

## Zur Diskussion / A discuter

# La nouvelle Loi sur les Cartels: Un Vade-mecum pour les Entreprises

Patrick Krauskopf\* / Corinne Pirlot Pittet\*\*

*L'entrée en vigueur imminente de la Loi sur les cartels révisée, prévue pour le 1er avril 2004, induit de nouveaux risques pour les entreprises: celles-ci pourront se voir infliger directement des amendes par la Commission de la concurrence. Dans le présent article, quelques conseils sont dès lors donnés aux entreprises afin de réduire ces risques. Ceux-ci pourront notamment être maîtrisés grâce à différents instruments légaux mis à disposition des entreprises soucieuses de respecter la loi. Enfin, sera abordée la question d'actualité relative à la mise en place au sein des entreprises d'un programme efficace de conformité (compliance program) avec la loi sur les cartels.*

*In Kürze, voraussichtlich am 1. April 2004, tritt das revidierte Kartellgesetz in Kraft. Auf Unternehmen kommen neu bisher nicht gekannte Risiken in Form von direkten Sanktionen (Geldbussen) zu. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, wie Unternehmen das Bussgeldrisiko minimieren können. Es werden die unterschiedlichen Vorkehrungen aufgezeigt, die es Unternehmen ermöglichen, sich gegen das finanzielle Risiko eines Kartellrechtsverstosses abzusichern. Schliesslich befasst sich der Beitrag auch mit dem zurzeit vieldiskutierten Thema der Kartellrechts-Compliance-Programme.*

- I. Introduction**
  - II. Les nouveaux risques**
    - 1. Les trois hypothèses à risque
    - 2. La réalisation des risques
  - III. Les mesures de prévention à l'égard de l'autorité (Comco)**
    - 1. L'annonce préalable (art. 49a al. 3 let. a LCart)
    - 2. La période de grâce (dispositions transitoires)
    - 3. Le programme de clémence (art. 49a al. 2 LCart)
  - IV. Les mesures de prévention internes à l'entreprise**
    - 1. L'élaboration d'un programme de conformité
    - 2. Les préparatifs internes pour l'annonce à l'autorité
    - 3. Les préparatifs pour le programme de clémence
    - 4. Le comportement pendant une perquisition («dawn-raid»)
  - V. Perspectives**
- Résumé / Zusammenfassung

## I. Introduction<sup>1</sup>

Le 20 juin 2003, le Parlement suisse a ouvert une nouvelle ère pour le droit de la concurrence en adoptant définitivement la révision partielle de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251). La nouvelle loi<sup>2</sup> ainsi que les ordonnances d'application<sup>3</sup> devraient entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2004.

Il est donc grand temps pour les entreprises, si cela n'est pas encore fait, de se préparer à la nouvelle loi. Les simples décisions d'interdiction «indolores» de la Commission de la concurrence (Comco) font

<sup>1</sup> Cet article se base sur les exposés oraux présentés par les auteurs le 2 juillet 2003 lors d'une séance d'information organisée conjointement par Ernst & Young SA et la Chambre de commerce et d'industrie de Genève.

<sup>2</sup> Texte adopté publié dans la Feuille fédérale (FF) 2003, 4061.

<sup>3</sup> La LCart révisée sera accompagnée de la nouvelle ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart). En outre, deux ordonnances connaîtront des modifications suite à la révision de la loi: l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4) et l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2).

partie du passé<sup>4</sup>. La Comco, suivant la recommandation de l'OCDE<sup>5</sup>, est désormais habilitée à imposer des sanctions directes (amendes) à la première infraction au droit des cartels. Ces amendes pourront atteindre un montant maximal de 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart).

– La nouvelle LCart sera plus efficace sur deux plans: premièrement grâce à l'effet préventif lié à la menace d'amendes dissuasives, et deuxièmement grâce à l'introduction d'un programme de «clémence» qui a pour but d'inciter les entreprises à dénoncer elles-mêmes l'existence de cartels dont elles font partie afin de bénéficier d'une remise totale ou partielle de l'amende<sup>6</sup>. Le risque d'être dénoncé par ses partenaires devrait même décourager, en premier lieu, la formation des cartels.

– En outre, ces nouvelles dispositions concernent toute entreprise qui opère directement ou indirectement sur le territoire suisse, quel que soit son lieu d'établissement (art. 2 LCart). A cet égard, la révision a précisé par un nouvel art. 2 al. 1bis LCart que la notion d'entreprise au sens du droit des cartels comprend également les entités non dotées de personnalité juridique propre, en particulier les entités décentralisées de l'Etat qui interviennent sur le marché en tant qu'offreur ou demandeur<sup>7</sup>.

Dans le présent article, nous nous proposons de présenter, d'une part, les nouveaux risques auxquels seront exposées les entreprises sous la nouvelle loi (II.) et d'autre part, les différentes mesures que les entreprises peuvent prendre afin de se prémunir contre ces nouveaux risques, que ce soit à l'égard de l'autorité (III.) ou de manière interne (IV.).

## II. Les nouveaux risques

### 1. Les trois hypothèses à risque

Seules les violations dont les effets sont les plus dommageables pour la concurrence pourront être sanctionnées directement en vertu du nouvel art. 49a al. 1 LCart<sup>8</sup>. Pour toutes les autres violations, l'ancien régime des sanctions indirectes reste applicable: les autorités ne pourront sanctionner les entreprises qu'en cas de non-respect de la décision interdisant la restriction à la concurrence, respectivement de l'accord amiable conclu avec les autorités pour supprimer la restriction (art. 50 LCart)<sup>9</sup>. Concrètement, les risques de sanctions directes peuvent provenir de trois types d'infractions: les accords horizontaux dits «durs», les accords verticaux dits «durs» et les abus de position dominante.

#### a) Les accords horizontaux dits «durs» (art. 5 al. 3 LCart)

La nécessité de la révision de la LCart a été particulièrement soulignée en rapport avec des cartels horizontaux dits «durs» tels que le cartel mondial des vitamines<sup>10</sup> ou, pour citer un cas plus national, le cartel de l'asphalte en Suisse orientale<sup>11</sup>.

– Par accords horizontaux «durs», on entend les accords entre entreprises directement concurrentes qui portent sur la fixation des prix, des quantités, qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition selon les partenaires commerciaux. Ces trois types d'accords horizontaux sont désignés par le terme de «cartels durs» ou «hard-core» car les concurrents directs éliminent l'un, voire plusieurs des paramètres les plus importants sur lesquels peut jouer la concurrence.

– Font également partie des cartels horizontaux «durs» les cartels de soumission<sup>12</sup> («bid rigging»). Dans un cartel de soumission, des entreprises directement concurrentes se mettent d'accord, lors d'un appel d'offre, sur l'entreprise qui recevra le marché et fixent leur prix en conséquence.

<sup>4</sup> Cf. le professeur von Büren, ancien Président de la Comco: «Dans ce domaine, en Suisse, le premier crime est gratuit».

<sup>5</sup> OECD – Economic Survey of Switzerland, 2002, 15.

<sup>6</sup> Message relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001 (ci-après: Message), FF 2002, 1922.

<sup>7</sup> Le libellé du nouvel art. 2 al. 1bis LCart est le suivant: «Est soumise à la présente loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique»; voir à cet égard P. Krauskopf, Das verschärfte Kartellgesetz: Kostspielige Risiken, Droit de la construction 2003, 122.

<sup>8</sup> Message (n. 6), 1925.

<sup>9</sup> Le cadre de la sanction indirecte de l'art. 50 LCart a d'ailleurs été adapté sur le modèle de l'art. 49a al. 1 LCart.

<sup>10</sup> Droit et Politique de la Concurrence (DPC) 2000, 186.

<sup>11</sup> DPC 2000, 588.

A la différence du droit de l'Union européenne et de nombreux pays de l'OCDE, les accords horizontaux susmentionnés sont «seulement» présumés supprimer la concurrence efficace (art. 5 al. 3 LCart).

– Ces types d'infraction ne sont en effet pas per se contraires à la loi. Partant, la présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée. Dans l'hypothèse d'un renversement de cette présomption, les autorités de la concurrence devront examiner, dans un deuxième temps, si l'accord affecte de manière notable la concurrence (art. 5 al. 1 LCart) et si la restriction notable est justifiée par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart).

– S'il n'existe pas de motifs d'efficacité économique, l'accord sera alors déclaré illicite. Dès lors, l'entreprise concernée se verra infliger une amende même dans les cas où l'accord constitue «seulement» une affectation notable à la concurrence non justifiée par des motifs d'efficacité économique. En effet, ce qui est déterminant pour l'application de sanctions directes, c'est le type d'accord ou de comportement incriminé (par ex. un accord horizontal sur les prix)<sup>13</sup>.

#### *b) Les accords verticaux dits «durs» (art. 5 al. 4 LCart)*

Le législateur était également fermement décidé à s'attaquer à la problématique de la «cherté helvétique»<sup>14</sup> qui découlerait en particulier des accords verticaux qui isolent artificiellement le marché suisse des marchés étrangers.

– Par accords verticaux, on entend les accords passés entre des entreprises occupant des échelons différents du marché, par exemple, les accords passés entre un fabricant et un détaillant pour la distribution d'un produit<sup>15</sup>.

– Sur le modèle de la présomption de suppression de la concurrence efficace qui existe pour les accords horizontaux dits «durs» (art. 5 al. 3 LCart), le Parlement a introduit une présomption identique pour deux types d'accords verticaux (art. 5 al. 4 LCart). Cette présomption concerne, d'une part, les accords verticaux par lesquels un prix de revente minimum ou fixe est imposé, et d'autre part, les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. Concrètement, l'interdiction des «ventes actives» est licite (un revendeur A peut se voir interdire dans un contrat de démarcher dans la zone d'exclusivité d'un revendeur B). A contrario, l'interdiction des «ventes passives» est un comportement présumé illicite selon le droit de la concurrence (un revendeur A ne saurait être empêché de répondre à une demande spontanée émanant d'un client situé dans la zone d'exclusivité d'un revendeur B).

Comme pour les accords horizontaux dits «durs», cette présomption est réfragable. Par ailleurs, cette nouvelle présomption de l'art. 5 al. 4 LCart confirme la pratique récente de la Comco telle qu'établie dans la Communication générale sur les accords verticaux<sup>16</sup> et la Communication spécifique à la distribution automobile<sup>17</sup>. D'après ces deux communications, les deux types d'accords visés par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart constituent en principe une restriction notable à la concurrence, et cela, indépendamment des parts de marché des entreprises parties à l'accord.

#### *c) Les cas d'abus de position dominante (art. 7 LCart)*

Finalement, le Parlement a décidé d'agir de façon plus résolue contre les entreprises qui abusent de leur position dominante au sens de l'art. 7 LCart.

---

<sup>12</sup> Exemple d'un cartel de soumission (rénovation de la façade de la bibliothèque nationale), DPC 2002, 130 ss. (non exécutoire); voir également Krauskopf (n. 7), 123.

<sup>13</sup> Message (n. 6), 1925; P. Krauskopf / L. Corgier, La révision de la loi sur les cartels, Plädoyer 3/2003, 48.

<sup>14</sup> Voir le communiqué de presse du 3 février 2003 de l'Office fédéral de la statistique; Cf. également La Vie économique, 7/2003, thème du mois: La Suisse, îlot de cherté, 4–29.

<sup>15</sup> L. Aeschlimann / A. Palasthy, Contrats de distribution et droit de la concurrence (LCart), Bulletin d'information CEDIDAC n° 35, mai 2002, 3.

<sup>16</sup> DPC 2002, 407.

<sup>17</sup> DPC 2002, 778.

- D'abord, il a modifié la notion de position dominante définie à l'art. 4 al. 2 LCart<sup>18</sup>. Cette modification aura pour conséquence que, dans son appréciation d'une position dominante, la Comco devra prendre en compte de façon plus systématique les rapports de dépendance générés par la structure du marché entre l'entreprise puissante sur le marché et ses acheteurs ou fournisseurs<sup>19</sup>.
- Ensuite, comme les conséquences économiques des abus de position dominante pour la concurrence ne diffèrent pas des dommages causés par les cartels dits «durs» (art. 5 al. 3 LCart), il a armé les autorités de la concurrence de la possibilité de sanctionner directement de tels abus. A titre d'exemple d'abus de position dominante, on peut mentionner l'imposition par un monopoliste de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable (art. 7 al. 2 let. c LCart)<sup>20</sup>.

## 2. La réalisation des risques

### a) En général

Les risques encourus par les entreprises participant à des accords illicites ou abusant de leur position dominante sont de nature à la fois administrative (aa), pénale (bb) et civile (cc). Les autorités de la concurrence infligent des sanctions à la fois administratives et pénales alors que le juge civil est compétent pour les prétentions de nature civile<sup>21</sup>.

#### aa) Risques administratifs

Sur le plan administratif, et ce dès l'entrée en vigueur de la nouvelle LCart, les entreprises devront compter avec un nouveau risque: celui de se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart). Il sied de rappeler que l'ouverture d'une enquête administrative par les autorités de la concurrence peut se faire d'office ou sur plainte des personnes lésées (art. 26 LCart). Bien que les plaintes ne donnent pas droit à l'ouverture d'une enquête préalable ou d'une enquête, il existe un risque pour les entreprises participant à un cartel de se voir dénoncées et leur activité illicite mise au jour.

- Le risque d'être dénoncé sera accru suite à l'entrée en vigueur du nouveau programme de clémence (cf. infra III.3.), dès lors que les propres membres d'un cartel seront fortement incités à dénoncer son existence afin d'obtenir une suppression ou réduction du montant de l'amende. Les risques de nature administrative encourus par les entreprises seront tant internes (autres participants au cartel) qu'externes (personnes lésées).
- La sanction administrative ne pourra être prononcée que de pair avec une décision finale constatant l'illicéité d'une restriction à la concurrence (art. 30 LCart)<sup>22</sup>.

#### bb) Risques pénaux

Un nombre grandissant de pays<sup>23</sup> connaissent, sur le modèle américain, des sanctions pénales (amendes et/ou peines privatives de liberté) pour les personnes physiques responsables des infractions au droit de la concurrence. En effet, la «simple» amende administrative infligée à l'entreprise s'avère parfois insuffisante pour dissuader les individus de violer la loi<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> Le nouveau libellé de l'art. 4 al. 2 LCart est le suivant (ajout en italique): «Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants du marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs)».

<sup>19</sup> Cela correspond déjà en grande partie à la pratique la plus récente, voir par ex. Coop / Waro, DPC 2003, 559.

<sup>20</sup> Sur la question de l'imposition de conditions commerciales inéquitables cf. Commentaire Romand (Droit de la Concurrence) – E. Clerc, Art. 7 LCart n° 185; P. Krauskopf, Die Kontrolle von Freizeichnungen im Vertrags- und Wettbewerbsrecht, Droit de la construction 1999, 28.

<sup>21</sup> Cf. art. 12 et s. LCart.

<sup>22</sup> Message (n. 6), 1922.

<sup>23</sup> Outre les Etats-Unis, connaissent des sanctions pénales en droit de la concurrence notamment la Grande-Bretagne, l'Irlande, le Canada, le Japon, la Corée, la Norvège et l'Allemagne (pour les cartels de soumission).

<sup>24</sup> Rapport OCDE 2002, Lutte contre les ententes injustifiables – Effets dommageables, sanctions efficaces et programmes de clémence, 98 ss.

Ce débat n'a pas épargné la Suisse<sup>25</sup>. Néanmoins, la tentative d'introduire une amende pénale pouvant aller jusqu'à un million de francs pour les personnes physiques<sup>26</sup> n'a pas eu la faveur de notre Parlement<sup>27</sup>. La Suisse est encore réticente à reconnaître de manière générale la nécessité de sanctions pénales pour les infractions de droit économique. Cela étant dit, cette façon de voir pourrait changer comme le démontre, par exemple, l'introduction en Suisse de dispositions pénales en droit bancaire s'agissant des délits d'initiés.

– Si les personnes physiques n'auront pas à craindre en Suisse de sanctions pénales directes<sup>28</sup> suite à l'entrée en vigueur de la LCart révisée, les risques pénaux ne seront toutefois pas écartés. En effet, en cas de découverte d'un cartel mondial, les entreprises suisses et leurs dirigeants encourront le risque d'être sanctionnés sur le plan pénal dans les pays dont le commerce a été affecté par le cartel et qui connaissent de telles sanctions, notamment les Etats-Unis<sup>29</sup> et, depuis peu, le Royaume-Uni<sup>30</sup>.

– Dans le cas d'un cartel mondial, il sera par conséquent particulièrement important pour les entreprises suisses, étant donné que certains pays connaissent des sanctions pénales et d'autres non, de coordonner leurs demandes de clémence, voire de les faire simultanément dans les différentes juridictions concernées<sup>31</sup>. Par ailleurs, dans l'hypothèse où l'entreprise déciderait de ne pas faire usage du programme de clémence, les personnes physiques pourront, dans certains pays, demander une clémence «pénale» à titre purement individuel<sup>32</sup>.

#### cc) Risques civils

Enfin, sur le plan civil, les personnes (physiques ou morales) lésées par les effets nuisibles des cartels ou par d'autres comportements illicites peuvent porter plainte devant le juge civil contre les entreprises responsables et requérir le paiement de dommages et intérêts destinés à compenser leur préjudice.

– Ainsi, dans le cartel des vitamines<sup>33</sup>, les entreprises condamnées sous l'angle du droit de la concurrence se sont vues en sus imposer le paiement de dommages et intérêts de nature civile, suite notamment à des plaintes déposées par des associations de consommateurs aux Etats-Unis et en Europe.

– Le juge civil suisse saisi d'une telle plainte suspendra généralement la cause jusqu'à droit connu sous l'angle de la LCart<sup>34</sup>, dès lors qu'il ne dispose pas de moyens d'investigation aussi perfectionnés que ceux des autorités de la concurrence<sup>35</sup>. Sur la base de la décision rendue par les autorités de la concurrence, notamment de l'élucidation des faits et de la fixation ou estimation du montant du gain obtenu par les entreprises ayant participé au cartel ou ayant abusé de leur position dominante (rente

<sup>25</sup> Voir notamment A. Polinsky / S. Shavell, Should Employees Be subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability?, *International Review of Law and Economics* 1993, 239 ss.; G. Werden / M. Simmon, Why price-fixers should go to prison, *Antitrust Bulletin* 1987, 917 ss.

<sup>26</sup> Proposition Gysin Remo, Conseil national, 26 septembre 2002, BO CN 1458, rejetée par 96 voix contre 59. Le libellé de cette proposition était le suivant: «Celui qui, intentionnellement ou par négligence, en qualité d'organe, surtout comme membre du conseil d'administration ou de la direction, ou en qualité d'auxiliaire de l'une de ces personnes aura pris part à un accord illicite aux termes de l'article 5 alinéa 3 (ou à un comportement illicite selon l'article 7) sera puni d'une amende d'un million de francs au maximum».

<sup>27</sup> La situation en Suisse est donc semblable à celle de l'Union européenne qui ne connaît pas non plus de sanctions pénales pour les personnes physiques; cf. W. Wils, The Modernisation of the Enforcement of articles 81 and 82 EC: A Legal and Economic Analysis of the Commission's Proposal for a New Council Regulation Replacing Regulation n° 17, *Fordham Corporate Law Institute, 27th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*, New York, 19-20 octobre 2000, 80.

<sup>28</sup> En revanche, des sanctions pénales indirectes pour les personnes physiques existent en Suisse (art. 54 LCart). Jusqu'à présent, aucune sanction pénale indirecte n'a été prononcée en Suisse.

<sup>29</sup> Aux Etats-Unis, la peine d'emprisonnement maximale pour une infraction est de trois ans.

<sup>30</sup> La partie 6 de l'«Enterprise Act» de 2002 qui introduit des sanctions pénales pour les personnes physiques au Royaume-Uni est entrée en vigueur le 20 juin 2003, voir [www.dti.gov.uk/enterpriseact/implementation](http://www.dti.gov.uk/enterpriseact/implementation). Le fait qu'il n'existe pas de sanctions pénales au niveau de l'UE (n. 27) n'empêche pas les Etats membres d'en prévoir au niveau national (cf. art. 5 du Règlement n° 1/2003 remplaçant le Règlement n°17/62).

<sup>31</sup> Cf. A. Victor, U.S. Antitrust Enforcement Against International Cartels: Trends and Practical Considerations, *Fordham Corporate Law Institute, 30th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*, New York, 23-24 octobre 2003.

<sup>32</sup> Cf. par exemple le programme de clémence pour les personnes physiques de la division «Antitrust» du Département de la Justice américain.

<sup>33</sup> DPC 2000, 186 ss.

<sup>34</sup> P. Krauskopf / S. Roth, L'intervention des autorités de la concurrence dans les procédures judiciaires et législatives, *Semaine Judiciaire* 2002 II, 40 ss.

<sup>35</sup> Cette remarque sera d'autant plus pertinente avec l'entrée en vigueur du nouvel art. 42 al. 2 LCart qui introduit la possibilité pour les autorités de la concurrence de procéder à des perquisitions.



de cartel ou de monopole), le juge civil pourra fixer plus aisément le montant des dommages et intérêts dus aux lésés.

Outre les tiers lésés par le cartel ou le comportement illicite incriminé, les actionnaires de l'entreprise condamnée peuvent également être lésés (paiement d'une amende diminuant les actifs de la société, montants à provisionner pour les amendes éventuelles, coûts indirects liés à la publicité négative). Or, selon l'art. 754 du Code des obligations (CO), les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion de la société répondent, à l'égard de celle-ci, du dommage qu'ils causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs<sup>36</sup>. Les organes dirigeants de l'entreprise condamnée encourent par conséquent le risque qu'une action en responsabilité soit intentée par les actionnaires.

Il sied de relever que, bien que les actionnaires aient touché leur part du bénéfice versé obtenu également grâce au cartel, les dividendes auront été obtenus de bonne foi (art. 678 CO) et ne devraient donc pas être imputés sur leur dommage<sup>37</sup>. Compte tenu de ce qui précède, il est vivement recommandé aux entreprises d'inclure, dans les règles de «Corporate Governance», le respect de la loi sur les cartels.

#### *b) L'amende maximale (art. 49a al. 1 LCart)*

Selon la nouvelle loi, la sanction maximale pourra aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices<sup>38</sup>. Le législateur a renoncé à prendre comme critère principal le gain tiré de l'infraction, car cet élément est trop difficile à prouver empiriquement<sup>39</sup>. La sanction maximale prévue par la législation suisse n'est, en comparaison internationale, pas excessivement élevée. Par exemple, dans l'Union européenne, la sanction maximale ne se base pas sur le chiffre d'affaires réalisé sur les marchés nationaux mais sur le chiffre d'affaires mondial de l'entreprise sanctionnée.

– Il faut relever que la loi fixe uniquement le montant maximal de l'amende qui doit être différencié du montant de l'amende effectivement infligée. En effet, la sanction maximale doit être fixée de telle sorte qu'un comportement interdit ne soit en aucun cas rendu attractif. En revanche, la sanction concrète doit tenir compte de la nocivité du comportement illicite.

– Le succès d'une intervention étatique sur le comportement stratégique ou opérationnel d'une entreprise repose en première ligne sur son caractère préventif. La sanction maximale doit donc être fixée de telle sorte qu'un comportement illégal aboutisse à une sanction plus lourde que les profits illicites susceptibles d'être réalisés. Avant de commettre une infraction, l'entreprise va donc mettre en balance d'un côté, les avantages et de l'autre, les risques liés à un comportement illicite. Les avantages comprennent le profit que compte tirer l'entreprise de son comportement illicite (rente de cartel ou rente illicite de monopole)<sup>40</sup>. La rubrique «risques» comprend les inconvénients financiers administratifs attendus (amende, frais de procédure, atteinte à l'image) qui dépendent de la probabilité de découverte du comportement illicite<sup>41</sup>.

#### *c) L'amende concrète selon l'Ordonnance*

L'art. 49a al. 1 LCart fixe la limite objective de l'amende, à savoir 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices et trois critères de calcul déterminants en cas de sanction (gravité, durée, et – pour autant qu'il soit déterminable – le gain tiré de l'infraction). Le projet

<sup>36</sup> Arrêt du Tribunal Fédéral (ATF) du 15 juin 1999, publié dans la Semaine Judiciaire 1999 I, 481–486.

<sup>37</sup> Voir W. Stoffel, La responsabilité des organes pour les violations du droit de la concurrence, documentation CEDIDAC, Journée d'étude du 19 mars 2003.

<sup>38</sup> La sanction se base sur les trois derniers exercices car l'expérience étrangère montre que des entreprises faisant l'objet d'une procédure pour violation du droit de la concurrence ont tendance à diminuer artificiellement le chiffre d'affaires du dernier exercice.

<sup>39</sup> Voir Krauskopf / Corgier (n. 13), 48.

<sup>40</sup> Les participants à une pratique illicite bénéficient également d'avantages accessoires. Les cartels offrent une «vie tranquille» ou plus exactement «une vie moins stressante» à leurs membres – loin des rigueurs et des incertitudes d'un marché concurrentiel.

<sup>41</sup> Cf. Message (n. 6), 1926.

d'ordonnance sur les sanctions du Conseil fédéral en date du 13 octobre 2003<sup>42</sup>, envoyé en consultation restreinte jusqu'au 15 décembre 2003, a concrétisé ces trois critères.

D'après ce projet, le calcul de la sanction se fera en trois étapes:

– Dans un premier temps, un montant de base représentant 7 à 10% du chiffre d'affaires<sup>43</sup> réalisé par l'entreprise sanctionnée sur les marchés touchés par l'infraction sera calculé. La fourchette entre 7 et 10% permettra de prendre en compte la gravité de l'infraction. Il pourra s'agir de la gravité abstraite du type de restriction (par ex. accord horizontal ou vertical) mais aussi des effets concrets de l'accord ou du comportement incriminé sur le marché. Par exemple, un accord qui supprime la concurrence efficace partira d'un montant de base plus élevé qu'un accord qui affecte la concurrence «seulement» de manière notable, sans être justifié par des motifs d'efficacité économique. De même, les différents types d'abus de position dominante ont des effets de gravité différente. Concernant le montant de base, il sied de relever ce qui suit:

(i) Le montant de base ne prend en compte que le chiffre d'affaires réalisé sur le marché affecté par l'infraction, lequel est généralement inférieur au chiffre d'affaires global de l'entreprise. Par conséquent, le chiffre d'affaires servant de base au calcul de la sanction ne représente en principe qu'une fraction du chiffre d'affaires déterminant pour la sanction maximale de l'art. 49a al. 1 LCart.

(ii) A la différence de ce que prévoient d'autres pays, seul est pris en compte dans l'ordonnance précitée le chiffre d'affaires réalisé en Suisse sur les marchés pertinents concernés et non pas le chiffre d'affaires mondial, qui est en principe bien plus important<sup>44</sup>.

– Dans un deuxième temps, ce montant sera ajusté selon la durée de l'infraction. Si la restriction illicite a duré entre un et cinq ans, le montant de la sanction sera augmenté jusqu'à 50%. A contrario, si l'infraction a duré moins d'un an, aucune majoration au titre de la durée ne sera appliquée. Si la violation a duré plus de cinq ans, la sanction sera augmentée pour chaque année supplémentaire jusqu'à 10%<sup>45</sup>.

– Dans un troisième et dernier temps, les circonstances aggravantes ou atténuantes propres au cas d'espèce entreront en ligne de compte. A titre d'exemple de circonstances aggravantes, on peut citer le rôle de meneur ou d'instigateur du cartel, la menace et/ou la mise en œuvre de mesures de représailles envers de potentiels «déserteurs», la violation répétée de la LCart ou une rente de cartel ou de monopole illicite élevée<sup>46</sup>. Comme circonstances atténuantes seront pris en compte, par exemple, un rôle exclusivement passif ou de simple «suiviste» dans le cartel<sup>47</sup>.

Notons que les autorités de la concurrence auront une grande marge d'appréciation puisque les circonstances atténuantes et aggravantes énumérées dans les articles 4 et 5 du projet d'ordonnance ne sont pas exhaustives. De plus, ni la loi ni l'ordonnance ne prescrivent le poids qui doit être attribué concrètement à ces circonstances. Enfin, le principe de la proportionnalité s'applique dans le cadre de la fixation de l'amende. Ainsi, les autorités de la concurrence prendront en considération la situation économique de l'entreprise concernée, excepté les cas dans lesquels la survie de l'entreprise était due uniquement à sa participation au cartel démantelé. Il serait en effet contre-productif d'amener

<sup>42</sup> Le projet d'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence porte sur le calcul du montant de la sanction, le programme de clémence et la procédure d'annonce préalable.

<sup>43</sup> A l'heure où nous bouclons cet article (9 février 2004), il semblerait qu'un montant de base pouvant représenter 0 à 10% du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés affectés en Suisse soit envisagé par le conseil fédéral.

<sup>44</sup> Cela permet d'éviter que l'autorité suisse ne base la sanction sur un chiffre d'affaires déjà pris en compte dans la sanction infligée par une autre autorité étrangère («ne bis in idem»); Cf. P. Krauskopf / D. Senn, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, 14; B. Vesterdorf, Double jeopardy by parallel international prosecution of cartels – ne bis in idem principle in competition matters, Vth International Cartels Workshop, Bruxelles, 1–3 octobre 2003, 17 ss.

<sup>45</sup> Art. 3 du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart. Cet article correspond matériellement à la solution de l'UE, cf. point B des Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA, JOCE 1998, C 9/03.

<sup>46</sup> Art. 5 du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart. Le gain tiré de la pratique illicite est déjà pris en compte dans le sens d'un «gain minimum» dans le montant de base. Cependant, dans les cas où une estimation du gain est possible et que ce gain est supérieur au montant de base, la rente de cartel ou de monopole constituera une circonstance aggravante qui permettra d'augmenter l'amende.

<sup>47</sup> Art. 4 et art. 5 du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart; Cf. la solution comparable dans l'UE (n. 45).

l'entreprise à faire faillite suite à l'amende infligée, dès lors que la disparition d'une entreprise sur le marché entraînerait une diminution de la concurrence<sup>48</sup>.

### III. Les mesures de prévention à l'égard de l'autorité (Comco)

Afin de permettre aux entreprises de réduire le risque de sanctions directes, le législateur a mis à leur disposition trois types de mesures de prévention: la procédure d'annonce préalable (1.), la période de grâce de douze mois (2.) et le programme de clémence (3.).

#### 1. L'annonce préalable (art. 49a al. 3 let. a LCart)

Le nouvel art. 49a al. 3 let. a LCart est libellé ainsi: «Aucune sanction n'est prise si l'entreprise annonce la restriction à la concurrence avant que celle-ci ne déploie ses effets; toutefois, une sanction peut tout de même être prise si, dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart est communiquée à l'entreprise et que celle-ci maintient la restriction».

##### a) Modalités

Lorsqu'une entreprise a des doutes sur une nouvelle pratique ou accord, elle peut faire usage de la procédure d'annonce préalable<sup>49</sup>. Cette annonce préalable permettra aux entreprises de ne pas avoir à supporter le risque d'une erreur d'appréciation de leurs pratiques.

– L'annonce est ouverte à toute entreprise partie à un accord ou en position dominante tels que définis à l'art. 4 LCart. Une association professionnelle peut également déposer une annonce pour des décisions (par ex. établissement d'une liste de prix recommandés) ou pratiques adoptées en son sein et appliquées par ses membres. L'annonce doit être faite avant que l'accord ou la pratique ait déployé ses effets puisqu'il s'agit d'une annonce préalable.

– Un formulaire<sup>50</sup> sera mis à la disposition des entreprises pour procéder à l'annonce. Le système n'est pas sans rappeler celui qui régit les notifications d'opérations de concentration d'entreprises et pour lequel un formulaire a été édicté par la Comco pour faciliter son travail<sup>51</sup>.

Il est important que l'annonce soit complète et respecte la teneur du formulaire. Les entreprises doivent fournir les indications requises et, le cas échéant, motiver l'absence d'informations et fournir les estimations les plus plausibles pour les données manquantes, en communiquant les sources utilisées. De façon analogue aux concentrations d'entreprises (fusions), les entreprises pourront procéder à une annonce facilitée dont les modalités seront à convenir avec le secrétariat de la Comco<sup>52</sup>.

##### b) Effets

Toute pratique ou tout accord annoncé(e) préalablement ne pourra faire l'objet d'une sanction directe (amende), sous réserve de la procédure d'opposition dans les cinq mois (cf. infra III.1.c). Ce privilège qui permet d'être libéré de toute sanction ne sera valable que pour le strict état de fait annoncé. A contrario, ce privilège ne s'étendra pas à un état de fait non expressément annoncé, même si celui-ci est en relation avec l'état de fait annoncé<sup>53</sup>. Il est donc dans l'intérêt de l'entreprise de respecter le formulaire et de faire une annonce précise.

Trois possibilités se présentent après l'annonce:

<sup>48</sup> Cf. sur la question de la proportionnalité des sanctions Krauskopf / Senn (n. 44), 13 s.

<sup>49</sup> Message (n. 6), 1927.

<sup>50</sup> Ce formulaire sera – comme le formulaire de notification pour les concentrations d'entreprises – publié dans la Feuille fédérale et téléchargeable sur le site [www.weko.ch](http://www.weko.ch).

<sup>51</sup> Voir R. Dähler / P. Krauskopf, Révision de la loi sur les cartels: le résultat des débats parlementaires, La Vie économique 10/2003, 12.

<sup>52</sup> Art. 16 du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart.

<sup>53</sup> L'étendue du privilège permettant d'être libéré de toute sanction se pose, en particulier, dans le cas d'une annonce incomplète sur des éléments essentiels.



- La première possibilité, vraisemblablement la plus fréquente, est l'envoi d'une lettre par les autorités, avant l'expiration du délai d'opposition de cinq mois, informant l'entreprise qu'elles renoncent à ouvrir une procédure pour l'état de fait annoncé. Cette lettre ne constitue pas une décision formelle. Il s'agit d'une simple lettre administrative<sup>54</sup>.
- La deuxième possibilité est le silence des autorités pendant le délai de cinq mois, ce qui signifie pour l'entreprise qu'aucune sanction directe ne peut être infligée pour l'état de fait annoncé.
- Enfin, la troisième possibilité qui devrait être plutôt rare, est l'usage par les autorités de la procédure d'opposition.

### c) Procédure d'opposition

Des entreprises pourraient utiliser la procédure d'annonce préalable de manière abusive, en annonçant sciemment des accords ou pratiques manifestement illicites. L'annonce aurait pour seul but de mettre en œuvre des restrictions illicites en toute impunité. En effet, en cas d'ouverture d'une enquête, la décision d'interdiction de la Comco peut devenir exécutoire plusieurs années après l'ouverture de l'enquête. Pendant ces années, les entreprises profiteraient de leur rente de cartel ou de monopole illicite qui ne pourrait plus leur être confisquée, dès lors que l'annonce préalable les protège de toute sanction directe.

Pour cette raison, les Chambres fédérales ont complété l'art. 49a al. 3 let. a LCart par un système permettant de fermer la porte aux éventuels abus. Aucune sanction ne sera prise en cas d'annonce préalable, sauf si dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, les autorités de la concurrence s'opposent à la pratique notifiée par l'ouverture d'une enquête préalable ou enquête au sens des art. 26 et 27 LCart.

- Si une procédure est ouverte dans le délai d'opposition, l'entreprise pourra encore échapper à la sanction potentielle si elle renonce à l'accord ou la pratique annoncé(e) dès la communication de l'ouverture d'une procédure.
- Par contre, si l'entreprise décide de mettre en œuvre l'accord ou la pratique annoncé(e), et ce, en dépit de l'ouverture d'une procédure, elle encourt le risque de se voir imposer une sanction si la pratique se révèle être illicite au terme de la procédure (art. 30 LCart). En effet, l'entreprise n'est plus de bonne foi si elle applique un accord ou une pratique alors que les autorités lui ont communiqué, par l'ouverture d'une procédure, qu'elles jugent la situation notifiée problématique<sup>55</sup>.

Si l'annonce préalable permet d'éviter toute sanction directe (sous réserve de la procédure d'opposition), elle ne préjuge en rien de la licéité ou de l'illicéité de la pratique. En effet, un accord annoncé peut, une fois appliqué, avoir des effets anticoncurrentiels qui n'ont pas été décelés lors de l'examen sommaire effectué pendant la période d'opposition. La Comco pourrait par conséquent, passé le délai de cinq mois, décider d'ouvrir une enquête (27 LCart) et juger la pratique annoncée illicite. Elle ne pourra, par contre, plus prononcer de sanction directe à l'encontre de l'entreprise concernée dès lors qu'elle n'a pas fait usage de la procédure d'opposition.

En lieu et place de l'annonce ou combinée à celle-ci, les entreprises peuvent requérir des conseils du secrétariat de la Comco sur la base de l'art. 23 al. 2 LCart. La réponse du secrétariat devrait intervenir dans un délai plus court mais ne lie pas formellement la Comco. Les conseils octroyés par le secrétariat aux entreprises sont soumis à la perception d'émoluments.

## 2. La période de grâce (dispositions transitoires)

Selon les dispositions transitoires, aucune sanction prévue à l'art. 49a al. 1 LCart n'est prise lorsqu'une restriction à la concurrence existante est annoncée ou supprimée dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de cet article.

### a) Modalités

<sup>54</sup> Voir I. Häner, Comfort letters – Einsatzmöglichkeiten im Schweizerischen Kartellrecht von Wettbewerbsstreitigkeiten, in: R. Zäch (éd.), Schweizerisches Kartellrecht – Revision und Praxis, Zurich 2002, 133 ss.

<sup>55</sup> Voir Krauskopf / Corgier (n. 13), 50.

Le législateur a accordé aux entreprises une période transitoire généreuse d'un an à partir de l'entrée en vigueur de la loi révisée. Pendant cette période de grâce (probablement du 1er avril 2004 au 31 mars 2005), les entreprises pourront supprimer ou annoncer les accords existants au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

- Soulignons ici que cette annonce concerne les accords existants avant l'entrée en vigueur de la loi et non les accords ou pratiques nouveaux pour lesquels la procédure de l'art. 49a al. 3 let. a LCart est applicable. Le but est une auto-désintégration des «anciens» cartels pendant cette période transitoire.
- Les remarques faites concernant les modalités pour procéder à l'annonce préalable sont valables par analogie pour l'annonce effectuée pendant la période transitoire (cf. supra III.1.a). En particulier, l'annonce pourra être vraisemblablement faite avec le même formulaire que celui de l'annonce préalable (art. 49a al. 3 let. a LCart).

#### b) Effets

De manière analogue à l'annonce préalable «permanente», tout comportement annoncé et supprimé pendant cette période transitoire d'un an ne pourra pas être sanctionné directement.

- De l'avis des auteurs, l'ouverture d'une enquête par les autorités pendant la période transitoire ne devrait pas priver, en principe, les entreprises d'annoncer et de supprimer le comportement problématique pendant cette période transitoire, bénéficiant ainsi du privilège d'être libérées de toute sanction directe. En effet, l'annonce est possible pendant toute la période de grâce, que les entreprises la fassent de leur propre initiative ou fortement «incitées» par l'ouverture d'une procédure.
- Une réserve pourrait toutefois être émise en cas d'abus manifeste. Il serait concevable d'appliquer également, par analogie, la procédure d'opposition de l'annonce préalable à l'annonce effectuée pendant la période transitoire.

Il faut enfin relever que les pratiques ou accords illicites existants avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi mais supprimés après la période transitoire pourront être également sanctionnés. Toutefois, en vertu du principe de non-rétroactivité, la sanction ne sera calculée que sur la période postérieure à l'entrée en vigueur de la loi<sup>56</sup>. En effet, aux termes de la nouvelle loi, il n'est plus nécessaire que la restriction illicite soit encore existante au moment de l'ouverture de l'enquête. La seule limite est le délai de «prescription»<sup>57</sup> de poursuite de cinq ans (art. 49a al. 3 let. b LCart)<sup>58</sup>.

### 3. Le programme de clémence (art. 49a al. 2 LCart)

Selon l'art. 49a al. 2 LCart, la Comco peut renoncer, intégralement ou en partie, à sanctionner directement une entreprise membre d'un cartel si celle-ci a participé à la découverte et à la suppression dudit cartel.

#### a) Modalités

La procédure pour se qualifier pour le programme de clémence est détaillée dans le projet d'ordonnance sur les sanctions LCart<sup>59</sup>. Nous nous contenterons donc de souligner les points pratiques les plus importants.

---

<sup>56</sup> Message (n. 6), 1936.

<sup>57</sup> Les fins juristes n'auront pas manqué de remarquer qu'il s'agit en fait d'un délai de péremption.

<sup>58</sup> Le libellé de l'art. 49a al. 3 let. b LCart est le suivant: «Aucune sanction n'est prise si la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête».

<sup>59</sup> Cf. n. 42.

Toute entreprise qui enverra un «dossier» pour bénéficier du programme de clémence recevra un accusé de réception signalant la date et l'heure de réception de la demande. Exceptionnellement, l'auto-dénonciation pourra être faite oralement et consignée dans un procès-verbal.

– Notons que l'entreprise qui souhaite clarifier ses chances d'obtenir un bonus peut déposer tout d'abord sa demande de clémence sous forme «anonyme»<sup>60</sup>. A cet égard, les expériences faites à l'étranger montrent que les entreprises garantissent souvent leur anonymat en se faisant représenter par un avocat.

– Le secrétariat de la Comco procédera à la réception de la dénonciation anonyme comme pour les autres dénonciations. Par contre, le projet d'ordonnance sur les sanctions prévoit que, si une renonciation intégrale à la sanction entre en ligne de compte, l'entreprise doit, sur injonction du secrétariat, dévoiler son identité dans le délai imparti et compléter les documents<sup>61</sup>.

La date et l'heure d'enregistrement de l'auto-dénonciation détermine l'ordre d'examen des demandes de clémence («marker»)<sup>62</sup>. En cas d'auto-dénonciation sous forme anonyme, l'entreprise perdra son «marker» si elle ne révèle pas son identité dans le délai imparti par l'autorité.

Dans un délai relativement bref (quelques semaines)<sup>63</sup>, le secrétariat de la Comco, d'entente avec un membre de la présidence, communiquera à l'entreprise s'il estime que l'entreprise se qualifie pour une réduction totale<sup>64</sup>. Les conditions à remplir durant la suite de la procédure seront également spécifiées. Cette communication sera une lettre administrative et ne constituera donc pas une décision formelle<sup>65</sup>. En effet, seule la Comco possède la compétence décisionnelle (art. 30 LCart). Toutefois, la Comco ne pourra s'écarter de la communication faite par le secrétariat qu'en présence d'éléments nouveaux qui s'opposent à la remise totale de la sanction. Cela peut être notamment le cas si l'entreprise n'a pas coopéré avec les autorités pendant la procédure ou que l'enquête a permis par la suite d'établir que l'entreprise était l'instigatrice de la violation. Les entreprises peuvent donc se fier à cette communication du secrétariat. Cette communication au début de la procédure présente l'avantage de garder la plus grande discrétion sur la demande de clémence à un moment où la discrétion est cruciale et de pouvoir donner rapidement une réponse à l'entreprise<sup>66</sup>.

## b) Effets

La demande de clémence peut avoir deux effets: une réduction totale de l'amende (aa) ou une réduction partielle (bb). Toutefois, la réduction totale ou partielle de l'amende accordée dans le cadre du programme de clémence ne protégera pas l'entreprise des conséquences en droit civil de sa participation à l'infraction<sup>67</sup>.

### aa) Réduction totale

<sup>60</sup> Cf. point 18 de la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE 2002, C 45/3.

<sup>61</sup> La version de l'art. 8 al. 2 et al. 3 let. c du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart a la formulation suivante: (al. 2) «L'entreprise peut procéder à l'auto-dénonciation en remettant les informations sous une forme lui garantissant l'anonymat. Le secrétariat règle les modalités cas par cas d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence»; (al. 3) «Le secrétariat accuse réception de l'auto-dénonciation en précisant la date et l'heure de son enregistrement. D'entente avec un membre de la présidence, il communique à l'entreprise dénonciatrice: c. dans le cas d'une auto-dénonciation anonyme, le délai dont dispose l'entreprise pour révéler son identité».

<sup>62</sup> Cf. S. Hammond, When calculating the costs and benefits of applying for corporate amnesty, How do you put a price tag on an individual's freedom, 15th Annual National Institute on White Collar Crime, San Francisco, 8 mars 2001, 4; M. Reynolds, The impact of leniency reforms on cartel enforcement in the European Union, ABA Annual Meeting, San Francisco, août 2003, 6.

<sup>63</sup> Cf. la solution dans l'UE, P. Arhel, Les procédures de clémence dans les droits européens de la concurrence, Petites affiches, 22 février 2002, n° 39, 8.

<sup>64</sup> Art. 8 al. 3 let. a du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart.

<sup>65</sup> Cf. la solution retenue dans l'UE: B. Van Barlingen, The European Commission's 2002 Leniency Notice after one year of operation, Competition Policy Newsletter 2002, n° 3, 21.

<sup>66</sup> La Comco étant composée de 11 à 15 membres, il lui serait difficile de prendre une décision aussi rapidement.

<sup>67</sup> L'importance pratique des dommages et intérêts civils accordés pour des restrictions illicites à la concurrence est jusqu'à présent relativement faible en Suisse. En comparaison, dans les juridictions qui connaissent les «treble damages» (jusqu'à trois fois le montant du préjudice subi), les réparations civiles peuvent être considérables (par ex. dans le cas du cartel de la lysine, 45 millions de dollars ont été accordés aux USA).

La remise totale (immunité totale) de l'amende est possible dans deux cas: soit l'entreprise porte à la connaissance des autorités (en premier) l'existence d'un cartel avant l'ouverture de toute procédure, soit – si les autorités ont déjà ouvert de leur propre chef une procédure – elle livre les preuves de l'infraction<sup>68</sup>.

Il est risqué pour les entreprises d'attendre de voir si les autorités découvrent d'elles-mêmes l'infraction car, plus le temps passe, plus les exigences pour se qualifier pour une immunité complète augmentent.

– En effet, la première entreprise doit «seulement» fournir des indices au sens de l'art. 27 LCart qui permettront d'ordonner des perquisitions chez d'autres membres du cartel. La perquisition aura justement pour but de trouver les preuves de l'infraction<sup>69</sup>.

– En revanche, si les autorités ont déjà ouvert une enquête (art. 27 LCart) de leur propre initiative, l'entreprise devra fournir les preuves de l'infraction<sup>70</sup>, preuves qu'elle ne possède pas obligatoirement puisqu'en général les membres d'un cartel essayent de laisser le moins de preuves compromettantes<sup>71</sup> possibles.

Deux principes cruciaux du programme de clémence doivent ici être soulignés:

– Une seule et unique entreprise<sup>72</sup> par cartel peut bénéficier de la réduction totale de l'amende.

(i) Une auto-dénonciation simultanée par plusieurs entreprises est donc exclue. De même, il ne sera pas possible pour une association professionnelle de faire une demande de clémence pour l'ensemble de ses membres.

(ii) Par ailleurs, il faut souligner que les deux cas

de réduction totale de l'amende évoqués auparavant sont exclusifs l'un de l'autre: si une première entreprise a signalé une infraction inconnue des autorités et s'est qualifiée pour une réduction de 100%, une deuxième entreprise ne pourra pas recevoir également un bonus de 100% et cela, même si elle livre des preuves de l'infraction. Toutefois, cette entreprise pourra se qualifier pour une réduction partielle.

– Une réduction totale de l'amende n'est pas envisageable pour l'instigatrice ou l'actrice principale du cartel ou pour une entreprise ayant forcé une autre entreprise à participer à la pratique restrictive à la concurrence<sup>73</sup>. De l'avis des auteurs, il devra s'agir de l'entreprise ayant clairement joué le rôle principal. Partant, si un cartel comprend plusieurs acteurs principaux et qu'il n'est pas possible de distinguer le «leader», ces entreprises ne seront pas, a priori, exclues de la possibilité d'obtenir une réduction totale<sup>74</sup>. Néanmoins, les entreprises exclues de la réduction totale pourront, le cas échéant, bénéficier d'une réduction partielle.

bb) Réduction partielle

Dans tous les autres cas de coopération allant au-delà des obligations légales<sup>75</sup>, les autorités pourront accorder des réductions partielles d'amende. L'importance de la réduction sera en fonction de la contribution de l'entreprise au succès de la procédure. D'après l'état actuel des discussions, la réduction partielle maximale ne pourra pas dépasser 80%<sup>76</sup>. Il est donc capital d'être le premier au

<sup>68</sup> Art. 7 al. 1 du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart.

<sup>69</sup> Art. 7 al. 1 let. a du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart.

<sup>70</sup> Art. 7 al. 1 let. b du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart.

<sup>71</sup> Les moyens pour dissimuler les preuves peuvent aller très loin: dans le «fameux» cartel des vitamines, des dossiers prouvant la répartition des marchés avaient été copiés sur disquettes et cachés dans les combles de la maison appartenant à la grand-mère d'un salarié, OCDE 2002 (n. 24), 87.

<sup>72</sup> Art. 7 al. 4 du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart.

<sup>73</sup> Art. 7 al. 2 let. a du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart.

<sup>74</sup> L'US Corporate Leniency ([www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm)) § A (6), prévoit que pour obtenir l'immunité complète avant tout début d'investigation, il faut prouver que «(t)he corporation did not coerce another party to participate in the illegal activity and clearly was not the leader in, or originator of, the activity». En revanche, l'UE ne prévoit qu'un seul cas d'exclusion de l'immunité complète, à savoir celui où l'entreprise a pris des mesures pour contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction, cf. chiffre 11 let. c de la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant (n. 60).

<sup>75</sup> Les obligations légales de coopération sont principalement définies à l'art. 40 LCart.

<sup>76</sup> Art. 11 al. 2 du projet d'ordonnance sur les sanctions LCart.

«portillon» de la Comco pour bénéficier de la réduction de 100%. A la différence de la réduction totale, plusieurs entreprises par cartel pourront bénéficier d'une réduction partielle.

#### IV. Les mesures de prévention internes à l'entreprise

Afin de pouvoir profiter des différents instruments proposés par la loi pour se prémunir contre le risque de sanctions directes, les entreprises devront s'organiser sur le plan interne de manière efficace. L'ensemble des mesures d'organisation internes à l'entreprise destinées à assurer que les employés se comportent conformément à la loi est couramment appelé programme de conformité ou «compliance program»<sup>77</sup>. Face aux nouveaux risques découlant de la nouvelle loi, de nombreuses entreprises sont confrontées aux questions suivantes: Comment élaborer un programme de conformité en général (1.)? Comment préparer l'annonce (2.)? Comment préparer l'utilisation du programme de clémence (3.) et que faire en cas de perquisition de la part des autorités (4.)?

##### 1. L'élaboration d'un programme de conformité

###### a) Buts

Avec l'entrée en vigueur de la loi révisée sur les cartels, la nécessité de mettre en œuvre un programme de conformité devient de plus en plus évidente pour les raisons suivantes<sup>78</sup>:

- Détection des comportements contraires à la loi au sein de l'entreprise. Un programme de conformité permet aux entreprises de détecter des violations de la loi à un stade précoce et de réagir à temps avec les remèdes appropriés.
- Bénéficier du programme de clémence. Si l'infraction est identifiée suffisamment tôt par l'entreprise, celle-ci a la possibilité de profiter du programme de clémence.
- Eviter une publicité négative. Les entreprises qui respecteront la nouvelle loi sur les cartels éviteront de nombreuses conséquences au niveau de leur image et de leur réputation.
- Eviter une action en responsabilité. Une fois que la Comco a mis au jour avec succès l'existence d'un cartel, les actionnaires peuvent ouvrir une action en responsabilité contre la direction de l'entreprise et les membres du conseil d'administration (cf. supra II.2.a).
- Réduire l'amende. Un programme de conformité n'empêchera pas une condamnation par la Comco mais il ne sera pas exclu d'en tenir compte comme une circonstance atténuante lors de la fixation du montant de l'amende<sup>79</sup>.

###### b) Contenu

Le contenu d'un programme de conformité varie selon les besoins particuliers de l'entreprise concernée. Cependant, tout programme de conformité est plus ou moins structuré autour des quatre axes suivants<sup>80</sup>:

- Présentation des infractions. Le programme de conformité devrait brièvement décrire dans un langage clair et peu compliqué les comportements qui sont considérés comme illicites selon la LCart, de manière à les rendre compréhensibles pour tout un chacun.
- Présentation des conséquences en cas de violation de la loi. Le programme devrait mettre en exergue les conséquences d'une violation de la loi et les risques que l'entreprise encourt dans une telle hypothèse.

<sup>77</sup> Voir P. Krauskopf / C. Pirlot, Journal de la Chambre vaudoise de commerce et d'industrie n° 8, août 2003, 10 et 19.

<sup>78</sup> J. Shenefield, U.S. Counsel's Perspective On a Cartel Case, IBC's 8th Annual Advanced EC Conference, Londres, 26-27 avril 2001, 1.

<sup>79</sup> Voir l'avis du Conseiller fédéral P. Couchepin au Conseil national, 26 septembre 2002, BO CN, 4615.

<sup>80</sup> Voir par exemple les Compliance Guidelines du groupe Shell, A. Riley, How to avoid problems in the first place: Getting your organisation compliant, IBC's 8th Annual Advanced EC Conference, Londres, 26-27 avril 2001, attachment 5.



- Présentation des instruments juridiques. Le programme de conformité devrait présenter toutes les options envisageables pour éviter une amende et expliquer les démarches internes à suivre.
- Evaluation de l'efficacité du programme de conformité. Ce point capital est malheureusement souvent oublié. Une infraction au droit de la concurrence arrive souvent alors même qu'un programme de conformité existe au sein de l'entreprise. Il est donc important de procéder régulièrement à l'évaluation de l'efficacité du programme et le cas échéant, à son réajustement. L'évaluation peut, par exemple, consister à vérifier à l'aide de questionnaires les connaissances du personnel sur l'utilisation du programme de conformité.

D'autres facteurs peuvent également contribuer de manière décisive à la réussite du programme de conformité. Il s'agit des quatre points suivants<sup>81</sup>:

- Engagement public du CEO de l'entreprise. L'engagement du CEO est vital pour l'efficacité du programme de conformité. Vis-à-vis de l'extérieur, cela démontre l'importance que l'entreprise attribue à la conformité avec la LCart et à l'intérieur de l'entreprise, cela motive les employés à respecter cette loi de manière active. Le support du CEO de l'entreprise pour le programme de conformité doit être visible et régulièrement confirmé<sup>82</sup>.
- Engagement écrit de tous les employés d'exercer leur activité professionnelle conformément à la LCart. Les employés qui ont approuvé le programme respecteront également activement les directives.
- Centre d'annonce. Ce centre devrait fournir de l'aide à tout employé qui a une hésitation s'agissant de l'application du programme de conformité. Pour atteindre ce but, l'entreprise devrait mettre sur pied un centre d'annonce au sein du département juridique qui aurait un rôle de prévention et de conseil<sup>83</sup>.
- Programme de formation continue. Différentes options se présentent pour la formation continue des collaborateurs, telles que la vidéo, les instruments informatiques (via intranet) ou les séminaires<sup>84</sup>. Cette formation pourrait prendre, par exemple, la forme de jeux de rôle ou d'identification des situations à risque<sup>85</sup> ou au contraire non risquées.

## 2. Les préparatifs internes pour l'annonce à l'autorité

### a) Détecter les risques

Les entreprises doivent premièrement procéder au recensement de tous les accords et pratiques (pouvant constituer un abus de position dominante) qu'ils soient existants ou seulement envisagés. Une attention toute particulière devra être portée sur les décisions prises au sein des associations professionnelles.

- A cet égard, le recensement portera notamment sur les contrats et clauses suivants:
- contrats d'achat, de vente et de revente de biens et services
- contrats de distribution (exclusive, sélective, qui opèrent une répartition géographique des marchés)
- contrat de franchise
- contrat de fourniture
- contrat de vente liée
- monomarchisme

<sup>81</sup> Cf. M. Bloom, Compliance Programmes: an OFT perspective, IBC Global Conference, Identifying and Managing Antitrust Risk, Londres, 11 juin 2003; cf. également Office of Fair Trading, How your business can achieve compliance – A guide to achieving compliance with the Competition Act 1998, août 1999.

<sup>82</sup> Cf. J. Griffin, US Department of Justice Antitrust Division Corporate Leniency Policy: What EU Lawyers Need to Know, IBC's 8th Annual Advanced EC Conference, Londres, 26–27 avril 2001, 5; Riley (n. 80), attachment 2.

<sup>83</sup> Shenfield (n. 78), 3.

<sup>84</sup> Riley (n. 80), attachment 3.

<sup>85</sup> Les réunions d'associations professionnelles peuvent, par exemple, constituer un risque majeur; voir à cet égard, Griffin (n. 82), 7.

- clause d'exclusivité de clientèle
- prix de vente (fixes, minimaux et conseillés)
- politique tarifaire (rabais, escomptes)
- application de conditions identiques à des livraisons de biens ou de services équivalents.

Dans un deuxième temps, les accords et pratiques recensés seront annoncés dans le centre d'annonce mis en place au sein de l'entreprise (cf. supra IV.1.b). Ce centre sera notamment chargé, mise à part la coordination du recensement, de l'évaluation des accords existants et envisagés ainsi que de la gestion du programme de clémence (cf. infra IV.3.).

Une condition sine qua non de la réussite de ce procédé est la garantie pour les employés qu'ils ne seront pas sanctionnés s'ils signalent des accords illicites. Au contraire, un système de sanction disciplinaire en cas de non-signalement peut même être envisagé afin que les employés soient incités à signaler les pratiques et accords problématiques. Il est également recommandé de nommer une personne de contact indépendante de la direction chargée de la gestion du centre d'annonce.

#### *b) Analyse de la situation*

Les accords et pratiques annoncés devront ensuite être examinés par un praticien externe spécialisé en droit de la concurrence si l'entreprise ne dispose pas en interne d'une telle personne.

- Lors de l'examen de l'accord ou de la pratique, le praticien, sur la base de la jurisprudence développée par les autorités de la concurrence, pourra premièrement conclure que l'accord ou la pratique est manifestement ou de manière hautement probable licite, auquel cas le dossier sera clos.
- Deuxièmement, le praticien pourra conclure que l'accord ou la pratique est illicite ou douteuse. Sont notamment douteux les cas pour lesquels il n'y pas encore de pratique des autorités de la concurrence, par exemple, lorsque le motif d'efficacité économique en cause n'a jamais été invoqué devant les autorités. Dans cette seconde hypothèse, le praticien proposera à l'entreprise d'effectuer une pesée des intérêts entre les avantages et inconvénients à annoncer l'accord aux autorités.

Si l'entreprise décide de ne pas annoncer<sup>86</sup> l'accord aux autorités, les inconvénients sont les suivants:

- effet déstabilisateur lié au risque d'être découverte par les autorités ou dénoncée par les autres membres du cartel ou co-contractants;
- risque d'amende;
- publicité extrêmement négative liée à la découverte d'une pratique secrète;
- risque pour les organes dirigeants de voir leur responsabilité engagée vis-à-vis des actionnaires.

Si l'entreprise annonce l'accord, elle encourt le risque que les autorités ouvrent une procédure au sens des art. 26 et s. LCart dans les cinq mois, auquel cas les inconvénients sont les suivants:

- obligation de fournir des informations potentiellement sensibles sur ses activités commerciales (parts de marché, liste de ses clients, fournisseurs, concurrents, etc.)<sup>87</sup>;
- éventuelle contre-publicité en cas d'ouverture d'une enquête<sup>88</sup>;
- frein à ses activités commerciales (impossibilité de fait d'appliquer l'accord durant la procédure d'enquête si le risque d'une sanction directe veut être écarté).

### **3. Les préparatifs pour le programme de clémence**

Si toutes les mesures de précaution décrites auparavant n'ont pas suffi à prévenir une infraction au droit de la concurrence, la dernière chance de l'entreprise réside dans le programme de clémence.

<sup>86</sup> Annonce préalable de l'art. 49a al. 3 let. a LCart ou annonce pendant la période transitoire.

<sup>87</sup> Toutefois, les autorités de la concurrence doivent sauvegarder les secrets d'affaires (art. 25 LCart).

<sup>88</sup> Les autorités n'ont pas l'obligation de publier l'ouverture d'une enquête préalable au sens de l'art. 26 LCart. En revanche, si une enquête au sens de l'art. 27 LCart est ouverte, une publication officielle est obligatoire (art. 28 LCart).

L'entreprise devra en interne se préparer pour être à même de saisir cette opportunité au moment approprié.

a) *Découverte de l'infraction*

Le centre d'annonce interne à l'entreprise tel que décrit ci-dessus devrait également être compétent pour gérer la procédure d'utilisation du programme de clémence. Lorsque des collaborateurs ou organes dirigeants annonceront l'existence d'un accord au centre interne après le délai de grâce de douze mois, ou qu'un tel accord sera découvert, le centre devra examiner l'opportunité d'utiliser le programme de clémence.

- Dans le cadre du programme de clémence, une condition sine qua non de la réussite du programme est également, comme pour la procédure d'annonce, la garantie pour les employés qu'ils ne seront pas sanctionnés lorsqu'ils signalent des accords illicites.
- En outre, une discrétion absolue est cruciale pour la réussite du programme de clémence. En effet, plus le cercle de personnes au courant de l'examen par l'entreprise de l'éventuelle utilisation du programme de clémence est important, plus le risque augmente que les concurrents participant également à l'accord illicite l'apprennent, et prennent de vitesse l'entreprise afin de profiter de la réduction maximale (immunité totale) de l'amende accordée uniquement au premier dénonciateur.
- La rapidité de traitement des cas constitue un facteur déterminant de réussite. Les personnes en charge du centre d'annonce devront procéder à une analyse des cas dans un délai très bref. A cette fin, il est recommandé de mettre en place une procédure interne décrivant les différentes étapes à suivre depuis l'annonce du cas par un employé jusqu'à la désignation au sein de l'entreprise des organes compétents pour décider de l'utilisation du programme de clémence.

b) *Analyse de la situation et prise de décision*<sup>89</sup>

Le centre d'annonce devra notamment analyser ce qui suit:

- Risques d'être découvert. La probabilité de détection varie fortement en fonction des infractions commises. Les abus

de position dominante (art. 7 LCart) ou les restrictions verticales au commerce (art. 5 al. 4 LCart) s'appuient en général sur des pratiques qui ne sont pas purement clandestines (existence souvent de contrats de distribution officiels). En ce qui concerne en revanche les cartels dits «durs» (art. 5 al. 3 LCart), ces accords sont en général secrets et la probabilité de détection est donc plus faible. Dans une telle hypothèse, il faudra néanmoins tenir compte du fait que les amendes seront, selon toute vraisemblance, plus élevées. De plus, le fait que les autorités<sup>90</sup> soient déjà en train d'enquêter sur les marchés concernés par l'infraction ou sur des marchés voisins, augmente considérablement le risque de découverte.

- Calcul de l'amende probable. Le calcul de l'amende probable qu'encourt l'entreprise se fera sur la base de plusieurs critères, notamment celui de la durée de l'accord, des gains obtenus grâce à l'accord, de la taille du marché géographique concerné et des circonstances aggravantes ou atténuantes: l'entreprise est-elle l'élément instigateur de l'accord? S'agit-il d'un cas de récidive?

Compte tenu des risques financiers administratifs et civils liés à la découverte d'un cartel existant, il est impératif que ce soit la direction de l'entreprise qui décide de l'utilisation ou non du programme de clémence.

<sup>89</sup> Shenefield (n. 78), 5–7.

<sup>90</sup> Il n'est pas rare qu'une enquête sur un marché ait un effet «boule de neige» permettant la découverte en cascade de plusieurs cartels sur des marchés voisins. Cet effet est favorisé par le système américain de l'«amnesty plus». L'«amnesty plus» permet à une entreprise impliquée dans un premier cartel qui dénonce aux autorités un autre cartel encore inconnu de celles-ci, de profiter non seulement d'une réduction totale pour le deuxième cartel mais aussi d'une réduction importante pour le premier cartel alors qu'elle n'a pas contribué au démantèlement de celui-ci (super bonus); Voir sur l'«amnesty plus», J. Griffin, An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program, Fordham Corporate Law Institute, 30th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, New York, 23 octobre 2003, 10.

- La personne responsable du centre d'annonce, conjointement avec un avocat externe ou un spécialiste interne, devra fournir à la direction les éléments déterminants pour décider, dans chaque cas, de l'opportunité d'utiliser le programme de clémence ou non.
- La direction devrait prendre sa décision le plus rapidement possible. La pratique des autorités de la concurrence étrangères démontre en effet que la dénonciation de cartels doit se faire de manière rapide, les cas dans lesquels certaines entreprises se sont fait devancer de quelques heures n'étant pas rares.

#### *c) Prise de contact avec l'autorité*

Une fois la décision de la direction prise d'utiliser le programme de clémence, l'entreprise prendra les mesures suivantes:

- Nommer une personne responsable de gérer le dossier dans son intégralité: coordination avec les autorités de la concurrence, prise de toute décision (qu'il s'agisse de décider quels documents envoyer aux autorités ou de gérer les éventuelles perquisitions des autorités de la concurrence accompagnées de la police, etc.).
- Mettre fin immédiatement à l'accord concerné sauf si les autorités ordonnent le contraire pour ne pas compromettre les investigations.
- Réunir tous les éléments de preuve et les informations disponibles concernant l'infraction présumée.
- Assurer une coopération de façon totale, permanente et rapide tout au long de la procédure.
- Se préparer aux éventuels contacts avec les médias et envisager l'opportunité de faire un communiqué de presse.

L'attention des collaborateurs devrait être également attirée sur le fait que la durée de l'accord, donc de l'infraction, aura une incidence sur le montant de l'amende. Sont considérées comme des circonstances atténuantes lors de la fixation du montant de l'amende, la cessation des infractions dès les premières démarches de la Comco, les infractions commises par négligence et la non-application effective des accords (cf. supra I.2.c). Le programme de conformité devra donc préciser qu'une fois l'accord dénoncé aux autorités, l'entreprise a encore un rôle important à jouer pendant le reste de la procédure, lequel pourra notamment influencer sur le montant de l'amende.

## **4. Le comportement pendant une perquisition**

(«dawn-raid»)

### *a) Principes généraux*

Les autorités de la concurrence disposent de plusieurs mesures d'enquête, telles que les demandes d'informations et de pièces adressées aux entreprises soupçonnées de participer à des actes contraires à la LCart et aux tiers concernés (art. 40 LCart), l'audition des parties à l'enquête et des témoins (art. 42 LCart) et enfin, les perquisitions (art. 42, dernière phrase, LCart). Le droit de refuser de fournir des renseignements est régi par l'art. 16 de la Loi fédérale sur la procédure administrative (LPA, RS 172.021).

- Les mesures procédurales de coercition pour l'obtention des preuves en droit de la concurrence suisse n'ont guère eu d'importance pratique jusqu'à présent. Il était donc aisé pour les entreprises d'opérer une sélection opportune des informations et pièces transmises au secrétariat de la Comco.
- Le durcissement du régime des sanctions découlant de la révision de la LCart rendra nécessaire l'utilisation de moyens d'investigation plus «radicaux» tels que des perquisitions, raison pour laquelle le législateur a clarifié les conditions pour effectuer celles-ci.

Les perquisitions et les saisies pourront être ordonnées par un membre de la présidence de la Comco, sur demande du secrétariat (art. 42 al. 2 LCart). Cela signifie qu'en dépit de certaines

critiques sur la séparation des pouvoirs entre l'autorité d'instruction et l'autorité de décision<sup>91</sup>, l'autorité qui ordonne la perquisition sera aussi celle qui inflige les sanctions éventuelles.

Pour le reste de la procédure, l'art. 42 al. 2 LCart renvoie à l'application par analogie des art. 45 à 50 de la Loi sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0). Ces dispositions comportent les garanties procédurales les plus importantes:

- Elles prescrivent notamment que les perquisitions et les saisies doivent être opérées avec les égards dus à la personne concernée et à sa propriété (art. 45 DPA).
- Ne peuvent être saisis, pour l'essentiel, que des objets pouvant servir de pièce à conviction (art. 46 al. 1 let. a DPA). Les perquisitions ne peuvent être opérées qu'en présence de l'occupant des locaux et de certains officiers publics.
- Les perquisitions visant des papiers doivent être opérées avec les plus grands égards. Les papiers ou supports de données (disques durs d'ordinateurs par ex.)<sup>92</sup> ne sont par ailleurs examinés que s'ils contiennent apparemment des écrits importants pour l'enquête (art. 50 al. 1 DPA).

Selon le principe de la proportionnalité, les perquisitions ne seront en règle générale ordonnées que lorsque les autres mesures administratives ne paraîtront pas suffisantes pour la découverte du comportement incriminé. La question de savoir si une perquisition ne pourra être ordonnée qu'en cas d'indices sérieux (art. 27 LCart) d'une violation grave à la concurrence n'est ni réglée par la LCart, ni par le Message. Les perquisitions ne seront vraisemblablement guère envisagées au stade de l'enquête préalable.

#### *b) Le déroulement de la perquisition*

Les entreprises ne peuvent refuser une perquisition. Toutefois, toutes les mesures de contrainte de l'art. 42 al. 2 LCart sont, selon l'art. 44 LCart, susceptibles de recours devant la Commission de recours pour les questions de concurrence (Reko/ WeF). Nous attirons l'attention ci-après sur quelques points particuliers de la perquisition.

- Représentation par un avocat. La LCart ne prévoit pas pour les entreprises le droit d'être représentées par un avocat. Ce droit est néanmoins garanti par la Constitution<sup>93</sup> et la Convention européenne des droits de l'homme<sup>94</sup>. Il est donc recommandé aux entreprises de mettre sur pied une procédure interne destinée à gérer la perquisition, notamment le comportement des collaborateurs. Ceux-ci devraient être informés qu'en cas de perquisition, ils doivent prévenir immédiatement l'équipe interne responsable des questions de la concurrence ainsi que l'avocat externe. Une personne compétente au sein de la direction devrait également être prévenue. La perquisition reposant cependant sur «l'effet de surprise», les autorités n'attendront l'avocat de l'entreprise pour commencer la perquisition que pendant un laps de temps limité<sup>95</sup>.
- Information. Le mandat de perquisition doit mentionner les charges retenues contre l'entreprise, la date et le lieu de la perquisition. Les entreprises peuvent vérifier le mandat. Elles ont en outre la possibilité d'assister à toutes les opérations de perquisition.
- Témoignage contre soi-même. L'étendue de l'application aux entreprises des droits contenus dans la CEDH et en particulier du droit de ne pas témoigner contre soi-même<sup>96</sup> reste en droit suisse,

<sup>91</sup> A ce sujet, relevons que, selon l'avis de droit du professeur Rhinow, «une séparation entre les procédures d'enquête et de décision ne s'impose donc pas, sous l'angle constitutionnel, pas plus qu'il ne semble nécessaire que les décisions de première instance relatives aux sanctions soient rendues par une autorité judiciaire. La Commission de la concurrence est déjà une autorité (administrative) indépendante (art. 19 LCart) et ses décisions sont intégralement soumises au contrôle (c.-à-d. avec pouvoir de cognition complet) de la Commission de recours pour les questions de concurrence, qui est une instance judiciaire (spéciale)».

<sup>92</sup> Cf. ATF 108 IV 77.

<sup>93</sup> Art. 29 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

<sup>94</sup> Art. 6 ch. 3 let. c de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101, (CEDH).

<sup>95</sup> Un laps de temps de 30 minutes serait concevable.

<sup>96</sup> Art. 6 ch. 2 CEDH



comme en droit européen, une question extrêmement délicate<sup>97</sup>.

- Documents. Les entreprises seront invitées à s'exprimer concernant le contenu des documents emportés lors de la perquisition et recevront un procès-verbal mentionnant précisément la date, la description exacte du document emporté et le nombre de pages. Les documents qui n'ont pas été trouvés devraient également figurer dans le procès-verbal. Un jeu de tous les documents emportés sera en principe laissé à l'entreprise concernée.
- «Legal privilege». Dans le cadre d'une perquisition des autorités en matière de concurrence, les limites d'une saisie d'objets sont fixées à l'art. 50 al. 2 DPA. En vertu de cet alinéa, la perquisition doit sauvegarder les secrets confiés à certaines «professions». Dans le contexte d'infractions au droit de la concurrence, cet article devrait principalement s'appliquer à la correspondance entre l'entreprise et son avocat («legal privilege»). En cas de désaccord sur l'étendue du «legal privilege», le document sera scellé par les autorités et sa question soumise à la Reko / WeF.

## V. Perspectives

La nouvelle LCart repose en priorité sur les sanctions directes (amendes) et le programme de clémence. L'avenir démontrera si ces moyens renforcés auront l'effet préventif escompté. C'est seulement ensuite que la Suisse se devra de tirer un bilan de la nouvelle loi et, le cas échéant, améliorer le dispositif mis en place, par exemple en introduisant – comme le font un grand nombre de pays de l'OCDE – des sanctions pénales pour les personnes physiques responsables de l'infraction. Pour l'instant, l'heure est aux sanctions administratives que les entreprises essayeront d'éviter par une politique de prévention active. Nul doute que les premières sanctions administratives permettront de clarifier les nouvelles dispositions topiques de la LCart et, partant, augmenteront l'indispensable sécurité du droit.

## Résumé

*La nouvelle LCart introduit plusieurs nouveautés qui auront un impact important sur la stratégie et la marche opérationnelle d'une entreprise. D'abord, le risque «antitrust» deviendra un risque légal majeur avec des conséquences financières graves lors d'une violation de la LCart. Ensuite, l'utilisation ou non du programme de clémence par une entreprise pourra signifier soit le paiement d'une amende pouvant se chiffrer en millions de francs, soit la libération totale de celle-ci.*

*En sus des conséquences financières directes et indirectes (publicité négative) liées à une infraction au droit de la concurrence pour les entreprises, la responsabilité civile personnelle encourue par les membres du conseil d'administration ainsi que pénale dans certaines circonstances, devrait amener ces derniers à prendre les mesures préventives adéquates.*

*Par rapport à l'autorité (Comco), les entreprises ayant découvert des comportements illicites pourront d'abord, dès le 1er avril 2004 (et cela pendant douze mois) les annoncer et les supprimer, et seront ainsi libérées de toute amende. Ensuite, l'entreprise prudente annoncera à l'autorité tout accord en phase de projet ou tout comportement planifié susceptible de violer les art. 5 al. 3 et 4 ou 7 LCart dans le but d'obtenir le même privilège (en principe pas d'amende). Finalement, une entreprise pourra – en cas de découverte ultérieure d'un acte illicite – «échapper» à une amende en utilisant le programme de clémence.*

*Le comportement envers l'autorité dépendra dans une large mesure des instruments mis en place au sein même de l'entreprise. Il sera très difficile de prendre les décisions pertinentes permettant de réduire le risque «antitrust» sans programme de conformité («compliance program»). Cet outil fournira à l'entreprise les paramètres indispensables pour décider s'il est judicieux de procéder à une annonce préalable ou d'utiliser le programme de clémence.*

<sup>97</sup> Cf. décision de la Commission européenne dans l'affaire Mannesmannröhren, JOCE 2003, L 140/1.

## Zusammenfassung

*Das neue KG führt mehrere Neuerungen ein, die wichtige Auswirkungen auf die Strategie und den operationellen Betrieb eines Unternehmens haben werden. Vorab wird das «Antitrust»-Risiko ein bedeutendes rechtliches Risiko mit schwer wiegenden finanziellen Konsequenzen im Falle einer Verletzung des KG. Sodann kann die Inanspruchnahme oder Nichtinanspruchnahme der Bonusregelung durch ein Unternehmen die Bezahlung einer Geldstrafe, die Millionen von Franken betragen kann, oder die vollumfängliche Befreiung von einer solchen bedeuten.*

*Neben direkten und indirekten (negative Publizität) finanziellen Konsequenzen, die für die Unternehmen mit einem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht zusammenhängen, dürften die persönliche Haftung der Mitglieder der Geschäftsleitung sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit Letztere veranlassen, die zweckmässigen Massnahmen zur Prävention zu treffen.*

*Gegenüber der Behörde (WEKO) können die Unternehmen, welche unzulässige Verhaltensweisen entdeckt haben, solche vom kommenden 1. April an (und dies während 12 Monaten) melden und einstellen, um sich damit von jeder Geldstrafe zu befreien. Danach wird jedes umsichtige Unternehmen den Behörden jede Vereinbarung in der Projektierungsphase oder jedes geplante Verhalten, das geeignet ist, Art. 5 Abs. 3 und 4 oder 7 KG zu verletzen, melden, mit dem Ziel, die gleiche Privilegierung (grundsätzlich keine Geldstrafe) zu erhalten. Schliesslich kann ein Unternehmen – im Fall der späteren Entdeckung einer unerlaubten Handlung – einer Geldstrafe entgehen, indem es vom Bonusprogramm Gebrauch macht.*

*Das Verhalten eines Unternehmens gegenüber der Behörde wird in grossem Masse von den Instrumenten abhängen, die dort eingeführt wurden. Es wird sehr schwierig werden, ohne «Compliance Program» die sachdienlichen Entscheidungen zu treffen, um das «Antitrust»-Risiko zu verkleinern. Dieses Werkzeug wird dem Unternehmen die unentbehrlichen Parameter liefern, um entscheiden zu können, ob es ratsam ist, eine Voranmeldung zu machen oder das Bonusprogramm zu wählen.*

\* Docteur en droit, avocat, vice-directeur au secrétariat de la Commission de la concurrence, Berne, membre de la commission d'experts pour la révision de la loi sur les cartels.

\*\*Licenciée en droit, avocat, LL.M., EY Law SA, Genève, anciennement adjointe scientifique au secrétariat de la Commission de la concurrence.