

Flavio-Gabriel CHABOT (éd.)

Développements récents en droit commercial III



Série fondée par François DESSEMONDET
continué par Jean-Marc RAPP et Edgar PHILIPPIN

Volume 92

Edité par

Flavio-Gabriel CHABOT

Licencié en droit, mention droit suisse, DEA, EMBA

Alexandre RICHARD
David RAEDLER
Bettina KAHIL-WOLFF
Pranvera KËLLEZI
Jean-Marc RAPP
Annie-Fabienne PILLIONNEL

Développements récents en droit commercial III

Centre du droit de l'entreprise
(droit industriel, droit d'auteur, droit commercial)
de l'Université de Lausanne

Lausanne 2014

© 2014

Fondation pour le Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur,
droit commercial) de l'Université de Lausanne

UNIL-Dorigny, bâtiment Internef, 1015 Lausanne, Suisse

www.cedidac.ch

ISBN : 978-2-9403-6329-2

Sommaire

Table des principales abréviations.....	III
<i>Alexandre Richa</i> <i>David Raedler</i>	
La contestation des décisions en droit de la société anonyme.....	1
<i>Bettina KAHIL-WOLFF</i>	
Les administrateurs et l'AVS	71
<i>Pranvera KËLLEZI</i>	
Les accords amiables conclus avec les autorités de la concurrence et leurs implications pour les entreprises	93
<i>Jean-Marc RAPP</i>	
Jurisprudence 2013 en droit des sociétés	125
<i>Annie-Fabienne PILLIONNEL</i>	
Table des nouveautés législatives de l'année 2013 en droit des sociétés	137
<i>Annexe (PricewaterhouseCoopers SA)</i>	
Le nouveau droit comptable.....	143
Table des matières	189

Les accords amiables conclus avec les autorités de la concurrence et leurs implications pour les entreprises

Pranvera KËLLEZI

Docteur en droit, LL.M, avocate

I. Introduction¹

Les cas réglés par un accord amiable entre les entreprises et la Commission de la concurrence (Comco) ou son Secrétariat sont nombreux. Il s'agit d'un moyen rapide et peu coûteux de régler un contentieux administratif. Les accords amiables présentent des avantages et des inconvénients pour les entreprises. Notre contribution vise à examiner le processus et les conséquences de la conclusion de tels accords du point de vue des entreprises.

L'accord amiable selon la LCart² désigne un accord conclu suite à l'ouverture d'une enquête approfondie³. Notre contribution couvre toute forme de résolution collaborative d'un contentieux impliquant les entreprises et le Secrétariat de la Comco et ayant pour conséquence la modification du comportement des entreprises, indépendamment de la phase de procédure. Les entreprises modifient leurs pratiques commerciales afin d'éliminer une restriction alléguée ou établie à la concurrence, suite à un accord illicite ou à une pratique abusive⁴.

Nous évoquerons le droit de l'Union européenne pour marquer les similarités ou les dissemblances. Le Règlement 1/2003 a introduit expressément une disposi-

¹ Cette contribution est la version remaniée d'une conférence donnée à la journée romande du droit de la concurrence du 1^{er} novembre 2012 au Centre Patronal, Lausanne.

² Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart), RS 251.

³ Art. 29 LCart.

⁴ Art. 5 et 7 LCart. V. BOVET, p. 557 ss. Notre contribution ne porte pas sur les mesures correctives en matière de contrôle des concentrations d'entreprises. V. sur le sujet KËLLEZI, Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante, Collection munichoise du droit de la concurrence européen et international, LGDJ vol. 24, Berne/Bruxelles 2010.

tion relative aux engagements des entreprises⁵. Comme le rappelle la Cour dans l'affaire *Alrosa*, la codification de cette pratique a été guidée par des considérations d'économie de procédure et d'efficacité⁶. La Commission est dispensée de l'obligation de qualifier et de constater l'infraction⁷. Les entreprises évitent des amendes, ce qui compense le risque de devoir offrir des engagements pouvant aller au-delà de ce que la Commission peut imposer dans le cadre d'une injonction⁸. L'absence de constatation d'une infraction et de sanctions est par conséquent au cœur de la procédure d'engagements, ce qui explique l'adhésion des entreprises et le succès de cette procédure en droit de l'Union⁹. Dans le domaine des cartels horizontaux, une procédure distincte permet aux entreprises

⁵ Art. 9 du Règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO 2003 L 1 : « Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse. »

⁶ Arrêt de la Cour du 26 juin 2010, affaire C-441/07 P, *Commission c. Alrosa*, pt 35 : « Il s'agit là d'un nouveau mécanisme introduit par le règlement n° 1/2003 et visant à assurer une application efficace des règles de concurrence prévues par le traité CE à travers l'adoption de décisions qui rendent obligatoires des engagements proposés par les parties et jugés appropriés par la Commission afin d'apporter une solution plus rapide aux problèmes de concurrence qu'elle a identifiés, au lieu d'agir par la voie de la constatation formelle d'une infraction. Plus particulièrement, l'article 9 dudit règlement est inspiré par des considérations d'économie de procédure et permet aux entreprises de participer pleinement à la procédure, en proposant les solutions qui leur semblent les plus appropriées et adéquates pour répondre auxdites préoccupations de la Commission. »

⁷ *Idem*, pt 40 ; consid. 13 du Règlement 1/2003 : « Lorsque, dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, la Commission doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées. Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. Ces décisions sont sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres de faire de telles constatations et de statuer sur l'affaire. De telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende. ».

⁸ Art. 7 du Règlement 1/2003. V. l'arrêt de la Cour du 26 juin 2010, affaire C-441/07 P, *Commission c. Alrosa*, pt 48 : « Les entreprises qui offrent des engagements sur le fondement de l'article 9 du règlement n° 1/2003 acceptent sciemment que leurs concessions puissent aller au-delà de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer dans une décision qu'elle adopterait conformément à l'article 7 de ce règlement après un examen approfondi. En revanche, la clôture de la procédure d'infraction engagée à l'encontre de ces entreprises leur permet d'éviter la constatation d'une violation du droit de la concurrence et l'éventuelle infraction d'une amende. »

⁹ V. Commission européenne, To commit or not to commit ? Deciding between prohibition and commitments, Competition policy brief 3/2014, disponible à l'adresse Internet http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/003_en.pdf, (25.03.14).

d'obtenir une réduction d'amende en cas de coopération avec la Commission (procédure de transaction/*settlements*)¹⁰.

Les entreprises suisses disposées à modifier volontairement leur comportement ne jouissent pas de tous ces avantages. Le choix entre conclure un accord ou poursuivre la voie contentieuse est par conséquent malaisé : les entreprises et leurs conseils doivent prendre en compte davantage d'inconnues et d'incertitudes devant un accord proposé par le Secrétariat.

II. Objet de l'accord amiable

Les entreprises doivent comprendre d'abord sur quoi porte l'accord amiable. Les accords amiables portent sur quatre éléments essentiels : le comportement passé de l'entreprise (A), le comportement futur de l'entreprise (B), les sanctions (C), et la renonciation à recourir (D).

Il s'agit d'éléments d'une importance fondamentale tant pour les entreprises que pour le Secrétariat et la Comco.

A. Constatation d'une restriction illicite à la concurrence pour le passé

Le Secrétariat de la Comco intervient en présence de doutes sur l'illicéité du comportement de l'entreprise au regard de la LCart. Le comportement passé constitue le point de départ de la discussion entre les entreprises et le Secrétariat : savoir si et dans quelle mesure le comportement passé a violé la LCart est un enjeu majeur pour les entreprises car cette constatation aura une incidence sur l'étendue de la modification de son comportement futur, sur d'éventuelles sanctions et sur le risque relatif aux actions civiles¹¹.

La pratique de la Comco et de son Secrétariat varie en fonction des sanctions susceptibles de s'appliquer aux restrictions soumises à examen¹² et en fonction de la phase de la procédure¹³.

1. Conséquences d'une constatation d'illicéité

La qualification d'un comportement passé revêt une importance cruciale pour les entreprises. Certaines entreprises sont soucieuses de construire et de conserver une réputation irréprochable sur le marché. Une violation de la loi sur les cartels revient à confirmer qu'elles ne respectent pas la réglementation applicable en Suisse. Pour celles ayant des activités à l'étranger, la violation de la loi sur les

¹⁰ V. la Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, JO 2008, C 167, p. 1.

¹¹ V. *infra* section II.A.1.

¹² V. section II.A.2.

¹³ V. section II.A.3.

cartels crée un précédent dont d'autres autorités de la concurrence peuvent s'inspirer pour ouvrir des enquêtes sur d'autres marchés géographiques.

Concernant les contrats, une constatation d'illicéité entraîne la nullité partielle ou totale de la clause examinée, voire du contrat en son entier : l'entreprise bénéficiaire ne peut pas exiger efficacement l'exécution des obligations à l'autre partie contractante et cette dernière peut refuser de s'exécuter pour le futur, voire demander des dommages-intérêts causés par la restriction à la concurrence. La qualification ou la constatation de l'illicéité de la pratique qui fait l'objet de l'accord amiable sera donc utilisée par l'une ou l'autre partie soit pour refuser de s'exécuter, soit comme moyen de pression pour obtenir d'autres avantages, soit encore pour appuyer une demande en justice ou devant un tribunal arbitral.

Ce risque existe tant lors de la qualification de la pratique dans les considérants de la décision de la Comco ou la détermination de son Secrétariat, que lorsque la Comco constate une pratique illicite dans le dispositif d'une décision. De plus, la conclusion d'un accord amiable risque d'être considérée comme la reconnaissance par l'entreprise d'un comportement illicite dans le passé, malgré les réserves émises par celle-ci dans ses soumissions¹⁴.

Une entreprise en position dominante devient plus vulnérable vis-à-vis de ses cocontractants ou concurrents, et en proie à l'incertitude quant à sa stratégie commerciale. Alors même que la position dominante n'est pas en soi illicite, la constatation d'une position dominante n'est pas sans conséquences¹⁵. Celle-ci sera exposée à plus de risques non seulement lorsqu'un de ses comportements sera considéré comme abusif, mais aussi lors de la délimitation du marché qui pourrait faciliter la tâche aux concurrents lors d'un dépôt d'une plainte ou lors de l'ouverture d'une action civile.

Lorsqu'une position dominante est constatée, les entreprises ont en outre l'obligation de notifier une opération de concentration même si celle-ci n'atteint pas les seuils de l'article 9 alinéa 1 LCart¹⁶. Il s'ensuit que la constatation d'une position dominante en l'absence d'abus ou lors d'accord amiable avec la Comco doit être justifiée par un intérêt public prépondérant¹⁷ ; la Comco doit fonder sa décision sur la base de critères objectifs¹⁸. En principe, la Comco ne peut pas constater l'existence d'une position dominante en l'absence d'un abus¹⁹. Le problème se pose en les mêmes termes pour les accords amiables, le Secrétariat

¹⁴ TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010, consid. 7.3.4 : « Ihre Zustimmung zum einvernehmlichen Abschluss der Untersuchung lässt sich kaum anders als ein Eingeständnis deuten, dass sie sich während der Dauer der Untersuchung wettbewerbswidrig verhalten haben » ; TAF B-2157/2006 du 3 octobre 2007, consid. 3.3.2 ; v. ég. HOWALD, p. 710.

¹⁵ CoRe, DPC 2006/4, p. 698, consid. 3 ; v. CR-CLERC/KËLLEZI, N 6 ad art. 4 II LCart.

¹⁶ Art. 9 al. 4 LCart.

¹⁷ ATF 137 II 199, consid. 6.5.1.

¹⁸ CoRe, DPC 2006/4, p. 698, consid. 5.2.3 ; v. CR-CLERC/KËLLEZI, N 6 ad art. 4 II LCart.

¹⁹ ATF 137 II 199, consid. 6.5.3 ; TF 2A.440/2005 du 26 juillet 2006, consid. 1, DPC 2006/3, p. 581 ; v. CR-CLERC/KËLLEZI, N 6 ad art. 4 II LCart.

doit s'abstenir de prendre des conclusions ou constater la position dominante d'une entreprise dans un accord amiable en l'absence d'intérêt à sanctionner les comportements de cette entreprise. Les entreprises ont la possibilité de s'opposer à ce que leur position soit qualifiée de *dominante*, que ce soit dans le dispositif ou dans les considérants.

L'impact sur les entreprises dépend de la prise en compte des constatations d'illicéité dans un accord amiable par les tribunaux civils, ce qui a un effet sur la simplification des démarches judiciaires des concurrents et des partenaires commerciaux. La LCart connaît en effet une voie civile parallèle à la voie administrative. Un concurrent ou un partenaire commercial entravé dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci, peut intenter l'action devant les tribunaux civils et demander la suppression ou la cessation de l'entrave, la réparation du dommage et du tort moral, et/ou la remise du gain réalisé indûment²⁰. Les entreprises peuvent également décider de soumettre leurs litiges futurs à un tribunal arbitral, en lieu et place de la juridiction étatique civile.

En droit de l'Union, la Commission a présenté un projet de directive concernant les actions civiles²¹. Ce projet prévoit qu'une juridiction nationale est liée par les constatations d'une infraction par une autorité de la concurrence²². L'arrêt *Otis* a clarifié la portée des décisions de la Commission européenne : elles lient les juridictions nationales quant à la constatation de la violation des règles européennes de la concurrence, en revanche le juge reste libre d'apprécier l'existence d'un préjudice et d'un lien direct entre celui-ci et ledit fait dommageable en application des dispositions civiles nationales²³.

²⁰ Art. 15 al. 1 LCart.

²¹ Commission européenne, Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil du 11 juin 2013 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, COM(2013) 404 final.

²² Article 9 du projet de directive : « *Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales qui, dans le cadre d'actions en dommages et intérêts concernant des infractions à l'article 101 ou 102 du traité ou au droit national de la concurrence, statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques qui font déjà l'objet d'une décision définitive constatant une infraction, adoptée par une autorité nationale de concurrence ou une instance de recours, ne puissent pas rendre de décision allant à l'encontre de cette constatation d'une infraction. Cette obligation ne porte nullement atteinte aux droits et obligations découlant de l'article 267 du traité.* » Un accord du 26 mars 2014 entre la Présidence grecque du Conseil et des représentants du Parlement européen a modifié les termes de cette disposition en rendant obligatoire les décisions d'une autorité nationale que pour les juridictions de son État. En revanche, ces mêmes décisions seront considérées uniquement comme éléments de preuve *prima facie* dans les juridictions d'un autre État membre (accord 8088/14).

²³ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 6 novembre 2012, affaire C-199/11, pt 65 : « *une action civile en réparation, telle que celle au principal, implique, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, non seulement la constatation de la survenance d'un fait dommageable, mais également l'existence d'un préjudice et d'un lien direct entre celui-ci et ledit fait dommageable. S'il est vrai que l'obligation du juge national de ne pas prendre de décisions qui iraient à l'encontre d'une décision de la Commission constatant une infraction à l'article 101 TFUE impose, certes, à celui-ci*

Le législateur suisse entend également faciliter les actions civiles²⁴. Le nouveau projet de modification de la LCart soumis devant les chambres fédérales vise à clarifier la situation actuelle en reconnaissant la qualité pour recourir aux consommateurs et à tout autre client final de l'entreprise mise en cause²⁵. En outre, le projet de révision de la LCart prévoit la suspension de la prescription de l'action civile pendant la durée de l'enquête approfondie du Secrétariat de la Comco²⁶. La suspension de la prescription vise précisément à faciliter les actions en réparation du dommage qui se fondent sur une décision de la Comco.

Contrairement à la procédure administrative qui est régie par la maxime inquisitoire et d'office²⁷, la maxime des débats²⁸ et l'article 8 CC relatif à la répartition du fardeau de la preuve s'appliquent en procédure civile. Il incombe ainsi aux parties d'alléguer et de prouver les faits relatifs à l'existence d'une restriction illicite à la concurrence. Le droit de la concurrence a ceci de particulier que la restriction à la concurrence dépend à la fois de la position de l'entreprise en question et de la position ou du comportement d'autres entreprises sur le marché. Une seule entreprise, que ce soit une entreprise concurrente et *a fortiori* un cocontractant, consommateur ou client final, ne dispose pas de toutes les informations concernant le marché ; elle ne peut les obtenir sans engager des moyens financiers importants, ce qui implique des coûts élevés. Pour toutes ces raisons, la voie civile, même si elle est en constante augmentation, reste pour l'instant peu utilisée en Suisse²⁹.

d'admettre l'existence d'une entente ou d'une pratique interdite, il y a lieu de préciser que l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité directe entre ce préjudice et l'entente ou la pratique en cause reste, en revanche, soumise à l'appréciation du juge national. »

²⁴ V. CR-REYMOND, N 19 ss *ad rem.* art. 12 ss LCart.

²⁵ La qualité pour agir des consommateurs est actuellement controversée. Le projet soumis aux chambres fédérales se lit comme suit (*cf.* FF 2012 3713, p. 3715) : « Art. 12 Actions découlant de restrictions illicites à la concurrence. Lorsqu'une restriction illicite à la concurrence menace les intérêts économiques d'une personne ou porte atteinte à ses intérêts économiques, cette personne peut demander :

a. la suppression et la cessation de la restriction à la concurrence ;
b. la constatation du caractère illicite de la restriction à la concurrence ;
c. la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations ;
d. la remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires. » V. ég. le Message du conseil fédéral, FF 2012 3631.

²⁶ Message, FF 2012 3631, p. 3655 : « le délai de prescription du droit civil en matière de cartels sera à l'avenir suspendu (ou ne courra même pas) entre la date d'ouverture d'une enquête et la date à laquelle la décision devient exécutoire. Une telle suspension évite qu'une action civile ne puisse pas être intentée de manière efficace au cas où une procédure administrative durerait longtemps (cela concerne avant tout les actions en réparation du dommage ou en remise du gain réalisé indûment qui se fondent sur les conclusions de la procédure administrative) ».

²⁷ V. MOOR/POLTIER, p. 292-299.

²⁸ Selon l'art. 55 al. 1 CPC, les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent. Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

²⁹ V. les explications de MARTENET/HEINEMANN, p. 207 s.

Une décision de la Comco ou une détermination du Secrétariat de la Comco peut précisément faciliter le travail des personnes ayant subi un préjudice économique consécutif à une pratique restrictive à la concurrence : d'une part, certains faits seraient établis, d'autre part, l'illicéité de la pratique en question serait qualifiée au regard de la LCart. L'accord amiable se rapporte à la définition du marché et aux parts de marché de l'entreprise sous enquête et de ses concurrents, à la position de ses partenaires commerciaux et au mécanisme ayant restreint la concurrence sur ce marché. Dans certains cas, la décision comporte des éléments quantitatifs ayant trait aux dommages causés aux victimes d'entrave à la concurrence. En outre, l'accord amiable peut décrire en détail le comportement mis en cause et qualifier juridiquement ce comportement au regard de la LCart, en constatant ainsi une restriction illicite à la concurrence. Une décision de la Comco sur ces points aura une influence sur la décision du juge civil ou de l'arbitre.

La question de savoir si le juge civil est lié par une décision de la Comco couvrant les mêmes faits reste controversée. En application du principe de la séparation des pouvoirs, le juge civil et les autorités administratives agissent de manière indépendante dans l'exercice de leurs compétences parallèles : le juge civil n'est pas lié par les constatations d'une autorité administrative et *vice-versa*³⁰. La jurisprudence du Tribunal fédéral distingue entre les considérations de fait et les considérations de droit. Une autorité ne devrait en principe pas s'écarter de l'établissement des faits d'une autre autorité juridictionnelle, mais reste libre sur leur qualification juridique, sauf si cette dernière dépend fortement de l'établissement des faits³¹ ; en revanche, un juge n'est pas lié par les constatations d'une autorité administrative. Le même principe vaut en procédure civile, le juge civil n'étant lié par les faits constatés par une autorité administrative qu'aux conditions prévues par le CPC³².

En matière de droit des cartels, la doctrine reconnaît un effet obligatoire des décisions de la Comco sur le juge civil³³, eu égard notamment aux moyens d'investigation et la spécialisation de la Comco et de son Secrétariat, ce qui va à

³⁰ TANQUEREL, p. 217. On relève que le juge civil ne peut trancher à titre préjudiciel des questions relevant du droit public qu'aussi longtemps que l'autorité administrative n'a pas été saisie de la même question (TF 5A_142/2011 et 5A_156/2011 du 22 septembre 2011, consid. 3.2.2).

³¹ Pour assurer la cohérence de l'action de l'Etat pour les justiciables, le Tribunal fédéral a admis en matière pénale que d'une part l'autorité administrative « ne devait pas s'écarter sans raison sérieuse des faits constatés par le juge pénal ni de ses appréciations juridiques qui dépendent fortement de l'établissement des faits » (ATF 129 II 312, consid. 3.1, arrêt commenté par TANQUEREL, p. 218) et que d'autre part, le juge pénal n'est pas lié par les considérations de droit ou de fait de l'autorité administrative (ATF 105 Ib 18, consid. 1b). En matière pénale, le juge pénal est plus libre dans son appréciation envers les autorités administratives que ces derniers envers le juge pénal.

³² CR-REYMOND, N 39 *ad rem.* art. 12 ss LCart.

³³ V. CR-REYMOND, N 44 ss *ad rem.* art. 12 ss LCart ; BaK-JACOBS/GIGER, N 23 *ad rem.* art. 12-17 LCart, avec références.

l'encontre de l'indépendance des deux voies. Nous ne partageons pas cet avis, en raison, entre autres, de l'absence d'une base légale claire liant le juge civil.

Les considérations de fait ou de droit du Secrétariat clôturant une enquête préalable n'ont pas la même autorité compte tenu de l'examen sommaire des faits et des questions juridiques posées. Le juge civil reste entièrement libre dans l'instruction de l'affaire et l'appréciation du droit ; s'il décide de se baser directement ou indirectement sur la détermination du Secrétariat, il doit reprendre l'instruction pour confirmer ou infirmer ses considérations de fait et réexaminer entièrement les questions de droit.

En tout état de cause, force est de constater que même si le juge n'était pas lié par une décision de la Comco, la détermination de la Comco aurait une influence sur l'appréciation du juge civil ou de l'arbitre. Nous relevons en outre que le juge civil devrait consulter la Comco en cas de doute relatif à la licéité d'une restriction à la concurrence, soit sur des questions de droit, l'avis de la Comco ne liant toutefois pas le juge civil³⁴. La qualification juridique du juge civil reste indépendante, bien que fortement influencée par la position de la Comco.

Pour résumer, une constatation d'illicéité d'une restriction à la concurrence dans une décision de la Comco approuvant un accord amiable influencera le juge civil ou l'arbitre dans le cadre d'une action civile subséquente. Tel n'est pas le cas des déterminations du Secrétariat issues de l'enquête préalable, cependant une certaine influence n'est pas exclue, en particulier lorsque l'état de fait est circonscrit.

Par conséquent, l'entreprise doit (i) accorder une attention particulière au texte de l'accord conclu avec la Comco et aux engagements soumis au Secrétariat, (ii) prendre en compte le risque lié aux considérations de fait ou de droit qui accompagneront la détermination du Secrétariat ou la décision finale de la Comco.

2. Selon le type de restriction

a) Restrictions susceptibles de sanctions directes

En vertu de l'article 49a LCart entré en vigueur en 2004³⁵, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'article 5 alinéa 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'article 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. La Comco n'a pas de pouvoir d'appréciation sur le principe de

³⁴ Art. 15 al. 1 LCart : « Lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, l'affaire est transmise pour avis à la Commission de la concurrence. » V. pour un exemple ATF 139 II 316 (*L'Etivaz*), où le juge cantonal n'a pas suivi l'avis de la Comco en condamnant la coopérative *L'Etivaz* pour abus de position dominante.

³⁵ Cette disposition a été introduite par la modification de la loi sur les cartels du 20 juin 2003, en vigueur depuis le 1er avril 2004 (RO 2004 1385 ; FF 2002 1911, 5128).

la sanction³⁶, alors qu'elle détient un large pouvoir de discrétion sur le montant même de la sanction allant de CHF 0 au maximum prévu par la LCart. Pour pouvoir sanctionner, la Comco doit constater au préalable une violation de la LCart.

Selon cette conception restrictive, la Comco serait obligée de sanctionner les entreprises ce qui réduirait considérablement son pouvoir d'appréciation en matière de conclusion d'accords amiables, approche confirmée pour la première fois par le CoRe dans l'affaire SBVV³⁷. En conséquence, la possibilité de conclure des accords amiables sans constater une violation de la LCart et les avantages résultant de ces accords pour les entreprises ont été considérablement réduits avec l'entrée en vigueur des sanctions directes³⁸.

Cette approche va à l'encontre des objectifs d'efficacité de la poursuite en matière de la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'article 49a alinéa 3 LCart est une base légale suffisante permettant à la Comco de renoncer à une sanction lorsque l'entreprise coopère à la suppression de la restriction de la concurrence³⁹, ce qui est le cas en matière d'accords amiables. En absence d'un intérêt à sanctionner, l'intérêt à établir s'il y a eu ou non une violation de la LCart est faible.

Si l'on suit le raisonnement présenté ci-dessus, l'absence de pouvoir discrétionnaire de la Comco en matière de sanctions limiterait également le pouvoir discrétionnaire du Secrétariat et de la Comco lors de l'ouverture des enquêtes. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) répond justement par la négative, en soulignant le principe de l'opportunité de la poursuite⁴⁰. Le TAF réduit toutefois l'étendue de la discrétion du Secrétariat après l'ouverture d'un examen approfondi : l'opportunité s'exerce à l'ouverture de l'enquête approfondie, et ne s'applique que dans des cas exceptionnels au stade avancé de la procédure qui vise à déterminer la sanction⁴¹.

³⁶ BaK-TAGMANN/ZIRLICK, N 17 ad art. 49a, avec références.

³⁷ CoRe, DPC 2006/3, p. 548, consid. 4.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. / Weko* : « Mit der Inkraftsetzung der Teilrevision des Kartellgesetzes am 1. April 2004, welche auf diesen Fall ebenfalls Anwendung findet, wurden direkte Sanktionen eingeführt (Art. 49a und Art. 27 KG). Dadurch wird sich die Zahl jener Untersuchungen verringern, die durch einvernehmliche Regelung abgeschlossen werden können. Denn der Anwendungsbereich der einvernehmlichen Regelung schliesst die Frage der Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen nicht ein, sondern lediglich die Frage, wie eine als unzulässig diagnostizierte Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden kann. Mit anderen Worten ist in einer Untersuchung, die wegen Bestehens von Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eröffnet wurde, die Frage der Unzulässigkeit positiv oder negativ zu entscheiden, so dass für einvernehmliche Regelungen kein Raum mehr bleibt. » (références omises)

³⁸ TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010 (Publigroupe), consid. 7.4.2.

³⁹ Art. 49a al. 3 LCart : « Si l'entreprise coopère à la mise au jour et à la suppression de la restriction à la concurrence, il est possible de renoncer, en tout ou en partie, à une sanction. »

⁴⁰ TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010 (Publigroupe), consid. 7.4.3.

⁴¹ *Ibidem* : « Diesen sollte jedoch bereits bei der Frage der Eröffnung eines Verfahrens und nicht erst bei der Sanktionierung Rechnung getragen werden, damit auf die entsprechende Verfahrenseröffnung verzichtet oder das Verfahren eingestellt werden kann. Mit Blick auf das Legalitätsprinzip

La réduction de la discrétion du Secrétariat en fonction de la phase initiale ou avancée de l'examen approfondi exige une évaluation rapide de la situation par les entreprises. Celles-ci devraient examiner dès l'ouverture d'une enquête, dans quelle mesure elles peuvent modifier leurs pratiques commerciales, pour pouvoir déterminer des alternatives viables et commercialement raisonnables et pouvoir soumettre une proposition au Secrétariat. Les conseils des entreprises et leurs conseils d'administration ont un rôle important dans cette phase initiale, car le choix entre une procédure négociée et une voie contentieuse devrait être effectué à ce stade.

La réduction de la discrétion du Secrétariat en fonction de la phase initiale ou avancée de l'examen approfondi est critiquable. La Comco et son Secrétariat devraient rester libres (i) d'ouvrir ou non une enquête préalable et de conclure un accord avec les entreprises lors de cette phase, (ii) de poursuivre ou non une enquête approfondi et de conclure un accord amiable avec les entreprises lors de cette phase sans qualifier, constater ni sanctionner l'existence d'une restriction illicite à la concurrence, (iii) de conclure un accord amiable sur l'étendue de la qualification d'une restriction illicite à la concurrence, y compris sur le montant même de la sanction, ou encore (iv) de ne pas proposer ou conclure un accord amiable⁴². Cette liberté d'action permettra à la Comco et à son Secrétariat de développer une politique de la concurrence et de l'adapter en fonction de l'évolution du marché.

Du point de vue matériel, sont susceptibles d'être sanctionnées directement, donc non seulement en cas de récidive, les entreprises qui :

1. étant en concurrence entre elles, participent à des accords dits horizontaux qui fixent des prix, qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir ou qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 LCart) ;
2. opérant dans différents niveaux de la chaîne de production ou de distribution, conclues des accords qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ou qui attribuent des territoires (art. 5 al. 4 LCart) ;
3. étant en position dominante sur un marché, abusent de cette position, notamment lorsque leur comportement sur le marché entrave l'accès

dürfte davon ohnehin nur in einem sehr beschränkten Rahmen und in Einzelfällen, wohl vor allem in Bagatellfällen, Gebrauch gemacht werden. Gerade bei Verdacht auf schwerwiegende Kartellrechtsverstöße (z.B. nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und Art. 7 KG) sind die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, abzuklären, ob der zugrunde liegende Sachverhalt aus kartellrechtlicher Sicht zulässig ist oder nicht. » Au lieu de limiter la discrétion des autorités de concurrence, il aurait été préférable que les tribunaux s'expriment davantage sur le respect des principes de l'égalité de traitement, de proportionnalité ou de l'intérêt public, principes importants qui sont rarement traités par les instances de recours.

⁴² Il incombe au Secrétariat d'informer la Comco et d'assurer la coordination avec les membres de la présidence de la Comco pour faire en sorte d'appliquer la politique de la Comco en matière de sanctions.

d'autres entreprises à la concurrence. Les pratiques pouvant être qualifiées d'abusives vont du refus de contracter, à l'application de prix ou de conditions commerciales excessives ou discriminatoires, aux rabais de fidélité, aux ventes liées ou la sous-enchère (art. 7 LCart).

Les accords décrits dans les deux premiers cas de figure sont interdits si les entreprises n'arrivent pas à renverser la présomption réfragable instituée par l'article 5 alinéa 3 et 4 LCart. Si une certaine analyse des effets anticoncurrentiels de ces accords est introduite par le biais du renversement de la présomption, il n'en reste pas moins qu'il est difficile pour les entreprises de démontrer que leurs accords ne suppriment pas la concurrence. Les entreprises font l'objet de sanctions lors même que leurs accords ne suppriment pas la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 3 ou 4 LCart. Le Secrétariat ne devrait pas proposer des accords amiables aux entreprises dans ces cas de figure, et si un tel accord devait être proposé et conclu, la décision d'approbation devrait s'exprimer tant sur le caractère illicite de la restriction de la concurrence que sur la sanction.

L'article 49a LCart s'applique sans restriction aux abus de positions dominantes. L'extension du champ de l'art. 49a LCart est basée sur la prémisse, parfaitement erronée à notre sens, que « [l]es cas relevant de l'art. 7 LCart viennent logiquement compléter le champ d'application des sanctions directes, puisque leurs conséquences dévastatrices sur la concurrence ne sont nullement différentes de celles des cartels rigides. »⁴³. Le texte de l'article 7 LCart est tellement général que presque tout comportement d'une entreprise ayant une forte position sur le marché est susceptible de tomber dans son champ : cette disposition ne comporte pas seulement une liste exemplative de comportements rédigée très largement⁴⁴, mais encore une clause générale en vertu de laquelle tout comportement pourrait être considéré comme abusif pour autant qu'il soit capable d'entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou de désavantager les partenaires commerciaux⁴⁵. C'est dans ce domaine que le mécanisme d'accords amiables est le plus utile.

En droit de l'Union européenne en revanche, la Commission *peut* infliger des amendes aux entreprises lorsqu'elles commettent une infraction aux règles de la concurrence ou elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision⁴⁶ : la Commission européenne détient un large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de sanctionner les entreprises. En matière d'accords amiables, ou d'engagements, ce large pouvoir d'appréciation lui offre le choix d'accepter ou non les engagements offerts par les entreprises, notamment de les refuser si la Commission entend utiliser son pouvoir de sanction. Le Règlement 1/2003 sert de guide à cet égard, en indiquant que les décisions d'engagements ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une

⁴³ V. Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, FF 2001 1911, p. 1925.

⁴⁴ Art. 7 al. 2 LCart.

⁴⁵ Art. 7 al. 1 LCart.

⁴⁶ Art. 23 al. 2 du Règlement 1/2003.

amende⁴⁷. En outre, la Commission peut renoncer à sanctionner et établir une infraction. Ce large pouvoir d'appréciation n'a pas diminué ses pouvoirs de mise en œuvre du droit européen de la concurrence, au contraire. Elle est une des autorités les plus respectées et craintes par les entreprises en matière de droit de la concurrence au niveau mondial.

b) *Autres cas*

La seule disposition qui échappe aux sanctions directes est l'article 5 alinéa 1 LCart. Un accord amiable est possible sans constater une violation de la LCart.

Celle-ci couvre de manière générale tous les accords qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, et qui sont déclarés illicites donc interdits suite à une analyse approfondie des effets positifs et négatifs de ces accords sur le marché. Les accords de coopération ou de recherches et de développement, ou les accords de distribution ou de licence de technologies tombent sur cette disposition, et peuvent être interdits via une décision de la Comco même si celle-ci ne peut prendre une sanction à l'encontre de ces entreprises.

3. *Selon la phase de la procédure*

L'enquête du Secrétariat de la Comco se divise en deux phases : l'enquête préalable et l'enquête approfondie. Les entreprises ont la possibilité de bénéficier d'un règlement amiable de leur situation lors des deux phases de procédure⁴⁸. Les mesures provisionnelles peuvent, elles aussi, faire l'objet d'un accord amiable.

a) *Enquête préalable*

Les enquêtes préalables sont menées d'office, à la demande des entreprises concernées ou sur dénonciation de tiers⁴⁹. L'ouverture de l'enquête n'est pas publiée et les parties ne sont pas nécessairement informées : elle reste largement informelle⁵⁰. Le Secrétariat détient une large liberté d'appréciation quant à l'opportunité d'ouvrir et de poursuivre une enquête préalable ; la Comco n'intervient en principe pas.

⁴⁷ Consid. 13 du Règlement 1/2003, *supra* n. 7.

⁴⁸ CoRe, DPC 2006/3, p. 548, consid. 4.2. Une réserve doit cependant être soulevée, dans le cas où la discussion d'un accord amiable retarde indûment la procédure : « *Dem Grundsatz der jederzeitigen Möglichkeit des Vorschlags einer einvernehmlichen Regelung im Rahmen der Untersuchung sollten allerdings dann Schranken gesetzt werden, wenn die beteiligten Parteien damit eine Verfahrensverzögerung beabsichtigen.* »

⁴⁹ Art. 26 al. 1 LCart ; v. KËLLEZI, p. 396 ss.

⁵⁰ En outre, les parties n'ont pas accès au dossier durant cette phase (art. 26 al. 3 LCart). V. BaK-ZIRLICK/TAGMANN, N 2 *ad* art. 26 LCart.

L'enquête préalable a pour but de clarifier les faits et d'identifier d'éventuels indices de restriction à la concurrence⁵¹. En l'absence de tels indices, l'enquête du Secrétariat prend fin⁵². Cette enquête n'aboutit à aucune décision sur le fond. Ne procédant pas à une enquête approfondie des effets sur le marché, cette phase ne vise pas à constater une restriction illicite à la concurrence (*i.e.* une violation de la loi sur les cartels par les entreprises)⁵³.

En vertu de l'article 26 alinéa 2 LCart, le Secrétariat *peut* proposer des mesures pour supprimer ou empêcher des restrictions à la concurrence⁵⁴. Le texte de cette disposition indique que le Secrétariat décide librement de proposer des mesures aux entreprises⁵⁵, ou de poursuivre l'enquête approfondie⁵⁶ dans le but de clarifier davantage la situation et d'aboutir éventuellement à une constatation d'une restriction illicite à la concurrence.

La proposition des mesures par le Secrétariat a pour fonction d'aider les entreprises à adapter leur comportement⁵⁷. Contrairement au droit de l'Union, le Secrétariat propose lui-même des mesures. L'inconvénient de ce procédé réside dans le pouvoir du Secrétariat d'exiger des mesures qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour éliminer les indices relatifs à l'existence d'une restriction illicite à la concurrence, ou qui ne prennent pas en compte les intérêts commerciaux des entreprises. La participation active des entreprises est de ce fait souhaitable et devrait avoir pour objectif d'affiner et réduire leurs obligations futures à ce qui est nécessaire et proportionnel. En pratique les entreprises peuvent en tout temps exprimer leur disponibilité à modifier leur comportement pour dissiper tout doute sur le caractère illicite de leur comportement. Cette déclaration d'intention des entreprises intervient oralement ou par écrit. En outre, les entreprises peuvent proposer des mesures concrètes ou apporter des modifications aux propositions soumises par le Secrétariat. La détermination exacte des mesures est effectuée de manière informelle, cependant les entreprises doivent s'engager par écrit. Compte tenu du fait qu'il n'y a pas lieu de constater une violation de la loi, les engagements ou soumissions des entreprises sont susceptibles d'inclure une réserve visant à ne pas reconnaître une quelconque violation de la loi.

Les mesures ont pour objectif de « *supprimer ou empêcher des restrictions à la concurrence* »⁵⁸, ce qui implique la suppression de tout doute quant au caractère *illicite* des restrictions identifiées, partant l'élimination des indices d'une restriction illicite au sens des articles 5 et 7 LCart. Lorsque les entreprises acceptent ces propositions et modifient leurs comportements en conséquence, l'élimination des indices de restrictions illicites à la concurrence conduit à la clôture de l'enquête :

⁵¹ TAF B-1612/2010 du 8 juillet 2010, consid. 4 ; v. ég. ATF 135 II 60, consid. 3.3.2.

⁵² V. BaK-ZIRLICK/TAGMANN, N 133 *ad* art. 26 LCart ; KËLLEZI, p. 397.

⁵³ V. BaK-ZIRLICK/TAGMANN, N 134 *ad* art. 26 LCart.

⁵⁴ Art. 26 al. 2 LCart.

⁵⁵ V. BaK-TAGMANN/ZIRLICK, N 140 *ad* art. 26 LCart.

⁵⁶ Art. 27 LCart.

⁵⁷ KËLLEZI, p. 398.

⁵⁸ Art. 26 al. 2 LCart.

le Secrétariat n'a pas de raison de poursuivre une enquête approfondie selon l'article 27 LCart. Les entreprises s'engagent dans ce cas à modifier leur comportement et à respecter leurs engagements pour le futur.

La situation est la même lorsque les entreprises annoncent leurs accords ou pratiques futures sur la base de l'article 49a alinéa 3 lettre a LCart. Le Secrétariat prend note des amendements du comportement des entreprises et se réserve le droit d'ouvrir une enquête si les entreprises ne respectent pas leurs engagements⁵⁹.

L'échange d'écritures ou le rapport de l'enquête préalable ne constatent pas l'existence de restrictions illicites à la concurrence ; ceux-ci sont rédigés au conditionnel ou laissent expressément ouverte toute qualification définitive des restrictions à la concurrence. Le rapport peut en outre mentionner des pratiques ou situations qui ne soulèvent aucun problème au regard de la LCart, ce qui offre une sécurité juridique aux entreprises. L'état de fait est décrit sommairement. Il va de soi que le Secrétariat ne peut pas prononcer des sanctions à l'encontre des entreprises. La clôture de l'enquête n'est pas une décision susceptible de recours.

Les entreprises qui acceptent des propositions provenant du Secrétariat s'engagent à les mettre en œuvre. Le Secrétariat est lié à son tour par l'acceptation de ses propositions en vertu du principe de la bonne foi, qui vaut promesse de ne pas ouvrir une enquête approfondie tant que les entreprises respectent les mesures proposées⁶⁰.

En cas de non-respect des engagements, le Secrétariat peut poursuivre l'enquête préalable ou ouvrir une enquête approfondie en tout temps⁶¹. Tel est également le cas lorsque les propositions du Secrétariat acceptées par les entreprises, reposent sur des informations incorrectes ou incomplètes fournies par les parties (principe de la bonne foi de l'administré). Il ne peut en revanche sanctionner les entreprises en vertu de l'article 50 LCart⁶². Dans l'hypothèse où le Secrétariat apprécie mal la situation concurrentielle du marché sans que cette appréciation soit influencée par les informations fournies par l'entreprise sous enquête, le principe de la bonne foi veut que cette nouvelle appréciation ne soit pas préjudiciable à l'entreprise.

Pour les entreprises, les avantages d'un règlement amiable durant cette phase préalable sont multiples. L'accord conclu avec le Secrétariat réduit l'incertitude quant à son comportement futur sur le marché. Les dirigeants de l'entreprise peuvent se concentrer pleinement sur leurs activités commerciales, en évitant de se préoccuper d'un éventuel impact de leurs choix sur la procédure en cours. Dans certains cas, le rapport du Secrétariat inclut des considérations sur des comportements conformes au droit de la concurrence, ce qui donne un signal clair aux concurrents et aux partenaires commerciaux ayant des tendances procé-

⁵⁹ V. p.ex. le rapport du 16 décembre 2013 dans l'affaire *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

⁶⁰ KËLLEZI, p. 399-400.

⁶¹ Sous réserve de l'approbation d'un membre de la présidence de la Comco.

⁶² V. BaK-ZIRLICK/TAGMANN, N 158 *ad* art. 26 LCart.

durières. Le rapport du Secrétariat clôturant la procédure n'est pas une référence solide dans un procès civil : les faits sont sommairement présentés et le rapport du Secrétariat laisse ouverte la question relative à la constatation d'une restriction illicite à la concurrence. De plus, l'entreprise réduit les coûts de procédure. Enfin, l'entreprise réduit également l'impact sur sa réputation, alors même qu'une éventuelle publication du rapport de clôture de procédure donne des informations sur la procédure devant les autorités suisses de la concurrence.

b) Enquête approfondie

En vertu de l'article 29 LCart, « si le secrétariat considère qu'une restriction à la concurrence est illicite, il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction. L'accord requiert la forme écrite et doit être approuvé par la commission. »

L'interprétation de cette disposition, telle que confirmée par le Tribunal fédéral avant l'introduction de sanctions directes, a pour conséquence que l'accord ne porte pas sur l'illicéité du comportement passé de l'entreprise : celle-ci n'est pas négociable, et l'accord peut uniquement porter sur les modalités de la suppression de la concurrence :

« Einvernehmliche Regelungen setzen freilich voraus, dass das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachtet, und sind nur zulässig über die Art und Weise der Beseitigung dieser Beschränkung (Art. 29 Abs. 1 KG). Verhandlungsgegenstand ist somit nicht die Frage, ob ein Verhalten zulässig sei, sondern nur die Frage, wie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen ist. »⁶³.

L'entrée en vigueur de l'article 49a LCart a renforcé cette interprétation restrictive. Lorsqu'une enquête porte sur un comportement susceptible de tomber dans le champ de l'article 49a LCart, la Commission devrait constater l'illicéité de ce comportement afin de pouvoir envisager des sanctions : la Commission peut dans ce cas soit constater la violation de la LCart, soit constater l'absence de comportement illicite⁶⁴, mais elle ne peut plus laisser ouverte la qualification du comportement passé dans une décision approuvant un accord amiable conclu avec l'entreprise. En revanche, un accord amiable sur la modification d'un projet

⁶³ TF 2A.415/2003 du 19.12.2003, consid. 3.4.4 ; CR-DUCREY/CARRON, N 7 ss *ad* art. 29 LCart.

⁶⁴ TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010, consid. 7.4.2 : « Das Bundesverwaltungsgericht teilt die Meinung der Vorinstanz, dass eine Änderung bzw. Anpassung des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens durch die beteiligten Unternehmen während eines laufenden Verfahrens nach der KG-Revision grundsätzlich nicht mehr zur Einstellung des Verfahrens führt, sondern dass die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit des Verhaltens mittels Verfügung festgestellt und (direkt) eine Sanktion ausgesprochen werden muss. Da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann, ist eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ausgeschlossen. Entsprechend führt eine einvernehmliche Regelung für Tatbestände nach Art. 49a Abs. 1 KG nicht zu einer umfassenden Streitbeilegung und Einstellung des Verfahrens. » (références omises) ; v. ég. BaK-ZIRLICK/TAGMANN, N 13 *ad* art. 29 LCart.

qui n'a pas été mis en œuvre dans le passé n'implique pas de constatation d'illicéité⁶⁵.

A notre sens, la référence à l'appréciation par le Secrétariat de l'illicéité de la restriction à la concurrence a uniquement pour but de limiter le champ d'intervention à des pratiques abusives au sens de l'article 7 LCart ou à des accords illicites au sens de l'article 5 LCart, en excluant une intrusion dans les activités de l'entreprise au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'application de la loi (principe de proportionnalité)⁶⁶. Le texte de l'article 29 LCart n'exige pas de la Comco de constater l'illicéité de l'accord ou du comportement d'une entreprise en position dominante pour pouvoir approuver un accord amiable ; l'entrée en vigueur de l'article 49a LCart ne devrait pas avoir d'impact sur l'article 29 LCart. La question de la constatation de l'illicéité peut être laissée ouverte, la décision de la Comco portant uniquement sur les mesures à adopter par l'entreprise pour le futur⁶⁷. D'ailleurs une constatation de l'illicéité du comportement soumis à l'examen n'était prévue par la LCart de 1995 que dans le cas où un accord n'était pas conclu⁶⁸.

L'institution de l'accord amiable, réglée dans la LCart de 1995, était destinée à privilégier une mise en œuvre efficace du droit de la concurrence, dans une loi qui ne prévoyait pas de sanctions directes. Avec l'introduction de l'article 49a LCart, la Comco s'est montrée encline à utiliser pleinement son arsenal répressif tout en réduisant les avantages des accords amiables pour les entreprises. Ainsi, contrairement à l'article 9 du Règlement 1/2003, la Comco constate une violation de la loi pour le passé, ce qui réduit considérablement l'intérêt des entreprises à s'engager à modifier volontairement leur comportement.

En conclusion, il convient de mettre en évidence un changement important de la mise en œuvre en droit suisse quant aux accords amiables, tendance qui va dans le sens opposé de l'utilisation croissante des engagements en droit européen.

⁶⁵ V. la décision de la Comco du 21 octobre 2013, *Swatch Group Lieferstopp*, consid. 400 et 401 ; le dispositif ne constate pas l'illicéité du comportement de *Swatch*, cependant la Comco considère que *Swatch* abuse de sa position dominante dans les considérants de la décision dans l'hypothèse où *Swatch* rompt toute livraison, c'est-à-dire en l'absence d'accord amiable obligeant *Swatch* à modifier son comportement futur.

⁶⁶ Cette conception prévaut aujourd'hui pour les comportements qui ne font pas l'objet de sanctions directes, soit les accords restrictifs de concurrence tombant sous l'art. 5 al. 1 LCart ; v. BaK-ZIRLICK/TAGMANN, N 23 *ad* art. 29 LCart.

⁶⁷ V. dans ce sens BaK-ZIRLICK/TAGMANN, N 9 et 11 *ad* art. 29 LCart ; v. Këllezi, p. 405 s pour des exemples d'accords amiables n'ayant pas constaté d'infraction à la LCart.

⁶⁸ V. les explications du Conseil fédéral sur l'art. 30 LCart, FF 1995 I 472, p. 595 : « Si aucun accord amiable entre les parties n'intervient dans un délai utile, ou que le secrétariat de la Commission ne retient pas cette solution au vu des circonstances, celui-ci fait une proposition à la Commission de la concurrence en vue d'une décision. La Commission de la concurrence décide de la licéité ou de l'illicéité d'une restriction de la concurrence et des mesures à prendre. »

c) *Mesures provisionnelles*

La Comco peut prendre des mesures provisionnelles dès l'ouverture de l'enquête approfondie⁶⁹. Le contenu des mesures prises provisoirement doit servir les intérêts publics, et non uniquement les intérêts privés des plaignants⁷⁰. Les mesures provisionnelles peuvent faire l'objet d'un accord amiable. Le Tribunal fédéral a confirmé ceci dans les termes suivants :

« Die Wettbewerbskommission hat Art. 29 KG analog auch für das Verfahren der vorsorglichen Massnahmen angewendet. Dies wird von der Rekurskommission nicht grundsätzlich beanstandet und scheint berechtigt : Wenn schon im Hauptverfahren eine einvernehmliche Regelung zulässig ist, ist nicht einzusehen, weshalb dies für vorsorgliche Massnahmen nicht der Fall sein soll. »⁷¹.

La conclusion d'un accord sur les mesures provisionnelles présente les mêmes avantages et désavantages pour les entreprises. Il va de soi que l'objet d'un accord amiable ne peut inclure une constatation d'illicéité ou de sanctions. La non-observation d'une décision de mesures provisionnelles n'est en principe pas sanctionnable en vertu de l'article 50 LCart⁷², disposition qui présuppose une décision exécutoire constatant une restriction illicite à la concurrence⁷³, sauf si les mesures provisionnelles ont été acceptées par les parties elles-mêmes⁷⁴.

Il s'ensuit que si une entreprise conclut un accord amiable avec le Secrétariat sur le contenu des mesures provisionnelles, elle tombe directement dans le champ d'application de l'article 50 LCart sanctionnant une violation d'une décision de la Comco à une amende allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires des trois dernières années. L'effet dissuasif de l'article 50 LCart s'ajoute ainsi à la menace de l'article 292 CP.

De plus, les entreprises et leurs conseils doivent tenir compte d'une autre conséquence de l'arrêt⁷⁵ du TAF dans l'affaire *Unique* : pour justifier une sanction se rapportant à une violation d'une décision de mesures provisionnelles selon l'article 50 LCart, le TAF considère qu'en concluant subséquentement un accord amiable avec la Comco dans le cadre de l'enquête approfondie, l'entreprise a adhéré à la constatation d'illicéité de son comportement passé⁷⁶, même si cette entreprise s'était clairement opposée à une telle constatation dans ses écritures ainsi que dans le texte même de l'accord conclu avec le Secrétariat. Du point de

⁶⁹ V. BaK-BILGER, N 101-102 *ad* art. 39 LCart, avec références.

⁷⁰ ATF 130 II 149, consid. 3.3 : « Vielmehr sind solche Massnahmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren erst anzuordnen, wenn dies im öffentlichen Interesse zum Schutz des funktionierenden Wettbewerbs erforderlich ist, nicht schon dann, wenn private Interessen der gesuchstellenden Partei beeinträchtigt zu werden drohen. »

⁷¹ TF 2A.415/2003 du 19.12.2003, consid. 3.4.2.

⁷² Pour un avis différent, v. BaK-TAGMANN/ZIRLICK, N 12 *ad* art. 50 LCart.

⁷³ TAF B-2157/2006 du 3.10.2007, *Flughafen Zürich AG (Unique)*, consid. 4.1.1.

⁷⁴ *Idem*, consid. 4.1.2.2.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Idem*, consid. 3.3.2.

vue du TAF, la conclusion d'un accord amiable impliquait que celle-ci avait consenti avoir violé la LCart, et cela dès le début de la procédure, lors de l'adoption de mesures provisionnelles par la Comco.

Plus généralement, la signature d'un accord amiable impliquerait selon le TAF l'adhésion de l'entreprise à toutes les considérations de fait ou de droit adoptées par la Comco, même si elle s'est clairement opposée dans le texte même de l'accord. L'effet de cet *obiter dictum* est problématique pour les entreprises envisageant de conclure un accord amiable afin de raccourcir la procédure devant la Comco.

Eu égard à l'incertitude juridique entourant l'application de l'article 50 LCart aux mesures provisionnelles adoptées par la Comco, nous concluons que sauf circonstances particulières, les entreprises n'auraient pas d'intérêt à adhérer au contenu desdites mesures en signant un accord amiable avec le Secrétariat de la Comco.

B. Modification du comportement futur de l'entreprise

1. Généralités

Les modifications du comportement futur de l'entreprise peuvent consister en la cessation d'une pratique ou en une obligation de se comporter d'une manière déterminée. Dans le premier cas, la cessation d'un comportement déterminé correspond à une interdiction pouvant être imposée unilatéralement par une décision de la Comco.

Dans certains cas, l'interdiction d'un comportement illicite équivaut à une obligation de faire, par exemple lorsque le refus de fournir est considéré comme abusif⁷⁷ : l'obligation d'entretenir des relations commerciales se traduit en plusieurs obligations, comme l'obligation de conclure un contrat ou de poursuivre une relation commerciale, l'obligation de fournir une certaine quantité de produits ou de services, à une certaine qualité, et à un prix et à des conditions raisonnables.

L'obligation de faire impliquant une intervention dirigiste sur le marché contraire au système de l'économie de marché, le droit de la concurrence se limite à intervenir dans les cas les plus nocifs en utilisant de préférence des interdictions claires d'un comportement ayant manifestement un effet négatif sur la concurrence. Les obligations de faire sont parfois tellement étendues, qu'on peut les appeler des mesures réglementaires. Ces mesures restent toutefois exceptionnelles, le droit de la concurrence n'ayant pas vocation à réglementer le comportement des entreprises.

Le droit de l'Union accorde aux entreprises un rôle prééminent dans la procédure des règlements amiables. Ce sont les entreprises qui soumettent des

⁷⁷ Art. 7 al. 2 let. a LCart.

propositions à la Commission sous forme d'engagements, et non l'inverse. La mission de la Commission est d'identifier les comportements ayant des effets restrictifs significatifs sur la concurrence et de communiquer son analyse à l'entreprise. Cette dernière soumet des propositions de mesures correctives permettant de résoudre les préoccupations de la Commission et qui sont compatibles avec sa politique commerciale. La Commission garde le contrôle sur le processus, d'une part en évaluant ces propositions elles-mêmes et en les testant devant les autres opérateurs du marché, d'autre part en gardant comme moyen ultime la menace d'une injonction unilatérale de faire par le biais d'une décision⁷⁸. Ce processus présente de meilleures garanties pour sauvegarder la liberté économique de l'entreprise sur le marché, tout en laissant à la Commission un pouvoir d'intervention et d'appréciation important. Il assure l'équilibre entre l'intérêt privé de l'entreprise et l'intérêt public à la protection de la concurrence.

2. Cessation d'un comportement déterminé

Lorsque les effets anticoncurrentiels découlent d'un comportement précis, ceux-ci peuvent être supprimés en enjoignant à l'entreprise de cesser ledit comportement. L'accord conclu avec le Secrétariat comprendra la même mesure de cessation de la pratique incriminée. La cessation de faire est une mesure typique des accords illicites à la concurrence ; les entreprises peuvent simplement supprimer des clauses contractuelles et s'abstenir d'en conclure de nouvelles, ou encore arrêter de participer à des cartels illicites. L'engagement de cesser un comportement donné couvre tous les éléments constitutifs de l'accord illicite en question : l'imposition de prix minimum, l'échange d'information sur les augmentations de prix futurs, *etc.*

Le tableau suivant présente quelques exemples d'accords amiables en matière d'accords illicites à la concurrence :

Restriction illicite	Contenu de l'accord amiable
Accord illicite au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (imposition de prix minimal)	L'entreprise s'engage à ne plus conclure d'accords qui imposent un prix fixe ou minimum de revente pour ses produits et à laisser ses revendeurs en déterminer librement les prix, conformément à l'art. 5 al. 4 LCart et aux dispositions de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 2 juillet 2007 ⁷⁹ .
Accord illicite horizontal au sens de l'art. 5 al. 3 LCart (fixation de prix, échange d'information sur les augmentations de prix)	Les entreprises s'engagent : 1) à ne pas échanger avec leurs concurrents des informations sur l'étendue et le moment des augmentations futures des prix bruts de leurs produits ;

⁷⁸ Art. 7 Règlement 1/2003.

⁷⁹ DPC 2009/2, p. 143, *Sécateurs et cisailles*.

Restriction illicite	Contenu de l'accord amiable
	2) à ne pas échanger des listes de prix bruts de manière systématique et dans le but de coordonner leur comportement concurrentiel avec leurs concurrentes ;
	3) à ne pas échanger des informations détaillées sur les chiffres d'affaires avec leurs concurrents ⁸⁰ .
Accord illicite horizontal au sens de l'art. 5 al. 1 et 3 LCart (recommandations tarifaires par une association professionnelle à ses membres)	Les membres de l'association s'engagent à ne plus adopter de recommandations de prix, respectivement à ne plus appliquer les recommandations de prix établies par l'association. L'association s'engage à ne plus éditer, diffuser ou publier de recommandations de prix à ses membres ⁸¹ .

3. Obligations de se comporter d'une manière déterminée

Dans certains cas, l'interdiction d'un abus de position dominante implique l'obligation d'effectuer une prestation particulière (obligation de faire). Dans le cas de la rupture des relations contractuelles, la solution, rimant avec l'interdiction, est l'injonction de continuer des relations commerciales interrompues abusivement. Dans l'affaire ETA (*Swatch*), celle-ci s'est engagée à continuer de livrer les clients existants avec des ébauches⁸². Les éléments essentiels à déterminer dans l'accord amiable sont la quantité, le prix ainsi que la qualité. La quantité est étroitement liée avec le prix, une réduction de la quantité ou une augmentation du prix équivalant à une rupture partielle de fournir⁸³. Ces mesures étant de type réglementaire, l'accord amiable doit aussi fixer la durée de l'obligation de contracter. En effet, une décision de la Comco ne doit pas supplanter le jeu du marché, même en ayant l'accord des entreprises⁸⁴. Le cas ETA a duré plus de dix ans depuis l'ouverture de l'enquête en 2002, toutes les obligations sur cette entreprise ayant été déterminé dans des accords amiables.

Dans le cas *Documed*, la Comco a considéré comme discriminatoire et donc illicite l'application de prix identiques à des prestations différentes⁸⁵ : d'une part, *Documed* n'avait pas annoncé de prix pour les gros volumes de commandes et fixait ce prix selon accord avec le partenaire commercial concerné, d'autre part les

⁸⁰ Accord amiable conclu avec *Pneumatex AG und Flamco AG* ; v. DPC 2012/3, p. 615, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen*.

⁸¹ Accord amiable conclu avec USPI-Neuchâtel et ses membres ; DPC 2012/3, p. 657, *Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel*.

⁸² DPC 2005/1, p. 128, 143, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*. V. ég. la décision de la Comco du 21 octobre 2013, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁸³ V. KËLLEZI, p. 277 ss.

⁸⁴ V. KËLLEZI, p. 279.

⁸⁵ DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

entreprises dont les textes pouvaient être acceptés sans changement payaient le même prix que les entreprises dont les textes devaient encore être corrigés par *Documed SA*⁸⁶. Pour justifier la faible amende de CHF 50'000.-, la Comco souligne que les deux comportements discriminatoires étaient en effet des discriminations légères⁸⁷, que les effets négatifs des activités examinés étaient de peu d'importance⁸⁸, qu'en conséquence le gain réalisé par *Documed* par ces deux « discriminations » était très faible⁸⁹, et que l'importance de la discrimination devait être relativisée car depuis les prix de *Documed* avaient continuellement baissé et que les entreprises désavantagées avaient elles aussi profité de cette baisse des prix⁹⁰. Cette décision est symptomatique de l'intervention excessive de la Comco sur des comportements anodins pour la concurrence effective par le biais d'accord amiables ; en constatant un abus dans son dispositif, la Comco crée un précédent nuisible pour les entreprises privées ayant une position dominante sur un marché⁹¹, précédent qui est susceptible de nuire à la concurrence effective.

Le dispositif de la décision de la Comco constate dans un premier temps la position dominante de *Documed* ainsi que l'abus de position dominante. Dans un deuxième temps, la Comco approuve l'accord amiable qui décrit le comportement futur de *Documed* :

Abus	Contenu de l'accord amiable
Application de prix identiques aux textes modifiés et non-modifiés	<i>Documed AG</i> s'engage à maintenir des prix plus bas pour des documents non-modifiés par rapport à l'année précédente
La négociation et l'application d'un prix déterminé « selon accord » pour le 6 ^e groupe de produits (pour des volumes de plus de 90 textes)	<i>Documed AG</i> s'engage à modifier ses listes de prix en remplaçant les prix déterminés « selon accord » par un prix déterminé sur la base d'une expertise basée sur les coûts encourus

Un autre exemple d'accord impliquant des mesures réglementaires est celui des cartes de crédit. L'accord conclu entre le Secrétariat et les entreprises avaient

⁸⁶ *Idem*, ch. 170.

⁸⁷ *Idem*, ch. 241.

⁸⁸ *Idem*, ch. 240.

⁸⁹ *Idem*, ch. 243.

⁹⁰ *Idem*, ch. 244.

⁹¹ L'intervention de la Comco pourrait être justifiée par les relations privilégiées entre *Documed* et *Swissmedic*, un institut public qui obligeait les producteurs et distributeurs de médicaments à publier les informations sur leurs médicaments auprès de *Documed*. Ce procédé lui octroyait un pouvoir de marché important, et la restriction de la concurrence qui en résulte était donc le résultat de mesures étatiques. V. l'arrêt du TAF C-6885/2008 du 17 juin 2011 sur l'absence de base légale de l'obligation faite aux producteurs et distributeurs chez *Documed*.

pour objectif de baisser la commission d'interchange (DMIF) fixée de manière multilatérale entre les *Issuers* et les *Acquirers*, cette fixation multilatérale a été qualifiée d'accord sur les prix ayant un effet notable sur la concurrence⁹². Du point de vue procédural, cette affaire était particulière en ce qu'elle impliquait plusieurs parties. Un accord amiable a été conclu avec la plupart d'entre elles, une des entreprises ayant refusé de conclure l'accord. L'accord signé par la plupart des acteurs du marché avait un impact certain sur son activité commerciale. Cependant, son recours contre l'accord amiable a été déclaré irrecevable⁹³, au motif qu'elle n'avait pas d'intérêt juridique pour recourir contre un accord conclu par d'autres entreprises avec le Secrétariat de la Comco. Cet arrêt souligne non seulement les difficultés liées à la détermination de mesures correctives par plusieurs entreprises parties dans la même procédure, mais encore la protection insuffisante desdites parties. Une entreprise qui ne consent pas aux mesures proposées par le Secrétariat risque de devoir les appliquer indirectement ; le seul avantage pour cette entreprise est qu'elle ne peut pas faire objet de sanction pour non application de l'accord amiable.

C. Sanctions et accords amiables

Le Tribunal fédéral a répondu par l'affirmative à la question de savoir si la Comco pouvait approuver un accord amiable (ne portant pas sur une sanction) toute en prononçant une amende à l'encontre de l'entreprise⁹⁴. Par conséquent, l'approbation d'un accord amiable conclu avec le Secrétariat qui ne règle pas expressément le principe ou le montant de la sanction peut être accompagnée d'une amende déterminée par la Comco.

Nous avons évoqué les pouvoirs de la Comco en matière de sanction : l'article 49a LCart ne laisse pas de place à une marge d'appréciation sur le *principe* de la sanction. Il n'y aurait donc pas d'accord possible sur le principe même de la sanction⁹⁵. Nous ne partageons pas cet avis, l'article 49a alinéa 3 constituant une base légale claire et suffisante octroyant un large pouvoir d'appréciation à la Comco en matière de sanctions, y compris dans le cadre de l'article 29 LCart.

⁹² DPC 2006/1, p. 65, *Kreditkarten - Interchange Fee*.

⁹³ TAF B-1324/2010 du 2 juillet 2010, *Jelmoli Bonus Card AG*, consid. 6.

⁹⁴ V. ATF 139 I 72, JdT 2013 I 202, (2C_484/2010), *Publigroupe SA et al. c. Commission de la concurrence*, consid. 7, en particulier 7.5 (considérants non publiés) ; v. *infra* section III.A.

⁹⁵ V. *supra* section II.A.2.a) ; v. TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010 (*Publigroupe*), consid. 7.4.2 (la sanction ne peut pas faire l'objet de négociations), approuvé par TSCHUDIN. A noter que le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question dans l'arrêt concernant la même affaire, v. ATF 139 I 72, JdT 2013 I 202, (2C_484/2010), *Publigroupe SA et al. c. Commission de la concurrence*, consid. 6.2.1 (considérant non publié) : « *Die Frage, ob eine einvernehmliche Regelung über die Sanktionierung möglich ist, hat das Bundesgericht bisher noch nicht entschieden und in der Literatur besteht darüber keine einheitliche Auffassung. Diese Frage muss hier nicht beantwortet werden, wie weiter unten noch dargelegt wird.* » (références omises).

Une autre question est de savoir si le *montant* de la sanction peut faire l'objet d'un accord amiable. La pratique a confirmé qu'un accord amiable peut porter sur la sanction d'une entreprise⁹⁶, en définissant une marge sous réserve de laquelle l'entreprise consent à adapter son comportement dans le futur et renonce à recourir. Une telle pratique est conforme au pouvoir discrétionnaire que le législateur a reconnu à la Comco en matière de sanction⁹⁷. L'argument selon lequel une sanction n'est pas négociable⁹⁸ perd de vue qu'il ne s'agit pas d'une « négociation », mais d'une coopération entre une autorité et les entreprises qui augmente l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence qui doit être encouragée.

Contrairement au droit de l'Union européenne⁹⁹, les accords amiables sont possibles dans les procédures cartellaires également, l'article 29 LCart servant de base légale pour ce qui est connu en droit de l'Union comme procédure transactionnelle (*settlements*). Dans un cas récent, un accord amiable a été conclu dans un cas de cartel dur sur les prix¹⁰⁰. En cas de demande de clémence, l'auteur de l'auto-dénonciation peut bénéficier d'une réduction supplémentaire s'il conclut un accord amiable, cette réduction étant proportionnelle aux économies effectuées en termes de ressources et de temps pour le Secrétariat de la Comco¹⁰¹.

Le tableau suivant présente schématiquement l'évolution de la pratique des réductions des amendes suites à la conclusion d'un accord amiable :

Affaire, moment de la conclusion de l'accord	Réduction de l'amende
Cas des installateurs électriques bernois, juillet 2009 ¹⁰² Accord amiable conclu tôt.	20%
Durée de procédure : 2 ans	

⁹⁶ V. p.ex. DPC 2009/2, p. 143, *Sécateurs et cisailles* ; DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

⁹⁷ V. *supra* II.A.2.a) ; sur l'opportunité en matière de montant de la sanction, v. TANQUEREL, *Opportunité*, p. 213.

⁹⁸ TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010, consid. 7.4.2..

⁹⁹ Commission européenne, *To commit or not to commit ?*, p. 4 : « *A commitment under Article 9 to comply with the law in the future (e.g. committing not to share markets or not to apply resale price maintenance) should not be accepted* ». V. BOVET, p. 565.

¹⁰⁰ Décision de la Comco du 10 décembre 2012, *Abrede im Speditionsbereich*. Un des engagements des entreprises était notamment : « *Die [l'entreprise] verpflichtet sich, mit Konkurrenten keine Abreden darüber zu treffen, in welcher Form und Höhe Gebühren und Zuschläge den eigenen Kunden zu belasten sind* ».

¹⁰¹ CR-DUCREY/CARRON, N 16 *ad* art. 29 LCart.

¹⁰² DPC 2009/3, p. 217, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Affaire, moment de la conclusion de l'accord	Réduction de l'amende
Cas du cartel dans le domaine de fret aérien, décembre 2012 ¹⁰³ , accord amiable conclu après les perquisitions, mais avant l'envoi du premier projet de décision.	10 – 20% ¹⁰⁴ 15 – 25% ¹⁰⁵
Durée de la procédure : 5 ans	
Cas des composants d'installations sanitaires, de chauffage et de climatisation, mai 2010 ¹⁰⁶ , accord amiable conclu après l'envoi du premier projet de décision.	10%
Durée de la procédure : moins de 2 ans	
Cas des ferments pour fenêtres et porte-fenêtre, octobre 2010 ¹⁰⁷ , accord amiable conclu après l'envoi du deuxième projet de décision.	3% ¹⁰⁸
Durée de la procédure : 3 ans	

D. Renonciation des entreprises à recourir

L'accord amiable comprend une clause de renonciation à recourir.

La LCart ne contient pas de base légale expresse prévoyant la renonciation au droit de recourir lors de la conclusion d'accords amiables avec le Secrétariat de la Comco, contrairement à l'article 33b PA¹⁰⁹. Il s'ensuit que la renonciation à recourir contre la décision de la Comco doit remplir les conditions posées par la jurisprudence et la doctrine en la matière.

Les entreprises qui concluent à un accord amiable peuvent valablement renoncer à recourir contre la décision d'approbation de la Comco lorsqu'elles

¹⁰³ Décision de la Comco du 10 décembre 2012, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹⁰⁴ Pour des entreprises ayant participé à un programme de clémence.

¹⁰⁵ Pour des entreprises n'ayant pas participé à un programme de clémence.

¹⁰⁶ DPC 2012/3, p. 615, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen*.

¹⁰⁷ Décision de la Comco 18 octobre 2010, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

¹⁰⁸ La Comco annonce qu'elle n'accordera plus de réduction lorsque l'accord amiable est conclu après l'envoi du deuxième projet de décision.

¹⁰⁹ Selon cette disposition concernant les accords amiables et la médiation en matière de procédure administrative fédérale, « l'autorité peut suspendre la procédure, avec le consentement des parties, afin de permettre à celles-ci de se mettre d'accord sur le contenu de la décision. L'accord doit inclure une clause de renonciation des parties aux voies de droit ainsi qu'une clause réglant le partage des frais. »

décident en connaissance de cause (*in voller Sachkenntnis*)¹¹⁰. De jurisprudence constante, une renonciation à recourir n'est pas valable avant le prononcé de la décision faisant l'objet de la renonciation¹¹¹. La partie qui renonce à recourir doit connaître tous les éléments importants de la décision d'approbation¹¹². En outre, la renonciation à recourir doit être claire¹¹³.

La renonciation à recourir introduit dans le texte d'accords amiables conclus avec la Comco présente plusieurs difficultés. Tout d'abord, rappelons que l'accord est conclu entre l'entreprise et le Secrétariat¹¹⁴, et que cet accord ne lie pas la Comco. La conclusion de l'accord et la renonciation à recourir interviennent nécessairement avant la prise de la décision d'approbation par la Comco¹¹⁵. De plus, si l'entreprise signe l'accord discuté avec le Secrétariat, elle n'approuve pas le projet de décision envoyé à la Comco. Tout au plus, l'entreprise s'exprime sur un projet de décision que le Secrétariat remanie et modifie sans consulter l'entreprise en question avant de l'envoyer à la Comco. Mis à part le risque lié à une modification du projet de décision par la Comco, l'entreprise s'expose au risque de la modification – parfois substantielle – du projet de décision par le Secrétariat lui-même. Enfin, sous la menace de sanctions, les entreprises se trouvent souvent devant un choix difficile. Dans l'arrêt *Jelmoli*, le TAF a rejeté l'argument des parties relatif à une pression illicite exercée durant la procédure pour conclure un accord amiable par la menace de sanctions ; il appartient aux entreprises d'évaluer le risque d'amendes et de minimiser les incertitudes liées au montant de l'amende par un accord amiable¹¹⁶. Cette question doit être examinée au cas par cas. Une menace d'amende importante dans un projet de décision qui s'écarte considérablement des amendes appliquées par le passé pour des cas similaires peut constituer un motif valable d'invalidation de la renonciation à recourir.

Il s'ensuit qu'une renonciation à recourir dans un accord amiable conclu avec le Secrétariat, pour autant qu'elle soit claire, n'est pas valable avant de connaître le contenu complet de la décision de la Comco. Par conséquent, les entreprises

¹¹⁰ TAF B-6082/2011 du 8 mai 2012, consid. 1.7 ; ATF 86 I 150, consid. 2.

¹¹¹ *Idem*, consid. 1.7 : « Das Beschwerderecht kommt der Beschwerdeführerin von Gesetzes wegen zu. Ein im Voraus erklärter Rechtsmittelverzicht ist nach Lehre und Praxis unwirksam, wenn nicht vorausgesetzt werden kann, die Partei habe in voller Sachkenntnis gehandelt. Nicht zulässig ist insbesondere der Verzicht, der vor der Kenntnisnahme des begründeten Erlasses oder der Verfügung abgegeben wurde. »

¹¹² V. p.ex l'ATF 86 I 150, consid. 2, dans lequel la renonciation à recourir contre un bordereau de taxation a été considérée comme invalide car l'accord du contribuable portait uniquement sur les facteurs d'imposition, et non sur le montant total de l'impôt, qui était inconnu du contribuable au moment de la renonciation.

¹¹³ TF 1A.130/2000 du 16 novembre 2000, consid. 3a.

¹¹⁴ Cet accord est qualifié de contrat de droit administratif, non sujet à recours (v. arrêt du TAF B-1324/2010 du 2 juillet 2010, *Jelmoli Bonus Card AG*, consid. 5.1.2).

¹¹⁵ La décision d'approbation est un acte attaquant (v. arrêt du TAF B-1324/2010 du 2 juillet 2010, *Jelmoli Bonus Card AG*, consid. 5.1.2).

¹¹⁶ TAF B-1324/2010 du 2 juillet 2010, *Jelmoli Bonus Card AG*, consid. 5.7.

gardent à notre sens leurs droits à recourir contre la décision de la Comco approuvant un accord amiable.

III. Eléments de procédure

A. Parties à l'accord amiable

L'accord amiable est conclu entre l'entreprise qui fait l'objet de l'enquête, soit la destinataire de la décision, d'une part, et le Secrétariat de la Comco d'autre part¹¹⁷, et approuvé par la Comco. La séparation entre l'autorité de poursuite et celle de décision n'est pas sans poser des problèmes, comme démontré par l'affaire *Publigroupe*. Dans ce cas¹¹⁸, le Tribunal fédéral confirme l'amende prononcée par la Comco pour le comportement passé en marge d'un accord amiable portant sur le comportement futur en vue du classement de l'enquête. Les conclusions du Tribunal fédéral sont regrettables. Suite à cet arrêt, les entreprises doivent considérer avec la plus grande prudence leur engagement dans une discussion.

Présentons brièvement le litige sous-jacent à cet arrêt. Au cours de la procédure, le Secrétariat de la Comco a proposé à *Publigroupe* la conclusion d'un accord amiable, aux termes duquel *Publigroupe* s'engageait à changer son comportement futur et la Comco clôturait l'enquête sans sanction.

La particularité en droit suisse réside dans le fait que les accords amiables sont conclus par le Secrétariat, mais doivent être approuvés par la Comco dans une décision qui reprend les termes de l'accord. En règle générale, la Comco suit les termes de l'accord amiable présenté par le Secrétariat, mais dans le cas de *Publigroupe*, la Comco s'est écartée notablement de sa pratique antérieure en approuvant l'accord amiable tout en sanctionnant l'entreprise pour la violation de la loi, ce qui implique également la constatation de l'abus de position dominante pour le passé.

Publigroupe s'est donc retrouvée avec une décision sanctionnant son comportement passé tout en rendant obligatoires des obligations futures détaillées, définies par elle-même. Le Tribunal fédéral a confirmé la décision de la Comco¹¹⁹, en précisant que l'accord amiable ne portait que sur le comportement futur et non sur le passé. Le grief de *Publigroupe* portant sur le principe de la confiance a été écarté¹²⁰, montrant aux entreprises que lorsqu'elles entrent en discussion avec le

¹¹⁷ V. les affaires DPC 2005/1, p. 128, 143, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*; DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

¹¹⁸ ATF 139 I 72, JdT 2013 I 202, (2C_484/2010), *Publigroupe SA et al. c. Commission de la concurrence*, consid. 7 (considérant non publié); v. pour un commentaire de l'arrêt XOUDIS/KËLLEZI.

¹¹⁹ Le TAF avait approuvé la décision de la Comco.

¹²⁰ V. arrêt TF 2C_484/2010, *Publigroupe SA et al. c. Commission de la concurrence*, consid. 7.2 (considérant non publié).

Secrétariat de la Comco, ce principe peut être réduit à peau de chagrin dès que la proposition d'accord amiable élaborée avec le concours du Secrétariat lui-même est présentée devant la Comco. L'arrêt *Publigroupe* ajoute une composante importante d'insécurité pour les entreprises souhaitant régler à l'amiable un différent : d'une part, les réserves émises par les entreprises (même expresses) portant sur la qualification de leur comportement risquent de n'avoir aucun effet, la conclusion d'un accord amiable avec le Secrétariat impliquant acceptation d'une violation de la LCart selon le TAF¹²¹, d'autre part les entreprises ne peuvent pas bénéficier d'assurances quant à la décision finale de la Comco de la part du Secrétariat. Il en résulte une situation de déséquilibre qui n'offre pas de garanties suffisantes pour les entreprises.

Comme présenté ci-dessus, la pratique du Secrétariat consiste à déterminer une fourchette de sanction avec les entreprises, et la Comco ne s'écarte en principe pas du maximum de l'amende consenti par l'entreprise. Bien que cette pratique améliore la position des parties, elle ne résout en aucune manière le fait que la Comco n'est pas liée par l'accord conclu avec le Secrétariat et reste libre de dépasser la fourchette d'amende approuvé par l'entreprise¹²². Le risque présent dans le cas de figure de *Publigroupe* n'est donc pas exclu.

Lorsque l'enquête concerne plusieurs entreprises – par exemple les entreprises participantes à un cartel horizontal¹²³, ou ayant conclu un accord vertical¹²⁴, ou détenant une position dominante collective – chacune d'elle conclut un accord séparé avec le Secrétariat de la Comco ; il y aura dans ce cas autant d'accords amiables que destinataires de la décision finale de la Comco approuvant ces accords. Dans des cas particuliers, les parties concluent entre elles un accord, qui sera soumis pour acceptation au Secrétariat¹²⁵ ; c'était le cas dans l'affaire des cartes de crédit, où l'exécution des mesures proposées par les parties pouvaient être mise en œuvre uniquement si toutes les entreprises se mettaient d'accord.

Pour assurer la cohérence de la procédure, la Comco approuvera en principe tous les accords amiables dans une décision unique, mais rien n'empêche la Comco d'approuver chaque accord par le biais d'une décision séparée. Lorsqu'une partie seulement des entreprises faisant l'objet de l'enquête accepte de conclure un accord amiable, la Comco approuve les accords conclus avec ces entreprises et enjoint aux autres entreprises de mettre fin aux restrictions illicites à la concurrence en adoptant une décision unique avec des dispositifs différents pour chaque groupe d'entreprises, ou plusieurs décisions séparées.

¹²¹ TAF B-2977/2007 du 27 avril 2010, consid. 7.3.4 ; TAF B-2157/2006 du 3 octobre 2007, consid. 3.3.2.

¹²² Notons en outre que la « négociation » du montant de la sanction est considérée par certains auteurs comme dépourvue de base légale ; v. TSCHUDIN.

¹²³ DPC 2012/3, p. 615, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäreanlagen*.

¹²⁴ DPC 2009/2, p. 143, *Sécateurs et cisailles*.

¹²⁵ DPC 2006/1 p. 65, *Kreditkarten - Interchange Fee*, ch. 64. L'accord amiable avait pour objet la fixation de la commission multilatérale d'inter change, fixée et mise en œuvre de manière multilatérale par les entreprises.

L'accord amiable ne concerne pas l'entreprise plaignante, que ce soit un concurrent ou un partenaire commercial de l'entreprise faisant l'objet de l'enquête du Secrétariat de la Comco. Cette dernière peut être amenée à conclure un contrat ou modifier les accords existants avec ces derniers dans le cadre de l'accord conclu avec le Secrétariat, avant ou après la signature de l'accord amiable avec le Secrétariat. Le contenu de cet accord amiable détermine dans ce cas le contenu des clauses contractuelles convenues avec les tiers plaignants ou cocontractants.

L'accord amiable n'est opposable qu'aux entreprises faisant l'objet de l'enquête préalable ou entreprises destinataires de la décision finale de la Comco. Les entreprises destinataires de la décision finale au sens de l'article 30 LCart risquent une amende en vertu de l'article 50 LCart en cas d'inobservation de l'accord amiable.

B. Limites temporelles à la conclusion d'un accord

L'accord portant sur la modification du comportement d'une entreprise, tel que nous l'avons défini dans le cadre de cette contribution, peut être conclu en tout temps, même avant l'ouverture de l'enquête préalable. Il n'y a donc pas de limite temporelle minimale à la proposition et à la conclusion d'un accord.

Une entreprise peut accepter de modifier son comportement – par exemple supprimer une clause contractuelle de ses contrats ou modifier sa stratégie commerciale – à la simple suggestion du Secrétariat. Une telle modification ne doit pas être comprise comme un signe d'acquiescement du caractère illicite de son comportement ; ni le Secrétariat, ni les tribunaux civils ou arbitraux ne peuvent déduire une quelconque conséquence d'une adaptation volontaire de la conduite de l'entreprise en question. Par ailleurs, une prise de position du Secrétariat sur le caractère illicite du comportement ou de la clause contractuelle en question lors d'un éventuel échange avec l'entreprise en question n'a pas de conséquences juridiques.

Formellement, il n'y a pas de limite temporelle maximale non plus. Tant le Secrétariat que les entreprises peuvent indiquer leur volonté de conclure un accord à tout stade de la procédure. Les entreprises ont ainsi la possibilité de bénéficier d'un règlement amiable de leur situation, mais une réserve doit cependant être soulevée, dans le cas où les discussions relatives à un accord amiable retarde indûment la procédure¹²⁶. Nous avons vu que la réduction de l'amende est proportionnelle au gain de temps et aux économies de ressources effectués par le Secrétariat de la Comco¹²⁷. Nous rappelons que le Secrétariat jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour proposer respectivement accepter de conclure

¹²⁶ ReCo, DPC 2006/3, p. 548, consid. 4.2. : « Dem Grundsatz der jederzeitigen Möglichkeit des Vorschlags einer einvernehmlichen Regelung im Rahmen der Untersuchung sollten allerdings dann Schranken gesetzt werden, wenn die beteiligten Parteien damit eine Verfahrensverzögerung beabsichtigen. »

¹²⁷ V. *supra*, section II.C.

un accord amiable. Il est libre de considérer qu'il n'envisage pas de conclure un accord amiable dans un cas précis ou encore que la procédure est déjà dans une phase avancée et que les avantages de la conclusion d'un accord amiable sont faibles pour lui.

C. Avantages et désavantages pour les parties

La conclusion d'un accord amiable réduit la durée de la procédure tant pour les entreprises que pour le Secrétariat de la Comco. La limitation de la durée de la procédure permettra à l'entreprise de se concentrer sur son activité, les enquêtes en droit de la concurrence mobilisant beaucoup de ressources internes à l'entreprise. L'implication des entreprises dans la rédaction des mesures à prendre, en particulier des obligations de faire, permet une meilleure adhésion et enfin une meilleure garantie de leur mise en œuvre.

Les accords amiables ont en outre l'avantage de réduire les coûts de défense pour les entreprises et de libérer des ressources au sein du Secrétariat de la Comco. De plus, les entreprises peuvent obtenir une réduction du montant de la sanction.

Lorsque l'accord amiable est conclu au début de la procédure et aboutit à la clôture sans suite de l'enquête, celui-ci permet à l'entreprise d'éviter une constatation de violation de la loi. La réputation de l'entreprise ne souffre pas, en particulier lorsque le Secrétariat renonce à publier ses conclusions d'enquête ou la décision de la Comco.

L'élément le plus puissant utilisé en droit de l'Union fait défaut en Suisse : la constatation d'une restriction de la concurrence même en dehors des cartels est le plus grand désavantage des accords amiables en Suisse. Les entreprises ne trouvent pas d'autres incitatifs à conclure un accord avec le Secrétariat de la Comco à part la réduction de la durée et des coûts. Le risque d'actions en dommages-intérêts n'est donc pas réduit pour autant. La réputation des entreprises en souffre, par conséquent, pour beaucoup d'entre elles, les accords amiables ont un intérêt limité.

IV. Conclusions

En guise de conclusion, nous présenterons ici les critères d'appréciation pour la conclusion d'un accord amiable par une entreprise.

Constatation d'une infraction. Nous avons vu que dans la plupart des cas, le Secrétariat constatera une infraction, surtout lorsqu'il entend proposer à la Comco une sanction. Dans ces cas, les entreprises doivent évaluer les risques d'actions civiles et l'impact de la décision, tant en Suisse qu'à l'étranger. Les exigences en termes de réputation varient selon les entreprises, mais ce point ne doit pas être négligé dans l'évaluation globale.

Risque de sanction. L'entreprise devrait calculer la sanction maximale et le montant de l'amende probable, en prenant comme base les précédents pour le même type d'infraction. Plus le risque de sanction et la réduction pouvant être obtenue sont élevés, plus l'entreprise aura tendance à conclure un accord. Dans l'évaluation, les chances de succès d'un éventuel recours, y compris la réduction de l'amende doivent être intégrés, même s'il est difficile de tirer des conclusions en Suisse compte tenu du nombre statistiquement peu concluant de décisions sur recours en matière d'amendes.

Durée et coût de la procédure. Les accords amiables conclus au début de la procédure seront beaucoup plus profitables aux entreprises que ceux proposés après une longue investigation.

Garanties offertes lors de la procédure d'accords amiables. Comme les autorités suisses comportent deux organes, l'un d'investigation et l'autre de décision, engager des pourparlers n'est pas exempt de risques, comme l'a démontré le cas *Publigroupe*. En outre, la conclusion d'un accord amiable avec le Secrétariat risque d'être considérée comme une reconnaissance tacite d'infraction même lorsque les entreprises ont clairement exclu d'admettre une quelconque violation de la LCart dans leurs soumissions. En l'état, la procédure d'accords amiables n'offre pas de garanties suffisantes.

Chances de succès d'un éventuel recours, effet suspensif. Lorsque la procédure risque d'aboutir à une constatation d'infraction, les entreprises doivent bien peser les chances de succès d'un éventuel recours ainsi qu'évaluer les avantages commerciaux et autres de l'effet suspensif.

Impact de la modification du comportement sur la stratégie commerciale de l'entreprise. La modification du comportement de l'entreprise a un coût commercial. En dehors des infractions claires de la loi sur les cartels, les entreprises feront en fin de compte un calcul économique, qui leur permettra d'adapter leur comportement de manière adéquate. Lorsque les exigences du Secrétariat dépassent ce qui semble raisonnable ou acceptable, celles-ci choisiront de tester leur stratégie commerciale devant les tribunaux.

Complexité des mesures à mettre en œuvre. Les entreprises doivent examiner également si les mesures proposées par elles-mêmes peuvent être mise en œuvre. Celles-ci risquent des sanctions si les mesures faisant l'objet de l'accord amiable ne sont pas respectées. La Comco n'aura plus besoin de constater une infraction à la LCart, car elle peut sanctionner toute simplement le non-respect des engagements volontaire des entreprises.

Impact sur les activités transfrontières de l'entreprise ou sur les autres entreprises du groupe. Un accord conclu en Suisse aura un impact sur d'autres procédures futures ou actuelles en Europe ou dans le monde. La même pratique faisant l'objet d'une investigation dans plusieurs pays requiert une coordination de la politique de défense de l'entreprise, y compris en termes d'accords conclus avec les autorités de concurrence.

Bibliographie

Stefan BILGER, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Marc AMSTUTZ/Mani REINERT (éds.), Bâle 2010, (cité : BaK-BILGER) ; **Christian BOVET**, S'accorder en droit de la concurrence, in Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (  ds.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 555-567, (cité : BOVET) ; **Evelyne CLERC/Pranvera KËLLEZI**, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, Vincent MARTENET/Christian BOVET/Pierre TERCIER (  ds.), Bâle 2013, (cité : CR-CLERC/KËLLEZI) ; **Patrick DUCREY/Benoît CARRON**, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, Vincent MARTENET/Christian BOVET/Pierre TERCIER (  ds.), Bâle 2013, (cité : CR-DUCREY/CARRON) ; **Samuel HOWALD**, Einvernehmliche Regelungen bei sanktionsbedrohten Verhaltensweisen im schweizerischen Kartellrecht, sic! 11/2011, p. 704-713, (cité : HOWALD) ; **Reto JACOBS/Gion GIGER**, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Marc AMSTUTZ/ Mani REINERT (  ds.), Bâle 2010, (cité : BaK-JACOBS/GIGER) ; **Pranvera KËLLEZI**, Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante, Collection m  nchoise du droit de la concurrence européen et international, LGDJ vol. 24, Berne/Bruxelles 2010, (cité : KËLLEZI) ; **Jean-Marc REYMOND**, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, Vincent MARTENET/Christian BOVET/Pierre TERCIER (  ds.), Bâle 2013, (cité : CR-REYMOND) ; **Vincent MARTENET/Andreas HEINEMANN**, Droit de la concurrence, Zurich 2012 ; **Pierre MOOR/Etienne POLTIER**, Droit administratif II. Les actes administratifs et leur contrôle, 3     d., Berne 2011 ; **Christophe TAGMANN/Beat ZIRLICK**, in Basler Kommentar, Kartellgesetz, Marc AMSTUTZ/Mani REINERT (  ds.), Bâle 2010, (cité : BaK-TAGMANN/ZIRLICK ou BaK-ZIRLICK/TAGMANN) ; **Thierry TANQUEREL**, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, (cité : TANQUEREL) ; **Thierry TANQUEREL**, Le contrôle de l'opportunité, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL (  ds.), Le contentieux administratif, Berne 2013, (cité : TANQUEREL, Opportunité) ; **Michael TSCHUDIN**, Die verhandelte Strafe, einvernehmliche Regelung neben kartellrechtlicher Sanktion, PJA 7/2013, p. 1017-1028, (cité : TSCHUDIN) ; **Julia XOUDIS/Pranvera KËLLEZI**, Suisse : Le Tribunal fédéral examine la compatibilité du prononcé de sanctions avec les droits fondamentaux (*Publigroupe*), septembre 2013, Revue Concurrences N   3-2013, n   54211, p. 177, www.concurrences.com, (cité : XOUDIS/KËLLEZI).

Autres documents

Commission européenne, Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, JO 2008, C 167, p. 1 ; **Commission européenne**, Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil du 11 juin 2013 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des   tats membres et de l'Union

européenne, COM(2013) 404 final ; **Commission Européenne**, To commit or not to commit ? Deciding between prohibition and commitments, Competition policy brief 3/2014, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/003_en.pdf, (25.03.14) ; **Message** 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 (cité : Message) ; **Rapport** explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) ; **Règlement** 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOCE 2003 L 1 p. 1-25 (cité : Règlement 1/2003).

Le CEDIDAC est soutenu par les entreprises
et institutions suivantes :

ACADÉMIE DE LA CHAMBRE FIDUCIAIRE SA
ASSOCIATION DES NOTAIRES VAUDOIS
BANQUE CANTONALE DU VALAIS
BANQUE CANTONALE VAUDOISE
BANQUE PRIVÉE ESPIRITO SANTO SA
BfB FIDAM RÉVISION SA
BOBST MEX SA
CHAMBRE VAUDOISE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE
COMPAGNIE FINANCIÈRE DU GROUPE MICHELIN, "Sénard et Cie"
DELOITTE SA
ERNST & YOUNG SA
EUROFIN SERVICES SA
FÉDÉRATION DES ENTREPRISES ROMANDES
FÉDÉRATION VAUDOISE DES ENTREPRENEURS
LENZ & STAEHELIN
MEYERLUSTENBERGER LACHENAL
NESTLÉ SA
POUVOIR JUDICIAIRE DE GENÈVE
PRICEWATERHOUSECOOPERS SA
PUBLIGROUPE SA
RETRAITES POPULAIRES
ROMANDE ÉNERGIE SA
TAMEDIA PUBLICATIONS ROMANDES SA
TRIBUNAL FÉDÉRAL SUISSE
UBS SA
VAUDOISE ASSURANCES

* * *

