



Note du Secrétariat de la COMCO : Le déroulement de l'enquête préalable – expliqué simplement

du 19 février 2020

la Commission de la concurrence (COMCO) en a pris connaissance

A qui s'adresse cette Note et quel est son but ?

- 1 Cette Note fournit un aperçu du déroulement d'une enquête préalable par les autorités de la concurrence. Elle s'adresse aux entreprises concernées par une telle enquête préalable ainsi qu'aux personnes qui agissent en leur nom (organes, avocates ou avocats).
- 2 La Note expose quelle autorité est compétente pour mener l'enquête préalable et illustre les différentes étapes de la procédure. Les droits et devoirs les plus importants des entreprises concernées y sont également mentionnés.
- 3 La Note a pour but d'offrir un premier aperçu aux personnes concernées, sans toutefois fournir d'explications juridiques et de justifications détaillées. Les lois et ordonnances sont déterminantes. De plus amples informations figurent dans les arrêts des tribunaux ainsi que dans les décisions, communications et notes explicatives des autorités de la concurrence (publiées dans la revue Droit et politique de la concurrence en pratique [DPC]), dans la littérature spécialisée ou encore sur la page www.comco.ch. Ce site Internet contient également plusieurs notes traitant de différentes thématiques (voir annexe). Enfin, des conseils peuvent être obtenus auprès des avocates ou avocats.

1 Autorités de la concurrence

Qui est la Commission de la concurrence (COMCO) ?

- 4 La COMCO est une autorité fédérale. Elle a été mandatée par le législateur pour mettre en œuvre la Loi sur les cartels (LCart), qui a pour but de protéger la concurrence. La Loi sur les cartels fournit divers outils permettant à la COMCO de traiter les cas d'accords entre entreprises (communément aussi appelés « cartels »), ainsi que les cas d'entreprises ayant une position dominante sur le marché (« monopoles »).
- 5 Généralement perçue par le public comme une autorité unique, la COMCO est en réalité composée de deux autorités distinctes : la Commission de la concurrence, d'une part, et le Secrétariat de la COMCO (ci-après : le Secrétariat), d'autre part. La principale tâche attribuée au Secrétariat est celle de mener les enquêtes, raison pour laquelle il peut simplement être défini comme étant l'*autorité chargée d'enquêter*. Au terme de ses investigations, le Secrétariat soumet des propositions à la COMCO, qui statue alors. La COMCO peut ainsi être définie comme étant l'*autorité chargée de décider*.

2 Déroutement de l'enquête préalable

Qui est compétent pour mener l'enquête préalable ?

- 6 L'enquête préalable est menée par le Secrétariat.

Quand les autorités ouvrent-elles une enquête préalable ?

- 7 D'une part, le Secrétariat observe lui-même les marchés et d'autre part, il reçoit en permanence des indications (par ex. de la part d'entreprises concurrentes ou de leur clientèle) au sujet de possibles infractions au droit des cartels. Il analyse ces indications et procède à un tri : si les informations et documents constituent des indices clairs de l'existence d'une violation du droit des cartels, le Secrétariat ouvre une *enquête* (cf. à ce sujet la Note Instruments d'enquête, référence en annexe). En revanche, si certains indices laissent à penser qu'une entreprise s'est comportée de façon illicite, mais que les preuves ne sont pas suffisamment claires, le Secrétariat peut d'abord ouvrir une *enquête préalable*.

Qu'est-ce qu'une enquête préalable ?

- 8 L'enquête préalable est une étape préliminaire à l'enquête et a pour but de déterminer si une enquête doit être ouverte ou non. L'enquête est une procédure formelle qui se termine nécessairement par une décision de la COMCO. En revanche, lorsque les preuves ne sont pas suffisamment claires, l'enquête préalable permet de mener une enquête moins complexe et coûteuse qu'une enquête, tant pour les entreprises que pour les autorités de la concurrence. Il n'est donc *pas question* dans l'enquête préalable de déterminer ni de décider de la licéité ou de l'illicéité d'un certain comportement. Il est « uniquement » clarifié si éventuellement, le cas devrait ou non faire l'objet d'un examen approfondi dans le cadre d'une enquête.

Qui mène l'enquête préalable au sein du Secrétariat ?

- 9 Le Secrétariat est divisé en quatre services, chacun étant compétent pour des marchés spécifiques : « construction », « services », « infrastructure » et « industrie et production ». L'enquête préalable est menée par le service en charge du secteur concerné par le cas en question. Au sein du service compétent, l'enquête préalable est menée par la cheffe ou le chef de service ainsi que les responsables du cas (généralement une personne bénéficiant de compétences juridiques et une de compétences économiques).

Combien de temps dure une enquête préalable ?

- 10 La durée d'une enquête préalable varie fortement en fonction des cas ; elle peut durer quelques mois jusqu'à plus d'une année. La durée dépend de plusieurs facteurs comme la complexité du cas, le nombre d'entreprises impliquées, l'administration des preuves (par ex. études des marchés, auditions) ou encore la conclusion d'un éventuel accord amiable entre les entreprises concernées et le Secrétariat (cf. N 16 ci-dessous). Le comportement concret et la coopération des entreprises concernées ainsi que de ses représentants constituent également un facteur important.

Dans quelle langue est menée l'enquête préalable ?

- 11 L'enquête préalable est menée dans une seule langue (généralement en français, en allemand ou en italien) et les autorités de la concurrence rédigent leurs documents dans cette langue (en particulier le rapport final du Secrétariat, cf. N 12). Cela vaut également lorsque des entreprises de régions linguistiques différentes sont concernées par l'enquête préalable. Dans un tel cas, l'enquête préalable est menée dans la langue de la majorité des entreprises concernées. Les entreprises peuvent toutefois déposer leurs actes dans la langue officielle de leur choix. Si les actes sont déposés dans une autre langue (par ex. en anglais), le Secrétariat peut requérir une traduction.

Comment le Secrétariat clôt-il une enquête préalable ?

- 12 Dès que le Secrétariat a déterminé s'il va ou non ouvrir une enquête sur la base de ses investigations, il clôt l'enquête préalable. Les entreprises concernées sont dans tous les cas informées de la clôture de l'enquête préalable. Le Secrétariat établit alors un « rapport final » ou un courrier à l'attention des entreprises concernées, dans lequel il motive son point de vue et

les informe, le cas échéant, de la suite qu'il entend donner à la procédure. Le rapport final n'est pas une décision et ne peut pas être contesté.

Quelles sont les conséquences de la clôture de l'enquête préalable ?

- 13 Les conséquences varient en fonction du résultat de l'enquête préalable :
- 14 1) Si le Secrétariat arrive à la conclusion que les soupçons de violation de la Loi sur les cartels ne se sont pas confirmés, l'enquête préalable est close sans suite. La COMCO n'est pas liée par la décision du Secrétariat.
- 15 2) Si le Secrétariat estime que les soupçons d'une violation de la Loi sur les cartels se sont confirmés et que cette violation est passible d'une amende (par ex. un accord sur les prix entre concurrents), il ouvre généralement une enquête (cf. à ce sujet la Note Instruments d'enquête, référence en annexe).
- 16 3) Si le Secrétariat estime que les soupçons d'une violation de la Loi sur les cartels se sont confirmés, mais que cette violation n'est pas passible d'une amende, il y a deux possibilités : a) L'entreprise trouve un accord avec le Secrétariat afin d'adapter ou de mettre fin au comportement problématique. Dans ce cas, le Secrétariat clôt l'enquête préalable. b) Si l'entreprise et le Secrétariat ne parviennent pas à s'entendre sur l'adaptation du comportement problématique, le Secrétariat ouvre une enquête (cf. à ce sujet la Note Instruments d'enquête, référence en annexe).

L'entreprise s'expose-t-elle à une sanction pécuniaire au moment de la clôture de l'enquête préalable ?

- 17 Non. L'enquête préalable ne permet pas de déterminer de manière définitive si le comportement est licite ou non (N 8). Il en découle que ni le Secrétariat ni la COMCO ne peuvent prononcer une sanction pécuniaire. Le Secrétariat ne peut clore l'enquête préalable qu'en vertu de l'une des possibilités énoncées (N 13 ss). Si le résultat de l'enquête préalable mène à la conclusion qu'il existe un soupçon de violation de la Loi sur les cartels et que cette violation est passible d'une amende (N 15), le Secrétariat ouvre généralement une enquête au terme de laquelle la COMCO décidera de l'imposition ou non d'une sanction pécuniaire (concernant les possibles frais de la procédure, cf. N 30 s. ci-dessous).

3 Entreprises concernées et représentation juridique

Que signifie l'ouverture d'une enquête préalable pour une entreprise ?

- 18 Une enquête préalable mobilise des ressources dans l'entreprise, en particulier afin de répondre aux questionnaires, de rédiger des prises de position ou de participer à des auditions. Selon les circonstances, il peut s'avérer nécessaire qu'une entreprise prenne rapidement des décisions quant aux possibilités d'action qui s'offrent à elle (à ce sujet, cf. par ex. la Note Autodénonciation, référence en annexe). L'entreprise peut également faire l'objet d'articles de presse et être confrontée à des questions de la part de partenaires commerciaux ou de sa clientèle. Une procédure représente ainsi un certain fardeau pour de nombreuses entreprises.
- 19 Les autorités de la concurrence s'efforcent de mener leurs enquêtes préalables de la manière la moins intrusive possible et dans les meilleurs délais. La priorité reste toutefois de clarifier la situation (N 8).

Une entreprise a-t-elle le droit de se faire représenter ?

- 20 L'entreprise a le droit de se faire représenter et conseiller par la personne physique ou morale de son choix. A cet égard, il ne doit pas nécessairement s'agir d'une avocate ou d'un avocat. Le Secrétariat requiert en général une procuration écrite. Surtout pour les cas complexes, il peut s'avérer judicieux de faire appel à des avocates ou avocats spécialisés. Les autorités de la concurrence ne donnent toutefois aucune recommandation au sujet des avocates et avocats. Les coûts liés à la représentation dans le cadre de l'enquête préalable sont dans tous les

cas supportés par l'entreprise. Dès que l'entreprise a nommé une représentante ou un représentant, celle-ci ou celui-ci devient la « personne de contact » de l'autorité. L'échange de correspondance transite alors exclusivement par la représentante ou le représentant.

4 Collaboration de l'entreprise

Comment sont gérées les pièces et l'entreprise peut-elle les consulter ?

- 21 Tous les documents qui sont produits durant l'enquête préalable (par ex. la correspondance, les procès-verbaux d'audition) sont administrés électroniquement par le Secrétariat. La consultation des pièces du dossier durant l'enquête préalable est expressément exclue par le législateur. Cette exclusion s'applique tant aux entreprises visées par la procédure qu'aux tiers (à ce sujet, cf. également N 34 ci-dessous).

Comment une entreprise peut-elle apporter son point de vue durant l'enquête préalable ?

- 22 L'entreprise peut communiquer en tout temps son avis aux autorités, expliquer son comportement et commenter les reproches qui lui sont faits. Elle peut également requérir à tout moment l'administration de preuves (par ex. le Secrétariat doit interpellier l'entreprise X ou la personne Y). L'entreprise a généralement le droit d'être présente lors des mesures d'investigation.

Une entreprise a-t-elle l'obligation de collaborer à l'enquête préalable ?

Cf. la Note Accords amiables ainsi que la Note Autodénonciation (voir annexe).

- 23 En principe, une entreprise visée par une enquête préalable est tenue de collaborer à la procédure et de coopérer avec les autorités de la concurrence. Ces obligations ne s'appliquent toutefois à la procédure que de façon limitée, si une entreprise est susceptible d'être sanctionnée par une amende (cf. N 15 ci-dessus). Dans de telles procédures, l'entreprise n'est pas tenue de contribuer à sa propre incrimination et a ainsi le droit de refuser de témoigner. Elle reste toutefois tenue de produire certains documents et renseignements, en particulier ceux qu'elle a l'obligation de créer ou tenir (par ex. les documents comptables).
- 24 La coopération peut présenter des avantages pour l'entreprise concernée. Elle a premièrement la possibilité de démontrer aux autorités qu'elle n'a pas agi illicitement. La coopération permet également de réduire les mesures d'instruction et de motivation nécessaires du côté des autorités, ce qui conduit généralement à des procédures plus simples, plus rapides et finalement à des frais de procédure moins élevés. Par ailleurs, il peut faire sens pour une entreprise de modifier ou de cesser le comportement problématique de sa propre initiative ou en accord avec le Secrétariat. En effet, une adaptation du comportement peut mener le Secrétariat à clore l'enquête préalable, en particulier lorsqu'il est question d'une violation du droit des cartels qui ne peut pas être sanctionnée par une amende (à ce sujet, cf. N 16 ci-dessus).

Les secrets d'affaires sont-ils garantis ?

Cf. l'Aide-mémoire Secrets d'affaires (voir annexe).

- 25 Les autorités de la concurrence sont tenues de protéger les secrets d'affaires des entreprises. Cela signifie que les secrets d'affaires d'une entreprise ne peuvent en aucun cas être divulgués à d'autres entreprises ni à des tiers.
- 26 Etant donné que la consultation des pièces du dossier durant l'enquête préalable est exclue (N 21), les secrets d'affaires sont *a priori* protégés d'éventuels regards extérieurs. Il arrive toutefois que le Secrétariat décide de présenter un moyen de preuve concernant une entreprise (par ex. des e-mails qu'elle a reçus d'un dénonciateur) à d'autres entreprises pour que celles-ci prennent position. Afin de s'assurer qu'un tel document ne contienne pas de secrets d'affaires, le Secrétariat demande à ce qu'il lui soit transmis une version où les secrets d'affaires auront été caviardés, ou consultera l'entreprise en question. Dans les cas clairs, le Secrétariat peut caviarder lui-même les passages en question.

- 27 Le Secrétariat examine les secrets d'affaires mentionnés comme tels par l'entreprise. Si la question est litigieuse, il rend une décision sujette à recours.

Quels délais l'entreprise doit-elle observer ?

Cf. la Note Délais (voir annexe).

- 28 Au cours d'une enquête préalable, des délais sont régulièrement fixés aux entreprises par les autorités de la concurrence pour différentes étapes de la procédure, par exemple pour répondre à un questionnaire ou prendre position. La durée de ces délais est déterminée par les autorités de la concurrence, mais les entreprises ont la possibilité de demander une prolongation, qui est généralement accordée.

5 Frais de la procédure

Quels sont les frais auxquels une entreprise doit s'attendre ?

- 29 Si le Secrétariat clôt une enquête préalable selon les variantes 2 ou 3 susmentionnées (cf. N 15 et 16 ci-dessus), l'entreprise supporte les frais de la procédure.
- 30 En plus des frais de la procédure, l'entreprise doit en tous les cas prendre en charge les coûts liés à sa représentation juridique, notamment les frais d'avocat. Tout dédommagement de l'entreprise par la COMCO pour les frais d'avocat ou d'autres charges éventuelles est exclu, même si l'enquête préalable est classée sans suite.

6 Publicité de la procédure

Quelles informations de l'enquête préalable sont rendues publiques ?

- 31 Les activités d'information du Secrétariat dépendent de chaque cas. En règle générale, le Secrétariat ne rend pas publique de sa propre initiative l'ouverture d'une enquête préalable, mais s'il est sollicité par la presse, le Secrétariat peut communiquer qu'une enquête préalable a été ouverte et sur quoi elle porte. Il en va de même lors de la clôture d'une enquête préalable. Les enquêtes préalables closes sont également mentionnées par la COMCO dans son rapport annuel.

Est-ce que le rapport final est publié ?

- 32 Le Secrétariat publie le rapport final (cf. N 12 ci-dessus) uniquement s'il est pertinent pour la pratique des autorités de la concurrence. Si l'anonymisation n'a pas été effectuée ou n'est pas possible, les entreprises concernées ont la possibilité – avant la publication éventuelle – de prendre position et de requérir une décision sujette à recours. Les secrets d'affaires ne sont pas révélés.
- 33 S'il existe des indices de violation du droit des cartels et que les autorités ouvrent une enquête en conséquence, la loi stipule que l'ouverture de l'enquête doit faire l'objet d'une publication officielle (cf. N 27 Note Enquête, référence en annexe).

Les tiers obtiennent-ils accès aux actes de la procédure ?

- 34 L'accès aux pièces *durant* l'enquête préalable est exclu de par la loi (N 21). L'accès au dossier *après* l'enquête préalable fait l'objet d'une procédure de demande d'accès indépendante. Les entreprises concernées par l'enquête préalable disposent ainsi dans tous les cas de la possibilité de faire valoir leurs intérêts, avant que les pièces en question ou d'autres informations ne soient communiquées à des tiers.

Annexe : autres notes explicatives

Les notes suivantes ont déjà été publiées par la COMCO et son Secrétariat sur leur page d'accueil :

- Note explicative du Secrétariat de la COMCO du 19.2.2020 « Le déroulement de l'enquête – expliqué simplement » (www.comco.ch >Documentation >Communications/Notes explicatives), cit. « *Note Enquête* » ;
- Note explicative du Secrétariat de la COMCO du 28.2.2018 « Accords amiables » (www.comco.ch >Documentation >Communications/Notes explicatives), cit. « *Note Accords amiables* » ;
- Note explicative et formulaire du Secrétariat de la COMCO du 8.9.2018 « Programme de clémence (autodénonciation) » (www.comco.ch >Services >Notifications), cit. « *Note Autodénonciation* » ;
- Aide-mémoire du Secrétariat de la COMCO du 30.4.2008 « Secrets d'affaires » (www.comco.ch >Documentation >Communications/Notes explicatives), cit. « *Aide-mémoire Secrets d'affaires* » ;
- Note explicative du Secrétariat de la COMCO du 1.12.2010 « Délais dans les procédures de droit cartellaire » (www.comco.ch >Documentation >Communications/Notes explicatives), cit. « *Note Délais* » ;
- Note explicative du Secrétariat de la COMCO du 6.1.2016 « Sélection d'instruments d'enquête » (www.comco.ch >Documentation >Communications/Notes explicatives), cit. « *Note Instruments d'enquête* » ;
- Note explicative de la COMCO du 21.10.2019 « Processus décisionnel de la Commission de la concurrence en matière d'enquêtes de droit des cartels au sens des art. 27 ss LCart » (www.comco.ch >Documentation >Communications/Notes explicatives), cit. « *Note Processus décisionnel* » ;
- Plateforme Internet de dénonciation « Whistleblowing » (www.comco.ch >Documentation >Whistleblowing), cit. *Plateforme Internet de dénonciation* « *Whistleblowing* ».