

Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart)

2. Section: Calcul du montant de la sanction

La deuxième section de la présente ordonnance donne les lignes directrices sur la manière de déterminer la sanction dans les limites du cadre légal. En outre, il revient à l'autorité d'application de fixer la sanction concrète à l'aide de ces paramètres.

Le calcul de la sanction, qui a lieu en trois étapes, est inspiré pour une large mesure par la réglementation de l'UE¹.

Article 2 : Principes généraux

Alinéa 1

L'art. 49a, al. 1, LCart, fixe une limite maximale objective (10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices). Le présent alinéa fixe selon l'art. 49a al. 1 LCart les critères de calcul déterminants. Il s'agit de la gravité, de la durée, et - pour autant qu'il soit calculable - du gain tiré de l'infraction. Il sera en particulier tenu compte du gain de la manière suivante. Le gain « normal » est déjà compris dans le montant de base. Un profit extraordinairement élevé sera pris en considération comme circonstance aggravante conformément à l'art. 5. Pour les cas exceptionnels, dans lesquels aucun profit n'a été obtenu, l'autorité de la concurrence peut en tenir compte en tant que circonstance atténuante.

Alinéa 2

Cet alinéa mentionne explicitement le principe général constitutionnel de la proportionnalité (art. 5 al. 2 de la constitution) puisque ce principe revêt une importance particulière dans le contexte des sanctions en droit des cartels. En vertu de ce principe, les autorités prendront en particulier en considération la situation financière de l'entreprise.² En effet, il serait contraire à la finalité du droit des cartels que l'intervention de la Commission de la concurrence entraîne la disparition du marché d'une entreprise "saine", parce que la sanction imposée la conduit éventuellement à la faillite. De même, les autorités de la concurrence pourront

¹ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application des règles de concurrence de l'EEE, Journal officiel de la CE, C 10/14 du 16.1.2003, «réglementation de l'UE ».

² En particulier, un paiement échelonné pourrait être considéré sous certaines circonstances.

prendre en compte dans le calcul de la sanction de manière appropriée des amendes pour la même infraction déjà imposées à l'étranger.

Article 3: Montant de base

Le point de départ est le montant de base. Celui-ci représente jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé au cours des trois derniers exercices en Suisse sur le *marché pertinent* en question (marché des produits et marché géographique). Il y a lieu de relever ce qui suit:

- a) Le marché pertinent ne va pas au-delà du marché suisse, même lorsque la restriction à la concurrence a des effets internationaux. Sinon, le marché pertinent est défini par l'application par analogie de l'art. 11 al. 3 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE ; RS 251.4). Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés; le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits.
- b) Le montant de base proposé correspond - selon les constatations empiriques de l'OCDE en la matière - à un gain plutôt "modeste" (rente illégale de cartel ou de monopole). L'étude de l'OCDE effectuée en 2002 sur des cas de ses divers pays membres, a évalué le "gain minimal" obtenu par des pratiques anticoncurrentielles entre 15 et 20 pour cent en moyenne du chiffre d'affaires réalisé durant le dernier exercice sur le marché pertinent.³ Cependant, si la rente (constatable) illégale de cartel ou de monopole dépasse ce montant de base, il en sera tenu compte conformément à l'art. 5.
- c) Pour le calcul du chiffre d'affaires, l'art. 9 LCart est applicable par analogie. Le chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné par la restriction à la concurrence est généralement inférieur au chiffre d'affaires *global* de l'entreprise. Par conséquent, le chiffre d'affaires déterminant pour le calcul de la sanction concrète ne représente en principe qu'une fraction du chiffre d'affaires déterminant pour la sanction maximale de l'art. 49a, al. 1, LCart.

³ Fighting Hard-core Cartels: Harm, effective sanctions and leniency programmes, p. 88.

d) En comparaison internationale, le montant de base n'est pas particulièrement élevé. A la différence de ce que prévoient d'autres pays, seul est pris en compte dans la présente ordonnance le chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents en Suisse affectés par une restriction à la concurrence, et non pas le chiffre d'affaires mondial qui lui, en principe, est bien plus important.

La marge jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés pertinents en Suisse permet de prendre en compte la gravité et le type de l'infraction. Par exemple, un accord horizontal qui limite simultanément les trois paramètres essentiels de la concurrence (prix, quantité, répartition géographique) est généralement jugé d'une plus grande gravité qu'un simple accord sur la répartition des marchés. Par ailleurs, les différents abus d'entreprises en position dominante ont aussi des effets restrictifs de portées différentes. Pour les infractions les plus graves de la LCart, en particulier les accords au sens des art. 5 al. 3 et 4 LCart qui rassemblent l'ensemble des acteurs du marché ainsi que pour les abus d'entreprises en position dominante au sens de l'art. 7 LCart, le montant de base se situera régulièrement dans le tiers supérieur de la fourchette de 10 pour cent.

En revanche, pour des cas d'importance mineure, un montant de base plus bas pourra, selon le principe de proportionnalité, être envisagé.

Article 4: Durée

Dans un deuxième temps, pour les infractions de plus d'un an, la durée sera prise en compte. Si l'infraction a duré moins d'un an, le montant de base calculé selon l'art. 3 ne sera pas majoré. Les taux de majoration au titre de la durée de l'infraction – jusqu'à 50 pour cent pour les cinq premières années, puis jusqu'à 10 pour cent par année pour les infractions de durée supérieure à 5 ans – s'inspirent également de la réglementation de l'UE en la matière.

Selon l'art. 49a, al. 3, lettre b, LCart, un comportement n'est plus passible de sanction (art. 49a, al. 1, LCart) lorsque la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets depuis plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête (art. 27 LCart). Si une enquête est ouverte avant l'échéance de cette "prescription de poursuite" - par ex. à l'encontre d'un

⁴ En particulier, un paiement échelonné pourrait être considéré sous certaines circonstances.

cartel ayant duré 7 ans - le montant de la sanction sera calculé sur la durée totale du cartel.

Articles 5 et 6: Circonstances aggravantes et atténuantes

Dans un troisième temps, le montant de la sanction est augmenté ou diminué en fonction de l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes du cas d'espèce. Conformément à la ratio legis, les deux articles ne contiennent pas d'énumération exhaustive des circonstances à prendre en considération. En particulier, on a renoncé à prescrire à l'autorité quel poids concret doit être attribué à ces circonstances. La Suisse procède ainsi de la même façon que l'UE.

Pour sanctionner, il n'est pas déterminant que la présomption de l'art. 5, al. 3 et 4, LCart de suppression d'une concurrence efficace se confirme ou qu'elle soit renversée dans le sens où l'accord affecte "simplement" de manière notable la concurrence selon l'art. 5 al. 1 LCart sans être justifié par des motifs d'efficacité. Seul le type d'accord est décisif, par ex. l'existence d'un accord sur les prix. Mais dans la mesure où il s'agit du calcul du montant de la sanction, il y a lieu d'apprécier différemment un "cartel de prix" qui réunit tous les participants du marché et qui supprime la concurrence d'un accord affectant de manière notable et non justifiée la concurrence (par ex. entre quelques PME).

Article 5: Circonstances aggravantes

Alinéa 1

Les circonstances aggravantes ne sont pas mentionnées de manière exhaustive; elles sont à observer pour tous les types d'infractions (art. 5, al. 3 et 4 LCart ou art. 7 LCart). Lorsque des entreprises comparent les avantages d'un comportement illicite avec les risques encourus, il faut que le comportement illicite ne leur paraisse pas économiquement avantageux. Le renforcement de l'effet préventif recherché par la révision est ainsi pris en compte.

Lettre b

Le gain tiré de l'infraction est presque impossible à prouver (cf. le cartel des vitamines, qui a duré de longues années ou un cartel dit de maintien des structures). Il existe même des cas où certains membres du cartel ne font même pas de gain, tel un cartel de soumission avec "pré-attribution" de l'adjudication. Dans un tel cas, une entreprise soumissionnaire obtient l'adjudication des travaux comprenant la rente de cartel tandis que les autres repartent les mains vides. Le gain présumé est d'abord pris en compte, en règle générale, lors de la fixation du montant

de base dans le sens d'un gain minimal (art. 3). Mais dans les cas où l'autorité de la concurrence peut procéder à une estimation, un gain spécialement élevé de l'entreprise doit être considéré comme une circonstance aggravante lors de la fixation du montant de la sanction. Le montant de la sanction doit être augmenté dans tous les cas de manière à ce qu'il dépasse le montant du gain illicite tiré de l'infraction. *Lettre c*

Le refus de coopérer avec les autorités ou les tentatives d'obstruction à l'enquête constituent une circonstance aggravante lors de la fixation du montant de la sanction. Est notamment considérée comme une tentative d'obstruction particulièrement grave le fait de détruire des pièces à conviction.

Alinéa 2

L'alinéa 2 prévoit (selon les standards internationaux) des circonstances aggravantes spécifiques pour les accords en matière de concurrence.

Lettre a

Une entreprise qui, par exemple, joue le rôle d'instigateur ou d'acteur principal dans un cartel de prix (art. 5, al. 3, LCart), doit être sanctionnée plus sévèrement.

Lettre b

Les mesures de représailles consolident les accords illicites. Par la menace de mesures de rétorsion, des entreprises puissantes sur le marché peuvent contraindre d'autres membres du cartel à respecter l'accord ou les dissuader de sortir du cartel (cf. art. 5, al. 3, LCart). Il en va de même pour les systèmes de distribution lorsque, par exemple, des détaillants sont contraints sous la menace de boycotts de ne pas pratiquer des importations parallèles ou de respecter des prix de revente (cf. art. 5, al. 4, LCart).

Article 6: Circonstances atténuantes

L'art. 6 contient une liste non exhaustive de circonstances atténuantes. Il y a d'abord lieu de faire la remarque suivante:

La collaboration d'une entreprise avec les autorités pendant la procédure (coopération) n'est volontairement pas prise en compte dans le calcul du montant de la sanction, mais exclusivement dans le cadre du programme de clémence (art. 8 ss et 12 ss). De cette façon, il est garanti que la procédure sera correctement appliquée (c'est-à-dire en deux étapes) et que l'autorité de la concurrence ne mélangera pas la procédure de calcul

du montant de la sanction et le programme de clémence. La pratique transparente et compréhensible ainsi créée favorise la sécurité du droit.

Alinéa 1

La décision d'une entreprise de renoncer à participer à une restriction à la concurrence immédiatement dès la première intervention du secrétariat jouera en sa faveur. Cette renonciation volontaire et immédiate à la violation de la LCart comme la sortie d'un cartel (illicite) entraîne immédiatement des effets positifs pour la concurrence qui doivent être récompensés en conséquence.

Alinéa 2

Les deux circonstances atténuantes correspondent également aux standards internationaux.

Article 7

Cette norme confirme que la sanction ne peut en aucun cas dépasser le montant maximal de la sanction prévu par l'art. 49a, al. 1, LCart.

3. Section: Renonciation intégrale

Article 8: Conditions

Alinéa 1

La Commission de la concurrence peut accorder la renonciation intégrale à la sanction ou immunité complète aux conditions des lettres a et b. Dans les deux variantes (qui sont également connues dans le programme de clémence de l'UE⁵), l'immunité complète ne sera accordée qu'à la première entreprise qui dénoncera le cartel et sa participation dans celui-ci ou qui fournira à l'autorité de la concurrence les éléments lui permettant de prouver l'infraction.

Lettre a

Une entreprise partie à un cartel remet à l'autorité de la concurrence, en premier, des informations suffisamment étoffées pour constituer des indices (art. 27 LCart) d'une restriction illicite à la concurrence. Par ce type d'autodénonciation, un accord complètement inconnu des autorités de la concurrence est porté à leur connaissance ou un accord sur lequel

⁵ Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, Journal officiel de la CE, C 45/3 du 19.2.2002, « programme de clémence de l'UE ».

elle ne disposait pas assez d'indices pour ouvrir une enquête préalable. Ces informations doivent par ex. permettre à l'autorité de la concurrence de procéder à des perquisitions (« dawn raids »).

De simples allégations d'ordre général ne suffisent pas pour obtenir l'immunité complète. Si les informations transmises à l'autorité permettent seulement l'ouverture d'une enquête préalable (art. 26 LCart), la renonciation intégrale n'entre pas en ligne de compte. Les informations présentées peuvent cependant être prises en considération dans le cadre d'une remise partielle (art. 12 ss).

Lettre b

La présentation spontanée de preuves décisives sera gratifiée par l'immunité complète à n'importe quel stade de la procédure, pour autant que les conditions de l'alinéa 4 soient remplies. De cette manière, on pallie le risque qu'une procédure ouverte par l'autorité de concurrence de son propre chef (autrement dit sans dénonciation préalable), soit bloquée ou rendue excessivement difficile du fait du manque de preuves.

Alinéa 2

L'immunité complète est subordonnée à quatre conditions supplémentaires:

Lettre a

Une immunité complète est d'emblée hors de question pour les entreprises ayant contraint d'autres entreprises à participer à l'accord dénoncé ou pour l'entreprise qui a été l'actrice principale ou l'instigatrice de l'infraction. Lors des débats parlementaires concernant le nouvel art. 49a, al. 2, LCart, il a été exprimé sans équivoque le souhait que l'instigateur ou l'acteur principal ne puisse pas en Suisse bénéficier de l'immunité complète. L'exclusion du privilège de l'immunité concerne donc plus de cas dans notre pays que dans l'UE. En effet, la réglementation de l'UE mentionne comme seul motif d'exclusion la contrainte exercée sur d'autres entreprises.

Lettre b

Avec la dénonciation, l'entreprise doit en principe fournir et tenir à la disposition de l'autorité de la concurrence *de son propre chef*, tous les moyens de preuve (des exceptions sont possibles d'entente avec celle-ci) qui se trouvent dans sa sphère d'influence. En particulier:

- a) les employés et organes qui peuvent être entendus, ainsi que les documents et autres moyens de preuve qui se trouvent dans les locaux de l'entreprise ou au domicile des employés ou des organes.

- b) Une entreprise perd le droit à l'immunité complète lorsque, par exemple, pour des raisons tactiques, elle échelonne la remise de ses preuves en fonction de l'avancement de la procédure.

Lettre c

L'obligation de coopération avec l'autorité de la concurrence va au-delà de l'obligation de collaborer exigée dans une procédure administrative (par ex. art. 40 LCart). L'entreprise doit coopérer avec l'autorité sans réserve pendant toute la durée de la procédure. L'entreprise perd en particulier l'assurance de l'immunité complète accordée selon l'art. 9, al. 3, lettre a, lorsque, dans le cadre la dénonciation, elle revient sur ses aveux ou si sa coopération avec l'autorité est pour d'autres motifs lacunaire.

Lettre d

En principe, une entreprise qui veut bénéficier de la renonciation intégrale doit cesser ses activités contraires au droit des cartels au plus tard au moment de la dénonciation. Toutefois, dans des cas particuliers, il peut être exigé que l'entreprise ne mette fin à sa participation au cartel que sur injonction de l'autorité de la concurrence pour ne pas compromettre la poursuite de la procédure (par ex. d'autres actes d'instruction comme des perquisitions auprès d'autres membres du cartel).

Alinéa 3

La renonciation intégrale à la sanction selon l'alinéa 1, lettre a, n'entre pas en ligne de compte si l'autorité dispose déjà de suffisamment d'informations pour ouvrir une enquête préalable (art. 26 LCart) ou si celle-ci a déjà été ouverte. Ceci a pour but de maintenir l'incitation à dénoncer une infraction au droit des cartels avant toute investigation des autorités. Il ne faut pas qu'une entreprise attende et spécule ("wait and see") pour savoir si l'autorité - par ex. à la suite d'une observation du marché (art. 45 LCart) - ouvre une enquête préalable de sa propre initiative afin de ne livrer qu'à ce moment-là des informations permettant l'ouverture d'une enquête.

En réalité, dans un pareil cas, une immunité complète selon l'alinéa 1, lettre b, peut entrer en ligne de compte pour autant que les conditions soient remplies et qu'aucune autre entreprise ne se soit déjà qualifiée pour une renonciation intégrale par une dénonciation antérieure (al. 1, lettre a).

Alinéa 4

Cette disposition est l'expression du concept de base des alinéas précédents.

Lettre a

L'immunité complète ne peut être garantie qu'à une seule entreprise qui remplit soit les critères de l'alinéa 1, lettre a, soit ceux de la lettre b. Si la renonciation intégrale était accordée aussi bien à une entreprise fournissant des indices au sens de l'art. 27 LCart qu'à une autre présentant les moyens de preuve selon alinéa 1, lettre b, la "course au bonus" en serait ralentie. Les entreprises auraient au contraire l'opportunité d'attendre et de voir si un cartel sera véritablement découvert pour, une fois la dénonciation faite par la première entreprise, profiter également - éventuellement en échelonnant la remise des moyens de preuve - d'une renonciation intégrale. Le programme de clémence serait ainsi prévisible et perdrait de son effet déstabilisateur sur les cartels. Toutefois, la contribution d'une entreprise qui remplit une des conditions de l'alinéa 1 let. a et b, mais qui, faute de priorité temporelle, ne s'est pas qualifiée pour une renonciation totale peut donner droit à une réduction partielle de la sanction (art. 12 à 14).

Lettre b

La deuxième condition selon laquelle l'autorité en matière de concurrence n'était pas à même de prouver l'infraction va de soi pour la renonciation intégrale selon la lettre b. Seuls les moyens de preuves fournis permettent à suffisance de droit de prouver l'infraction.

Article 9: Forme et contenu de l'autodénonciation

Alinéa 1

L'autodénonciation contient les informations essentielles sur les caractéristiques du marché affecté par l'accord ainsi que les indices pour l'ouverture d'une enquête (art. 27 LCart) ou les preuves déterminantes (art. 8, al. 1, lettre a et b). Sont à présenter en règle générale les documents sur l'identité des entreprises concernées, sur l'identité et le lieu de séjour des personnes impliquées dans le cartel, sur la nature, la période, la durée et l'étendue géographique concernée par l'infraction, sur le type de preuves à disposition ainsi que des renseignements sur les dates de contacts et de rencontres. L'autorité en matière de concurrence est habilitée en tout temps à exiger d'autres documents utiles (art. 8, al. 2, lettre b/c).

Exceptionnellement, l'autodénonciation peut aussi être faite oralement et consignée au procès-verbal. Ainsi, il doit être garanti qu'un autodénonciateur puisse collaborer avec l'autorité en matière de concurrence sans crainte d'être contraint, en rapport avec une procédure civile (surtout à l'étranger) ou toute autre procédure portant sur la même infraction cartellaire, à dévoiler des documents fournis à l'autorité suisse.

Alinéa 2

Une entreprise peut avoir un intérêt à se faire clarifier ses "chances" d'obtenir un bonus, avant de déposer une autodénonciation complète. Elle peut donc remettre au préalable une autodénonciation anonymisée, c'est-à-dire une autodénonciation qui ne dévoile pas l'identité de l'entreprise. La dénonciation anonyme doit toutefois satisfaire aux exigences pour permettre une appréciation selon art. 9, al. 3, lettre a. Les expériences faites à l'étranger montrent que des entreprises garantissent souvent leur anonymat en se faisant représenter par un avocat.

Alinéa 3

Avec la confirmation (écrite) de la réception de l'autodénonciation, l'ordre d'examen ('Marker') des diverses autodénonciations est fixé (art. 10). Le système du Marker donne à l'entreprise sa priorité temporelle, même si des documents supplémentaires doivent être encore remis au secrétariat dans un délai utile. Le délai utile est fixé par le secrétariat, d'entente avec l'entreprise concernée. Les entreprises seront incitées grâce à ce système de Marker à venir le plus tôt possible vers les autorités pour déposer leur autodénonciation, même si leurs investigations internes ne sont pas terminées.

Lettre a

D'entente avec un membre de la présidence, le secrétariat communique à l'entreprise dénonciatrice s'il estime que les conditions pour une renonciation intégrale à la sanction au sens de l'art. 8, al. 2, sont remplies et sous quelles conditions. Cette communication intervient dans les meilleurs délais, compte tenu de la complexité du cas. Par ce système, l'entreprise reçoit à un stade précoce de la procédure l'assurance de recevoir une immunité totale. En effet, la Commission de la concurrence ne peut s'écarter que sous certaines conditions de cette communication faite par le secrétariat (cf. art. 11 al. 2).

Lettre b

Les informations supplémentaires peuvent être fournies exceptionnellement oralement et consignées au procès-verbal (cf. art. 9, al. 1, 2e phrase).

Lettre c

Le secrétariat procède à la réception de la dénonciation anonyme, par analogie à la lettre a et b. Si une renonciation intégrale à la sanction entre en ligne de compte, l'entreprise doit, sur injonction du secrétariat, dévoiler son identité et compléter les informations (cf. art. 8, al. 2, lettre b / c). L'intérêt de l'entreprise à la garantie de son anonymat est réputé éteint pour l'autorité à partir du moment où l'entreprise a reçu la communication du secrétariat concernant l'immunité complète.

Article 10: Procédure en cas d'autodénonciations multiples

Il ne peut être accordé qu'à une seule entreprise une renonciation intégrale de la sanction. Si la deuxième entreprise remplit également, en principe, les conditions d'une renonciation intégrale à la sanction, le moment de l'autodénonciation joue un rôle décisif pour le calcul du montant de la sanction selon art. 12 (réduction de la sanction).

Article 11: Décision relative à la renonciation à toute sanction

Alinéa 1

Pour la décision sur la renonciation intégrale à la sanction, l'art. 30, al. 1, LCart est applicable. La Commission de la concurrence décide, sur proposition du secrétariat de la renonciation à la sanction. Selon l'art. 29 LCart, il est également possible que les parties concluent un accord à l'amiable avec le secrétariat concernant la sanction et que la Commission de la concurrence entérine celui-ci.

Alinéa 2

La Commission de la concurrence ne peut s'écarter de la communication du secrétariat faite selon l'art. 9, al. 3, let. a, que si sont portés à sa connaissance, par la suite, des éléments qui s'opposent à la renonciation intégrale à la sanction. Ces éléments peuvent être, par exemple, la coopération insuffisante pendant la procédure ou la découverte par la Commission de la concurrence, au cours de la procédure, que l'entreprise concernée était en fait l'instigatrice ou l'actrice principale de l'infraction.

4. Section: Réduction de la sanction

Article 12: Conditions

Alinéa 1

En principe, une entreprise qui veut bénéficier de la renonciation partielle à la sanction doit cesser ses activités contraires au droit des cartels au plus tard au moment de la présentation des moyens de preuve. Toutefois, dans des cas particuliers, il peut être exigé que l'entreprise ne mette fin à sa participation au cartel que sur injonction de l'autorité en matière de concurrence afin de ne pas compromettre la poursuite de la procédure (cf. art. 8, al. 2, lettre d).

Alinéa 2

Si une entreprise coopère spontanément avec l'autorité en matière de concurrence, la sanction sera réduite jusqu'à 50 pour cent *en fonction de la contribution apportée à la réussite de la procédure*. A la différence de l'immunité complète, une réduction partielle peut être accordée à plusieurs entreprises. La coopération spontanée doit non seulement permettre l'exploitation de moyens de preuve qui seraient sinon restés cachés, mais aussi de réduire la tâche du secrétariat dans l'investigation.

Alinéa 3

La sanction sera réduite jusqu'à 80 pour cent si l'entreprise fournit des informations ou soumet des preuves sur une autre infraction selon l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart.

Article 13: Forme et contenu de la coopération

Alinéa 1

L'offre de coopérer avec l'autorité en matière de concurrence doit répondre en ce qui concerne la forme et le contenu aux exigences de l'art. 9, al. 1. De plus, l'entreprise doit collaborer avec l'autorité pendant la procédure au sens de l'art. 8, al. 2, lettre b.

Alinéa 2

Le secrétariat de la Commission de la concurrence procède par analogie à l'art. 9, al. 3. A défaut d'une injonction contraire, l'entreprise est informée qu'elle doit cesser sans délai la pratique violant les dispositions du droit des cartels.

Article 14: Décision portant sur la réduction

Alinéa 1

Dans le cadre de la décision finale, la Commission de la concurrence décide de la réduction de la sanction à accorder. Une notification préalable d'une communication à l'instar du cas de l'autodénonciation n'est pas nécessaire. Une appréciation définitive de la contribution que l'entreprise a apportée au succès de la procédure est seulement possible dans le cadre de la décision finale.

Alinéa 2

Si les preuves fournies révèlent une durée plus longue de la pratique anticoncurrentielle qui aurait pour effet de faire augmenter le montant de la sanction (art. 4) au titre de la durée, la Commission de la concurrence ne tient pas compte de cette durée et renonce à une augmentation du montant de la sanction pour l'entreprise qui les a fournies. En effet, l'attrait d'une collaboration avec l'autorité en matière de concurrence serait notablement réduit si l'entreprise pouvait certes obtenir une réduction de la sanction au titre du programme de clémence, mais devrait s'attendre à cause de sa coopération à subir d'abord dans le cadre du calcul de la sanction une augmentation sensible du montant de la sanction.

5. Section: Annonce et procédure d'opposition

Cette section régit l'annonce et la procédure d'opposition selon l'art. 49a, al. 3, lettre a, LCart. D'après cette disposition, aucune sanction selon art. 49a, al. 1, LCart n'est prise si l'entreprise annonce la restriction à la concurrence avant que celle-ci ne déploie ses effets. Si l'ouverture d'une procédure au sens des arts 26-30 LCart est communiquée à l'en-

treprise dans le délai de cinq mois à compter de l'annonce et que cette entreprise s'en tient à la restriction à la concurrence, une sanction peut toutefois être prise.

Article 15: Annonce d'un comportement potentiellement illicite

La procédure d'annonce (avec un éventuel effet libératoire de sanction) est déclenchée par l'annonce. Cette annonce peut aussi bien être faite par l'entreprise elle-même que par un mandataire ayant qualité pour représenter l'entreprise (par ex. une association), dans la mesure où la restriction annoncée n'a pas encore produit d'effets. Par contre, si la restriction à la concurrence est déjà exécutée (mise en oeuvre), l'annonce de ladite restriction en soi ne peut en aucun cas libérer une entreprise de la possibilité de sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart.

Si la restriction à la concurrence est mise en œuvre après l'annonce, il ne peut y avoir de sanction que ou qu'à partir du moment où l'ouverture d'une procédure a été notifiée dans les 5 mois à l'entreprise et que celle-ci s'en tient à la restriction.

L'annonce doit être faite dans une des langues officielles. De plus, il est possible, par analogie avec l'art. 11 al. 4 OCCE, de joindre les documents annexes en langue anglaise.

Article 16: Formulaire d'annonce et notes explicatives

Le Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels prévoit, par analogie à la notification de concentrations d'entreprises, la création d'un formulaire d'annonce pour simplifier les démarches à accomplir pour procéder à l'annonce. Le formulaire fixera les conditions d'une annonce selon art. 49a, al. 3, lettre a, LCart et doit ainsi faciliter à l'entreprise l'annonce d'un comportement potentiellement restrictif sur le plan de la concurrence. En même temps, il doit garantir que l'annonce contient les informations nécessaires, sur la base desquelles l'autorité en matière de concurrence peut décider de l'ouverture d'une procédure. Le formulaire d'annonce sera conçu de telle sorte que la charge pour procéder à l'annonce soit la plus réduite possible pour les entreprises.

Article 17: Annonce facilitée

Une annonce facilitée au sens de l'art. 12 OCCE est également possible. Une annonce facilitée peut être envisagée lorsque l'autorité en matière de concurrence connaît déjà les marchés concernés par le biais de décisions antérieures ou si la position dominante d'une entreprise a déjà été

constatée sur un marché déterminé (art. 4 al. 2 LCart) dans une décision antérieure.

Article 18: Confirmation de la réception de l'annonce

Cette norme correspond aux art. 14 et 20 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises. Le délai de 5 mois débute donc le lendemain de la réception de l'annonce.

L'autorité en matière de concurrence juge seulement l'état de fait annoncé. En l'absence d'ouverture de procédure (art. 19) dans le délai d'opposition, l'effet libératoire de toute sanction est valable mais seulement à l'égard de l'annonce fût-elle incomplète. Toutefois, dans le cas d'une annonce incomplète, cet effet ne s'étendra pas à l'état de fait non annoncé pour quelque raison que ce soit.

Article 19: Procédure d'opposition

L'art. 49a, al. 3, lettre a, LCart donne à l'autorité en matière de concurrence 5 mois dès la réception de l'annonce pour décider si une procédure selon les articles 26-30 LCart doit être ouverte concernant les possibles restrictions à la concurrence annoncées.

- a) Ce délai est un délai maximal. Selon la charge de travail, l'autorité communiquera déjà avant l'échéance de ce délai sa décision à l'entreprise.
- b) A la réception de la communication informant du renoncement à l'ouverture d'une procédure au sens des articles 26/27 LCart, l'entreprise peut mettre en oeuvre le comportement annoncé et cela sans risque d'une sanction directe. Cet effet ne vaut, répétons le, que pour les faits annoncés.
- c) La communication du secrétariat déchargeant l'entreprise (lettre b) avant l'échéance du délai ou l'écoulement du délai d'opposition libèrent certes l'entreprise de la sanction prévue à l'art. 49a, al. 1, LCart. Toutefois, il n'est encore rien dit de la licéité ou l'illicéité du comportement annoncé. Après la fin du délai d'opposition, l'autorité peut toujours ouvrir une enquête et interdire le comportement annoncé. Cette restriction à la concurrence annoncée ne sera cependant soumise, le cas échéant, qu'à la sanction indirecte de l'art. 50 LCart.

En effet, la possibilité d'annonce préalable a été introduite afin de garantir la sécurité juridique en ce qui concerne les nouvelles sanctions, mais n'a pas été conçue pour l'appréciation définitive de l'admissibilité d'un comportement. La plupart du temps, il n'est pas pos-

sible en l'espace de 5 mois d'apprécier un comportement sous l'angle du droit des cartels.

- d) A la réception de l'avis, l'entreprise peut en principe exécuter immédiatement le comportement annoncé. En revanche, si l'ouverture d'une procédure est notifiée à l'entreprise dans le délai de 5 mois, deux possibilités sont ouvertes:
- Si l'entreprise s'en tient à la restriction à la concurrence, la possibilité de sanction selon l'art. 49a, al. 1, LCart demeure.
 - Si l'entreprise renonce au comportement anticoncurrentiel, le risque d'une sanction directe est écarté.
- e) Enfin, pour être complet, il faut remarquer ici qu'une entreprise peut également demander une consultation (soumise à émoluments) sur la licéité du comportement annoncé (art. 23, al. 2, LCart).