



## Note du Secrétariat de la COMCO

### Sélection d'instruments d'enquête

du 06 janvier 2016

#### A. But

1. La présente note expose la procédure suivie par le Secrétariat au cours de ses investigations, notamment dans l'exécution des mesures d'enquête selon l'art. 42 LCart, soit ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 al. 2 LCart) ainsi que procéder à des auditions (art. 42 al. 1 LCart). De plus, l'obligation de renseigner selon l'art. 40 LCart sera abordée.

#### B. Perquisitions

##### 1. Dispositions légales

2. Selon l'art. 42 al. 2 LCart les autorités en matière de concurrence peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction. Les art. 45 à 50 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0) sont applicables par analogie à ces mesures de contrainte.

3. Les perquisitions et saisies sont ordonnées selon l'art. 42 al. 2 LCart, sur demande du Secrétariat, par un membre de la présidence (=mandat de perquisition).

##### 2. Déroulement sur place

###### a. Début de la perquisition

4. La loi prévoit qu'au début de la perquisition, le fonctionnaire enquêteur doit justifier de sa qualité et doit informer l'occupant des locaux du motif de la perquisition (art. 49 al. 1 et 2 DPA).

- Le fonctionnaire enquêteur est la personne qui dirige les collaborateurs du Secrétariat responsables pour la perquisition (=chef d'équipe).
- Pour les personnes morales, l'occupant des lieux est le directeur ou la directrice de l'entreprise (CEO), respectivement la personne présente hiérarchiquement la plus élevée dans l'entreprise. Cette personne est l'interlocuteur principal pour le Secrétariat (= responsable de l'entreprise).

5. Selon la pratique du Secrétariat, le chef d'équipe transmet et explique les documents suivants au responsable de l'entreprise :

- *Un double du mandat de perquisition* (art. 49 al. 4 DPA). Le mandat de perquisition mentionne les moyens de preuves à rechercher et à saisir.

- *La communication d'ouverture d'enquête selon l'art. 27 LCart.* En règle générale, la remise de la lettre d'ouverture a lieu en même temps que l'exécution de la perquisition. Le motif de la perquisition figure notamment dans ce document.
- *L'indication des voies de recours avec toutes les dispositions de droit matériel et de procédure pertinentes.* Le chef d'équipe le rend spécifiquement attentif à la possibilité de faire opposition selon l'art. 50 al. 3 DPA.
- *La Note explicative et formulaire du Secrétariat sur le programme de clémence.* Selon la pratique des autorités de la concurrence, il est également possible de faire valoir une auto *dénonciation* lors des perquisitions (voir n. 30 de la note explicative du programme de clémence).

6. Les documents transmis sont mentionnés sous forme de liste sur la première page du procès-verbal de la perquisition et de la saisie.

7. Selon l'art. 49 al. 2 DPA, les collaborateurs du Secrétariat en charge de la perquisition doivent être accompagnés par un *officier public* désigné par l'autorité cantonale compétente afin d'assister à la perquisition. En règle générale, il s'agit d'un représentant d'une autorité locale (p. ex : le Ministère public ou l'office des poursuites). Cet officier est en charge de veiller à ce que les mesures ne s'éloignent pas de leur but. L'officier est présenté au responsable de l'entreprise et il lui est demandé, s'il souhaite sa présence ou s'il préfère y renoncer. Une renonciation immédiate sera consignée sur la première page du procès-verbal de perquisition et de la saisie. Une renonciation à la présence de l'officier public peut également intervenir par après, en tout temps.

**b. Aucune attente de l'arrivée d'un avocat**

8. L'entreprise concernée par une perquisition a le droit d'obtenir l'assistance d'un avocat.

9. S'il n'y a aucun avocat présent sur place, les collaborateurs du Secrétariat en charge de la perquisition n'attendent pas sa venue pour débiter la perquisition, respectivement pour procéder à la mise en sûreté de documents ou de données électroniques. Les moyens de preuve découverts en l'absence de l'avocat seront mis de côté afin qu'il puisse, lors de son arrivée, en prendre connaissance, s'exprimer sur leur contenu et, le cas échéant, demander la mise sous scellés.

**c. Perquisition**

10. L'équipe en charge de la perquisition a le droit, selon l'art. 48 al. 1 DPA, de procéder à la perquisition dans tous les locaux, qu'il s'agisse de locaux de l'entreprise ou de locaux privés, de même qu'auprès des parties à la procédure ou de tiers. Tous les contenants s'y trouvant peuvent également faire l'objet d'une perquisition (p. ex : armoires, tables de bureau, coffres-forts). L'équipe en charge de la perquisition a également le droit de procéder à la perquisition de lieux publics (p. ex : jardins, places de parc) et de véhicules.

11. En outre, les collaborateurs du Secrétariat sont compétents pour procéder à la *perquisition visant des papiers* selon l'art. 50 al. 3 DPA. Cela comprend tous types d'enregistrements, qu'ils soient sur papier ou sur tout autre support de données et indépendamment du fait qu'il s'agisse de documents écrits ou d'autres enregistrements tels que des photos, des vidéos ou des enregistrements audio.

12. Dans le domaine des données électroniques, l'autorisation de procéder à la perquisition s'étend à toutes données accessibles dans les locaux perquisitionnés (*principe de l'accès*).

13. Pendant toute la durée de la perquisition, le Secrétariat respecte le *principe de proportionnalité* et fait en sorte de restreindre autant que possible l'atteinte portée aux affaires de l'entreprise et de veiller aux intérêts légitimes de celle-ci.

14. Si certains locaux ne peuvent être immédiatement perquisitionnés, ils seront mis sous scellés afin garantir la saisie des moyens de preuve potentiels s'y trouvant. En pratique, le Secrétariat ferme la porte à l'aide de scellés, de manière à ce qu'elle ne puisse être ouverte sans les endommager. Afin d'empêcher que les scellés soient brisés par erreur, un signal stop sera accroché de manière visible sur la porte.

15. Celui qui aura enlevé, brisé ou qui aura déjoué l'effet d'une marque officielle (= *bris de scellés*), sera puni selon l'art. 290 CP d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

#### **d. Droits et obligations des personnes concernées**

16. Selon l'art. 49 al. 2 DPA, l'occupant des lieux est appelé à assister à la perquisition. Il détient ainsi un *droit de participation*. Cette participation ne constitue cependant pas une condition de validité pour la perquisition. Il n'existe également aucune obligation de participation à la perquisition. Dans la pratique, le Secrétariat demande également au responsable de l'entreprise ainsi qu'aux personnes dont les places de travail font l'objet d'une perquisition d'assister à la perquisition.

17. Dans le cas où la perquisition vise des papiers ou d'autres enregistrements, le « détenteur des papiers » a le droit, avant la perquisition, conformément à l'art. 50 al. 3 DPA, de s'exprimer sur leur contenu. Il n'existe cependant aucune obligation. Le *droit de s'exprimer* permet à la personne concernée d'indiquer si p. ex. un papier est de nature privée (art. 50 al. 1 DPA) ou s'il existe une interdiction de perquisition et de saisie (art. 50 al. 2 et art. 46 al. 3 DPA). En pratique, le Secrétariat octroie le droit de s'exprimer au responsable de l'entreprise ainsi qu'aux collaborateurs dont les papiers sont perquisitionnés.

18. Les personnes concernées ont un *devoir de tolérer* la perquisition, c'est-à-dire qu'ils doivent accepter la perquisition et ne peuvent l'empêcher ou l'entraver. Ce devoir de tolérer implique le fait d'assurer l'accès aux locaux, contenants et systèmes informatiques qui font l'objet d'une perquisition, p. ex. en ouvrant les portes et les coffres forts ainsi qu'en dévoilant les mots de passe.

19. Les violations du devoir de tolérer peuvent remplir les éléments constitutifs de l'infraction pénale d'*empêchement d'accomplir un acte officiel* (art. 286 CP). Celui qui aura rendu difficile, ralenti ou empêché une autorité d'accomplir un acte entrant dans ses fonctions sera puni d'une peine pécuniaire de 30 jours-amende au plus. Il y a empêchement d'accomplir un acte officiel, lorsque l'équipe en charge de la perquisition n'a pas été autorisée à pénétrer dans les locaux à perquisitionner ou lorsque des moyens de preuves ont été détruits, effacés ou dissimulés. Dans ces cas, le Secrétariat se réserve le droit de déposer une plainte pénale. Les violations du devoir de tolérer peuvent, de plus, être prises en considération dans le cadre du calcul du montant de la sanction cartellaire en tant que circonstances aggravantes au sens de l'art. 5 al. 1 lit. c OS LCart.

20. Les personnes concernées n'ont pas d'*obligation de coopérer*. Elles ne sont pas obligées de participer activement à la perquisition. Des indications pertinentes sur p. ex. des locaux, des systèmes d'archivage ou informatiques permettent de diminuer la durée de la perquisition et ainsi limiter le dérangement engendré dans la marche des affaires de l'entreprise. Une obligation de coopérer existe lorsque l'entreprise décide de participer au programme de clémence selon l'art. 40 al. 2 LCart en relation avec l'art. 8 ss. OS LCart, afin de bénéficier d'une réduction totale ou partielle de la sanction (art. 8 al. 2 lit. C OS LCart).

## **e. Correspondance de l'avocat**

21. Selon l'art. 50 al. 2 DPA, « la perquisition doit être opérée de manière à sauvegarder le secret de fonction, ainsi que les secrets confiés aux ecclésiastiques, avocats, notaires, médecins, pharmaciens, sages-femmes et à leurs auxiliaires, en vertu de leur ministère ou de leur profession ». Le *secret professionnel de l'avocat* joue en particulier un rôle dans la pratique.

22. L'art. 46 al. 3 DPA concrétise l'interdiction d'opérer des perquisitions et des saisies en relation avec le secret professionnel de l'avocat de la manière suivante : « Il est interdit de séquestrer les objets et les documents issus de contacts entre une personne et son avocat, si celui-ci est autorisé à pratiquer la représentation en justice devant les tribunaux suisses en vertu de la loi du 23 juin 2000 sur les avocats et n'a pas le statut de prévenu dans la même affaire ». Il en résulte les conditions suivantes, afin qu'un document soit protégé d'une perquisition ou une saisie :

- *Les avocats qui sont habilités à pratiquer la représentation devant les tribunaux suisses selon la LLCA* : selon cette disposition, la correspondance avec les juristes d'entreprises non titulaires de brevet d'avocats n'est d'emblée pas protégée. Les avocats d'entreprises sont également exclus du champ de protection selon l'art. 8 al. 1 LLCA. Est protégée la correspondance avec des avocats inscrits à un registre cantonal des avocats (art. 4 LLCA), de même que les ressortissants d'Etats membres de l'UE ou de l'AELE qui sont autorisés à pratiquer le métier d'avocat dans leur pays d'origine. Cela signifie donc que la correspondance avec des avocats d'autres Etats que ces derniers n'est pas protégée.
- *Activité spécifique au métier* : seule est protégée la correspondance dans le cadre de l'activité spécifique à la profession de l'avocat, dont font notamment partie la représentation en justice et le conseil juridique. Le secret professionnel ne s'étend pas aux faits dont l'avocat a pris connaissance dans le cadre d'une activité non professionnelle. Sont considérées comme activités non professionnelles, les activités pour lesquelles l'élément commercial prévaut, en particulier celles opérées généralement par les banques, les fiduciaires ou les gestionnaires de fortune. Sont notamment considérés comme étrangers à la profession d'avocat, la gestion de fortune, les mandats au sein de conseils d'administration, la direction ou le Secrétariat d'une association professionnelle, le courtage, la médiation ou les mandats d'encaissement. Enfin, les faits dont l'avocat a pris connaissance lors d'une activité privée, politique ou sociale ne sont pas protégés.
- *Documents créés dans le cadre d'un mandat* : Appartiennent aux documents, non seulement la correspondance au sens classique comme les lettres ou emails, mais aussi les notes prises par l'avocat, les expertises juridiques faites avant une procédure, les procès-verbaux d'entretien, des documents stratégiques, les projets de contrats ou d'arrangement. Est décisif pour la protection, le fait que les documents matérialisent la communication qui ressort des relations de confiance protégées. En revanche, les moyens de preuves préexistants, qui à l'origine n'ont pas été établis pour l'avocat, ne sont pas protégés, même si, ils lui ont été transmis (p. ex sous forme d'annexes ou de documents attachés à un email).
- *Avocat non incriminé personnellement*. De manière exceptionnelle, aucune protection n'est accordée lorsque l'avocat est lui-même incriminé, c'est-à-dire lorsqu'il est impliqué dans une violation de la loi sur les cartels.

23. La correspondance de l'avocat est protégée indépendamment du moment de sa création et *indépendamment du lieu* où elle se trouve. En d'autres termes, elle est protégée aussi bien à l'étude de l'avocat qu'au sein de l'entreprise.

24. Si la protection du secret professionnel de l'avocat est invoquée, une perquisition des documents en tant que telle est exclue, mais non *un court examen et un contrôle sommaire* destinés à déterminer si elle a été invoquée à juste titre.

#### **f. Opposition et mise sous scellés**

25. Le « détenteur des papiers », c'est-à-dire le responsable de l'entreprise et les collaborateurs concernés, détiennent un *droit d'opposition* contre la perquisition visant des papiers et d'autres enregistrements (art. 50 al. 3 DPA). S'il est fait opposition, les papiers seront mis sous scellés et déposés en lieu sûr, la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral statuant sur l'admissibilité de la perquisition. L'opposition sert notamment à protéger les documents pour lesquels il existe, selon le « détenteur des papiers », un empêchement de perquisitionner.

26. L'opposition doit être formulée immédiatement ou au plus tard à la fin de la perquisition. A cet égard, l'opposition peut être formulée contre certains documents ou de manière générale contre la perquisition visant l'ensemble des papiers et enregistrements. L'opposition peut avoir lieu par oral ou par écrit. Dans la pratique du Secrétariat, l'opposition peut être formulée en cochant la case correspondante dans le procès-verbal de la perquisition ou de la saisie.

#### **g. Séquestre de documents papiers**

27. Pour le séquestre, il suffit d'une potentielle aptitude à prouver, c'est-à-dire la possibilité qu'un document soit apte directement ou indirectement à amener la preuve du fait ou des circonstances y relatives. Il est dans la nature de ce moyen de contrainte qu'au sein des documents séquestrés, certains s'avèrent par la suite non pertinents.

28. Le Secrétariat a la compétence de procéder au séquestre des *documents originaux*. Dans la pratique, le Secrétariat dispose de scanners et s'efforce, dans la mesure où le temps et la technique le permettent, de numériser les documents ou, le cas échéant, de les photocopier, afin qu'une grande partie des originaux puisse être laissée dans l'entreprise.

29. Les documents séquestrés seront désignés dans le procès-verbal de perquisition et de séquestre (cf. art. 47 al. 2 DPA). Le « détenteur des papiers » en reçoit la copie (art. 47 al. 1 DPA). Dans la pratique, la copie des documents scannés est remise sous forme électronique.

30. Le séquestre peut être exécuté par la contrainte. Si un objet est séquestré, *la soustraction d'objet mis sous main de l'autorité* selon l'art. 289 CP est punissable d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

#### **h. Séquestre de données électroniques**

31. Selon la pratique du Secrétariat, les données électroniques ne sont pas perquisitionnées sur place, mais seulement sécurisées. Cela signifie que le Secrétariat prend connaissance du contenu des données électroniques uniquement dans ses locaux à l'aide d'un logiciel spécifique (forensique). La saisie ne fait pas disparaître le droit de participation du détenteur des données. Cela signifie qu'il dispose toujours du droit d'assister à la perquisition des données dans les locaux du Secrétariat (voir plus bas ch. 36 ss.)

32. La sécurisation sur place s'effectue soit par le séquestre du support original des données ou par la création d'un duplicata (miroir/image) ou d'une copie.

33. Il existe la possibilité, de faire opposition contre la perquisition des données selon l'art. 50 al. 3 DPA. Dans ce cas, le support de données est mis sous scellés (voir plus haut n. 25 s.)

#### ***i. Levée des scellés***

34. Lorsque des documents papiers et/ou des données électroniques sont mis sous scellés, la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral est compétent pour leur levée (art. 50 al. 3 DPA). Le Tribunal pénal fédéral contrôle en premier lieu la licéité de la perquisition et retire ensuite les documents protégés par le secret professionnel.

35. La procédure de levée des scellés est initiée par une demande du Secrétariat. Selon la pratique de l'autorité, avant que la demande de levée de scellés ne soit envoyée, l'entreprise concernée est interrogée sur son intention de maintenir les scellés ou sur la possibilité pour le Secrétariat de procéder, avec son aide, à une élimination des documents protégés (*levée informelle de scellés*).

### **3. Analyse des données par le Secrétariat**

#### ***a. Déroulement général***

36. Selon l'art. 50 al. 3 DPA, le « détenteur des papiers » est, avant la perquisition et à chaque fois que cela est possible, mis en mesure d'en indiquer le contenu. Cela signifie que l'entreprise a le droit d'assister à l'exploitation des données électroniques dans les locaux du Secrétariat par le biais de son représentant et/ou de son avocat. La participation est libre, l'entreprise peut également y renoncer.

37. Afin de procéder à l'élimination des secrets professionnels, le Secrétariat a développé deux manières de procéder : la première possibilité consiste en un pré-triage spécifique des documents protégés avant l'analyse des données. La deuxième possibilité consiste à éliminer des documents protégés *ad hoc* pendant toute la durée de la recherche. Dans les deux cas les données doivent être préparées d'un point de vue technique, afin que le triage ou l'analyse la perquisition puisse être effectué.

38. A la fin de l'analyse – qui requiert un temps important - l'entreprise sera informée des documents électroniques que le Secrétariat a considérés comme potentiellement pertinents. A ce moment-là, l'entreprise a dans tous les cas la possibilité (c'est-à-dire également si elle a renoncé à assister à la recherche) de s'exprimer sur le contenu et de former opposition pour la protection des secrets professionnels. En même temps, les secrets d'affaires, qui selon l'entreprise sont à caviarder, peuvent être indiqués.

#### ***b. Préparation des données***

39. Au cours de cette première étape, les données sécurisées sont copiées sur un serveur du Secrétariat dédié uniquement à l'analyse forensique et qui est séparé du reste du réseau du Secrétariat.

40. Les données copiées (*copie de travail*) seront ensuite indexées par un logiciel forensique, ce qui signifie qu'elles seront préparées de façon automatisée pour une recherche ultérieure. *L'indexation* a notamment pour conséquence de permettre la recherche des données par mots clés. Tant la création des copies de travail sur le serveur que le processus d'indexation peuvent être opérés sans qu'il soit pris connaissance du contenu des données.

41. La phase de préparation des données se termine par un *contrôle final* du processus. Ce contrôle garantit que toutes les données ont été correctement copiées et indexées et que tous les formats des données soient lisibles et puissent faire l'objet d'une recherche. Ce contrôle requiert un bref accès aux données, afin de vérifier au moyen d'un mot-clé quelconque, que la recherche fonctionne.

42. La préparation des données ainsi que le contrôle final du processus sont exécutés par des spécialistes IT du Secrétariat, qui ne sont pas en charge du traitement juridique du cas.

**c. La variante du pré-triage**

43. Le pré-triage a lieu avant que les données électroniques ne soient mises à disposition des responsables du cas (Case Team). Le pré-triage a lieu en présence du représentant de l'entreprise, respectivement de son avocat et est mené par des collaborateurs du Secrétariat qui ne sont pas membres du Case Team. Ils s'engagent à traiter les données dont ils ont eu connaissance lors du pré-triage de manière confidentielle.

44. Le pré-triage nécessite la collaboration de l'entreprise. Elle doit désigner les documents qui pourraient être couverts par un secret professionnel. L'entreprise devrait au moins pouvoir donner des mots-clés permettant de retrouver ces documents (p. ex par le nom de l'avocat ou du cabinet d'avocats, dont la correspondance se trouve dans la base de données).

45. Les documents pour lesquels une protection est demandée en raison d'un secret professionnel seront examinés par les collaborateurs du Secrétariat affectés à cette tâche. En cas d'accord des collaborateurs du Secrétariat sur la protection d'un document, il sera effacé, une copie étant remise au préalable à l'entreprise. En cas de désaccord sur la protection d'un document, celui-ci sera exporté et copié sur deux supports externes qui seront ensuite mis sous scellés. Le document sera ensuite supprimé de la copie de travail sur serveur. Si le Secrétariat souhaite avoir accès aux documents mis sous scellés, il doit introduire une procédure de levée de scellés au Tribunal pénal fédéral. Un des deux supports de données sera alors envoyé au Tribunal pénal fédéral, l'autre restera en possession du Secrétariat pour des raisons de sécurité. L'entreprise reçoit, pour sa part, une copie non scellée des données litigieuses exportées.

46. Le pré-triage permet de retirer les documents pour lesquels il existe une interdiction de perquisition ou de saisie en raison d'un secret de fonction ou un secret professionnel. En outre, les documents qui sont *manifestement* de nature privée (p. ex des photos de vacances) seront retirés. La pertinence respectivement la non pertinence de documents pour la procédure ne seront pas discutés ou évalués lors de cette phase du pré-triage.

47. La durée du pré-triage dépend du nombre et de l'importance des documents examinés. Selon la pratique actuelle du Secrétariat, le pré-triage peut être effectué en un à deux jours environ.

48. Le pré-triage terminé, le Case Team reçoit l'accès au set des données sur le serveur et peut les examiner et les analyser. En pratique, les entreprises renoncent souvent après le pré-triage à être présentes lors de cette analyse.

**d. Variante ad hoc**

49. L'élimination des données *ad hoc* demande un plus grand investissement en temps que le pré-triage. Cette étape n'est nécessaire que si l'entreprise souhaite être présente pendant toute l'exploitation des données. L'élimination des données *ad hoc* est menée directement par le groupe responsable du cas.

50. Pendant la recherche des données, le représentant de l'entreprise ou l'avocat présent peut réagir directement lorsqu'un document est découvert et qui pourrait être couvert par le secret professionnel. En pareil cas, les collaborateurs du Secrétariat vont en prendre connaissance brièvement, comme cela est le cas lors de la découverte d'un document papier au cours d'une perquisition au sein de l'entreprise. En cas d'accord mutuel sur la nécessité de protéger ce document, il sera effacé. En cas de désaccord sur la nécessité de le protéger, il sera exporté et copié sur deux supports externes qui seront mis sous scellés. Le document sera ensuite supprimé de la copie de travail sur le serveur. Si le Secrétariat souhaite avoir accès aux documents mis sous scellés, il doit introduire une procédure de levée de scellés auprès du Tribunal pénal fédéral.

51. La durée de la recherche dépend de l'importance des données électroniques ainsi que de la complexité du cas. Elle peut durer plusieurs semaines. Entretemps, des problèmes techniques peuvent survenir, ce qui ralentit le processus ou peut, par exemple, conduire à une annulation à court terme d'un rendez-vous ou à une interruption de séance.

52. La planification et la réalisation de l'exploitation des données sont fixées de façon unilatérale par le Secrétariat. Cela concerne également la planification temporelle. Le Secrétariat communiquera en temps utile à l'entreprise à quelle date l'exploitation des données sera réalisée. Il appartient à cette dernière de s'organiser afin d'être présente au rendez-vous ainsi fixé et auquel elle a exprimé la volonté d'assister.

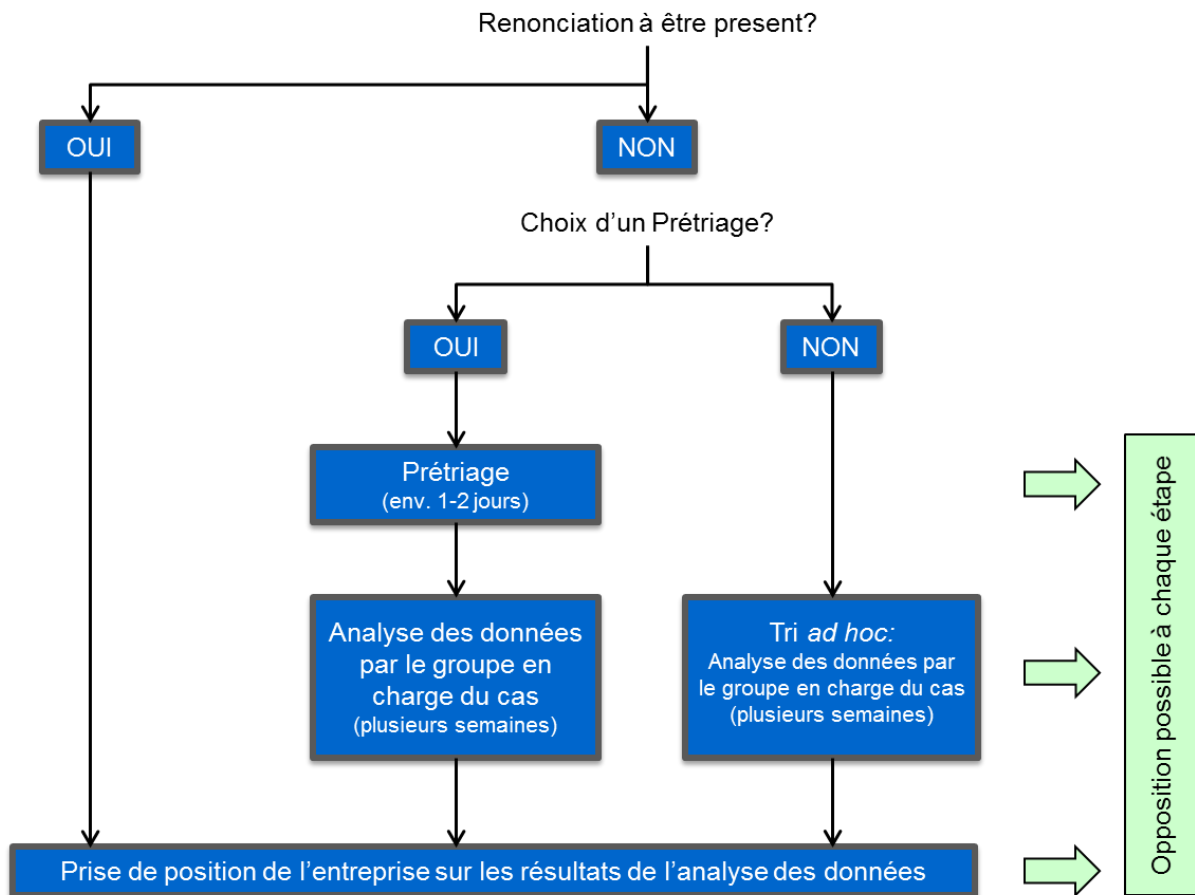
#### **e. *Résultat de l'analyse des données***

53. Au terme de l'analyse des données, l'entreprise aura la possibilité dans tous les cas – c'est-à-dire indépendamment du fait qu'elle ait assisté à un pré-triage ou à l'entier de la perquisition des données – de prendre position sur les données considérées par le Secrétariat comme pouvant constituer potentiellement des moyens de preuves. Au cours de cette dernière étape, l'entreprise a à nouveau le droit de s'opposer à la saisie d'un document au motif qu'il serait couvert par le secret professionnel. En même temps, elle est invitée à désigner tous secrets d'affaires qui, selon elle, doivent être caviardés.

#### **f. *Aperçu graphique***

54. Le graphique ci-dessous donne un aperçu des possibilités d'action des personnes concernées :





## C. Auditions

### 1. Généralités

#### a. Bases légales

55. Selon l'art. 42 al. 1 LCart, les autorités en matière de concurrence peuvent auditionner les personnes concernées par la procédure, c'est-à-dire les parties (=auditions des parties), mais aussi les tiers en tant que témoins (= audition de témoins).

#### b. Rôle procédural

56. Les enquêtes visent les entreprises, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique (art. 2 al. 1bis LCart). En pratique, la plupart des entreprises sont constituées en personnes morales. Les personnes morales agissent par leurs *organes formels et de fait*. Si une enquête est ouverte contre une personne morale, les organes formels et de fait sont auditionnés en tant que parties. Les actuels ou anciens collaborateurs de l'entreprise sont, par contre, auditionnés en tant que témoins.

**c. Convocation**

57. Les personnes sont convoquées à l'audition. La convocation indique les points suivants :

- *Rôle dans la procédure* : La convocation indique s'il s'agit d'une audition de partie ou de témoin.
- *Date et heure du début de l'audition* : Il est indiqué que l'audition peut durer plusieurs heures.
- *Lieu de l'audition* : en règle générale les auditions ont lieu dans les locaux du Secrétariat. Si elles ont lieu en même temps qu'une perquisition, d'autres lieux d'audition sont indiqués (p. ex à un poste de police proche ou en accord avec la ou les personnes concernées directement dans les locaux de l'entreprise perquisitionnée)
- *Objet de l'audition* : L'objet de l'audition est décrit brièvement. En outre, il sera indiqué dans le cadre de quelle procédure l'audition a lieu.

**d. Faire appel à un avocat**

58. La personne auditionnée a le droit de faire appel à un avocat. A noter que l'avocat d'une entreprise concernée par une perquisition ne peut pas être en même temps l'avocat d'un témoin (p. ex d'un collaborateur de l'entreprise sans fonction d'organe).

**e. Durée entre la convocation et l'audition**

59. Dans le cas où une audition a lieu pendant ou au terme d'une perquisition, la convocation est transmise en règle générale par le responsable de l'équipe en charge de la perquisition. Si la personne concernée veut faire appel à un avocat lors de l'audition - pour autant que cela soit nécessaire pour garantir une défense efficace – le temps entre la transmission de la convocation et l'audition ne devrait pas être inférieur à 4 heures.

60. Les convocations pour les auditions, qui n'ont pas lieu pendant ou au terme d'une perquisition, sont envoyées par lettre recommandée suffisamment à l'avance. Les ajournements ne sont possibles que pour des raisons impérieuses et justifiées (p.ex : accident, maladie, décès dans la famille).

**f. Déroulement de l'audition**

61. Une audition consiste en une déposition personnelle, c'est-à-dire que les personnes sont appelées à informer sur leur connaissance et leur perception des faits juridiquement pertinents ou d'une façon générale sur l'objet de l'enquête. L'avocat ne peut donc pas représenter la personne auditionnée, en faisant une déposition pour elle. L'avocat assiste la personne auditionnée afin de préserver ses intérêts, p. ex. en lui posant des questions complémentaires pertinentes. L'avocat n'étant pas interrogé, il ne prend pas place à côté mais derrière la personne auditionnée, pour autant que cela soit possible du point de vue logistique.

62. Au début de l'audition, la personne interrogée sera :

- questionnée sur son *identité* ;
- questionnée sur *l'objet* de l'enquête cartellaire ;
- informée du *rôle procédural* qu'elle détient en étant auditionnée ; et

- informée de ses *droits et obligations* (p. ex sur son droit de refuser de fournir des renseignements, cf. n°70).

63. A la fin de l'audition, l'avocat a l'occasion de poser des questions complémentaires.

64. La personne auditionnée ou son avocat n'est pas autorisée à procéder à des enregistrements de l'audition par l'image ou le son.

#### **g. Procès-verbal**

65. Selon la pratique du Secrétariat, les dépositions de la partie auditionnée ne sont pas consignées mot à mot, mais le procès-verbal doit rendre le contenu de la déposition le plus précisément possible. Les réponses mais également les questions ainsi que les éventuelles réserves sont consignées au procès-verbal. Le procès-verbal est lu paragraphe après paragraphe, afin que la personne auditionnée puisse indiquer si elle est d'avis qu'une partie du procès-verbal ne correspond pas à ses dépositions. Ces corrections, commentaires ou précisions sont consignés au procès-verbal. Pour autant que la logistique le permette, le procès-verbal est projeté pendant sa lecture afin que la personne auditionnée et son avocat puissent en prendre connaissance en même temps.

66. A la fin de l'audition, la personne interrogée a l'occasion de lire le procès-verbal dans son entier. Elle appose ses initiales sur chaque page et signe la dernière.

67. La personne auditionnée reçoit une copie du procès-verbal. Cependant, la remise de cette copie peut être différée pour des raisons de tactique de procédure (s'il existe notamment un risque de collusion).

### **2. Audition de parties**

68. Au cours de l'audition de parties, la personne entendue est informée au début:

- qu'elle n'est pas obligée de déposer et a le droit de refuser de répondre, d'une façon générale ou en relation avec une question particulière, sans avoir à le motiver ;
- qu'un procès-verbal de sa déposition sera dressé et qu'il pourra être utilisé comme moyen de preuve.

69. Dans le cadre d'une audition de parties, il sera fait référence à la possibilité de procéder à une *autodénonciation* et aux conséquences de cette dernière. Si une partie décide de procéder à une autodénonciation, l'audition sera interrompue et poursuivie en tant que déposition orale d'une autodénonciation et un procès-verbal sera dressé (procès-verbal oral d'autodénonciation respectivement procès-verbal du complément oral de l'autodénonciation, si cette dernière a déjà été effectuée).

### **3. Audition de témoins**

70. Au cours de l'audition de témoins, la personne entendue est informée au début:

- qu'elle a l'obligation de déposer (*obligation de témoignage*) ;
- qu'elle a l'obligation de faire une déposition conforme à la vérité (*obligation de vérité*)
- qu'un faux témoignage selon l'art. 307 CP est punissable d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ;

- que l'obligation de témoigner est limitée par le *droit de refuser de témoigner* (art. 16 PA en relation avec l'art. 42 PCF). Le témoignage peut être refusé, lorsqu'il exposerait la personne interrogée, son conjoint, son partenaire enregistré ou la personne avec laquelle elle mène de fait une vie de couple, de même que ses parents ou alliés à des poursuites pénales (1), à un grave déshonneur (2) ou à un dommage pécuniaire certain (3).

71. Il existe une prétention à une *indemnité de témoin*, qui comprend le remboursement de ses frais de déplacement ainsi que, pour les activités d'indépendants, un dédommagement de la perte de revenu.

## **D. Demande de renseignements**

### **1. Bases légales**

72. Selon l'art. 40 LCart, les parties à des ententes, les entreprises puissantes sur le marché, celles qui participent à des concentrations d'entreprises ainsi que les tiers concernés sont tenus de fournir aux autorités en matière de concurrence tous les renseignements utiles (*obligation de renseigner*) et de produire toutes les pièces nécessaires (*obligation de production*).

73. Selon l'art. 52 LCart, une entreprise qui n'a pas exécuté son obligation de renseigner ou de produire des documents, ou qui ne l'aura fait qu'en partie, sera tenue au paiement d'un montant de CHF 100'000 au plus. Quiconque n'aura intentionnellement pas suivi une décision concernant l'obligation de renseigner, ou ne l'aura suivi qu'en partie, sera puni d'une amende jusqu'à 20'000 CHF (cf. art. 55 LCart).

### **2. Demande de renseignements émanant du Secrétariat**

74. Dans la pratique, le Secrétariat envoie sa demande de renseignements (=questionnaire) par écrit et fixe un délai pour y répondre. Une prolongation de délais est possible selon *la notice sur les délais*.

75. Le Secrétariat indique dans sa demande de renseignements, que les autorités en matière de concurrence sont tenues de respecter les secrets d'affaires et invite ainsi les destinataires à signaler les éventuelles informations devant être considérées comme étant des secrets d'affaires (cf. aide-mémoire : secrets d'affaires)

76. S'il n'est pas fait suite à la demande de renseignements, le Secrétariat peut alors rendre, d'entente avec un membre de la présidence de la COMCO, une décision sur l'obligation de renseigner soumise à émolument, assortie d'une menace de sanction en cas de récidive. Il demeure toutefois possible, suivant les circonstances, de procéder en lieu et place à une perquisition.