

Seite der ASAS

Rapport sur les travaux de la Ligue internationale du droit de la concurrence

PIERRE KOBEL*

- I. Introduction
- II. Droit suisse, hier
- III. Droit suisse, aujourd'hui
- IV. Droit pénal /droit administratif, la question est-elle encore d'importance?
- V. Les recommandations de la Ligue

Comme chaque année, l'Association suisse du droit de la concurrence (ASAS) a participé au début du mois d'octobre 2003 au Congrès de la Ligue internationale du droit de la concurrence (LIDC) à Barcelone. Les délégués de l'ASAS ont préparé quatre rapports portant sur les ordres professionnels et la concurrence, les avantages et inconvénients d'une procédure spécifique de cessation de pratiques de concurrence déloyale, les sociétés de gestion de droit d'auteur et les abus de position dominante, le régime des sanctions. L'ASAS a décidé de publier des résumés des rapports préparés par ses membres. En raison de l'actualité du sujet, il a été décidé de publier d'abord le résumé du rapport sur les sanctions en matière de concurrence.

Ces questions et les rapports présentés par les délégués nationaux ont été discutés à ces journées d'étude et ont fait l'objet de recommandations. Cette réunion a été l'occasion de tester pour la première fois une nouvelle formule selon laquelle les différentes questions ainsi que des recommandations ont été discutées lors de la même réunion. Dans le passé en effet, la discussion des questions et la préparation de résolutions s'inscrivaient dans un processus biennuel composé de journées d'études et d'un congrès. Lors de cette réunion de Barcelone, la LIDC a également décidé du remplacement définitif de ce processus biennuel par un processus annuel au cours duquel deux questions seulement seraient désormais traitées, deux autres thèmes faisant l'objet de conférences par des invités ad hoc.

Question No 4

Dans quelle mesure et sous quelles conditions l'application de peines pénales à des personnes physiques, et leur éventuelle extension à des personnes morales, ou l'exercice d'une politique d'application de telles peines, sont-elles de nature à augmenter l'efficacité de mise en œuvre du droit de la concurrence?

I. Introduction

De toute évidence, la question No 4 touche à une thématique qui dépasse le droit de la concurrence. Elle suggère une analyse de l'efficacité relative des sanctions infligées à des individus par rapport à celles infligées à des personnes morales, des sanctions pénales par rapport aux sanctions administratives et des peines de prison par rapport à l'amende¹. La Ligue internationale du droit de la concurrence tente en fait d'identifier dans son domaine, la politique criminelle adéquate face à la criminalité d'affaires.

Faute de temps probablement et de données empiriques en tous les cas, les discussions de la Ligue se concentrèrent sur le droit positif et les avantages respectifs des sanctions administratives par rapport aux sanctions pénales². L'histoire du droit de la concurrence en Europe constitue en effet un

¹ A ce sujet, nous nous sommes entre autres inspirés des travaux de Wils aujourd'hui rassemblés dans un ouvrage W.P.J. Wils, «The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law and Economics», Kluwer 2002.

² Les discussions n'ont toutefois pas porté sur la question connexe et combien pertinente de savoir quel niveau d'efficacité l'on cherche dans la mise en œuvre de la loi. Les travaux législatifs publics qui ont conduit à l'adoption de la modification de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence adoptée par le Parlement le 20 juin 2003 (FF 2003, 4061) entrée en vigueur le 1er avril 2004 (RO 2004 1385) (que par commodité nous abrégons en LCart 03), ainsi que les réflexions ayant

champ privilégié pour l'examen de cette problématique. C'est par défaut de compétence législative en matière pénale et parce que la plupart des Etats membres ignoraient également la responsabilité pénale des personnes morales, que l'Union européenne opta pour des sanctions administratives au lieu de sanctions pénales dans le Règlement No 17/62. C'est également parce que notre pays ne connaissait pas la responsabilité pénale des personnes morales³, que des sanctions essentiellement administratives furent envisagées dans le cadre de la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995⁴.

II. Droit suisse, hier

La LCart95 comprenait des sanctions administratives et pénales. Hormis les infractions aux dispositions sur la notification des fusions, les sanctions de la LCart95 étaient dites indirectes. Par sanctions indirectes, on entend celles qui ne peuvent être infligées qu'en cas de récidive, soit en cas de manquement à une décision constatant l'illicéité d'une pratique restrictive ou prenant acte d'un accord (art. 29 LCart95).

Des sanctions administratives pouvaient frapper les entreprises qui ne se seraient pas conformées à une décision de la Comco prononçant l'illicéité d'un accord ou d'une autre restriction à la concurrence (art. 50 LCart95), qui auraient failli à l'obligation de notifier toute opération de concentration correspondant aux seuils définis dans la loi (art. 51 LCart95) ou qui ne se seraient pas conformées à l'obligation de renseigner prévue à l'article 40 LCart95 (art. 52 LCart95). Des sanctions pénales pouvaient être infligées à toute personne qui intentionnellement, aurait contrevenu à une décision en matière de concurrence (art. 54 LCart95), qui aurait inexécuté (ou partiellement inexécuté) une décision l'obligeant à renseigner (art. 55 LCart95) ou qui aurait réalisé une concentration sans procéder à une notification (art. 55 LCart95).

Les sanctions administratives avaient la forme de l'amende, laquelle pouvait aller jusqu'à 10% du dernier chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise dans le cas de l'article 50 LCart95. Elles étaient de la compétence de la Comco et entièrement soumises aux règles de la procédure administrative. Les sanctions pénales, ne comprenant que l'amende⁵, étaient également de la compétence de la Comco. La procédure conduisant au prononcé de sanctions pénales est celle de la loi sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (ci-après «DPA»). La différence essentielle entre le DPA et le droit pénal est d'ordre procédural: sauf cas d'opposition au prononcé pénal ou de demande particulière de la partie concernée, la décision de sanction est de la compétence de l'autorité administrative, in casu la Comco. Pour le reste, le DPA ne diverge que peu des principes généraux du droit pénal.

Jusqu'au premier avril dernier, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les cartels, seules des sanctions administratives ont été prononcées. Il est intéressant de constater que ces sanctions concernent toutes des infractions à l'obligation de notifier des opérations de concentration. Après quelques tâtonnements, une formule pour fixer le montant des sanctions fut définie dans la décision Curti⁶: un montant de base est défini (0,1 pour mille du chiffre d'affaires mais au plus CHF 300'000), lequel est ensuite augmenté ou réduit en fonction de l'effet de la fusion par rapport à la concentration du marché et l'éventuelle suppression de la concurrence résultant de la fusion. La décision de la ReCo dans l'affaire Merial⁷, obligea la Comco à prendre la faute en considération⁸. Jusqu'alors, la Comco considérait que les sanctions au droit de la concurrence étaient d'une nature particulière, formelle, excluant le critère de la faute.

III. Droit suisse, aujourd'hui

cours en Europe, considèrent la prévention générale de façon absolue. On ne se demande généralement pas quel niveau de prévention générale l'on doit raisonnablement envisager et si les moyens envisagés sont adéquats.

³ Circonstances qui ont depuis changé, puisque le 1er octobre 2003 sont entrés en vigueur les articles 100quater et 100quinquies du Code pénal introduisant une responsabilité pénale subsidiaire et directe des entreprises (RO 2003 3043).

⁴ Ci-après LCart 95.

⁵ Les peines menaces sont l'amende jusqu'à CHF 100 000 (art. 54 LCart95) et CHF 20 000 (art. 55 LCart95).

⁶ DPC 1998/4, 619.

⁷ DPC 2002/2, 398.

⁸ National Versicherungs Gesellschaft DPC 2002/3, 524, 533.

La LCart03 comprenant des sanctions directes contre les entreprises adoptée par le Parlement le 20 juin 2003 est aujourd'hui en vigueur ainsi que l'Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (ci-après «OS LCart»)⁹.

Désormais, des sanctions administratives directes pourront être infligées aux entreprises qui sont parties à des accords horizontaux fixant directement ou indirectement des prix, restreignant les quantités ou répartissant des marchés (art. 5 al. 3 LCart95), qui sont parties à des accords verticaux imposant des prix de revente ou attribuant des territoires de façon à interdire les ventes passives d'autres fournisseurs (art. 5 al. 4 LCart03) ou qui se livrent à des abus de position dominante (art. 7 LCart95). Ces entreprises seront passibles d'amendes pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart03). Afin de lutter contre les cartels cachés et surtout faciliter le travail de preuve, une politique de clémence («Kronzeugenregelung») permettra à l'entreprise qui sera la première à dénoncer un cartel ou qui coopérera de façon substantielle à la mise au jour et à la suppression de la restriction (art. 49a al. 2 LCart03), de bénéficier d'une exemption ou d'une réduction de peine.

Au niveau procédural, la LCart03 donne au Secrétariat de la Comco, le pouvoir de procéder à des séquestres ou perquisitions, conformément aux dispositions des art. 45 à 50 DPA «applicables par analogie» puisqu'il s'agit de sanctions administratives. Aucun autre aménagement procédural n'est par contre envisagé en vue de préserver les droits des parties. Ainsi, les liens entre le Secrétariat et la Comco seront maintenus. C'est toujours le Secrétariat qui agit comme autorité de poursuite, d'instruction et dans une large mesure de jugement, puisque le Secrétariat continuera à préparer les décisions qu'il soumet rédigées à la Commission pour décision.

Les critères de fixation de l'amende sont la gravité de l'infraction, sa durée, le profit présumé et bien entendu la coopération de l'entreprise. Ces critères s'inspirent des Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes, mais s'en éloignent en de nombreux points¹⁰. Contrairement au droit européen, les critères de la LCart03 ne comprennent pas la faute et cela, malgré la jurisprudence de la ReCo et la pratique de la Comco en résultant. Les critères proposés sont relativement abstraits. Ils se caractérisent par la prééminence de la prévention générale au détriment de la prévention spéciale et des circonstances concrètes du cas. C'est une formule de calcul qui est proposée, ce qui offre l'avantage (l'illusion?) de la sécurité

du droit, du respect de la proportionnalité et de l'égalité de traitement. Toutefois, en l'absence de critères concrets et de quantification déterminée, l'usage d'une telle formule pourrait se révéler arbitraire.

IV. Droit pénal/droit administratif, la question est-elle encore d'importance?

La question débattue lors du congrès de la LIDC à Barcelone de l'efficacité relative des sanctions administratives par rapport aux sanctions pénales, est bien entendu restée sans réponse définitive. Il ressort toutefois de ces discussions que les sanctions administratives sont généralement perçues comme plus efficaces, plus rapides, que les peines pénales appliquées par des juridictions décrites comme manquant de compétences particulières, lentes et soumises à des principes rigides. Cela s'explique peut-être par la relative simplicité du droit administratif lequel ne reconnaît que partiellement les droits de la défense. En droit européen par exemple, la Cour de justice européenne a pour l'instant refusé l'application directe de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de droit de la concurrence, préférant construire à pas mesurés, ses propres garanties procédurales. La Cour de justice et le Tribunal de première instance européens, ont aussi refusé d'appliquer certains principes relevant du droit pénal général, au motif précisément qu'il s'agissait de droit administratif.

Ces avantages procéduraux ne devraient toutefois pas se perpétuer. L'interprétation autonome de la notion d'accusation en matière pénale consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme, exige une pleine application de l'article 6 CEDH (garanties civiles et pénales) en matière de sanctions administratives. En droit suisse de la concurrence, l'application de la CEDH et des garanties constitutionnelles correspondantes, devrait ainsi conduire à un certain nombre d'aménagements. Sont notamment en cause: le cumul au sein de la Comco des fonctions de poursuite, instruction et jugement, lequel semble contrevenir à la notion de procès équitable; les présomptions figurant aux art. 5 al. 3

⁹ L'Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence est entrée en vigueur le 1er avril 2004 (RO 2004 1397).

¹⁰ JOCE C 009 du 14 janvier 1998, 3-5; 1998 C 9, 3-5.

LCart95 et 4 LCart03 peu compatibles avec la présomption d'innocence; l'obligation de renseigner et de fournir des informations imposée aux parties (art. 40 LCart95) et l'éventuelle sanction d'un défaut à cette obligation (art. 52 LCart95), incompatibles avec le droit de ne pas témoigner contre soi-même; et le droit de connaître les charges retenues, sur lequel la LCart est muette.

Faute de temps, les discussions de la Ligue n'ont pratiquement pas couvert les critères et les principes gouvernant la fixation de la peine à la lumière notamment des principes du droit pénal. Cette problématique est pourtant pertinente tant en droit européen¹¹ qu'en droit suisse. Le refus du modèle pénal a pour conséquence que la partie générale du code pénal, notamment les dispositions sur la culpabilité et la fixation de la peine ne sont à la lettre pas applicables aux sanctions administratives du droit de la concurrence. En ce qui concerne la Suisse, la LCart03 ignore le contenu des art. 100quater et 100quinquies du code pénal entrés en vigueur le 1er octobre 2003, lesquels ont introduit la responsabilité pénale des personnes morales¹². Si ces dispositions n'ont qu'un champ d'application limité, lequel ne couvre pas le droit des cartels, peut-être aurait-on pu envisager leur amendement afin de ne consacrer qu'un seul droit sanctionnel (conformément aux souhaits exprimés par le Conseil fédéral dans le cadre de la modification du code pénal¹³) ou peut-être aurait-on pu s'en inspirer pour la rédaction de l'art. 49a LCart03.

En pratique, la question se posera de savoir quel modèle de faute devra s'imposer en droit de la concurrence: la faute de l'entreprise soit le défaut d'organisation tel que suggéré par l'art. 100quater CPS, la faute d'individus déterminés laquelle sera ensuite attribuée à l'entreprise selon le modèle vicarial anglo-saxon, ou enfin, par contraction du modèle vicarial, une faute «individuelle» artificielle, directement attribuée à l'entreprise?¹⁴

De façon générale, la pratique serait probablement avisée de faire un ample usage des principes du droit pénal général en matière de fixation de la peine afin de combler les lacunes du droit administratif. Le principe de proportionnalité sur lequel repose la pratique sanctionnelle de la Comco dit à la fois tout et rien.

V. Les recommandations de la Ligue

Le constat auquel parvint finalement la Ligue est que juridiquement la qualification des sanctions comme administratives plutôt que pénales devrait être sans conséquences: les garanties procédurales devraient être les mêmes. Partant, trois recommandations furent adoptées le 4 octobre 2003, sur la base du projet rédigé par le rapporteur international, le Professeur Filiep Deruyck:

«1. L'application de sanctions pénales ne s'impose pas comme une condition sine qua non d'efficacité de la mise en œuvre du Droit de la Concurrence, mais elle peut y contribuer sous les conditions suivantes:

- a) Qu'elle soit, dans le respect du principe de légalité, un prolongement des sanctions administratives;
- b) Au cas où la responsabilité pénale serait étendue aux personnes morales, le principe non bis in idem doit être respecté;
- c) Eu égard à la nécessité d'une expertise économique et juridique, spécialiser les juridictions et attribuer exclusivement aux autorités de la concurrence le pouvoir de poursuivre ou de saisir les juridictions répressives, de manière à s'assurer que le recours au pénal soit pleinement justifié;
- d) Prévoir des sanctions pénales adéquates qui soient dissuasives à l'égard des opérateurs économiques, telles que les interdictions professionnelles.

¹¹ On pourra notamment se référer à la thèse de S. Mail-Fouilleul, «Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence», LGDJ, Bibliothèque de droit international et communautaire tome 118, 2002.

¹² Loi fédérale concernant la modification du code pénal et de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (Financement du terrorisme) RO 2003, 3043, 3044.

¹³ «Il apparaît donc judicieux de distinguer l'arsenal punitif des droits civil, administratif et pénal en fonction de leur finalité propre. Il ne serait en effet aucunement approprié de promulguer des normes de droit administratif formel présentant, matériellement, un caractère pénal évident. Un tel droit «crypto-pénal», qui existe par exemple dans le droit communautaire des cartels, ne favorise pas l'établissement d'une situation juridique claire.» Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code pénal suisse du 21 septembre 1998 (FF 1998, 1787, 1946).

¹⁴ Questions tout à fait pertinentes en droit européen, comme le révèle l'Arrêt de la Cour du 18 septembre 2003 dans l'affaire Volkswagen AG contre Commission des Communautés européennes.

2. En tout état de cause, l'utilisation de la voie administrative commande d'emprunter au Droit pénal les garanties fondamentales de tout droit punitif, notamment:

- a) la séparation des fonctions d'instruction/poursuite et de jugement;
- b) le droit d'être informé sur l'objet de l'enquête et les griefs retenus;
- c) la présomption d'innocence;
- d) le droit de ne pas témoigner contre soi-même;
- e) les droits de la défense, e.a. l'assistance d'un conseil et le principe du contradictoire;
- f) la proportionnalité des peines et le principe de non-rétroactivité de la loi.

3. L'efficacité de la mise en œuvre du Droit de la Concurrence par la voie administrative peut être accrue en favorisant le recours à des systèmes de clémence.»

* Avocat, DES, LL.M., Genève.