

Editorial

par

Jacques WERNER

Dans ce numéro nous publions deux documents de grande importance:

I. Les pièces du litige antitrust qui, de 1969 à 1980, a opposé la filiale américaine de l'entreprise chimique suisse Ciba, devenue ensuite Ciba-Geigy, au Département américain de la Justice. Les trois pièces présentées, soit la plainte de 1969, le jugement d'accord de 1980, et l'évaluation établie par le Département américain de la Justice de l'impact sur la concurrence du jugement d'accord en question, illustrent de façon frappante ce que peut être le cheminement d'une action antitrust d'envergure aux Etats-Unis, qu'il s'agisse de l'écart entre les mesures finalement obtenues par le jugement d'accord de 1980 et la condamnation initialement recherchée par la plainte de 1969, du temps considérable écoulé entre celle-ci et celui-là, ou encore de la façon pragmatique dont les autorités américaines justifient ce jugement d'accord dans leur évaluation de son impact sur la concurrence. Typique, ce document mérite d'être étudié par les entreprises européennes et japonaises, dont la perception des actions antitrust américaines tient bien plus souvent du mythe que de la réalité.

II. Les divers documents émis en 1980 par le Parlement européen d'une part, le Conseil fédéral suisse d'autre part, concernant l'affaire Adams, ainsi que quelques documents antérieurs nécessaires à la compréhension de l'affaire.

La publication de ces différentes pièces nous semble répondre à un intérêt général, tant communautaire que suisse. En effet :

A. Le rapport de la commission des affaires juridiques du Parlement européen (dit rapport Donnez) est un document grave. Grave non par les accusations qu'il porte contre la Suisse, qui manquent leur cible, mais par l'analyse fausse qu'il donne de l'accord de libre échange entre la Communauté économique européenne et la Suisse. Fausse par la méconnaissance des auteurs de ce rapport du fait que

l'article 23 de l'accord de libre-échange prévoit que ne sont incompatibles avec son bon fonctionnement les pratiques qui faussent la concurrence que dans la mesure où celles-ci sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté économique européenne et la Suisse. Or les pratiques qui ont valu à la société Hoffmann-La Roche d'être condamnée par la Cour de Justice des Communautés européennes avaient trait aux échanges entre les divers Etats membres de la Communauté économique européenne, non aux échanges entre cette dernière et la Suisse, ainsi que les parties en présence l'avaient reconnu. En conséquence, et contrairement à ce que dit le rapport Donnez, ni le cas Hoffmann-La Roche ni le cas Adams ne concernent l'accord de libre-échange entre la Communauté économique européenne et la Suisse. Cette erreur initiale commise, le rapport Donnez se trouvait vicié dans sa totalité.

Nul doute, l'affaire Adams a un contenu émotionnel chargé. Sa réapparition périodique dans la presse, l'activité que tant les parlementaires européens que suisses ont déployé à son sujet, le montrent à l'évidence. Comme dans toute affaire à contenu émotionnel chargé, les idées fausses prennent facilement racine si elles vont dans le sens de l'émotion. De par son origine le rapport Donnez, malgré l'erreur fondamentale qui le vicié, a eu une audience large en Europe et a accrédité l'idée que l'accord de libre-échange entre la Communauté économique européenne et la Suisse n'avait pas été respecté par cette dernière. Peut-être par une inexacte perception de leur écho réel, le gouvernement suisse n'a jusqu'à présent apporté aux thèses du rapport Donnez qu'une réfutation feutrée. Une déclaration forte et claire de sa part que dans cette affaire Adams la Suisse avait entièrement respecté ses engagements de l'accord de libre-échange conclu avec la Communauté économique européenne, et pourquoi pas une déclaration concordante de la Commission de Bruxelles, remettrait les choses en place.

B. Ceci dit le cas Adams a le mérite, par les discussions qu'il suscite, de rappeler à la Suisse le problème de l'article 273 de son Code pénal. Problème qui est le suivant:

classé sous le titre treizième du Code pénal suisse (« Crimes ou délits contre l'Etat et la défense nationale »), l'article 273 protège les intérêts de l'économie suisse, non les intérêts privés des entreprises. La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse a cependant établi qu'il existe une présomption absolue selon laquelle la transmission de secrets d'affaires d'une entreprise établie sur le territoire suisse, qu'elle soit économiquement suisse ou étrangère, est en même temps une atteinte aux intérêts de l'économie suisse, et en conséquence constitue une violation de l'article 273 même en l'absence de tout dommage, ou menace de dommage, réel à l'économie suisse; elle a déterminé également que constituent un secret d'affaires non seulement les informations sur elle-même et ses activités

que l'entreprise détient secrètes, mais également celles qui, sans être gardées secrètes, ne sont pas généralement connues et que l'entreprise a un intérêt légitime à ne pas voir divulguées à des organisations ou autorités étrangères; elle a dit encore que le consentement donné par l'entreprise à la transmission de ses secrets d'affaires à l'étranger ne fait pas obstacle à l'application de l'article 273, étant donné que cette disposition ne vise pas à protéger l'intérêt de l'entreprise en question mais bien l'intérêt supérieur de l'économie suisse.

Cette jurisprudence du Tribunal fédéral est néfaste, pour deux raisons :

d'une part elle heurte le simple bon sens, selon lequel une atteinte aux intérêts de telle ou telle entreprise particulière peut très bien ne pas constituer du tout une atteinte aux intérêts de l'économie suisse.

D'autre part elle a pour effet que, en raison des caractéristiques de la vie économique internationale, nombre d'entreprises établies en Suisse et ayant des activités internationales fournissent quotidiennement à l'étranger des informations en violation de l'article 273. Qu'il s'agisse des entreprises internationales économiques suisses, qui dans le cours normal de leurs affaires sont amenées à donner, régulièrement ou occasionnellement, à diverses organisations étatiques, para-étatiques ou privées des pays étrangers dans lesquels elles sont implantées des informations sur les activités de la société-mère en Suisse ou de ses filiales étrangères qui constituent des secrets d'affaires selon la définition que le Tribunal fédéral en a donné. Qu'il s'agisse des entreprises qui se trouvent être les filiales en Suisse de sociétés-mères établies à l'étranger et qui, en vertu de la politique de supervision et coordination centralisées des activités du groupe auquel elles appartiennent, sont obligées de transmettre à leur siège central à l'étranger un rapport périodique complet concernant leurs activités, soit un ensemble de leurs secrets d'affaires. Le fait que le Ministère public fédéral ait une attitude d'une extrême retenue lorsqu'il s'agit d'informations transmises volontairement par des entreprises à des autorités officielles ou organismes privés étrangers, et que donc en pratique il atténue la portée de l'article 273 donnée par la jurisprudence, ne diminue en rien le problème; il le complique même dans un certain sens, le fossé entre la portée de l'article 273 déterminée par le Tribunal fédéral et celle que les instances de poursuite pénale en pratique lui confèrent étant source d'une insécurité juridique certaine pour nombre d'entreprises, insécurité qui les handicape dans la conduite de leurs opérations.

Tout état de divorce entre une norme légale et la réalité de la vie est dangereux, car loin d'atteindre son but, soit la réglementation harmonieuse des rapports sociaux, cette norme devient alors facteur de désordre en affaiblissant le respect témoigné au système juridique auquel elle appartient, et diminue donc l'efficacité de ce dernier. Le divorce existant actuellement entre la portée de

L'article 273 telle qu'établie par le Tribunal fédéral d'une part, le simple bon sens et les exigences de la vie économique internationale d'autre part, a pour effet de porter atteinte à la crédibilité de l'article 273 du Code pénal suisse, et donc diminuer la protection que celui-ci accorde aux dangers réels menaçant l'économie suisse. Sa crédibilité doit donc être restaurée par sa révision, qui d'une part devrait supprimer la présomption absolue selon laquelle la transmission de tout secret d'affaires d'une entreprise établie en Suisse constitue une atteinte aux intérêts de l'économie suisse, et d'autre part devrait revoir la notion même du secret d'affaires, exagérément large selon la jurisprudence actuelle. Plus que l'œuvre de purs pénalistes, cette révision devrait être conduite par les gens qui vivent la réalité de l'économie suisse et de ses relations économiques internationales.