

Non classifié

DAF/COMP/GF/WD(2016)48

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

13-Oct-2016

Français - Or. Français

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

LES SANCTIONS EN CAS D'INFRACTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE

Contribution de la Suisse

-- Session IV --

1-2 décembre 2016

Cette contribution est soumise par la Suisse au titre de la Session IV du Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 1er et 2 décembre 2016.

Mme Lynn Robertson, Coordinatrice des relations mondiales, Division de la Concurrence, OCDE
[courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03402701

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

DAF/COMP/GF/WD(2016)48
Non classifié

Français - Or. Français

LES SANCTIONS EN CAS D'INFRACTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE

-- Suisse --

1. Introduction

1. En Suisse, le régime des sanctions administratives pour les infractions à la loi sur les cartels (LCart)¹ a été introduit lors de la révision partielle entrée en vigueur en 2004. L'introduction des sanctions administratives s'est accompagnée d'un programme de clémence et de dispositions détaillées sur les perquisitions.

2. Depuis 2006, la Commission suisse de la concurrence (COMCO) a sanctionné une trentaine de cas de restrictions illicites, représentant un total d'environ 950 millions de francs suisses² d'amendes infligées à plus de 130 entreprises.³ Une quinzaine de recours contre ces décisions de sanction sont encore pendants devant les juridictions d'appel (Tribunal administratif fédéral suisse et Tribunal fédéral suisse). Par conséquent, et dans de nombreux cas, les sanctions et leur mode de calcul ne sont pas encore définitifs. Après une présentation du calcul de l'amende de base (II) et des modulations de l'amende de base (III), les aspects pratiques du calcul seront abordés (IV). Pour finir, la contribution traitera des réformes débattues en Suisse concernant le système de sanctions (V).

2. Calcul de l'amende de base

3. Les sanctions dans le régime suisse de la concurrence sont des sanctions administratives (art. 49a al. 1 LCart) prononcées à l'encontre des entreprises, à savoir presque toujours des personnes morales. Il existe des sanctions pénales contre les personnes physiques en cas de contravention intentionnelle à un accord amiable ou à une décision des autorités en matière de concurrence entrée en force (art. 54 LCart). Cette disposition n'a encore jamais été appliquée.

4. Les règles pour le calcul de l'amende pour infractions au droit de la concurrence se trouvent dans l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart).⁴ Cette ordonnance détaille également le fonctionnement du programme de clémence introduit avec les sanctions directes en 2004. Le législateur suisse a considéré que des lignes directrices – comme elles existent dans de nombreux pays – n'étaient pas suffisantes pour assurer la sécurité juridique.

¹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251, version française : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19950278/index.html> et version anglaise: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19950278/index.html>.

² Il s'agit d'environ le même montant en Euros.

³ Les décisions de la COMCO sont publiées dans la revue Droit et Politique de la concurrence (DPC) dans la langue de procédure originale. Disponible sur www.comco.ch dans la rubrique Documentation/Législation.

⁴ Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence, RS 251.5, version française: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20040326/index.html> et version anglaise: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20040326/index.html>.

5. Cette ordonnance s'inspire en grande partie des lignes directrices de l'UE sur le calcul des amendes de 1998.⁵ Celle-ci a été préceuseuse car elle a, avant la révision des lignes directrices de l'UE en 2006,⁶ voulu renforcer l'effet dissuasif des sanctions en augmentant notamment le montant de base. Dans les années 2000 déjà, des voix s'étaient élevées pour demander l'augmentation du niveau des sanctions pécuniaires.

2.1 *Montant de base*

6. Selon l'article 49a al. 1 LCart, la sanction est calculée en fonction de la durée et de la gravité de l'infraction. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant.

7. Le point de départ du calcul de la sanction est le montant de base (art. 3 OS LCart), qui s'élève jusqu'à un maximum de 10 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent en Suisse lors des trois derniers exercices. Il s'agit selon la pratique de la COMCO des trois derniers exercices précédant la fin de la restriction illicite, car le but du montant de base est de confisquer la rente illicite tirée de l'infraction.⁷ Les trois derniers exercices constituent une variante suisse afin d'éviter qu'il y ait une manipulation du chiffre d'affaires ou une absence ou réduction de chiffre d'affaires. En pratique, le coefficient du montant de base varie entre 5 % (accords verticaux) et 7 ou 10 % pour les accords hardcore horizontaux. Dans un cas d'accords horizontaux sur des éléments du prix, le coefficient du montant de base avait été fixé beaucoup plus bas en raison d'une première enquête préalable qui n'avait pas mené à l'ouverture d'une enquête formelle.⁸ Pour les abus de position dominante, le spectre pour le coefficient du montant de base peut être plus large.

8. Le montant de base dépend de la définition du marché pertinent. Le marché pertinent au sens de l'OS LCart est en général le même que celui défini pour l'analyse concurrentielle.⁹ Le chiffre d'affaires n'est donc pas obligatoirement constitué exclusivement du chiffre d'affaires tiré de l'infraction.¹⁰ De plus, le Tribunal administratif fédéral a jugé dans le cas ADSL II que l'autorité devait prendre non seulement le chiffre d'affaires du marché sur lequel l'entreprise a commis son abus de position dominante dans le montant de base, mais également le chiffre d'affaires des marchés sur lesquels l'infraction a eu un effet.

2.2 *Durée*

9. L'ordonnance définit les suppléments en raison de la durée de la pratique anticoncurrentielle. Jusqu'à une année, il n'y a pas de supplément ; entre deux et cinq ans, un supplément pouvant aller jusqu'à 50 % est appliqué (art. 4 OS LCart). En général, la COMCO applique un supplément de 10 % par année au-delà de la première année.

⁵ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application des règles de la concurrence de l'EEE [JO C 9 du 14.1.1998, p. 3.]. Cf. les notes explicatives relatives à l'OS LCart, disponibles sous www.comco.ch, rubrique Documentation/Législation.

⁶ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'art. 23, par. 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 [Journal officiel C 210 du 1.9.2006].

⁷ Pratique confirmée par le Tribunal administratif fédéral: DPC 2015/3, 691 N 769, ADSL II.

⁸ Décision du 29.6.2015, Badezimmer (pas encore publiée). Voir le communiqué de presse du 3.7.2015.

⁹ Pratique confirmée par le Tribunal administratif fédéral: DPC 2015/3, 686 N 723, ADSL II.

¹⁰ DPC 2015/3, 686 N 722, ADSL II.

2.3 *Circonstances atténuantes et aggravantes*

10. L'ordonnance contient à ses articles 5 et 6 un catalogue exemplatif des circonstances atténuantes (par ex. un rôle passif dans l'infraction) et aggravantes (par ex. infractions répétées à la LCart, rôle d'instigateur de l'infraction).

11. En vue d'assurer l'effet préventif des sanctions, il est aussi prévu que la sanction prenne en considération comme circonstance aggravante un gain particulièrement élevé si celui-ci est déterminable de manière objective (art. 5 al. 1 let. b OS LCart). Le gain « normal » est déjà compris dans le montant de base. Il s'agit d'un gain qui serait supérieur au montant de base. Les notes explicatives de l'ordonnance indiquent même que la sanction doit être augmentée afin d'atteindre au moins le gain réalisé.¹¹ L'idée est d'assurer l'effet préventif des sanctions sans que la détermination du gain réalisé soit toujours nécessaire pour calculer la sanction. Cette disposition a été utilisée plusieurs fois dans des cas d'abus de position dominante.¹² Dans le cas ADSL II, le Tribunal administratif fédéral suisse n'a pas admis l'augmentation de la sanction à ce titre, car la COMCO n'avait pas démontré de manière objective le montant estimé du gain illicite réalisé.¹³

2.4 *Principe de proportionnalité*

12. L'article 49a al. 1 LCart et l'art. 7 OS LCart prévoient que la sanction ne doit pas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse lors des trois derniers exercices. Il s'agit ici de juger de la capacité financière de l'entreprise. La COMCO prend donc en compte les trois derniers exercices ayant précédé la décision de l'ensemble du groupe.¹⁴

13. De plus, le principe de proportionnalité est expressément rappelé à l'article 2 al. 2 de l'OS LCart. Le législateur craignait en effet que des sanctions pécuniaires puissent entraîner la faillite des entreprises concernées.¹⁵ Le principe de proportionnalité trouve application en cas d'incapacité à s'acquitter de l'amende (voir plus bas), mais également si la sanction imposée en vertu de l'OS LCart est proche de la sanction maximale selon l'article 49a al. 1 LCart. Dans un cas d'accord vertical, la sanction était proche de la limite légale et représentait une proportion importante de la valeur de l'entreprise selon le contrat de vente. La sanction a été réduite substantiellement en application du principe de proportionnalité.¹⁶

¹¹ Notes explicatives, art. 5 al. 1 let. b OS LCart.

¹² DPC 2007/2, 241 ss, Swisscom Terminierung Mobilfunk.

La décision a été annulée par le Tribunal fédéral. La COMCO avait augmenté le montant de base de 50 % au titre du gain réalisé.

¹³ DPC 2015/3, 691 N 768-774, ADSL II.

¹⁴ Cf. Décision du 20.8.2012, N 326, Altimum SA.

¹⁵ Cf. Notes explicatives, art. 2 OS LCart.

¹⁶ Cf. Décision du 20.8.2012, N 343 ss, Altimum SA.

3. Modulation de l'amende

3.1 Circonstances invoquées le plus régulièrement

14. La circonstance atténuante la plus souvent invoquée et retenue par la COMCO est la conclusion d'un accord amiable au sens de l'article 29 LCart. La conclusion d'un accord amiable est considérée comme une forme de coopération avec l'autorité au-delà des obligations légales de l'entreprise. Par un accord amiable, l'entreprise s'engage à modifier son comportement pour le futur. La conclusion d'un accord amiable avec l'autorité engendre une réduction pouvant aller jusqu'à 25 %¹⁷ selon le moment de la conclusion dans la procédure et l'intensité de la coopération.¹⁸ Plus l'accord amiable est passé tôt dans la procédure et avec toutes les parties, plus la réduction est importante.

15. Les parties invoquent souvent un rôle passif dans l'infraction comme circonstance atténuante. Jusqu'à présent, cette circonstance atténuante a été retenue dans un seul cas, dans lequel des petites entreprises étaient obligées de participer à l'accord illicite en raison de la subvention de leur catalogue par les autres membres du cartel.¹⁹

16. Comme circonstances aggravantes, la COMCO a pris en compte, par exemple dans le cas d'accords de soumission sanctionnés soumission par soumission, le fait que l'entreprise a commis une infraction répétée à la LCart dans le cas d'offres de couverture (marchés sans chiffre d'affaires réalisé). Dans cette constellation, la COMCO a augmenté la sanction (montant de base augmenté de la durée) au titre des circonstances aggravantes jusqu'à 200 % selon le nombre d'offres de couverture ou de *bid-suppressions* illicites.²⁰

3.2 Programme de conformité

17. La présence d'un programme de conformité dans l'entreprise peut constituer une circonstance atténuante. Il est cependant difficile de définir concrètement quels critères un programme de conformité doit remplir pour être pris en compte comme circonstance atténuante. Cela dépend en effet beaucoup de la taille de l'entreprise et de la branche économique concernée (cf. également partie V).

18. En pratique, les parties avancent souvent cette circonstance lorsque l'infraction a été commise par un employé n'ayant pas la qualité d'organe de l'entreprise. Jusqu'à présent, cette circonstance n'a jamais été retenue par la COMCO. En général, la COMCO demande quelles sont les mesures concrètes prises par l'entreprise pour assurer le respect de la loi et quels sont les systèmes de contrôle et de sanction prévus au sein de l'entreprise en cas d'infractions à la loi sur les cartels.²¹ Dans le cas ADSL II, le Tribunal administratif fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le programme de conformité de l'entreprise

¹⁷ Voir pour un aperçu de la pratique concernant la réduction pour un accord amiable: DPC 2013/2, 202 N 314ss., Abrede im Speditionsbereich. Les réductions pour un accord amiable se sont étendues de 3 à 25 % dans les décisions jusqu'à ce jour.

¹⁸ Cf. pour plus de détails la contribution suisse pour la table ronde de l'OCDE: Commitments decisions in cartels cases, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)36&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)36&doclanguage=en).

¹⁹ Décision du 29.6.2015, Badezimmer (pas encore publiée). Voir le communiqué de presse du 3.7.2015.

²⁰ DPC 2012/2, 409 N 1108 ss, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau in Kanton Aargau, DPC 2013/4, 625 N 975 ss, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau in Kanton Zürich.

²¹ Par exemple: DPC 2012/2, 414 N 1143, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau in Kanton Aargau, DPC 2013/4, 629 N 991, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau in Kanton Zürich.

Swisscom méritait une réduction de sanction, car le comportement de *margin squeeze* était connu du programme de compliance et n'avait pas été remis en cause.²²

3.3 Incapacité de payer

19. L'incapacité de payer est de plus en plus invoquée en lien avec la proportionnalité, notamment par les PME. Lorsque l'entreprise fournit les documents sur sa situation financière et que l'analyse de la COMCO arrive à la conclusion que l'entreprise ne peut pas payer la sanction sans mettre en danger son existence, elle réduit la sanction que l'entreprise doit payer.²³ Le détail de la méthode n'est pas publié dans les décisions en raison des nombreux secrets d'affaires des entreprises. Il est seulement mentionné que la COMCO prend en compte l'éventuelle appartenance à un groupe et l'endettement global de l'entreprise. Au niveau du recouvrement de l'amende, les entreprises en difficulté financière peuvent proposer un paiement échelonné.²⁴

4. Aspects pratiques du calcul des amendes

20. Les recours interjetés contre les sanctions pécuniaires de la COMCO ont un effet suspensif selon la loi sur la procédure administrative (PA).²⁵ Comme mentionné en introduction, de nombreux recours contre les décisions de sanction de la COMCO sont encore pendants.

21. Jusqu'à présent, les instances de recours ont soit annulé la sanction imposée car les conditions d'illicéité n'étaient, selon elles, pas remplies²⁶, soit elles ont confirmé la sanction imposée.²⁷ Il n'y a qu'une modification de la sanction dans le cas ADSL II. Le Tribunal administratif fédéral a confirmé la sanction en grande partie, mais l'a réduit d'environ 15 %. Le Tribunal a apprécié différemment l'imputabilité à l'entreprise. Il a jugé que l'entreprise avait agi non pas de manière délibérée, mais par négligence. Il a ainsi baissé le coefficient du montant de base de 10 % à 8 %. La sanction a ainsi été réduite d'environ 220 millions à environ 186 millions de francs suisses.²⁸

22. Quant à savoir si le niveau des sanctions pécuniaires est suffisamment dissuasif en Suisse, la question est prématurée étant donné la pratique peu établie en matière de calcul de sanction. L'effet préventif ne dépend pas seulement du montant des sanctions, mais aussi de la probabilité de détection des infractions. A cet égard, les perquisitions constituent un élément clé de l'arsenal. Après 10 ans de pratique

²² DPC 2015/3, 693 N 780, ADSL II.

²³ Décision du 27.5.2013, N 752 ss, Marché du livre écrit en français ; Décision du 29.6.2015, N 233 ss, Saiteninstrumente ; Décision du 14.12.2015, N 326 ss, Flügel und Klaviere. Les décisions non encore publiées dans le DPC sont disponibles sur le site www.comco.ch, rubrique actualités, dernières décisions.

²⁴ Cf. Décision du 27.5.2013, N. 764, Marché du livre écrit en français

²⁵ Loi fédérale sur la procédure administrative, RS 172.021, version française : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19680294/index.html> et version anglaise : <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19680294/index.html>.

²⁶ Par ex. arrêt du Tribunal fédéral du 11.4.2011 dans l'affaire Mobile Terminierung Mobilfunk, DPC 2011/3, p. 440.

²⁷ Par ex. arrêt du Tribunal fédéral du 28.6.2016 dans l'affaire Gaba/Elmex (décision motivée pas encore disponible).

²⁸ Cela représente environ actuellement le même montant en Euros.

en 2016, la COMCO a souligné que cet instrument avait depuis lors été utilisé dans 24 enquêtes et avait fait ses preuves.²⁹

5. Réformes du système de sanctions débattues en Suisse

23. Dans le cadre de la révision de la LCart lancée en 2010, une réforme du système de sanctions a été proposée³⁰. Déjà en 2009, lors du rapport d'évaluation fondée sur l'art. 59a LCart, l'introduction de sanctions envers les personnes physiques responsables d'infractions a été préconisée, en complément des sanctions administratives.³¹

24. La proposition de réforme du système de sanctions trouvait son origine dans une intervention parlementaire, adoptée en 2008.³² Cette motion se composait de deux parties :

- une atténuation de la sanction fondée sur les efforts déployés pour assurer la conformité avec la LCart (programmes de respect des prescriptions du droit des cartels) et
- l'introduction dans la LCart de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques. Les dirigeants et collaborateurs parties à un cartel auraient été passibles de poursuites pénales dès la première infraction et non plus, comme c'est le cas aujourd'hui, astreints à de simples amendes en cas de récidive.

25. Pour la mise en œuvre de la première exigence, le Conseil fédéral a proposé une modification de l'art. 49a LCart mentionnant expressément les programmes de conformité comme facteur déterminant de la sanction. Concernant la deuxième exigence, le Conseil fédéral a proposé deux variantes en consultation publique : l'instauration de mesures administratives³³ ou de mesures pénales³⁴ (ces dernières reprenant à la lettre la motion).

26. Compte tenu des résultats de la consultation publique, le projet de réforme du Conseil fédéral mettait en œuvre la première partie de la motion, mais renonçait à l'introduction de sanctions à l'encontre des personnes physiques. Ce dernier point avait en effet été largement rejeté par les participants à la consultation.

27. L'introduction de sanctions à l'encontre des personnes physiques peut certes avoir certains avantages, comme l'aspect préventif du fait que les peines criminelles sont dissuasives ou l'égalité de traitement par rapport à d'autres délits économiques. Cependant, elle implique de nombreux désavantages :

²⁹ Rapport annuel, DPC 2016/1, p. 30 ss (version française), p. 70 ss (version anglaise).

³⁰ Informations détaillées sur la révision : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/revision-kartellgesetz.html> et <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20120028>

³¹ <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/evaluation-et-revision-de-la-loi-sur-les-cartels/evaluation-de-la-loi-sur-les-cartels.html>

³² Motion Schweiger 07.3856 « Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace » (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20073856>)

³³ Restreinte ou interdiction pendant une durée limitée de l'exercice d'une activité professionnelle dans les sociétés ayant pris part à l'accord cartellaire, ainsi que confiscation des éléments de la rémunération réalisés grâce à l'accord cartellaire.

³⁴ Introduction de peines pécuniaires ou privatives de liberté de trois ans au plus et mise en place de deux procédures indépendantes : l'enquête des autorités de la concurrence dirigée uniquement contre l'entreprise et la procédure menée à l'encontre des employés responsables incombant aux autorités pénales.

- Elle risque d'altérer le bon fonctionnement des procédures du droit des cartels à l'encontre des entreprises, du mécanisme de sanctions directes contre les entreprises introduit en 2004 et des nouveaux instruments d'enquête (régime de clémence).
- Le fait de sanctionner également les collaborateurs risque de déplacer les responsabilités. L'effet sur le comportement des entreprises doit rester au cœur du droit des cartels, puisque ce sont elles généralement qui tirent profit de l'entente, pas les employés.
- La procédure à l'encontre des entreprises est préétablie et complexifiée si l'on poursuit parallèlement les collaborateurs, car ceux-ci sont moins disposés à fournir des renseignements et la charge de coordination que représentent les deux procédures est très importante.
- L'effet préventif n'est guère renforcé. Les procès économiques à l'encontre de personnes physiques sont complexes, longs et onéreux et se soldent souvent, faute de preuves, par l'acquiescement ou la prescription.
- Les effectifs des autorités devraient être renforcés afin de pouvoir rechercher les responsabilités au sein des entreprises.
- Il faudrait obligatoirement étendre le régime de clémence aux collaborateurs impliqués, ce qui constituerait une rupture avec la tradition juridique suisse.

28. Il convient par ailleurs de relever que les collaborateurs peuvent déjà être sanctionnés en vertu de l'actuelle LCart lorsque l'entreprise contrevient à une décision ou à un règlement amiable (art. 54 LCart). Les entreprises sont également en mesure de prendre des dispositions efficaces à l'encontre des cadres supérieurs qui agissent à l'encontre des règles de concurrence et font fi des programmes de conformité.³⁵

29. En définitive, l'aspect dissuasif et la sanction des entreprises doivent rester les priorités du droit des cartels, la sanction des personnes physiques, si souhaitée, ne devant que compléter les sanctions à l'encontre de l'entreprise. La révision de la LCart ayant été rejetée par le Parlement en 2014, le système des sanctions n'a dès lors pas été modifié.

³⁵

Par ex. mesures de droit civil telles que licenciement, dommages-intérêts ou remboursement de bonus et mesures au niveau pénal telles que poursuite pour gestion déloyale.