



Pascal G. Favre / Sarah Bechaalany*

Le risque concurrence et sa gestion par le conseil d'administration d'une société anonyme



Table des matières

- I. Pourquoi prendre en main le destin concurrentiel de l'entreprise ?
 1. Risque concurrence
 - 1.1 Définition
 - 1.2 Sanctions contre l'entreprise
 - 1.3 Sanctions contre les personnes responsables au sein de l'entreprise
 2. Devoir du conseil d'administration de gérer le risque concurrence
 - 2.1 En général
 - 2.2 Haute direction et haute surveillance
 - 2.3 Au sein des groupes de sociétés
 3. Responsabilité du conseil d'administration
 - 3.1 Première condition: acte illicite
 - 3.2 Deuxième condition: faute
 - 3.3 Troisième condition: dommage
 - 3.4 Quatrième condition: lien de causalité
- II. Comment prévenir la survenance du risque concurrence ?
 1. Identifier le risque
 - 1.1 En général
 - 1.2 Risques maximaux
 - 1.3 Autres risques
 2. Limiter le risque
 - 2.1 Programme de conformité
 - 2.2 Annonce préalable
 - 2.3 Autres instruments
- III. Que faire après la réalisation du risque concurrence ?
 1. En général
 2. Programme de clémence (ou autodénonciation)
 - 2.1 Conditions
 - 2.2 Stratégie de l'entreprise
 - 2.3 Autodénonciation et confidentialité
 3. Accords amiables et autres formes de coopération
 - 3.1 Accords amiables
 - 3.2 Autres formes de coopération

Introduction

Les sanctions prononcées au cours des dernières années par la Commission suisse de la concurrence (COMCO) et les autorités européennes en témoignent: s'engager

dans des pratiques anticoncurrentielles constitue un danger majeur dans la cartographie des risques de la vie des affaires. Les amendes se chiffrent souvent en dizaines, voire en centaines de millions. Une sanction génère par ailleurs des coûts de procédure, mobilise des ressources et entraîne des sanctions civiles. Les entreprises qui reçoivent une amende pour atteinte à la concurrence entament en outre leur capital d'image et de confiance, tant dans l'esprit de leurs clients, de leurs partenaires et de leurs collaborateurs, que dans celui de leurs actionnaires¹.

Ces conséquences justifient que chaque entreprise se soucie du droit de la concurrence et mène à bien les efforts nécessaires pour s'y conformer. Le droit suisse confie au conseil d'administration la tâche de veiller au respect des règles applicables à la société. Cette contribution a pour objectif de présenter aux membres des conseils les réflexes à acquérir ainsi que les instruments à mettre en œuvre pour mesurer (ch. I.), prévenir (ch. II.) et corriger (ch. III.) les infractions au droit de la concurrence commises au sein de leur entreprise.

I. Pourquoi prendre en main le destin concurrentiel de l'entreprise ?

1. Risque concurrence

1.1 Définition

Le « risque concurrence » désigne tous les états de fait liés au droit de la concurrence susceptibles d'entraver les activités de l'entreprise, d'entraîner des conséquences financières dommageables ou de porter atteinte à sa réputation. En font notamment partie l'ouverture d'une enquête préalable ou d'une enquête proprement dite par les autorités de la concurrence, l'imposition d'une amende,

* Dr. iur. Pascal G. Favre, Avocat associé, et Dr. iur. Sarah Bechaalany, Avocate stagiaire, tous deux CMS von Erlach Poncet, Genève.

¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FR), La conformité avec les règles de concurrence – Des outils et des réflexes pour protéger les entreprises, 2012, disponible sous: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/brochure_conformite_fr.pdf (consulté le 7 janvier 2019) (ci-après: Brochure conformité).

la notification d'une décision obligeant l'entreprise à adopter ou à cesser un comportement (injonction), le prononcé de la nullité de certains contrats, le paiement de dommages-intérêts ainsi que les sanctions pénales infligées aux membres du conseil d'administration ou de la direction². En cas de marchés publics, l'adjudicateur peut aussi révoquer l'adjudication ou exclure les soumissionnaires qui ont conclu des accords restreignant sensiblement ou supprimant toute concurrence efficace³.

La révision de la Loi sur les cartels⁴ en 2004 a étendu les pouvoirs des autorités de la concurrence, et donc le risque concurrence: depuis cette date, elles bénéficient de mesures d'investigation supplémentaires (perquisition et saisie de pièces à conviction) et peuvent prononcer des sanctions directes contre les entreprises concernées. Ce risque accru impose aux entreprises de soumettre leurs accords avec des concurrents, fournisseurs ou clients, de même que leurs pratiques sur le marché, à un examen attentif sous l'angle du droit de la concurrence. L'exercice présente des difficultés: la pratique des autorités reste limitée et peu de directives permettent d'évaluer avec certitude la licéité d'accords ou de comportements concrets. Certaines questions juridiques qui affectent le rapport de l'entreprise à ses fournisseurs ou clients ou dont la résolution conditionne ses systèmes d'approvisionnement ou de distribution attendent parfois de nombreuses années avant d'être clarifiées par les tribunaux. Il aura ainsi fallu patienter près de douze ans pour obtenir une réponse de notre plus haute instance judiciaire sur le traitement des accords verticaux selon l'art. 5 al. 4 LCart⁵. Par ailleurs et contrairement à ce qui se pratique en matière fiscale par exemple, la COMCO ne délivre pas d'authentiques lettres de confort (ruling) garantissant une certaine immunité (cf. ch. II.2.2).

1.2 Sanctions contre l'entreprise

Une erreur d'appréciation peut engendrer des conséquences sérieuses pour l'entreprise et ses dirigeants. En cas d'accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart ou d'abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart, la COMCO peut en effet infliger directement à l'entreprise impliquée une amende d'un montant s'élevant jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse durant les trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart). Le montant effectif de l'amende est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites.

Constituent notamment des circonstances aggravantes le fait d'avoir joué un rôle d'instigateur ou d'acteur principal dans l'infraction, la réalisation d'un gain particulièrement élevé par le biais de l'infraction ou le refus de collaborer avec les autorités. L'autorité peut au contraire réduire l'amende notamment lorsque l'entreprise a joué un rôle exclusivement passif ou n'a retiré aucun profit de l'accord illicite (ce qui est parfois admis en cas d'accords de soumission avec « préadjudication » où une entreprise obtient l'adjudication des travaux tandis que les autres repartent les mains vides). Pour atténuer la sanction, le conseil d'administration peut aussi offrir de coopérer avec la COMCO, par exemple en lui transmettant volontairement des preuves ou en reconnaissant les faits (cf. ch. III.2. et III.3.). Un même comportement ou accord peut (également) produire ses effets à l'étranger, en sorte que les entreprises suisses doivent aussi compter avec l'arsenal répressif dont disposent les autorités étrangères de la concurrence. Les amendes imposées aux Etats-Unis et dans l'Union européenne pour infractions au droit de la concurrence ont d'ailleurs pris l'ascenseur depuis les années 1990⁶.

L'amende pour violation du droit de la concurrence n'est en principe pas déductible sous l'angle fiscal ; cela contournerait en effet son but pénal et irait à l'encontre de l'unité de l'ordre juridique⁷. Les amendes destinées à réduire le bénéfice obtenu de façon illégitime par l'entreprise peuvent en revanche faire l'objet d'une déduction fiscale, car elles ne poursuivent pas de but pénal⁸. Il appartient à l'autorité administrative qui inflige la sanction de distinguer ces deux composantes de l'amende ; si elle

² MARCEL DIETRICH, Kartellrechtliche Compliance-Programme, in: Roth (édit.), *Close up on Compliance*, Zurich/St-Gall 2009, 21–35, 25.

³ En droit suisse, cf. art. 11 lit. e LMP (Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ; RS 172.056.1). En droit européen, cf. art. 57 para. 4 lit. d de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO N L 94 du 28 mars 2014, 1 ss) et arrêt de la CJUE du 24 octobre 2018 C-124/17, « Vossloh Laeis CmbH c. Stadtwerke München GmbH ».

⁴ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) ; RS 251.

⁵ Dans l'arrêt « GABA/Elmex », le Tribunal fédéral a considéré que les accords verticaux durs (au sens de l'art. 5 al. 4 LCart) constituent en principe des restrictions notables à la concurrence, le caractère « notable » s'appréciant essentiellement sur la base d'éléments qualitatifs (et non quantitatifs) ; il suffit par ailleurs que les accords (qualitativement notables) affectent potentiellement la concurrence, en sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner leurs conséquences effectives ou leur mise en œuvre (ATF 143 II 297, cons. 5.4, RDAF 2018 I 473). Le 9 octobre 2017, le Tribunal fédéral a confirmé la pertinence de cette jurisprudence en matière horizontale dans les affaires « Siegenia-Aubi AG » (2C_1016/2014) et « KOCH Group AG Wallisellen » (2C_1017/2014).

⁶ Les autorités américaines ont prononcé des sanctions de USD 480'000 en moyenne pour la période 1990–1994, contre USD 44 mios en moyenne pour la période 2005–2009 (DOUGLAS H. GINSBURG/JOSHUA D. WRIGHT, *Antitrust Sanctions, Competition Policy international*, vol. 6, N 2, 3–39, 10 ; cf. ég. UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Guidelines Manual 2018*, Chapitre 2, Partie R (311 ss)). Les autorités européennes se montrent plus agressives encore: l'amende moyenne est passée de EUR 19 mios pour la période 1990–1994 à EUR 450 mios pour la période 2005–2009 (GINSBURG/WRIGHT (FN 6), 11).

⁷ ATF 143 II 8, RDAF 2017 II 588.

⁸ ATF 143 II 8, RDAF 2017 II 588 ; cf. ég. PATRICK L. KRAUSKOPF, in: Zäch et al. (édit.), *Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, Zurich/St-Gall 2018, Art. 49a Abs. 1–2 N 67.

ne le fait pas, c'est au contribuable d'établir que la sanction financière comprend une composante (déductible) de restitution du bénéfice illégitime⁹. Le Conseil fédéral a récemment adopté un projet de Loi fédérale sur le traitement fiscal des sanctions financières en ce sens¹⁰: il propose d'ancrer dans les lois fiscales la non-déductibilité des sanctions financières de nature administrative qui ont un caractère pénal et la déductibilité des sanctions visant à réduire le bénéfice qui n'ont pas de caractère pénal (nouveaux art. 27 et 59 LIFD ainsi que 10 et 25 LHID¹¹). Les Chambres fédérales ont traité ce projet au cours l'année 2018 et se sont pour l'essentiel ralliées aux propositions du Conseil fédéral. Les modifications devraient donc entrer en vigueur prochainement.

Outre les sanctions imposées par les autorités, l'entreprise s'expose à des actions – défensives ou réparatrices¹² – de la part des personnes qui ont été entravées dans leur accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci. Les tiers lésés peuvent en particulier demander des dommages-intérêts, conformément à l'art. 41 CO (par renvoi de l'art. 12 al. 1 LCart). La réparation d'un dommage purement économique est certes possible seulement si celui-ci découle de la violation d'une norme de protection (Vermögensschutznorm), soit d'une norme dont le but est (également) d'offrir une protection contre le préjudice du genre de celui qui s'est produit¹³ et qui présente une précision suffisante¹⁴. Doctrine et tribunaux sont cependant unanimes pour considérer que les règles matérielles de la LCart (soit les art. 5 et 7 LCart) s'analysent comme des normes de protection, dont la violation constitue un cas d'illicéité au sens de l'art. 41 CO¹⁵.

1.3 Sanctions contre les personnes responsables au sein de l'entreprise

Au sein de l'entreprise, les personnes responsables de la violation d'accords amiables (cf. ch. III.3.1) ou de décisions administratives peuvent pour leur part être punies

pénalement, par une amende de CHF 100'000 au maximum (art. 54 LCart) ; l'action pénale se prescrit en principe par cinq ans (art. 56 al. 1 LCart). Les dirigeants et les administrateurs peuvent par ailleurs engager leur propre responsabilité civile en cas de violation du droit de la concurrence (cf. ch. II.3.).

Certains droits étrangers prévoient des sanctions personnelles plus fortes encore, comme des peines de prison. Au Royaume-Uni, l'administrateur d'une entreprise qui a commis une infraction au droit de la concurrence peut ainsi se voir interdire l'exercice de cette fonction lorsque son comportement a démontré son inaptitude à gérer une société (Section 9A Disqualification Act 1986¹⁶). Le droit français prévoit des peines d'emprisonnement et d'amende pour les personnes physiques ayant pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles (art. L420-6 du Code de commerce¹⁷). Aux Etats-Unis, la responsabilité individuelle et les peines de prison constituent une pierre angulaire de la lutte contre les cartels où la sentence peut s'élever jusqu'à dix ans de prison ; le nombre d'individus condamnés à des peines de prison et la longueur des peines sont en augmentation depuis une vingtaine d'années¹⁸. Le législateur helvétique pourrait à l'avenir octroyer à la COMCO des moyens d'intervention semblables, par exemple sous la forme d'une interdiction d'exercer, dès lors que d'autres autorités suisses, comme la FINMA, en bénéficierait désormais (cf. art. 33 LFINMA¹⁹ sur l'interdiction d'exercer une fonction dirigeante).

⁹ ATF 143 II 8, RDAF 2017 II 588.

¹⁰ FF 2016 8253 ss ; à la suite de la motion Luginbühl « Déductibilité fiscale des amendes » du 16 juin 2014 (14.3450) ; cf. en particulier le nouvel art. 27 al. 2 lit. g et al. 3 lit. d LIFD (Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct ; RS 642.11).

¹¹ Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes ; RS 642.14.

¹² Sur les « actions défensives » (actions en suppression de l'atteinte, en cessation de l'atteinte et en constatation de droit) et les « actions réparatrices » (actions en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain), cf. BLAISE CARRON/PIERRE TERCIER, *Droit privé de la concurrence*, in: von Büren/David (édit.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2, Kartellrecht*, 2^e éd., Bâle/Genève/Munich 2017, 349–415 ; HUBERT STÖCKLI, *Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderungen – Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht*, thèse, Fribourg 1999 ; BÉATRICE HURNI, *L'action civile en droit de la concurrence – Etude du droit suisse à la lumière du droit comparé et du droit de l'Union européenne*, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2017.

¹³ ATF 132 III 122, cons. 4.1.

¹⁴ ATF 133 III 323, cons. 5.

¹⁵ BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 12 N 76.

¹⁶ Company Directors Disqualification Act 1986 (1986 c. 46).

¹⁷ JO du 22 juin 2000 et du 27 mars 2007.

¹⁸ GINSBURG/WRIGHT (FN 6), 5 et 12 s. ; cf. ég. U.S. ANTITRUST DIVISION, *Criminal Enforcement Trends Charts*, disponible sous: <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts> (consulté le 7 janvier 2019) ; FRANZ BÖNI, *Kriminalisierung von Kartellanten*, sic! 2017, 47–57, 50 ss. En 2007, une motion a été déposée en Suisse pour renforcer les sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques (Motion Schweiger (07.3856)). Le Conseil fédéral proposait de la mettre en œuvre en prévoyant des peines de prison ou en introduisant des interdictions d'exercer dans les entreprises impliquées dans un accord illicite et la confiscation de certaines composantes de la rémunération, par exemple des bonus, réalisés grâce à l'accord cartellaire (cf. Message du Conseil fédéral du 22 février 2012 relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence, FF 2012 3631 ss, 3644 ; Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les cartels et les autres restrictions à la concurrence – Partie 2: Mise en œuvre de la motion Schweiger (07.3856): Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace). La procédure de consultation a cependant réservé un mauvais accueil à ces sanctions pénales. Le Conseil fédéral a ainsi classé la motion sans suite fin 2011 (cf. Rapport du Conseil fédéral du 15 février 2012 concernant le classement de la motion Schweiger (07.3856), FF 2012 1635 ss).

¹⁹ Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers ; RS 956.1. – Sur l'art. 33 LFINMA, cf. arrêt du TAF B-488/2018 du 17 janvier 2019.

2. Devoir du conseil d'administration de gérer le risque concurrence

2.1 En général

Le droit des sociétés anonymes confie au conseil d'administration la tâche de gérer les affaires de la société, ce qui en fait l'organe exécutif (art. 716 al. 2 CO)²⁰. Les membres du conseil exercent conjointement la gestion et doivent s'en acquitter avec « toute la diligence nécessaire » (art. 717 al. 1 CO). Ils peuvent également la déléguer en tout ou partie à un ou plusieurs tiers, notamment à une direction, sur la base d'une autorisation statutaire et d'un règlement d'organisation (art. 716 al. 2 i.f. CO). Le délégataire se trouve alors investi du pouvoir décisionnel pour tout ce qui a trait à l'activité déléguée²¹. Le conseil d'administration ne peut cependant pas déléguer ses tâches dites « intransmissibles et inaliénables » (art. 716a al. 1 CO), dont certaines relèvent de la gestion. La haute direction de la société et l'établissement des instructions nécessaires en vue d'atteindre les objectifs fixés par le conseil en font partie, tout comme l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion (art. 716a al. 1 ch. 1 et 5 CO).

2.2 Haute direction et haute surveillance

Pour faire face au risque concurrence, deux voies fondamentales s'offrent au conseil: la gestion des risques, que l'on rattache traditionnellement à l'exercice de la haute direction, et le respect des lois et des instructions (compliance ou conformité), que l'on rattache au devoir de haute surveillance. Le contenu minimal – et intransmissible – de ces tâches se résume comme suit:

- Sous l'angle de la gestion d'entreprise, le conseil d'administration veille au contrôle des risques de la société (Risikomanagement). Il prévoit un système pour identifier, évaluer et gérer les risques réels ou potentiels qui pourraient, à court terme, entraîner des pertes ou affecter le bénéfice escompté (gestion du risque au sens large)²². A cet effet, le conseil d'administration individualise les risques de l'entreprise (Risikoidentifikation) et apprécie leur probabilité ainsi que leurs impacts éventuels (en termes financiers, réputationnels, etc.) (Risikoeinschätzung). Cet exercice accompli, il détermine les risques à traiter et, cas échéant, comment (Risikoeinschränkung ou gestion du risque au sens étroit). Il instaure en outre des mesures pour limiter le dommage dans l'hypothèse où le risque devrait se réaliser (Schadensbehebung). La di-

rection²³ met ensuite en œuvre la gestion des risques au sein de l'entreprise²⁴. Depuis le 1^{er} janvier 2013, les entreprises que la loi soumet au contrôle ordinaire²⁵ doivent faire figurer les informations sur la réalisation d'une évaluation des risques dans leur rapport annuel (art. 961c al. 2 ch. 2 CO)²⁶.

- Sous l'angle normatif, le conseil d'administration s'assure que la direction (déléguée) respecte les règles applicables à l'entreprise, y compris les règlements et les instructions du conseil. Le conseil veille ainsi à introduire un dispositif de compliance efficace. Il définit la politique et les objectifs du dispositif, en arrête les grandes lignes, vérifie son efficacité et son adéquation²⁷. La direction assure pour sa part la réalisation opérationnelle des mesures requises²⁸. Selon l'organisation de la société et sa complexité, le conseil peut se faire assister dans cette tâche par un comité d'audit²⁹ (voire un comité de risques distinct³⁰), composé d'administrateurs indépendants, qui évalue le dispositif de surveillance et soumet ses appréciations au conseil³¹. Le conseil n'a en tout état de cause pas l'obligation d'instaurer un audit légal permanent et il dispose d'une grande liberté quant au choix de la méthode utilisée³². On admet cependant – et c'est

²³ Et non le comité d'audit pour éviter un mélange des responsabilités (cf. PETER BÖCKLI, Audit Committee – Der Prüfungsausschuss des Verwaltungsrates auf Gratwanderung zwischen Übereifer und Un-sorgfalt, Zurich 2005, N 115 s.).

²⁴ AXEL P. LEHMANN/KATJA ROTH PELLANDA, Agenda für ein (bes-seres) Risikomanagement durch den Verwaltungsrat, GesKR 2009, 317–330, 323.

²⁵ Cette obligation s'étendait auparavant à toutes les sociétés anonymes (art. 663b ch. 12 aCO).

²⁶ Les éléments du rapport visés par l'art. 961c al. 2 ch. 2 CO ne sont pas soumis à l'examen de l'organe de révision. L'évaluation des risques constitue cependant un aspect important de la révision ordinaire et du SCI. Sur ces questions, cf. PETER BÖCKLI, Gemisch von Neuerungen und Altgewohntem in der OR-Rechnungslegung Modell 2011, ST 1012, 696–706, 703.

²⁷ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 592.

²⁸ LEHMANN/ROTH PELLANDA (FN 24), 320 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 592.

²⁹ Le comité d'audit (audit committee) a généralement pour tâche essentielle d'évaluer la capacité de fonctionnement du SCI et d'apprécier l'efficacité des travaux de la révision interne et externe, ainsi que de leur collaboration (cf. notamment FRANK GERHARD, Fonctions de contrôle dans les sociétés – Définitions, distinctions et cadre juridique, in: Chabot (édit.), Développements récents en droit commercial II, Lausanne 2013, 109–148, 121).

³⁰ Sur les comités de risques, cf. ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 324.

³¹ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009, § 13 N 414 et 425 s. En matière bancaire en revanche, un comité d'audit doit obligatoirement être constitué lorsque les critères fixés par la Circ.-FINMA 2017/1 (Gouvernance d'entreprise – banques) (N 31 ss) sont remplis.

³² Selon le Tribunal fédéral, lorsque la gestion a été déléguée, la tâche de haute surveillance du conseil s'épuise dans (i) l'information sur les affaires en cours, (ii) la lecture attentive des rapports de la direction, (iii) la mise en place d'un système de rapport et de contrôle interne approprié (et la vérification de son bon fonctionnement et l'analyse de ses résultats), (iv) la demande et l'obtention de renseignements supplémentaires pour éclaircir des points douteux et (v) le redressement de décisions inappropriées ou d'irrégularités (ATF 114 V 223 ; arrêt du TF 4 C.358/2005 du 12 février 2007, cons. 5.2.1).

²⁰ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 30 N 4.

²¹ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Droit suisse des sociétés, Berne 2015, § 16 N 410.

²² MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN/MARC BAUEN, Le conseil d'administration, Genève/Zurich/Bâle 2017, N 509.

une véritable obligation pour les sociétés soumises à une révision ordinaire (art. 728b al. 1 CO) – que les grandes et moyennes entreprises doivent au moins mettre en place un système de contrôle interne (SCI) et en surveiller le fonctionnement effectif³³, en s'appuyant par exemple sur un réviseur interne³⁴. Le conseil d'administration doit par ailleurs participer de façon active au respect des lois et des règlements, rester attentif à leurs violations éventuelles et, en cas d'indices concrets d'infraction, intervenir rapidement (si besoin en révoquant les personnes chargées de la gestion) (art. 716 al. 1 ch. 4 CO). Il est à cet effet tenu de maintenir un contact personnel avec les membres de la direction³⁵ et doit exercer sa vigilance dès les premiers entretiens d'embauche³⁶.

La compliance englobe aussi bien l'adéquation entre le comportement de l'entreprise ou de ses collaborateurs et les règles du droit que les mesures organisationnelles qui s'imposent à cet effet³⁷. Les moyens concrets dépendent de la nature des risques auxquels la société se trouve confrontée. Lorsqu'un risque concurrence est identifié, le conseil d'administration doit en principe élaborer un « concept de conformité » ou, mieux, mettre en place un programme de conformité dont l'étendue et le contenu varient selon l'intensité du risque en question (cf. ch. 2.1)³⁸. Cette tâche se distingue de la « fonction de compliance », qui vise l'activité exercée au sein de l'entreprise pour soutenir le conseil d'administration et la direction dans le respect et la mise en œuvre des règles légales et éthiques applicables à l'entreprise³⁹. Un responsable de la conformité interne (compliance officer) exerce généralement cette fonction, avec l'assistance de spécialistes externes. Toutes ces personnes aident le conseil à digérer les réglementations et à les traduire dans les politiques et procédures de l'entreprise.

2.3 Au sein des groupes de sociétés

Les choses se présentent autrement en présence d'un groupe de sociétés placé sous une direction unique

(art. 963 al. 2 CO): le régime légal des attributions intransmissibles et inaliénables s'y applique de manière différenciée. La haute direction est placée sous l'autorité du conseil d'administration de la société à la tête du groupe (société mère). Les comités du conseil (et l'audit committee en particulier) existent en principe uniquement au niveau de la direction du groupe. Il appartient donc au conseil de la société mère de s'assurer que le groupe dans son ensemble se dote des moyens lui permettant de respecter les règles du droit de la concurrence, de dresser, à l'échelon du groupe et pour toutes les juridictions dans lesquelles il est actif, une cartographie des risques auxquels il se trouve confronté et de veiller à ce que les mesures et programmes de prévention élaborés par la tête du groupe soient correctement déclinés au sein des filiales. La haute direction étant intransmissible et inaliénable, le conseil d'administration de la société mère ne peut pas déléguer les tâches y afférentes vers le bas, c'est-à-dire à l'une ou l'autre filiale⁴⁰. Le conseil d'administration de chaque filiale veille quant à lui essentiellement à ce que les compétences résultant de l'art. 716a CO soient exercées dans le respect de la législation locale et le souci de sauvegarder les intérêts des filiales. En lieu et place des tâches de controlling⁴¹ et de compliance – exercées par la société mère –, la filiale surveille le fonctionnement du contrôle mis en place, ses résultats ainsi que le respect de la réglementation locale applicable⁴².

La répartition des devoirs opérée par le droit des sociétés trouve un écho en droit de la concurrence: les autorités considèrent généralement que les agissements de la filiale sont imputables à la société mère lorsque celle-ci était en mesure d'exercer une influence déterminante sur ses comportements et sa politique commerciale et qu'elle l'a effectivement fait⁴³. Dans la même ligne, on admet que les sanctions ou injonctions de la COMCO affectent les droits et les obligations de la société mère (destinataire de la décision au sens matériel) ; la décision peut certes être notifiée à la filiale, mais elle ne touche pas directement ses droits et obligations (destinataire de la décision au sens formel). Sur la base de cette distinction, la société mère est en principe la seule à recevoir une sanction⁴⁴.

³³ BÖCKLI (FN 31), § 13 N 380 ; GERHARD (FN 29), 121 (« entreprises d'une certaine importance »). Les sociétés sujettes au contrôle ordinaire doivent en outre faire vérifier l'existence de leur SCI par l'organe de révision (art. 728a al. 1 ch. 3 en relation avec 727 al. 1 CO).

³⁴ La révision interne (ou audit interne) désigne un service de contrôle au sein de l'entreprise destiné à améliorer les processus de l'entreprise. Il s'agit d'un moyen (parmi d'autres) pour évaluer l'efficacité du SCI mis en place par le conseil d'administration. Sur ces questions, cf. GERHARD (FN 29), 118.

³⁵ Arrêt du TF 1B_41/2011 du 24 mars 2011, cons. 2.3.1.

³⁶ MONIKA ROTH, Die Compliance-Funktion und ihr Beitrag an die Corporate Governance, Jusletter du 19 septembre 2011, N 11.

³⁷ HERBERT BUFF, Compliance Management, Zurich/Saint-Gall 2015, 1 s.

³⁸ PATRIK DUCREY, Interdependenzen zwischen Aktien- und Kartellrecht, RSDA 2004, 401–412, 404.

³⁹ Sur ces distinctions, cf. p.ex. OTHMAR STRASSER, Das Legal Privilege des In-House-Counsel im Strafverfahren, RDS 2018, 523–549, 541.

⁴⁰ BÖCKLI (FN 31), § 11 N 275 ss.

⁴¹ On vise ici la fonction consistant à apporter une assistance à la direction (et non au conseil d'administration) en matière de gestion d'entreprise à divers niveaux, notamment dans la planification, la conduite et le contrôle d'organisations, de processus ou de projets, ainsi que la mise à disposition des informations nécessaires à ces tâches (BÖCKLI (FN 31), § 15 N 319 ; GERHARD (FN 29), 119).

⁴² BÖCKLI (FN 31), § 13 N 472 et § 11 N 304 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 648.

⁴³ Arrêt du TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010 (« PubliGroupe »), DPC 2010/2 329 ss, cons. 4.1.

⁴⁴ Arrêt du TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010 (« PubliGroupe »), DPC 2010/2 329 ss, cons. 4.5 (confirmé par l'ATF 139 I 72, JdT 2013 I 202). Critique: ANDREAS HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (édit.), Droit de la concurrence – Les destinataires de décisions dans les groupes de sociétés, Berne 2015, 49–65, 60. La pratique n'est cependant pas uniforme et les autorités condamnent parfois solidairement

3. Responsabilité du conseil d'administration

3.1 Première condition: acte illicite

a. En général

Un administrateur engage sa responsabilité lorsqu'il « manque à ses devoirs » (art. 754 al. 1 CO). Sa responsabilité suppose en d'autres termes qu'il commette un acte illicite, c'est-à-dire qu'il viole – par une action ou une omission – un devoir qui lui est imposé par la loi ou les statuts en sa qualité d'organe. Le devoir dont il s'agit diffère selon que le conseil d'administration reste investi de la gestion de la société (cf. ch. b) ou qu'il l'a déléguée à un tiers (cf. ch. c). L'illicéité est réalisée lorsque la norme violée a pour but de protéger le lésé d'un dommage du genre de celui qui s'est produit (Schutznormtheorie)⁴⁵. S'agissant d'une action tendant à réparer le préjudice causé à la société, toutes les dispositions légales ou statutaires imposant un devoir lié à la conformité au droit de la concurrence peuvent fonder un acte illicite⁴⁶. S'agissant d'une action tendant à réparer le dommage direct de l'actionnaire ou d'un créancier, le demandeur doit établir que la norme violée protège aussi ses intérêts⁴⁷.

b. En cas de gestion par le conseil

Lorsque la gestion de la société n'a pas été déléguée, tous les membres du conseil d'administration répondent collectivement des violations au droit de la concurrence. Deux types de scénarios se présentent en pratique:

- Les membres du conseil d'administration ont, à un moment ou à un autre, conscience de l'infraction qui a été (ou va être) commise. Hormis l'hypothèse dans laquelle l'administrateur prend part à l'infraction (p.ex. il participe à la séance dans laquelle les concurrents passent l'accord cartellaire), les cas les plus évidents sont ceux où les membres donnent leur blanc-seing à un accord ou une pratique qu'ils savent illicite ou lorsqu'ils ont conscience que la direction s'accommode de comportements contraires au droit de la concurrence. Leur responsabilité est alors très certainement engagée du point de vue civil⁴⁸. Elle l'est probablement aussi lorsqu'ils omettent ou s'abstiennent de prendre les mesures qui permettraient de prévenir une violation du droit de la concurrence alors que la société se trouve exposée à un risque accru d'infraction (en raison de ses activités ou de procédures car-

tellaires antérieures)⁴⁹ et qu'ils le savent ou auraient dû le savoir. Il en va de même lorsque l'administrateur découvre a posteriori l'existence d'une infraction et s'abstient de prendre les mesures permettant de diminuer le dommage pour la société (p.ex. sous la forme d'une autodénonciation (cf. ch. III.2.)⁵⁰).

- Lorsque les membres n'ont pas conscience de l'infraction, il faut admettre, dans une première étape du raisonnement en tout cas, que leur responsabilité est engagée si l'entreprise doit payer une amende ou verser des dommages-intérêts⁵¹. En pratique, apprécier la conformité au droit de la concurrence d'un accord ou d'une pratique peut certes se révéler particulièrement difficile, et ce même en faisant preuve de diligence dans le processus de décision ou, singulièrement, en recourant aux services d'un conseiller externe⁵². L'imprévisibilité du droit en la matière conduit même parfois à des interdictions ou des précautions qui vont au-delà de la volonté du législateur (overcompliance) et qui nuisent certainement à la concurrence (p.ex. lorsqu'une entreprise renonce à une campagne de prix par peur que l'autorité la qualifie de discriminatoire)⁵³. Le droit suisse ne permet cependant pas de réduire la légalité d'une décision à celle du processus qui la précède. Ainsi, une décision enfreint les impératifs de diligence si, à la lumière des circonstances au moment où elle est prise, elle contrevient à des dispositions légales impératives⁵⁴. On devrait d'autant plus facilement retenir une violation de la diligence requise lorsque des règles de droit suisse sont en jeu, car la LCart permet de sonder le terrain en consultant de façon préventive le Secrétariat de la COMCO (cf. ch. II.2.2 sur l'annonce préalable).

Ce régime, très rigoureux pour les membres du conseil d'administration, connaît certains tempéraments. Il convient d'abord à notre avis de réserver un traitement différent aux administrateurs « externes » (ou « indépendants »), c'est-à-dire aux administrateurs qui ne sont ni membres de la direction ni délégués de la gestion (non-executive directors). Ils ne sont en effet pas impliqués dans les activités opérationnelles et leur accès à

la société mère et la filiale ; cf. BENOÎT MERKT, Responsabilité au sein des groupes de société et destinataires des décisions en droit de la concurrence, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz (édit.) (FN 44), 67–94, 86 ss ; ANNA-ANTONINA SKOCZYLA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstöße im Konzern im schweizerischen und europäischen Recht, thèse, Berne 2011, 107 ss.

⁴⁵ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 887.

⁴⁶ Cf. BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 25.

⁴⁷ BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 24 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 887.

⁴⁸ DUCREY (FN 38), 404.

⁴⁹ Cf. DUCREY (FN 38), 404.

⁵⁰ Plus nuancé: DAMIAN K. GRAF, Der Verwaltungsrat und die kartellrechtliche Bonusregelung, RSDA 2014, 492–508, 492 ss.

⁵¹ En ce sens (manifestement): WALTER A. STOFFEL, Organverantwortlichkeit für Wettbewerbsrechtsverletzungen, in: Waldburger/Baer/Nobel/Bernet (édit.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Berne 2005, 353–366, 357.

⁵² Sur le caractère peu prévisible du droit de la concurrence et les difficultés engendrées pour les entreprises et leurs conseillers, cf. SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, Les sanctions directes et le conseil aux entreprises: zones d'ombre, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (édit.), Le droit des cartels suisse 13 ans après le changement de paradigme, 109–140, 114 ss.

⁵³ VENTURI/FAVRE (FN 52), 115.

⁵⁴ En ce sens: ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 204 ; BÖCKLI (FN 31), § 13 N 584 et 591.

l'information – et donc leur contrôle sur la gestion – demeure limité en pratique⁵⁵. Le rôle d'un tel administrateur consiste au premier chef à interpellier les membres exécutifs du conseil et les dirigeants de l'entreprise sur leur gestion, de manière à tester, voire remettre en question, les décisions prises et les activités exercées. Sa responsabilité ne devrait ainsi être engagée que s'il n'a pas posé les bonnes questions (ou donné les bonnes instructions) pour vérifier les mesures mises en œuvre afin de prévenir, détecter et faire cesser les comportements contraires aux règles du droit de la concurrence⁵⁶. Cela étant, le non-executive director ne saurait être placé dans une situation plus favorable que l'administrateur d'une société ayant valablement délégué la gestion (cf. ch. c).

Par ailleurs, il faut à notre avis admettre une réduction de l'indemnité, voire une exclusion de toute responsabilité, lorsqu'un administrateur se fie de bonne foi à l'avis d'un autre administrateur qui a été nommé spécialement pour veiller au respect du droit de la concurrence, ou lorsqu'un spécialiste externe a été mandaté pour analyser les risques en la matière⁵⁷. Tel devrait en particulier être le cas lorsque le conseil a renoncé à mettre en place un programme de conformité (qui aurait prévenu l'infraction) en se fondant sur l'analyse opérée par un spécialiste interne ou externe⁵⁸, à condition que cette personne jouisse de connaissances particulières et que l'administrateur ait raisonnablement pu s'y fier (art. 2 al. 1 CC). Le seul fait de recourir aux services d'un tiers, sans évaluer soigneusement son aptitude à gérer les questions de conformité, ne justifie pas une réduction de la responsabilité. Il en va de même d'une simple répartition des tâches au sein du conseil entre différents comités⁵⁹.

c. En cas de gestion déléguée

En cas de délégation (valable) de la gestion à un organe ou un tiers⁶⁰, le respect du droit de la concurrence s'inscrit dans l'obligation de surveillance à charge des administrateurs. Ici aussi, il convient de distinguer deux types de scénarios:

- Lorsque les membres du conseil d'administration savent qu'une infraction a été commise et qu'ils l'ont tolérée (ou approuvée tacitement), leur responsabilité

est immédiatement engagée. Leur connaissance peut par exemple reposer sur une information concrète obtenue grâce aux mesures de détection prévues par un programme de conformité ; la violation du droit de la concurrence correspond parfois à la stratégie de l'entreprise, décidée au plus haut niveau ou tolérée sciemment par celle-ci⁶¹. De tels comportements s'analysent comme une violation du devoir de surveillance du délégataire prévu à l'art. 754 al. 2 CO (cura in custodiendo) ; les administrateurs concernés ne peuvent pas invoquer la preuve libératoire prévue par cette disposition. On peut également y déceler une violation du devoir de haute direction (art. 716a al. 1 ch. 1 CO)⁶².

- Dans l'hypothèse où les administrateurs n'avaient pas connaissance de l'infraction, ils engagent leur responsabilité à moins qu'ils établissent avoir pris tous les soins commandés par les circonstances pour choisir, instruire et surveiller le délégataire de la gestion (art. 754 al. 2 CO). Cette preuve libératoire obéit aux règles habituelles. Il s'agit d'abord de prouver que le conseil d'administration a choisi des dirigeants conscients du risque concurrence et compétents pour le gérer (cura in eligendo). Le conseil doit ensuite démontrer que la conformité au droit de la concurrence constitue un objectif stratégique de l'entreprise, qu'il a identifié les moyens permettant de l'atteindre et donné les instructions en ce sens (cura in instruendo). Enfin, le conseil d'administration doit établir qu'il s'est doté des moyens pour surveiller le respect des instructions données, par exemple en mettant en place un programme de conformité (cf. ch. II.2.1) (cura in custodiendo). Le conseil d'administration peut confier l'élaboration concrète de ce programme à un groupe de travail interne ou à des spécialistes externes, mais les trois curiae – lors même qu'elles seraient formalisées dans un tel programme – sont et demeurent une tâche inaliénable et intransmissible du conseil⁶³. Il lui appartient ainsi de manière ultime d'identifier les risques concurrence particuliers qui pourraient concerner l'entreprise, d'apprécier le programme élaboré à l'aune des risques identifiés⁶⁴, puis de s'assurer, par une surveillance critique et active, que le programme est effectivement mis en œuvre par

⁵⁵ BÖCKLI (FN 31), § 18 N 115 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 885.

⁵⁶ OFFICE OF FAIR TRADING (UK), *Company directors and competition law*, Guidance 1340, juin 2011, N 3.9 i.f.

⁵⁷ BÖCKLI (FN 31), § 18 N 449 ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 878.

⁵⁸ Cf. DUCREY (FN 38), 404.

⁵⁹ La répartition entre différents comités est une manifestation des compétences intransmissibles et inaliénables du conseil ; il n'y a pas de délégation qui permettrait aux administrateurs non membres des comités de faire valoir la preuve libératoire de l'art. 754 al. 2 CO (ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 920).

⁶⁰ Sur l'application de l'art. 754 al. 2 CO à tous les cas de délégations valables, cf. parmi d'autres: CoRo CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 754 N 34.

⁶¹ WALTER A. STOFFEL, *La responsabilité des organes pour les violations du droit de la concurrence*, in: Imsand (édit.), *La responsabilité civile dans l'entreprise*, Lausanne 2004, 26–43, 41.

⁶² STOFFEL (FN 51), 357.

⁶³ La curia in eligendo est en effet visée par l'art. 716a al. 1 ch. 4, la curia in instruendo par l'art. 716a al. 1 ch. 1 et la curia in custodiendo par l'art. 716a al. 1 ch. 5 CO (BÖCKLI (FN 31), § 18 N 119). Contra (dans son résultat): DUCREY (FN 38), 404, selon qui le conseil n'engage sa responsabilité que s'il n'utilise pas le soin commandé par les circonstances au moment de désigner le spécialiste – interne ou externe – chargé d'identifier les risques concrets encourus par l'entreprise.

⁶⁴ En pratique, on exigera du conseil qu'il approuve, par une décision en bonne et due forme, le programme élaboré sous son égide.

la direction (lecture critique des rapports relatifs au respect du programme, notamment⁶⁵).

3.2 Deuxième condition: faute

La responsabilité de l'administrateur suppose en outre une faute. Celle-ci s'apprécie de façon objective, par rapport au comportement (hypothétique) qu'aurait adopté un administrateur diligent dans les mêmes circonstances⁶⁶. La faute est retenue si l'administrateur n'a pas fait preuve de la diligence qu'aurait manifestée cet administrateur « modèle », diligent et raisonnable dans les mêmes circonstances. L'administrateur ne peut pas se prévaloir de son manque de temps ou d'expérience: si les connaissances nécessaires lui manquent, il doit refuser le mandat ou faire appel à des spécialistes⁶⁷. En pratique, cette objectivisation conduit le plus souvent à retenir une faute aussitôt que le comportement de l'administrateur est illicite, soit dès qu'il a violé un de ses devoirs⁶⁸ (cf. ch. I.3.1). Cela vaut particulièrement en cas de responsabilité pour violation des règles du droit de la concurrence⁶⁹.

Cette description de la faute se rapporte uniquement à la responsabilité des administrateurs. Elle se distingue des notions de « défaut d'organisation » ou d'absence de « mesures raisonnables et nécessaires » prévues à l'art. 102 CP⁷⁰ et reprises en droit administratif des cartels. Pour infliger une sanction directe à une entreprise (selon l'art. 49a al. 1 LCart), l'autorité doit en effet pouvoir formuler un « reproche » (Vorwerfbarkeit), consistant dans la « violation objective d'un devoir de prudence » (objektive Sorgfaltspflichtverletzung)⁷¹. On admet une telle violation non seulement lorsque les personnes physiques qui commettent des agissements répréhensibles (ou omettent de s'y opposer) ont commis une faute, mais également en cas de « faute dans l'organisation » de l'entreprise (Organisationsverschulden)⁷². La COMCO considère que l'entreprise a commis une faute

lorsqu'elle n'a pas pris toutes les mesures possibles et raisonnablement exigibles de sa part pour empêcher l'infraction⁷³. L'autorité examine à cette occasion si un programme de conformité a été mis en place, évalué s'il est suffisant et approprié⁷⁴, puis vérifie que le programme a été appliqué durablement. Si ces conditions (qui laissent à l'autorité une marge d'appréciation considérable) sont remplies, l'entreprise devrait pouvoir échapper au grief du défaut d'organisation, avec à la clef une atténuation de la sanction et, indirectement, une diminution de son dommage⁷⁵.

3.3 Troisième condition: dommage

La responsabilité de l'administrateur suppose ensuite l'existence d'un dommage, soit une diminution involontaire de la fortune nette. Le dommage se manifeste sous la forme d'une diminution de l'actif ou une augmentation du passif (respectivement une non-augmentation de l'actif ou une non-diminution du passif)⁷⁶. En matière de responsabilité des administrateurs, doctrine et jurisprudence opèrent de subtiles distinctions, qui influencent la qualité pour agir de la personne lésée:

- En l'absence de faillite de la société, la société et tout actionnaire peuvent agir en réparation du dommage subi par la société. L'art. 754 CO ne permet pas au créancier de demander la réparation du dommage enduré par la société, mais le légitime à agir en réparation du dommage qu'il a directement subi. Il doit pour cela établir que le dommage affecte son patrimoine de façon individuelle et spécifique, indépendamment d'un dommage subi par la société⁷⁷. On peine à imaginer un cas où un manquement de l'administrateur à ses devoirs de gestion et de surveillance remplirait cette condition⁷⁸.
- En cas de faillite de la société, il appartient à l'administration de la faillite d'agir lorsque seule la société subit un dommage (p.ex. en cas d'amende infligée par les autorités de la concurrence). Les créanciers

⁶⁵ Cf. DUCREY (FN 38), 404, pour qui une lecture négligente des comptes-rendus à l'attention du conseil sur la mise en œuvre d'un programme de conformité est un cas de responsabilité au sens de l'art. 754 al. 2 CO.

⁶⁶ Cf. notamment arrêts du TF 4A.174/2007 du 13 septembre 2007, cons. 4.3.2 et 4C.358/2005 du 12 février 2007, cons. 5.5.6.

⁶⁷ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 885.

⁶⁸ ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 882.

⁶⁹ STOFFEL (FN 51), 357.

⁷⁰ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0.

⁷¹ Cf. p.ex. COMCO, DPC 2013/4 524 ss, 606, « Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich », N 914 ss. Cette position a été confirmée par le TF dans l'affaire « PubliGroupe » (ATF 139 I 72, cons. 12.2.2, JdT 2013 I 202).

⁷² Selon la COMCO, peuvent engager la responsabilité de l'entreprise non seulement les agissements de ses organes (art. 55 CC), mais aussi ceux des collaborateurs disposant d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont ils sont chargés (DPC 2013/4 524 ss, 606, « Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich », N 916, n. 649). A ce sujet, cf. ANDREAS KELLERHALS, Compliance im Wettbewerbsrecht, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (édit.), Wirtschafts-

recht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Bâle 2009, 535–549, 539.

⁷³ COMCO, DPC 2013/4 524 ss, 606, « Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich », N 916.

⁷⁴ Ou, pour reprendre les termes de l'initiative parlementaire Kaufmann (08.443), si le programme est « adapté à [l'] activité (de l'entreprise) et au secteur dans lequel elle opère ». L'objectif de cette initiative, à laquelle le Conseil national a décidé de ne pas donner suite le 17 septembre 2014 (BO 2014 N 1564), était de prévenir une menace sur la « viabilité des entreprises », en garantissant qu'aucune sanction ne soit prononcée contre une entreprise ayant mis en place un programme d'observation des règles légales adapté et répondant à des exigences élevées.

⁷⁵ Et non une exclusion de toute sanction. A ce sujet, cf. notamment CoRo LCart-ROTH, Rem. Art. 49a–53 N 44 et les réf. cit.

⁷⁶ ATF 131 III 360, cons. 6.1.

⁷⁷ ATF 110 II 391, JdT 1985 I 287 ; arrêt du TF 4C.142/2004 du 4 octobre 2004, cons. 4 ; CoRo CO II-CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, Art. 754 N 61.

⁷⁸ Le créancier lésé conserve cependant la possibilité d'agir en réparation contre l'administrateur, aux conditions de l'art. 41 CO.

n'étant dans ce cas touchés que par ricochet, l'action en responsabilité ne leur est pas ouverte⁷⁹. Dans l'hypothèse où le comportement de l'administrateur causerait aussi un dommage au créancier, celui-ci peut demander la réparation de son dommage (direct) à titre individuel s'il prouve un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, une culpa in contrahendo ou la violation d'une disposition du droit des sociétés protégeant exclusivement ses intérêts⁸⁰.

En dépit de la sévérité du régime et de l'impact que la réalisation du risque concurrence peut avoir sur la société, les actions en responsabilité contre les administrateurs demeurent rares en pratique. En dehors d'une hypothèse de faillite, la société rechigne souvent à agir contre les administrateurs ; les actionnaires, eux, ne détiennent la plupart du temps qu'une quote-part du capital, en sorte que leur intérêt à exiger réparation n'est qu'indirect ; quant aux tiers lésés par une restriction de concurrence, les conditions d'une action individuelle ne sont quasiment jamais données, et ils recherchent en priorité l'argent dans la « deep pocket » de la société.

Il n'empêche que l'administrateur est bien inspiré de vérifier que les mesures nécessaires ont été prises au sein de la société. Il ne devrait pas hésiter, avant même d'accepter son mandat, à se renseigner sur les risques éventuels et sur les procédures mises en place au sein de l'entreprise pour assurer le respect des normes de droit de la concurrence. Selon le risque concurrence identifié et ses propres compétences, sa décision d'accepter le mandat devrait également passer par un examen des membres du conseil et de leur capacité à gérer des projets ou événements nécessitant une forte implication (p.ex. perquisitions ou enquêtes de la COMCO, projets d'acquisition ou de joint venture impliquant un concurrent). Dans les situations qui présentent un risque accru, on ne saurait que trop lui recommander de passer une convention obligeant la société ou l'actionnaire (majoritaire), dans les limites de l'ordre juridique⁸¹, à renoncer à toute prétention contre lui ou à assumer les conséquences d'une procédure en responsabilité dirigée contre les membres du conseil. La souscription d'une assurance présente pour sa part un intérêt seulement si elle couvre les conséquences financières liées aux atteintes au droit de la concurrence. Un examen attentif des conditions générales de l'assurance

envisagée devrait idéalement précéder l'acceptation du mandat.

3.4 Quatrième condition: lien de causalité

La responsabilité des membres du conseil requiert enfin que la violation fautive de leur devoir se situe dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi⁸². L'acte générateur pouvant reposer sur une omission (cf. ch. I.3.1), on comprend l'importance que peuvent revêtir un programme de conformité complet et efficace ainsi que des mesures de suivi (cf. ch. II.2.1c).

II. Comment prévenir la survenance du risque concurrence ?

1. Identifier le risque

1.1 En général

Le risque concurrence concret auquel une entreprise se trouve confrontée ne se laisse pas circonscrire à l'aide de formules générales: il dépend de la nature et de la taille de l'entreprise⁸³, de ses activités concrètes et de son organisation. Le droit suisse de la concurrence, comme de nombreux droits étrangers⁸⁴, étant régi par le « principe des effets », ce n'est pas le lieu de l'exercice de l'activité, mais celui où l'accord ou la pratique produit ses effets qui détermine la loi (nationale ou supranationale) applicable (art. 2 al. 2 LCart). Le risque varie par conséquent si l'entreprise a des activités limitées au marché suisse ou si elle est active à l'échelon international. Les risques ne sont par ailleurs jamais figés, et évoluent avec le développement et le succès de l'entreprise. De nouveaux risques peuvent surgir notamment si l'entreprise fusionne ou acquiert d'autres entreprises⁸⁵ ou si elle décide de lancer un

⁸² Parmi d'autres: ATF 132 III 564, cons. 4.2.

⁸³ DIETRICH (FN 2), 28 s.

⁸⁴ CPJI, Arrêt « Lotus » du 7 septembre 1927, Publications de la CPJI, Série A, vol 10, 18 s. ; Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 I 472 ss, 535 s. (cité: Mess. LCart 1994).

⁸⁵ (1°) Outre la nouvelle activité induite par l'opération d'acquisition ou de fusion, l'acquéreur ou la société absorbante peut avoir à répondre des infractions commises dans le passé par l'entreprise (ou partie d'entreprise) acquise ou absorbée, et ce alors même que ces infractions n'auraient pas encore été constatées par les autorités de la concurrence au moment de la réalisation de l'opération. Tel est notamment le cas lorsque l'entreprise responsable disparaît à la suite de l'opération considérée (une fusion, p.ex.) (cf. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 100). En relation avec le rachat d'une filiale faisant partie d'un groupe de sociétés, la COMCO a considéré, dans l'affaire « Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau » (DPC 2012/2 270 ss, 383, N 915), que la filiale restait responsable de ses agissements, indépendamment de sa société mère, tant qu'elle existait en tant qu'entité juridique ; la COMCO a considéré que l'acquéreur ne pouvait être tenu responsable pour des agissements antérieurs à l'acquisition de la filiale ; toutefois, si, à la suite du rachat, la filiale cesse d'exister, l'acquéreur peut se voir imputer les agissements de la filiale (cf. ASTRID WASER/

⁷⁹ Arrêt du TF 4A.174/2007 du 13 septembre 2007, cons. 3.2.1 ; ATF 132 III 564, JdT 2007 I 448. Sur le dommage par ricochet, cf. notamment BERNARD CORBOZ, Le dommage dans les actions en responsabilité contre les organes sociaux, in: Chabot (FN 29), 93–107, 100.

⁸⁰ Sur ces questions, cf. ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 863 ss et les réf. cit. ; cf. ég. ANDREW M. GARBARSKI/LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Conséquence de la radiation de la société anonyme sur l'action en responsabilité, GesKR 2018, 452–466.

⁸¹ Sur l'application de l'art. 100 al. 1 CO aux conventions d'indemnisation entre la société ou l'actionnaire et l'administrateur, cf. notamment BÖCKLI (FN 31), § 13 N 866.

produit ou de fournir des services sur un nouveau marché ou territoire⁸⁶. A noter dans ce contexte que le principe du « ne bis in idem » ne s'applique pas à l'échelon international en cas d'infraction au droit de la concurrence, faute de traité international en la matière⁸⁷. Une entreprise peut ainsi se voir sanctionner pour le même ensemble d'événements à l'étranger et en Suisse⁸⁸.

Dans son travail de surveillance préventive et d'identification (cf. ch. I.2.2), le conseil d'administration a intérêt à élaborer une cartographie des risques auxquels la société s'expose pour fonder sa stratégie de gestion⁸⁹. Cette cartographie, qui forme pour ainsi dire le socle de ses réflexions et de sa stratégie de gestion, prend en compte les particularités propres à l'entreprise et son organisation (secteurs d'activités, zones géographiques, partenaires et clients, métiers et processus). Peu importe la méthode choisie, le conseil d'administration doit veiller à allouer des ressources adéquates au risque concurrence. A cette fin, le conseil d'administration met souvent en œuvre une approche fondée sur les risques (risk-based approach)⁹⁰, qui permet à l'entreprise d'appliquer des mesures de vigilance simplifiées lorsqu'elle identifie des risques faibles et d'attribuer les ressources ainsi libérées à des mesures de vigilance accrues lorsqu'elle identifie des risques élevés.

1.2 Risques maximaux

a. Cartels « durs »

En l'état actuel du droit suisse, seules certaines catégories d'accords peuvent donner lieu à des sanctions directes (amendes) au sens de l'art. 49a al. 1 LCart (cf. ch. I.1.2). Il s'agit d'abord des accords entre concurrents (accords dits horizontaux) qui fixent des prix, restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir, ou opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires

commerciaux (art. 5 al. 3 LCart). Il s'agit ensuite des accords passés entre entreprises qui occupent des échelons du marché différents (accords dits verticaux), qui imposent un prix de revente minimum ou fixe, ainsi que les contrats de distribution qui attribuent des territoires à certaines entreprises tout en interdisant à d'autres fournisseurs d'opérer des ventes passives sur ces territoires (art. 5 al. 4 LCart). Un certain nombre de pratiques largement répandues, et considérées souvent à tort comme banales, sont difficiles à appréhender pour le praticien. On songe par exemple aux recommandations de prix, au sujet desquelles la pratique des autorités suisses (même si elles s'en défendent) est probablement plus restrictive qu'en droit européen⁹¹, aux échanges entre concurrents portant sur des informations sensibles du point de vue commercial⁹², ainsi qu'à la participation à des réunions d'associations professionnelles⁹³. Ces pratiques font courir à l'entreprise un risque juridique accru et nécessitent par conséquent une appréciation approfondie. Il en va de même des accords entre concurrents qui prévoient des obligations de non-concurrence ou des formes de collaboration portant sur un paramètre tel que le prix (p.ex. des « comptoirs de vente » ou des centrales d'achat)⁹⁴.

Certains indices signalent l'existence d'un cartel ou augmentent le risque d'infraction grave au droit de la concurrence ; leur présence devrait inciter la société à se livrer à une analyse poussée⁹⁵. Ainsi, l'entreprise doit se montrer particulièrement vigilante si ses clients ou ses fournisseurs sont également ses concurrents, si elle a les mêmes fournisseurs que ses concurrents, si son personnel participe à des associations professionnelles où les représentants d'entreprises concurrentes sont également présents, si des membres de son personnel (en particulier ceux qui occupent des fonctions décisionnelles ou sont en charge des ventes) ont rejoint l'entreprise après avoir travaillé chez des concurrents ou, plus concrètement, si des employés paraissent disposer d'informations commerciales sensibles sur la politique de prix, les structures de coûts et le plan d'affaires de concurrents. Une pru-

MARCEL MEINHARDT, *Konzerne und Wettbewerbsrecht*, in: Kunz/Arter/Jörg (édit.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII*, Berne 2013, 135–162, 153). (2°) Particularité du droit suisse, les opérations de concentration peuvent devoir être notifiées à la COMCO, sans égard aux valeurs seuils fixées par la loi, si, entre autres conditions, elles impliquent une entreprise détenant en Suisse une position dominante qui a été constatée dans une décision en force (cf. art. 9 al. 4 LCart ; cf. ég. FN 113). Or, en cas de prise de contrôle d'une telle entreprise, cette obligation passe à la personne de l'acquéreur (cf. DPC 2011/1 212).

⁸⁶ Cf. OFFICE OF FAIR TRADING (UK), OFT's four step compliance wheel, Guidance 1341, septembre 2012, N 3.1.

⁸⁷ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 36.

⁸⁸ La COMCO devrait cependant pouvoir tenir compte d'une condamnation à l'étranger en tant que facteur de réduction de la sanction (BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 36).

⁸⁹ Dans les sociétés dotées d'un comité d'audit, c'est en principe celui-ci qui élabore cette cartographie, en coopération étroite avec la direction juridique ; à ce sujet, cf. RUDOLF BAK, *Audit Committee – Instrument der Unternehmensüberwachung des Verwaltungsrates* thèse Zurich 2006, 64 ss.

⁹⁰ Sur ce type d'approche en droit suisse, cf. GERHARD (FN 29), 122 ss ; ZEN-RUFFINEN/BAUEN (FN 22), N 509 et 595.

⁹¹ Sur les recommandations de prix en droit suisse, cf. COMCO, Communication du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux (état au 22 mai 2017), N 15, disponible sous <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html> (consulté le 7 janvier 2019) ; décision de la COMCO dans l'affaire « Altimum » (DPC 2016/2 384 ss), confirmée par le TF dans son arrêt 2C_101/2016 du 18 mai 2018.

⁹² DIETRICH (FN 2), 31 ; COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (UK), *Competition Law Risk – A short Guide*, Version 2.0, 2017, 12 et 17 (cité: Short Guide). A ce sujet, cf. RAFFAEL GÜBELI, *Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede*, PJA 2017, 50–62, 50 ss.

⁹³ Sur les échanges au sein d'associations professionnelles, cf. l'avis rendu par le Secrétariat de la COMCO à la demande de cemsuisse in: DPC 2016/4 914 ss.

⁹⁴ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (UK), *Short Guide* (FN 92), 9 ss.

⁹⁵ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (UK), *Short Guide* (FN 92), 9 ss.

dence particulière est également de mise si l'entreprise est active sur des marchés où tous les acteurs se connaissent ou si le cercle des entreprises concurrentes est relativement étroit et que leurs employés migrent régulièrement d'un employeur à l'autre ou si elle a conclu des contrats exclusifs pour une longue période. La participation à une entreprise commune (joint venture) avec un concurrent ou, plus généralement, les contacts entre les cadres d'entreprises concurrentes imposent aussi une vigilance accrue. Il en va de même lorsque l'entreprise est active sur des marchés qui, en Suisse ou à l'étranger, ont déjà fait l'objet d'enquêtes de la part d'autorités de la concurrence ou ont donné lieu à des procès devant des juridictions civiles où l'existence de cartels a été alléguée.

b. Abus de position dominante

L'appréciation de la position d'une entreprise sur le marché repose sur une série de facteurs structurels et comportementaux et requiert généralement un examen juridique et économique approfondi. En pratique, la société commence par identifier les marchés sur lesquels elle opère⁹⁶, puis détermine les parts qu'elle y détient. Une part de marché élevée existant de longue date constitue un indice sérieux de position dominante⁹⁷. L'entreprise doit aussi examiner si des obstacles (juridiques, techniques ou autres) empêchent ses concurrents d'accéder à un marché particulier ou de s'y développer, et si le pouvoir d'achat des clients leur permet de contrebalancer sa politique de prix⁹⁸. La COMCO a aussi considéré, dans certains cas isolés, qu'elle était compétente pour examiner les comportements d'entreprises qui occupent vis-à-vis de leurs partenaires – clients ou fournisseurs – une position de puissance telle que ceux-ci ne peuvent pas s'y soustraire (pouvoir de marché dit relatif)⁹⁹. Une initiative récente appelle à ancrer dans la législation l'interdiction des abus commis par de telles entreprises¹⁰⁰. La prudence commande ainsi de soumettre également à un examen attentif les relations avec les partenaires qui disposent d'un

outil de production spécialisé ou qui n'ont pas de possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises pour la demande d'un bien ou d'un service.

L'entreprise qui détient une position dominante peut en user, mais il lui est interdit d'en abuser¹⁰¹. Le législateur considère en effet qu'une telle entreprise assume une responsabilité particulière du fait de sa position de force: elle ne doit pas fausser la concurrence, amoindrie, qui demeure sur le marché en question en dépit de sa présence¹⁰². Il n'existe pas de catalogue exhaustif des comportements abusifs. Les circonstances suivantes signalent cependant l'existence d'un abus ou augmentent ce risque (art. 7 al. 2 LCart): l'entreprise refuse de livrer un client sans motif objectif; elle applique des conditions commerciales différentes selon les clients; elle impose des clauses d'exclusivité; elle offre des rabais qui ne sont pas justifiés exclusivement par les économies d'échelle que les clients concernés lui permettent de réaliser ou des rabais qui servent uniquement à récompenser la fidélité des clients; elle soumet l'achat de ses produits à la condition que les clients achètent d'autres produits ou services (tying ou bundling); elle applique des prix tellement bas qu'ils ne couvrent pas les coûts du produit ou service offert; elle refuse l'accès à des installations sous son contrôle sans lesquelles ses concurrents ne peuvent pas opérer sur le marché¹⁰³.

c. Récidive

L'entreprise qui contrevient à une décision en matière de concurrence peut se voir infliger une amende allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 50 LCart). On apprécie si l'entreprise a « contrevenu » à une décision de l'autorité au regard du contexte général de la décision (dispositif et motivation) et du sens qu'on peut lui donner de bonne foi¹⁰⁴. Il faut par ailleurs que l'entreprise poursuive le comportement interdit par la COMCO nonobstant le caractère exécutoire de sa décision¹⁰⁵. Les recours devant le Tribunal fédéral n'ayant pas d'effet suspensif automatique, les décisions de la COMCO entrent techniquement en force à l'expiration du délai de recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral (art. 103 al. 1 LTF¹⁰⁶). Une entreprise qui porte l'affaire devant le Tribunal fédéral doit dès lors bien réfléchir à maintenir son accord ou sa pratique au-delà de l'entrée en force de

⁹⁶ Sur la notion de « marché », cf. CoRo LCart-CLERC/KËLLEZI, Art. 4 II N 62 ss.

⁹⁷ Communication de la Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'art. 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes JOCE 2009/C 45/02, N 13 ss (cité: Communication orientations).

⁹⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, Communication orientations (FN 97), N 16 ss.

⁹⁹ P.ex. affaire « CoopForte », DPC 2005/1 146 ss, N 98. A ce sujet, cf. SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, L'abus de position dominante en droit de la concurrence, Droit matériel, FJS N 337, 15 s. Sur le traitement de la dépendance économique à l'étranger, cf. notamment PRANVERA KËLLEZI, Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence, in: Art. 82 EC: New Interpretation, New Enforcement Mechanism?, MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, Springer 2008, 55–88, 61 ss.

¹⁰⁰ Initiative populaire fédérale « Stop à l'ilot de cherté – pour des prix équitables » (FF 2018 213) et le contre-projet indirect du Conseil fédéral, mis en consultation le 22 août 2018.

¹⁰¹ Mess. LCart 1994 (FN 84), 546; ROGER ZÄCH, Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, V/2, Bâle/Genève/Munich 2000, 137–222, 139.

¹⁰² CoRo LCart-CLERC, Art. 7 I N 70.

¹⁰³ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (UK), Short Guide (FN 92), 19.

¹⁰⁴ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 50 N 8 et les réf. cit.

¹⁰⁵ Selon la doctrine majoritaire: BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 50 N 17.

¹⁰⁶ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; RS 173.110.

la décision, au risque de se retrouver confrontée à une nouvelle amende en cas de confirmation de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, aux conséquences aussi lourdes que la première (si ce n'est plus). Dans la plupart des cas, la prudence commande de faire un examen de toutes les relations contractuelles problématiques, et de les modifier avant d'interjeter le recours devant le Tribunal fédéral. Ce travail de toilettage devrait d'ailleurs être envisagé tôt, car il peut se heurter au refus des partenaires à l'accord.

Au sein des groupes de sociétés, le conseil d'administration de la société mère doit veiller à ce que toutes les filiales se conforment aux injonctions de l'autorité. En droit européen, l'amende d'une société peut être majorée jusqu'à 100 % pour cause de récidive si une autre société avec laquelle elle forme une unité économique a déjà été condamnée pour avoir exercé un comportement semblable¹⁰⁷. Le droit suisse ne connaît pas un taux d'augmentation prédéterminé, mais considère aussi la récidive comme une circonstance aggravante (cf. art. 5 al. 1 let. a OS LCart¹⁰⁸).

d. Cas d'inobservations liés à une concentration d'entreprises

L'entreprise qui viole les règles relatives aux concentrations d'entreprises, par exemple en omettant de notifier une concentration (art. 9 LCart) ou en violant une charge à laquelle l'autorisation est subordonnée (art. 10 al. 2 LCart), peut se voir infliger une amende d'un montant maximal de CHF 1 mio (art. 51 al. 1 LCart). L'amende se calcule notamment sur la base du profit illicite réalisé, des circonstances, de la taille de la concentration et des enjeux économiques¹⁰⁹. Selon la COMCO, la faute de l'entreprise ne joue aucun rôle à cet égard¹¹⁰. Cette opinion paraît peu compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et est critiquée – à juste titre – en doctrine¹¹¹. Des affaires et initiatives récentes à l'étranger signalent en tout état de cause que les autorités de la concurrence entendent suivre une ligne très stricte quant à l'appréciation des infractions liées aux concentrations d'entreprises¹¹².

L'entreprise échappe à l'obligation de notifier si elle montre que son opération ne s'analyse pas comme une « concentration » ou qu'elle n'atteint pas les valeurs seuils fixées par la loi (art. 9 al. 1 LCart). Une approche multijuridictionnelle s'impose lorsque l'opération a des effets à l'étranger, ce qui entraîne un important effort de coordination. Une obligation de notifier la concentration à la COMCO existe parfois alors même que l'opération implique des entreprises qui ne sont pas présentes en Suisse ou qui ne réalisent aucun chiffre d'affaires en Suisse¹¹³. L'obligation de notifier trouve son prolongement dans l'interdiction de réaliser la concentration aussi longtemps que l'opération fait l'objet d'un examen de l'autorité (« gun jumping » ; cf. art. 32 al. 2 et 33 al. 2 LCart). Cette prohibition vaut pour tous les actes d'exécution (transfert d'actions, paiement du prix, cession des actifs et passifs de l'entreprise, tenue d'une assemblée générale approuvant la réalisation de la fusion, inscription au registre du commerce, etc.) et toutes les démarches de nature à modifier la structure du marché¹¹⁴.

Appelé tant à surveiller le processus de négociation de l'acquisition (et notamment les opérations de due diligence sur la cible) qu'à revoir le projet de contrat d'acquisition ou de vente, le conseil d'administration doit instruire l'équipe menant les pourparlers (ou les spécialistes internes chargés de chapeauter l'opération sous l'angle du droit de la concurrence) de mettre d'emblée en place les garde-fous requis par ce type d'opération. Il s'agit surtout de s'assurer qu'aucun échange d'informations sur des données sensibles du point de vue de la concurrence (projets commerciaux, stratégies de développement, politique tarifaire, coûts de l'entreprise, etc.) n'intervienne, en particulier lorsque l'opération présente un risque accru de coordination, par exemple parce qu'elle met en présence des concurrents ou des entreprises actives sur des marchés concentrés. La mise sur pied de « clean teams » (c'est-à-dire d'équipes composées de personnes qui ne sont pas impliquées dans la

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3522_fr.htm [consulté le 7 janvier 2019].

¹¹³ Dans l'affaire « Merial » (ATF 127 III 219, cons. 4a), le Tribunal fédéral a confirmé la position de la COMCO en retenant que l'opération devait être notifiée en Suisse dès que les valeurs seuils de l'art. 9 al. 1 LCart étaient atteintes. Il importe peu que les entreprises ne réalisent aucun chiffre d'affaires en Suisse dans les marchés concernés par l'opération, car l'art. 9 al. 1 LCart vise les chiffres d'affaires réalisés par les entreprises globalement (soit tous marchés confondus) (cf. CoRo LCart-VENTURI/FAVRE, Rem. art. 9–10 N 13). En mars 2009, la COMCO a toutefois révisé sa pratique et considère désormais qu'il n'y a exceptionnellement pas d'obligation de notification, faute d'effets en Suisse, en cas de société commune créée à l'étranger par deux sociétés suisses, pour autant que celle-ci ne réalise pas de chiffre d'affaires en Suisse et qu'elle n'envisage pas de le faire (SECRÉTARIAT DE LA COMCO, Pratique concernant l'annonce et l'appréciation des concentrations d'entreprises, Communication du 25 mars 2009, disponible sous: <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/services/notifications.html> [consulté le 7 janvier 2019]).

¹¹⁴ CoRo LCart-BOVET/MERKT, Art. 32 N 6 et N 80 et les exemples cités.

¹⁰⁷ Cf. N 28 des Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'art. 23 para. 2 lit. a du règlement (CE) N I/2003 (JO N C 210 du 1^{er} septembre 2006, 2 ss). Sur ces questions, cf. MERKT (FN 44), 71.

¹⁰⁸ Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence ; RS 251.5.

¹⁰⁹ CoRo LCart-MOREILLON, Art. 51 N 18 s.

¹¹⁰ Décision de la COMCO du 16 février 1998 dans l'affaire « Merial, Rhône-Poulenc et Merck », DPC 1998/1 96 ss, 99 s. ; CoRo LCart-MOREILLON, Art. 51 N 18 et les réf. cit.

¹¹¹ CoRo LCart-MOREILLON, Art. 51 N 18 s.

¹¹² Cf. l'affaire « Altice », dans laquelle la Commission européenne a infligé une amende de EUR 124.5 mios à l'entreprise pour avoir procédé à l'acquisition de PT Portugal avant d'avoir obtenu l'autorisation de procéder à la concentration (Comm. UE, 24 avril 2018, aff. M.7993, « Altice/PT Portugal » ; cf. ég. communiqué de presse de la Commission européenne du 24 avril 2018 disponible sous:

conduite des affaires opérationnelles de l'entreprise et qui ne participent pas à la définition de la stratégie ou de la politique tarifaire) en lien avec l'accès à la data room ou l'établissement de protocoles sur le traitement de l'information récoltée (anonymisation des données, modalités des échanges entre membres de la clean team et les équipes chargées des négociations, ou au sein même de la clean team) font aujourd'hui office de standards minimaux¹¹⁵. Ces mesures permettent d'éviter, d'une part, les reproches d'entente illicite entre les parties et, d'autre part, le contrôle de la cible par l'acquéreur avant l'autorisation de l'autorité. Les termes du contrat d'acquisition ne doivent par ailleurs pas concéder à l'acquéreur une influence qui dépasse la simple préservation de la cible entre la date de signature et la réalisation de l'opération. Les droits de veto qui seraient octroyés à l'acquéreur durant cette période, notamment sur la politique tarifaire ou la composition du personnel de la cible¹¹⁶, ainsi que le pouvoir d'intervenir dans la négociation ou résiliation des contrats auxquels la cible est partie, méritent une attention particulière.

1.3 Autres risques

En plus des sanctions financières, la COMCO peut ordonner des mesures (comportementales ou structurelles) destinées à supprimer la restriction illicite à la concurrence (art. 30 al. 1 LCart). Elle interdit par exemple certains comportements à l'avenir ou impose des obligations¹¹⁷. Comme indiqué (cf. ch. II.1.2c), la violation des mesures prononcées par la COMCO peut elle-même être sanctionnée (par une amende ou une autre mesure administrative).

En parallèle de la voie administrative, la loi octroie divers moyens de défense et d'indemnisation civils à toute personne entravée par une restriction illicite à la concurrence. La victime peut ainsi demander la suppression ou

la cessation de l'entrave, la réparation de son dommage (cf. ch. I.1.2) et de son tort moral, la remise du gain indu ainsi qu'un constat d'illicéité (art. 12 LCart). Sur requête de la personne entravée, le juge déclare par ailleurs nuls les contrats concernés et impose la conclusion de nouveaux engagements conformes aux conditions du marché (art. 13 LCart). Ces actions civiles appartiennent tant aux parties à un accord illicite qu'aux tiers¹¹⁸. Il demeure cependant rare en pratique d'obtenir la réparation intégrale d'un éventuel dommage, pour des raisons de preuve: les pertes liées à une baisse de la clientèle ou un affaiblissement d'une position sur le marché sont particulièrement difficiles à établir, puis à chiffrer¹¹⁹.

Ces moyens de droit civil supposent l'existence d'une « entrave » à la concurrence, c'est-à-dire qu'une entreprise limite les possibilités pour une autre entreprise de participer à la concurrence¹²⁰. La loi recense deux cas: le refus de traiter des affaires et l'adoption de mesures discriminatoires (art. 12 al. 2 LCart ; cf. ég. art. 7 al. 2 lit. a et b LCart). D'autres hypothèses sont cependant envisageables, comme le fait de limiter la production, les débouchés ou le développement technique, de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires, ou de pratiquer une sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigées contre un concurrent déterminé (cf. art. 7 al. 2 lit. d à f LCart). Il n'est pas nécessaire que le demandeur subisse une entrave « notable ». Elle doit cependant découler d'une restriction illicite à la concurrence, soit d'un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart (cf. ch. II.1.2a) ou d'un abus de position dominante selon l'art. 7 LCart (cf. II.1.2b).

2. Limiter le risque

2.1 Programme de conformité

a. Définition et intérêt

En adoptant un programme de conformité (compliance program), l'entreprise affirme sa volonté de se conformer aux règles juridiques, de prévenir les risques correspondants et de les gérer au mieux en cas d'infraction¹²¹. Ces programmes comprennent donc l'ensemble des mesures concrètes et effectives prévues à cet effet¹²². Réagir rapidement en cas d'infraction, pour obtenir une réduction de l'amende par exemple (cf. ch. III.), constitue un seul pan des programmes de conformité. Ceux-ci visent aus-

¹¹⁵ Le 20 mars 2018, la Federal Trade Commission (USA) a publié des directives sur le comportement à adopter pendant la phase de négociation et dans les opérations de due diligence (Avoiding antitrust pitfalls during pre-merger negotiations and due diligence, disponible sous: https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2018/03/avoiding-antitrust-pitfalls-during-pre-merger?utm_source=govdelivery [consulté le 7 janvier 2019]). Cf. ég. les directives brésiliennes en la matière: ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE, Guidelines for the analysis of previous consummation of merger transactions (« Gun Jumping Guidelines »), disponibles sous: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guide-line-gun-jumping-september.pdf (consulté le 7 janvier 2019).

¹¹⁶ Selon la décision « Altice », un contrôle du personnel n'est en principe possible que s'il se limite à des employés-clés qui sont déterminants pour la conduite des affaires de la cible, ou lorsqu'il s'agit de prévenir un changement significatif de la structure de coûts de la cible (Comm. UE, 24 avril 2018, aff. M.7993, « Altice/PT Portugal », N 75).

¹¹⁷ Pour un catalogue des mesures possibles en cas d'abus de position dominante, cf. notamment LAUREN OJHA, Les mesures correctives et sanctions de l'abus de position dominante – Une perspective comparée, bulletin CEDIDAC N 59, septembre 2012, 2 ss.

¹¹⁸ CoRo LCart-REYMOND, Art. 12 N 19.

¹¹⁹ CoRo LCart-REYMOND, Art. 12 N 78.

¹²⁰ CoRo LCart-REYMOND, Art. 12 N 37.

¹²¹ KELLERHALS (FN 72), 542.

¹²² AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FR), Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, 10 février 2012, N 11 (cité: Document-cadre).

si, et avant tout peut-être, à inciter les collaborateurs de l'entreprise à adopter une stratégie conforme au droit et efficace sur le marché. Ce faisant, ils diminuent l'exposition au risque de commettre une infraction au droit de la concurrence.

La COMCO tient parfois compte de l'existence d'un programme de conformité en tant que circonstance justifiant une réduction de l'amende¹²³. Elle n'y conduit cependant pas de façon automatique. En 2007, une motion demandant une réduction automatique de l'amende pour les entreprises qui mettent en place un plan d'action destiné à veiller au respect du droit de la concurrence avait pourtant été déposée¹²⁴. Le Conseil fédéral avait même donné suite à cette motion dans la révision (avortée) de la LCart¹²⁵. Le projet érigeait les programmes de conformité au rang de facteur de réduction de la sanction¹²⁶. A titre de comparaison, l'Autorité française de la concurrence accorde une réduction de la sanction allant jusqu'à 10 % aux entreprises qui s'engagent à mettre en place un programme de conformité répondant aux bonnes pratiques ou à améliorer un programme préexistant dans le cadre d'une procédure ouverte¹²⁷.

Au sein d'un groupe de sociétés, et presque paradoxalement, l'existence d'un programme de conformité en matière de concurrence pèse parfois en défaveur de la société mère. En droit européen, l'existence d'un tel programme a été interprétée à plusieurs reprises comme un facteur de nature à démontrer l'absence d'autonomie de la filiale¹²⁸.

b. Contenu

Le droit suisse ne traite pas des programmes de conformité: la loi s'abstient de toute indication sur la façon d'assurer la fonction compliance ou sur le contenu d'un éventuel programme de conformité. La doctrine et la pratique offrent quelques exemples, qui peuvent se révéler utiles pour l'entreprise ou son conseiller. Le Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise (CSBP) en particulier propose certaines directions très largement admises. Plusieurs autorités de la concurrence étrangères ont par ailleurs publié des guides explicatifs sur la conformité en matière de droit de la concurrence.

Certaines, comme l'Autorité française¹²⁹, se sont même engagées dans des directives ou communications qui présentent leur vision de la conformité, proposent des bonnes pratiques en la matière et expliquent comment elles tiennent compte des programmes de conformité dans leur appréciation. Au Royaume-Uni, la Competition & Markets Authority (CMA) a élaboré un « short guide » à l'attention des entreprises, dans lequel elle les rend attentives aux situations problématiques par le biais d'exemples réels¹³⁰. Ces documents tirent souvent leurs enseignements d'une pratique décisionnelle où les autorités ont rendu obligatoires des engagements de conformité présentés par des entreprises poursuivies pour ententes ou abus de position dominante. Ils fournissent ainsi des points de repère et de confrontation privilégiés tant aux entreprises qu'aux autorités suisses.

Le contenu effectif du programme de conformité dépend de la taille de l'entreprise, de ses activités et des marchés où elle opère, ainsi que de son organisation, son mode de gouvernance et sa culture¹³¹. En toute hypothèse, il devrait témoigner des démarches suivantes¹³²: (i) s'engager à respecter le droit de la concurrence et en souligner l'importance, (ii) désigner une personne responsable du programme de conformité au sein de l'entreprise (compliance officer), (iii) instaurer des mesures d'information, de formation et de sensibilisation, (iv) prévoir des mécanismes efficaces de contrôle, d'audit et d'alerte et (v) introduire un dispositif de suivi. A ce titre, l'entreprise peut introduire des mesures réactives, destinées à modifier ou adapter les comportements problématiques, comme la modification des contrats en cause (formellement, par échange de courrier ou side-letter) ou l'interruption de certaines pratiques (dans une convention d'arrêt, par décision formelle de cessation ou par interruption de fait)¹³³.

Concrètement, l'entreprise peut publier un code de conduite en relation avec les activités commerciales quotidiennes et le développement de nouveaux produits ou l'entrée sur de nouveaux marchés, la participation à des forums d'échange ou à des associations professionnelles, le comportement à observer en cas d'opérations M&A, notamment dans la phase de due diligence ou de négociation des contrats (cf. ch. II.1.2d). Un tel code peut formaliser une procédure interne spéciale en cas de whistleblowing, demander aux employés d'informer la direction s'ils participent à une association d'entreprises où ils pourraient rencontrer des concurrents, introduire un système de signatures multiples en cas de contrats avec

¹²³ DIETRICH (FN 2), 23 s.

¹²⁴ Motion Schweiger (07.3856) (cf. FN 18).

¹²⁵ Message du Conseil fédéral du 22 février 2012 relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence, FF 2012 3631 ss, 3657 s.

¹²⁶ Cf. art. 49a du projet in: FF 2012 3713 ss.

¹²⁷ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FR), Document-cadre (FN 122), N 29 ss.

¹²⁸ Cf. arrêt du Tribunal de première instance (UE) T-138/07 du 13 juillet 2011, « Schindler », confirmé par l'arrêt de la CJUE C-501/11 du 18 juillet 2013, où le Tribunal a jugé que la mise en œuvre d'un code de conduite par la société mère au sein des filiales « suggère plutôt un contrôle effectif par la société mère de la politique commerciale des filiales » (cons. 88).

¹²⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FR), Document-cadre (FN 122) ; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FR), Brochure conformité (FN 1).

¹³⁰ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (UK), Short Guide (FN 92).

¹³¹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FR), Document-cadre (FN 122), N 19.

¹³² AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE (FR), Document-cadre (FN 122), N 22.

¹³³ DIETRICH (FN 2), 33.

des concurrents, établir une check-list pour aider les employés à prendre des décisions ou encore leur donner la possibilité de bénéficier de conseils (juridiques) avant de prendre une décision. Il convient également d'établir des lignes directrices sur le comportement à adopter en cas de perquisition dans les locaux de l'entreprise, précisant quelles personnes peuvent (et doivent) collaborer avec l'autorité et comment, et sous quel format elles doivent communiquer l'information pour limiter les désagréments et protéger les données sensibles ou les informations couvertes par le secret professionnel de l'avocat¹³⁴. L'entreprise peut également faire du respect du droit de la concurrence une composante disciplinaire de ses contrats de travail.

c. Mise en œuvre

Le CSBP propose que le conseil d'administration institue la fonction de respect des normes applicables en fonction des particularités de l'entreprise, sur la base des règles de bonnes pratiques reconnues (art. 21 CSBP)¹³⁵ ; il peut (mais il ne doit pas) intégrer cette fonction au SCI (art. 20 al. 2 CSBP)¹³⁶. Le conseil d'administration examine au moins une fois par an si les principes de conformité aux règles applicables sont suffisamment connus et régulièrement respectés (art. 21 al. 3 CSBP). Le comité de contrôle évalue pour sa part la capacité de fonctionnement du SCI en tenant compte de la gestion des risques ainsi que de l'observation des normes (compliance) dans la société (art. 24 CSBP). Quant à l'organe de révision, il a le devoir de signaler les éventuelles violations de la loi ou des statuts au conseil d'administration ainsi qu'à l'assemblée générale dans les cas importants (art. 728c CO), ce qui ne décharge pas le conseil d'administration de ses devoirs¹³⁷.

2.2 Annonce préalable

Les entreprises qui doutent de la licéité d'une restriction à la concurrence peuvent effectuer une annonce préalable à la COMCO (art. 49a al. 3 lit. a LCart). Ce mécanisme est censé les aider à apprécier la situation et améliorer la prévisibilité du droit. Sa portée pratique se révèle cependant limitée.

L'entreprise qui choisit d'annoncer sa pratique ou son contrat à l'autorité doit le faire avant de les mettre en œuvre (art. 49a al. 3 lit. a LCart). Une annonce n'est donc plus possible si la pratique ou le contrat a déjà été exécuté, peu importe si l'entreprise était de bonne foi. Dans ce cas, celle-ci ne peut que s'autodénoncer et demander l'application du programme de clémence (art. 49a al. 2 LCart ; cf. ch. III.2.). Une fois l'annonce effectuée, l'entreprise peut exécuter la pratique ou le contrat en cause. L'autorité dispose alors de cinq mois – dans une procédure dite d'opposition – pour décider d'ouvrir une enquête préalable (selon l'art. 26 LCart) ou proprement dite (selon l'art. 27 LCart). Cependant, lorsqu'une enquête est ouverte, l'entreprise doit cesser sa pratique pour éviter une sanction si l'autorité aboutit à la conclusion que la pratique ou le contrat est illicite.

L'annonce permet d'éviter l'amende, mais ne résout pas la question de la licéité (ou de l'illicéité) de la pratique. En effet, même si l'autorité renonce à ouvrir une enquête pendant le délai de cinq mois (silence de l'autorité), elle peut intervenir en tout temps après ce délai et rendre une décision constatant l'illicéité de la pratique. L'entreprise doit alors cesser sa pratique, ce qui peut entraîner des conséquences commerciales importantes. Si le Secrétariat de la COMCO ouvre une enquête préalable dans le délai de cinq mois, l'entreprise ne peut pas exiger une décision sur la licéité de sa pratique¹³⁸. Le cas peut donc rester en suspens indéfiniment. Si elle l'a déjà mis en œuvre, l'entreprise est réduite à résilier son accord pour lever le risque d'amende, sans savoir s'il était illicite et donc réellement inefficace d'un point de vue économique. Sa position n'est guère plus confortable si, au moment de faire l'annonce, elle renonce à exécuter son accord ou sa pratique. Lorsque le Secrétariat estime qu'il existe des indices d'une restriction illicite, il le constate certes par écrit. Son rapport final intervient toutefois des mois, voire des années, après l'annonce, ce qui s'accorde mal avec l'exigence de célérité qu'un contexte économique en constante mutation impose aux entreprises¹³⁹. Par ailleurs, même dans le cas où le contenu du rapport se révèle suffisamment détaillé pour permettre à l'entreprise de revoir son projet, celle-ci se voit le plus souvent contrainte d'annoncer l'accord modifié à la COMCO pour éviter tout risque d'amende¹⁴⁰. La procédure d'annonce pour-

¹³⁴ Sur le traitement des informations couvertes par un tel secret dans le cadre d'une enquête de la COMCO, cf. art. 46 al. 3 et 50 al. 2 DPA (Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif ; RS 313.0) ainsi que la note du Secrétariat de la COMCO du 21 janvier 2016, Sélection d'instruments d'enquête, N 21 ss (cité: Note instruments d'enquête), disponible sous <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explikatives.html> (consulté le 7 janvier 2019).

¹³⁵ Cf. en particulier ECONOMIESUISSE/SWISSHOLDINGS, Traits fondamentaux d'une gestion efficace de la conformité, septembre 2014.

¹³⁶ Sur le SCI et son rapport avec la compliance, cf. GERHARD (FN 29), 129 ; KELLERHALS (FN 72), 540.

¹³⁷ KELLERHALS (FN 72), 540.

¹³⁸ Le rapport final du Secrétariat qui clôt l'enquête préalable n'est pas sujet à recours, tout comme la décision d'ouvrir une enquête selon l'art. 27 LCart (ou son refus) (ATF 135 II 60, cons. 3.1.2). Cf. ég. CoRo LCart-CARRON, Art. 26 N 34 et Art. 27 N 18 s.

¹³⁹ CHRISTIAN BRAUCHLIN, Die Meldung künftiger Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 3 lit. a KG, Jusletter du 17 octobre 2005, N 34.

¹⁴⁰ Dans l'ATF 135 II 60, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas possible d'exiger, sur la base de l'art. 25 PA (Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative ; RS 172.021), que la COMCO rende une décision constatatoire sur le caractère admissible de la pratique ou de l'accord annoncé dans une procédure préliminaire lorsqu'une telle décision préjugerait de la décision à prendre en vertu de l'art. 30 LCart (en l'espèce, les entreprises

rait dont être améliorée du point de vue de l'entreprise. A notre avis, la prévisibilité exigerait (au moins) que l'autorité se prononce formellement sur la licéité si elle décide d'ouvrir une enquête dans le délai de cinq mois. Cela permettrait d'ailleurs de lever les doutes qui avaient été émis durant la procédure de consultation sur la constitutionnalité même du régime des sanctions directes¹⁴¹.

2.3 Autres instruments

L'entreprise et son conseiller qui ont des doutes sur la légalité d'un accord ou d'une pratique peuvent sonder le terrain en consultant de façon préventive le Secrétariat de la COMCO (art. 23 al. 2 LCart). Ce moyen se révèle cependant d'une aide limitée en pratique. L'avis du Secrétariat ne revêt en effet pas de force contraignante et la COMCO peut en prendre le contre-pied. Ensuite, le Secrétariat ne peut pas se pencher sur un cas comme il le ferait à l'occasion d'une enquête, et son avis n'a donc qu'une portée toute relative pour les questions complexes. Mais surtout, le Secrétariat est de moins en moins enclin à conseiller les entreprises s'agissant de restrictions qui pourraient donner lieu à une amende.

III. Que faire après la réalisation du risque concurrence ?

1. En général

Immédiatement après une perquisition ou l'ouverture d'une enquête, l'entreprise dispose souvent de peu de

renseignements sur lesquels fonder le choix d'une mesure. A ce stade de la procédure en effet, l'autorité assortit fréquemment ses mesures d'instruction de confidentialité et refuse l'accès au dossier¹⁴². Le conseil d'administration doit en tous les cas convoquer une réunion de crise, idéalement en présence du compliance officer et des responsables juridiques de l'entreprise. Selon la taille de la société, il doit aller « chercher l'information » avant d'établir sa stratégie, pour comprendre les reproches concrets formulés par l'autorité et les indices qui ont justifié son enquête. Les enquêtes internes jouent à cet égard un rôle central en pratique. Leur mise en œuvre doit respecter le cadre légal et réglementaire, qui s'accommode parfois mal de la célérité avec laquelle le conseil a besoin de l'information¹⁴³. En parallèle, le conseil d'administration a intérêt à solliciter une première appréciation juridique de la situation. Celle-ci devrait idéalement aborder la question des marchés concernés par l'infraction potentielle, car le chiffre d'affaires réalisé sur ces marchés constitue le point de départ pour calculer l'amende (art. 3 OS LCart ; cf. ch. I.1.2).

Une fois que le conseil d'administration dispose d'une image plus précise de l'objet de l'enquête et du rôle que l'entreprise a pu jouer, il doit s'interroger sur les éventuels mécanismes légaux à utiliser pour exclure ou limiter le risque d'amende. La mesure appropriée dépend en particulier du risque maximal qui aura pu être identifié à cet instant (cf. ch. II.1.2) ainsi que de ses conséquences potentielles sur les relations de l'entreprise avec les tiers. Plus le risque concurrence est élevé, plus l'entreprise a intérêt à coopérer activement avec l'autorité, quitte à s'aliéner des clients voire à s'exposer à des mesures de rétorsion de tiers avec lesquels elle entretient des relations d'affaires ou dont elle dépend commercialement (p.ex. ses fournisseurs). Si le conseil parvient à la conclusion – même provisoire – que l'entreprise a pris part à une restriction illicite, l'autodénonciation est la mesure qui permet d'obtenir la plus grande « clémence » de l'autorité (cf. ch. III.2), mais elle suppose que l'entreprise n'ait pas été l'instigatrice du comportement reproché. Lorsque l'entreprise est sûre de son bon droit, elle peut aussi vouloir contester la position de l'autorité et préparer sa défense. Cependant, maintenir les accords litigieux sans les adapter dans le sens des demandes ou attentes de l'autorité peut conduire à une aggravation de la sanction ou à un reproche de récidive, passible d'une nouvelle sanction (cf. ch. II.1.2c). A titre préventif et en parallèle de ces mécanismes légaux, l'entreprise sous enquête peut donc vouloir adapter certains contrats en anticipation d'une éventuelle sanction. Il en va de même lorsqu'elle s'engage

avaient temporairement renoncé à mettre en œuvre leur accord) ; selon le Tribunal fédéral, une telle décision, si elle était admise, ôterait tout son sens aux procédures spéciales prévues par la LCart (art. 26 ss LCart), dans la mesure où les entreprises pourraient forcer l'autorité à se déterminer sur la base d'un état de fait hypothétique (cons. 3.3.2).

¹⁴¹ Cf. le rapport d'experts RHINOW/GUROVITS qui – après avoir souligné la constitutionnalité douteuse de sanctions directes pour des accords ou pratiques relevant des art. 5 al. 3 et 7 LCart « ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage » – a considéré que le nouveau régime d'annonce devrait être aménagé de manière à ce que la COMCO soit tenue de statuer, par voie de décision sujette à recours, sur l'illicéité de l'accord ou de la pratique ayant fait l'objet de l'annonce (RENÉ RHINOW/ANDRÁS GUROVITS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, Bâle/Zürich 5 juillet 2001, DPC 2001/3 592–627, 612 s.). En l'absence d'enquête ouverte dans le délai de cinq mois, la restriction devrait en outre être considérée comme licite. Dans son rapport de janvier 2009, le Groupe d'évaluation de la loi sur les cartels avait proposé certains amendements pour améliorer la prévisibilité dans la procédure d'opposition. Il s'agissait essentiellement de limiter la possibilité de rétablir la sanction à l'ouverture d'une enquête, et non déjà d'une enquête préalable, et de ramener le délai de cinq mois à deux ou trois mois, avec possibilité de le prolonger de deux mois (Rapport d'évaluation, Résumé, 14 janvier 2009, 3 s., disponible sous: <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> [consulté le 7 janvier 2019]).

¹⁴² BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 27 N 99.

¹⁴³ Au sujet du cadre légal et réglementaire applicable, cf. p.ex. DAVID MÜHLEMANN, Fairness und Verwertbarkeit unternehmensinterner Untersuchungen, PJA 2018, 468–479, 470 ss.

dans un recours contre la décision de la COMCO (cf. ch. II.1.2c).

Sous l'angle comptable, le conseil d'administration doit constituer une provision pour l'amende et les frais juridiques encourus par l'entreprise et l'expliquer dans l'annexe aux comptes¹⁴⁴. La provision se justifie dès que la réalisation du risque d'amende paraît plus probable que le contraire (« more likely than not »). Les provisions servent en effet à saisir les engagements vraisemblables justifiés par un événement du passé, mais dont le montant ou l'échéance sont inconnus (cf. art. 960e al. 2 CO)¹⁴⁵. Le droit comptable impose leur constitution indépendamment de leur admissibilité fiscale¹⁴⁶. L'évaluation de la provision pour l'amende s'opère selon le principe de la prudence et peut représenter une tâche délicate, comme c'est en règle générale le cas pour les risques procéduraux¹⁴⁷. Les conseillers ou avocats externes chargés du dossier sont normalement appelés à fournir une estimation à cet effet¹⁴⁸. Un dialogue avec l'organe de révision s'impose également.

Si la société est cotée, elle doit en outre veiller à respecter ses obligations liées à la publicité événementielle. Le Règlement de cotation de SIX Exchange Regulation SA prévoit que l'émetteur a l'obligation d'informer le marché des faits susceptibles d'avoir une influence sur les cours qui sont survenus dans sa sphère d'activités, et ce dès qu'il a connaissance des principaux éléments (art. 53 de ce Règlement ; cf. ég. la Directive concernant la publicité événementielle). Les décisions des autorités de la concurrence se situent en soi en dehors de la sphère d'activités de la société cotée. On admet cependant qu'elles doivent faire l'objet d'une annonce, car elles ont un impact direct sur les affaires de la société¹⁴⁹.

2. Programme de clémence (ou autodénonciation)

2.1 Conditions

Les autorités peuvent renoncer en totalité ou en partie à sanctionner une entreprise qui contribue à mettre à jour et à supprimer une restriction à la concurrence (art. 49a al. 2 LCart et 8 ss OS LCart¹⁵⁰). Une telle renonciation s'inscrit dans le « programme de clémence ». L'entreprise

peut en bénéficier si elle permet à l'autorité de clarifier l'état de fait. Elle doit ainsi notamment révéler le but du comportement en question, sa réalisation ainsi que la participation des autres entreprises. La COMCO admet à cet effet tant des moyens de preuves matériels que des dépositions.

Seule la première entreprise qui notifie aux autorités sa participation à une restriction de la concurrence peut obtenir une renonciation intégrale à la sanction (art. 8 al. 1 i.i. OS LCart), à condition qu'elle n'ait pas pris l'initiative d'un comportement contraire au droit de la concurrence (entreprise « instigatrice » ; art. 8 al. 2 OS LCart). La renonciation intégrale à la sanction ne pouvant être accordée qu'à une seule entreprise (celle qui s'est annoncée la première), les autres entreprises ne peuvent obtenir qu'une réduction partielle de leur sanction (art. 12 ss OS LCart). La réduction peut atteindre 50 % en fonction du rôle joué par l'entreprise dans la réussite de la procédure. L'importance des indications produites spontanément diminue donc lorsque d'autres entreprises ont déjà fourni des renseignements aux autorités. La réduction peut en revanche atteindre 80 % lorsque l'entreprise fournit des informations ou produit des moyens de preuves spontanément sur d'autres infractions aux règles de la concurrence (« Bonus Plus ») et qui permettent aux autorités soit d'ouvrir une enquête soit de constater des comportements illicites (art. 8 al. 1 lit. a ou b OS LCart). A noter que lorsqu'une entreprise dénonce un abus de position dominante (art. 7 LCart), et non un accord en matière de concurrence, seule une diminution de la sanction entre en ligne de compte, à l'exclusion d'une exonération¹⁵¹.

2.2 Stratégie de l'entreprise

Etant donné que seule la première entreprise dénonciatrice peut prétendre à une exonération totale, l'ordre chronologique des annonces revêt un caractère capital. Pour garantir son « rang », l'entreprise dispose de la possibilité de déposer un « marqueur »¹⁵², par lequel elle manifeste son intention d'effectuer une autodénonciation prochainement. Un tel marqueur peut déjà être déposé à l'occasion d'une perquisition¹⁵³. La soumission de ce formulaire n'est cependant pas obligatoire et l'entreprise demeure libre de procéder directement à une autodénonciation, par écrit ou oralement dans les locaux du

¹⁴⁴ CHAMBRE FIDUCIAIRE, Manuel suisse d'audit, Tome 1, Tenue de la comptabilité et établissement des comptes, Zurich 2009, 249 et 251 (cité: Manuel suisse d'audit).

¹⁴⁵ CHAMBRE FIDUCIAIRE, Manuel suisse d'audit (FN 144), 247.

¹⁴⁶ CHAMBRE FIDUCIAIRE, Manuel suisse d'audit (FN 144), 250.

¹⁴⁷ CHAMBRE FIDUCIAIRE, Manuel suisse d'audit (FN 144), 250 s.

¹⁴⁸ CHAMBRE FIDUCIAIRE, Manuel suisse d'audit (FN 143), 251.

¹⁴⁹ SIX EXCHANGE REGULATION SA, Commentaire relatif à la directive sur la publicité événementielle, version du 1^{er} novembre 2011, N 41.

¹⁵⁰ Cf. ég. la note explicative du Secrétariat à ce sujet et les formulaires à remplir par l'entreprise, disponibles sous: <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/themes/le-programme-de-clémence.html> (consulté le 7 janvier 2019).

¹⁵¹ Cf. N 21a de la Note sur le programme de clémence (Note explicative et formulaire du 8 septembre 2014 du Secrétariat, Programme de clémence (autodénonciation), FF 2015 3061 ss).

¹⁵² Cf. formulaire A en annexe à la Note sur le programme de clémence (FN 151).

¹⁵³ La notification la plus rapide est alors celle qui est faite par e-mail ou par fax ; l'inscription d'un marqueur sous forme orale consigné au procès-verbal de perquisition n'est possible qu'en accord avec le responsable de l'opération (cf. Note sur le programme de clémence (FN 151), N 30).

Secrétariat. L'audition d'une partie peut ainsi donner lieu à une autodénonciation orale¹⁵⁴.

Un accord en matière de concurrence, aussi secret soit-il, n'est jamais éternel. Même enterré ou résilié, il constitue une bombe à retardement, car les autres participants peuvent à tout moment le dévoiler pour bénéficier du programme de clémence. L'entreprise qui s'autodénonce agit dans son propre intérêt et au détriment des autres. La démarche n'est cependant pas dénuée de risque pour la réputation de l'entreprise. Elle implique de communiquer des informations sur la participation d'autres sociétés, potentiellement des fournisseurs ou des clients. Une telle décision ne peut pas être traitée au niveau exclusif de la direction, mais doit impliquer aussi rapidement que possible le conseil d'administration dans sa globalité. Celui-ci devra se concerter en urgence, dès la connaissance des faits pouvant justifier une autodénonciation. Il doit aussi et surtout avoir le courage d'agir. Toute autre attitude peut faire de lui un complice.

2.3 Autodénonciation et confidentialité

Afin de préserver la confidentialité des informations communiquées, l'entreprise peut dans un premier temps déposer une autodénonciation anonyme, avec l'assistance d'un avocat notamment (art. 9 al. 2 OS LCart). Les autorités traitent les informations fournies (y compris l'identité de l'auteur) de façon confidentielle. Dans une série d'arrêts récents¹⁵⁵, le Tribunal administratif fédéral a d'ailleurs confirmé le droit à l'anonymat des entreprises sous enquête sur la base de la LPD. La révélation des informations intervient uniquement lorsque l'entreprise renonce à leur confidentialité ou lorsqu'un tiers obtient l'accès au dossier. C'est en principe le cas lorsque le Secrétariat communique son projet de décision pour prise de position aux parties ou, à titre exceptionnel, lorsqu'une négociation débute en vue de la conclusion d'un accord amiable (cf. ch. III.3.). En cas d'accès au dossier, les autorités demeurent tenues de protéger les informations qui ont trait aux secrets d'affaires (art. 25 LCart). Pour éviter

que les documents transmis deviennent accessibles à des tiers par l'intermédiaire de la LTrans¹⁵⁶, l'entreprise peut au demeurant préciser dans l'autodénonciation qu'elle a fourni les informations librement et que le Secrétariat en a garanti le secret (art. 7 al. 1 lit. h LTrans).

3. Accords amiables et autres formes de coopération

3.1 Accords amiables

Lorsque les autorités de la concurrence ont ouvert une enquête en lien avec une restriction illicite à la concurrence, les entreprises concernées peuvent demander à conclure un accord amiable avec le Secrétariat (qui sera ensuite validé par la COMCO) (art. 29 LCart)¹⁵⁷. Le Secrétariat a exposé dans une note sa pratique en la matière ainsi que le déroulement ordinaire d'une procédure d'accord amiable¹⁵⁸. La note contient également un exemple de conditions générales relatives aux négociations ainsi qu'un modèle d'accord amiable. Ces conditions générales fixent les « règles du jeu » auxquelles les parties acceptent de se soumettre. Ainsi, les informations échangées dans l'optique d'un accord amiable ne pourront pas être employées ultérieurement au détriment des entreprises ou des autorités dans l'hypothèse où l'accord ne devrait pas intervenir¹⁵⁹. Un accord amiable ne constitue par ailleurs pas une reconnaissance des faits (cf. ch. III.3.2) ou de leur appréciation juridique¹⁶⁰.

Concrètement, l'accord amiable porte sur les mesures destinées à éliminer les restrictions à la concurrence jugées illicites. Les entreprises s'engagent ainsi sur une base volontaire à adapter leur comportement pour ce qui est de l'avenir. S'agissant du comportement passé (potentiellement illicite), leur collaboration et leur renonciation à une procédure de recours présentent l'avantage de

¹⁵⁴ SECRÉTARIAT DE LA COMCO, Note instruments d'enquête (FN 132), N 69.

¹⁵⁵ En décembre 2011, la COMCO a publié sur son site internet une décision – non entrée en force – sanctionnant quatorze entreprises pour avoir pris part à des cartels de soumission lors d'appels d'offres publics et privés dans le canton d'Argovie. Le Canton et la commune de Koblenz ont alors demandé l'accès au dossier pour déterminer si ces cartels avaient eu un impact sur les adjudications et, cas échéant, tenter des actions en dommages-intérêts. Le Tribunal administratif fédéral a déjugé la COMCO et considéré que, tant que les sanctions ne faisaient pas l'objet d'une décision définitive, l'intérêt des entreprises à préserver leur anonymat dépassait celui des autorités cantonales et communales à consulter le dossier. En effet, tant qu'une procédure de recours est pendante, la violation du droit des cartels n'est pas avérée et les autorités ne peuvent prétendre avoir « absolument besoin de ces données pour accomplir [leur] tâche légale » (art. 19 al. 1 lit. a LPD ; Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données ; RS 235.1) (arrêts du TAF A-590/2018, A-592/2018 et A-604/2018 du 23 octobre 2018).

¹⁵⁶ Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration ; RS 152.3.

¹⁵⁷ Sur les accords amiables, cf. PRANVERA KËLLEZI, Les accords amiables conclus avec les autorités de la concurrence et leurs implications pour les entreprises, in: Chabot (édit.), *Développements récents en droit commercial III*, Lausanne 2014, 93–124 ; CARLA BEURET, Die einvernehmliche Regelung im Kartellrecht – Aktuelle Fragen und Entwicklungen, Jusletter du 27 mars 2017 ; CHRISTIAN BOVET, S'accorder en droit de la concurrence, in: Gauch/Werro/Pichonnaz (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève/Zurich/Bâle 2008, 555–569 ; SAMUEL HOWARD, Einvernehmliche Regelungen bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen im schweizerischen Kartellrecht, sic! 2011, 704–713 ; MICHAEL TSCHUDIN, Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion, PJA 2013, 1017–1028 ; ROLAND VON BÜREN, Einvernehmliche Erledigung von Wettbewerbsstreitigkeiten, in: Zäch (édit.), *Schweizerisches Kartellrecht, Revision und Praxis*, Zurich 2002, 71–83.

¹⁵⁸ Disponible sous: <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html> (consulté le 7 janvier 2019).

¹⁵⁹ N 3 et 10 du modèle de conditions générales ; cf. ég. N 14 de la Note sur les accords amiables (FN 158).

¹⁶⁰ Cf. N A.f. du modèle d'accord amiable.

réduire considérablement la durée de la procédure ainsi que ses frais. Par ailleurs, l'accord renvoie une meilleure image des entreprises impliquées. La conclusion d'un accord amiable est aussi et surtout considérée par les autorités de la concurrence comme le résultat d'une bonne coopération et donne lieu à une réduction de la sanction. Le montant de la réduction dépend du stade de la procédure au cours duquel l'accord est conclu. On retient les valeurs indicatives suivantes: (i) début de l'enquête (établissement des faits): 20 % max, (ii) stade intermédiaire: env. 15 %, (iii) fin de l'enquête: env. 10 % et (iv) après la notification de la proposition du Secrétariat: env. 5 %¹⁶¹. La conclusion d'un accord amiable dépend en effet des informations dont disposent les autorités. En début d'enquête, les conseillers de l'entreprise concernée peuvent essayer de contacter le Secrétariat de la COMCO pour sonder sa connaissance des faits et son appréciation provisoire, puis apprécier l'intérêt de proposer une négociation.

Si l'entreprise qui fait l'objet d'une enquête souhaite souven conclure un accord amiable, quel que soit le stade de l'enquête, elle ne peut pas exiger que le Secrétariat accepte d'entrer en matière. Un refus de l'autorité est plus probable dans les procédures multipartites où seule une entreprise manifeste un intérêt en ce sens, car le Secrétariat devra mener à terme la procédure ordinaire en ce qui concerne les autres entreprises impliquées. Les chances de passer un accord amiable diminuent ainsi lorsque les autres parties à la procédure ne souhaitent pas collaborer avec la COMCO. Dans une telle situation, l'entreprise elle-même peut vouloir renoncer à conclure un accord amiable pour ne pas s'exclure de la suite de la procédure. En effet, l'impact sur l'accord amiable des décisions rendues à l'encontre des autres parties (qui n'ont pas conclu un tel accord) demeure irrésolu à ce jour. En l'état de la pratique, l'entreprise qui a passé un accord amiable ignore en particulier si elle peut demander sa révision dans l'hypothèse où les autres parties à la procédure bénéficieraient d'un classement ultérieur.

3.2 Autres formes de coopération

Toute autre forme de coopération particulièrement bonne permet d'obtenir une réduction de la sanction allant jusqu'à 20 %. Déposer volontairement des moyens de preuves ou reconnaître les faits (Sachverhaltsanerkennung) en constituent des exemples¹⁶².

Les divers mécanismes de réduction présentés ci-dessus peuvent en outre être combinés les uns avec les autres, ce qui augmente le pourcentage de réduction de la sanction. Combinée à un accord amiable, une reconnaissance des faits offre ainsi une réduction de 40 %¹⁶³.

Conclusion

Si le rôle du conseil d'administration est au premier chef de définir la vision et la stratégie de l'entreprise, les nouvelles réglementations et leur complexité rendent la compliance indissociable de toute bonne gouvernance. « Gouverner, c'est prévoir ». L'adage, que l'on prête à un homme politique parisien du XIX^e siècle, peut naturellement être transposé à la gestion des exigences sophistiquées, et souvent difficilement prévisibles, posées par le droit de la concurrence et ses autorités de tutelle, ainsi qu'à la gestion des situations de crise qui surviennent en cas de matérialisation du risque concurrence. Cette anticipation requiert un investissement ainsi qu'un engagement sans détour du conseil d'administration, à la hauteur des enjeux que le risque concurrence représente pour la société et la responsabilité personnelle des administrateurs.

Le conseil n'est cependant pas démuni face à la complexité de la tâche: la loi met à sa disposition toute une panoplie de moyens lui permettant d'identifier le risque concurrence et d'en limiter la probabilité de survenance, ainsi que d'en atténuer les conséquences pour le cas où il se réaliserait en dépit des mesures instaurées. Le choix concret de la mesure et le moment de sa mise en œuvre n'en restent pas moins un exercice difficile, nécessitant une implication des plus fortes de tous les membres du conseil.

¹⁶¹ N 11 de la Note sur les accords amiables (FN 158).

¹⁶² N 12 de la Note sur les accords amiables (FN 158).

¹⁶³ N 12 de la Note sur les accords amiables (FN 158).