

Zeitschrift: Bulletin.ch : Fachzeitschrift und Verbandsinformationen von Electrosuisse, VSE = revue spécialisée et informations des associations Electrosuisse, AES

Band: 101 (2010)

Heft: 7

Artikel: Les perquisitions en droit de la concurrence

Autor: Favre, Pascal G. / Levrat, Jérôme

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-856089>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 15.10.2024

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Les perquisitions en droit de la concurrence

Quelles mesures prendre au sein de l'entreprise ? Quelle stratégie adopter ?

En janvier 2008, six entreprises bernoises d'installations électriques ont reçu la visite des autorités de la concurrence, qui ont procédé à la perquisition simultanée de leurs locaux. Or une perquisition peut sérieusement ébranler l'organisation et l'exploitation de l'entreprise. La présente contribution s'intéresse aux perquisitions cartellaires: elle se propose d'en exposer les enjeux et de présenter les mesures principales que peuvent prendre les entreprises pour en minimiser les conséquences.

Pascal G. Favre, Jérôme Levrat

Depuis la révision de 2003 de la loi sur les cartels (LCart) [1], les autorités de la concurrence disposent du pouvoir d'ordonner des perquisitions. Le but d'une perquisition est de rechercher des preuves et de saisir des documents en vue d'établir l'existence d'une atteinte au droit de la concurrence (voir encadré).

En présence d'indices d'un cartel entre deux ou plusieurs entreprises, ou d'un abus de position dominante par une entreprise forte sur le marché, la Commission de la concurrence (ComCo) peut ouvrir une enquête, au terme de laquelle elle est tenue, pour les violations les plus graves de la LCart, de prononcer une amende.

C'est dans ce contexte que peut être ordonnée une perquisition. Il s'agit d'une mesure d'enquête que les autorités peuvent mettre en œuvre pour faire la preuve d'une violation de la LCart. Les perquisitions cartellaires sont aujourd'hui pratiques courantes et se révèlent souvent décisives pour récolter des preuves d'une restriction à la concurrence. Il s'agit toutefois d'une mesure de contrainte qui, pour les entreprises mal préparées à son éventualité, peut mettre en péril la bonne marche des affaires.

Le déroulement d'une perquisition

C'est le Secrétariat de la ComCo (Secrétariat) qui est l'autorité compétente pour préparer et exécuter la perquisition. Celui-ci a mis en place, en 2005, un cen-

tre de compétences ad hoc et a publié une notice sur la procédure applicable [2]. Le Secrétariat peut requérir l'assistance de fonctionnaires de police pour assurer la sécurité personnelle de ses collaborateurs, et faire appel à des informaticiens. En pratique, il n'est pas rare qu'une vingtaine de personnes participe à une perquisition.

Les perquisitions se déroulent en principe le matin (d'où l'expression anglaise « dawn raid », littéralement « attaque au petit jour »), les jours ouvrables; dans des circonstances exceptionnelles et pour des affaires importantes, elles peuvent avoir lieu un dimanche, un jour férié ou même de nuit.

Le Secrétariat dispose de larges pouvoirs d'investigation. Il peut accéder à tous les locaux susceptibles de contenir des preuves, soit non seulement aux bureaux, coffres et archives de l'entreprise, mais également aux domiciles et véhicules privés des dirigeants et employés. Les autorités peuvent consulter, contrôler et saisir des documents ou demander des explications orales sur leur contenu. La saisie de documents ne se limite pas aux papiers, mais peut également porter sur les équipements et les installations informatiques, ainsi que sur les supports électroniques (disques durs, CD-ROM, clés USB, moyens de communication mobiles, etc.).

Les enquêteurs n'emportent en principe pas les supports électroniques avec eux, mais copient leur contenu, sauf s'il

paraît possible que des données aient été effacées. Ils peuvent aussi fouiller les personnes et les effets personnels (sacs à main, portemonnaies, etc.); en revanche, ils ne sont pas habilités à procéder à des arrestations.

Les mesures à prendre au sein de l'entreprise

Une armada de fonctionnaires se présente à 9 heures précises du matin aux portes de l'entreprise et s'apprête à en fouiller les locaux. Que faire pour ne pas en arriver là? Comment réagir pour assurer le bon déroulement de la perquisition et en minimiser les risques?

Les mesures d'anticipation

Il peut être difficile pour une entreprise de distinguer avec certitude les comportements qui respectent les règles de la concurrence de ceux qui leur portent atteinte; cela est particulièrement vrai pour les entreprises qui sont en position de force sur un marché (c'est le cas de nombreux GRD historiques, sur le marché libre de la fourniture d'électricité). La direction de l'entreprise doit donc s'enquérir de la conformité de ses pratiques commerciales avec la LCart et déterminer, avec des avocats spécialisés, si l'entreprise court un « risque concurrence ».

Pour identifier concrètement les risques et les minimiser autant que possible, il est recommandé de mettre en œuvre un programme de « compliance », soit une batterie de mesures destinées à s'assurer qu'à tous les niveaux de l'entreprise, tout est mis en œuvre pour demeurer dans les limites permises par la LCart. Dans son schéma classique, un tel programme comprend la réalisation d'un audit interne (pour déceler les situations à risque), la création d'un code de conduite (pour fixer les règles de conduite à respecter) ainsi que des séminaires ou ateliers de formation pour les collaborateurs; il décrit également les procédures à suivre en cas de découverte d'une violation de la LCart (p.ex. modalités d'une coopération avec les autorités).

Les mesures de compliance doivent également préparer l'entreprise à l'éventualité d'une perquisition. La formation du personnel revêt, à cet égard, une importance particulière. Les personnes présentes à l'accueil, d'abord, doivent savoir comment réagir et qui avertir lorsque les enquêteurs se présentent à la réception avec un mandat de perquisition. Le « succès » d'une perquisition passe ensuite par la création d'une équipe spécifiquement chargée d'en gérer le déroulement (« dawn raid response team »). Cette équipe, dont la taille doit être adaptée à l'entreprise, comprendra au moins un membre de la direction (muni d'un pouvoir de décision autonome), un membre du service juridique, un informaticien (qui devra avoir accès à tous les systèmes informatiques), un représentant du département concerné par l'enquête et, idéalement, un avocat externe.

Il faut également s'assurer que les personnes en charge de la communication sauront, le moment venu, informer de manière adéquate le public et les investisseurs. En pratique, il arrive que la formation des collaborateurs soit complétée par des simulations de perquisition (« mock down raids »). Ce genre d'exercice se révèle souvent efficace pour contrôler et améliorer les connaissances du personnel ; c'est également l'occasion pour l'avocat externe de se familiariser avec les locaux et les personnes responsables.

Les mesures au cours de la perquisition

À l'arrivée des fonctionnaires, il convient avant toute chose d'avertir l'avocat de l'entreprise. En effet, comme tout justiciable, l'entreprise a un droit fondamental à se faire assister d'un homme de loi. Les autorités de la concurrence n'attendront toutefois pas l'arrivée de l'avocat pour commencer la fouille des locaux. Les preuves découvertes en l'absence de l'avocat seront simplement mises de côté, afin que celui-ci puisse dès son arrivée les consulter, se prononcer sur leur contenu et demander éventuellement leur mise sous scellés.

Au début de la perquisition, le directeur de l'entreprise (ou la personne présente qui occupe la position hiérarchique la plus élevée) doit s'enquérir de l'identité du fonctionnaire responsable de la fouille et, surtout, exiger la production du mandat de perquisition. Il faut alors soigneusement étudier ce document et veiller à ce que le mandat précise clairement l'en-

treprise visée, les locaux à fouiller et les moyens de preuves à rechercher.

Les collaborateurs ont le droit de s'exprimer sur le contenu de tout document que les autorités envisagent d'examiner ou de saisir. Il convient toutefois de ne pas répondre aux questions des fonctionnaires qui ne porteraient pas sur les documents en question et se rappeler que l'entreprise elle-même, ainsi que toute personne présente, ont le droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer. Les responsables (ou leur avocat) devront donc veiller à s'opposer à toute tentative des enquêteurs d'interroger les collaborateurs sur des aspects qui sortent du cadre de la perquisition ; ils veilleront également à ne pas transmettre spontanément aux enquêteurs des informations à charge, à moins qu'une décision n'ait (déjà) été prise de coopérer activement avec les autorités.

Enfin, dans le cas où les autorités décident de saisir des documents originaux, il est en pratique très important de demander à pouvoir en faire des copies ; l'exploitation de l'entreprise pourrait sinon être mise en péril. Il faudra donc veiller à disposer, dans les locaux de la société, d'une salle équipée d'une photocopieuse.

La sauvegarde des secrets

La sauvegarde des secrets d'affaires et du secret professionnel de l'avocat doit demeurer, tout au long de la perquisition, l'une des préoccupations essentielles des responsables de l'entreprise (ou de leur avocat).

Les secrets d'affaires

Le secret d'affaires comprend toutes les informations, limitées à un nombre restreint de personnes, que l'entreprise souhaite tenir secrètes et qui ont objectivement une valeur économique pour l'entreprise. Il incombe à l'entreprise d'indiquer clairement aux enquêteurs qu'un document copié ou saisi contient un secret d'affaires. La ComCo pourra tenir compte des informations couvertes par le secret, mais les tiers, en particulier les autres parties à la procédure, n'y auront pas accès. En revanche, si l'entreprise omet de signaler les secrets d'affaires, les autorités ne leur assureront aucune confidentialité. [3]

Le secret professionnel de l'avocat

Dans le contexte qui nous occupe, le secret professionnel de l'avocat permet au client d'exiger que les informations

échangées avec son avocat demeurent confidentielles à l'égard des autorités. Pour mettre en œuvre ce droit vis-à-vis des autorités de la concurrence, l'entreprise doit faire opposition à la saisie ou à la copie de documents couverts par le secret professionnel, et ce au plus tard au moment de signer le procès-verbal de perquisition.

Les documents qui font l'objet d'une opposition seront alors mis sous scellés par les enquêteurs et la ComCo n'aura pas le droit de les examiner jusqu'à ce que, à sa demande, le Tribunal pénal fédéral accepte de lever les scellés. En pratique, il est utile, pour toute correspondance échangée avec son avocat, d'indiquer expressément qu'il s'agit d'un document couvert par le secret professionnel. Cela permettra de l'isoler plus aisément au moment de faire le tri des pièces saisissables lors de la perquisition.

Cela dit, la protection du secret de l'avocat n'est pas absolue, loin s'en faut : d'abord, le Secrétariat de la ComCo limite le bénéfice du secret à la correspondance relative à la procédure en cours (soit à celle qui justifie la perquisition) ; ensuite, faute d'indépendance à l'égard de leur employeur, les juristes (internes) de l'entreprise ne bénéficient pas du secret professionnel, même s'ils sont avocats [4] ; enfin, selon le Tribunal fédéral, le secret ne protège que la correspondance en possession de l'avocat, à l'exclusion des documents qui se trouvent dans les locaux de l'entreprise. Ces restrictions à la protection du secret professionnel de l'avocat font donc courir des risques importants à l'entreprise. Il est cependant possible de les prévenir, en adoptant certaines règles pratiques :

- privilégier les services d'un avocat externe pour toute appréciation juridique sur le respect du droit de la concurrence ;
- recourir à des avocats externes pour conserver les avis de droit sensibles ; et
- renoncer à transmettre des informations par voie électronique, dans la mesure où leur divulgation est en principe plus difficile à contrôler.

Les mesures à la fin et après la perquisition

Avant le départ des enquêteurs, il faudra vérifier que l'ensemble des documents couverts par le secret professionnel ont fait l'objet d'une opposition et qu'ils se trouvent effectivement dans des containers scellés. La personne en charge

relira soigneusement le procès-verbal de perquisition et de saisie avant de le signer; elle s'assurera en particulier qu'il désigne correctement les secrets d'affaires, énumère l'ensemble des documents saisis et décrit fidèlement le déroulement de la perquisition. Elle s'assurera en outre que tous les documents saisis ont été photocopiés.

Après la perquisition vient l'heure de l'analyse et du débriefing. Il s'agira d'abord de passer en revue et de mettre en commun l'ensemble des informations relatives aux faits reprochés à l'entreprise; la direction organisera par exemple une séance, avec toutes les personnes présentes lors de la perquisition, ou planifiera des interviews avec les collaborateurs qui pourraient disposer d'informations. Il faudra ensuite analyser la situation sur la base des informations rassemblées pour déterminer si l'entreprise a effectivement violé les règles du droit de la concurrence et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et avec quelles sanctions possibles. Les organes de la société pourront alors déterminer, avec les avocats, la stratégie de l'entreprise pour la suite de la procédure.

Un problème particulier se pose pour les entreprises cotées à la bourse: dans la mesure où une perquisition peut repré-

senter une information susceptible d'avoir une influence sur le cours de l'action, il faudra se demander s'il est nécessaire d'en informer la bourse au titre de la publicité événementielle.

Les stratégies de l'entreprise

L'entreprise visée par une perquisition cartellaire a fondamentalement le choix entre trois stratégies.

La simple tolérance des actes des autorités

L'entreprise a l'obligation de tolérer la perquisition et ne peut donc pas s'y opposer. Cela implique, au minimum, d'accorder aux enquêteurs l'accès aux locaux et aux documents qu'ils entendent fouiller ou examiner. Toute tentative d'obstruction au déroulement de la perquisition pourra se retourner non seulement contre la personne qui s'y prête, mais également contre l'entreprise elle-même: d'une part, l'individu qui tenterait par exemple de dissimuler un document compromettant risque une sanction pénale pour opposition aux actes de l'autorité; d'autre part, la ComCo imputera cette tentative à l'entreprise et retiendra, au moment de fixer le montant de l'amende, une circonstance aggravante pour défaut de coopération à l'enquête. [5]

La collaboration avec les autorités

Au-delà de la simple tolérance des actes des enquêteurs, l'entreprise peut décider de collaborer avec l'autorité, en lui remettant par exemple des pièces à conviction de son propre chef. De façon générale, une attitude coopérative avec les autorités sera portée au crédit de l'entreprise, qui pourra bénéficier d'une circonstance atténuante et, partant, d'une réduction de la sanction.

Le programme de clémence (« Leniency program »)

Le programme de clémence (« Leniency program ») est le stade ultime de la coopération avec les autorités. Il s'agit d'un système de bonus qui accorde aux entreprises qui dénoncent leur participation à un cartel ou qui apportent une aide décisive à la suppression d'une restriction à la concurrence, une récompense sous la forme d'une remise totale ou partielle de la sanction. La première entreprise à s'autodénoncer peut ainsi échapper à toute amende, tandis que les autres, les « viennent-ensuite », peuvent bénéficier d'une réduction de la sanction jusqu'à 50% (en fonction de leur rôle dans la réussite de l'enquête).

La direction de l'entreprise devra décider rapidement si elle entend demander à bénéficier du programme de clémence, si possible dans les heures ou les jours qui suivent la perquisition, ou même pendant celle-ci; si elle tarde trop, elle prend le risque d'être devancée par un autre membre du cartel et de perdre l'avantage d'une remise intégrale de l'amende. La démarche est cependant exigeante: pour rester dans la course au bonus total, l'entreprise doit fournir aux autorités spontanément toutes les informations et les preuves dont elle dispose et coopérer sans restriction avec les enquêteurs durant toute la procédure.

Le droit de la concurrence

Les comportements considérés comme des « restrictions illicites à la concurrence »

En substance, le droit de la concurrence (ou droit des cartels) interdit aux entreprises d'adopter deux sortes de comportements, considérés comme des « restrictions illicites à la concurrence »:

L'interdiction des cartels. Un « cartel » est un accord (avec ou sans force obligatoire), passé entre des entreprises qui occupent des échelons du marché identiques (accord horizontal) ou différents (accord vertical), qui vise ou entraîne une restriction de la concurrence sur un marché donné. Les cartels sont illicites s'ils affectent de manière notable la concurrence sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique ou s'ils conduisent à la suppression d'une concurrence efficace. Sont présumés illicites, parce qu'ils portent une atteinte particulièrement grave à la concurrence, les accords horizontaux par lesquels les entreprises fixent les prix, restreignent les quantités ou se répartissent des territoires ou des clients (cartels dits « rigides ») ainsi que les accords verticaux qui imposent un prix de revente ou octroient des exclusivités territoriales absolues.

L'abus de position dominante. Le droit de la concurrence limite la liberté des entreprises qui disposent d'une position dite « dominante ». Une position dominante se définit comme une position de force sur un marché, qui permet à une entreprise de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). La LCart n'interdit pas d'acquérir ou de disposer d'une telle position de force, ni même d'en user; mais il est interdit d'en abuser. Sont abusives, en règle générale, les pratiques par lesquelles l'entreprise dominante entrave l'accès à la concurrence ou son exercice (p.ex. refus de livrer un client, rabais de fidélité, obligation d'achat exclusif) ou exploite sa position au détriment de ses partenaires commerciaux (p.ex. imposition de prix inéquitable), à moins qu'elles puissent être objectivement justifiées.

Références

- [1] Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), du 6 octobre 1995 (RS 251).
- [2] « Notice sur le déroulement des perquisitions », du 20 mai 2010 (disponible sous: www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=fr).
- [3] Le Secrétariat de la ComCo a publié un « Aide-mémoire: Secrets d'affaires » du 30 avril 2008, qui précise comment les autorités de la concurrence doivent traiter les secrets d'affaires au cours de leurs enquêtes (cet aide-mémoire est disponible sous le lien mentionné à la note 2).
- [4] En avril 2009, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de loi fédérale prévoyant notam-

ment d'instaurer un secret professionnel restreint pour les juristes d'entreprises. Au vu des résultats de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a cependant renoncé, en date du 4 juin 2010, à faire élaborer un projet de loi en ce sens.

- [5] Voir la décision de la ComCo du 6 juillet 2009, « Elektroinstallationsbetriebe Bern », DPC 2009/3, p. 196 ss, où diverses tentatives d'obstruction à la perquisition (dissimulation d'un classeur, destruction de données électroniques) ont valu 10 % d'augmentation du montant de l'amende à chacune des entreprises concernées.

Informations sur les auteurs

Pascal G. Favre est avocat, docteur en droit. Il conseille des entreprises suisses et étrangères dans les domaines du droit de la concurrence, de l'énergie, des contrats et du droit commercial. Pascal G. Favre est également l'auteur de nombreux articles et contributions juridiques dans ses domaines de spécialisation. Il est associé au sein de l'Etude Tavernier Tschanz, à Genève.

Tavernier Tschanz, 1206 Genève,
favre@taverniertschanz.com

Jérôme Levrat est avocat et rédige actuellement une thèse de doctorat. Ses domaines de spécialisation couvrent le droit des contrats, le droit commercial, de la concurrence et de l'énergie. Il est collaborateur au sein de l'Etude Tavernier Tschanz, à Genève.

Tavernier Tschanz, 1206 Genève,
levrat@taverniertschanz.com

Zusammenfassung

Hausdurchsuchungen im Wettbewerbsrecht

Welche Massnahmen soll ein Unternehmen treffen? Welche Strategie ist zu wählen?

Seit der Revision des Kartellgesetzes von 2003 kann die Wettbewerbsbehörde eine Hausdurchsuchung durchführen, wenn Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen das Kartellgesetz vorliegen. Mit einer Reihe von Massnahmen kann sich ein Unternehmen auf diese Eventualität vorbereiten. Ein «Compliance-Programm» hilft grundsätzlich, die Risiken eines Verstosses gegen das Kartellgesetz zu minimieren. Als weitere Massnahme empfiehlt sich, die Mitarbeiter im Hinblick auf eine Durchsuchung zu instruieren und ein spezielles Team zusammenzustellen.

Kommt es zu einer Durchsuchung, gilt es, den Unternehmensanwalt aufzubieten. Die Mitarbeiter haben grundsätzlich das Recht, auf Fragen die Aussage zu verweigern. Beschlagnahme die Wettbewerbsbehörde Originaldokumente, ist es bedeutsam, für den internen Gebrauch Kopien anzufertigen. In beschlagnahmten Dokumenten sind die Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, welche die Behörde nicht an Dritte weitergeben darf. Im Bezug auf das Anwaltsgeheimnis gilt es zu beachten, dass dieses nur in Bezug auf externe Anwälte, nicht aber für Unternehmensjuristen gilt. Es ist daher ratsam, kartellrechtliche relevante Angelegenheiten mit einem externen Anwalt zu beraten und diesem sensible Unterlagen zur Aufbewahrung zu übergeben.

Nach einer Hausdurchsuchung findet von Vorteil ein Debriefing statt. Es lohnt sich, in der Praxis Gefahr einzuschätzen, dass tatsächlich ein Kartellrechtsverstoss vorliegt. Börsennotierte Unternehmen haben sich zu überlegen, ob sie aufgrund der Bestimmungen über die Ad hoc-Publizität über die Durchsuchung informieren müssen.

Mn

Anzeige

Tom Frey, Key Account Manager
«Veränderung bedeutet Flexibilität und die Bereitschaft, neue Routen zu finden»

ihre partner für
1to1
 energy

Die Liberalisierung im Strommarkt setzt Impulse frei und eröffnet neue Chancen. Wir verstehen sie als Aufforderung, uns dynamisch weiterzuentwickeln. Dazu sind wir auf engagierte Mitarbeitende angewiesen, wie beispielsweise Tom Frey. Als Key Account Manager findet er flexibel die richtigen Routen zum Erfolg – und trägt so zur Unternehmensentwicklung bei.

Bei der BKW-Gruppe sorgen 2800 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter heute dafür, dass bei mehr als einer Million Menschen zuverlässig der Strom fliesst. Gehören Sie morgen dazu? Wir freuen uns, wenn Sie mit uns die Zukunft angehen.

BKW FMB Energie AG, Human Resources Management, Telefon 031 330 58 68,
 info@bkw-fmb.ch, www.bkw-fmb.ch/karriere

BKW®