

Comment réagir à une perquisition par la Comco ?

Dominique GUEX, LL.M., Avocat au Barreau
Chargé de cours à la HEG ARC - Neuchâtel

Une perquisition ? Cela arrive ...

- Plus de 100 perquisitions en 10 ans (Comco, 14 avril 2016) !
- Les plus récentes:
 - 31 mai 2016: deux fabricants d'essence alkylée
 - 15 février 2016: une dizaine de zingueries en suisse-orientale et suisse romande
 - Mais aussi: des entreprises de gravier et de décharges dans le canton de Berne en 2015...
 - ... ou des sociétés et leasing automobiles en 2014, etc.
- Des grandes entreprises, mais aussi des moyennes... et des (très) petites !

Perquisition... de quoi parle-t-on ?

- Quoi ?
 - «*Les autorités en matière de concurrence peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction*» (art. 42 al. 2 Lcart; art. 45-50 DPA)
- Quand ?
 - En cas de soupçons «fondés» de violation(s) de la Loi sur les cartels (accords horizontaux ou verticaux, abus de position dominante). Au petit matin... («dawn raid»)
- Qui ?
 - Enquêteurs du secrétariat de la Comco, policiers, informaticiens, officier public (sur mandat d'un membre de la présidence de la Comco)
- Où ?
 - Locaux de l'entreprise, de tiers, domicile privé, véhicules, etc. Fouille personnelle ?

«Accueil» des enquêteurs

- Calme, courtois et professionnel -> pas d'obstruction !
- Réception doit savoir qui prévenir: le plus haut cadre présent et les autres répondants nécessaires
- «Equipe» de réponse doit avoir été constituée et formée
- Mettre à disposition un local pour les enquêteurs ainsi que l'infrastructure nécessaire (photocopieuses, etc.)
- Vérifier l'identité des enquêteurs (art. 49 al. 1 DPA)
- Toujours accompagner les enquêteurs (si possible)

Mandat de perquisition

- Vérifier si les conditions d'une perquisition sont remplies :
 - Soupçon fondé de violation de la Loi sur les cartels (pas de «fishing expedition»), ouverture simultanée d'une enquête selon art. 27 Lcart
 - Probabilité que des moyens de preuve puissent être découverts
 - Respect du principe de la proportionnalité
- Vérifier le contenu du mandat:
 - Motif de la perquisition énoncé et mention des moyens de preuve à chercher
 - Date de la perquisition et description des entreprises et lieux géographiques concernés
 - Décision de saisie / séquestre des papiers et objets concernés
 - Signature d'un membre de la présidence de la Comco (art. 42 al. 2 Lcart)

Voies de recours

- Contre le mandat / la décision de perquisition:
 - Au TAF, possible en théorie (décision incidente art. 5 al. 2 PA), mais...
 - ... en pratique, pas d'effet suspensif (art. 55 al. 2 PA), donc pas/plus d'intérêt actuel ou de dommage irréparable, même si disputé
- Contre la décision de saisie / le pv de saisie:
 - Au TAF, puis éventuellement au TF (recours en matière de droit public)
- Opposition à la perquisition de papiers -> l'on y revient

Droit à un avocat

- Oui, mais les enquêteurs n'ont pas l'obligation d'attendre son arrivée
- Savoir qui contacter
- Veiller à ce que les documents déjà saisis/copiés soient mise de côté en attendant son arrivée
- L'informer immédiatement de tout ce qui s'est passé avant son arrivée
- Discussion sur la «stratégie» à suivre ...

Stratégie de comportement

- Obligation de «tolérer» la perquisition
 - Donner accès aux locaux, coffres, systèmes informatiques (mots de passe)
 - Ne rien détruire, déplacer, cacher...
- Collaborer plus activement au travail des enquêteurs ?
 - Remise proactive de documents et moyens de preuve (backups, etc.), réponses aux questions matérielles des enquêteurs en cas d'audition
 - Peut éventuellement permettre une réduction de la sanction, éviter la saisie de documents/supports informatiques, accélérer le processus
 - Mais risque de mettre en évidence certains moyens de preuve, et d'affaiblir le droit à ne pas s'auto-incriminer

Stratégie ... (suite)

- Requérir l'application du programme de clémence ?
 - Auto-dénonciation encore possible pendant la perquisition, mais conditions plus strictes
 - Que font les autres ?

Dilemme du prisonnier			
		Avoue	Nie
	Avoue	3 ans de prison chacun	1er individu : 5 ans 2ème individu : libre
	Nie	1er individu : libre 2ème individu : 5 ans	1 an de prison chacun

Saisie de documents papier

- Enquêteurs ont le droit de saisir les originaux
- Veiller à garder des copies de tout ce qui a été saisi
- Signaler et noter lorsqu'un document saisi paraît clairement non pertinent au vu de l'objet et du but de l'enquête
- Indiquer les secrets d'affaires contenu dans les documents saisis
- Indiquer les documents de correspondance entre l'entreprise et son/ses avocat(s) externe(s)
- Si couvert par le secret professionnel (ou non-pertinent) -> opposition (art. 50 al. 3 DPA)

Saisie de données électroniques

- Enquêteurs ont le droit d'accéder aux systèmes et serveurs informatiques
- Mêmes remarques que par rapport à la saisie de documents papier
- Serveurs situés à l'étranger:
 - Oui selon Secrétariat de la Comco («principe de l'accès»)
 - Non, ou à tout le moins très critiquable, si inaccessible autrement et situé dans un pays hors UE ?

Triage des données électroniques

- Examen des données par le Secrétariat de la Comco au moyen d'un logiciel forensique
- Droit d'y assister (art. 50 al. 3 DPA) et de former opposition
- Elimination préalable ou en parallèle des données protégées
- Elimination des documents clairement non pertinents
- Entreprise informée du résultat -> maintien/retrait oppositions

Opposition (art. 50 al. 3 DPA)

- Si documents / données informatiques:
 - Protégés par le secret professionnel des avocats (cf. ci-après)
 - Eventuellement si non-pertinents pour l'enquête
 - A formuler immédiatement et faire consigner au procès-verbal (papier) ou durant/à l'issue du triage (données électroniques)
 - Examen sommaire par les enquêteurs
 - Les documents / supports de données sont placés sous scellés
 - Discussions informelles avec l'autorité sur une levée des scellés
 - Si opposition maintenue -> décision par le Tribunal pénal fédéral
 - Recours en matière pénale au TF possible (art. 78ss LTF)
- En cas de doute, toujours former opposition !

Secret professionnel des avocats

- Protège la correspondance entre un avocat et son client ainsi que les documents établis par l'avocat pour son client (art. 50 al. 2 DPA)
- Attention! Uniquement les avocats externes indépendants inscrits au barreau, pas les juristes d'entreprise, même titulaires du brevet d'avocat – à anticiper !
- Avocats inscrits en Suisse ou dans un pays membre de l'UE ou AELE
- Pas les avocats inscrits dans des pays tiers ? Discutable...!
- C'est l'identité de l'auteur et du destinataire qui compte, peu importe les qualificatifs utilisés (mention «privileged»)

Secret professionnel des avocats (suite)

- Protège les données concernées où qu'elles se trouvent – chez l'avocat ou auprès de l'entreprise (art. 264 CPP)
- Protège les données concernées indépendamment du support sur lequel elles se trouvent (courriers, emails, sms, messages vocaux, etc.)
- Mais uniquement les données originales, pas les «produits dérivés»
- Vérification par le Secrétariat de la Comco ?
- Non-protégé: activité non-traditionnelle de l'avocat, abus de droit, complicité de l'avocat

Découvertes fortuites

- Preuves d'une autre infraction sont découvertes durant la perquisition:
 - Si violation de la loi sur les cartels -> utilisable si conditions pour une perquisition auraient été remplies
 - Si violation d'une autre disposition légale -> transmission aux autorités concernées si infraction grave, avant tout si pénal

Transmission de documents à l'UE

- Accord bilatéral de coopération entre la Suisse et l'Union européenne
- Preuves récoltées par des perquisitions d'un côté ou de l'autre de la frontière dans le cadre d'enquêtes visant les mêmes faits peuvent être échangées, à certaines conditions (cf. not. art. 42a Lcart)
- A anticiper suivant l'importance de ces preuves et les risques encourus dans l'Union européenne et/ou ses pays membres dans le cadre de procédures en droit de la concurrence
- Mais aussi en fonction des risques d'usages autres au niveau des pays membres

Interrogatoires

- Auditions peuvent être effectuées durant la perquisition
- Les parties, soit les organes formels ou de faits de la société, ont le droit de refuser de s'exprimer si cela aurait pour conséquence une auto-incrimination de la société qu'ils représentent
- Les témoins n'ont pas ce droit (règles «standard» sur refus de témoigner s'appliquent)
- Problème: pas toujours évident de distinguer entre ces deux qualités!
 - Employés actuels et anciens de la société ?
 - Proches collaborateurs ?
 - Membres du service juridique ?

Interrogatoires (suite)

- Se faire assister d'un avocat – c'est un droit
- Pour les témoins, cela ne peut pas être le même avocat que pour l'entreprise visée
- Droit d'attendre l'arrivée de l'avocat et de s'entretenir avec lui au préalable
- Cas particuliers:
 - Peut-on toujours refuser d'auto-incriminer l'entreprise si celle-ci a collaboré avec l'autorité (renonciation tacite au principe «nemo tenetur») ?
 - En cas d'application du programme de clémence, coopération pleine et entière nécessaire, implique la renonciation à ce droit

Résumé

- Réagir n'est pas suffisant – anticipation !
- Avoir une équipe organisée
- Rester calme et professionnel
- Connaître les droits de l'entreprise
- Ne rien détruire ou cacher
- S'opposer à la saisie de documents ou données au moindre doute sur leur caractère privilégié, idem pour documents clairement non pertinents
- Si possible... ne pas en arriver là ! Mettre sur pieds un «programme de conformité» permettant de réduire les risques de violation de la Lcart

Merci pour votre attention !

Des questions ?

Dominique Guex
Bourgeois Avocats SA
Av. de Montbenon 2
Case postale 5475
1002 Lausanne
021/321.45.45 – dominique.guex@bourgeoisavocats.com
www.bourgeoisavocats.com