

Blaise Carron* et Roland Mathys**

Perquisition en droit des cartels: le point de vue de l'avocat

Mots clés : Droit des cartels, droit de la concurrence, perquisition, dawn raid, compliance, secret professionnel de l'avocat.

I. Introduction¹

Les premières perquisitions menées par le Secrétariat de la Commission suisse de la concurrence (Comco) ont eu lieu en 2006 et visaient des entreprises actives dans le domaine du fret aérien.² Depuis lors, l'ensemble des secteurs économiques – production, commerce et services – et des marchés très différents ont été concernés par ces mesures de contrainte. Les entreprises touchées sont aussi bien des multinationales que des PME locales. Les déclarations les plus récentes du Président de la Comco présentent clairement les perquisitions comme un moyen désormais ordinaire de lutter contre les comportements anticoncurrentiels.³

Une perquisition peut sérieusement perturber l'exploitation d'une entreprise. Il ne faut pas sous-estimer ce risque et élaborer soigneusement une stratégie en vue de le minimiser. L'avocat qui conseille une entreprise doit informer les organes, les inviter à prendre les mesures adéquates et les assister dans cette tâche. Les démarches à accomplir concernent aussi bien la perquisition elle-même que les périodes antérieure et postérieure à celle-ci.

II. Avant une perquisition

Avant qu'une perquisition ait lieu, l'avocat doit conseiller à son client de prendre des mesures d'ordre matériel et organisationnel pour réduire les perturbations que cette mesure de contrainte ne manquera pas d'entraîner pour l'entreprise concernée.

1. Les mesures matérielles

L'avocat consulté avant une perquisition de la Comco doit s'assurer que son client ne commette pas ou plus de violation matérielle du droit des cartels. A cette fin, il dispose de différents moyens. Il doit d'abord s'assurer du soutien inconditionnel des organes de l'entreprise: ceux-ci doivent s'engager de façon univoque à respecter le droit des cartels et manifester clairement leur intention de tirer toutes les conséquences qui s'imposent en cas de découverte d'un comportement illicite. L'avocat peut en-

suite mettre en place diverses mesures de *compliance* en organisant des modules de formation, en implantant un code de conduite au sein de l'entreprise, en réalisant un audit de conformité destiné à révéler l'existence de situations à risque, voire en dénonçant un comportement prohibé à l'autorité de la concurrence.⁴

2. Les mesures organisationnelles

On l'a déjà dit, une perquisition peut entraîner de sérieuses perturbations dans l'exploitation si l'entreprise subissant cette mesure n'y est pas suffisamment préparée. Un avocat peut prévenir ou réduire ces inconvénients en participant à la mise en place des mesures organisationnelles suivantes.

a) La mise en place d'une organisation ad hoc

L'avocat doit veiller à ce que l'organisation ad hoc mise en place par sa cliente prenne en compte les aspects du personnel et ceux liés à la logistique.

Au niveau du *personnel*, il faut désigner clairement les collaborateurs responsables et les former en conséquence.⁵ Il existe au moins trois positions-clés: les personnes présentes à l'accueil, l'équipe chargée de gérer la perquisition – que l'on appellera ci-après le dawn raid response team – et les chargés de la communication auprès du public et des investisseurs. La composition du dawn raid response team requiert une attention particulière. Sa taille doit être proportionnelle à celle de l'entreprise. Cette équipe devrait comprendre au minimum un représentant de la direction (autorisé à prendre des décisions au nom de l'entreprise), un membre du service juridique interne (si un tel service existe), un avocat externe, un employé du département informatique ayant accès à tous les systèmes ainsi qu'un représentant du département concerné par la perquisition.⁶

L'organisation ad hoc doit aussi anticiper les besoins *logistiques*. Il faut prévoir des salles de travail en nombre suffisant. On veillera ainsi à disposer au moins d'une pièce pour le dawn raid response team, d'une autre où pourra séjourner le responsable de l'autorité de la concurrence et où seront rassemblés les documents saisis ainsi que, située proche de cette seconde salle, d'une troisième où l'on pourra effectuer les copies des docu-

* Dr. iur., LL.M. (Harvard Law School), avocat (également admis à New York), senior associate chez WENGER PLATTNER, Bâle, Zurich, Berne, ancien employé du secrétariat de la Comco.

** Lic. iur. et lic. oec. publ., LL.M. (London School of Economics and Political Science), avocat, associé chez WENGER PLATTNER, Bâle, Zurich, Berne.

1 Une version allemande de cette contribution, plus élaborée, a paru dans la revue de l'avocat 9/2009, p. 422 ss.

2 Comco, Communiqué de presse du 16.2.2006, consultable sous: <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/fr/3153>.

3 Dans ce sens, WALTER A. STOFFEL, Gartenschieren und Hausdurchsuchungen – Was die Wettbewerbskommission in ihrer Praxis prioritär durchzusetzen sucht, NZZ du 2.7.2009, p. 25.

4 PATRICK L. KRAUSKOPF/DELPHINE ROCHAT, Wirksame kartellrechtliche Compliance, revue de l'avocat 2/2009, p. 63 ss, p. 65 s.

5 PATRICK SOMMER/ALAIN RAEMY, Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizerischen Kartellrechts, sic! 10/2004, p. 758 ss, p. 765.

6 STEFAN BRUNNSCHWEILER/MARQUARD CHRISTEN, Korrektes Verhalten bei Hausdurchsuchungen, Rechte und Pflichten der Unternehmen und der Wettbewerbsbehörden bei Hausdurchsuchungen im Kartellverfahren, Jusletter 17.10.2005, N 12.

ments saisis. L'avocat doit enfin veiller à ce que sa cliente dispose de capacités suffisantes tant au niveau personnel que technique pour permettre le déroulement le plus fluide possible de la perquisition.

b) La préparation de documents internes

En vue d'une perquisition, il faut concevoir des documents pour au moins trois types d'utilisateurs au sein de l'entreprise:

- *Le personnel d'accueil.* Une notice claire, précise et concise, permettant d'alerter rapidement un ou plusieurs membres du dawn raid response team, suffit.⁷
- *Les membres du dawn raid response team.* Le document leur étant destiné contient une liste constamment actualisée des membres de l'équipe, des explications juridiques détaillées, des listes récapitulatives pour les différentes étapes de la perquisition (check lists) ainsi que des exemplaires des documents standard utilisés lors de la perquisition (procès-verbaux etc.).
- *L'avocat externe.* Outre les documents susmentionnés, il doit disposer d'une liste de contacts ainsi que d'une description du chemin le plus rapide pour se rendre chez sa cliente.⁸

c) L'exécution de simulations

L'exécution d'une simulation de perquisition (mock dawn raid) permet d'une part de contrôler et d'améliorer l'état de préparation des *collaborateurs* de l'entreprise et leur donne d'autre part la possibilité d'appliquer les connaissances théoriques acquises.

Quant à *l'avocat externe*, il peut profiter de ces exercices pour mieux connaître les locaux ainsi que ses interlocuteurs au sein de l'entreprise.

d) Le traitement réservé aux documents sensibles

Selon la Notice sur le déroulement des perquisitions, seule la correspondance de la défense dont le contenu porte sur l'actuelle procédure ne peut être saisie (legal privilege).⁹ La correspondance résultant de programmes de compliance ou d'audits ne bénéficie pas de ce privilège.

En outre, le Secrétariat de la Comco est d'avis que le *secret professionnel* ne vaut que pour les avocats externes et pas pour les juristes internes.¹⁰ Le Tribunal pénal fédéral partage ce point de vue.¹¹ Le Tribunal fédéral a, quant à lui, laissé la question ouverte dans un jugement récent.¹² Dans cette même décision, la première cour de droit public a décidé que, de toute façon, le

legal privilege ne pouvait s'appliquer qu'à des documents en possession de l'avocat (interne ou externe) et pas à ceux détenus par d'autres personnes dans l'entreprise.¹³

Par conséquent, toute entreprise qui effectue des mesures de compliance ou un audit de conformité et qui veut éviter de devoir transmettre des documents potentiellement compromettants dans le cadre d'une perquisition devrait prendre les *mesures préventives* suivantes:

- désigner la correspondance tombant sous le secret professionnel comme telle, afin de pouvoir l'isoler en cas de perquisition;
- aussi longtemps que la communication avec les juristes internes n'est pas protégée par le secret professionnel, privilégier les services d'avocats externes afin de procéder aux clarifications et appréciations juridiques;
- recourir exclusivement aux avocats externes pour communiquer et conserver les documents;
- renoncer à la transmission d'informations par voie électronique en raison des difficultés à contrôler leur divulgation.

III. Pendant une perquisition

1. L'alerte de l'avocat

L'entreprise a un *droit fondamental* à faire appel à un avocat (art. 6 ch. 3 let. c CEDH¹⁴).¹⁵ Selon la Notice sur le déroulement des perquisitions, les autorités de la concurrence n'attendent toutefois pas l'arrivée de l'avocat avant de commencer leur travail.¹⁶ L'avocat doit en tirer deux conséquences pratiques:

- Premièrement, il doit s'assurer que sa *cliente* est capable de gérer seule les premières étapes d'une perquisition.
- Deuxièmement, *l'avocat externe* doit être joignable en tout temps et pouvoir se rendre rapidement sur les lieux de la perquisition.

2. Les mesures sur place

A son arrivée sur place, l'avocat doit prendre toute une série de mesures pour défendre au mieux les intérêts de sa cliente.

a) Les mesures d'urgence

Selon la Notice sur le déroulement des perquisitions, l'entreprise perquisitionnée peut se faire assister d'un avocat. Dès son arrivée, celui-ci doit se faire connaître de l'autorité de la concurrence et s'enquérir de l'état de la situation auprès des représentants de sa cliente.

7 Dans ce sens, BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN (note 6), N 5.

8 PATRICK SOMMER/STEFAN BRUNNSCHWEILER, Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen, Jusletter 9.10.2006, N 9.

9 SECRÉTARIAT DE LA COMCO, Notice sur le déroulement des perquisitions, ch. 3.

10 SECRÉTARIAT DE LA COMCO (note 9), ch. 4.

11 Jugement de la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 14.3.2008 (BE.2007.10-13), c. 6.

12 Jugement du Tribunal fédéral 1B_101/2008 du 28.10.2008, c. 4.2. L'avant-projet pour une loi fédérale sur les juristes d'entreprise (LJE) d'avril 2009 prévoit l'introduction du secret professionnel (et donc du legal privilege) pour les juristes internes.

13 Jugement du Tribunal fédéral 1B_101/2008 du 28.10.2008, c. 4.4.

14 Convention du 4.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; RS 0.101.

15 SECRÉTARIAT DE LA COMCO (note 9), ch. 1; OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, PJA 10/2005, p. 1221 ss, p. 1226.

16 SECRÉTARIAT DE LA COMCO (note 9), ch. 2; OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Réflexions sur le déroulement des perquisitions cartellaires, sic! 2/2007, p. 152 ss, p. 154.

b) *L'examen des documents officiels transmis*

Si le mandat de perquisition n'a pas pu lui être transmis auparavant, l'avocat doit d'abord étudier en détail ce document ainsi que les autres pièces remises par l'autorité au début de la perquisition. Il doit identifier l'objet de cette mesure¹⁷ et veiller à ce que le mandat précise clairement l'entreprise visée, les locaux à fouiller ainsi que les moyens de preuves à rechercher.¹⁸

c) *La surveillance des actes de perquisition*

Toute personne, y compris morale, a droit à la protection de sa sphère privée, notamment au respect du domicile et de la correspondance (art. 8 ch. 1 CEDH et art. 13 al. 1 Cst. féd.¹⁹).²⁰ L'exécution d'une perquisition et la saisie de documents constituent des atteintes sévères aux droits constitutionnels d'une entreprise et de ses collaborateurs.²¹ Par conséquent, le secrétariat de la Comco ne peut mener une perquisition que si *quatre conditions* sont remplies:²² (i) l'existence de soupçons fondés²³; (ii) la probabilité de découvrir des preuves (art. 48 et 46 al. 1 let. a DPA²⁴); (iii) le respect du principe de proportionnalité; (iv) l'existence d'un mandat de perquisition conforme.

Les autorités peuvent perquisitionner tous les *locaux* susceptibles de contenir des preuves, y compris les bureaux, les coffres-forts, les armoires à documents, les archives et systèmes informatiques, les moyens de communications mobiles ainsi que les véhicules et les domiciles privés des personnes impliquées.²⁵ Avant l'examen d'un document, son détenteur doit avoir la possibilité de s'exprimer sur son contenu (art. 50 al. 3 DPA). Un avocat est autorisé à l'accompagner et à l'assister.

Durant la perquisition, l'avocat doit veiller à ce que la position de sa cliente vis-à-vis de l'autorité de la concurrence soit clarifiée au plus vite. En pratique, l'entreprise a les possibilités suivantes:

- *La tolérance.*²⁶ L'obligation de tolérer une perquisition concerne principalement le devoir d'octroyer aux représentants de l'autorité l'accès aux locaux et aux documents.²⁷ L'obstruction d'une perquisition constitue une circonstance aggravante pour la fixation de la sanction (art. 5 al. 1 let. c OS LCart²⁸).

- *La coopération simple.* Une telle attitude permet un déroulement rapide et efficace de la perquisition et empêche des perturbations inutiles de l'exploitation.²⁹
- *La coopération qualifiée.* L'entreprise demande à pouvoir profiter du programme de clémence (art. 8 et 12 OS LCart). Une telle décision oblige l'entreprise à coopérer inconditionnellement avec l'autorité. Elle doit lui transmettre tous les moyens de preuves à sa disposition et la soutenir dans la recherche d'éléments supplémentaires. Conformément à une jurisprudence récente, l'autorité de la concurrence peut renoncer à sanctionner la première entreprise qui coopère même si elle a déjà ouvert une enquête et initié une perquisition.³⁰ Les viennent-ensuite ne peuvent en principe que profiter d'une réduction de la sanction allant jusqu'à 50%. Vu ces circonstances, un avocat scrupuleux doit veiller à ce que sa cliente se décide le plus rapidement possible sur le principe d'une coopération.³¹

Lorsque l'entreprise renonce au programme de clémence, son avocat doit s'assurer que son droit constitutionnel de *garder le silence* (art. 31 al. 2 et art. 32 al. 1 Cst. féd., art. 6 CEDH) soit respecté.³² Il y veillera en particulier lorsque les représentants de l'autorité posent des questions aux occupants des locaux perquisitionnés. Les questions sur le contenu des documents fouillés sont en principe admissibles. Il faut toutefois éviter que des interviews de collaborateurs aient lieu. L'avocat doit rendre sa cliente attentive à son droit de refuser la transmission d'informations à charge.³³

d) *Les mesures concernant les documents saisis*

Les documents suivants peuvent en principe faire l'objet d'une saisie:

- *Les documents papiers.* Le secrétariat de la Comco saisit en principe des documents originaux.³⁴ L'entreprise peut être autorisée à faire des copies dans la mesure où cette activité ne gêne pas le bon déroulement de la perquisition. Sans copie des dossiers en cours, l'exploitation de l'entreprise peut être sérieusement mise en péril. C'est pourquoi il est indispensable de disposer des capacités techniques et humaines suffisantes pour procéder à ces copies.
- *Les données électroniques.* En règle générale, le secrétariat de la Comco s'adjoit les services de spécialistes chargés de

17 BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN (note 6), N 15.

18 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1225; BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN (note 6), N 48.

19 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999; RS 101.

20 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1222 et les références contenues.

21 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1222.

22 SCHALLER/BANGERTER (note 16), p. 152 s. et les références contenues.

23 SOMMER/RAEMY (note 5), p. 760. Une *fishing expedition* visant à saisir des documents sans soupçon préalable est illicite (cf. CHRISTOPHER LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter 27.9.2004, N 5).

24 Loi fédérale du 22.3.1974 sur le droit pénal administratif; RS 313.0.

25 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1228.

26 PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 7/2004, p. 553 ss, p. 558.

27 SIMON BANGERTER/CHRISTOPH TAGMANN, Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht, in: Roger Zäch (éd.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2006, p. 165 ss, p. 174 et les références contenues.

28 Ordonnance du 12.3.2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence RS 251.5.

29 LANG (note 23), N 35; BRUNNSCHWEILER/CHRISTEN (note 6), N 24.

30 Comco, décision du 6.7.2009, ch. 152 ss, en particulier 163 et 169, Elektrostationsfirmen Bern.

31 En relation avec la demande préventive de la règle du bonus, cf. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Schwächen und Risiken der Bonusregelung im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter 10.8.2009, N 40 ss.

32 SCHALLER/BANGERTER (note 16), p. 154.

33 L'autorité de la concurrence a un devoir correspondant; une violation de ce principe peut conduire à l'interdiction d'utiliser les preuves en question (SOMMER/RAEMY, [note 5], p. 764 s. et les renvois contenus).

34 SOMMER/BRUNNSCHWEILER (note 8), N 16; de façon implicite, SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1232.

copier les données électroniques de telle sorte que des données effacées par leur utilisateur puissent être reconstituées.³⁵ Si cela n'est pas possible (p. ex. en raison de mots de passe indisponibles), les autorités de la concurrence pourraient saisir physiquement les supports de données, ce qui entraînerait évidemment de graves dysfonctionnements au sein de l'entreprise.³⁶ Par conséquent, l'avocat doit veiller à ce qu'un spécialiste informatique se trouve sur place dès que possible.

L'avocat doit *contrôler* tous les documents saisis, sans oublier ceux qui l'ont été avant son arrivée. Selon la Notice sur le déroulement des perquisitions, les moyens de preuve recueillis en absence de l'avocat sont mis de côté afin que l'avocat puisse s'exprimer sur leur contenu et, le cas échéant, demander la pose de scellés.³⁷

Si l'avocat est d'avis que certains documents ne peuvent pas être saisis, il doit faire opposition (art. 50 al. 3 DPA). L'opposition doit être signifiée au plus tard lors de la signature du procès-verbal de saisie.³⁸ Une telle mesure entraîne la mise sous scellés des documents jusqu'à ce que, sur requête de l'autorité de la concurrence, la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral ait pris une décision quant à la levée des scellés.³⁹

3. Mesures en fin de perquisition

Lorsque la perquisition touche à sa fin, l'avocat doit s'assurer des éléments suivants avant le départ des représentants de l'autorité de la concurrence:

- Désigner l'ensemble des documents dont la saisie doit faire l'objet d'une *opposition*. L'autorité compétente n'entre en effet pas en matière sur des oppositions tardives.⁴⁰
- Contrôler la *classification* des documents saisis. Les documents faisant l'objet d'une opposition doivent se trouver dans des containers scellés avant le transport.⁴¹
- Veiller à ce que tous les documents saisis soient *copiés*.
- Relire le *procès-verbal* de perquisition et de saisie. Les points suivants doivent faire l'objet d'une attention particulière: la désignation des secrets d'affaires, la liste des documents sai-

sis, la description correcte du déroulement de la perquisition, l'obtention d'une copie du procès-verbal.

- Disposer des *coordonnées* des représentants de l'autorité ainsi que de l'officier public présent (art. 49 al. 2 DPA).

IV. Après une perquisition

Après une perquisition, l'avocat doit conseiller à sa cliente de prendre notamment les mesures suivantes:

- Organiser un *débriefing* avec les personnes impliquées. Lors de cette séance, toutes les informations rassemblées pendant la perquisition doivent être mises en commun, examinées, comparées et complétées.
- Planifier des *interviews* avec les éventuels collaborateurs de l'entreprise paraissant avoir joué un rôle prépondérant. Il s'agit de mieux cerner leurs actes et la portée juridiques de ceux-ci.
- Effectuer une *analyse de la situation* sur la base des informations rassemblées et du contenu des documents saisis. Cette démarche a pour but de déterminer *prima facie* si l'entreprise a effectivement commis une violation du droit des cartels et quelles en sont la gravité et les conséquences possibles.
- Consulter rapidement les organes de la société afin de déterminer la *stratégie* pour la suite de la procédure. La question principale à trancher est la sollicitation ou non du programme de clémence.
- Entreprendre les démarches nécessaires vis-à-vis des *autorités étrangères* si le comportement a une dimension internationale. Il s'agit à nouveau de déterminer s'il convient de participer aux éventuels programmes de clémence existant à l'étranger.
- Mettre en place des *mesures de compliance* afin d'empêcher que l'entreprise soit à nouveau confrontée à une perquisition, voire à une majoration de la sanction en cas de récidive.

V. Conclusion

Les perquisitions de la Comco sont de plus en plus fréquentes. Elles se traduisent non seulement par un risque plus élevé pour les entreprises de se voir imposer une sanction, mais elles peuvent également provoquer des perturbations sérieuses de l'exploitation commerciale, voire l'empêcher totalement.

Les entreprises et leurs avocats (internes et externes) doivent se préparer à ce genre de situation et prendre les mesures idoines avant, pendant et après une perquisition. Celles-ci vont des démarches préventives de compliance à l'auto-dénonciation dans le cadre d'un programme de clémence, sans oublier la définition d'un comportement adapté lors de la perquisition elle-même. ■

35 Dans ce sens, SCHALLER/BANGERTER (note 16), p. 155.

36 ROLAND MATHYS/BLAISE CARRON, Kartellrechtliche Hausdurchsuchungen – Erste Erfahrungen und Lehren, WP Flash 1/09, 4, consultable sous: <http://www.wenger-plattner.ch/files/downloads/files/45bf31d312556b364b754a00d069ed31/Flash%20109%20Wettbewerbs-%20und%20Kartellrecht.pdf>.

37 SECRÉTARIAT DE LA COMCO (note 9), ch. 2; SOMMER/BRUNNSCHWEILER (note 8), N 6.

38 SOMMER/RAEMY (note 5), p. 763 et les références contenues; BANGERTER/TAGMANN, (note 27), p. 174 s.

39 SCHALLER/BANGERTER (note 16), p. 156 et p. 158.

40 ATF 114 Ib 357, c. 4; SOMMER/RAEMY (note 5), p. 763.

41 SCHALLER/BANGERTER (note 15), p. 1234 et les références contenues.