

Observations de l'ASAS dans le cadre de la consultation sur l'ordonnance sur les sanctions du 20 juin 2003

Relations avec le droit pénal:

Les sanctions proposées n'ont pas pour but de rétablir l'ordre juridique troublé, contrairement aux mesures administratives de surveillance, de retrait d'autorisation, d'interdiction de pratiquer ou prescrivant des modifications organisationnelles. Il s'agit de réprimer dans le but de prévenir, et ce au moyen de peines d'amendes élevées. Ces sanctions se démarquent en outre des amendes habituellement classées dans les sanctions administratives, soit les amendes d'ordres ou amendes administratives qui se caractérisent par un montant modeste¹. Enfin, les amendes qui pourront être prononcées pourront dépasser les maxima fixés par le droit pénal en relation avec les délits commis par des entreprises². Dès lors, bien qu'administratives à la lettre, **ces sanctions introduisent des changements qualitatifs et quantitatifs qui exigent un changement paradigmatique correspondant au niveau des règles applicables**. La nature des normes adoptées est foncièrement pénale³. Si, comme le relève Moor, en cas de doute on peut généralement appliquer aux sanctions administratives des principes du droit pénal⁴, une synchronisation du droit administratif aux principes du droit pénal devrait aujourd'hui être effectuée. Cette référence nécessaire au droit pénal a deux conséquences: la prise en compte d'un principe de culpabilité ou d'individualisation de la peine et la relativisation de la prévention générale.

Le **principe de culpabilité** exige que la peine corresponde d'abord et avant tout aux caractéristiques et conséquences de l'acte et aux caractéristiques de l'auteur (article 63 du Code pénal). Depuis quelques années, et sous l'impulsion de Stratenwerth, le Tribunal fédéral a posé en droit pénal toute une série de critères concrets concernant la motivation de la peine, lesquels sont centrés sur l'acte ou le comportement de l'auteur d'une part et l'auteur d'autre part⁵. Le respect du principe de culpabilité ainsi que l'interdiction de l'arbitraire, exigent que l'on prenne en considération les circonstances concrètes de chaque cas.

Or, les critères proposés dans l'OS manquent de contenu. Si l'idée est de préserver le pouvoir d'appréciation de l'autorité, un tel but peut aisément être atteint tout en proposant des critères concrets, que ce soit par l'usage de formules consacrées ("notamment", "par exemple", etc.) ou par l'adjonction d'une phrase autorisant la ComCo à prendre d'autres circonstances en considération lorsque les critères retenus sont inapplicables ou insuffisants, compte tenu des spécificités du marché et du cas d'espèce. En l'état, l'OS fait référence à des notions abstraites qui s'inscrivent dans une formule qui pourrait laisser penser à une totale transparence. Le

¹ Cf. Jaag T., "Sanktionen im Verwaltungsrecht", in *Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid, Schulthess, Zurich, 2001*, p. 559, 577-578; Moor P. "Droit administrative", vol. II, *Les actes administratifs et leur contrôle*, 2ème éd., Staempfli, Berne, 2002, p. 139 et ss.

² Conformément à l'article 100 quater du Code pénal entré en vigueur le 1er octobre 2003, des amendes pouvant aller jusqu'à 5 millions de francs pourront être infligées aux entreprises au sein desquelles un crime ou un délit est commis (RO 2003 p. 3043)

³ Le Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code pénal suisse du 21 septembre 1998 rappelait précisément la nature pénale des sanctions au droit antitrust (FF 1998, p. 1787, 1946).

⁴ Cf Moor, note 1 ci-dessus, p. 116.

⁵ Voir à ce sujet Corboz B., "La motivation de la peine", ZBJV-RJB 131, 1995, p. 1 et ss., Queloz N., "Commentaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et de motivation de la peine: Faut-il vraiment clouer les juges fédéraux au pilori?", RPS 1998, p. 316 ss.

caractère ouvert de certaines formulations peut porter atteinte à la sécurité du droit et à l'égalité de traitement. Une formule dont les critères sont trop abstraits et qui ne prend pas suffisamment, voire pas du tout en considération la faute, pourrait conduire à l'arbitraire⁶.

En ce qui concerne la **prévention générale**⁷, celle-ci est évoquée à de nombreuses reprises dans le Message⁸. Les sanctions proposées sont l'objet d'une politique "criminelle" très active, notamment dans la forme de la politique de clémence. A priori, l'appareillage conceptuel du droit administratif ne s'y oppose pas. Le principe de proportionnalité notamment permet de prendre en considération à la fois la prévention générale et les circonstances d'espèce, sans définir de prééminence d'un aspect sur l'autre. La prévention générale influence également la fixation de la peine en droit européen de la concurrence, au motif notamment qu'il s'agit de sanctions administratives⁹. Or si l'on poursuit le rapprochement avec le droit pénal, on soulignera que la prévention générale ne devrait pas jouer de rôle, voire un rôle secondaire dans la fixation de la peine. La prévention générale résulte de la peine menace, soit de la fourchette des peines stipulées dans les infractions de la partie spéciale du Code pénal ou de la loi sur le droit pénal administratif. L'article 63 du Code pénal ne fait d'ailleurs pas état de la prévention générale parmi les critères de fixation de la sanction. Le Tribunal fédéral a précisé dans un arrêt de 1990, que la prévention générale ne pouvait intervenir qu'à titre secondaire dans la fixation de la peine¹⁰. La prévention générale ne permet pas d'excéder la peine qui résulte de la faute du condamné¹¹.

En d'autres termes, la peine ne trouve sa justification que dans les circonstances concrètes du cas d'espèce. En matière de droit de la concurrence, la prise en considération des effets d'une infraction, notamment sur les consommateurs, est au premier plan.

Choix de technique législative:

La forme juridique choisie par les autorités est celle de l'ordonnance. Les autorités européennes ont choisi d'adopter des lignes directrices¹² et le département de la justice des

⁶ ATF 103 Ia 225; ATF 101 Ib 33, 36.

⁷ On entend par prévention générale, l'effet de prévention sur l'ensemble des personnes susceptibles de commettre une infraction. Elle se distingue de la prévention spéciale qui elle, s'exerce sur l'individu qui a commis un acte délictueux afin de l'empêcher de récidiver. Voir Roth R., "Tribunaux pénaux, autorités administratives et droit pénal administratif", RDAF 1981, p. 285, 383-384.

⁸ Message relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, pp. 1917, 1925-1926, 1929.

⁹ "Il est sans pertinence, à cet égard, d'avancer que le calcul du montant des amendes suivant la méthode exposée dans les lignes directrices, notamment à partir d'un montant déterminé, en principe, en fonction de la gravité de l'infraction, peut amener la Commission à infliger des amendes plus élevées que dans sa pratique antérieure. En effet, il ressort d'une jurisprudence constante que la Commission dispose, dans le cadre du règlement no 17, d'une marge d'appréciation dans la fixation du montant des amendes afin d'orienter le comportements des entreprises dans le sens du respect des règles de concurrence". Arrêt du TPI du 9 juillet 2003 dans l'affaire Archer Daniels Midland Company, § 56. "Il est en outre, nécessaire de prendre en considération la capacité économique effective des auteurs de l'infraction à créer un dommage important aux autres opérateurs, notamment aux consommateurs, et de déterminer le montant de l'amende à un niveau qui lui assure un caractère suffisamment dissuasif". Arrêt du TPI du 20 mars 2002 dans l'affaire Dansk Rorindustri AS, § 168.

¹⁰ ATF 116 IV 289, 290.

¹¹ ATF 118 IV 21, 25.

¹² Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application des règles de concurrence de l'EEE JO C10/18 du 16 janvier 2003, reprenant la Communication de la Commission-Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du

Etats-Unis des "polices"¹³, soit des actes qui lient les autorités de la concurrence comme étant l'expression de la politique qu'elles se sont données, mais non les instances de recours. On regrettera que ce modèle n'ait pas été suivi. La souplesse de lignes directrices (des communications dans la version helvétique), facilite l'adaptation des textes aux expériences faites par les autorités et aux décisions des instances de recours.

Ce choix se double d'une rédaction très légaliste à la forme, alors que l'objet même de l'OS, notamment en matière de clémence, fait largement appel au principe d'opportunité. Ce choix de méthode législative pourrait conduire le secrétariat de la ComCo à adopter une position rigide dans la négociation avec les entreprises. Elle risque aussi d'empêcher que s'établisse le lien de confiance nécessaire à toute négociation.

A moyen terme, la mise en œuvre de l'OS mais aussi du système de clémence, devraient faire l'objet d'une **évaluation législative** par un organisme indépendant et selon des critères scientifiques.

Champ d'application:

Conformément à son premier article, l'OS a seulement pour but de préciser les conditions d'application du nouvel article 49a de la loi sur les cartels du 20 juin 2003 (ci-après la "LCart03"). L'OS ne porte notamment pas sur les modalités d'application des articles 45 à 50 de la loi sur le droit pénal administratif, applicables par analogie seulement. Elle ne couvre pas non plus les aménagements nécessaires à la préservation de certaines garanties fondamentales désormais applicables du fait de la nature des sanctions en cause.

Les **mesures de contrainte** des articles 45 à 50 DPA, ne devraient être envisageables qu'après l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart, soit lorsque l'autorité a des indices d'une infraction, indices qu'elle souhaite vérifier en ouvrant une enquête, laquelle peut comprendre l'adoption de mesures de contrainte. L'ordonnance devrait indiquer plus spécifiquement à quel stade de la procédure, de telles mesures de contrainte pourront être ordonnées.

L'OS devrait aussi indiquer quand les parties intéressées doivent être **informées des charges** qui pèsent sur elles. Conformément à l'article 6 para 3 lettre a) de la CEDH, tout accusé a le droit d'être informé, dans le plus court délai et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui¹⁴. Le but de cette garantie n'est pas de faire obstacle à l'activité d'autorités mais de permettre à l'accusé de préparer sa défense. Or, la LCart03 et le projet d'OS ne disent rien. L'accès au dossier, n'est par ailleurs garanti qu'à partir de l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart.

règlement no 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA JO C9 14 janvier 1998;
Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes 2002/c 45/03, JO C 45/3 du 19 février 2002.

¹³ Corporate Leniency Policy du 10 août 1993

(<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>); Leniency Policy for Individuals du 10 août 1994 (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lenind.htm>).

¹⁴ Une telle garantie est applicable lorsque l'accusation peut être qualifiée de pénale, selon l'interprétation autonome qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme ACEDH Engel et alii du 8 juin 1976, Recueil Série A, vol. 22, pp. 34-35; ACEDH Oeztürk, du 21 février 1984, Recueil Série A, vol. 73, .

En l'absence de sanctions directes, l'accent a été mis dans la LCart95, sur l'enquête préalable permettant sans aucune formalité de commencer des enquêtes et d'obliger les entreprises à renseigner conformément à l'article 40 LCart. L'enquête préalable commence souvent par une simple lettre envoyée à certaines parties les informant de l'ouverture d'une enquête préalable et demandant de répondre à un questionnaire. Force est d'admettre que ce système ne préserve pas les droits des parties. Il conviendrait que l'OS dispose d'une obligation à la charge du secrétariat d'indiquer, dès l'ouverture d'une enquête préalable (au sens de l'article 26 LCart) que celle-ci pourrait déboucher sur des sanctions. Ces charges devraient être précisées au moment de l'ouverture d'une enquête (au sens de l'article 27 LCart).

Les critères et la formule de sanctions:

L'article 2 de l'OS ne définit pas ce qu'il entend par **gravité**. Les Commentaires de l'OS se réfèrent au "type de l'infraction (art. 5 al. 3 / 4 LCart ou 7 LCart)"¹⁵. Pourtant la LCart n'opère aucune hiérarchie entre les restrictions horizontales, les restrictions verticales et les abus de position dominante. Une telle définition abstraite de la gravité est donc à rejeter.

Une autre suggestion des Commentaires serait de prendre en considération les paramètres essentiels de la concurrence. Intéressante en apparence, cette proposition a des limites: d'une part la cause et les effets d'un accord présumé illicite ne sont pas semblables à ceux d'un abus de position dominante; d'autre part, l'idée selon laquelle une entente qui ne porterait que sur des prix serait moins grave qu'une entente qui porterait à la fois sur les prix et un autre paramètre de la concurrence, paraît discutable. En réalité, la question est de savoir si la concurrence est effectivement supprimée et quels sont ses effets sur le marché. La ComCo devra procéder à une analyse en deux temps consistant à examiner en premier lieu si la concurrence est effectivement supprimée, condition d'application de sanctions, et rechercher l'impact concret et réel de la restriction sur le marché, pour en apprécier la gravité et fixer la sanction.

En conclusion, il est suggéré que l'OS définisse la gravité en fonction des effets concrets de la pratique restrictive sur le marché et les consommateurs. Seul ce critère est applicable de façon cohérente aux restrictions horizontales, verticales et aux abus de position dominante.

Le critère de la **durée** semble peu pertinent en relation avec les cartels de soumission ou certains abus de position dominante. Aucun critère alternatif pour les infractions qui n'auraient pas de durée n'est proposé.

Les **circonstances aggravantes et atténuantes** (articles 4 et 5 OS) doivent être spécifiées. L'OS ne rapporte que les rôles de meneur ou de gardien du respect de la pratique restrictive, lesquels constituent des circonstances aggravantes (article 4 alinéa 2 OS), alors que le rôle de suiveur constitue une circonstance atténuante (article 5 alinéa 2 OS). A ces évidences inspirées du droit pénal, l'OS ajoute une circonstance aggravante (article 4 alinéa 1) et une circonstance atténuante (article 5 alinéa 1), toutes deux très spécifiques et inspirées des Lignes directrices européennes¹⁶. On voit certes le bénéfice en flexibilité à ne pas exprimer de contenu réel à ces circonstances aggravantes ou atténuantes. Il n'est toutefois pas difficile de

¹⁵ Voir Commentaires p. 2

¹⁶ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application des règles de concurrence, chiffres 3 (5ème alinéa) et 4 (3ème alinéa), JO C10/18 du 16 janvier 2003, p. 109.

préservé cette possibilité tout en disposant d'une liste sérieuse de circonstances aggravantes et atténuantes. Ainsi, l'OS pourrait établir une liste déterminée de critères jugés comme étant pertinents accompagnée d'une phrase autorisant l'autorité à prendre d'autres circonstances en considération lorsque les circonstances énumérées dans l'OS n'ont pas de pertinence ou ont une pertinence limitée dans le contexte en cause; cet effort a été fait par le législateur fédéral à l'article 7 alinéa 2 LCart. A défaut, et en raison du nombre très limité de critères retenus (gravité, durée et circonstances aggravantes ou atténuantes), le système de fixation des sanctions risque de se transformer en un exercice rhétorique¹⁷.

La circonstance aggravante du **gain particulièrement élevé** contenue à l'article 4 alinéa 1 OS, manque de pertinence en droit de la concurrence. Serait-elle pertinente que l'on ne comprend pas pourquoi l'article 5 ne contient pas une circonstance atténuante correspondante comme l'exige le principe de proportionnalité¹⁸.

La circonstance atténuante de la **cessation d'un comportement supputé illicite** après la première intervention (article 5 alinéa 1) pose plusieurs problèmes. Le secrétariat n'ayant aucune compétence "*avant l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 LCart*", la mesure semble illicite. Plutôt que d'une circonstance atténuante, si par une simple intervention en dehors de toute enquête il est possible d'obtenir la cessation d'une pratique supposée illicite, la conséquence devrait être le classement sans autre forme de procès. On ne voit en effet pas ce qui justifierait une procédure, qui plus est clôturée par des sanctions. La pratique en cause renaîtrait-elle que l'autorité aurait tout pouvoir pour ouvrir une enquête et la sanctionner, suite à une procédure complète. Il s'agit typiquement d'un cas d'application du principe d'opportunité dont on peut se demander s'il est nécessaire qu'il figure sous cette forme dans l'OS. Seule la situation où une entreprise renoncerait à un comportement supposé illicite au cours de l'enquête préalable, dont le but il faut le rappeler consiste à vérifier s'il existe des indices suffisants pour ouvrir une enquête, mériterait de figurer dans l'OS au titre d'une circonstance atténuante.

La définition du **montant de base** (7 à 10% du chiffre d'affaire réalisé sur le marché pertinent en Suisse au cours des trois derniers exercices) est illégale et incompatible avec les principes de proportionnalité et d'individualisation de la peine. L'article 49a LCart prévoit en effet que le montant de l'amende est de CHF 0.- jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse pendant les trois derniers exercices. Or, le montant de base proposé correspond approximativement à 20-30% d'un chiffre d'affaires annuel (à supposer que le chiffre d'affaires soit constant). Cet effet de plancher est accentué par l'application des multiplicateurs, soit la durée (50% en sus si la pratique a duré de 1 à 5 ans, puis 10% par année supplémentaire), puis les circonstances aggravantes et atténuantes. A supposer que les circonstances dites aggravantes et atténuantes s'annulent dans leurs effets de multiplicateur, l'amende de base à laquelle l'entreprise sera condamnée sera en tous les cas de 30 à 45% du dernier chiffre d'affaires annuel en Suisse sur le marché pertinent. Le montant de base et

¹⁷ En ce qui concerne le droit européen, cf. les critiques de Hellmann H.-J., *Vereinbarkeit der Leitlinien der Kommission zur Berechnung von Bussgeldern mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht*, WuW 10/2002 p. 944 et seq.

¹⁸ Ce dernier principe n'est en effet pas destiné à s'appliquer seulement lorsque l'amende envisagée mettrait en question l'existence d'une entreprise, comme il est proposé dans les Commentaires. Voir Commentaires p.4. La pertinence de cette remarque, dont on comprend qu'elle s'adresse aux inquiétudes exprimées par certains parlementaires, est discutable du point de vue du droit de la concurrence.

l'application de la formule doivent permettre un plein usage du pouvoir d'appréciation de l'autorité, soit des sanctions allant de CHF 0.- au maximum stipulé à l'article 49a LCart¹⁹.

Enfin, l'étroitesse de la fourchette (3%) laisse peu de pouvoir d'appréciation à l'autorité en fonction de la gravité. Cette limitation du pouvoir d'appréciation au niveau de la fixation du montant de base pourrait être justifiée, si l'autorité fait un large pouvoir des circonstances aggravantes ou atténuantes. Or, la pratique des autorités européennes tend à démontrer que si des circonstances aggravantes ou atténuantes sont souvent retenues, celles-ci n'affectent que marginalement le montant des sanctions infligées. Tout se joue en fait au niveau de la gravité.

La formule trouve une rapide limite à son utilité dans la mesure où les facteurs ne sont pas quantifiés. Quel sera le coefficient appliqué aux circonstances aggravantes ou atténuantes, certaines auront-elles plus de poids que d'autres? Comment est-ce que les facteurs interagissent entre eux?²⁰

Le système de clémence:

Le système de clémence a pour but de faciliter le travail des autorités en récompensant sous forme d'exemption ou de remise de peine toute communication d'information permettant d'ouvrir ou de clore une enquête. Il tend à compenser les effets pervers de l'introduction de sanctions directes sur les pratiques restrictives, soit essentiellement le fait que les pratiques deviennent plus occultes.

Juridiquement, l'article 49a alinéa 2 LCart qui contient une délégation de pouvoirs expresse ("*renoncer, en tout ou en partie*") et sa justification ("*coopère à la mise au jour et à la suppression de la restriction*"), semblait suffire pour régir avec souplesse ce type de situation. L'OS propose pourtant sept articles, imposant des conditions à la dénonciation et la coopération.

En ce qui concerne l'**exemption**, le succès d'une dénonciation dépendra essentiellement de ce que le secrétariat de la ComCo a dans son dossier (article 7 alinéa 3 et 4 lit b) OS)²¹. L'entreprise qui dénonce devra aussi être la première. Ces deux informations sont des facteurs externes à l'entreprise. La dénonciation comporte donc un risque important pour l'entreprise qui voudrait utiliser le mécanisme. Le pari est plus difficile encore pour l'entreprise qui ne serait pas instigatrice, puisque celle-ci a généralement moins d'informations, se contentant de suivre les recommandations. Or, contrairement à la loi, l'instigatrice n'a plus désormais droit à l'exemption (article 7 alinéa 2 lit a) 2^e phrase)²². Le succès de la démarche semble donc doublement hypothéqué: (1) l'exemption dépend de l'information dont dispose le secrétariat et (2) seules sont admises à dénoncer les entreprises qui ont le moins d'informations à échanger.

¹⁹ La fixation du montant de base sur une période de trois ans revient à doublement pénaliser l'entreprise qui, suite à l'ouverture d'une enquête de la ComCo voit son chiffre d'affaire baisser.

²⁰ En droit européen notamment, ce n'est qu'avec l'arrêt ADM mentionné ci-dessus (note 10), §§ 371-380 que le TPI confirma que les pourcentages d'augmentation ou de réduction s'appliquent sur le montant de base uniquement.

²¹ La Communication du 18 juillet 1996 JO C 207 p. 4-6 exigeait des "éléments déterminants", condition qui fut abandonnée dans la Communication de 2002.

²² Cette condition qui figurait également dans la Communication du 18 juillet 1996 JO C 207 p. 4-6, lettre B e) fut abandonnée dans la Communication de 2002.

L'entreprise qui ne parviendrait pas à atteindre le seuil imposé par l'OS, ne pourra bénéficier que d'une réduction d'amende, laquelle est limitée à 50% (article 11 alinéa 2 OS). Compte tenu des risques inhérents à une telle dénonciation et sachant que l'entreprise qui coopère peut avec plus de certitude obtenir une réduction de 50%, il n'est pas exclu qu'il y ait peu de dénonciations véritables.

Il serait préférable à notre avis de réduire la distinction entre dénonciation et coopération afin de permettre plus facilement le passage de l'une à l'autre. A l'instar des "Leniency Policies"²³, l'OS pourrait accorder une exemption automatique aux conditions de l'article 7 OS et une exemption discrétionnaire, sans toutefois faire dépendre cette dernière de ce que contient le dossier du secrétariat.

Afin de réduire le risque d'une dénonciation, l'article 8 alinéa 2 fait référence à une "*forme garantissant l'anonymat*". Sur cette base, le secrétariat devra communiquer si les conditions pour une renonciation sont remplies. Apparemment, la seule exigence sur laquelle le secrétariat pourra revenir est le délai pour révéler l'identité. Il sera intéressant de voir comment les autorités et les parties en Suisse jouent à ce poker menteur et avec quels résultats.

En ce qui concerne la **coopération**, la difficulté reste la distinction entre la simple exécution d'obligations légales (article 40 LCart) et la participation au sens de l'article 11 OS. Devra-t-on suivre un critère quantitatif (plus que les informations que l'on peut raisonnablement attendre selon l'article 40 LCart) ou un critère subjectif, la spontanéité de l'information? Ainsi, l'entreprise qui dès la réception d'un courrier du secrétariat l'informant de l'ouverture d'une enquête préalable et comportant un questionnaire, révèle le peu qu'elle sait et pense de la pratique en cause, donne toute l'information dont elle dispose et agit "spontanément". Si l'on doit considérer qu'elle a droit à une réduction alors les conditions de l'article 11, qu'elles soient interprétées quantitativement ou qualitativement, voire les deux à la fois, n'ont plus guère de sens. Inversement, refuser une réduction de peine au titre de la coopération, malgré la bonne foi de l'entreprise, semblerait très injuste. Celle-ci ne pourra que se prévaloir de la circonstance atténuante relative à son rôle passif (article 5 OS). Cet exemple illustre à la fois, la difficulté qu'il y a à faire la distinction entre l'article 40 LCart et la coopération, et la difficulté à laquelle l'autorité sera confrontée de séparer la détermination du montant de la sanction, liée à l'acte illicite et non au comportement de la partie en cours de procédure, de la question d'une réduction de peine pour coopération. On ajoutera encore, que l'interprétation subjective, soit la spontanéité avec laquelle l'entreprise fournit les informations, est mise à mal par les exigences formelles imposées par l'article 12 OS et les suggestions des Commentaires.

A l'instar du cartel des vitamines qui motiva la modification en cause, la ComCo sera appelée à enquêter sur des pratiques adoptées dans le cadre de cartels internationaux. C'est d'ailleurs pour intensifier la lutte contre de tels cartels que les Etats-Unis et l'Union européenne ainsi que de nombreux autres pays ont adopté des systèmes plus ou moins analogues, comprenant des sanctions directes, pénales ou non, accompagnées d'un mécanisme de clémence. Pour faciliter la coopération internationale, il conviendrait qu'une exemption accordée dans un autre pays vaille également en Suisse, ce pour autant que les pratiques restrictives en cause ne soient pas d'une nature différente sur le marché suisse et que l'entreprise bénéficiaire confirme sa coopération aux autorités suisses, aux conditions de l'article 7 alinéa 2 OS. Une telle

²³ Voir note 14 ci-dessus.

reconnaissance automatique et conditionnelle éviterait aux entreprises concernées d'avoir à procéder à des actes simultanés en de nombreux pays.



association suisse du droit de la concurrence
schweizerische vereinigung für wettbewerbsrecht
associazione svizzera del diritto della concorrenza
swiss association of competition law

(Groupe suisse de la LIDC – Ligue Internationale du droit de la concurrence)

**Département fédéral de
l'économie**
Palais fédéral Est
3003 Berne

Professeur Christian Bovet
Faculté de droit
Département de droit administratif et fiscal
Uni Mail – 1211 GENEVE 4
Ligne directe : 022 379 85 75
Fax : 022 379 85 36
E-mail : Christian.Bovet@droit.unige.ch

Genève, le 15 décembre 2003

Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence
Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, modification
Ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels, modification

Monsieur le Conseiller fédéral,

Messieurs,

L'Association suisse du droit de la concurrence (**ASAS**) comprend quelque 150 membres en Suisse et fait partie de la Ligue internationale du droit de la concurrence (**LIDC**), qui réunit plusieurs autres groupes nationaux organisant individuellement ou ensemble des colloques, études, séminaires et autres manifestations scientifiques dans le domaine du droit de la concurrence au sens strict (« droit des cartels ») et de la concurrence déloyale. Un accent est également mis sur les relations entre ces domaines et la propriété intellectuelle. Une brochure présentant brièvement notre association est jointe à ce courrier pour votre information.

Quoique ne faisant pas partie de la liste de distribution des projets d'ordonnances mis en consultation par votre Département, nous nous permettons de vous faire part dans le document annexé de quelques commentaires sur le texte relatif aux sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence.

Il nous a paru en effet intéressant d'évoquer différents problèmes qui ont notamment fait l'objet de débats approfondis lors des Journées d'études LIDC 2003, à Barcelone. A l'occasion de ce colloque, la question n° 4, discutée en plenum et en commission, était rédigée de la manière suivante :

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 ?

Le rapport international, rédigé par M. Filiep Deruyck, figure à l'adresse Internet :

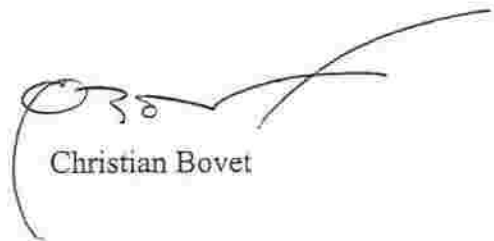
<http://www.ligue.org/docric/rapportinternationalQU4.doc>

Le rapporteur national pour la Suisse était Me Pierre Kobel, avocat à Genève et membre du comité de l'ASAS.

En vous remerciant de l'attention que vous voudrez bien témoigner à la présente, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, Messieurs, à l'expression de notre haute considération.



Pierre Kobel



Christian Bovet

Ann. ment.