et de défense des groupes économiques,

forme: refus de principe de toute ingérence étatique, revendication d'une auto-surveillance.

place du pénal: inexistence. Tout regard public étant exclu quant au contrôle des cartellisations, le principe de dispositions de sanction n'en est que plus inconcevable. L'idée même est ici perçue comme une aberration, voire un scandale.

⁹⁴ *op. cit.*, note 87.

⁹⁵ EGGLY J.S. "Cartels, risque d'idéologie", *Journal de Genève*, 26 mai 1979.

⁹⁶ BEGUIN B., *op. cit.*, pp. 4-9.

b. La position "anti-trust" des consommateurs

1. Définition de l'intérêt protégé.

L'essentiel de cette position a été élaboré dès 1955 à l'occasion de la campagne pour l'initiative populaire qui finalement échoua en 1958⁹⁷. Les organisations qui représentent cet intérêt mettent l'accent sur la notion de "libre concurrence" et revendiquent explicitement une législation d'interdiction.

Tout cartel, toute entente, sont perçus comme constituant des dangers économiques apportant à l'économie de marché des entraves majeures qui ne cesseront de s'amplifier si on commence à les tolérer. Au-delà de cette dimension, cette position met aussi l'accent sur les risques politiques inhérents à toute concentration des pouvoirs. On retrouve là trace des analyses nord-américaines, qui voient dans le développement des trusts un risque important pour la démocratie. Même si l'on sait bien aujourd'hui que l'importante législation anti-trust américaine n'est que l'histoire d'échecs à répétition 9 bis elle n'en constitue pas moins ici le principal modèle de référence.

Deux propositions fondamentales constituent le noyau dur de leur argumentation

il ne suffit pas de proclamer l'illicéité des entraves à la concurrence, il faut en outre encourager la concurrence comme telle, c'est à dire " en rendre l'exercice en quelque sorte obligatoire pour les cartels et les organisations analogues".

La protection des tiers contre toute forme de discrimination doit être étendue aux consommateurs et ne pas concerner seulement les concurrents et partenaires directs.

D'où, malgré la reconnaissance "de réels progrès sur divers points", le développement de nombreuses critiques adressées à l'ensemble du projet jugé "insuffisant" et qui "doit être revu à fond".

2. Les moyens de défense.

Différentes modifications du projet sont proposées afin d'assurer la défense de l'intérêt considéré. Nous retiendrons parmi les plus importantes.

a) Tout d'abord celles qui revendiquent un élargissement des dispositions:

une demande d'élargissement du champ de la loi tel qu'il est défini par l'article 6 alinéa 1 de la loi. Il conviendrait d'inclure les consommateurs - et pas seulement les concurrents - dans les tiers à protéger contre les " conséquences nuisibles d'ordre économique ou social des cartels et groupements analogues". Les consommateurs sont en effet les principales victimes des pratiques commerciales restrictives en tous genres. Les associations de défense demandent une formulation explicite de la protection de leur intérêt sous une forme du type: " Les mesures par lesquelles un cartel ou une organisation analogue provoque des effets nuisibles pour les consommateurs, écarte les tiers de la concurrence ou ...".

Un élargissement du contenu de second alinéa est également [revendiqué. II](#) faudrait déclarer illicites non seulement les ententes formelles, les entraves actives à la concurrence, mais également les attitudes passives qui tendent à

⁹⁷ MONTANGERO, *op. cit.*, note 81, pp. 4-9.

bloquer le libre jeu de la concurrence. D'où la proposition de reformulation: "Entente tacite ou formelle en vue de ne pas abaisser les prix ou de s'abstenir d'améliorer les conditions ou la qualité ...". Il s'agit pour les organisations de défense de voir officialiser le fait que "la concurrence est en elle-même digne d'être défendue".

b) D'autre part des demandes concernant la Commission des cartels (art. 20).

Il est demandé un rééquilibrage de la composition de la commission. La prépondérance des représentants de l'économie, "traditionnellement majoritaires ... leur donne la possibilité d'influencer de déterminante - et le cas échéant de bloquer - la prise de mesures anti-cartellaires". La composition se devrait d'être tripartite, les experts économiques, les milieux économiques et les consommateurs étant représentés en nombre égal.

De plus des pouvoirs de surveillance renforcés devraient être attribués à la commission afin qu'elle ait un pouvoir plus effectif de contrôle et d'investigation. Le risque est qu'une commission peu dotée en moyens de travail et en instruments d'action réels ne se limite à un rôle d'expert, conseillant l'administration mais laissant à cette dernière l'essentiel de la mise en oeuvre. Ils rejoignent en cela les analyses de M. MEYLAN qui souligne les limites d'un système de milice et soutient la minorité de la commission désireuse d'obtenir un renforcement des attributions matérielles et juridiques sous peine de voir l'essentiel du travail accompli frappé d'ineffectivité⁹⁸. Enfin, dans le même sens, une modification des dispositions d'exécution est demandée par l'organisation d'un système de surveillance renforcé des prix: "Sous sa forme actuelle, le projet de la Commission des cartels ne saurait être considéré comme une alternative de l'initiative sur la surveillance des prix".

c) Proposition concernant les associations

L'enjeu est ici l'octroi ou le refus d'un pouvoir d'action des organisations représentant les consommateurs. Il s'agirait d'ajouter ces organisations aux associations professionnelles économiques auxquelles on a donné compétence pour contester l'illicéité des ententes.

On peut noter ici que la Fédération Romande des consommatrices est l'organisation qui tient les positions les dures. C'est elle qui formule les attentes les plus fortes quant à la fonction dissuasive des dispositions pénales.

La reconnaissance d'un pouvoir d'action civile aux organisations a suscité le plus souvent des avis négatifs tant chez les experts que chez les politiques. L'argument principal invoqué, voire martelé, est que les consommateurs ne sont qu'un groupe d'intérêts parmi d'autres, et qu'en aucune façon on ne saurait leur reconnaître le privilège exclusif de la défense de l'intérêt général.

On peut synthétiser la position des "consumentistes" de la façon suivante:

Type d'intérêt: un intérêt économique et social revendiquant une dimension d'intérêt général.

97638 BEQUAI A., White-collar crime, a 20th century crisis, Lexington, lexington Books, pp. 93-101.

⁹⁸ MEYLAN J., BO CE, 1982, 524.

Fondement: capacité des groupes intermédiaires de type associatif à assurer des missions d'intérêt général non prises en compte par les pouvoirs publics.

Forme utilisée: revendication d'un pouvoir d'interdiction pour la puissance publique et d'un droit d'action civile pour les associations.

Rôle du pénal : rôle direct comme moyen de sanction des violations.

Conclusion

Le bien juridique finalement construit par la législation de 1982 sur les cartels repose sur la défense d'un intérêt retenu sur la base d'une discrimination, celui de "concurrence efficace", successeur de la "concurrence possible". Cet intérêt est retenu après élimination de deux autres intérêts la "cartellisation limitée" et la position "anti-trust".

Un regard rapide et finalement très superficiel pourrait laisser croire que l'intérêt finalement protégé n'est qu'un compromis (bien dans la mentalité helvétique?) entre deux intérêts explicitement antagonistes celui des dirigeants de l'industrie et celui des groupes coopératifs et de défense des consommateurs. L'existence d'une position de compromis n'est envisageable que pour l'indicateur type d'intérêt. Toutefois la notion de concurrence possible ou efficace et la méthodologie d'appréciation des effets comparés sur laquelle elle repose sont suffisamment étayés et spécifiques pour constituer une position autonome.

Les quatre indicateurs retenus montrent au contraire qu'il y a bien discrimination entre trois intérêts, trois conceptions des rapports de concurrence et non pas simplement interpénétration conciliatrice de deux conceptions radicalement opposées. Le tableau suivant qui reprend les positions précédemment exposées nous semble bien attester de cette situation, c'est à dire de l'autonomisation d'une conception gouvernementale en matière de politique de concurrence

Intérêt no 1 = **La concurrence possible**
 " no 2 = **La cartellisation mesurée**
 no 3 **La libre concurrence**

Indicateurs	Int. no 1	Int. no 2	Int. no 3
Type d'Int.	économique mixte	économique privé	économique public
Fondement	intervention- nisme étatique contrôle des abus de puis- sance.	liberté organisation économique groupes	d'auto-défense de l'intérêt pu- blic par les inter- médiaires
Forme	interdiction conditionnelle	principe d'auto- contrôle	interdiction action civile
Place du Pénal	Action secondaire Sanction du non- respect de l'auto- rité administrative	Nulle	Action primaire Sanction d'une violation

3 . Les différents dispositifs sanctionnels; choix et équilibre.

A l'origine de la révision de 1985, il y a, comme nous le savons, la motion SCHUERMANN. Celle-ci était articulée en quatre points, le troisième étant formulé comme suit:

(le CF est invité à examiner)" la procédure en cas de non-exécution de recommandations de la commission des cartels acceptées par les parties".

Dans ses développements le motionnaire n'insistait toutefois pas sur ce motif d'insatisfaction devant le fonctionnement de la loi de 1962. Cette retenue, qui s'explique peut-être par l'attitude très réservée que le même M. SCHUERMANN avait manifestée en tant qu'expert lors de la procédure d'élaboration de cette dernière loi⁹⁹, annonce la modestie de l'intensité du débat consacré, tout au long du processus de réforme de la loi, aux dispositifs sanctionnels. Une lecture attentive et complète des sources permettant de suivre le déroulement de ce processus convainc de l'importance relativement mineure accordée par les acteurs dans leur quasi-totalité aux moyens de faire respecter les décisions des instances chargées de surveiller les cartels et singulièrement de la commission. Par comparaison, les éléments plus abstraits du dossier: vocation profonde de la loi, mise en place des éléments autorisant une pesée satisfaisante des intérêts, etc. mobilisent infiniment plus d'énergie, d'intelligence et de conviction dans l'argumentation. Nous chercherons dans la conclusion à analyser ou à deviner les raisons profondes du phénomène.

De manière immédiate, la volonté de ne pas ouvrir un grand débat sur les pouvoirs sanctionnateurs des instances de droit public peut se comprendre chez ceux, majoritaires, qui veulent en revenir à la vocation originale de la législation sur les cartels et confier la responsabilité principale de la régulation des abus cartellaires, à l'image de ce que l'on peut observer de longue date aux Etats-Unis, au juge civil. Ceux qui déplorent ou craignent la prise de pouvoir croissante de la commission prétendent observer ou prédire un double glissement: organique - la commission s'est arrogé ou vu arroger le rôle primitivement assigné au Tribunal fédéral - et matériel: les règles de droit administratif sont décisives au détriment des règles de droit civil

Il est intéressant d'analyser rapidement à cet égard l'attitude du président de la commission des cartels, SCHLUEP, dont l'autorité est fréquemment invoquée - et souvent au bénéfice de deux thèses opposées! - lors des débats parlementaires

SCHLUEP se montre, à l'époque où la réforme entre dans sa phase décisive, excessivement critique à l'égard de la jurisprudence du TF, à laquelle il reproche une

⁹⁹ *op. cit.*, note 62.

¹⁰⁰ BO CN, 1985, 21 (Auer); BO CN 1985, 53 (Bonnard).

¹⁰¹ Par exemple lors du débat du Conseil national sur l'article 31 du projet du Conseil fédéral, qui prévoit la compétence de démanteler les entreprises qui auraient conclu des fusions abusives; le Conseil des Etats ayant biffé la disposition, le Conseil national finit par le suivre; les propos de W. SCHLUEP ont alimenté toutes les phases du débat: cf. BO CN 1985, pp. 1917-1919.

abondance de "Leerformeln" (formules vides)¹⁰². C'est là, toutefois, l'universitaire¹⁰³ qui parle, et non l'agent public. Ce dernier ne semble guère intervenir dans *ex officio* dans le débat public. Il n'en va pas de même du secrétaire de la commission, Bruno SCHMIDHAEUSER, qui, sous couvert de revendications corporatistes, aborde franchement, à la même époque clef du processus de réforme, le problème des formes de la régulation publique économique dans le domaine de la concurrence. Nous allons suivre la voie tracée par ce praticien et étudier le dossier des dispositifs publics sanctionnels, en tentant de cerner les débats sur le statut, les **pouvoirs** et le rôle de la commission des cartels.

Les revendications de nature corporatiste de SCHMIDHAEUSER, si elles surprennent quant à leur franchise et à leur vigueur, sont parfaitement classiques quant au fond: l'effectif du personnel auxiliaire permanent de la commission est insuffisant, surtout si l'on considère l'augmentation du travail liée à la révision de la loi¹⁰⁵; ce personnel est insuffisamment valorisé, ce qui conduit à un renouvellement trop rapide des effectifs; l'efficacité du travail en général est insatisfaisante ou menace de le devenir. Le contexte politique suisse du début des années quatre-vingt ne permet guère à SCHMIDHAEUSER de nourrir trop d'illusions: le blocage du personnel fédéral (*Personalstop*)¹⁰⁶ est invoqué dès qu'une minorité parle de renforcer les effectifs de la commission.

De manière transparente chez SCHMIDHAEUSER et parfois de manière moins patente chez d'autres intervenants dans le débat, les questions plus fondamentales sont abordées, par le biais de la discussion sur les moyens d'action en personnel de la commission: son efficacité pose le problème politique de la création d'un véritable **office fédéral de la concurrence**.

Au moment de la préparation de l'avant-projet de loi, les opinions sont partagées, au sein de la commission (membres non fonctionnaires), au sujet des pouvoirs qui doivent lui être attribués. Une minorité veut maintenir l'ancien système, qui sur le papier, n'offre que des ressources limitées à la commission; une majorité veut élargir ces pouvoirs: pour adapter le droit aux faits d'une part - on a vu que le rôle de l'agence par le simple fait de ses enquêtes et recommandations est allé croissant -; pour mettre en oeuvre une "*wettwebersnolitische Grundkonzentration*" (conception fondamentale de la politique de la concurrence), d'autre part¹⁰⁸. Ce souci de la mise en place d'une politique et surtout du maintien de sa cohérence est encore exprimé

¹⁰² SCHLUEP, "Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BO fiber Kartelle and ähnliche Organisationen", *RSDIC* N° 5, 1979, pp. 17-18.

¹⁰³ M. Walter SCHLUEP est professeur de droit public économique à l'Université de Zurich.

¹⁰⁴ SCHMIDHAEUSER B., "Ueber die administrative Bewältigung des Verwaltungrechtlichen Teils des Kartellgesetzes", *RSDIC* N° 5, 1979.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 54. La commission compte aujourd'hui quinze membres, y compris son président, assistés de sept collaborateurs scientifiques, ainsi que de deux secrétaires. Ce chiffre est en légère, mais constante augmentation. A l'origine, la commission ne pouvait compter que sur deux collaborateurs. Par comparaison, l'Office des cartels allemand emploie près de 300 personnes.

¹⁰⁶ BO CE 1982, 536 (Muheim).

¹⁰⁷ Cf. SCHMIDHAEUSER, *op. cit.*, note 104, p. 49.

¹⁰⁸ SCHLUEP, *op. cit.*, note 102, pp. 35-36.

dans l'avis rendu par la commission au sujet du projet de loi sur la surveillance des prix¹⁰: subtilement, la commission défend ses pouvoirs et entend encore les élargir; elle propose, en reprenant une idée formulée par une autre commission d'experts¹⁰, que les décisions du surveillant des prix lui soient déferées en seconde et dernière instance

Les Chambres fédérales feront un accueil plus que réservé aux propositions de création d'un Bureau ou Office de la concurrence : outre les préoccupations malthusiennes quant à l'accroissement du personnel fédéral déjà citées, la volonté de conserver un système souple et "très suisse", un instrument de dialogue et non d'intervention autoritaire sont largement partagées

Aussi, le rôle de la commission après la révision de 1985 restera, dans ses grandes lignes, celui qu'avait voulu lui assigner le législateur de 1962: la commission informe et conseille davantage qu'elle ne décide. Malgré les quelques signes d'une volonté de jouer un rôle plus autoritaire et/ou de contribuer à la mise sur pied d'une véritable politique publique de la concurrence, l'agence manifeste dans sa pratique une grande retenue; on la voit ainsi refuser un rôle d'arbitre que des parties en litige quant à la légitimité d'une entente cartellaire sur le prix de certains produits pharmaceutiques lui demandaient de jouer¹¹³. Dans ce contexte, on ne s'étonnera donc pas de constater que les sanctions pénales et le débat auquel leur introduction, donne lieu - rappelons que la loi de 1962 n'en comprenait pas - soient modestes. Avant d'étudier les quelques éléments de ce débat, il convient toutefois d'exposer brièvement le paradoxe qui pèse sur lui.

Sous l'empire de la loi de 1962, l'arme pénale, inexistante en apparence, était toutefois chargée, en coulisses. En effet, le Département fédéral de l'intérieur pouvait invoquer, dans la décision administrative prise sur recommandation de la commission des cartels, l'article 292 CP¹¹⁵, et faire appliquer par le juge pénal ordinaire cette disposition en cas de désobéissance. Même si l'arme ne fut, semble-t-il, jamais employée, elle menaçait de l'être suite à l'extension des compétences du Département et de la commission sous l'empire de la nouvelle loi. Aussi, l'introduction de dispositions pénales propres, appliquées non pas par le juge ordinaire, mais par une autorité administrative (le Département de l'économie publique) pouvait logiquement et paradoxalement apparaître comme une solution plus légère que le maintien du statut quo impliquant la répression possible par l'article 292 CP. C'est à cette

los Publ.1984, p. 44.

¹¹⁰ Commission d'experts pour la révision de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire, avant-projet de février 1982.

¹¹¹ Sur les rapports entre la commission des cartels et le surveillant des prix, selon les deux lois votées le même jour, à savoir le 20 décembre 1985 (R.S. de la loi sur la surveillance des prix, 942.20), voir TERCIER P., "A propos des relations entre la Commission des cartels et de Surveillance des prix", *SAC* 1986, pp. 109 ss.

¹¹² BO CE 1982, pp. 536-537; BO CN 1985, pp. 33-37.

¹¹³ Publ. 1981, pp. 209-210.

¹¹⁴ Voir toutefois, SCHLUEP, *op. cit.*, note 102, p. 32, qui fait des normes pénales l'innovation la plus importante de la révision, sur le plan de l'organisation du travail.

¹¹⁵ "Celui qui ne sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni des arrêts ou de l'amende".

conclusion que se sont finalement rangés la majorité des parlementaires ¹¹⁶, non sans avoir mené un débat rendu nécessaire par des préoccupations idéologiques tout comme de technique législative que nous allons maintenant décrire.

4 . Histoire et analyses des dispositions pénales.

Comme nous l'avons déjà indiqué ¹¹⁷, l'introduction de dispositions pénales représente une des innovations importantes de la révision de 1985. D'emblée, ces dernières sont conçues comme une arme auxiliaire mise à disposition de la commission au cas où cette dernière aurait de la peine à se faire obéir. Il n'est envisagé en aucune manière de rédiger des incriminations autonomes. Les dispositions seront un exemple parfait de droit pénal sanctionnateur ¹¹⁸, dans l'acception que nous développerons plus bas

Parmi les objections formulées à l'encontre de l'introduction de dispositions pénales dans la loi, certaines sont d'ordre purement idéologique, dans le sens où c'est la vision du monde économique et des effets profonds des ententes cartellaires reflétée par cet aspect de la réforme qui heurte les opposants. Sur le plan du principe le plus fondamental, les dispositions pénales sont ressenties, à l'instar d'autres instruments sanctionnels nouveaux comme l'expression d'un sentiment hostile envers les cartels en tant que tels. L'ensemble de la prise de position du gouvernement fribourgeois exprime bien ce point de vue: le cartel est considéré comme une chose néfaste (ce qu'atteste le renforcement des pouvoirs de la commission et des clauses sanctionnelles): profession de foi inadmissible dans sa radicalité.

D'autres avis recueillis lors de la procédure de consultation reprennent un argument déjà évoqué: "Il est reproché (au nouveau système de dispositions pénales) de prévoir des peines disproportionnées (ce sont les arrêts qui sont visés; ils disparaîtront de la loi) et pouvant porter un coup sérieux à la bonne entente entre la Commission des cartels et l'économie"

On quitte le terrain de la politique économique pour entrer dans celui de la politique législative, avec le troisième argument clef des opposants aux dispositions pénales: l'inflation législative. Les conseillers aux Etats sont particulièrement sensibles à ce problème

Sur ce même plan, les partisans des dispositions pénales n'ont que peu d'arguments à opposer en retour. Tout au plus peut-on relever la récurrente relation entre la

¹¹⁶ A la suite du conseiller aux Etats SCHMID, qui a parfaitement présenté le problème lors de la toute première étape parlementaire, BO CE 1982, p. 551. Dans un premier temps, le Conseil des Etats supprime les dispositions pénales, alors que le Conseil national reste fidèle au projet du Conseil fédéral; il faut attendre la deuxième navette, pour que le Conseil des Etats finisse par se résigner à l'existence de ces dispositions: BO CE 1985, pp. 694-695.

¹¹⁷ Ci-dessus, Ch. 2.

¹¹⁸ Déjà rapport de la commission d'experts automne 1978, p. 83 ad article 45 avant-projet.

¹¹⁹ Conclusion, *in* 11/2.

¹²⁰ Publ. 1980, p. 282.

¹²¹ Entre autres BO CE 1982, p. 520 (Schönenberger) et p.551 (Muheim).

protection (accr¹²²) des consommateurs et le souci d'assurer une répression pénale qui mérite son nom

Mais, finalement, c'est un souci bien helvétique de compromis qui permet aux dispositions pénales de subsister: comme l'analyse finement un député d'ailleurs hostile à ces articles, la peine dans un tel domaine joue le même rôle qu'en droit des constructions¹²³: laisser subsister l'édifice illicite, tout en tapant sur les doigts de l'entrepreneur

Les arguments idéologiques s'épuisent devant la réalité de la situation normative décrite sous ch. 3 *in fine*. Comme l'observe la conseillère aux Etats J. MEIER, le débat parlementaire¹²⁴ change d'objet: il ne s'agit plus de savoir s'il faut pénaliser, mais comment le faire. Le consensus peut dès lors être trouvé sur les données techniques de l'incrimination; le projet est progressivement adouci dans deux dimensions qui prêtaient le flanc aux plus violentes critiques: la peine d'arrêts est biffée déjà dans le projet du Conseil fédéral, alors que la lourdeur de cette sanction avait suscité de vives réactions lors de la procédure de consultation; la suppression de la répression¹²⁵ de la négligence est due à l'initiative du Conseil national, sans discussion. Le consensus sur ce point est dû à la volonté de retirer au projet un de ses éléments le plus lourds émotionnellement. Cette charge émotionnelle, conséquence d'une dramatisation disproportionnée à l'enjeu concret du débat, explique sans doute la grossière méconnaissance du système institué par l'article 333 ch. 3 CP¹²⁸, affichée par des parlementaires pourtant juristes et chevronnés!

Quels sont les effets attendus de dispositions qui jouent un rôle de "normes secondaires", dans la terminologie classique de la théorie du droit¹²⁹? Dès l'origine (motion SCHUERMAN), elles étaient appelées à rendre plus efficaces, parce que mieux respectées, les décisions des organes compétents, commission des cartels ou département de l'économie publique. Cette attente est répétée tout au long des débats

¹²² Cf. déjà l'avis de la Fédération romande des consommatrices lors de la procédure de consultation, du 13 mars 1979; reprise entre autres au BO CE 1982, p. 522 (Miville).

¹²³ BO CE 1985, p. 581 (Arnold).

¹²⁴ BO CE 1985, p. 580.

¹²⁵ BO CN 1985, pp. 56-57.

¹²⁶ Ce qui déclenche l'ironie mordante du Conseiller aux Etats STEINER, ardent adversaire des dispositions pénales et plus généralement des rigueurs de la loi, BO CE 1985, p. 580.

¹²⁷ BO CE 1985, p. 579 (Muheim).

¹²⁸ Cette dernière disposition renverse la règle de l'article 18 ch. 1 CP, suivant laquelle en droit pénal commun la répression de l'infraction commise par négligence est l'exception, la règle voulant que seuls les actes ou omissions intentionnels soient réprimés. Pour la législation accessoire (incriminations non comprises dans le Code pénal, ce qui est le cas de celles qui nous occupent, comme des infractions routières ou des délits en matière de stupéfiants), l'axiome est, aux termes de l'article 333 ch. 3 CP, inversé. Le caractère banal de la répression des infractions commises par négligence a échappé, de bonne ou de mauvaise foi, aux adversaires résolus de la criminalisation, repliés sur une position de criminalisation minimale.

¹²⁹ Cf. SCHLUEP, *op. cit.*, note 102, p. 22.

autour de la révision, mais elle n'épuise pas ledit débat. Très classiquement, en effet, on peut lire, parallèlement aux espoirs d'effets concrets (a), une description par anticipation des effets symboliques (b) de ce chapitre de la future loi.

Le postulat de la nécessité d'une efficacité accrue des recommandations et autres invitations pressantes de la commission une fois accepté, la sanction pénale doit être mise en concurrence avec un dispositif sanctionnel administratif. Les deux Chambres se livrent brièvement à la comparaison des mérites des deux types de sanctions¹³⁰, sans toutefois raisonner longuement sur leur efficacité supposée; en raison du sort hasardeux des sanctions pénales, des sanctions administratives sont mises au point par la commission du Conseil des Etats. Le rétablissement final des dispositions pénales conduit au CUMUL des deux types de sanctions dans la loi (articles 37 et 39-41).

Personne ne nourrit d'illusions quant à l'effectivité de la répression pénale. Cela donne aux adversaires de la criminalisation leur argument le plus fort, sur le plan des effets concrets attendus: le risque d'inégalités de traitement, particulièrement choquantes lorsque l'arme pénale est utilisée. Permettre, en raison de la faiblesse de l'effectif de la commission des cartels et de la complexité de bien des situations en principe visées par la loi, au hasard de choisir les victimes de la répression, ne saurait être admis par une minorité importante des députés¹³¹ qui ne se posent d'ailleurs pas la question de savoir si un tel risque n'est pas inéluctablement lié à la répression pénale dans des domaines techniquement difficiles à maîtriser.

Le Conseil national soutient franchement tout au long des navettes parlementaires les dispositions pénales. Cet appui au Conseil fédéral se fonde toutefois davantage, aux dires du porte-parole de sa commission, sur une attente quant aux effets symboliques de telles normes que sur des effets concrets: c'est la "pression" associée aux injonctions des autorités" qui se trouvera renforcée¹³² autrement dit, les députés à la chambre basse n'ont pas à l'esprit l'agent administratif usant de son pouvoir répressif, mais plutôt la loi dans son ensemble, rendue plus crédible aux yeux du destinataire, voire du public. Toutefois, la réflexion demeure embryonnaire.

La résignation quant à la faible portée effective des dispositions pénales n'est pas un phénomène isolé. C'est l'ensemble de la révision législative qui éveille le scepticisme quant à sa portée réelle. Les parlementaires relèvent quelques raisons de cet échec prévisible: information insuffisante sur les phénomènes que la loi entend régir¹³⁴; non-lisibilité de la loi pour le non-juriste¹³³; travail de rédaction et parfois même de conception législative bâclé. La jurisprudence elle-même laisse apparaître les

¹³⁰ BO CE 1982, 549; BO CN 1985, p. 51.

¹³¹ Cf. BO CE 1982, p. 549.

¹³² Cf. BO CE 1985, p. 580 (Steiner).

¹³³ BO CN 1985, p. 56 (Auer).

¹³⁴ BO CN 1985, p. 35 (Jaggi).

¹³⁵ BO CE 1985, p. 576 (Knüsel).

¹³⁶ BO CE 1985, p. 580 (Steiner, à propos, précisément des dispositions pénales et de la suppression de la répression des infractions commises par négligence).

limites inhérentes aux difficultés rencontrées dans l'établissement des faits'³⁷ et au caractère non contraignant des avis et recommandations de la commission des cartels¹³⁸.

II . L'ECHEC DE LA TENTATIVE DE REGULATION DU PETIT CREDIT

1 . Une vague législative qui se meurt

Le 6 septembre 1946, un postulat LACHENAL-VODOZ concernant la répression de l'usure dans le domaine du petit crédit fut présenté au Parlement¹³⁹. Il s'ensuivit l'adoption¹⁴⁰ de la loi fédérale sur la vente par acomptes et la vente avec paiements préalables. Cette loi ne régit que les ventes à tempérament et ne vise pas le petit crédit, qui permet également de payer le prix par versements périodiques.

Pour pallier l'inefficacité de la loi de 1962 sur la vente par acomptes, un parlementaire demande l'adoption d'une loi régissant expressément le petit crédit. Ainsi, le conseiller national libéral DEONNA dépose le 2 juin 1971 une initiative parlementaire tendant à l'adoption d'un projet rédigé de "Loi fédérale sur les contrats à tempérament et avec paiements préalables", dont les dispositions "sont applicables par analogie aux prêts,..." soit au crédit à la consommation. Ce projet comprend également deux normes pénales placées sous les notes marginales "Délits" et "Infraction à la concurrence déloyale".

Le 16 avril 1971, la commission du Conseil national chargée d'examiner le projet DEONNA demande au DFJP d'effectuer une procédure de consultation et de soumettre le projet à des experts.

Le rapport JEANPRETRE, remis au DFJP en novembre 1971, conclut qu'il faut "écarter l'application analogique au prêt des dispositions sur le contrat à tempérament". En ce qui concerne les dispositions pénales du projet, il est rappelé que les dispositions civiles actuelles¹⁴³ sont rigoureuses, mais qu'on ne leur connaît pas de cas d'application. Le rapport en conclut que "Si elle (la sanction civile) est insuffisante - ce qu'à la vérité nous ignorons - une sanction pénale ne serait sans doute pas plus efficace".

Le rapport STOFER, remis à fin 1971 au DFJP, examine également le projet dans son ensemble. Après avoir rappelé le principe de la subsidiarité du droit pénal, STOFER examine l'opportunité et la nécessité d'une norme pénale. Considérant qu'elles

¹³⁷ ATF 112 II, p. 281.

¹³⁸ ATF 109 II, p. 262.

¹³⁹ FF 1946 III, pp. 83-107.

¹⁴⁰ cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi concernant la vente par acomptes et la vente avec paiements préalables du 26 janvier 1960, FF 1960 I, pp. 537-613.

¹⁴¹ Art. 2 al. 2 du projet Deonna.

¹⁴² Art. 26 et 27.

¹⁴³ Art. 226 d al. 3 CO.

conduisent à une amélioration de la protection sociale, et qu'elles soutiennent des mesures conjoncturelles, ce rapport est favorable à des dispositions pénales ¹⁴⁴

Le résultat de la procédure de consultation sur le projet DEONNA paraît en février 1972, à l'intention de la commission du Conseil national. Les dispositions pénales en particulier sont accueillies favorablement ¹⁴⁵

La commission du Conseil national consacrée au projet DEONNA décide d'entrer en matière. Cependant, les experts STOFER et JEANPRETRE, unanimes pour approuver les buts du projet DEONNA (soit accroître la protection sociale des acheteurs), ont tous deux déjà critiqué la méthode et la technique employée pour réaliser ces buts. Qualifiant le problème de l'absence de réglementation du petit crédit de préoccupant, ces experts soutiennent sans réserve le comblement de cette lacune. JEANPRETRE suggère une loi spéciale sur le petit crédit et préconise une combinaison de normes civiles et administratives afin de surveiller le secteur du petit crédit de la même manière que les banques. Stofer souligne l'insuffisance des normes civiles et suggère même de compléter les normes pénales. Deonna lui-même indique : "En ce qui concerne mon projet, je veux vous faire un aveu, à savoir que j'ai volontairement incorporé certains domaines que je serais disposé à retirer. ...Pour le petit crédit, je suis parfaitement conscient que j'ai introduit le problème par la bande...". La commission du Conseil national décide alors de suspendre ses travaux, dans l'attente d'un projet de loi du Conseil fédéral, de manière à ce que Deonna puisse, le cas échéant, retirer le moment venu son initiative.

Le Conseil fédéral mandate le 19 mars 1973 une commission d'experts présidée par le professeur RAYMOND JEANPRETRE, afin qu'elle étudie la législation sur les contrats à paiements partiels et les questions connexes. Cette commission rend en juin 1974 un rapport dans lequel elle propose -après en avoir âprement débattu- des sanctions pénales, ainsi qu'une surveillance administrative des prêteurs. Le projet de la commission d'experts et son rapport explicatif sont soumis à une procédure de consultation au cours du second semestre de 1974. En raison des nombreuses critiques survenues à ce moment-là le projet fait l'objet d'un réexamen, avant que le Conseil fédéral ne publie le 12 juin 1978 son "Message concernant la loi sur le crédit à la consommation" ¹⁴⁶

Le projet du Conseil fédéral est examiné en premier lieu par la commission du Conseil national. Le débat jusqu'alors technique se transpose sur le plan des intérêts généraux, en se focalisant sur celui de la protection sociale. Lors de la première séance de la commission, Kurt FURGLER s'interrogera de la manière suivante : "Wieviel Staat braucht der Mensch? ist eine berechtigte Frage". Les dispositions pénales occupent une place relativement importante dans les débats, jusqu'à ce que la commission ne les biffe, tout en indiquant que le droit civil devrait être renforcé. Le plenum du Conseil national, examinant le projet les 25-27 janvier 1982, biffe à son tour les dispositions pénales du projet ¹⁴⁸

¹⁴⁴ Rapport Stofer, p. 49.

¹⁴⁵ En faveur: les cantons de LU,BS,VD,NE,GE; le parti démocrate-chrétien, la Banque Nationale Suisse. Contraires : les cantons de ZH,AR.

¹⁴⁶ FF 1978 II, pp. 481ss.

¹⁴⁷ Décision prise 11:7.

¹⁴⁸ Vote 98:19.

La commission du Conseil des Etats procède à l'audition d'experts, tout en examinant quatre alternatives au projet du Conseil fédéral. La systématique du projet est finalement complètement modifiée, et l'on ne parle plus du tout de dispositions pénales, seules des dispositions civiles étant encore envisagées. Le Conseil des Etats examine le projet les 3-4 mai 1984, et adhère de justesse à la proposition de sa commission¹⁴⁹

La procédure d'élimination des divergences débute alors. RIECHLING, président de la commission du Conseil national, relève qu'il est le quatrième président de cette commission à s'occuper de ce projet. Le 11 mars 1986, le Conseil national examine le projet dans une version à laquelle le Conseil des Etats se ralliera ensuite pour l'essentiel" le 25 septembre 1986. Les dernières divergences mineures sont traitées en septembre 1986 par le Conseil national, puis par le Conseil des Etats'

La version commune des commissions des deux chambres du Parlement est présentée le 4 décembre 1986 au plenum du Conseil des Etats. Ce dernier rejette alors le projet de loi sur le crédit à la consommation (25:11) Malgré son approbation par le Conseil National (70:30) ce projet doit être définitivement biffé de la liste des objets à traiter par les chambres fédérales, en application de l'article 21 de la loi sur les rapports entre les conseils

La décision négative du Conseil des Etats a donc sonné le glas de quinze années de travaux législatifs, dont JOSEPH VOYAME a reconnu qu'ils constituaient son plus mauvais souvenir : "D'énormes efforts, qui n'ont abouti à rien du tout..."¹⁵⁸. Ce "naufrage législatif"¹⁶⁹ du petit crédit n'empêche malgré tout pas que "les dispositions du projet peuvent être néanmoins utiles, dans la mesure où elles tentaient d'explicitier certaines des règles actuelles" applicables à la vente à tempérament¹⁶⁰.

2 . La construction des intérêts dans la législation sur le petit crédit : L'échec d'une combinaison

¹⁴⁹ Vote 15:14, BO CE 1984, pp. 171-212.

¹⁵⁰ BO CN 1986, pp. 158-182.

¹⁵¹ BO CE 1986, pp. 502-509.

¹⁵² BO CN 1986, pp. 1289-1290.

¹⁵³ BO CE 1986, pp. 583-584.

¹⁵⁴ BO CE 1986, p. 700.

¹⁵⁵ BO CN 1986, p. 1772.

¹⁵⁶ RS 171.11.

¹⁵⁷ Directeur de l'Office fédéral de la Justice de 1973 à 1988.

¹⁵⁸ *Journal de Genève* des 27-28 février 1988, p. 13.

¹⁵⁹ "Schiffbruch", cf. SCHORER P., *SAG*, 1987, p. 38.

¹⁶⁰ TERCIER P., *La Partie spéciale du Code des obligations*, Schulthess, Zurich 1988, n° 692.

L'analyse du processus d'émergence du projet Deonna a permis de mettre en évidence la double préoccupation qui fondait cette tentative législative. Son point de départ était le constat de différentes formes d'ineffectivité de la législation de 1962 sur la vente à tempérament, ineffectivité par l'existence de lacunes dans les dispositions adoptées, ainsi que par des pratiques de contournement de certaines de ses mesures restrictives. La mise à jour de ce phénomène a pu avoir lieu en raison du nombre croissant de litiges intervenus entre des sociétés de crédit et des particuliers bénéficiaires de prêts.

L'initiative Deonna reposait donc sur un double projet

assurer le respect d'une loi antérieurement adoptée par le renforcement des dispositions de contrôle et de sanction,

agir sur le problème social du surendettement par la régulation des rapports entre prêteurs et emprunteurs.

Deux intérêts à protéger, très étroitement enchevêtrés, se trouvent donc à l'origine du processus législatif. L'un est un intérêt de principe, général et abstrait, il s'agit de l'intérêt du respect de la loi. L'autre est plus conjoncturel, concerne une partie spécifique de la population et se propose d'intervenir dans des rapports contractuels privés au nom d'une protection sociale.

L'échec final au plan politique du projet sur le petit crédit peut, très paradoxalement, être analysé en partie comme la conséquence du succès de la dynamique créée par l'initiative DEONNA et de son impact sur l'équilibre de ces deux intérêts en présence. En effet, tout au long des quinze années de mise au point et de débat public sur le projet final, l'articulation entre les deux intérêts s'est trouvé profondément modifié. Si le problème de l'effectivité de la loi de 1962 restera inchangé et toujours posé dans son principe, ce problème perdra par contre une part décisive de son actualité, en raison de l'importance des modifications intervenues dans l'organisation et dans les pratiques de crédit à la consommation durant la période concernée.

Au-delà de cet effet de restructuration professionnelle, il faut aussi tenir compte d'un effet de contexte économique, pour bien comprendre le réajustement des deux intérêts mentionnés. Dans une période de forte progression économique, comme c'était le cas dans le début des années soixante-dix, il était possible d'augmenter les contraintes en matière de prêt, sans craindre trop de répercussions négatives sur la consommation intérieure. La situation fut tout autre dix ans plus tard, le contexte étant alors de type récessif. Le crédit à la consommation était dès lors plutôt considéré comme un des instruments susceptibles de "rétablir un certain équilibre entre la production et l'écoulement des marchandises" (FF 1978 II, 487). Une législation trop restrictive devenait difficilement acceptable par les principaux responsables économiques, mais aussi par certains des groupes représentant les consommateurs tels les syndicats. Les uns et les autres étant, chacun pour des raisons spécifiques, hostiles à une trop forte limitation du pouvoir d'achat.

Enfin, il faut souligner que le projet DEONNA et la dynamique qu'il suscita se trouva rapidement en contradiction avec la politique de relance économique pratiquée par les autorités publiques depuis le printemps 1975. Ainsi, à partir de Janvier 1976, le Gouvernement fédéral leva les barrières qui avaient été dressées en 1973 pour limiter le petit crédit, en particulier l'interdiction de la publicité et des multi-prêts. Cette libération suscita des réactions défavorables: "Pourquoi ce retour à la pleine liberté ? Parce que la relance doit s'alimenter à toutes les sources, parce que la consommation doit être attisée, juge Berne. Pour nous, trois raisons de ne pas applaudir..."¹⁶¹

¹⁶¹ *La Suisse*, "Petit crédit, lâchez tout", 16.12.1975.

La conjonction d'une importante restructuration professionnelle et de profondes modifications dans le contexte économique suscitèrent donc une perte d'importance significative du second intérêt, celui formulé précédemment en termes de "protection sociale". Par contre-coup, le premier, celui concernant "le respect de la loi" perdit son support politique immédiat en se trouvant privé de l'enjeu conjoncturel qui aurait permis son inscription sur l'agenda politique. Lorsque le projet officiel fut achevé il n'était plus soutenu que par des représentants de l'administration, les associations de défense des consommateurs et quelques politiques. Ces deux derniers groupes manifestèrent cependant des réticences de plus en plus vives à mesure que le projet se voyait vidé de sa substance. Il fut en revanche très fermement combattu par les organismes financiers qui y voyaient une atteinte majeure à leur liberté commerciale.

Dans le message de 1978 ces deux intérêts se trouvent présentés et hiérarchisés de la façon suivante:

"... dans le domaine du crédit à la consommation, c'est la dimension sociale qui est déterminante: le bien juridique que l'on entend protéger est en premier lieu la liberté de décision de la partie contractante la plus faible, ... De plus il existe un intérêt public éminent à ce que le droit positif soit imposé et que le respect de l'ordre juridique soit sauvegardé" (FF 1978 II, 590).

Nous en ferons cependant la présentation dans l'ordre inverse, dans la mesure où malgré leur connexion, l'un constitue historiquement un préalable à l'autre.

A . Premier intérêt protégé : le respect de la loi

Il s'agit ici de l'intérêt premier, du noyau autour duquel s'est effectué la construction juridique. Les premières interventions du conseiller Deonna (Octobre 1964 Mars 1969) allaient dans ce sens en attirant l'attention du gouvernement sur des pratiques destinées à contourner la législation de 1962. Dans le texte de son initiative de 1971, Deonna présentait ainsi les objectifs poursuivis par son projet:

" Le législateur comptait ... sur le respect de la loi par le citoyen ... Or, l'évolution a donné tort à la confiance du législateur. La réalité est caractérisée par un nombre croissant d'abus".

Lors des débats de la commission parlementaire le représentant de l'administration WIDMER déclara: "...M. DEONNA **disait expressément** que la loi de 1962, qui avait rejeté les sanctions pénales, comptant sur le respect de la loi par les citoyens, était restée sans application pour ce motif: ainsi le respect de la loi en soi était bien l'objectif de celui qui est le vrai père spirituel de cette loi. Et il est vrai que notre projet n'a pas cherché à apporter quelque chose de matériellement nouveau, mais bien plutôt d'assurer le respect de la loi, une loi non respectée étant la pire injustice..."

L'analyse de l'ineffectivité de la législation en vigueur est effectuée sur deux plans, celui de la méconnaissance des objectifs législatifs et celui de manoeuvres de contournement du texte: " Il est en tout cas évident que les intentions qu'avait le

-
- N.Z.Z. "Kein Werbeverbot mehr für Kleinkredite", 16.12.1975.
 - *Basler Nachrichten*, "Kein Kleinkreditboom", 17.12.1975.
 - *L'impartial* "Protestation des consommatrices", 19.12.1975.

législateur sur les plans juridiques et social n'ont été réalisés qu'imparfaitement et que l'appréciation peu homogène de certaines manoeuvres franchement frauduleuses a entraîné une insécurité juridique inquiétante, qui a mis en doute la pertinence du droit en vigueur" (FF 1978, II, 514).

a) Le respect de la loi en soi

La question du respect de la loi en soi est un point qui mérite une attention particulière dans la mesure où il s'agit de la dimension que l'on invoque le plus volontiers à l'appui de l'introduction des dispositions pénales. On se trouve alors dans un raisonnement de type utilitariste explicite. La sanction pénale est envisagée comme le support d'une intervention publique qui cherche à assurer son effectivité. On en attend un effet de prévention générale. Différents commentateurs du projet Deonna ont insisté sur cette dimension du texte proposé.

- R. JEANPRETRE (Nov.71) "Les dispositions pénales constituent une des innovations les plus importantes du projet. Elles doivent assurer le respect des prescriptions légales. Il importe donc de prévoir une sanction qui incite par son côté préventif les fournisseurs et les prêteurs à se conformer à la loi".

- K. FURGLER (Fev.72) "... nous partageons la conviction de l'auteur de l'initiative, selon laquelle l'intérêt public commande, dans un Etat fondé sur le droit, que les lois établies ne soient pas violées ni éludées".

- Quant à C.A. JUNOD, très hostile à l'introduction de dispositions pénales dans le projet, il ne voit à celles-ci qu'une seule justification, celle d'assurer le respect de l'ordre juridique et la "primauté de cet objectif" sur celui de protection sociale.¹⁶⁴

Cette première approche de l'effectivité des règles se trouve renforcée par un second type d'arguments qui portent sur le constat de pratiques abusives.

b) Les contournements de la loi de 1962

Les dispositions restrictives contenues dans le texte de 1962 avaient heurtés les intérêts de certains professionnels du crédit. Lors de la consultation sur le projet DEONNA, certains ne dissimulèrent pas qu'ils jugeaient ces dispositions "injustifiées, arbitraires et menaçant l'existence des personnes concernées" (FF 1978 II, 514). Ce qui justifiait à leurs yeux la recherche de nouveaux contrats permettant d'échapper aux contraintes du texte. Ces contournements étaient rendus possible par l'existence de lacunes dans la loi qui ne s'appliquait qu'à certaines formes de vente (par acomptes et location-vente) et non à d'autres (prêt-bail, abonnements, livraison successive, vente au comptant simulée...).

Différentes enquêtes et recueil de témoignages sont venus régulièrement dénoncer des pratiques abusives. Dès juin 1975 et à la suite d'une intervention de la Fondation pour la protection des consommateurs (FPC) auprès du Département fédéral de justice, on trouve dans la presse différents communiqués et articles soulignant les imperfections de la législation en matière de crédit à la consommation. C'est surtout à

¹⁶² JEANPRETRE R., *Rapport au Département fédéral de Justice et Police sur l'initiative Deonna*, Neuchâtel, Nov. 1971.

¹⁶³ FURGLER K., *Rapport au Conseil National*, Berne, 2.2.1972.

¹⁶⁴ JUNOD, "Aspects constitutionnels du projet de loi sur le petit crédit", *Wirtschaft und Recht*, p. 197.

partir de la mise au point du projet gouvernemental en 1978 que la dimension juridique du problème sera mieux explicitée.

- En octobre 1978, le syndicat FTMH qualifie la loi sur la vente à tempérament de "loi passoire" et poursuit ainsi: "...Très vite, après 1962, on s'était aperçu que l'ingéniosité des vendeurs et des banques (surtout les instituts spécialisés dans le petit crédit) avait été suffisante pour tourner la loi en toute légalité. ... La solution consiste à remplacer le contrat de vente à tempérament par un contrat de vente au comptant, doublé par un contrat de petit crédit Du même coup, toutes les dispositions protégeant l'acheteur s'envolent. Il n'y a plus d'acompte initial à payer,...il n'y a plus de délai légal pour rembourser le prêt et il n'y a plus surtout de délai pour dénoncer le contrat. Le tour est joué. Les banques prêtent, les vendeurs vendent et les acheteurs s'endettent."

C'est cependant la défense d'un intérêt moins général et abstrait, celui des consommateurs et plus précisément celui des petits emprunteurs qui a pris durant cette période la plus grande visibilité.

B . Deuxième intérêt utoté2e La protection sociale de la Dartie faible.

Cet intérêt de protection sociale vise à protéger certains citoyens contre eux-mêmes et à faire obstacle ainsi aux manoeuvres de séduction déployées par certains organismes de prêt. Le problème est ici celui des justifications acceptables pour une telle limitation de la liberté du commerce. C'est pourquoi l'objectif affiché est d'entrée de jeu un obiectif modeste de simple régulation des ranoorts des Darties au contrat, sans défense spécifique de l'une ou l'autre partie. Malgré cela, le principe de cette intervention économique par une autorité publique sera mis en cause, tant par les professionnels qui s'estimeront en mesure d'assurer seuls cette régulation sans avoir besoin d'un support légal, que par l'essentiel de la doctrine juridique qui s'alarmera du risque de cette mise sous assistance déresponsabilisante.

Sur le plan factuel, le problème réside dans la complicité qui se noue entre l'acheteur, le vendeur et le banquier afin de faciliter les procédures d'achat : "...C'est ainsi que se forme une sorte d'entente entre les parties au contrat, entente qui procède sans doute d'une concordance des volontés, quoique tacitement acquise ou même inconsciemment réalisée le plus souvent, qui vise à atteindre l'objectif commun malgré les divergences d'intérêts, en marge de la loi ou même contre elle." (FF 1978 II, 512).

Au départ du processus législatif cet intérêt de protection sociale comportait une double dimension : la protection de l'emprunteur d'un côté et, d'un autre, le contrôle des abus des organismes de crédit. Cependant et comme nous l'avons indiqué précédemment, une très importante restructuration professionnelle, déclenchée par l'initiative DEONNA, se déroula parallèlement à celle-ci. De telle sorte qu'en fin de course une seule de ces dimensions conserva une réelle actualité. C'est ce dont

¹⁶⁵ Fédération Suisse des Travailleurs de la Métallurgie et de l'Horlogerie "De nouvelles dispositions sont prévues pour régler les ventes à tempérament. Il aura fallu attendre 20 ans", 11.10.1978.

- *Basler Zeitung*, "Konsumkreditgesetz in Diskussion", 19.10.1978.

- BARRELET D. "Berne publie son projet de loi sur le crédit à la consommation", *L'Impartial*, 15.9.1978.

témoigne, par exemple, le rapport effectué par la commission du Conseil National en février 1980 qui indique : "...Si l'on peut encore sporadiquement constater des dépassements de la limite des 18 % généralement reconnue, ces cas sont dans l'ensemble, devenus très rares. Aujourd'hui, il s'agit bien plus de protéger les preneurs de crédit contre les conséquences malsaines d'un recours exagéré à des moyens de financement qui n'ont en eux-mêmes rien d'illicite".

La situation était tout autre au début des années soixante-dix où la période de prospérité économique et le développement de la consommation intérieure qu'elle suscita et renforça, conduisit à la prolifération d'officines de crédit en marge des grandes organisations financières. Ces organismes menèrent une politique de recrutement de la clientèle souvent agressive qui finit par susciter une mobilisation des organisations de consommateurs contre les abus constatés.

a) **Les abus des sociétés de crédit.**

On peut regrouper autour des thèmes suivants les principales critiques qui furent alors formulées:

- Pratique de taux usuraires: C'est le premier point soulevé à diverses reprises par les organisations de consommateurs. En juin 1976 la Fondation pour la protection des consommateurs (F.P.C.) publie une enquête effectuée dans le canton de Zurich qui fait état de taux allant de 14,9% à 22,5%. Quelques mois plus tard la F.P.C. dans un rapport de septembre 1976 relève des taux se situant, au plan national, dans une fourchette allant de 14,5% à 18% et précise que "les principaux instituts se situent au mieux quelques dixièmes de pour cent au-dessous de ce plafond¹⁶⁶. Ce qui selon la F.P.C. situe les intérêts et les frais à un "taux quasiment usuraire". Dans le même sens un autre rapport du même organisme est rendu public en 1978 qui relève des taux d'intérêts réels allant jusqu'à 22,5% l'an en raison des frais annexes obligatoires (tenue de dossiers, assurances...).

Publicité trompeuse : afin d'attirer la clientèle vers ces prêts les organismes de crédit ont souvent eu recours à d'importantes campagnes publicitaires au contenu souvent trompeur: "Bon pour argent bon marché", "Avec de l'argent vos désirs deviendront immédiatement réalité", "Chez nous, vous êtes à la bonne adresse si vous avez besoin d'argent", "Argent, service téléphonique express", "On ne prête pas qu'aux riches" etc.

Dispositions obscures. On relève également dans ces différents contrats de petit crédit des dispositions très défavorables aux utilisateurs. Il peut s'agir: - soit de dispositions obscures. Ainsi, le journal La Suisse réalisa en 1982 une enquête auprès des organismes de crédit les plus importants (en général rattachés aux grandes banques Aufina-UBS, Finalba-SBS...) et analysa les documents d'information remis aux clients potentiels. Il faut noter outre les différences considérables dans les informations données qu'une seule banaue sur dix, indique en clair le montant exact du taux oratiuaué. Les autres raisonnent à partir d'exemples (niveau du prêt, remboursements mensuels) et le candidat emprunteur doit calculer par lui-même ce taux

¹⁶⁶ "Controverse autour du petit crédit", *ATS*, 1.10.1976.

¹⁶⁷ WYLER M., *La Suisse*, "Prêts personnels: voyage dans la jungle des offres", 24.9.1982.

¹⁶⁸ Voir *ATS* 10.11.1982 et une décision du tribunal du district de Lausanne annulant un contrat de prêt violant les dispositions du Concordat Intercantonal réprimant les abus en matière de prêt conventionnel.

Dispositions abusives. En particulier toute une polémique se développa sur la validité des clauses de cession de salaire incluses dans certains contrats

L'ensemble de ces pratiques occasionnèrent des dommages en plaçant des emprunteurs peu vigilants dans des situations difficiles. Cependant, relativement peu de conflits furent portés devant les tribunaux. L'emprunteur se sachant victime plus ou moins consentante et étant peu désireux de perdre le bien de consommation qui lui avait été procuré, s'estime en position difficile pour engager une procédure: " Ce n'est donc pas par hasard que la plupart des litiges ... ne sont pas portés devant les tribunaux ou ne le sont que de manière indirecte. Le plus souvent ils sont réglés par des offices d'assistance publics ou privés, par des organisations de protection des consommateurs, voire par des organes de presse. Il n'est donc pas étonnant, que ce soit en premier lieu ces institutions qui demandent une protection légale plus efficace".

b) La Protection de laPartie faible.

Comme l'indique l'extrait du message présenté ci-dessus, ce sont les associations de consommateurs mais aussi des responsables de services sociaux qui ont attiré les premiers l'attention sur les méfaits sociaux du développement intensif des pratiques de petit crédit. Soulignant les problèmes d'endettement croissant ils demandèrent avec insistance qu'une plus grande protection soit accordée aux emprunteurs potentiels et reçurent dans cette direction l'appui d'un certain nombre d'experts favorables au rééquilibrage des rapports contractuels.

a / Le surendettement: la facilitation de l'octroi des crédits à la consommation et le manque d'information sur le coût réel des emprunts conduisirent un certain nombre de personnes à s'endetter très au-delà de leurs ressources. Les témoignages recueillis furent nombreux: "Où est alors le caractère social du petit crédit ? ... Si les banques pensent avoir trouvé le moyen de suppléer à la faiblesse des revenus de certains de leurs clients en accordant des prêts à des taux exorbitants, elles se trompent et trompent leurs clients" (Le peuple Valaisan, 4/5/79) - Une motion de membres des services sociaux privés et publics demandant au parlement fédéral une loi plus restrictive. A Genève sur 3607 personnes seules et assistées 638 ont obtenu un crédit et plus de 320 d'entre elles ont bénéficié de deux crédits ou plus⁶⁹. Cette notion rejoint la position de Caritas . Son enquête montre qu'en 1982 330 000 personnes ont bénéficié de petits crédits, 10% d'entre elles ont des mensualités de retard et dans 4% des cas (13 000 personnes) il a fallu instaurer des plans de remboursement spéciaux. L'endettement moyen est de 18225 F pour un salaire mensuel moyen de 2243 F.'

Tous ces témoignages et enquêtes reviennent régulièrement sur les problèmes suivants, crédits en chaîne, crédits sollicités par des insolvable de façon concomitantes auprès d'organismes de crédit différents, crédits octroyés sans discernement à des joueurs, des toxicomanes. La responsabilité des organismes de prêt accordant sans enquête préalable leur crédit est souvent évoquée.

¹⁶⁸ Voir ATS 10.11.1982 et une décision du tribunal du district de Lausanne annulant un contrat de prêt violant les dispositions du COncordat Intercantonal réprimant les abus en matière de prêt conventionnel

¹⁶⁹ ATS 11.9.1981 et dans le même sens *La Liberté*, "Le grand souci des services sociaux", 23.01.1982

¹⁷⁰ CARTAS, "Il est impératif de limiter la durée et le nombre des petits crédits", *Journal de Genève*, 24.2.1984.

b / La régulation de l'équilibre entre les parties au contrat. Le problème du surendettement pose le problème de l'intervention publique dans un rapport contractuel et du délicat équilibre qu'il s'agit de trouver entre liberté économique et mesures de protection. En 1972, K.FURGLER posa ainsi la question: "...on peut tenir pour acquise qu'elle (la protection) est nécessaire face à l'habileté, voire à l'astuce déployée par certains commerçants. Mais il faut admettre aussi qu'il n'est nullement souhaitable d'encourager la négligence ou la légèreté de certains acheteurs".

Si la nécessité d'une protection n'est guère remise en cause, certains experts et publicistes entendent la voir limitée à l'essentiel dans la mesure où il s'agit de protéger les emprunteurs autant contre eux-mêmes que contre des menaces extérieures. Le plus explicite en la matière est certainement C. JUNOD qui insiste sur le fait que la population à protéger est une "très petite minorité" "...La très grande majorité de la population est parfaitement capable et soucieuse de gérer ses affaires de manière raisonnable. Il est intolérable de mettre cette majorité sous tutelle, au plan du crédit à la consommation, pour protéger une petite minorité contre son insuffisante capacité de discernement".¹⁷² D'autres voix se sont faites entendre pour souligner le risque de mise en cause du postulat libéral de responsabilité et d'autonomie des personnes. Ainsi dans la Nouvelle Revue de Lausanne on lit que cette nouvelle réglementation en projet est l'annonce d'un "régime dirigiste et collectiviste où les individus ne seront plus maîtres de leur destin, mais devront obéir à des règles rigoureuses tendant à uniformiser l'existence des uns et des autres" (26/02/82) Durant les débats parlementaires les libéraux reprendront systématiquement ce type d'argumentation. Ils se disent inquiets de la surabondance des lois et règlements qui "souvent complique plus qu'elle ne résout les problèmes de la vie en société et déresponsabilise les citoyens en alourdissant les tâches de l'Etat"

Ce type d'objection n'est pas sans connaître de contre-argumentation en particulier de la part de D. BARRELET qui écrit : "Face à cette situation (les problèmes sociaux liés à l'endettement) certains n'hésitent pas: ils déversent leur mépris sur ceux qui ont failli et au nom de la liberté de l'individu exhortent l'Etat à rester sagement à sa place. ... (et) qui ne répugnent pas à ce que l'on puisse se repaître du sang des faibles. ... (il s'agit) alors de partisans de la perpétuation du désordre actuel, partisans de la loi du plus fort qui remplit si efficacement certains tiroir-caisses"

De même le syndicat FOBB rend ainsi compte des débats au Conseil des Etats en reprenant les interventions de certains socialistes et démocrates-chrétiens qui demandèrent "Quelle est la liberté du preneur de crédit dont on exploite la bêtise ou l'inexpérience ? Quelle est la liberté de la famille qui s'endette au point de ne plus pouvoir satisfaire ses besoins vitaux ?". Ce qui conduit le journaliste à demander alors : "L'Etat n'a pas à se mêler des

¹⁷¹ FURGLER K., *op. cit.*, note 164, et dans le même sens à propos des risques dus au colportage cf. JEANPRETRE R., 1971, *op. cit.*, note 163, p. 12 ainsi que GIGER H., *Une protection sociale renforcée ligne directrice du législateur pour le nouveau droit du crédit à la consommation*, Zurich, 1978, p. 8.

¹⁷² JUNOD, *op.cit.*, note 164, p. 223.

¹⁷³ COUTAU G., "Le glas de quinze ans de travail législatif", *Opinion libérale*, février 1987, p. 19.

¹⁷⁴ BARRELET D., "Tout ou rien", *24 Heures*, 1.2.1982.

affaires financières des particuliers ? Au contraire, car c'est lui, finalement qui casque pour permettre aux banques de faire leurs bonnes affaires. Un assisté sur deux est client des banques. Et souvent il faut consentir des remises d'impôts" (22/5/84).

Une telle argumentation demeurera cependant prioritaire en raison du contre-feu massif déployé par les organismes financiers et bancaires ainsi que par leurs alliés politiques.

c . Riposte professionnelle et désamorçage de l'intérêt de protection sociale.

Cette riposte a porté sur les deux dimensions de cet intérêt. L'initiative Deonna a, en effet, déclenché un profond mouvement de restructuration professionnelle. De telle sorte qu'en quelques années les abus les plus manifestes ont été réduits et qu'il a été possible aux organismes financiers de se présenter comme étant en mesure d'assurer par eux-même la protection sociale des emprunteurs.

Les résistances au projet de réglementation se sont manifestées très tôt et ont pris durant les dernières étapes du processus législatif un tour aussi agressif que manifeste. Dès 1977 les prises de position des professionnels de la banque sont explicitement hostiles. Ils craignent "que la loi n'ait aucun rapport avec la pratique" (ATS, 29/3/77). L'association suisse des banques prend également conscience du fait qu'elle ne regroupe que 35 établissements alors qu'il y a plusieurs centaines de petits organismes qui s'adonnent au prêt. Les grandes banques font alors part des points du projet qui leur semblent acceptables et de ceux qui ne le sont pas. Ainsi, la conférence de presse tenue par les dirigeants de PUBS qui peu après la publication du message et du projet officiel PUBS préciseront un peu plus sa position en mettant en avant trois types d'arguments:

l'élévation du niveau de vie et l'entrée dans les moeurs des pratiques de crédit,
la mise en ordre de ce secteur d'activité grâce notamment à l'intervention des grandes banques,
la mise au point par l'ASB d'un véritable code de déontologie¹⁷⁵

Le mouvement de concentration amorcé dès la seconde partie des années soixante connaîtra une nette accélération à partir de 1970 avec l'entrée en lice systématique des grands organismes bancaires. En 1981 la SBS détenait 30,5% du marché, l'UBS en contrôlait 20,5% et le Crédit Suisse 14%. En 1982 on estimait que par le biais de leurs filiales ces trois banques contrôlaient 73% du secteur. Cette restructuration professionnelle permit l'élimination des "moutons noirs" les plus préjudiciables à la bonne image du secteur. Ce n'est pas pour autant que toutes les critiques adressées précédemment disparurent, l'enquête effectuée par La Suisse, en 1982 témoignant encore du très mauvais niveau de l'information adressée aux emprunteurs.

Malgré un léger fléchissement du nombre de prêts accordés durant les dernières années, le marché du petit crédit continue à représenter un marché financier non négligeable et en progression:

Année	Nombre de prêts	Montant total
1981	413 409	2810 Millions

¹⁷⁵ "La banque contre-attaque : critiques et contrepropositions", *L'ordre professionnel*, 4 mai 1979.

¹⁷⁶ WYLER M., *op. cit.*, note 168.

1986 337 000 4750 "

La pression des "Trois soeurs dorées", les trois grandes banques (UBS, SBS, Crédit Suisse), s'est faite sentir de façon croissante à compter des débats au Conseil National. Les députés libéraux et radicaux reprisent leurs arguments et s'évertuèrent "à enlever au projet ses dernières dents" (La Suisse 28/1/82). Après l'adoption dans cette instance ... " Plusieurs députés ont déclaré ouvertement qu'ils comptaient main tenant sur le Conseil des Etats. L'Association suisse des banquiers a exprimé le même espoir. ... Formule consacrée de la politique helvétique, riche de signification, très prisée de ceux que tout progrès trop prononcé angoisse. Le Conseil des Etats c'est leur dernier recours" (24 Heures, 1/2/82). Ils furent finalement entendus

3. Une décision prémonitoire et significative la renonciation aux dispositions pénales

Nous avons vu que la législation projetée a, dans son ensemble, un double objectif la protection sociale des petits consommateurs de crédit et l'affirmation de la prééminence de la loi. Dans le cadre de la discussion sur la pertinence de sanctions pénales, ce second objectif fait passer le premier à l'arrière-plan¹⁷⁸, tout en accédant à une dimension plus large que la simple réaffirmation de la nécessité de respecter les principes de la loi de 1962. On peut parler de vocation de la loi à la disciplinarisation à propos de l'inscription de dispositions pénales, dont DEONNA disait, en présentant son initiative parlementaire, qu'elles constitueraient "une des innovations les plus importantes du projet". Celle-ci revêt deux formes : moralisation pure et calcul de type économique.

- a. Moralisation: les vicissitudes auxquelles a été soumis le projet de LCC illustrent bien un paradoxe auquel est exposée l'utilisation de l'arme pénale dans une optique de disciplinarisation moralisatrice: les promoteurs de cette politique risquent fort de se trouver enfermés dans un cercle vicieux. En effet, la nécessité d'affirmer ou de réaffirmer l'importance de la règle de conduite à l'aide de l'incrimination découle de la faible réception de cette dernière dans le milieu considéré; or, une reconnaissance minimale de la règle est à son tour une condition *sine qua non* de l'efficacité des dispositions pénales.

Les difficultés liées à la circularité du phénomène n'échappent d'ailleurs pas aux élus: le projet lui-même est de ce fait menacé dès que le débat s'ouvre devant eux¹⁷⁷.

La loi, ou du moins son volet pénal, se trouve donc condamné à l'échec par les facteurs même qui en dictaient, aux yeux de ses promoteurs, la nécessité.

- b. Rationalité économique: la LCC est conçue non seulement comme un moyen de disciplinarisation "pure", mais également comme un instrument de rationalisation des comportements économiques. On ne peut pas dire que la discussion soit très élaborée à ce propos, aussi élaborée en tout cas que ne

177 BARRELET D., *op. cit.*, note 174.

178 Voir toutefois *le rapport Stofer au DFJP*, novembre-décembre 1971, p. 49, sur les liens entre lutte contre le sur-endettement et utilisation de la sanction.

179 Entre autres illustrations, *Commission Conseil national*, 28 février 1980, p. 488.

l'aurait mérité le sujet¹⁸⁰; toutefois, les considérations embryonnaires suivantes sont formulées.

La criminalisation des abus des émetteurs de petit crédit assure un équilibre avec les "petits poissons" de la délinquance économique qui, aux termes d'un discours critique qui, peu à peu, devient consensuel durant la période considérée, sont victimes d'une "sur-criminalisation". Il s'agit de ne plus laisser aux emprunteurs peu scrupuleux ou aux émetteurs de chèques sans provision le monopole du risque d'être déféré devant la justice.

Le crédit à la consommation est sans doute un des terrains sur lesquels le projet classique, qui consiste à faire entrer le risque d'une sanction pénale dans le calcul coût-bénéfice du candidat à l'infraction, peut se réaliser: en effet, "celui qui est actif dans le domaine du crédit est habitué à envisager les désavantages de l'octroi d'un crédit"

Plus originale¹⁸³ est sans doute l'idée d'affirmer l'existence et la responsabilité d'un agent économique en incriminant ceux de ses comportements qui apparaissent répréhensibles. Telle est pourtant la première raison invoquée à l'appui d'un article 332 quinquies, incriminant le preneur de crédit qui aura fourni de fausses indications sur sa situation personnelle (...) ou sur l'affectation du montant du crédit".

L'introduction de dispositions pénales, en plus des indispensables dispositions de droit civil, est dictée par des considérations négatives à l'endroit du droit civil matériel d'une part (a), et de l'administration de la justice civile de l'autre (b).

¹⁸⁰ Exception: l'intervention d'AUER, BO CN 1982, p. 27, qui résume les trois raisons de pure politique économiques qui invitent à s'opposer au développement du petit crédit

- l'octroi de crédit devrait être un mécanisme de financement des investissements, non des dépenses de consommation;

- le développement du petit crédit favorise celui de la mentalité inflatonniste;

- d'un point de vue conjoncturel, le financement par crédit de la consommation n'est pas souhaitable: de grosses difficultés pourraient surgir en cas de récession. Ce dernier argument est à cheval entre l'expression d'une volonté de politique conjoncturelle et celle d'une préoccupation de politique sociale.

¹⁸¹ Cf. BO CN, 1982, 28 (Bàumlin). Cf. l'argumentation tout à fait analogue des sociaux-démocrates de la R.F.A., qui plaide pour une "redistribution des chances d'être criminalisés, entre classes dominantes et classes dominées", argumentation analysée par SAVELSBURG J.J., "The making of criminal law norms in welfare states: economic crime in West Germany", *Law and Society Review* 1987, XXI, pp. 557-558.

¹⁸² *Commission Conseil national*, 27 février 1980, p. 468 (WIDMER).

¹⁸³ Quoique pas dépourvue d'antécédents : voir le travailleur dans les législations récentes en matière d'hygiène et de sécurité du travail...

¹⁸⁴ *Commission Conseil national*, 27 février 1980, p. 483 (toujours WIDMER).

a . Les "faiblesses congénitales" du droit civil sont plusieurs fois¹⁸⁶ dénoncées: elles reposent sur le fait que les abus se situent dans le cadre d'un rapport contractuel et que, par conséquent, certains agissements mettant en scène des tiers non représentés dans le contrat ne peuvent être saisis de manière satisfaisante.

b . Toutefois, ces faiblesses ne sont rien à côté des problèmes pratiques posés par

le coût de l'administration de la justice civile pour le plaignant;

les risques d'ineffectivité dus à l'inertie de la partie victime de l'abus¹⁸⁶.

La loi sur les cartels et l'incrimination des opérations d'initiés nous ont fourni deux exemples tout à fait classiques de combinaison entre catégorie de règle - normative ou sanctionnatrice - et présence ou absence d'un dispositif de mise en oeuvre. Le projet avorté de LCC offre un troisième modèle, bâtard et donc complexe à manier par le législateur. D'où, peut-être, une des raisons de l'échec.

Les dispositions pénales de la LCC sont manifestement de type sanctionnateur; cela est vrai sur le plan de la technique législative, mais, surtout, sur le plan de la mise en oeuvre imaginée par le législateur: il est à loisir rappelé que ces dispositions n'ont qu'un rôle ancillaire. Or, le même législateur ne donne aucun maître à ces servantes: aucun appareil, qu'il soit de type administratif ou de type privé, n'est là pour en faire usage, que ce soit directement (exemple de la loi sur les banques) ou indirectement (exemple de la législation sur les opérations d'initiés).

On trouve ici le pendant du paradoxe qui affecte l'entreprise législative dans son ensemble. La raison pratique voudrait que l'on accompagnât la réforme législative de la création d'un contrôle administratif, même léger, mais la raison théorique s'y oppose: "Le but visé ne justifie pas la mise sur pied de l'appareil administratif nécessaire pour faire observer la loi"¹⁸⁸. De ce fait, les dispositions pénales sont comme suspendues en l'air; l'échec était prévisible et a été prévu.

Nous avons parlé plus haut d'une rationalité double, moralisatrice et régulatrice. Elle est fragile, parce que les éléments de l'argumentation le sont, mais aussi pour une raison qui n'affecte guère les dispositions pénales remplissant une vocation de type axiologique ou auxiliaire (cf. *infra*, conclusion, ch. II *in fine*). La forme pénale exerce ici une contrainte stricte. Qu'entend-on par cette expression? Le pénal naît, est produit dans un corset qui ne présente guère de souplesse: les règles du jeu législatif sont posées, elles sont classiques, et il est parfois difficile de faire entrer une norme nouvelle dans ce corset. Le projet de LCC offre plusieurs exemples du phénomène.

a . La LCC ne vise toutefois que des comportements et des dommages considérés comme relativement mineurs. En vertu des principes régissant la classification des infractions pénales, les dispositions prévues sont, de ce fait, classées parmi les contraventions. Ce type d'infraction s'accompagne généralement d'une

¹⁸⁵ Ainsi *Commission Conseil national*, 6 novembre 1979, pp. 451 ("konstitutionnelle Schwäche", WIDMER), 27 février 1980, p. 473 (WIDMER).

¹⁸⁶ *Commission Conseil national*, pp. 451 (6 novembre 1979) et 472 (27 février 1980).

¹⁸⁷ Entre autres *Commission Conseil national*, 27 février 1980, pp. 471, 480 (WIDMER).

¹⁸⁸ JEANPRETRE, *Rapport au DFJP*, novembre 1971, p. 24.

prescription particulièrement courte¹⁸⁹. Or, dans le domaine économique, la complexité des incriminations d'une part et de l'établissement des faits d'autre part, indépendante de la gravité des infractions, conduisent à ce qu'une prescription aussi longue que possible soit instaurée.

La solution serait-elle alors, comme on l'a imaginé au cours de la discussion¹⁹⁰ d'aménager un délai de prescription plus long, au moins pour certaines des contraventions? Une telle mesure affecterait la cohérence du système.

A l'inverse, ériger pour cette seule raison, comme cela a aussi été envisagé¹⁹¹, les infractions en délit alors que le fait même de l'incrimination est contesté ne peut pas non plus convenir. La dramatisation ainsi suscitée serait artificielle.

Le législateur est donc condamné à l'impuissance, et le juge, en cas de succès du processus législatif, à la non-application. Or, cette dernière n'est pas admissible dans le cas d'une loi dont l'effet de disciplinarisation suppose une mise en oeuvre satisfaisante.

- b . Le même phénomène s'observe *mutatis mutandis* dans le débat sur les conditions de la poursuite. Nous avons observé dans le cadre des initiés que la discussion sur le mode de poursuite - sur plainte ou d'office - était assez central dans l'établissement d'une cohérence entre intérêt protégé et profil de la disposition pénale. La théorie et la pratique ne s'accordent toutefois pas toujours: une application convenable des dispositions pénales suppose en effet une poursuite d'office; la possibilité, inhérente à l'administration de la justice pénale, de déclenchement de l'action publique sans impulsion, voire même sans l'accord de la victime, est à l'origine de l'introduction de dispositions pénales dans le projet

D'un autre côté, un des critères permettant de décider du mode de poursuite tient à la gravité infraction et du dommage; même l'intensité du consensus entourant la règle de conduite entre en ligne de compte dans ce choix. Or, ici, la gravité est faible et le consensus, incertain. D'où, logiquement, l'institution de la poursuite sur plainte, qui d'une part condamne à l'ineffectivité et, d'autre part, affaiblit l'argumentation des partisans des dispositions pénales.

- c . Enfin et surtout, le raisonnement vaut, toujours *mutatis mutandis*, pour le choix de la forme de culpabilité exigée de l'auteur de l'infraction: une répression efficace impliquerait la punissabilité, même quand les infractions sont commises par négligence; toutefois il n'est pas certain que le bien protégé

¹⁸⁹ Règle générale (souffrant des exceptions éventuelles) de l'article 109 CP prescription de l'action pénale par une année et de la peine par deux ans.

¹⁹⁰ Cf. Rapport de l'administration au sujet de quelques problèmes relatifs aux dispositions pénales, doc. dactyl. février 1980.

¹⁹¹ *Ibidem*

¹⁹² Voir aussi STOFER, *rapport au DFJP*, novembre-décembre 1971, p. 56 et *Commission Conseil national*, 31 août 1972, p. 35 (Schaffer)

soit suffisamment important, ni surtout suffisamment circonscrit, pour justifier une telle option législative¹⁹³.

¹⁹³ Cf. l'avis du prof. SCHULTZ H., résumé dans le "rapport de l'administration au sujet de quelques problèmes relatifs aux dispositions pénales, du 4 février 1980; discussion reprise par la commission du Conseil national, voir son procès-verbal, 27 février 1980, pp. 459 et 474. Voir déjà le débat devant la précédente Commission du Conseil national, 31 août 1972 (STALDELMANN vs. l'expert STOFER).

III . L'INCRIMINATION DES OPERATIONS D'INITIÉS.

1. Le processus d'incrimination.

L'étude du processus d'incrimination en matière d'informations privilégiées dans le contexte suisse, constitue un bon exemple d'une procédure de formalisation juridique basée, quant à la construction des intérêts protégés, non sur une discrimination entre intérêts divergents (cf. *supra* cartels), mais sur une combinaison. C'est-à-dire sur l'ajustement et la pondération au cours du processus législatif d'intérêts différents et complémentaires, à savoir ici, deux intérêts particuliers combinés avec un intérêt plus collectif.

A . Remarques liminaires.

L'adoption le 18 décembre 1987 d'une loi incriminant en Suisse les opérations d'initiés, concluait un cursus législatif officiel de sept années. Mais l'émergence de cette question a été bien antérieure et peut être située dans le tout début des années soixante dix. La nouvelle loi donnera lieu très certainement, dans les mois à venir, à d'importantes analyses de technique juridique et de doctrine, dans la mesure où elle soulève de nombreuses questions tant du point de vue du droit pénal que de celui du droit des affaires et du droit économique

Nous souhaitons limiter ici notre propos à l'histoire législative de cette norme et aux opérations de construction et de redéfinition progressives de l'intérêt protégé en droit. S'agissant d'une norme pénale le repérage de cet intérêt protégé tient une place essentielle, tant pour la compréhension du texte lui-même que pour celle des problèmes que soulèvera son application concrète.

L'histoire législative de cette norme nous semble avoir, ici, une pertinence toute particulière dans la mesure où, selon nous, elle conduit à relativiser considérablement, voire même à écarter deux des principales idées reçues sur ce texte qui en brouillent la compréhension:

Tout d'abord, il a beaucoup été question à propos de cette loi de l'importance des pressions nord-américaines sur le processus législatif. Pour certains, ces pressions auraient été telles qu'il s'agirait d'une "Lex americana" Ce point de vue polémique, nous semble ignorer délibérément une partie importante des origines institutionnelles du texte et minimiser les enjeux économiques internes à la Suisse qui ont aussi sous-tendu le processus législatif.

¹⁹⁴ FORSTMOSER P., "Effektenhandel durch Insider", *SAG*, 1973, p. 133-152 - KRAMIS O., *Insiderhandel in Effekten*, thèse, Schulthess, Zurich, 1978 - KOCH M., *Insidervwissen and Insiderinformation in strafrechtlicher Sicht*, thèse, Berne 1979, *Jurist Druck + Verlag*, Zurich - FELMANN M., *Rechtliche Erfassung von Insidertransaktionen in der Schweiz*, thèse Bâle, Schulthess, Zurich, 1981 - NOBEL P., "Das Insider-Geschäft", *SJZ*, 1983, pp. 121-129, 137-141. - SCHMID N., *Schweizerisches Insider Strafrecht*, Stämpfli, Bern 1988, - Colloque CEJE, *Etudes de droit européen*, vol 281, *L'avant-projet de loi fédérale sur les opérations d'initiés*, Georg, Genève, 1984.

¹⁹⁵ Cf. SCHUBARTH M., "Insidermissbrauch - zur Funktion and zum Hintergrund eines neuen Straftatbestandes", *Gedächtnisschrift für Peter NOLL*, Zurich 1984, p. 303, - GRAVEN P., in Colloque CEJE, *op. cit.*, Note 194, p. 77 - ZIMMERLI E., cité in "Die Insider Strafnorm-eine Lex americana?", *Finanz and Wirtschaft*, 27.10.1984, SCHMID N., *op. cit.*, note 194, N° 12, p. 44.

D'autre part, les commentaires journalistiques, mais aussi parfois savants, se focalisent sur la dimension pénale de la loi, soulignant ou critiquant son côté répressif¹⁹⁶. Certes, il s'agit là d'une nouvelle incrimination, mais en matière économique, tout particulièrement, il n'est plus impertinent aujourd'hui de se demander si les lois pénales adoptées sont réellement faites pour être appliquées¹⁹⁷. La visée du texte se trouve-t-elle fondamentalement dans l'organisation d'une répression? Ne serait-elle pas plutôt, ou aussi, ailleurs? Quelle répercussion en droit privé peut avoir cette législation? Ces interrogations nous conduiront à envisager les problèmes soulevés par ses conditions d'application.

Avant de développer ces deux points, il importe de relever que malgré le particularisme politique de la Suisse, ce changement législatif s'inscrit dans un mouvement assez général en Europe de renforcement du contrôle des opérations boursières. Les turbulences actuelles que connaît ce secteur de la vie économique, qu'elles proviennent des pratiques des "raiders" ou de la récente crise de confiance du marché, n'ont fait qu'en accroître la nécessité politique. Ainsi, pour se limiter aux exemples les plus récents, la commission du Conseil des Communautés Européennes a présenté le 25 mai 1987 une proposition de directive concernant la coordination des réglementation relatives aux opérations d'initiés. La décision finale devrait intervenir avant la fin de l'année 1989¹⁹⁸. Elle conduirait à une harmonisation des législations des Etats membres, un certain nombre d'entre eux, telle l'Allemagne, ne disposant pas de dispositions pénales en la matière. Un texte est également en cours de préparation au Conseil de l'Europe, mais on ne dispose pas encore de projet officiel¹⁹⁹. Enfin, le 20 décembre 1987, le Parlement français a adopté une loi modifiant et complétant l'organisation et la surveillance des bourses de valeur²⁰⁰. La question des initiés, bien au-delà de quelques scandales, est donc en pleine actualité.

B. L'émergence des intérêts urotégés

On peut distinguer cinq grandes périodes dans l'histoire de ce processus pré-législatif (1974-1980), et législatif (1980-1987):

- a) Emergence (jusqu'en 1974)
- b) Travail pré-législatif (1974-1980)

¹⁹⁶ *Schweizerische Handelszeitung*, "Den Tippees an den Kragen", N° 19, 9.5.1985, p. 13 - *Tages Anzeiger*, "Insider Strafnorm bereitet den Praktikern Bauchweh", N° 102, 5.5.1987 - SCHUBARTH M., "Die Insider-Problematik aus strafrechtlicher Sicht", NZZ, N° 124, 2.6.1982.

¹⁹⁷ Van de KERCHOVE M., "les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées?" *Jalons pour une théorie critique du droit*, FUSL, Bruxelles 1987, p. 317 s.

¹⁹⁸ Journal Officiel des Communautés Européennes N° C153/8 en date du 11.6.1987.

¹⁹⁹ Dépêche *ATS*, 30.1.1987. L'idée de ce projet avait été lancée par le directeur de l'OFJP, J. VOYAME, en 1983.

²⁰⁰ Un des points importants de ce texte concerne précisément la poursuite des initiés. Les pouvoirs d'enquête de la COB qui, jusque là, se limitaient aux opérations concernant les seules sociétés cotées en bourse, se trouve étendu aux groupes industriels, c'est à dire à toutes les entreprises sur lesquelles la société qui fait publiquement appel à l'épargne exerce un contrôle direct par la détention d'au moins 20 % du capital. Le champ ainsi couvert passe approximativement de 1300 entreprises à 10000.

c) Rattachement à un projet d'ensemble (1980-nov.1981)

d) Autonomisation du projet (nov.1981-1985)

e) Phase parlementaire (1985-1987)

a) Emergence (jusqu'en 1974)

A la fin des années soixante, la presse indique l'existence d'opérations d'initiés sur le marché boursier²⁰¹. PORTMANN, journaliste économique, écrit alors qu'une évolution de cours boursiers provoquée par des opérations d'initiés lèse l'égalité des droits des actionnaires en tant que propriétaires de l'entreprise²⁰². Le souci fondamental est la protection de l'actionnaire. PORTMANN **suggère la conclusion d'un "gentlemen's agreement", entre grandes entreprises et banques**. APT, citant une opération d'initiés évidente, dit constater une augmentation du nombre de ces dernières au détriment de l'actionnaire en premier lieu^{es}. Il ne rejette pas l'idée d'un "gentleman's agreement" car le fait de savoir que son insuccès conduirait inévitablement à une réglementation légale plus sévère devrait permettre de ne pas manquer son but de mise au pas. En 1971, SCHMITZ (alors directeur général de la SBS), interrogé après que des opérations d'initiés aient été réalisées lors de la transaction Alusuisse-Lonza, considère la nécessité d'une réglementation des opérations d'initiés comme pressante²⁰⁴. Quant à la manière de réglementer les opérations d'initiés, elle ne doit pas entraver la fonctionnalité du marché.

En 1973, la doctrine aborde à son tour le problème des opérations d'initiés. Le premier article de FORSTMOSER²⁰⁵ est fondamental; sera constamment cité par la suite et repose largement sur HOPT/WILL²⁰⁶ pour le droit comparé européen. FORSTMOSER étudie systématiquement le droit étranger avant de proposer une solution pour la Suisse, pays où l'on n'a jamais réussi à agir contre les auteurs d'opérations d'initiés²⁰⁷. FORSTMOSER se réfère à HERSCHSOHN, lequel s'était cependant borné à mettre en exergue que l'auteur d'une opération d'initié évite une perte ou réalise un gain au détriment d'un autre actionnaire²⁰⁸.

²⁰¹ Cf. les commentaires de la doctrine sur les opérations d'initiés notoires effectuées sur les titres Maschinen-Fabrik Oerlikon (1965); Durand et Huguenin (1969); Lonza (1973). KLAINGUTI E., *Die Regelung des Aktienhandels durch Insider im amerikanischen Bundesrecht*, Bern, 1971, pp. 41, 49 - HOPT K. et WILL M., *Europäisches Insiderrecht*, Enke Verlag, Stuttgart, 1973, pp. 12-13, - FORSTMOSER P., "Effektenhandel durch Insider", *SAG*, 1973, pp. 133 et 134. Interview SCHMITZ F., *Schweizerische Handelszeitung*, N° 50, 13.12.1973, p. 3.

²⁰² NZZ, 23.3.1969, N° 181, p. 33.

²⁰³ NZZ 21.3.71, N° 133, p. 17.

²⁰⁴ interview F. SCHMITZ, *SHZ* 13.12.1973, N° 50, p. 3.

²⁰⁵ *op. cit.*, note 194.

²⁰⁶ HOPT K./WILL M., *Europäisches Insiderrecht*, Stuttgart, 1973.

²⁰⁷ *op. cit.*, note 194, p. 139.

²⁰⁸ HERSCHSOHN H., "Zum Handel mit Aktien seitens Mitglieder der Verwaltung", *SAG*, 1972, p. 174.

FORSTMOSER conclut à la nécessité d'une réglementation spécifique à la Suisse, qui ne peut être perfectionniste²⁰⁹. Il s'agit:

- 1) de limiter les possibilités d'utiliser des informations d'initiés en développant la publicité des entreprises, par une norme pénale à effet dissuasif, résolvant les problèmes de preuve et ayant le mérite de la simplicité;
- 2) d'établir clairement l'illicéité des opérations d'initiés;
- 3) de rendre les opérations d'initiés plus risquées, par une norme pénale à effet donc dissuasif, résolvant les problèmes de preuve et ayant le mérite de la simplicité.

Par ailleurs, FORSTMOSER rejette une réglementation cantonale. Il conclut qu'"Au centre (de la réglementation) devrait se trouver, ...une norme pénale qui aurait aussi des effets en droit civil".

b . Travail orléésislatif (1974-1980)

A Zurich, le Grand Conseil avait accepté en mars 1974 comme postulat une motion Lüchinger concernant les opérations d'initiés en bourse. Le gouvernement zurichois se trouvait alors chargé de faire un rapport sur le type de normes; volontaires, cantonales ou fédérales; qu'il convenait d'envisager pour empêcher les gains découlant d'opérations d'initiés à l'avenir. En mars 1976, la commission FORSTMOSER, mandatée par le Conseil d'Etat, lui rend son rapport. Ce rapport énonce toutes les possibilités de réglementation, et conclut à la nécessité et à la praticabilité d'une norme pénale; en reprenant, pour justifier cette solution, les arguments développés par FORSTMOSER dans son article de 1973. Ce rapport envisage cependant en outre la possibilité de confier au commissaire de bourse le devoir d'informer la direction de l'économie publique de toute opération d'initié. Le Conseil d'Etat zurichois remit son rapport au Grand Conseil le 13 octobre 1976. On discuta alors la nécessité et l'urgence d'une réglementation²¹⁰. Le Grand Conseil approuva le rapport le 7 février 1977. Puis le Conseil d'Etat déposa une motion auprès du DFFI et du DFJP, dans le sens de son rapport au Grand Conseil (urgence, norme pénale).

La doctrine²¹¹ critiqua alors la formulation de norme pénale que BRUNNER avait proposé²¹², tout en constatant que sur l'essentiel de la technique d'une norme pénale elle était unanime.

Le 17 juin 1977, la CFB informa par lettre les autorités fédérales qu'elle soutenait la motion zurichoise. En juillet 1978, le Conseil fédéral décida de prendre en compte la lutte contre les opérations d'initiés à la fois dans le cadre de la réforme en cours du Code pénal, et dans le cadre de la révision du droit des sociétés anonymes.

²⁰⁹ op. cit., note 194, p. 139.

²¹⁰ FORSTMOSER P., "Strafrechtliche Erfassung von Insidermissbräuchen", *SAG*, 1977, p. 14.

²¹¹ FORSTMOSER P., *ibidem* et KRAMIS O., *op.cit.* N° 194 KOCH M., *op.cit.* note 194; SCHUBARTH M., "Vom Vermögensstrafrecht zum Wirtschaftsstrafrecht", *SJZ*, 1979, pp. 186, 189, 204. et *op. cit.*, note 195. - NOBEL P., *op. cit.* note 194, p. 141.

²¹² BRUNNER M., "Wie kommt man den sogenannten Insider-Transaktionen bei ?" *SAG*, 1976, p. 194.

KOCH²¹³, et KRAMIS²¹⁴ ont alors examiné les possibilités de réglementer les opérations d'initiés. KRAMIS considère que les biens juridiques protégés par une norme pénale doivent être : le marché boursier en tant que partie de l'ordre économique, l'égalité des chances des opérateurs²¹⁵. En revanche l'entreprise et l'Etat ne sont qu'indirectement, et leurs intérêts se situent à l'arrière plan. SCHUBARTH examine le type de norme envisageable, rappelant surtout à ce propos le principe de la subsidiarité du droit pénal. En examinant le bien juridique protégé, il rappelle que pour BRUNNER²¹⁷ il s'agit de la protection de l'entreprise face à la violation d'un devoir de fidélité; et que pour FORSTMOSER²¹⁸ c'est de la protection de l'opérateur non initié - soit de l'outsider - dont il s'agit; alors que pour SCHUBARTH²¹⁹ il s'agit de protéger l'égalité des chances de l'opérateur, car en fait l'on protège les outsiders dans leur ensemble. Par ailleurs, SCHUBARTH relève une tendance du droit pénal économique à maintenir les états de fait des normes pénales "ouverts", par des formules imprécises du type "ou d'une autre manière"

c . Rattachement à un noiet d'ensemble (1980-nov. 1981)

Le 29 avril 1980, KRAUSKOPF, vice-directeur de l'Office fédéral de la justice, formule une proposition de normes pénale et civile, accompagnées d'un commentaire de droit comparé, d'une part, et résumant d'autre part les articles de FORSTMOSER de 1973 et 1977. Cette proposition était destinée à la Commission d'experts chargée d'établir un projet de révision du droit des sociétés anonymes. En 1981 paraît la thèse de FELLMANN qui propose une norme pénale très complète **techniquement**, après avoir démontré toutes les justifications d'une telle solution pour la Suisse.

Le 10 novembre 1980, la Commission d'experts révisant le droit des sociétés anonymes examine la problématique des opérations d'initiés sur la base du projet KRAUSKOPF. En se fondant sur ces travaux, la Commission d'experts traitant de la révision du code pénal examine le même objet à partir du 1er décembre 1980. SCHULTZ, président de cette Commission, lui propose de choisir entre des dispositions civiles et pénales. La Commission opte pour une norme pénale, à 7 voix contre 4, prenant ainsi une décision impliquant que la Commission révisant le droit des sociétés abandonne les normes civiles qu'elle envisageait.

²¹³ *op. cit.*, note 194.

²¹⁴ *op. cit.*, note 194.

²¹⁵ *ibidem*, pp. 63-64.

²¹⁶ M. SCHUBARTH, *op.cit.* Note 211

²¹⁷ *on. cit.*, note 212, p. 181.

²¹⁸ *on. cit.*, note 210, p. 15.

²¹⁹ *OD.cit.*, note 211, p. 190.

²²⁰ *OD.cit.*, note 211, p. 205.

²²¹ cf. notes 194 et 210.

²²² *op. cit.*, note 194, pp. 331-333.

²²³ 15ème séance de la Commission.

Dès lors, la Commission instituée pour réviser le code pénal va s'attacher à élaborer une disposition pénale. Au cours de ces travaux, SCHULTZ et STRATEBWERTH vont proposer aux autres membres de la Commission, dans une lettre du 20 juillet 1981, une norme très proche de celle qui figurera dans le Message.

Le 16 novembre 1981, le juge américain POLLACK rendit la décision *St Joe Minerals, SEC v. BSI*²²⁴. Ce jugement forçait une banque helvétique, la "Banca della Svizzera Italiana", à payer une forte astreinte en raison de son refus de révéler le nom de l'opérateur pour lequel elle avait acquis des titres de la St Joe Minerals Corporation.

d . Autonomisation du rojet (nov.1981-1985)

Le jugement du 16 novembre 1981 ouvre une crise politique américano-suisse, et va accélérer le processus législatif concernant les opérations d'initiés, par son autonomisation.

La CFB, par une lettre adressée le 7 décembre 1981 au DFFI, rappelle sa lettre du 17 juin 1977 soutenant la motion zurichoise. Les conseillers nationaux ROBBIANI et DE CAPITANI vont interpellier le gouvernement, le premier le 10 décembre 1981 et le second en date du 26 janvier 1982. Il est demandé dans la seconde interpellation, en raison de l'urgence de résoudre la crise américano-suisse, ou en sont les préparatifs d'une législation sur les opérations d'initiés. Le Conseil fédéral répondra le 8 octobre 1982 aux deux interpellations

Les Etats-Unis et la Suisse vont négocier dans les premiers mois de 1982 une solution satisfaisant la volonté américaine de poursuivre toute opération d'initié effectuée aux Etats-Unis par l'intermédiaire d'une banque suisse. Le 31 août 1982, les deux Etats signent le "Memorandum of Understanding" (MOU), établissant la volonté des deux parties de trouver une solution au conflit. Le MOU engage d'une part la Suisse à établir rapidement des règles permettant l'entraide judiciaire américano-suisse de type classique en matière d'opérations d'initiés; et d'autre part l'ASB et la SEC à convenir de conditions auxquelles une entraide serait possible, avant que n'entre en vigueur la législation suisse en préparation. Ces conditions ont fait l'objet de la Convention XVI de l'ASB, que les banques suisses ont distribuée à leurs clients au cours des mois de janvier et février 1983.

La Commission chargée de réviser le Code pénal, s'est réunie les 6 et 7 avril 1982 renforcée de 6 personnes, afin d'examiner le projet de norme sur les opérations d'initiés. Ce dernier projet s'est trouvé dès lors séparé de la révision du Code pénal en cours. Les travaux de cette Commission, constituée donc spécialement pour traiter de la législation sur les opérations d'initiés, ont débouché sur une proposition de norme pénale uniquement. Cette Commission a encore précisé que, le cas échéant, les dispositions d'un Avant-projet comprenant à la fois des normes civiles et pénales devraient entrer en vigueur simultanément.

L'Avant-projet du DFJP est publié en octobre 1983, présentant à la fois des normes civiles et pénales; afin d'être soumis à la procédure de consultation. La doctrine a dès lors, et notamment après l'affaire SANTA FE²²⁵, traité beaucoup plus largement de la

²²⁴ *St Joe Minerals, SEC v. BSI*; 92 FRD 111 (SDNY 1981) = CCH 98, 346.

²²⁵ Dans l'affaire Santa Fe, il y eut trois décisions suisses essentielles. Dans un premier arrêt du 26.1.1983 le Tribunal Fédéral refusa l'entraide (ATF 109 Ib 47); puis il l'admit pour les "tippees", sur la base de l'article 162 du code pénal, le 16.5.1984 (arrêt publié in colloque CEJE, *op. cit.*, note 194, p. 316). Cette dernière décision devint définitive lorsque le Conseil Fédéral rejeta le dernier recours possible, le 20.2.1985 (JAAC 1985, 49 II, No 35).

problématique des opérations d'initiés, mettant en exergue l'intérêt de l'entraide²²⁶ ou de l'entreprise²²⁷.

En somme, la problématique de l'entraide a pris une ampleur accrue à partir du 16 novembre 1981, alors que les travaux de la Commission d'experts étaient déjà fort avancés. Il est permis de penser que cette dernière aurait encore discuté longuement des modalités de la norme pénale si le "coup d'accélérateur américain" n'était pas survenu. Dans le même sens, KLEINER a dit: "Es kommt hin zu-zugegeben, dass die ganze Geschichte durch die Amerikaner akzentuiert wurde"²²⁸.

e . Phase parlementaire (1985-1987)

Le Conseil fédéral a publié le 1er mai 1985 le Message et le projet de loi²²⁹. Les dispositions civiles prévues dans l'avant-projet d'octobre 1983 ne figurent plus dans le Message, ayant été vivement critiquées au cours de la procédure de consultation.

Le projet est examiné en premier lieu par la Commission du Conseil des Etats, entre le 1er mai 1985 et le 6 octobre 1986. Le plénum de cette chambre l'accepte le 7 octobre 1986²³⁰. Le Conseil National a accepté à son tour le projet²³¹, une année plus tard jour pour jour, en le modifiant dans le sens d'un élargissement de la norme.

Au cours de la procédure d'élimination des divergences; le Conseil des Etats a maintenu le 8 décembre 1987 sa version plus sévère de la norme, à laquelle le Conseil National s'est allié le 16 décembre 1987. Le texte a finalement été adopté le 18 décembre 1987²³².

La loi a été publiée le 12 janvier 1988²³³ et n'a pas fait l'objet d'un référendum dans le délai légal qui expirait le 11 avril 1988.

²²⁶ BERNASCONI P., "Le operazioni <insider> presto punibili anche in Svizzera", *Diritto penale e società moderna*, San Giorgio, Lugano 1984, pp. 39-46; Colloque CEJE, *op. cit.*, note 194; HONEGGER P., *Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten*, Schulthess, Zurich 1986; SCHUBARTH M. *op. cit.*, note 211.

²²⁷ DESSEMONTET F., "Les opérations d'initiés", *in Révision du droit des sociétés*, pp. 93-96, vol. 60 des Publications de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables, Zurich 1984; KELLER G.A., "Die Insider-Strafnorm und der Erwerb eigener Aktien", *SAG*, 1986, pp. 33-37.

²²⁸ Cf. KLEINER B., "Streitgespräch über den Missbrauch von Insiderwissen", *L'Expert-comptable suisse*, 1984, p. 36.

²²⁹ Message concernant la modification du Code pénal (opérations d'initiés) du 1.5.1985, FF 1985 II, pp. 70-94.

²³⁰ Adoption par 28 voix contre 5.

²³¹ Après une entrée en matière controversée; le projet modifié a été approuvé finalement par le Conseil National par 110 voix contre 3.

²³² La loi a été votée par 136 voix contre 1 au Conseil National, et par 34 voix contre 2 au Conseil des Etats.

²³³ FF 1988, 1, p. 3.

2. L'intérêt noté en matière d'informations privilégiées : une construction par combinaison.

Les dispositions du projet de la nouvelle législation suisse reposent, sur la défense combinée des trois intérêts suivants:

- L'intérêt des entreprises au capital réparti en actions : un devoir général de loyauté s'impose aux dirigeants et au personnel des entreprises. L'intérêt de la société commerciale doit toujours prévaloir sur les intérêts de ceux qu'elle rémunère ou qui oeuvrent à son développement. Cette fidélité tend à sauvegarder le bon fonctionnement économique de l'entreprise tant du point de vue interne à celle-ci que dans ses relations avec son environnement. L'utilisation d'informations privilégiées recueillies à l'occasion d'activités professionnelles est une violation de ce devoir, qui porte atteinte à la sécurité de fonctionnement de la société tout autant qu'à son image publique.

La mise en oeuvre de ces dispositions, dans les projets qui privilégient cet intérêt, est confiée à des organes privés essentiellement les entreprises ou des organismes professionnels.

- L'intérêt du système bancaire dans ses relations avec l'étranger : la création d'une incrimination en matière de délits d'initiés correspond aussi aux besoins juridiques de l'entraide internationale en matière pénale. L'échange d'informations, la levée du secret bancaire, voire l'extradition, exigent l'existence d'incriminations identiques dans les deux pays concernés. Depuis la fin des années soixante-dix, une série d'affaires ont vu s'affronter la Suisse aux Etats-unis. Ce dernier pays a exercé une pression non négligeable pour la modification du système légal helvétique.

Toutefois cette question de l'entraide n'est selon nous qu'une dimension secondaire qui recouvre un enjeu beaucoup plus important, celui de la crédibilité des institutions financières suisses et de la défense de leur place dans le marché international. Au-delà de l'harmonisation des relations juridiques entre Etats et de la défense d'un ordre public financier international, c'est aussi et, sans doute surtout, la défense des intérêts spécifiques des banques suisses qui tend à être assurée par la nouvelle incrimination et plus particulièrement le maintien de leur accès au marché américain. Certaines d'entre elles ont, en effet, été parmi les premières à demander cette création législative.

- L'intérêt du marché boursier : ce troisième type d'intérêt ne relève pas d'intérêts particuliers cherchant à assurer un fonctionnement économique privé. Il tend au contraire à renforcer un ordre public économique interne et se compose de deux dimensions : d'une part, la garantie de l'intégrité du marché boursier suisse, sa sécurité et sa réputation, d'autre part le respect de l'égalité des chances entre investisseurs.

Cet intérêt n'est apparu qu'assez tardivement dans le processus législatif mais il a pris une importance croissante au long de son déroulement. L'appréciation de son poids est particulièrement délicate à opérer tant sa place est controversée par les experts et observateurs. Pour certains, il s'agit là d'un simple habillage destiné à assurer la promotion-vente de cette innovation juridique sur la scène parlementaire et destiné également à faire oublier le poids des pressions étrangères dans cette réforme. Pour d'autres au contraire, la défense de cet intérêt est à terme l'objectif principal de cette opération. Ces derniers s'appuient sur les précédents américain, et dans une moindre mesure français, pour demander en même temps la création d'un organisme public (du type *Securities and Exchange Commission*, ou Commission des Opérations de Bourse) chargé de mener à bien une surveillance réelle du marché boursier.

La combinaison entre ces trois intérêts complémentaires n'a pas été immédiatement acquise, elle est même restée très mobile tout au long du processus. Le poids respectif accordé à chacun de ces intérêts ne pourra être réellement évalué qu'après l'adoption définitive du texte. Toutefois la procédure est aujourd'hui suffisamment avancée pour qu'il soit possible de tracer les lignes essentielles de cet ajustement tridimensionnel d'intérêts.

La présentation détaillée à laquelle nous allons procéder se fera selon un ordre chronologique, celui des apparitions successives des différents intérêts. La question principale qui se pose ici, afin de fixer cet ordre, est celle de savoir quel a été le premier intérêt ayant acquis une visibilité sociale et pour lequel une revendication de reconnaissance a d'abord été formulée. Dans la section précédente où ont été précisées les éléments de contexte propres à cette incrimination nous avons restitué l'essentiel de ce débat.

a .- **Premier intérêt protégé : l'intérêt des entreprises**

L'impulsion originale du projet d'incrimination en matière d'infractions commises par des "initiés" est à resituer dans le contexte plus large de la mise à jour de la législation sur les sociétés commerciales qui se développa en Suisse à partir de la fin des années 60. La question des informations privilégiées s'inscrit dans le chapitre plus général de la communication des informations relatives aux activités de chaque société (résultats économiques, situation financière, découverte scientifique, innovation technologique...) et aux modifications majeures de sa situation juridique (fusions, OPA ...). L'objectif principalement poursuivi est la sauvegarde du bon fonctionnement de l'entreprise qui repose sur deux grandes dimensions

la sécurité intérieure, qui exige le respect d'un devoir de loyauté,

la sécurité extérieure, liée à une bonne image commerciale.

Le devoir de loyauté concerne l'ensemble des salariés et administrateurs de la société. Ceux-ci sont liés par un rapport de confiance particulier avec l'entreprise. Ce qui veut dire que l'intérêt particulier des dirigeants et du personnel doit dans tous les cas céder le pas à l'intérêt de la société commerciale, intérêt collectif de rang supérieur. L'entreprise ne doit donc pas être victime des agissements de ceux qui tirent avantage de son existence. Il y a là l'élément moral de ce devoir de loyauté. Celui-ci se trouve complété par un élément matériel. Tout profit personnel basé sur un avantage tiré de l'occupation d'une fonction dans l'entreprise est répréhensible parcequ'il occasionne un dommage, ou au moins une perte pour les autres actionnaires. Ces éléments ne sont pas originaux en eux-mêmes, ils constituent plutôt une application particulière de l'obligation de diligence prévue à l'article 722 du code des obligations et reprend le devoir de diligence et de fidélité des administrateurs prévu par l'article 717 du projet de loi sur les SA de 1983.

La nouvelle norme en matière de délits d'initiés serait donc moins une création totale que le renforcement d'un dispositif déjà existant mais qui souffrait d'ineffectivité. La création de l'infraction tendrait dans ce sens à renforcer les devoirs des administrateurs vis à vis de la société et sanctionnerait les violations des devoirs de transparence vis à vis des actionnaires

Ce devoir de loyauté est d'autant plus important qu'il contribue à renforcer l'image sociale de l'entreprise, image au rôle décisif dans la mesure où elle est créatrice de rapport de confiance avec les partenaires économiques, essentiellement les banques et

²³⁴ Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes, 23.2.1983, FF 1983 II 757-1027, pp. 780-783.

les investisseurs mais aussi les fournisseurs et les pouvoirs publics. Il s'agit ici principalement d'assurer le crédit de la société, c'est à dire d'abord son aptitude à obtenir sur le marché financier les ressources qui lui sont nécessaires. Mais la notion de crédit recouvre également des dimensions plus subjectives qui fondent la notoriété et les jugements de performance portés sur la société. Et l'on sait l'importance que les techniques contemporaines de "management" attribuent à ce dernier type d'éléments.

La prise en compte de ces deux grands types de préoccupation est attestée dans différents documents:

Les discussions ayant trait à la réforme du droit de la Société Anonyme. ²³⁵

L'avant-projet d'octobre 1983 où l'initié est d'abord défini comme une personne "violant ses devoirs envers la société" (p.1, entendre société commerciale), à laquelle on peut reprocher un "manque de loyauté" (p.3), et qui trahit le "rapport de confiance particulier à une entreprise" (p.6), enfin dans la synthèse des objectifs poursuivis par le projet présentée (p.14 à 16), le devoir de loyauté et l'interdiction des gains illicites réalisés par les administrateurs viennent avant les éléments relatifs au contrôle du marché boursier.

Le Message de 1985 place également en tête des intérêts protégés le devoir de fidélité (p. 72 et 80)

Cette priorité donnée à l'intérêt de l'entreprise dans la poursuite des délits d'initiés rejoint les positions exprimées par un certain nombre de milieux professionnels et d'experts

Dans un communiqué de presse du 7 janvier 1982 intitulé "Que faire contre l'insider trading?", l'Association suisse des banquiers (ASB) plaide pour la création de dispositions pénales en les fondant exclusivement sur ce type d'intérêts: "La fidélité à l'entreprise et à ses actionnaires est l'un des principaux devoirs de ceux qui sont au service d'une société. Ce devoir leur impose de ne se livrer à aucune opération sur les titres émis par la société, si ces opérations sont de nature à porter préjudice à l'intérêt des actionnaires".

Le principal théoricien du domaine, P. FORSTMOSER a dès son premier article en la matière (1973) et surtout dans son rapport de 1977 situé le problème dans le contexte général de la mise en circulation des informations relatives aux Sociétés anonymes. Enfin dans un article de 1985, L.KRAUSKOPF se situe également dans une telle perspective pour recommander la création de cette nouvelle incrimination ³⁵

La prédominance décisive de cet intérêt dans les premières formulations du projet est encore attestée par l'inclusion dans l'avant-projet de dispositions civiles. Les articles 726 a et b visaient principalement à créer un système d'auto-surveillance en incitant le Conseil d'administration à agir: "On peut donc exiger de sa part qu'il prenne les mesures qui sont en son pouvoir pour combattre les opérations d'initiés".

²³⁵ VISCHER F., RAPP F., *Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts*, Stämpfli, Berne, 1968, pp. 24,48; STOCKMANN H., "Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre", *Lebendiges Aktienrecht*, Festgabe Bürgi, Zurich 1971, p. 403.

^{235bis} KRAUSKOPF L., "Le droit pénal économique" in *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Fribourg, Ed. univers., 1985, pp. 98s.

On envisageait de lui imposer trois obligations, celle d'empêcher l'exploitation des informations, celle de déceler ces exploitations, enfin, celle de faire valoir son droit à la cession car c'est "l'intérêt de la société de garantir la transparence du commerce de ses actions" (Avant-projet 83 p.23 à 38).

L'intérêt protégé prioritairement était bien à l'origine l'intérêt de l'entreprise puisqu'il revenait à son organe dirigeant d'assurer la mise en oeuvre concrète des dispositions envisagées. La confiscation des gains illicites réalisés devait également s'effectuer au profit de l'entreprise. Tout cet aspect du projet sera extrêmement critiqué lors de la procédure de consultation et sera totalement retiré du projet final de 1985 (cf. critique des dispositions civiles dans le message p.79-81). Cependant leur présence dans les premiers travaux officiels indique nettement la perspective initialement prévalante.

La question des abus d'information privilégiée peut être conceptualisée selon des perspectives radicalement opposées selon que l'on privilégie la défense d'un intérêt particulier, celui de l'entreprise ou que l'on raisonne à partir d'un intérêt collectif, celui de l'ensemble des actionnaires et au-delà celui du marché boursier lui-même. Le code de conduite élaboré par la commission des Communautés Européennes privilégie la défense du premier type d'intérêt. Par contre les législateurs français s'étaient exclusivement situés dans la seconde perspective. Quant au dispositif nord-américain tout en mettant aussi l'accent sur le second type d'intérêt il accorde cependant une place non négligeable à la défense du premier. L'insider trading est considéré comme une atteinte importante à l'image et à la crédibilité de la société qui peut avoir de lourdes conséquences sur son financement en suscitant la méfiance des investisseurs privés ou institutionnels. D'où la possibilité d'actions civiles dédommageant l'entreprise de cette perte ou de ce risque.

Le projet suisse quant à lui va évoluer tout au long du processus d'élaboration. Si à son origine il est clair que l'intérêt de l'entreprise constitue l'intérêt prioritairement défendu, cet intérêt va progressivement s'ouvrir à d'autres dimensions qui étaient au départ sinon absentes, du moins nettement secondaires, et qui vont être progressivement prises en considération. Mais le point d'ancrage initial de l'incrimination se maintiendra en filigrane. Nous aurons l'occasion de le rappeler à différents moments, en particulier à l'occasion des choix effectués quant aux organes et aux procédures de mise en oeuvre des dispositions pénales.

b.- Deuxième intérêt protégé : la position internationale des banques suisses.

Comme cela a été montré dans la partie précédente tous les importants débats relatifs à l'entraide judiciaire internationale et les multiples négociations entre les Etats-Unis et la Suisse à la suite des affaires Rich, Ellis, Santa Fe et autour de la Convention XVI sont tous soutendus par un intérêt bien spécifique, la défense de la position internationale des banques suisses. Il s'agit là d'un intérêt réel qui dépasse grandement la question de l'harmonisation des relations juridiques entre les deux pays. La question est aujourd'hui doublement d'actualité avec un autre projet d'incrimination en cours et portant sur le recyclage de "l'argent sale".

Dès la première interpellation parlementaire portant sur le problème des initiés (Robbiani, 10.12.1981) la question est envisagée sous cet angle des accusations portées contre les banques suisses. Il y est rappelé les termes de l'article 3 de la loi fédérale sur les banques qui sanctionne la moralité et la bonne réputation en affaires.

L'importance des institutions financières suisses au plan international n'est plus à débattre Zurich est la 4ème place financière mondiale et la capitalisation

²³⁶ Interview BAER H.J., "Switzerland: will the Saints march in", W.S.J., 2.10.1985.

enregistrée par les banques suisses durant la décennie 1974-1984 a dépassé de 30% la croissance mondiale moyenne. Le secteur est donc en pleine expansion. Afin de garantir et renforcer un tel développement l'A.S.B. fit, dès 1968, à ses membres des recommandations pour leur leur stratégie internationale. En particulier, elle attira leur attention sur les problèmes posés par leur image à l'étranger et tout particulièrement aux Etats-Unis. L'ASB prit, en effet, conscience à cette époque des effets pervers, du coût social et des risques liés aux pratiques de secret bancaire

Par une circulaire du 18 octobre 1968, l'ASB actualisa une prise de position antérieure (datant de 1957) sur les problèmes soulevés par les relations des banques suisses avec les Etats-Unis. L'origine de cette initiative est clairement mentionnée; il s'agit des critiques adressées aux banques suisses et à la Suisse en tant que place financière internationale: "Ces attaques viennent souvent des Etats-Unis, phénomène en partie explicable par le fait que les deux pays sont des places financières importantes qui se font concurrence ... Fondées sur des malentendus ou des intentions polémiques, ces attaques ... ne reposent sur aucun fondement". Mais sont "de nature à miner à la longue la confiance portée à nos banques et à affaiblir la position internationale de notre pays sur le plan politique. ... Nous nous opposons énergiquement aux allégations, sporadiques il est vrai, selon lesquelles les banques suisses appliqueraient moins strictement les règles de la morale professionnelle et feraient preuve d'un sens moins élevé de leurs responsabilités politiques que les banques renommées d'autres pays.

Afin de conserver cette estime universelle, il est nécessaire que chaque banque suisse s'abstienne, dans ses affaires et sa propagande, de tout acte qui pourrait donner lieu ultérieurement à des reproches contre la Suisse et ses gérants de fortune".

Dans ce sens L'ASB déconseille, sinon l'usage, du moins la publicité portant sur les comptes à numéro et la solidité du secret bancaire, et mentionne le problème des insiders pour rappeler que les banques ne devraient pas prêter la main à des transactions destinées à contourner les prescriptions légales étrangères.

Au-delà des atteintes à l'image de respectabilité des établissements bancaires et assimilés les responsables de ces entreprises craignent aussi des mesures de rétorsion qui entraveraient lourdement leur fonctionnement. Il faut ici rappeler que le marché américain est un marché sinon vital du moins primordial pour les institutions financières suisses qui sont le principal opérateur étranger dans ce pays. Elles effectuent à elles seules un cinquième des opérations réalisées depuis l'étranger. Les menaces possibles étaient de trois sortes, pécuniaires, commerciales et légales:

menaces pécuniaires : l'ensemble de la profession bancaire conserve un souvenir cuisant de l'affaire Seagram's et des astreintes imposées en 1981 par le juge Milton Pollack à la Banca della Svizzera Italiana tant qu'elle n'eut pas livré les informations qu'il lui demandait²³⁷. D'autres actions du même type eurent lieu durant cette période en particulier à l'occasion de l'affaire Santa Fe. Un des principaux experts suisses, responsable à l'époque du département de police de Zurich, E.Zimmerli déclara au W.S.J. en Août 1985 à propos du projet d'incrimination des initiés : " Ainsi la statu-quo sera maintenu, nous pourrons donner une assistance technique aux Etats-Unis et nos banques pourront poursuivre leurs affaires sans craindre qu'un juge de district du Bronx-sud ne vienne les taxer à \$.50.000 par jour, et autres bazars du même genre". Zimmerli faisait alors référence à une décision d'un tribunal américain

²³⁷ KELLER P., "L'accord avec les Etats-Unis concernant les opérations d'initiés", in *Festschrift R. Probst*, Zurich, 1984, p. 223.

concernant l'affaire M. Rich, affaire de fraude fiscale et non d'initiés. "La Suisse a toujours dénoncé vigoureusement ces "méthodes de cow-boy" et les autorités suisses se sont toujours efforcées de résister aux pressions des USA lorsque les autorités américaines cherchaient à obtenir par la voie de la contrainte une application extra-territoriale de leur propre législation." (J.L. Lederrey, Journal de Genève, 23-24 février 1985). Si les autorités ont résisté de leur mieux, les banques n'en redoutent pas moins ce type d'affrontement avec la justice américaine.

rétorsions commerciales: à diverses reprises Washington menaçait d'exercer des rétorsions directes contre les filiales américaines des banques suisses, menaces qui ne furent certainement pas indifférentes à la réalisation de l'accord sur la Convention XVI. Dans le but de préserver les bonnes relations avec les Etats Unis, L'ASB fait en février 1982 une note destinée à ses membres rappelant les principaux termes de la note de 1968. Elle rappelle en particulier les recommandations faites alors: "les banques suisses ne doivent pas se prêter à des transactions destinées à contourner les prescriptions américaines". M.BERNASCONI dans un article intitulé "Washington revient à la charge" rappelle le poids de "la menace planant au-dessus des institutions financières suisses de ne plus pouvoir opérer aux USA" dans l'achèvement de la Convention XVI (24 H.- 6 août 1983). Mais c'est surtout le WSJ qui traite le plus explicitement de ce risque de rétorsions, les 6 et 11 décembre 1984, et 2 août 1985.

rétorsions légales : A diverses reprises les autorités américaines s'élevèrent contre la complexité des procédures et la multiplicité des recours offerts par la législation suisse dans les cas où elles demandaient l'application des mesures d'entraide. Le marathon de l'affaire Santa Fe est là pour en témoigner, cinq ans de procédure avant d'obtenir la levée du secret bancaire suisse, action préalable à l'ouverture des poursuites aux USA. Et l'affaire Ellis montra les limites de la Convention XVI qui s'applique seulement aux banques et non aux sociétés financières. L'importance de ces obstacles légaux et la perte de foi croissante dans les traités bilatéraux ont ainsi conduit les responsables de la S.E.C. (et en particulier le redouté J.M. Fedders) à envisager en août 1984 une législation qui alarma fort les banquiers suisses. Il s'agit du "waiver by conduct" qui prévoyait que le fait même d'acheter ou de vendre des titres aux Etats-Unis impliquerait la renonciation à la protection offerte par les législations étrangères sur le secret bancaire ou le secret des affaires.(cf.J.L. Lederrey, Journal de Genève, 23 février 1985). L'ASB se mobilisa vigoureusement contre un tel projet comme en témoigne une note critique qu'elle transmits à Washington en novembre 1984.

Ce deuxième intérêt nous semble avoir eu principalement un rôle de catalyseur. La conjoncture particulière des rapports juridico-financier entre la Suisse et les Etats-Unis a servi d'accélérateur au processus d'incrimination. Cela de deux façons : d'une part en donnant une visibilité sociale et politique au problème, d'autre part en créant une tension suffisamment grande pour que des solutions urgentes soient trouvées. L'avant-projet de 1983 considère la Convention XVI comme "une solution de fortune, valable à court terme" et considère qu'il y a une urgence à combler une "lacune législative" sans attendre les résultats des travaux des autres commissions en cours (réforme du CP et du droit des SA).

Mais les demandes américaines auraient eu un moindre effet si les principales institutions financières suisses n'avaient pas été elles-mêmes confrontées à un besoin de renforcement de leur éthique professionnelle, condition de leur développement international. Un banquier est très explicite à ce propos lorsqu'il déclare au W.S.J.:

" Une telle "Lex Americana" n'est pas une atteinte à notre intégrité parce que cette loi est basée nettement sur des valeurs éthiques. Une "lex Americana" qui aide les banques suisses à renforcer leur image de marque internationale - essentiellement sur le marché américain où se trouve l'essentiel de leurs clients institutionnels - est un instrument juridique tout à fait acceptable à condition qu'il ne soit pas qu'un simple moyen pour exporter à l'étranger la politique publique américaine." (W.S.J. 2 août 1985).

Dans le même sens on peut enfin citer le point de vue d'un autre expert qui écrit: "Du côté suisse, l'accord devrait éviter que nos banques - qui ont des intérêts substantiels aux Etats-Unis - ne soient, à l'avenir, mises sous une pression intolérable de la part des autorités américaines et forcées à violer la réglementation de leur pays d'origine sans être elles-mêmes directement responsables d'une infraction quelconque à la loi américaine"²³⁸. Ces remarques concernaient la Convention XVI, elles nous semblent s'appliquer tout aussi bien au projet de réforme en cours.

Et à propos de la procédure Santa Fe et de ses conséquences, un journaliste résume très bien tout cela : "Alors qu'investisseurs et Wall Street accusent Berne de s'agenouiller devant Washington et de porter une grave atteinte au secret des banques suisses, ces dernières applaudissent. Pourquoi? Parce que si les Etats Unis demandent l'entraide judiciaire helvétique, ils renoncent du même coup à des pressions ou sanctions directes contre les filiales américaines de nos banques. Pour le Crédit suisse, l'énorme marché américain vaut bien l'abandon de quelques "douteux" clients." (cf Le Matin 27 février 1985).

Malgré l'importance des enjeux présentés ci-dessus, dans l'exposé des motifs de l'avant-projet tout comme dans le message, la prise en compte officielle de cet intérêt est demeurée minimale. On invoque l'entraide comme objectif secondaire, on mentionne la pression étrangère pour en minimiser l'importance et on fait silence sur les intérêts directs des banques:

on relèvera la jolie litote contenue dans l'Avant-projet, "Le projet n'a pas pour but de résoudre le problème des initiés dans la seule perspective de l'entraide judiciaire internationale, mais vise également à instaurer une réglementation qui couvre les délits commis en Suisse" (p.8).

dans le Message de 1985, la question de l'entraide se trouve développée dans la partie générale comme une des questions, mais non la seule, ayant contribué à la mise en visibilité du problème (p.72). Par contre lors de l'exposé des buts de la nouvelle réglementation, cet intérêt n'est pris en compte que de façon secondaire (p.76).

C'est surtout à l'échelon des instances politiques, à l'occasion des prises de position des partis, que cet intérêt retrouvera une bonne visibilité, comme en témoignent les résultats de la procédure de consultation et les extraits des débats parlementaires

²³⁸ *op. cit.*, note 237.

²³⁹ cf. les commentaires sur les réactions de la consultation, "Fallait-il se montrer aussi empressé?" ZUTTER Ph., *Tribune de Genève*, 25.10.1984.

cf. les commentaires sur la séance du Conseil Fédéral, MIEVILLE D.S., *Journal de Genève*, 2.5.1985, et surtout les comptes rendus de la séance du Conseil des Etats du 7.10.1986 : "Un certain malaise a plané hier au Conseil des Etats à propos de ce que d'aucuns ont appelé la 'lex americana'", FROEHLICH W., *La Suisse*, 8/10/86 et MIEVILLE D.S., *Journal de Genève*, 8/10/86 et N.Z.Z., même date.

c .- Troisième intérêt protégé : l'intégrité du marché boursier.

Ce troisième intérêt, très minoritaire, voire absent à l'origine, va connaître à l'occasion du processus législatif une ascension remarquable. Toutefois, contrairement à ce que laissent entendre certaines prises de position, il n'a pas été reconnu comme intérêt principal. Il n'y a donc pas eu renversement radical dans l'équilibre des intérêts pris en considération. Et la défense de cette dimension de l'intérêt général ne recouvrira pas par son importance la protection des deux intérêts précédents beaucoup plus particularistes, intérêt de l'entreprise et intérêt des banques.

Le projet d'incrimination se propose donc également d'assurer la protection du marché boursier. Cet objectif comporte deux dimensions:

d'une part, assurer la réputation de la place boursière à un moment où elle connaît une forte expansion,

d'autre part, garantir une égalité de traitement entre investisseurs, actionnaires de la société ou autres.

Ce double objectif n'est pas seulement théorique; il vise aussi à répondre à des problèmes concrets et immédiats rencontrés dans le fonctionnement des bourses suisses. Certes, et contrairement à la plupart des pays ayant créé des infractions en ce domaine, les spécialistes suisses n'évoquent pas en premier lieu la nécessité de lutter prioritairement contre les abus d'informations privilégiées commis au sein même du pays. Il s'agit toujours d'un objectif secondaire. De telles pratiques seraient-elles inconnues dans ce pays ou seraient-elles tellement exceptionnelles qu'aucune mesure ne se serait jusqu'alors révélée nécessaire ?

Sans doute le marché suisse est-il plus calme que les marchés anglo-saxons et les structures industrielles ne connaissent pas des bouleversements fréquents aptes à susciter des pratiques spéculatives. Les fusions y ont été, même durant ces dernières années, relativement peu nombreuses et beaucoup moins spectaculaires qu'aux USA et dans le reste de l'Europe. Aux Etats-Unis, le principal terrain d'exercice de telles opérations est le mouvement de restructuration constant de l'appareil industriel et commercial. Près de 3000 rachats et OPA en 1986 pour un montant de 125 millions de dollars. Les quelques dizaines de milliers de conseils juridiques, arbitragistes et banquiers qui vivent de ces restructurations constituent une "population à risque" pour l'accomplissement de tels actes²⁴⁰

Toutefois, et pour en rester aux quinze dernières années on a assisté régulièrement apparaître des opérations dont les conditions de réalisation laissent soupçonner aux connaisseurs l'existence d'irrégularités. On cite par exemple une série de fusions dont l'annonce s'est accompagnée de mouvements suspects sur les cours: Durand et Huguenin - Sandoz, Hasler - Autophon, Jacobs - Suchard, Hermès - Olivetti, Ursina-Franck - Nestlé, Lonza - Alusuisse, Merkur - Pirelli. On cite aussi des mouvements de vente suspects ayant juste précédé l'annonce de mauvais résultats d'Alusuisse. D'autre part, deux affaires de manipulation de cours "Bilanz"(82-83) et de spéculation commise par des "brookers" suisses (18/1/84) sont venues confirmer que les bourses suisses n'étaient pas à l'abri d'activités considérées comme frauduleuses dans d'autres pays. Bien que cette question n'ait jamais eu une grande

²⁴⁰ GARCIN P., "Vive la triche", *Journal de Genève*, 1.12.1986.

²⁴¹ cf. par exemple le cas d'un ancien rédacteur de *Bilanz*, *Tages Anzeiger*, 23.2.1983, p. 47.

place dans les débats publics, on trouve, ici et là, des prises de position critique sur la question, rappelant, par exemple, que les banques sont par la nature de leur fonction des initiés institutionnels, ou que certains administrateurs considèrent que l'usage d'informations privilégiées est la juste rémunération de leurs "special insights"²⁴².

Il faut noter cependant que ce sont les représentants professionnels de l'industrie et des banques qui les premiers vont mettre nettement en avant la défense de cet intérêt. Lors de la consultation le Vorort de l'Union suisse du commerce et de l'industrie déclara: " Dans ces conditions, le seul intérêt supérieur qui puisse justifier une réglementation sur les opérations d'initiés est la sauvegarde de l'intégrité du marché boursier en général. Celui-ci constitue un rouage essentiel de notre système économique et il n'est pas douteux que les opérations d'initiés, si elles prennent une certaine ampleur, puissent nuire à la confiance que les investisseurs moyens portent à la bourse". A travers l'intégrité du marché, ils défendent clairement un intérêt plus particulier, celui de la sécurité de leurs ressources financières.

La position de l'ASB est très proche de celle du Vorort. Pour elle, le bien à protéger est la probité des transactions sur le marché boursier, et non pas, comme le suppose le projet, les secrets d'affaires des entreprises, dont la violation est déjà punissable en vertu de l'article 162 du Code pénal. L'ASB réclame également l'élargissement de l'incrimination au "tippee" et demande la confiscation du profit illicite réalisé au bénéfice de l'Etat et non à celui de l'entreprise. (S'exprime dans le même sens, "Nécessité d'une disposition pénale sur les opérations d'initiés" Reichmuth, Bulletin du Crédit Suisse, avril 1986).

La prise en considération de cet intérêt dans les projets officiels va s'effectuer progressivement. La question de la protection du marché est quasiment absente de l'Avant-projet de 1983 focalisé sur la défense de l'intérêt de l'entreprise. A peine est-il fait allusion au fait que le projet "vise également à instaurer une réglementation qui couvre les délits commis en Suisse"(p.8). Dans le Message cet intérêt a pris une place à peu près équivalente à celui de l'entreprise, reléguant la question de l'entraide à la troisième place (p.72,75-76). Enfin lors des débats parlementaires cet intérêt va souvent prendre la première place, ce qui correspond à la place faite à cette perspective par les partis politiques.

Le communiqué de l'agence de presse ATS (No 36, 9 novembre 1986, p. 8) présente dans l'ordre suivant les intérêts défendus: "Le projet du nouvel article 161 ... a pour but de garantir l'intégrité du marché boursier ainsi que l'égalité des chances entre les investisseurs et de protéger l'entreprise de l'action d'initiés qui abuseraient de leur situation privilégiée. En outre, la nouvelle norme pénale ...devrait créer... les conditions permettant aux autorités helvétiques d'offrir leurs services d'entraide internationale..."

Au plan politique les résistances les plus nettes se manifestent chez les démocrates chrétiens qui vont insister régulièrement sur l'importance des pressions américaines pour dénoncer le simple habillage que constitue à leurs yeux l'objectif de défense de l'intégrité du marché. Les libéraux, par contre, s'ils mettent en garde contre la tentation d'une chasse aux sorcières qui conduirait à soupçonner systématiquement les investisseurs réalisant de bonnes opérations grâce "à leur nez", sont dans l'ensemble favorables au projet: "Les opérations d'initiés compromettent la confiance du public dans le bon fonctionnement de nos bourses. Si les investisseurs en bourse devaient un jour conclure que seuls les bénéficiaires d'informations privilégiées peuvent réaliser des gains, les bourses ne seraient bien vite plus à même de fournir des capitaux à

²⁴² Déclaration de FORSTMOSER au *WSJ*, 2.8.1985.

l'économie ... La population suisse commence de ressentir comme une injustice l'absence de sanction" (H.Reymond, Conseil des Etats, 8 octobre 1986).

E. Kopp, Chef du Département fédéral de justice et police, reprend les mêmes arguments en montrant que le respect de l'égalité des chances est particulièrement important au moment où l'accès à la bourse se démocratise et où les employés sont de plus en plus souvent actionnaires de la société qui les emploie. Cette aspiration à plus d'égalité a cessé d'être un souci de spécialistes:" Quoi de plus grave pour les bourses et pour l'économie qui vient y chercher des capitaux que de voir les investisseurs désertter les corbeilles, parce qu'ils estiment que seuls quelques privilégiés y font des bénéfices?"

Lors des débats, on mettra aussi l'accent sur l'intérêt général du marché pour définir la capacité à agir. Le problème est de savoir si les poursuites auront lieu d'office ou sur plainte. Retenir la seconde hypothèse reviendrait à considérer que seuls les actionnaires directement lésés ou les dirigeants d'une entreprise victime de délit d'initié auraient capacité à agir dans la mesure où leur intérêt particulier aurait été atteint. Cette hypothèse sera écartée, on retiendra la solution proposée par le projet de poursuite d'office ainsi justifiée : "Il existe avant tout un intérêt public à la protection recherchée des biens juridiques que constituent 'l'intérêt du marché des bourses' et 'l'égalité des chances entre investisseurs'"(Message p.88).

Enfin, mentionnons un fait que nous développerons plus loin, le refus de création d'une commission administrative de contrôle. Ce choix, peu contesté, nous semble attester clairement de la place secondaire que tient pratiquement dans le dispositif législatif la défense de l'intérêt du marché. En effet, ce refus revient, selon une heureuse expression du Wall Street Journal, à créer une "justice sans police". Au bout du compte et quoiqu'on en dise on s'en remet aux entreprises industrielles et bancaires pour assurer la mise en oeuvre concrète des dispositions, du moins pour servir d'organe de signalement au parquet, rôle que l'on sait décisif aujourd'hui. La défense d'un intérêt public reste donc accessoire dans le dispositif juridique construit.

CONCLUSION :La combinaison des trois intérêts.

L'appréciation du poids respectif de chacun des intérêts composant le bien juridique finalement construit peut s'effectuer de différentes manières:

1 .- dans une perspective historico-politique, l'ajustement principal s'est effectué entre l'intérêt de l'entreprise, intérêt structurel, et l'intérêt des banques médiatisé par la question de l'entraide, intérêt semi-conjoncturel qui a servi de catalyseur et d'accélérateur à la prise en considération du premier.

2 .- Dans une perspective argumentative reposant sur la seule base des documents officiels existants et des débats qu'ils ont suscité, l'ajustement est différent. On retrouve bien au départ le même intérêt structurel, mais celui-ci se trouve progressivement épaulé par un autre intérêt, moins particulariste, celui de défense du marché boursier. On pourrait alors parler du complément apporté à un intérêt structurel particulariste par un intérêt structurel axiologique. L'intérêt de l'entreprise demeure cependant l'intérêt dominant dans la mesure où au bout du compte il s'agit toujours de garantir un bon fonctionnement économique par une double sécurité intérieure à l'entreprise (devoir de fidélité) et extérieure à celle-ci (bonne image, sécurité des financements). On peut alors considérer que l'on observe ici un mode de composition utilitariste de l'intérêt protégé en droit dans la mesure où la défense d'intérêts particuliers tend à déboucher sur la défense d'un intérêt public.

L'intérêt finalement protégé, tel qu'il se dégage de l'état actuel d'avancement du projet peut être ainsi caractérisé:

Type d'intérêt: intérêt de type économique semi-public, c'est à dire combinant la défense d'intérêts particuliers et celle de l'intérêt public.

Fondement: interventionnisme étatique visant le renforcement d'un ordre public économique.

Forme : rétributive.

Place du pénal: Action primaire, sanction d'un comportement.

3 . Le dispositif sanctionnel : une justice sans notice

Les points en débat sur cette question ont été essentiellement les suivants:

l'opportunité et la forme de l'incrimination: ces points suscitèrent peu de réactions, mais cet unanimité apparent est bien sur à interroger,

en revanche, les modes de mise en oeuvre des dispositions répressives provoquent des réactions très contrastées,

il en va de même pour les effets attendus de ces dispositions.

Pour résumer en quelques mots la portée de ces débats, on peut dire que si la création formelle de l'infraction emporte, en général, l'adhésion, c'est parcequ'on anticipe le plus souvent son ineffectivité. La perspective de sa mise en oeuvre concrète inquiète, surtout lorsqu'on envisage de la confier à une autorité publique. L'idéal répressif qui se dégage alors serait en forme de norme légale à fonction essentiellement symbolique dont l'application serait laissée à l'appréciation des instances professionnelles, donc une norme publique aux structures d'opérationnalisation de type privé. Un tel dispositif est en accord avec la grammaire des intérêts que nous avons dégagé dans la mesure où la défense d'un intérêt collectif passe, dans le cas présent, concrètement par la défense d'intérêts particularistes qui le fondent et en constituent son ressort quotidien.

A. Opportunité, arbitraire et contenu de l'incrimination

a. Questions d'opportunité:

L'exploitation d'informations confidentielles en vue de la réalisation de bénéfices personnels est unanimement réprouvée du point de vue moral dans la mesure où le jeu boursier se trouve faussé par des interventions qui échappent aux incertitudes et aux risques ordinaires du marché. La légitimité d'une intervention publique en la matière semble également justifiée aux yeux de toutes les parties consultées. Tout au plus rencontre-t-on des objections du type de celle-ci

"Mais, dans la mesure où ce comportement n'est pas cause d'échecs subis par d'autres opérateurs, on peut tout de même se demander s'il appartient à l'Etat d'intervenir au moyen de normes pénales ?" (Réponse du canton de Vaud à la procédure de consultation, p.73).

L'objection est écartée sur la base de l'atteinte à l'ordre public économique constituée par de tels comportements: il y a "un intérêt public à la protection du marché" (Message, p.87). La réponse du Vorort va dans ce même sens: "Tant sous l'angle de la politique économique que sous celui de la politique de la propriété, les opérations d'initiés doivent donc être combattues" (p.34). Tout aussi explicite est la prise de position de X.REICHMUTH dans le bulletin du Crédit suisse:

"Aussi n'est-il guère surprenant qu'en ce qui concerne le projet d'article sur les opérations d'initiés on ait eu en premier lieu à déterminer s'il était vraiment nécessaire et s'il répondait à un sentiment d'injustice authentique et assez largement répandu. Certains émettent des doutes sur le point de savoir s'il faut pénaliser aujourd'hui quelque chose que l'on considérerait jusqu'à il y a quelques années ni comme contraire à l'honneur ni, à plus forte raison, comme punissable. ... Il n'est plus vrai que les gains provenant de l'utilisation d'informations privilégiées soient considérés comme constituant un revenu accessoire régulier pour les personnes en position d'initiés ... On s'accorde depuis longtemps à penser et pas seulement dans les cercles spécialisés, que les opérations d'initiés sont néfastes et condamnables." (Bulletin du Crédit suisse, avril 1986).

La prise de position quasi immédiatement favorable des banques s'explique en partie par le fait qu'elles courent le risque d'être traitées dans de telles affaires comme les auteurs principaux du comportement frauduleux, alors qu'elles ne sont, en tant qu'exécutants d'ordres donnés par les auteurs véritables, que des complices involontaires. Elles constituent, en pratique, pour l'auteur réel, un écran idéal sur lequel rejaillit l'opprobre et qui ne peut se défendre, en raison de ses obligations de secret. C'est donc en tant que victimes de tels comportements que les banques ont réagi le plus souvent. Leur position rejoint tout à fait celle des gros investisseurs institutionnels (assurances, fonds de pension, ...) qui jouent en bourse un rôle croissant et ne tolèrent pas de perdre de l'argent au profit d'initiés peu scrupuleux. Le communiqué de presse de L'ASB du 7 janvier 1982 est très clair sur cette motivation:

Celles-ci (les banques) peuvent en effet être utilisées abusivement par ceux d'entre eux qui disposent d'informations connues des seuls organes d'une société, cela au détriment de la grande masse des investisseurs dont les bourses et les banques entendent protéger les intérêts. ... Sans créer une législation compliquée, ... une disposition pénale simple réprimant les transactions d'initiés aiderait les participants au marché boursier à instituer de leur côté des règles empêchant des manoeuvres de ce genre. Les banques s'emploient à chercher une solution raisonnable de ce problème."

Nous n'avons pu repérer qu'une seule voix franchement dissonante. Elle émane d'un professeur de l'Université de Genève spécialiste des questions comptables de l'entreprise qui considère le projet comme bien trop limité et donc en grande partie inutile dans la mesure où il se contente de sanctionner les délits d'initiés sans rien proposer qui permette ni de les empêcher, ni de les déceler. (G. Bourquin, Journal de Genève, 30 janvier 1984).

Par contre la doctrine est dans son ensemble favorable à l'incrimination et suit à quelques nuances près l'argumentation dessinée par FORSTMOSER dès 1973. Pour lui, la réparation du dommage ou la confiscation des gains illicites ne suffisent pas, une sanction pénale est nécessaire .

b. Question d'arbitraire.

Quelques objections concernent un point tout à fait intéressant mais qui est laissé dans l'ombre, celui de la part d'arbitraire contenu dans toute incrimination et, au-delà, dans toute construction juridique. Cet arbitraire est relevé sur deux plans:

critiquant la mise en avant dans le projet de l'intérêt de l'entreprise, le Vorort fait remarquer avec justesse

"Des dispositions limitées aux opérations boursières et assimilées ne sauraient non plus trouver leur justification dans le besoin d'empêcher, en général, les abus résultant de la mise à profit d'informations privilégiées ou

confidentielles. Bien d'autres faits que les opérations boursières douteuses devraient alors tomber sous le coup de la loi".

Ainsi l'utilisation de telles informations en matière immobilière ou d'aménagement du territoire n'est pas sanctionnée par la législation en vigueur ni visée par le projet.

si l'on se limite au seul domaine du marché des titres, on peut s'interroger, comme le fait G.Bourquin (op.cit) sur l'exclusion des actions spéculatives menées sur les titres avec cours traités hors bourse ou traités couramment en banques.

Ce type d'objection sera repris lors des débats au Conseil des Etats par L. CALVETY (Conseiller national PDC, cf Journal de Genève, 8 octobre 1986). De façon moins spécifique, on rappelle à l'occasion que la notion d'information privilégiée prête également à confusion dans la mesure où des organismes comme les banques, principaux opérateurs du marché, sont aussi des initiés institutionnels permanents en raison de la nature des opérations pour lesquelles elles se trouvent sans cesse sollicitées (Le Matin 27 février 1985).

c . Contenu de l'incrimination.

Tout au long du processus législatif, les modifications essentielles apportées au texte concerneront surtout les faits visés, les auteurs et les peines.

les faits incriminés: L'infraction a une condition préalable la "connaissance de faits confidentiels", expression qui remplace les termes de l'avant-projet où l'on parlait "d'information confidentielle", expression jugée trop restrictive. La nature des faits incriminés se trouve également précisée dans la mesure où l'on exige que ces faits soient susceptibles, en cas de divulgation, d'exercer "de manière prévisible une influence notable" sur le cours des titres.

Autre élément constitutif élargi, l'obtention d'un avantage pécuniaire. Il y a un avantage pécuniaire soit lorsque l'initié réalise pour lui-même un gain ou évite une perte, soit lorsqu'il monnaie l'information auprès d'un tiers.

les auteurs : leur nombre s'est trouvé augmenté de différentes façons. Tout d'abord on a précisé et complété la liste des personnes susceptibles de recevoir l'information au sein même de la société. On y a joint les personnes travaillant dans un établissement public. Surtout on a introduit après la procédure de consultation le "tippee", c'est à dire tout tiers bénéficiaire du renseignement qui dans l'avant-projet était explicitement écarté. Mais comme le fait remarquer le professeur Stratenwerth, encore faut-il prouver que le tiers a agi sur ordre sinon la poursuite ne sera pas possible ou trop difficile.

Il est à relever que ces différents élargissements ont été effectués principalement à la demande des organismes professionnels, Vorort, A.S.B., Comités des bourses.

les peines : la sanction prévue au départ est l'emprisonnement ou l'amende (40.000 FS maximum), ceci ne sera pas modifié. Par contre, l'avant-projet prévoyait une confiscation du gain illicitement obtenu au profit de l'entreprise. L'intérêt de cette dernière était en effet celui qui était protégé de façon prioritaire dans le texte, il constituait en quelque sorte le noyau dur du bien juridique construit. Mais nous avons vu que sous la pression des professionnels de la bourse et des banques c'est un autre intérêt, plus collectif, celui de l'intégrité du marché qui va, sinon se substituer au premier comme noyau dur, du moins

contrebalancer de façon significative le premier intérêt. C'est pourquoi, la confiscation maintenue se ferait au profit de l'Etat.

B .- Mise en oeuvre de l'infraction et refus d'une instance de contrôle publique

Nous abordons ici l'aspect le plus paradoxal du processus d'incrimination étudié. En effet les pouvoirs publics ont toujours été dans l'ensemble très favorables au projet et nous venons de le voir à son extension. Cela se comprend aisément, tant par un souci d'harmonisation de la politique boursière nationale que de régularisation des relations financières avec les Etats-Unis. Cependant, ces mêmes instances vont avoir une position restrictive quant au dispositif de mise en oeuvre de l'infraction. Les choix effectués peuvent même être considérés comme contradictoires avec la valorisation apparente de l'intérêt collectif de "défense de l'intégrité du marché" tel qu'il a été précédemment exposé. Cette prise de position est d'autant plus paradoxale que tous les organismes professionnels liés aux bourses sont eux très favorables à la création d'une instance publique. Il faut expliciter maintenant les termes de cette contradiction en la mettant en relation avec la construction des intérêts qui a été présentée plus haut.

- Toute une série d'éléments laisse entendre que c'est, finalement, une conception collective de l'intérêt protégé qui prévaudrait dans la construction terminale du bien juridique. On peut citer dans ce sens différentes dispositions du texte lui-même: élargissement des faits et des auteurs concernés, confiscation au profit de l'Etat, poursuite d'office car "il existe avant tout un intérêt public à la protection" (Message p. 87). Enfin, rappelons la place croissante occupée dans l'argumentation du texte de 1985 par la question de la protection du marché. Si cette orientation avait été prise en considération de façon fondamentale, le projet aurait dû inclure la création d'une commission publique de contrôle, comme il en existe déjà en matière bancaire et cartellaire.

- Il était assez cohérent que l'avant-projet de 1983, principalement centré sur la protection de l'intérêt des entreprises ne prévoit rien qui aille dans le sens d'une telle intervention publique. En toute logique il cherchait même à "inciter les sociétés à combattre elles-mêmes les opérations d'initiés (obligation de déceler ces opérations)" et créait dans ce sens une mesure incitative par le biais de dispositions civiles.

- Mais, et c'est là où se noue la contradiction, le projet de 1985 définit une position bâtarde qui tout en excluant du dispositif l'ensemble des mesures civiles, maintient la référence théorique qui justifiait leur présence. La fin du paragraphe 143 du message est totalement explicite quant à cette contradiction. Ce passage expose les raisons pour lesquelles on renonce à instituer un organe suisse de surveillance des activités boursières

"Il faut tout de même rappeler que les devoirs de diligence et de fidélité des administrateurs d'une société impliquent l'obligation d'empêcher les opérations d'initiés et de participer aux investigations permettant de les déceler" (p.81).

On peut alors schématiser cette contradiction de la façon suivante

INTERET DOMINANT	DISPOSITIF DE CONTROLE	ORGANE DE SIGNALEMENT
1) L'entreprise	civil et pénal	les organes dirigeants de la société
2) La protection du marché	pénal seul	une commission de surveillance
3) L'entreprise et la protection du marché	pénal seul	les organes dirigeants de la société.

Le schéma retenu par le projet de 1983 est le No 1), celui construit dans la version 1985 est le No 3). Il s'agit d'une construction bâtarde si l'on considère qu'elle s'efforce, sans y parvenir vraiment, de concilier défense d'un intérêt collectif et mise en oeuvre privée. Mais on peut aussi considérer que ces choix révèlent les orientations de fond du projet. La défense de l'intégrité du marché serait sinon un simple habillage du moins une dimension secondaire. L'esprit de l'Avant-projet de 1983 aurait été maintenu fondamentalement, au-delà de quelques aménagements de surface. L'intérêt de l'entreprise, le secret et la sécurité de ses opérations, seraient, en fin de compte, le noyau dur de l'intérêt protégé.

Les problèmes soulevés par l'exécution de la norme n'ont pas en fait suscité de très grands débats. L'idée de la création d'une commission de surveillance ne suscite guère d'enthousiasme. Comme l'indique P. GARCIN dans le Journal de Genève: "Dans le modèle américain, la liberté est indissociable du contrôle de son usage. Mais qui en Suisse, accepterait la création d'un organe aussi inquisitorial que la SEC?" (1er décembre 1986).

Les quelques commentateurs qui se penchent sur le problème hésitent entre la création d'un organisme spécialisé et l'élargissement du rôle d'organismes déjà existants comme la Commission fédérale des Banques (J.L. LEDERREY, Journal de Genève 17 janvier 1987) ou le Comité de l'Association des Bourses suisses (au caractère semi-public)²⁴³. Le parti libéral rejoint l'avis de certains milieux bancaires pour soutenir cette dernière proposition (consultation p.84).

Dans le message de 1985 les arguments relatifs à ce point sont les suivants

- On évoque au départ les difficultés dans lesquelles pourraient se trouver les autorités cantonales chargées des poursuites "tant qu'elles ne disposent pas de services spécialisés dans la lutte contre les délits économiques" (No 143, p. 81). Un tel obstacle est également relevé dans la consultation par la réponse du Valais: "L'obstacle le plus évident et probablement le plus fort à une telle législation, réside à notre sens au niveau de l'administration des preuves du délit. Ces difficultés tiennent au statut du délinquant, à ses méthodes qui nécessitent une organisation judiciaire adaptée à ce

²⁴³ KELLER P., in Colloque CEJE, *op. cit.*, note 194, pp. 244-245.

genre de délits" (Consultation, p. 75). La question est en effet classique, voire récurrente dès qu'il s'agit d'infractions économiques et financières.

Le point de vue de E. ZIMMERLI, chef du département de police de Zurich et entendu en tant qu'expert par le Parlement, est très intéressant de ce point de vue "Mes services sont saturés et n'ont pas entière capacité pour pour s'occuper de ces cas très complexes. ...J'ai comme l'impression (slight suspicion) que personne dans ce pays ne s'attend à ce que les insiders soient combattus."

En ce domaine plus que dans tout autre (excepté les violences intra-familiale) on connaît bien aujourd'hui les difficultés rencontrées pour la mise en visibilité et le signalement de tels comportement. On considère qu'ils bénéficient en général d'une double occultation, celle que leur procure leur immersion dans la zone de "privacy" particulièrement close du monde des affaires et celle que leur offre les mythes de rationalité et de compétence qui dominent les représentations sociales en ce domaine. La littérature, surtout nord-américaine, ne manque pas en la matière²⁴⁴. Mais aucune référence n'est faite à ces travaux et les problèmes de la visibilité et du signalement des infractions sont, ainsi, rapidement écartés.

- Tout au plus se demande-t-on quelle autorité pourrait accomplir une telle fonction. La banque nationale ou la commission fédérale des banques sont considérées comme ayant "un champ d'activité qui ne s'y prête guère". On écarte également l'idée de l'association des bourses suisses car, s'agissant d'un organisme privé, son statut ne lui permettrait pas de "prêter son concours dans le cadre de poursuites pénales".

- "seule entrerait donc en ligne de compte l'institution d'un nouvel organe public". Mais la création d'un tel organisme est présentée comme posant des problèmes légaux qui restent non précisés. On conclut donc, pour le moins hâtivement, : "Au demeurant nous préférons renoncer à créer dans ce contexte de nouvelles unités administratives" (p.81). Il faut sans doute prendre en compte, ici, la très forte résistance qui existe actuellement en Suisse à renforcer d'une quelconque façon les pouvoirs des autorités fédérales.

- C'est alors qu'est introduit l'argument présenté plus haut qui confie, en fin de compte aux seules entreprises et à leurs dirigeants le soin d'effectuer la police des infractions boursières.

On notera l'ironie qu'il y a à déclarer en fin d'argumentation: "Enfin, relevons que seuls quatre des organismes consultés ont suggéré la création immédiate d'une telle autorité de surveillance des activités boursières, Parti socialiste, Parti libéral, banquiers privés, Association des bourses suisses". S'agirait-il, en la matière, d'avis secondaires?

C .- Les effets attendus

La norme pénale ainsi crée semble avoir une valeur essentiellement symbolique. C'est à dire qu'elle serait destinée à agir surtout au niveau des représentations individuelles et collectives. L'effet principal attendu est donc un effet de prévention générale. La norme s'adresserait ainsi à différents public-cibles:

- tout d'abord aux "initiés", c'est à dire à ceux qui par leurs activités professionnelles ont connaissance de faits susceptibles d'influer sur les cours et non encore rendus publics. La norme définirait les limites abstraites du licite et de l'illicite,

²⁴⁴ O'MALLEY P., "A logistic model of criminal processing system", *Int. Journal of Criminology*, 1975, 3, pp. 385 s. et ROBERT Ph., FAUGERON C., *Les forces cachées de la justice*, Paris, Le Centurion, 1980, p. 63 s.

- d'autre part elle s'adresserait avec le même objectif aux responsables bancaires qui devraient veiller à l'origine des ordres qu'ils sont chargés d'exécuter,

Pour ces deux premiers destinataires la représentation créée devrait être de type dépréciatif et aurait une fonction préventive. Mais elle concernerait aussi d'autres publics pour lesquels la représentation créée serait de type positif:

- il s'agit, tout d'abord, des clients potentiels des bourses et des institutions financières suisses, qui devraient se sentir rassurés sur la sécurité et la transparence du jeu boursier en particulier et sur l'intégrité des établissements suisses en général,

- enfin, le dernier type d'adressataire de la norme serait constitué par les autres Etats et particulièrement par les Etats Unis qui devraient être désormais assurés de la volonté de collaboration de la Suisse dans des affaires de fraude internationale.

Ce type d'effet attendu est mis en valeur par la plus grande partie des auteurs: L. KRAVSKOPF et P. SCHORER considèrent que l'effet attendu concerne principalement le "crédit de l'entreprise", F. SCHMITZ privilégie "la confiance des opérateurs dans le marché boursier et le système capitaliste", pour P. BERNASCONI il s'agit de "l'égalité des chances" (condition de l'attrait des opérateurs pour le marché), il en va de même pour A. HUBSCHMIED qui met en avant "l'image du marché et la confiance des opérateurs".

2.- De façon secondaire, l'infraction envisagée aurait jusqu'à un certain point une valeur utilitariste, c'est-à-dire qu'on en attendrait des effets concrets sur les comportements. Les principaux destinataires sont alors les administrateurs et les dirigeants des sociétés ainsi que les banquiers et responsables d'institutions financières. La norme pénale est envisagée comme une incitation à l'auto-discipline d'une part et à l'auto-surveillance de l'autre. C'est d'eux que dépendrait la mise en oeuvre effective de la norme, dans son versant prescriptif tout autant que dans son versant sanctionnateur.

3.- Enfin à un troisième plan, très lointain, on peut aussi considérer que la norme pourrait avoir un rôle axiologique. La valeur créée serait alors "l'intégrité du marché" ou "la sécurité des opérations boursières". Mais il semble qu'il s'agisse là plus d'une politique d'affichage, d'une intention déclaratoire que d'un objectif réellement poursuivi.

Pour E. ZIMMERLI qui considère, comme G. STRATENWERTH, que l'objectif principal est la facilitation de l'entraide, tous les autres effets envisageables sont de peu d'importance et auront surtout un niveau de réalisation très négligeable: "Ainsi, tout le monde est content. En Suisse le statu-quo est maintenu. Nous pourrions donner une assistance technique aux Etats-Unis et nos banques pourrions poursuivre leurs affaires ..." (WSJ, 2 août 1985).

Cette valorisation de la dimension symbolique et l'indifférence manifestée vis à vis de l'effectivité concrète de la norme projetée est également très bien formulée dans l'extrait suivant: "Il faut espérer qu'en fin de compte les opérations d'initiés feront l'objet d'une norme pénale qui, du seul fait qu'elle sera dissuasive, trouvera le moins souvent possible application dans la pratique" (X.Reichmuth, Bulletin du Crédit Suisse, avril 1986).

La norme pénale ainsi créée serait d'une forme pour le moins paradoxale. Elle est en effet, dans sa formulation d'un type sanctionnateur classique, et plus exactement d'un type rétributif. Par contre l'analyse de ses modes de mise en oeuvre et l'interprétation que l'on peut donner de ses effets attendus incite fortement à voir en elle une disposition de type disciplinaire échappant au droit commun de la poursuite et visant

plus une normalisation, à plus ou moins long terme, de certains comportements boursiers et spéculatifs qu'une réelle sanction d'actes illicites.

On le voit, l'accumulation de tous ces éléments de complexité conduit enfin à penser que la part d'interprétation dans l'application de la norme qui reviendra aux juges n'est pas mince. A ce propos P.NOBEL parle de "graue Theorie" pour indiquer qu'il s'agit d'une théorie abstraite dont on ne peut prévoir à l'avance les interprétations lors d'éventuelles mises en oeuvre concrètes, si du moins elles ont lieu, ²⁴⁵ excepté dans les cas de procès liés à l'entraide et "mis en scène" par Washington ²⁴⁶. Pour G. STRATENWERTH les problèmes principaux viendront du caractère hybride du bien juridique finalement construit. La complexité et l'hétérogénéité des intérêts protégés laissent ouverts une marge d'interprétation considérable. Les solutions varient beaucoup selon que l'on considère que l'intérêt prédominant est celui de l'entreprise ou celui de la sécurité du marché. Dans le premier cas il faut rapporter la preuve d'un dommage causé à l'entreprise, dans le second c'est la preuve d'une inégalité de traitement entre investisseurs qui est nécessaire. Dans un troisième cas, enfin, on peut considérer qu'il s'agit ici de conditions cumulatives. Les mêmes faits apparaissent ainsi susceptibles de qualifications fort différentes et donc de poursuites divergentes. Les interprétations jurisprudentielles risquent ainsi d'être longues à homogénéiser, d'autant plus que les défenseurs ne manqueront pas de jongler avec la palette, déjà fort large, des possibles.

²⁴⁵ NOBEL, *op. cit.*, note 194, p. 123.

²⁴⁶ STRATENWERTH G., "Zum Straftatbestand des Missbrauchs von Insider Informationen", *Festschrift für F.Vischer*, Zurich, 1983, p. 675.

CONCLUSION

I.- LA FORMALISATION JURIDIQUE EN MATIERE ECONOMIQUE:

BILAN DES ETUDES DE CAS EFFECTUEES

Nous effectuerons ce bilan en deux temps. Tout d'abord nous reprendrons la grille proposée en introduction afin de préciser les apports de nos matériaux à ce schéma d'analyse. Puis nous présenterons quelques remarques plus générales sur les problèmes d'application de la problématique retenue basée sur les questions de formalisation juridique.

1) MODES D'EMERGENCE ET ROLES DES ACTEURS SOCIAUX.

A . Les modes d'émergence

Dans l'introduction, nous avons exposé comment il semblait aujourd'hui possible de dépasser l'étude de l'origine des incriminations en termes "d'entrepreneurs moraux" pour s'attacher davantage aux formes d'action des groupes sociaux et à leurs interactions. Deux dimensions devaient être envisagées, les types de groupe concernés et les modes d'organisation de leur influence.

Nos matériaux nous permettent de préciser la typologie à quatre composantes présentée plus haut:

1 : l'émergence basée sur une revendication collective a pour acteur principal un syndicat ou une association de défense d'ampleur nationale. Ces groupements se font le porte-parole de préoccupations qui dépassent leurs membres mais qu'ils recueillent, amplifient et transforment en une revendication précise aux pouvoirs administratifs et politiques. Leurs moyens d'action sont essentiellement publics et à base médiatique, organisation de pétitions, manifestations, conférences de presse, préparation d'initiatives populaires. Ainsi en matière de concurrence, c'est la mobilisation opérée par les associations de consommateurs qui lancèrent en 1955 une initiative populaire visant à obtenir l'interdiction de principe des cartels, qui suscita en riposte le processus législatif de 1962, processus dans lequel ces groupes n'eurent finalement qu'un rôle secondaire.

Cet exemple illustre parfaitement le principal problème lié à un tel mode d'émergence. Au-delà d'un premier temps de sensibilisation, ces groupements ont les plus grandes difficultés à assurer la mobilisation continue de leurs groupes latents. Si leur action peut être vive, voire spectaculaire à un moment donné, elle parvient rarement à s'inscrire dans la durée (souvent longue²⁴⁷) d'un processus législatif. D'où de fréquents échecs. Ceux-ci s'expliquent en partie par le fait qu'il s'agit en général d'assurer la défense de valeurs assez abstraites et d'intérêts généraux dont les divers acteurs sociaux concernés voient mal les bénéfices directs qu'ils pourront en retirer. Une telle action altruiste est particulièrement difficile à mener dans le temps²⁴⁸.

Ainsi en matière de concurrence, non seulement l'initiative populaire de 1955 fut un échec, mais cette première et importante mobilisation sur cette question ne parvint pas à faire des associations de défense un acteur privilégié du processus législatif. Enfin, leurs revendications ultérieures, en particulier celle de se voir reconnaître un droit d'action civile contre les auteurs de cartels, leur a été refusé en 1985. Le

²⁴⁷ Quatorze (cartels), quinze (petits crédits), sept (initiés) années.

²⁴⁸ OLSON M., *Logique de l'action collective*, Paris, PUF, 1978, pp. 137-188.

problème dont ces groupes avaient assuré l'émergence fut par contre repris sous des formes très atténuées par des acteurs politiques et technocratiques.

2: L'émergence de type corporatiste. Elle provient de groupes beaucoup plus restreints et plus homogènes, de type essentiellement professionnels. Le propre de l'action corporatiste est de chercher à habiller la défense d'intérêts matériels directs, en défense de valeurs et d'intérêts plus collectifs. On retrouve là le mode d'influence classique des "lobbies" professionnels. Leur stratégie d'influence est rarement publique. Elle vise avant tout la haute administration et les instances politiques. Elle s'appuie principalement sur des arguments économiques et techniques, parfois aussi éthiques lorsque se pose un problème de mise en cause de leur légitimité.

L'exemple de la très récente législation sur les initiés illustre parfaitement ce modèle. Certes la question était en débat depuis plusieurs années, mais sur un plan assez théorique dans le cadre des projets de réforme du droit des sociétés. Il a fallu qu'une série de différends avec les autorités américaines viennent troubler les relations financières américano-helvétiennes et inquiéter directement les principaux responsables des banques suisses opérant aux Etats-Unis pour que le processus législatif prenne un parcours plus précis. De surcroît, cet intérêt s'est trouvé de plus en plus habillé par la revendication d'une valeur générale (l'intégrité du marché boursier) et d'un intérêt plus collectif (l'égalité de traitement entre tous les actionnaires) qui sont restés secondaires dans le processus, lequel est resté dominé par des intérêts et valeurs particulières.

3 : L'émergence oolitique. Ce cas de figure s'observe lorsque la revendication est principalement formulée et portée par une formation politique. On peut ici distinguer les situations suivantes

soit, il s'agit d'une action de type idéologique, mesure à visée symbolique inscrite au programme du parti, la revendication est celle d'une partie plus ou moins large et influente de l'électorat du parti (l'abolition ou le rétablissement de dispositions répressives en matière d'avortement en sont un assez bon exemple²⁴⁹;

soit, il s'agit d'une action de type politique-gestionnaire lorsque la demande d'incrimination s'inscrit dans le cadre d'une politique publique technique. On vise alors à assurer la meilleure effectivité d'une législation. Autant le cas précédent s'appuie explicitement sur une conception axiologique du droit pénal, autant c'est ici une conception instrumentale qui prévaut. Les exemples abondent, en matière de protection de l'environnement, de consommation et surtout de circulation routière

C'est cette seconde situation que nous avons observé avec la législation sur le petit crédit. L'initiative appartient à un parlementaire qui est parvenu à enclencher le processus législatif. Mais la longueur de celui-ci, les changements intervenus dans le contexte économique et le décès de l'initiateur interdiront, finalement, au projet de parvenir à son terme.

²⁴⁹ van de KERCHOVE, "L'avortement en Belgique", "L'avortement aux Etats-Unis", in *Le Droit sans peines*, Bruxelles, FUSL, 1987, pp. 177-203.

²⁵⁰ Cf. le port obligatoire de la ceinture de sécurité. Hypothèses et données pour l'étude des effets d'une norme, CETEL, Genève, 1977.

Les moyens d'action diffèrent ici considérablement selon le degré de formalisme des procédures législatives. En Suisse, comme en Allemagne²⁶¹ une procédure très précise assure une assez bonne transparence des grandes étapes du processus. Un texte surprise, sans consultation explicite de tous les groupes d'intérêts politiques et "civils" concernés et sans travail de comités d'experts est impensable. A l'inverse dans un pays comme la France on observe les formes les plus opposées, du texte-amendement de dernière heure au projet médiatiquement promu après intervention de commissions diverses.

4 : une émergence technocratique. Ce sera le cas lorsque la proposition émane de l'intérieur de l'appareil administratif et a pour principale finalité, soit de donner des pouvoirs nouveaux à une organisation publique, soit d'étendre sa compétence et de renforcer ses moyens d'action dans un domaine où elle intervient déjà.

La réforme législative de 1985 en matière de cartels, augmentant les pouvoirs de la commission (créée en 1962) entre autres par la création de dispositions pénales, illustre parfaitement ce cas de figure.

Les modes d'action sont ici bien spécifiques. Il s'agit de lobbying interne à l'appareil de décision étatique à très faible visibilité sociale. Et sous une apparence de "renforcement des instruments d'une politique publique", on trouve, en fait, un processus plus classique de renforcement d'un pouvoir technocratique. Un secteur de l'appareil administratif, ou une catégorie d'acteurs publics cherchent à renforcer ou consolider leur autorité et leur légitimité. On notera que dans ces cas, les infractions créées seront le plus souvent de type disciplinaire, c'est à dire sanctionneront non pas tel ou tel comportement positif, mais le non-respect de telle ou telle décision ou obligation administrative.

B .- Place des acteurs sociaux dans les processus d'incrimination analysés.

Cette question est bien évidemment déterminante et, au-delà de la reformulation des analyses en termes d'entrepreneurs moraux, on peut s'interroger ici sur les modes d'influence des acteurs responsables de la vie économique. Sur ce point nos conclusions rejoignent celle de Hagan et surtout celles de Hopkins²⁵². Nous les synthétiserons en quelques points.

Nous n'avons pas observé d'action unilatérale d'un type d'acteur privilégié sur la scène législative. Le schéma déterministe qui tend à attribuer l'initiative ou le contrôle du processus législatif à un groupe d'intérêt particulier, fait preuve pour le moins d'un sérieux réductionnisme. Au contraire, le plan d'observation utilisé, à savoir celui de la formulation des valeurs et intérêts sociaux et de la construction des intérêts protégés, montre qu'il y a souvent, pluralité d'intérêts en présence et interaction entre, au moins quatre grands types d'acteurs. La solution retenue relève plus du compromis négocié entre plusieurs d'entre eux que de la victoire unilatérale d'un groupe sur les autres.

Le rapport de force entre ces groupes ne peut être considéré comme totalement joué d'avance. Et on peut observer d'autres facteurs d'influence que le seul poids économique. Toute la législation économique est productrice de normes qui enserrent

²⁵¹ SAVELSBERG, BRUEHL, LUEDEMANN , "Genese des zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", in LIEBL K., *Internationale Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftskriminalität*, pp. 581 ss.

²⁵² HAGAN, *op. cit.*, note 8, 1980.

HOPKINS, *op.cit.*, note 12.

les acteurs concernés dans un certain nombre de contraintes mais leur offrent aussi certaines possibilités d'action. Il est trop simple de penser que tous les responsables de la vie économique sont a priori opposés à toutes formes d'intervention étatique. Certes la déréglementation est à l'ordre du jour en certains domaines et le retour au libre jeu du marché est souvent revendiqué. Cependant dans des secteurs aussi importants que ceux de la concurrence ou du marché boursier, l'attitude des groupes de pression économique (syndicat patronal, association des banques) a été fort différente. Dans ces deux cas en effet, le contexte social et politique était tel que les intérêts directs de ces groupes s'est trouvé en conflit avec d'autres intérêts au moins aussi puissants:

en matière de cartels les groupes industriels se sont avérés impuissants, après quelques tentatives pour s'opposer à la loi elle-même. La revendication a été portée par les associations de consommateurs, bientôt supplantés par certains partis politiques puis après 1972 par des membres de la haute administration. L'action des groupes économiques n'a pu viser qu'à cantonner la législation en cours d'élaboration dans certaines limites. Cet objectif ne fut d'ailleurs que partiellement atteint. Ils ne purent s'opposer à la création d'une commission dont ils ne voulaient pas, ni plus tard à l'accroissement de ses pouvoirs.

En matière d'initiés, la situation des banques suisses sur le marché américain et l'image du secteur en général étaient suffisamment menacés pour que le principe d'une loi en la matière ne soit pas réellement discuté. Les groupes d'intérêts financiers ont essayé d'intervenir dans ce processus qui s'imposait à eux, en essayant d'obtenir, à cette occasion, des instruments de valorisation du marché bancaire suisses. Mais ils n'ont pas été suivis.

En sens inverse, on observe un succès de la résistance à l'action législative en matière de petit crédit. On peut faire ici deux observations. Les banques n'ont pas été les seules responsables de cet échec. Le processus n'a échoué *qu'in extremis* et l'échec final semble plus attribuable au revirement de l'attitude de plusieurs partis politiques qu'à une nouvelle poussée des pressions bancaires. De plus, le changement d'attitude de ce parti repose sur la prise en compte d'un certain nombre de changements objectifs intervenus dans le secteur. Parallèlement au processus législatif les responsables du secteur bancaire ont pris en main la restructuration du secteur. Les francs tireurs se sont vus éliminés et on a pu enregistrer un double mouvement de concentration économique au profit des grands établissements financiers et d'auto-réglementation afin de fixer de nouvelles règles du jeu. On peut dire qu'ici le processus législatif a permis l'élimination des parties les plus faibles du secteur.

On rejoint ici des observations faites par Hopkins, selon lequel, l'action des groupes de pression est particulièrement efficace lorsqu'elle promeut des valeurs et intérêts déjà reçus dans les instances gouvernementales. Le projet sur le petit crédit a moins été rejeté par pression directe que, parce que les banques et leurs associés financiers avaient devancé, en partie, la loi et réalisé empiriquement certains effets attendus de l'éventuelle législation. La lenteur du processus de prise de décision publique a joué en leur faveur.

Si les groupes d'intérêt économiques ne sont pas forcément hostiles à toute intervention réglementaire, leur pression va, par contre, tendre en général à privilégier les solutions normatives qui font d'eux les acteurs principaux de la mise en oeuvre

En matière de cartels, les groupes patronaux se sont fait une raison de l'existence d'une commission, dont ils ne voulaient pas au départ, dans la mesure où ils ont obtenu une bonne représentation au sein de celle-ci. Ils

contrôlent en partie de l'intérieur ce à quoi ils n'ont pu faire obstacle. Par contre, lors du plus récent changement législatif ils se sont opposés avec succès à l'attribution de nouveaux pouvoirs aux associations de consommateurs. Ces dernières n'ont pu devenir membres de la commission, ni obtenir un droit d'action civile. Ils se trouvent donc concrètement écartés de la mise en oeuvre concrète de la législation qu'ils ont contribué à créer ²⁵³.

En matière d'initiés, les banques et les professionnels de la bourse demandaient explicitement la création d'une instance de contrôle. Mais le modèle qu'ils proposaient était moins du style instance publique (du type SEC ou COB) ²⁵⁴ que du style autorité professionnelle (renforcement des Comités de bourse existant), instance dont ils auraient, sans peine, conservé l'entière maîtrise.

Quant au petit crédit, le législateur a, en ce domaine, été pris de vitesse par les établissements bancaires et financiers qui ont fait eux-même leur police.

Pour terminer sur ce point, une dernière remarque. Il importe de dissocier pour l'analyse, le processus d'incrimination du processus ultérieur de mise en oeuvre. L'ajustement des intérêts tel qu'il peut être reconstitué lors de l'élaboration d'un texte ne détermine pas totalement le jeu des intérêts tel qu'il s'accomplira ultérieurement lors de l'application à des litiges précis. Tout dépendra alors de la façon dont tel ou tel acteur, par rapport à tel ou tel conflit, parviendra à mobiliser les ressources juridiques de qualification et de poursuite offerte par le texte. Nous rejoignons, ici également, HOPKINS lorsqu'il précise qu'expliquer les origines et les formes d'élaboration d'une loi n'équivaut pas à identifier la totalité de ses bénéficiaires potentiels. Ni, selon nous, à pronostiquer exhaustivement les modalités de sa mise en oeuvre. On se limite en fait à un inventaire de la palette des possibles.

2) GRAMMAIREDES INTERETS

A . Remarques générales

Pour chacun de nos terrains, nous avons effectué un travail d'inventaire des valeurs et intérêts en présence, puis nous nous sommes attachés à l'analyse des opérations de sélection et d'ajustement qui s'opèrent durant le processus législatif. C'est ce que nous avons nommé "grammaire des intérêts", au sens de règles de construction normative productrice de sens.

Nos observations confirment l'hypothèse selon laquelle l'intérêt qui est finalement protégé en droit n'est pas un intérêt d'évidence. La reconnaissance de telle ou telle revendication, la protection de telle ou telle valeur, de tel ou tel intérêt social, ne va jamais de soi. Elles reposent sur un processus de distinction au double sens du terme

- distinction de ce qui parvient à se différencier et à s'imposer comme prépondérant,

²⁵³ Sur la complexité des interactions entre acteurs à propos des atteintes à la concurrence, cf. pour une comparaison entre Belgique et États-Unis M. van de KERCHOVE, "Les atteintes à la concurrence" *in Le droit sans peines, op.cit.*, note 249, pp. 252 ss.

²⁵⁴ SEC, Securities and Exchange Commission, - COB, Commission des opérations de bourse.

- et, parallèlement, distinction de ce qui est reconnu et retenu par les détenteurs du pouvoir de formalisation.

Au départ d'une situation-problème, les valeurs et intérêts sociaux sont multifformes. Le travail de formalisation juridique consiste à les sélectionner, à en pondérer ou à en exclure certains, à en survaloriser d'autres. Les exemples ici abondent, prenons les plus explicites: en matière de protection des eaux quel intérêt entend-on privilégier, la qualité intrinsèque de l'eau, la santé humaine, l'activité de pêche ou les grands équilibres écologiques ? En matière boursière, privilégie-t-on l'image des entreprises et la sécurité de leurs financements, l'égalité des chances entre tous les actionnaires ou la bonne entente commerciale entre deux Etats ?

Il est un peu trop aisé et hâtif de prétendre que tout se rejoint dans la défense d'un intérêt collectif mythique. Bien au contraire, l'analyse détaillée des jeux d'intérêts et de leur reconnaissance différentielle, montre bien que des choix et des hiérarchisations sont effectués durant le processus de formalisation, et que cette série d'opérations, apparemment techniques, recouvre aussi des constructions idéologiques.

La construction de l'intérêt juridiquement protégé repose donc sur un processus d'évaluation et de sélection des valeurs et intérêts en présence. Ce processus peut prendre différentes formes que nous désignons sous cet intitulé général de "grammaire des intérêts". Cette expression, est en général utilisée pour qualifier certaines opérations du processus jurisprudentiel. Nous avons tenté de l'opérationnaliser pour l'étude du processus législatif lui-même. Ce qui exige une analyse détaillée des opérations intellectuelles et matérielles de production des règles. Nous allons reprendre maintenant de façon plus précise les différentes constructions des intérêts protégés présentés en introduction.

B . Tynologie des formes de construction des intérêts urotees en droit.

A titre d'hypothèse, nous avons présenté dans l'introduction cinq formes de construction envisageables. L'analyse de nos matériaux permet d'exemplifier trois d'entre elles.

La première forme possible est celle d'une construction par énonciation. C'est la forme la plus simple. Elle intervient lorsqu'un seul intérêt ou une seule valeur sont explicitement en cause. D'autres valeurs ou intérêts peuvent être en concurrence, mais ici, ils demeurent totalement dominés, enfouis et n'émergent pas de façon significative dans le débat social. Ce cas de figure se rencontre peu fréquemment dans les démocraties pluralistes, ne serait-ce que parce qu'il présuppose l'existence d'un large consensus sur une question-problème, ou au contraire la réalisation d'un véritable coup de force politique qui exclut toute opposition manifeste, tout débat contradictoire. Le seul domaine où on a vu fonctionner une telle technique dans la législation contemporaine est peut-être (avec des variations selon les pays) celui de la défense des institutions publiques contre le terrorisme.

Le même mode de construction avait été régulièrement utilisé tout au long du XIXe siècle pour la définition des nouvelles infractions politiques destinées à garantir les institutions démocratiques contre toute une série d'atteintes (sûreté extérieure et intérieure de l'Etat, défense des principes constitutionnels, surveillance du personnel politique et des fonctionnaires). De façon similaire et à la même période, les infractions s'appuyant sur ce que l'on considérait alors comme un droit "naturel" (défense du patrimoine humain, le corps,

l'honneur, les biens) se voyaient ainsi simplement énoncées plus qu'explicitement construites ²⁵⁵

L'exemple de la définition de certaines formes de vol, contribuant à définir en négatif une nouvelle conception absolutiste de la propriété, montre qu'il y a toujours une part d'arbitraire dans cette forme de construction par énonciation, même, et peut-être surtout, si elle prétend s'appuyer sur des "vérités d'évidence". Ainsi par exemple en milieu rural, la notion de vol définie par les jurisconsultes, faisait l'impasse sur une grande partie des droits coutumiers existants

Deuxième forme : une construction par discrimination. Elle s'observe lorsqu'il y a affrontement de différents intérêts antagonistes. Durant le processus législatif s'accomplit une sélection de l'intérêt à formaliser.

La législation actuelle sur les cartels illustre assez bien ce cas de figure. Trois intérêts étaient en présence, deux vont être écartés, un sera retenu et constituera le noyau dur de la législation, celui autour duquel s'organisera en particulier le dispositif pénal. L'intérêt qui s'est vu formalisé et donc, protégé en droit, est celui de "concurrence efficace". Il s'agit, en fait, d'une reprise actualisée de l'intérêt protégé par la précédente législation (62), celui de "concurrence possible". Selon cette conception, l'intervention étatique ne peut concerner que les abus de la cartellisation. Une commission technique est chargée d'appliquer les critères théoriques qui doivent permettre de cerner ces abus. L'appréciation s'effectue par le jeu complexe de critères structurels (spécificités économiques du pays) et de critères conjoncturels (politique anti-inflationniste). La formalisation est ici particulièrement complexe dans la mesure où il y a d'une part affirmation de principe de l'illicéité des entraves à la concurrence et d'autre part, énoncé de toute une série de faits justificatifs. Il y a donc abus, lorsque l'atteinte à la concurrence n'est pas justifiée par des motifs prépondérants d'intérêt général dont la liste est fixée, en principe limitativement.

Cet intérêt devient intérêt protégé en droit par exclusion de deux autres groupes d'intérêts et de valeurs

- celui qu'invoque le patronat, formulé en termes de "cartellisation mesurée". Dans cette perspective, la concentration et les ententes sont une véritable nécessité vitale pour l'industrie nationale. Seule la démonstration directe de conséquences négatives pourrait justifier une intervention étatique. Cette position s'appuie sur les valeurs de défense de la "libre entreprise" et sur l'intérêt économique à constituer des ententes afin d'éliminer la concurrence nationale.

- autre position écartée, la position anti-cartellaire défendue par les associations de consommateurs et certains groupes coopératifs, formulée dès 1955. Les valeurs de la libre concurrence et l'intérêt économique des consommateurs à bénéficier au niveau des prix des effets de celle-ci fondent cette revendication.

²⁵⁵ LASCOUMES P., PONCELA P., "La République en réprimant, le processus d'incrimination sous la Constituante", recherche en cours. Cf. déjà "La République ... en réprimant" in La Révolution et l'ordre juridique Drivé, Paris, P.U.F., 1988, pp. 593 ss.

²⁵⁶ LASCOUMES P., ZANDER H., *Marx : Du vol de bois à la critique du droit*, Paris, PUF, 1984, pp. 239-245.

Troisième forme : une construction var combinaison. Face à une co-existence de valeurs et intérêts divergents mais non contradictoires, on assistera ici à une hiérarchisation et un assemblage de dimensions autonomes en vue de la réalisation du bien juridique final.

La nouvelle législation en matière d'initiés fournit ici un bon exemple d'assemblage de ce type. L'intérêt de l'entreprise est tout à la fois l'intérêt originel (celui à partir duquel le processus s'est amorcé) et l'intérêt structurel terminal (celui autour duquel se sont agencés les autres intérêts). Même s'il n'a pas acquis officiellement de place fondamentale, l'intérêt financier des banques suisses a été l'intérêt conjoncturel qui a assuré l'autonomisation du projet et suscité son achèvement dans un délai relativement rapide. Enfin, l'intérêt du marché boursier en tant que tel, ne semble avoir été que le prétexte à un habillage tardif venant aider à la recevabilité politique du projet

Le mode de construction par combinaison peut prendre différentes formes et mêler par exemple discrimination et combinaison. Il s'agit en fait d'un processus cumulant les deux formes précédemment décrites. Elle suppose la co-présence de tout un ensemble de valeurs et intérêts autonomes partiellement antagonistes et partiellement compatibles entre eux. On opérerait alors en deux temps, tout d'abord on éliminerait certaines dimensions (discrimination), puis on combinerait celles qui resteraient (combinaison).

Autre forme de construction possible, les cas de construction var synthèse. Face à la co-existence d'intérêts et de valeurs hétérogènes, elle suppose l'élaboration de toutes pièces d'un intérêt protégé empruntant et synthétisant des aspects partiels des uns et des autres. C'est le mode de construction le plus périlleux car c'est celui dont la cohérence est la moins assurée.

La législation prévue en matière de petit crédit illustre bien cette forme et les difficultés que présente la tentative de concilier, dans un même cadre juridique, des dimensions sans grand rapport les unes avec les autres. Jamais, au cours des longs travaux préparatoires de cette législation, un équilibre satisfaisant n'a pu être trouvé entre deux intérêts essentiellement différents celui de la majesté de la loi et celui de la protection d'une partie supposée faible dans le jeu socio-économique.

3) INTERET PROTEGE ET DISPOSITIF SANCTIONNEL

Dans ce troisième point, nous considérerons la formalisation pénale comme un appendice significatif de la formalisation juridique générale précédemment évoquée. Il s'agit de préciser les différentes formes de lien qui peuvent exister entre type d'intérêt protégé et type d'intervention pénale. Cette articulation est délicate et parfois riche en contradictions. Chacun des terrains étudiés présente un cas de figure original. Nous les exposerons successivement.

En matière de cartels

Il y a au départ trois ensembles de valeurs et d'intérêts demandant protection juridique, chacun implique un mode de recours spécifique au pénal.

- 1.- Les consommateurs revendiquent une législation d'interdiction. L'atteinte à la concurrence caractérisée par entente ou abus de position dominante créerait un dommage collectif méritant sanction. Leur demande d'intervention pénale s'effectue donc sur un mode normatif classique.

- 2 .- Les dirigeants industriels contestent a priori toute intervention publique en la matière et donc, à plus forte raison, toute intervention pénale. La cartellisation est pour eux une nécessité économique et sociale. Les bienfaits observés compensent amplement les contraintes qu'ils occasionnent. Pour eux, seuls sont dommageables les abus caractérisés en matière de création et de renforcement des ententes. Dans ces cas des procédures de dédommagement civiles seraient suffisantes pour réparer le dommage occasionné. Le pénal n'a ici aucune place légitime.
- 3 .- C'est une troisième forme d'articulation qui sera finalement retenue dans la législation. Elle est de type disciplinaire. Nous avons rappelé un peu plus haut que l'intérêt protégé en droit était celui d'une "concurrence efficace". Il repose sur une interdiction conditionnelle. Tout le dispositif s'appuie sur l'appréciation de faits justificatifs permettant d'écarter l'interdiction de principe. Ce délicat travail de pesage et de qualification est confié à une commission administrative.

Celle-ci ne disposait pas jusqu'à la réforme étudiée de pouvoirs contraignants pour rassembler les informations nécessaires à ses évaluations, ni pour faire exécuter ses décisions. Ceux-ci ont été renforcés. Dans le même sens l'introduction de dispositions pénales correspond également ce souci de renforcer l'autorité de la commission et de l'effectivité de ses actions.

On a donc eu recours en toute logique, non à la sanction d'un comportement cartellaire abusif ou illicite, mais à la sanction d'une désobéissance administrative. Il s'agit donc d'une articulation de type disciplinaire, au service d'une intervention administrative, visant le respect d'une autorité publique et non la sanction d'un comportement directement dommageable à la concurrence.

En matière d'initiés

Le dispositif finalement retenu s'avère particulièrement contradictoire. Le texte a retenu une solution "bâtarde". En 1985, on a écarté les dispositions civiles et mis l'accent sur la protection d'une des dimensions de l'ordre public celle de la protection du marché. On s'est en revanche refusé à la création d'une commission publique de contrôle, comme il en existe en matière bancaire et cartellaire. C'est donc en fin de compte aux entreprises que l'on semble confier le soin de signaler les infractions qu'elles pourraient détecter. Rappelons les termes particulièrement explicites du paragraphe qui exclut le recours à une commission technique : "Les devoirs de diligence et de fidélité des administrateurs impliquent l'obligation d'empêcher les opérations d'initiés et de participer aux investigations permettant de les déceler"

On peut, dans un autre sens, considérer que de telles dispositions attestent des orientations de fond du projet. Les problèmes de mise en oeuvre importeraient alors beaucoup moins que l'énoncé d'une norme symbolique, dont l'effectivité est assez indépendante de son application concrète.

En matière de crédit à la consommation

Le projet de régulation des activités de petit crédit, dans sa dimension pénale, est mort de son impuissance à dénouer la contradiction initiale entre les deux intérêts fort distincts invoqués par ses promoteurs, privés ou publics.

L'objectif de "protection sociale" - protection des preneurs de crédit - exigeait une réflexion approfondie sur le profil de l'intérêt ainsi sauvegardé, ainsi que sur les

²⁶⁷ - FF 1985, II, p. 86.

mécanismes propres à permettre à l'objectif de se réaliser. Cette réflexion s'imposait d'autant plus que le projet même de faire appel à des sanctions pénales prenait appui sur le constat de l'impuissance d'une régulation strictement de droit civil. Or, alors que les caractéristiques des auteurs potentiels d'infractions et de victimes étaient bien connues, le débat sur les mécanismes juridiques en est resté à l'état embryonnaire: il se réduit au constat des difficultés inhérentes à l'utilisation de l'arme pénale dans un domaine qui ne fait (encore) l'objet que d'une visibilité et d'un consensus sociaux limités.

L'objectif de renforcement de la crédibilité de la loi, et donc du respect qui lui est dû, orientait le dispositif pénal prévu par la réforme vers un modèle sanctionnateur. Celui-ci ne pouvait fonctionner qu'à la condition de pouvoir prendre appui sur une autorité, administrative ou privée⁵⁸.

II.- LA PENALITE ECONOMIQUE : ESSAI D'ANALYSE ET D'INTERPRETATION.

1.- Dans l'introduction, nous avons rappelé que l'intérêt suscité par le droit pénal économique était pour une large part lié à une interrogation sur l'ineffectivité supposée de la réglementation pénale dans ce domaine. Il n'est pas inutile de rappeler également en préambule que la formulation même des termes de cette interrogation a fait l'objet ces dernières années de réserves et de nuances importantes. Celles-ci peuvent être regroupées en deux catégories.

Un affinement de la question elle-même, qui ne peut se résumer en la (trop) simple mesure d'un écart entre les attentes explicites du législateur et les (modifications de) comportements induits par la loi.

Une réflexion sur l'idéal profond de la mise en oeuvre de la loi pénale, exprimée par M. van de Kerchove dans une formule provocante: "Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées?"²⁶⁰. Dans son article, M. van de KERCHOVE présente trois modèles de conditions d'application de la norme pénale: il les qualifie axiologique, instrumentaliste et "d'efficacité symbolique". Ces modèles ont vocation à rendre compte des phénomènes de dissociation entre la validité formelle d'une norme et son effectivité; de ce fait ils permettent d'envisager de manière raisonnée les phénomènes d'ineffectivité.

Dans la perspective axiologique, "un certain degré d'ineffectivité de la loi pénale" peut être justifié par des valeurs concurrentes à celles qui fondent la nécessité de l'intervention pénale. La conception instrumentaliste de la sanction pénale "aboutit à apprécier ses mérites en termes d'efficacité"; or, la répression peut se révéler moins favorable, dans un calcul utilitariste des coûts

²⁵⁸ Pour un développement sur ce point, deuxième partie, Ch. II, 3.

²⁵⁹ Cf. avant tout LASCOUMES P./ SERVERIN E., "Théories et pratiques de l'effectivité du Droit", *Droit et société* no 2, 1986, pp.101-124, et références citées, parmi lesquelles GUIBENTIF P., "Les effets du droit comme objet de la sociologie juridique", *Travaux-CETEL* no 8, 1979. Voir également, LASCOUMES "Effectivité" in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J-Scientia, 1987.

²⁶⁰ Van de KERCHOVE M., "Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ?", in OST/van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publ. Fac.univ. St-Louis, 1987, pp. 317-351.

²⁶¹ *Op.Cit.*, pp. 323-324.

et des bénéfices de l'intervention, que la non-intervention²⁶². Enfin, l'interprétation symbolique est la plus riche. Des développements de M. van de KERKHOVE, on doit retenir, dans notre perspective, la dissociation entre "deux actes juridiques différents: l'adoption de la norme, d'une part, et son application, d'autre part (...). Etant d'une application malaisée, coûteuse, voire impossible, la norme pénale voit l'essentiel de sa raison d'être dans la fonction symbolique remplie²⁶³ par son adoption même et le maintien de sa validité purement formelle"

Il est à peine besoin d'insister sur la pertinence de ce modèle dans le cadre du droit pénal économique. A partir de la constatation, indiscutable, de M. van de KERCHOVE, nous tenterons de développer une synthèse quant au rôle des normes pénales, dans les domaines que nous avons choisi d'étudier. Cette synthèse aura également pour ambition de développer la thèse de la spécificité que la littérature s'accorde à reconnaître à l'incrimination économique

2.- Si le modèle théorique, grossièrement résumé ci-dessus, nous offre une hypothèse de départ stimulante, notre démonstration doit également s'appuyer sur des distinctions et des classifications, classiques dans la littérature contemporaine .

Aussi, le schème théorique sur laquelle s'appuie cette synthèse comprend l'utilisation d'une distinction commune²⁶⁵ reçue dans la littérature internationale, entre droit pénal normatif et sanctionnateur . Dans le premier cas de figure, le législateur rédige la règle de conduite dont la violation sera constitutive d'infraction pénale dans le même temps qu'il arrête celle-ci: le couple incrimination-sanction reste un bloc; dans la seconde hypothèse, le législateur se contente d'assortir "à distance" de sanctions pénales la violation d'une règle de conduite formulée dans un autre corpus législatif: le couple incrimination-sanction est scindé.

Présentée en ces termes, la distinction normatif-sanctionnateur apparaîtra bien formaliste. Il s'agit de pure technique²⁶⁶ législative et, sans vouloir minimiser l'importance des choix opérés à ce stade il convient d'élargir le champ. Nous le ferons en "institutionnalisant" la discussion: nous envisagerons non pas (seulement) les dispositions pénales pour elles-mêmes, mais plus largement les rapports entre ces dernières et la présence d'un appareil administratif, voire privé ou semi-privé, de contrôle.

²⁶² *Ibidem*, pp. 325-333.

²⁶³ *Ibidem*, p. 342.

²⁶⁴ Cf. *supra*, Première partie , Ch. II.

²⁶⁵ Cf. Comité européen pour les problèmes criminels, *La criminalité des affaires*, 1981 p. 45; PRADEL J., *Droit pénal général*, 6ème éd., Paris, Dalloz, 1988, pp. 92 ss. et, pour un premier prolongement, LASCOUMES P./BARBERGER C., *Le droit pénal administratif, instrument d'action étatique*, Paris, Commissariat au plan, 1986, pp. 95 ss.

²⁶⁶ La réflexion au sujet de la portée des choix de politique législative est particulièrement poussée dans les pays germanophones, cf. P.NOLL, "Die neueren eidgenössische Strafgesetze unter staatsrechtlichen Gesichtspunkten", *RPS*, 1957, pp. 379 ss.; E.GOEHLER et al., *Lexicon des Nebenstrafrechts*, 3ème éd. Munich, 1980, pp. 3 ss.

En principe, la distinction large ou institutionnelle et la distinction étroite, strictement législative, devraient largement se recouvrir. Il devrait y avoir corrélation par paire: une disposition pénale de type sanctionnateur ne pourrait fonctionner qu'à condition d'être assortie d'un appareil de contrôle; l'application du modèle normatif permettrait de se passer d'un tel appareil. La réalité, sans infirmer radicalement ce schéma, est toutefois plus complexe.

3.- Deux de nos monographies nous ont pourtant permis de dégager deux types simples de rapport, à propos de dispositions pénales l'une et l'autre de type sanctionnateur et de confirmer la corrélation énoncée ci-dessus.

Nous avons tout d'abord rencontré des incriminations dont la vocation est d'affirmer la présence de l'appareil de contrôle: il ne s'agit pas pour ce dernier d'appliquer les dispositions pénales, mais bien de profiter dans son activité de régulation du surcroît de légitimité que lui confère l'existence de telles dispositions. La réforme du droit des cartels illustre bien ce modèle.

Nous avons ensuite examiné un exemple d'incrimination vouée à l'échec, parce qu'elle est de type sanctionnateur sans présence d'un appareil de contrôle. Tout au long du processus d'élaboration des dispositions pénales de la LCC, de nombreux spécialistes ont mis en garde les promoteurs du projet sur le vice profond du système qu'ils s'efforçaient de mettre en place²⁶⁷ si les dommages causés par les abus dans le domaine du petit crédit étaient insuffisants pour justifier la constitution d'une autorité de surveillance, les dispositions pénales se trouvaient suspendues en l'air. Elles se présentaient comme auxiliaires d'une réglementation confinée sur un plan strictement privé. Leur ancillarité n'était qu'apparente: elles étaient confinées au statut de servantes sans maître.

La réflexion menée sur le plan de la construction des intérêts protégés conduit dans la même direction. Le phénomène est particulièrement flagrant avec ce que nous avons appelé le désamorçage des intérêts de protection sociale dans le courant de la discussion sur la nouvelle LCC, le glissement toujours plus net des préoccupations vers l'affirmation de la loi. Le même phénomène peut s'observer dans le domaine de la réglementation anti-cartellaire.

4.- Le tableau se complique avec la mise en place de dispositions pénales de type normatif dans le domaine économique. Pour comprendre ce qui se joue à propos du troisième objet d'incrimination, les opérations d'initiés, il est nécessaire de se pencher plus sérieusement sur le choix de l'intérêt protégé (la discrimination entre les intérêts). Le débat est en effet encore ouvert à ce propos. L'adoption de la loi n'a pas clairement établi un classement ou une discrimination entre les intérêts. Suivant l'intérêt (prioritairement) retenu, un des modèles suivants se dégagera de ce processus d'incrimination.

Si l'intérêt retenu est celui de l'entraide, le bon fonctionnement effectif des dispositions pénales ne supposera pas la présence d'un appareil de contrôle indigène, puisque l'impulsion viendra de l'extérieur. Les grandes manoeuvres ayant précédé l'adoption de la législation suisse, avec, dans le rôle principal, la SEC américaine, ont parfaitement anticipé sur les phénomènes à venir d'application effective.

²⁶⁷ *Supra*, pp. 58 ss.

Si l'intérêt retenu est celui de l'entreprise, le modèle normatif classique peut jouer: étant donné que le lésé potentiel occupe le premier plan, le délit sera poursuivi sur plainte. Là non plus, aucun appareil de contrôle n'est nécessaire aux fins d'une application efficace de la loi.

Si l'intérêt retenu est celui des actionnaires, le modèle normatif classique joue moins bien. L'institution de la plainte est-elle appropriée du fait des difficultés de légitimation tout autant que des difficultés pratiques? Doit-on dans ce cas admettre la solution bâtarde de présence d'un appareil de contrôle pour la mise en oeuvre d'une disposition de type normatif, sous peine de tomber dans la "justice sans police"? L'acuité du débat public sur l'opportunité ou la nécessité de la création d'une agence de contrôle dans le cadre du développement de la réglementation des activités boursières en Suisse montre bien que les questions posées ici sont encore largement ouvertes.

5.- Montrer les conditions d'une mise en oeuvre effective de la loi (pénale) ne signifie pas encore diagnostiquer ou pronostiquer un tel fonctionnement. Il est apparu que la question centrale en droit pénal économique est devenue ces dernières années, voire ces dernières décennies, celle de la constitution d'autorités de contrôle de l'activité économique sectorielle. Le développement d'un droit pénal dit sanctionneur ne peut qu'accentuer, si l'on admet nos développements précédents, le phénomène

Tentons maintenant de rapprocher ce constat de nos considérations initiales au sujet de *l'aggiornamento* de la problématique de l'effectivité. La fonction symbolique de la loi pénale est réalisée, écrivait M. van de KERCHOVE, par sa simple adoption. Grâce aux observations faites sur le terrain économique, il nous paraît que ce "symbole" peut être décrit avec plus de précisions et que son caractère non instrumental doit être nuancé. Certes, il ne s'agit pas, ou pas prioritairement, d'appliquer des dispositions pénales lourdes et inappropriées aux exigences d'une répression efficace. Il s'agit en revanche, au travers de l'affirmation de l'autorité de la loi, d'affirmer l'autorité d'un organe de contrôle dont l'activité se déploiera avant tout dans le domaine du droit administratif et, éventuellement, du droit civil. De ce point de vue, le symbolique et l'instrumental concordent parfaitement.

De la même manière, il y a souvent concordance entre l'objectif de la réforme législative, ainsi "découvert", et l'intérêt privilégié par le législateur: la préséance de la loi; la nécessité de garantir un meilleur respect de la loi. Les deux processus législatifs observés consistant en fait en des (tentatives de) réforme de législations

²⁶⁸ Un des derniers épisodes spectaculaires date du 29 avril 1988 : au moment de quitter la présidence de la Banque nationale suisse, M. Pierre LANGUETTIN s'est exprimé en faveur de la création d'une telle autorité.

²⁶⁹ Deuxième partie Ch. III. Voir un développement *in* LASCOUMES/SANSONETTI, "Les intérêts protégés par la nouvelle loi fédérale sur les opérations d'initiés" *SJZ*, 1988, pp. 219-229.

²⁷⁰ Une telle constatation concorde avec l'un des principaux postulats de la réflexion criminologique récente sur la meilleure manière d'analyser le droit pénal et le système de justice pénale en tant, précisément, que système: il convient d'utiliser la notion d'intérêt non pas uniquement dans son rapport traditionnel avec les objets de l'incrimination, mais en tenant compte plus largement des intérêts procéduraux et d'organisation en jeu à l'occasion des réformes pénales, cf. une synthèse chez SACK Fr., "Interessen im Strafrecht: Zum Zusammenhang von Kriminalität und Klassen (Schicht-)struktur", *Krim. Journal*, 1977, IX, pp. 264 ss.

antérieures portant sur le même objet, mais non pourvues de l'arme pénale, corroborent cette analyse.

Mais surtout, plus fondamentalement, et en cette constatation réside la raison profonde des phénomènes observés: la vocation de la loi pénale telle que dessinée plus haut permet à la loi pénale d'occuper un champ qui est également un champ axiologique. La présence de la loi est ou peut être une nécessité concrète, mais elle est aussi une valeur. Aussi, nous souhaiterions formuler en guise de conclusion intermédiaire cette question provocante: n'est-ce pas seulement autour de cette valeur là qu'un consensus est possible dans un domaine, la vie économique, soumis à des rapports de force intenses et à des enjeux considérables et dans lequel, comme nous le relevions dans notre introduction²⁷¹, la légitimation de la norme ne peut pas autant qu'en d'autres secteurs législatifs, se fonder sur des fausses ou des vraies évidences ?

III.- PROBLEMATIQUE DES INTERETS PROTEGES ET "RATIONALITE" DU LEGISLATEUR.

Pour conclure, nous aurions souhaité présenter des modèles synthétiques reprenant transversalement l'essentiel des observations recueillies et analysées. Nous devons nous contenter de présenter un certain nombre de remarques générales sur la démarche entreprise.

1.- Il nous semble tout d'abord que la problématique retenue, celle de la formalisation des valeurs et intérêts par le droit, soit assez adéquate pour traiter des problèmes d'incrimination. En effet, il a été possible dans les trois cas étudiés de bien spécifier le lien existant entre type d'intérêt construit et place donnée au pénal dans la protection de l'intérêt protégé. D'autre part, la grille d'analyse élaborée autour des quatre dimensions (inventaire des intérêts et valeurs sociaux et conditions d'émergence, construction de l'intérêt protégé, type d'intérêt construit, dispositif sanctionnel) a permis de rendre compte de la spécificité des terrains observés, tout en assurant une assez bonne comparabilité des résultats obtenus.

2.- Nous n'avons pas, par contre, réussi à dégager de véritables modèles combinant de façon significative et originale les quatre dimensions de la grille. Toutefois, deux cas de figure rencontrés permettent de dégager une tendance partielle. On observe en effet un lien entre mode d'émergence et type d'intérêt construit:

ainsi, les modes d'émergence collectifs et politique-idéologiques tendent principalement vers la revendication et la construction d'intérêts protégés de type axiologique ou de type finalisé-abstrait (cf. petit crédit = protection sociale de la partie faible + respect de la loi).

les modes d'émergence corporatiste, technocratique et de politique publique, tendent au contraire vers une promotion d'intérêts finalisés concrets (attente d'un résultat immédiatement évaluable: renforcement de l'autorité de la commission des cartels et des possibilités d'action des banques en matière d'initiés).

Mais au-delà de cette tendance, une certaine logique se perd. Lorsque l'on introduit les deux autres dimensions, mode de construction et dispositif sanctionnel, toutes les combinaisons apparaissent possibles. Sans doute, la réalisation d'un modèle empiriquement éprouvé exigerait-elle l'élargissement des matériaux étudiés dans deux directions:

dans le contenu des dispositions concernées en prenant d'autres secteurs économiques et sociaux (droit des sociétés, droit fiscal, droit du travail).

²⁷¹ Ch. I et II.

dans le sens historique en abordant de façon diachronique les grandes étapes de formulation d'un droit pénal économique, chaque période historique ayant peut-être ses spécificités, au moins à titre tendanciel.

3.- Sur un plan plus général on peut enfin, formuler quelques remarques sur une notion très abstraite mais souvent utilisée celle de "rationalité du législateur". Il s'agit là selon van de KERCHOVE d'un "principe régulateur suprême des données juridiques". Et cette notion est souvent utilisée par les théoriciens du droit comme une fiction opératoire. Il ne faut donc pas considérer que ce concept rend compte d'un état du réel et qu'il faut s'attendre à pouvoir en faire un instrument direct d'analyse des procédures d'élaboration de la loi. Il s'agit plutôt d'un principe pratique intervenant secondairement pour assurer une stabilisation des interprétations du droit. Cette rationalité du législateur est donc une rationalité a posteriori.

Cependant, s'il n'existe pas de "rationalité du législateur" au sens strict, il y a sans doute des "rationalités législatives" objectivables, c'est à dire des modèles de cohérence, des formes spécifiques d'articulation entre mode d'émergence, type de construction, type d'intérêt et dispositif de sanction. Modèles implicites auxquels les producteurs de textes normatifs se réfèrent plus ou moins consciemment. Mais ceux-ci nous semblent reposer sur une logique plus rhétorique que scientifique, plus argumentative que mécanique. Leur validité opératoire réside alors moins sur leur référence à des antécédents réels que sur leur capacité à produire à un moment et sur un objet donné, une certaine vérité indispensable à la conviction.

On peut alors avancer que la procédure législative fournit une légitimité finale à des opérations hétérogènes et à des choix plus ou moins arbitraires. C'est une opération de validation d'un construit et d'occultation de son particularisme qui la rapproche d'une opération de naturalisation. La "rationalité du législateur" réside peut-être dans cette fiction, indépendamment de la rationalité intrinsèque de chacune des opérations sur lesquelles elle repose.

Annexe I

Matériaux utilisés dans la recherche sur la révision du droit des cartels

1 . Travaux préparatoires

Avant-projet de la commission d'experts commission des cartels renforcée), du 25 septembre 1978, publiée dans RSDIC 1979, no 5, pp.57-76.

Avis des gouvernements, organisations, partis, etc., consultés au sujet de cet avant-projet.

Résumé des résultats de la consultation, publié dans Publ. CC 1980, pp. 235 ss. (résumé en français, pp.279-285).

Projet du Conseil fédéral et exposé des motifs du 13 mai 1981, FF 1981, pp. 1244 ss.

Débats parlementaires: BO CE 6-7 octobre 1982, BO CN 4-5 février 1985, BO CE 2 octobre 1985, BO CN 3 décembre 1985, BO CE/CN 17 décembre 1985.

2 . Publicationsofficielles

Publications de la Commission des cartels (Publ.CC), annuaire, 1966-1986; dès 1987: Publ. de la Commission des cartels et du préposé à la surveillance des prix (Publ. CCSpr).

3 . Jurisprudence

Principales décisions pertinentes aux problématiques étudiées:

ATF 98 II 365 = JT 1974 I 169 (Denner S.A.c. Société suisse des brasseurs) ; 99 II 228 = JT 1974 I 271 (Société suisse des liquoristes c. Anghern et Cie) ; 109 II 260 (Fédération suisse de l'industrie du tabac c. Denner S.A., en fr.); 112 II 268 = JT 1987 (Denner S.A. c. Société suisse des brasseurs); 113 Ib 90 (Portland c. Commission des cartels).

4 . Doctrine(juridique)

Principalespublications:

SCHULTZ Hans, "Kartellabrede and Strafrecht", RPS 1959, LXXIV, pp.257-292.

"Materialen zu einer Revision des Kartellgesetzes", WuR 1972, XXIV, pp.302-311.

SCHUERMAN Leo, "Zur neueren Entwicklung der Kartell- and Wettbewerbspolitik aus schweizerischer Sicht", WuR 1973, XXV, pp.77-109.

RICHLI Paul, "Marktmacht and Marktform", WuR 1977, XXIX, pp.111-134.

SCHLUEP Walter R., "Grünzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG fiber Kartelle and ähnliche Organisationen", RSDIC 1979, 5, pp.7-36.

SCHMIDHAUSER Bruno, "Ueber die administrative Bewaltigung des verwaltungsrechtlichen Teils des Kartellgesetzes", RSDIC 1979, 5, pp.47-55.

- MOESCHEL Wernhard, "Zur Kriminalisierung von Kartellverstüssen", in Festnabe Max Kummer, Bern, Staempfli, 1980, pp.431-448.

SCHMIDHAUSER Bruno, "Die Kartellkommission und der Benzinpreis", WuR 1982, XXXIV, pp.117-137.

EMSCH Thomas, Privates and dffentliches Kartellrecht ais Mittel zur Durchsetzuna einer ordnungsoolitischen Leitbildes, thèse, Zurich, 1982.

STOFFEL Walter A., "Verhandlung und Wettbewerb in der Schweiz. Zum Urteil des Bundesgerichtes i.S. FIST gegen Denner AG (BGE 109 II 268)", SAG 1984, LVI, pp.133-149.

MERZ Hans, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer im Jahre 1983", ZBJV 1985, CXXI, pp.177-224, 218 ss.

SCHMIDHAUSER Bruno, "Altes und neues Kartellrecht im Vergleich", WuR 1986, XXXVIII, pp.361-382.

BOECKLI Peter, "Harte Kartelle und Marktübermacht - Herausforderung für das neue Kartellrecht", WuR 1987, XXXIX, pp.1-15.

HOMBURGER Eric/ DROLSHAMMER Jens, Schweizerisches Kartell- and Monoaolrecht. ErgAnzungband, Bern, Staempfli, 1987.

5 . Presse

Essentiellement, dossier d'articles de la NeueZurcherZeitung, 1978-1987.

ANNEXE IV

GRILLE DE DEPOUILLEMENT

I. Chronologie

Repérage des principales dates et phases du processus d'incrimination.

II Origines

a. Origine lointaine (débats, propositions antérieures...)

b. Emergence actuelle

- événements déclencheurs

- promoteurs de l'idée

c. Premier projet

- contenu des propositions

- effets attendus et justifications

III Elaboration du projet définitif (consultations)

a. Pour chaque étape (commission d'experts, Conseil fédéral, Conseil des Etats, Conseil National, préciser les principales propositions et détailler ce qui concerne plus directement l'aspect sanctionne) (action civile, contrôle administratif, sanctions pénales).

b. Pour chaque étape, préciser les réactions des différents intervenants repérés

experts

partis politiques

journalistes

groupes de pression associations diverses, syndicat patronal

autres...

IV Constitution de l'intérêt protégé

a. Définition et redéfinition des intérêts à protéger

quels sont les intérêts en présence

grammaire des intérêts : comment ces intérêts s'articulent-ils entre eux (hiérarchisation), ou bien comment y a-t-il discrimination (l'un l'emporte sur les autres)

b. Caractérisation de l'intérêt protégé

contenu de l'intérêt, sur quoi porte-t-il ? Elément matériel ou patrimonial, élément financier, économique, éthique, idéologique...

fondement de l'intérêt protégé.

a. démarche déclaratoire

naturaliste

acquis à préserver

revendication d'un avantage à venir

b. démarche constitutive

création d'un bien collectif

autre

c. Mode de revendication

(Moyens utilisés pour la construction de l'intérêt protégé)

création en creux (par interdiction)

création en bosse (par la reconnaissance de pouvoirs d'actions)

autre

VI Débats sur les notions pénales

a. Technique d'incrimination

qualification directe (modèle normatif)

indirecte (modèle sanctionnateur)

- type de sanctions

b. Justifications

arguments d'action symbolique

arguments utilitaristes (pragmatisme)

arguments axiologiques (défense de valeurs)

c. Effets attendus

effets quantitatifs

effets qualitatifs

problèmes concernant la mise en oeuvre (résistance, suspicion, obstacles matériels...)

POSTFACE

*LES DÉBATS NORD-AMÉRICAINS EN MATIÈRE DE DÉCRIMINALISATION
AU COURS DES ANNÉES 1960 ET 1970
ET LEUR APPORT À L'ÉTUDE DU PROCESSUS D'INCRIMINATION*

par

Michel van de KERCHOVE

Professeur ordinaire aux Facultés universitaires Saint-Louis

Parallèlement aux travaux de Pierre Lascoumes et Robert Roth consacrés au processus d'incrimination, il m'a été demandé de partir des débats intervenus aux Etats-Unis autour des années 60 et 70 en matière de décriminalisation de certaines catégories d'infractions, d'identifier les principaux critères de décriminalisation qui ont été proposés, de déterminer quels sont les différents modèles de substitution éventuels auxquels on a pensé et, enfin, de tirer quelques enseignements, a contrario, sur la façon dont ces débats suggèrent de concevoir le processus d'incrimination lui-même (1).

1/ Pour éviter tout malentendu, je préciserai tout d'abord que je ne traiterai ici que du phénomène de décriminalisation qui ne constitue, à mes yeux, que le passage à la limite d'un phénomène beaucoup plus large, qui est le phénomène de la dépénalisation. Selon la définition que j'en retiens, je considère en effet la dépénalisation comme un processus qui inclut toute forme - totale ou partielle - de retrait de sanctions pénales antérieurement applicables, tandis que je désigne par décriminalisation le processus qui implique l'élimination de toute sanction pénale qui résulte de la suppression de la qua-

(1) Sur l'ensemble du problème, je me suis très largement inspiré de certains de mes travaux antérieurs, en particulier *Le dédoublement pénal. A propos de la dépénalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, 6, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

lité même d'infraction pénale antérieurement attachée à un acte déterminé. Pour le surplus, je prends le terme "décriminalisation" dans un sens tout à fait neutre du point de vue du régime de substitution éventuel dont il s'accompagne, au sens où ce terme ne préjuge pas, dans le sens que je lui donne, d'un type de réaménagement spécifique.

Pourquoi et quand le problème de la décriminalisation s'est-il posé aux Etats-Unis ?

Pourquoi, tout d'abord. En simplifiant les choses à l'extrême, je crois qu'on peut dire qu'il existe à la fois des facteurs explicatifs propres aux Etats-Unis et d'autres que l'on rencontre à peu près au même moment dans la plupart des pays occidentaux.

Parmi les facteurs spécifiques aux Etats-Unis, on peut d'abord citer le fait que la révolution américaine de la fin du XVIIIe siècle n'a pas, contrairement à la révolution française, par exemple, entraîné un processus de sécularisation de la législation et en particulier un processus de décriminalisation d'un certain nombre d'infractions, dont le contenu paraissait directement lié à l'influence d'une morale religieuse. Il en résulte notamment que de nombreuses infractions en matière sexuelle, telles que la fornication, la cohabitation, l'adultère, l'inceste ou la sodomie, par exemple, se sont trouvées incorporées dans la législation américaine de la fin du XVIIIe et du début du XIXe siècle, alors qu'elles avaient été supprimées en France au lendemain de la Révolution.

C'est ce premier phénomène spécifique qui a d'ailleurs fait dire à Morris et Hawkins en 1970 que "si l'on fait exception du cas de Genève au XVIe siècle sous Calvin, l'Amérique possède le droit pénal le plus moraliste que le monde ait jamais connu" (2).

Un deuxième phénomène réside sans doute dans l'idéal réformateur - dont les racines religieuses sont également claires - et qui occupe depuis toujours, comme on le sait, une place essentielle au niveau des représentations dominantes dans la vie sociale et politique des Etats-Unis.

(2) M. MORRIS et G. HAWKINS, *The /ioneaf poeificiun'e guide fo cime canfzot*, Chicago, 1970, p. 15.

Si cet idéal a joué un rôle décisif dans la conception "réhabilitatrice" de la peine, il n'est sans doute pas étonnant non plus à la confiance particulière qu'a eue traditionnellement la société américaine dans le pouvoir des lois et des lois pénales en particulier, d'influencer et de modifier le comportement des citoyens et de rendre vertueux par la contrainte. Ici encore, des auteurs comme Morris et Hawkins ont eu l'occasion de souligner combien cette conception était sans doute illusoire, mais néanmoins bien présente.

Enfin, un troisième facteur réside sans doute dans une forme de pragmatisme typiquement américain qui ne paraît sans doute pas spontanément compatible avec le moralisme que j'ai déjà évoqué, mais qui devait, tôt ou tard, en dénoncer les excès, au nom de considérations plus utilitaires et instrumentales.

A ces différents facteurs plus ou moins spécifiques, on peut évidemment encore ajouter un phénomène général qui est celui, bien connu, de l'inflation pénale ou, plus précisément, dans les termes habituellement utilisés aux Etats-Unis, le phénomène de "l'overcriminalization" (sur-criminalisation) ou de l'"overreach of the criminal law" (c'est-à-dire le fait que le droit pénal en se démultipliant se fixe des objectifs qui dépassent ses limites et présume de ses forces).

Si ces différents facteurs expliquent au moins partiellement pourquoi un mouvement de décriminalisation s'est développé aux Etats-Unis, comment peut-on le situer dans le temps

On cite généralement, à cet égard, les années 1960 et 1970 et c'est sans doute entre 1960 et 1975 que ce mouvement a été le plus vivant au niveau théorique et qu'il a abouti aux modifications les plus importantes au niveau législatif. Plusieurs études quantitatives consacrées à l'évolution du taux net de criminalisation aux Etats-Unis entre 1948 et 1978 montrent en effet que ce taux est en accroissement constant, si l'on excepte précisément deux périodes relativement courtes situées l'une entre 1961 et 1965 et l'autre entre 1967 et 1969, périodes où la décriminalisation de plusieurs infractions fait sentir ses effets (3). D'autre part, les principales publica-

(3) Cf. notamment A.M. HEINZ, *GovcAnmen-al z pon,~e,6 Lo clime i_/e changing context o/ caimina/ Law*, Washington, 1982, p. 71.

tions sur le sujet, telles que celles de Kadish, Skolnick, Schur, Geis, Packer, Allen, Morris et Hawkins, datent aussi de cette période.

Il va de soi cependant que ce mouvement de réforme a de nombreux antécédents et que, sans devoir remonter à la décriminalisation des infractions commises par les mineurs ou par les aliénés, qui est évidemment bien antérieure et dont je ne parlerai pas ici, on peut en particulier citer les travaux de cet Institut juridique privé qu'est l'American Law Institute qui fut fondé en 1923 et qui, dès 1931, proposa d'élaborer un modèle de code pénal, proposition qui ne prit forme qu'en 1952 et aboutit à des travaux d'une importance capitale du point de vue qui nous occupe ici (4). D'autre part, si l'on constate, aux environs des années 1975, le développement de mouvements en sens inverse qui vont progressivement s'amplifier, il est certain que le mouvement de décriminalisation est loin d'avoir disparu et l'on peut citer des travaux publiés en ce sens depuis 1980, tels que ceux de Conrad et Schneider (5), Bonnie (6), Richards (7), Aaronson, Dienes et Musheno (8) par exemple.

2/ Après avoir situé le cadre dans lequel le mouvement et le processus de décriminalisation se sont développés, tâchons d'en préciser l'origine et les caractéristiques.

On peut d'abord rappeler que le mouvement américain de décriminalisation, dans son ensemble, est loin d'être un mouvement abolitionniste, au sens où il viserait à la disparition du droit pénal dans son ensemble. L'idée même de surcriminalisation laisse entendre qu'il faut pouvoir criminaliser, mais à bon escient et dans des limites acceptables. L'objectif n'est donc pas la remise en question du système pénal en tant que tel,

-
- (4) The American Law Institute, *Model Penal Code. Tentative Draft No. 1*, Philadelphie, 1953-1962; *Proposed Official Draft*, Philadelphie, 1962.
- (5) P. CONRAD et W. SCHNEIDER, *Deviance and Medicalization. From Madness to Mental Illness*, St. Louis, 1980.
- (6) R.J. BONNIE, *Alcoholism and Criminalization. Essay on the Theory and Practice of Decriminalization*, Charlottesville, 1980.
- (7) D.A.J. RICHARDS, *Sex, Drugs, Death and the Law. An Essay on Human Liberty and Overcriminalization*, Totowa, 1982.
- (8) D.E. AARONSON, C.Th. DIENES et M.C. MUSHENO, *Public Policy and the Law. A Study of Decriminalization*, New York, 1984.

mais la rationalisation de celui-ci, par le réajustement des buts poursuivis et la réallocation des moyens disponibles.

On constate, dès lors, que le mouvement de décriminalisation s'est surtout centré sur un triple objet : sont d'abord visées un certain nombre d'infractions constitutives d'un véritable état ou d'une condition (*o « enhee o~ statue*), telles que le vagabondage, l'alcoolisme ou la toxicomanie; sont visées ensuite infractions, généralement qualifiées de "morales" (*mo'za LL ol,eneeee*), telles que l'adultère, l'avortement, le jeu, la sodomie, la pornographie ou les relations homosexuelles; sont visées enfin des infractions qualifiées généralement de "réglementaires" (*2egu~atony o~/eneeee*) ou socio-économiques (*puU.ic we4 aie o«eneeee*). On pourrait encore ajouter que le processus de décriminalisation a partiellement visé aussi certaines infractions mineures (*o«eneeee*) comme certaines infractions légères en matière de circulation routière, mais ces infractions n'ont généralement pas refait, comme telles, l'attention des principaux représentants du mouvement de décriminalisation aux Etats-Unis.

Dans la mesure où la plupart des auteurs cités s'accordent pour reconnaître que ces différentes infractions pénales doivent disparaître, quels sont les critères sur lesquels ils se sont fondés pour aboutir à une telle conclusion ?

Ce qu'on constate d'emblée, c'est que les critères évoqués varient non seulement pour partie d'un auteur à l'autre, mais également en fonction des problèmes abordés.

Plus fondamentalement cependant, ces critères me semblent relever de rationalités différentes qui ne s'excluent d'ailleurs pas nécessairement l'une l'autre, ni en droit ni en fait. En termes de modèles, on peut reprendre à cet égard l'opposition wébérienne entre *1Jentnat iona.Êitc t* et *Zweckiat.ionaLiir t*, *C'est-à-dire* entre une rationalité axiologique et une rationalité instrumentale. Cette oscillation apparaît clairement à propos des trois catégories d'infractions que j'ai citées.

a) En ce qui concerne les *in~nacLione d'état*, tout d'abord, il est certain que plusieurs arguments en faveur de la décriminalisation se rattachent à une logique instrumentale ou

utilitariste : dans le cas du vagabondage, en particulier, on a pu invoquer le fait que cet état n'était, en réalité, ni domageable ni dangereux; dans le cas du vagabondage, malgré les arguments contraires qu'on avait pu invoquer dans le passé en termes d'intérêt économique, de nuisance sociale ou d'ordre public, comme dans celui de l'alcoolisme et de la toxicomanie, on a fait valoir également l'inefficacité de la loi pénale en termes de prévention tant générale que spéciale; enfin, on a invoqué le coût considérable et l'effet d'encombrement et de paralysie qui risquait de découler de l'intervention du système pénal dans de telles matières.

En ce qui concerne la toxicomanie, on a fait valoir, de plus, que le fait d'ériger l'achat ou la possession de drogue en infraction pénale était non seulement inefficace, mais encore criminogène, dans la mesure où il était source de multiples infractions collatérales destinées à surmonter les obstacles nés d'une telle incrimination.

Il est certain cependant que ces arguments utilitaristes ne sont pas les seuls à avoir été invoqués, ni même sans doute les plus décisifs.

D'une manière générale, c'est l'idée même qu'un état ou une condition puissent, en soi, faire l'objet d'une incrimination, qui a fait l'objet des plus vives critiques. Or, à travers les arguments constitutionnels précis qu'on a pu invoquer en ce sens, il est clair que c'est une certaine conception de **la** protection de la liberté individuelle face aux exigences de la sécurité publique, qui est ici en question. Il s'agissait d'assigner, en particulier, à des considérations utilitaristes de prévention, une limite d'ordre essentiellement axiologique.

Il en va de même d'un autre argument essentiel qui a consisté à souligner le pouvoir discrétionnaire que de telles lois confiaient aux organes d'application, d'où risquent de résulter à la fois des pratiques discriminatoires et des violations de la vie privée. Il en va de même, enfin, de l'argument tiré du caractère excessivement vague des termes dans lesquels ces états étaient généralement définis, où l'on retrouve le souci de protection de la liberté individuelle, déjà évoqué.

b) En ce qui concerne les *inZiacLione mo'ta/ei*, ensuite, il est clair que chez les principaux représentants du mouvement de décriminalisation, à tout le moins, c'est une rationalité instrumentale cette fois qui prédomine. Comme on le verra cependant, en contrepoint de cette rationalité, et sans que ces auteurs l'admettent toujours explicitement, il apparaît qu'une rationalité axiologique joue également un rôle non négligeable. Enfin, il faut souligner que certains auteurs et, parmi les plus récents, il faut notamment citer le cas très représentatif de Richards, admettent explicitement que seule une telle rationalité axiologique peut emporter la conviction en cette matière.

En ce qui concerne la position dominante, on peut considérer qu'elle se veut fondamentalement utilitariste. Elle l'est d'abord en ce qu'elle n'admet que l'incrimination d'un comportement qui est susceptible de produire un mal à une victime identifiable et non l'incrimination d'un comportement par le seul fait que celui-ci serait considéré comme immoral (dans cette logique prédomine donc manifestement la protection d'intérêts sur la protection de valeurs). De ce point de vue, l'argument essentiel invoqué en faveur de la décriminalisation des infractions morales réside donc dans le fait que celles-ci sont des *v.icJLm-/eh4 crime,3*, c'est-à-dire non pas nécessairement des crimes sans victimes au sens large du terme, mais des comportements qui impliquent des personnes qui ne se considèrent pas elles-mêmes comme victimes (ce que Bentham appelait des "délits contre soi-même") ou qui n'impliquent aucune victime identifiable qui pourrait se plaindre d'une atteinte directe à son propre intérêt.

Cette position est cependant aussi utilitariste en ce qu'elle tient compte des *conae.quence~* à la fois favorables et défavorables qui découlent d'une incrimination. Or, à cet égard, l'argument consiste, comme on le sait, à souligner le fait que les effets néfastes (les coûts) l'emportent sur les bénéfiques. Pour reprendre l'expression de Morris et Hawkins, l'intervention pénale en cette matière leur paraît à la fois "coûteuse, inefficace et criminogène".

Elle est coûteuse, dans la mesure où le nombre important d'infractions commises dans ces différents domaines nécessiterait, en principe, un effectif administratif, policier et judiciaire considérable pour assurer leur répression.

Elle est inefficace, en raison du fait que leur caractère consensuel rend leur détection difficile et leur prévention incertaine.

Elle est criminogène également à de nombreux égards des difficultés de détection de ce type de comportement incitent les autorités elles-mêmes à commettre des infractions pour arriver à leurs fins; l'incrimination de ces comportements induit souvent une criminalité secondaire (développement d'une sous-culture déviante, incitation à commettre d'autres infractions afin de se procurer le bien ou le service prohibé, etc.); la prohibition de certains biens ou de certains services opère une raréfaction de ceux-ci sur le marché, induisant des bénéfices considérables pour ceux qui les distribuent illégalement et jouant un rôle d'incitant à leur égard (phénomène du *crime*

Enfin, ces différents effets néfastes risquent de discréditer l'image et le fonctionnement du système pénal dans son ensemble.

Bien que les auteurs qui se rattachent à cette position dominante affirment à de nombreuses reprises qu'ils ne s'appuient sur aucun principe philosophique ou moral, mais uniquement sur des arguments de praticabilité, il paraît certain qu'une rationalité de type axiologique sous-tend leur argumentation et se manifeste parfois de manière explicite. Il en va notamment ainsi de l'argument souvent invoqué du respect de la vie privée du citoyen ainsi que du respect du principe d'égalité dans l'application de la loi.

On peut dire a fortiori que cette rationalité axiologique occupe une place prédominante dans la position adoptée par certains auteurs comme Richards qui estime dans une tradition néo-kantienne, que c'est principalement au nom du respect fondamental de la capacité des personnes à poursuivre leurs fins d'une manière responsable qu'il faut condamner l'incrimination de la plupart des infractions morales. C'est donc, paradoxalement, au nom de l'immoralité de l'incrimination elle-même, en tant qu'elle

heurterait le principe d'autonomie des personnes, que la décriminalisation des infractions morales se trouve alors justifiée.

2/ J'en viens enfin aux *inZnaction,~ en maJLèie iocia~e* et économique. C'est peut-être ici que la position dominante des représentants du mouvement de décriminalisation est la plus paradoxale.

En effet, si des arguments d'ordre instrumental sont également invoqués en faveur de la décriminalisation de ce type d'infractions, on constate que des arguments d'ordre axiologique occupent une place tout à fait décisive. Ce qui est évidemment paradoxal, c'est que ces arguments aient été précisément invoqués par des auteurs qui se qualifient eux-mêmes de pragmatiques et qui avouent leur filiation au moins partielle par rapport à l'utilitarisme, alors que les auteurs qui adoptent, en général, à l'égard du droit pénal une position explicitement moraliste en viennent rarement à prôner une véritable décriminalisation de ce type d'infraction.

En quoi consistent ces deux types d'arguments ?

Sur un registre instrumental, les arguments concernent essentiellement **le** manque d'e/~LcacLLé de la norme pénale en ces matières. Une première cause réside, dira-t-on, dans la difficulté de dé~Lnin, dans des matières aussi controversées et variables, la conduite prohibée de telle manière qu'elle réponde à la fois aux exigences de précision du droit pénal et aux exigences de flexibilité inhérentes à la politique économique. Une deuxième cause réside dans la difficulté d'atteindre les véritables responsables de l'infraction et, par voie de conséquence, d'appliquer des sanctions efficaces.

Sur un registre axiologique, d'autre part, ces auteurs soulignent généralement le caractère moralement neutre de telles infractions ou, en tout cas, la difficulté pour l'opinion publique de se convaincre du caractère moralement répréhensible de comportements qui, très souvent, présentent de nombreuses analogies avec des comportements considérés comme licites. L'application de sanctions pénales sur une telle base heurte, dès lors, le sentiment de la justice et de l'équité.

S'il est vrai qu'un auteur comme Kadish donne à cet argument axiologique une lecture partiellement instrumentale, en ce sens qu'il y voit un danger pour le droit pénal de voir son efficacité réduite dans son ensemble, il n'existe, par contre, aucune équivoque pour un auteur comme Packer, par exemple. Ce dernier considère en effet que le caractère immoral d'un comportement, entendu comme le fait que celui-ci soit généralement jugé immoral, sans dissensus significatif, constitue non seulement une condition d'efficacité de la loi pénale, mais une condition de légitimité dans une société démocratique et pluraliste.

3/ Après avoir rappelé les principaux arguments invoqués en faveur de la décriminalisation de certaines catégories d'infractions, je voudrais rapidement évoquer le problème du régime éventuel qui est destiné à remplacer l'incrimination. Ce que l'analyse de ces débats revèle clairement, d'une façon générale, c'est que la décriminalisation d'un comportement est loin d'être nécessairement synonyme d'approbation, de reconnaissance juridique ou sociale positive, ni même de non-intervention.

J'ai eu l'occasion de distinguer dans mon ouvrage un certain nombre de modèles de réaménagement possible qui traduisent bien évidemment à l'égard du comportement décriminalisé des attitudes très différentes qui vont de la pleine reconnaissance juridique et sociale à la prohibition juridique civile ou administrative et à la prévention, en passant par l'indifférence, la reconnaissance conditionnelle, la tolérance partielle, la dissuasion ou la suppression pure et simple du comportement. Je ne vais pas revenir ici sur l'analyse de ces différents modèles. Je me contenterai d'évoquer rapidement ceux qui ont été généralement proposés pour les différents types de comportements que j'ai cités.

a) Pour les *gin(ac-iva- d'éLa.t*, tout d'abord, différents modèles ont été envisagés selon le cas.

En matière de vagabondage, la solution souvent préconisée réside dans une forme d'indifférence juridique à l'égard de l'état spécifique de vagabond, qui s'accompagne de nouvelles incriminations.

minations pénales à l'égard de comportements spécifiques définis d'une manière plus précise et considérés comme attentatoires à l'ordre public.

En matière d'alcoolisme, les auteurs se sont généralement efforcés de dépasser la dichotomie classique entre modèle pénal et modèle médical et on a pu préconiser notamment un modèle social d'hébergement momentané ou d'assistance et de traitement plus prolongé, mais fondé sur **le** consentement de l'intéressé, plutôt que sur la contrainte, comme le présuppose le modèle médical classique.

En matière de toxicomanie, enfin, la combinaison d'un double modèle se trouve généralement proposé : modèle de réglementation qui subordonne l'importation, la fabrication et la distribution de drogue à des conditions restrictives et modèle médical qui inclut dans ces conditions le fait que la consommation soit autorisée par un médecin et prenne place dans le cadre d'un traitement.

b) Pour les *in~aacLLon,6 motaLe~*, on peut également citer différents modèles qui ont été proposés.

Pour le jeu, par exemple, c'est également un modèle spécifique de réglementation qu'on propose généralement (*LicencLng mode*) où l'ouverture d'un établissement de jeu est soumise à une autorisation préalable et à un contrôle régulier, couplé généralement avec un modèle de fiscalisation où un impôt normalement plus élevé frappe ce type d'activité et est censé partiellement le dissuader.

Pour l'avortement, prédomine généralement un modèle de réglementation qu'on qualifie parfois de médical, dans la mesure où c'est un médecin seul qui se trouve autorisé à le réaliser, généralement dans des conditions hospitalières précises, et parfois même à en prendre la décision, sur base de raisons ayant elles-mêmes un caractère médical. Lorsque tel n'est pas le cas, on se rapproche alors d'un modèle de légalisation à part entière qui peut encore prendre une forme plus ou moins active, selon que le droit reconnu à la femme d'avorter présente la nature d'une simple liberté ou d'un véritable droit de créance à l'égard de l'Etat qui contracte l'obligation d'en assumer la charge financière.

En ce qui concerne l'adultère, le modèle de remplacement consiste généralement dans le recours exclusif aux sanctions civiles que constituent le divorce et la pension alimentaire.

Pour la plupart des autres infractions en matière sexuelle, une distinction est clairement établie entre les actes accomplis en privé entre adultes consentants et les autres, seuls les premiers devant faire l'objet d'une décriminalisation.

Le modèle de remplacement généralement proposé dans ce cas réside dans la simple indifférence juridique, écartant aussi bien le modèle médical préconisé officiellement par l'Association psychiatrique américaine de 1952 à 1973 pour l'homosexualité, que le modèle de légalisation à part entière réclamée notamment par les mouvements homosexuels.

Dans la mesure où l'activité en question possède un caractère partiellement commercial, comme c'est le cas pour la vente de matériel pornographique ou la prostitution, les auteurs se montrent généralement plus favorables à un modèle de réglementation qui peut inclure notamment la technique du "zoning", c'est-à-dire du regroupement obligatoire de telles activités dans une zone géographique déterminée.

c) Enfin, pour les *infractions en matière de Lèse Société ou économique*, les auteurs proposent généralement une combinaison entre un modèle de réglementation, un modèle de sanctions civiles et administratives (dommages et intérêts et amendes administratives) et un modèle de régularisation aboutissant à la simple cessation de l'activité illicite.

Comme on le voit, dès lors, le phénomène de décriminalisation est loin d'être homogène, aussi bien quant aux critères sur lesquels il se fonde que quant au régime de substitution dont il s'accompagne.

4/ J'en viens maintenant à la dernière question que Pierre Lascoumes m'a demandé d'aborder, à savoir la détermination des critères d'incrimination qui se dégagent, a contrario, du mouvement de décriminalisation.

Bien qu'il s'agisse sans doute, a priori, de l'exercice le plus difficile et que j'aurais dû y consacrer un examen plus

détaillé, je me contenterai de reprendre en substance la réponse que Herbert Packer a donnée à cette question en énumérant six critères permettant de définir l'usage optimal des sanctions pénales (9).

1. La conduite doit être considérée par la plupart des gens comme un comportement socialement dommageable et ne doit pas être acceptée par une partie significative de la société (critère d'un véritable consensus social quant au caractère condamnable d'un comportement).

2. L'incrimination de ce comportement ne doit pas être incompatible avec les buts de la peine, c'est-à-dire, selon Packer, un but essentiellement préventif, limité par l'idée que cette prévention ne peut être atteinte qu'en punissant une personne coupable d'avoir commis un acte répréhensible. Il faut donc, à la fois, qu'il y ait matière à rétribution (condition nécessaire) et que le recours à la peine puisse effectivement prévenir l'accomplissement de ce type de comportement.

3. Il faut que la suppression du comportement incriminé n'élimine pas une conduite socialement désirable (condition typiquement utilitariste).

4. Il faut que l'on puisse mettre en oeuvre les peines prévues à l'égard de ce comportement, sans arbitraire et sans discrimination.

5. Le fait de soumettre ce comportement à un traitement pénal ne doit pas entraîner des distorsions qualitatives ou quantitatives excessives (coût excessif ou pratiques illégales).

6. Il faut qu'il n'y ait aucune alternative raisonnable à l'intervention du droit pénal (principe de subsidiarité du droit pénal).

S'il est certain que ces différents critères ne fournissent pas une réponse décisive au problème de l'incrimination de tout comportement quelconque, ils n'en constituent pas moins des guides utiles qui suggèrent en tout cas que la rationalité qui doit régir le processus d'incrimination est de nature à la fois instrumentale et axiologique.

(9) H.L. PACKER, *Life limit, or the criminal law as sanction*, Stanford, 1968, p. 296.