

Zur Diskussion / A discuter

Réflexions sur le déroulement des perquisitions cartellaires

OLIVIER SCHALLER* / SIMON BANGERTE**

Les autorités de la concurrence disposent de nouvelles mesures de contraintes (perquisitions et saisie de pièces à conviction) pour rechercher la preuve d'un cartel ou d'un abus de position dominante. La présente contribution éclaire chronologiquement les problèmes juridiques posés durant les phases d'une perquisition. Les solutions apportées s'inspirent de la pratique et disposent d'un ancrage solide dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour des plaintes.

Die Wettbewerbsbehörden verfügen neu über die Möglichkeit, mittels der Zwangsmassnahmen der Hausdurchsuchung und der Beweismittelbeschlagnahme nach dem Beweis für ein Kartell oder eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens zu forschen. Der Aufbau des vorliegenden Beitrages orientiert sich am chronologischen Ablauf einer Hausdurchsuchung und erläutert die juristischen Probleme, die sich während der unterschiedlichen Phasen dieser Zwangsmassnahme ergeben können. Die vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten entsprechen der Praxis anderer Behörden und stehen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes.

- I. Introduction**
- II. Avant la perquisition**
 - 1. Conditions
- III. Pendant la perquisition**
 - 1. Début de la perquisition
 - 2. Perquisition et saisie
 - 3. Fin de la perquisition
- IV. Après la perquisition**
 - 1. Levée des scellés
 - 2. Recours
 - 3. Fin de la saisie
- V. Conclusion**

I. Introduction

Alors que les perquisitions font déjà partie des standards d'une enquête cartellaire à l'étranger, elles constituent une nouveauté pour les autorités suisses de la concurrence. En effet, la loi révisée sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) prévoit la possibilité de procéder à des perquisitions afin de dépister les violations les plus graves au droit cartellaire (cf. art. 42 al. 2 LCart¹). Pour mettre en œuvre «lege artis» ces nouvelles compétences, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après Secrétariat de la Comco) a mis sur pied un centre de compétences «Investigations»² et a publié un aide-mémoire sur la procédure de perquisitions³.

La présente contribution analyse chronologiquement les phases les plus importantes d'une perquisition cartellaire en mettant l'accent sur les aspects légaux ainsi que les droits et obligations non seulement des personnes concernées, mais aussi des autorités de la concurrence.

¹ Art. 42 al. 2 LCart: «Les autorités en matière de concurrence peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction. Les articles 45 à 50 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif sont applicables par analogie à ces mesures de contrainte. Les perquisitions et saisies sont ordonnées, sur demande du secrétariat, par un membre de la présidence.»

² Communiqué de presse sur la conférence de presse annuelle 2005 de la Comco www.weko.admin.ch/publikationen/presse-mitteilungen/00226/050405-PC-Jahrespresse-konferenz-F.pdf?lang=fr.

³ www.weko.admin.ch/publikationen/00213/merkbblatt-f.pdf?lang=fr.

II. Avant la perquisition

1. Conditions

Le Secrétariat de la Comco est compétent pour préparer et exécuter des perquisitions (art. 23 LCart). Il peut demander assistance aux services de la Confédération et des cantons (art. 41 LCart) et faire appel à des spécialistes en informatique ainsi qu'à la police pour assurer la sécurité personnelle des collaborateurs.

Trois conditions matérielles doivent être réunies pour procéder à une perquisition: l'existence de soupçons fondés (II/1/a), la probabilité de trouver des preuves (II/1/b) et le respect du principe de la proportionnalité (II/1/c). Le mandat de perquisition doit en outre revêtir une forme particulière (II/1/d).

a) *Soupçons fondés*

La question d'une perquisition se pose lorsque le Secrétariat a des soupçons de violation (avérée ou imminente) de la loi sur les cartels. En effet, et se fondant sur la jurisprudence pénale qui peut être reprise mutatis mutandis aux enquêtes menées en vertu de la loi sur les cartels, des soupçons basés sur des indices objectifs qui, d'après l'expérience, laissent apparaître la possibilité qu'un délit punissable a été commis, suffisent⁴. Il n'y a donc pas lieu de fixer des exigences trop élevées quant à la certitude des motifs qui sont à la base d'une perquisition⁵. Par conséquent, un soupçon fondé est à la fois une condition nécessaire et suffisante pour déclencher une perquisition.

Une approche plus «cartellaire» de la notion de soupçon fondé est aussi envisageable. En effet, selon l'art. 27 LCart, le Secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la Présidence de la Comco, lorsqu'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence. Lorsqu'il y a assez d'indices pour ouvrir une enquête, il y a en règle générale aussi des soupçons suffisants pour mener une perquisition et réciproquement. Toutefois, l'ouverture d'une enquête formelle ne représente en aucun cas la condition nécessaire à l'exécution d'une perquisition puisqu'une telle mesure est déjà possible durant une enquête préalable. En pratique, l'enquête au sens de l'art. 27 LCart sera, en règle générale, ouverte au plus tard le jour de la perquisition⁶.

Si une perquisition est exécutée sans soupçons suffisants, l'autorité procède illégalement à une «fishing expedition». En pareilles circonstances, les preuves retrouvées ne pourront pas être utilisées⁷.

b) *Probabilité de découverte de preuves*

Une perquisition est possible seulement lorsqu'il est probable que des éléments qui peuvent représenter des preuves importantes se trouvent dans les locaux à perquisitionner (art. 48 en relation avec art. 46 al. 1 let. a de la loi fédérale sur le droit pénal administratif, DPA; RS 313.0). En principe, toutes les perquisitions initiées sur la base du programme de clémence (art. 49a al. 2 LCart), c'est-à-dire lorsqu'une entreprise dénonce l'existence d'un cartel dont elle fait partie, remplissent cette condition. La question de savoir si les locaux appartiennent à une entreprise soupçonnée d'une violation de la loi sur les cartels ne joue aucun rôle. En effet, une perquisition peut également avoir lieu auprès d'un

⁴ P. Sommer / A. Raemy, *Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts*, sic! 2004, 760. Dans la procédure pénale, on parle à ce sujet de présomption suffisante, R. Hauser / E. Schwenk / K. Hartmann, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6ème éd., Bâle 2005, 351 s.

⁵ Arrêt de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral du 5 février 2002 dans le cas X contre Administration fédérale des contributions, JAAC 66.101 (voir également consid. 6b), aussi JAAC 67.85 (consid. 3a), 66.100 (consid. 4b), 64.52, (consid. 3a). Selon le DPA, depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF, RS 173.71) le 1er avril 2004, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral à Bellinzona est compétente. Elle a établi à plusieurs reprises, qu'il n'y a pas lieu d'avoir de grandes exigences quant aux soupçons fondés requis au début d'une enquête pénale, Arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 8 février 2005, consid. 3 (BK_B 179/04); voir aussi BK_B 071/04 consid. 2, BK_B 113/04 consid. 2.

⁶ P. Krauskopf / O. Schaller / S. Bangarter, *Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden*, in: T. Geiser / P. Krauskopf / P. Münch (éd.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, Handbücher für die Anwaltspraxis vol. IX, Bâle 2005, ch. 12.65.

⁷ ATF 125 II 65 consid. 6; N. Schmid, *Strafprozessrecht*, 4ème éd., Zurich / Bâle / Genève 2004, ch. 725; C. Lang, *Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten*, Jusletter du 27 septembre 2004, ch. 5.

tiers (p.ex. dans les locaux d'une fiduciaire), s'il est probable que des preuves puissent y être trouvées⁸.

c) Proportionnalité

Etant donné que les perquisitions représentent une intervention dans les droits fondamentaux, le respect du principe de la proportionnalité revêt une importance particulière. Une perquisition doit donc être nécessaire et apte à apporter des preuves. De plus, elle doit se trouver dans un rapport raisonnable avec la restriction à la liberté qu'elle implique (proportionnalité au sens strict)⁹.

Le but d'une perquisition est de trouver des preuves qui ne pourraient pas – ou seulement difficilement – être saisies d'une autre manière. Etant donné que «les cartels durs sont de plus en plus professionnels»¹⁰, l'effet de surprise est indispensable à l'efficacité d'une perquisition. Sans cet élément, des documents pertinents risquent de disparaître ou d'être détruits. Par conséquent, on ne peut exiger, sous le couvert de la condition de la nécessité, que les autorités de la concurrence appliquent toutes les autres mesures moins contraignantes avant de mener une perquisition. Procéder de la sorte reviendrait à éliminer d'entrée tout effet de surprise¹¹.

Si la perquisition paraît apte et nécessaire, c'est-à-dire que d'autres mesures moins contraignantes seraient inadéquates, encore faut-il qu'elle respecte le principe de proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire qu'elle soit dans un rapport raisonnable entre le but de l'intervention et son effet. Dans ce contexte, la gravité de l'infraction à la loi sur les cartels joue un rôle important dans l'appréciation des intérêts publics et privés. Les perquisitions respectent à tout le moins le principe de proportionnalité lorsqu'il y a de forts soupçons d'une infraction grave à la loi sur les cartels, comme celles qui sont punies par des sanctions directes selon l'art. 49a al. 1 LCart (cartels de prix, de quantité et de répartition des marchés au sens de l'art. 5 al. 3 LCart, et cartels verticaux au sens de l'art. 5 al. 4 LCart ainsi que tout abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart)¹².

d) Mandat de perquisition

Selon l'art. 42 al. 2 LCart, les perquisitions et les saisies doivent être ordonnées, sur demande du Secrétariat, par un membre de la Présidence de la Comco. Le mandat de perquisition doit mentionner l'objet spécifique de l'enquête dans laquelle a lieu la perquisition (avec mention des entreprises touchées par l'enquête), ainsi que le lieu de la perquisition¹³. La question de la conformité à la CEDH de l'établissement d'un tel mandat a déjà été posée par la doctrine¹⁴. A notre avis, la conformité à la CEDH est doublement assurée¹⁵. Premièrement, le mandat de perquisition établi par un membre de la Présidence représente une réglementation au moins équivalente à l'ordonnance d'un juge¹⁶.

⁸ Arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 11 octobre 2004 consid. 2 (BK_B 113/04); G. Piquerez, Procédure pénale suisse, Zurich 2000, ch. 2518.

⁹ U. Häfelin / G. Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4ème éd., Zurich 2002, ch. 581 ss et réf.

¹⁰ Message sur la modification de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, FF 2002 2038.

¹¹ A. Waser, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, th., Zurich 2002, 64 s., laquelle précise qu'il ne serait pas très utile d'ordonner une perquisition uniquement comme «ultima ratio»; contra S. Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, th., Fribourg 2002, 258.

¹² La gravité des cas est p.ex. demandée par Y. Hangartner, Aspekte des Verwaltungsverfahrens nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: W. A. Stoffel / R. Zäch (éd), Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Zurich / Bâle / Genève, 263. Waser, 65, 421, considère comme disproportionnées des perquisitions dans des cas bagatelle. Pour une position modérée dans des cas bagatelle Krauskopf / Schaller / Bangerter, ch. 12.65.

¹³ Pour un bon aperçu de la jurisprudence concernant la question de la justification des mandats de perquisition, cf. l'arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 12 octobre 2004 (BK_B 071/04). Il se réfère au fait, qu'il suffit, au début d'une procédure, que l'ouverture d'une enquête et son objet soient publiés (ATF 119 Ib 12 consid. 5). Par ailleurs, l'obligation de justifier peut être satisfaite moyennant renvoi à une autre justification (ATF 123 I 31 consid. 2c). Le Tribunal pénal fédéral précise par ailleurs qu'à l'examen de la question d'une justification suffisante, il y a lieu de se fonder sur l'ensemble des informations contenues dans ces mandats. Cela signifie non seulement sur les informations du mandat, mais également sur les informations des autres documents remis (dans le cas concret, la décision concernant l'ouverture d'une procédure pénale administrative ainsi que le procès verbal de la saisie).

¹⁴ F. Böni, Rechtliche Rahmenbedingungen für Dawn Raids gemäss dem europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Jusletter du 15 mai 2006, ch 7 ss; Hangartner, 261 s.; Waser, 327; Sommer / Raemy, 759 s.

¹⁵ Krauskopf / Schaller / Bangerter, ch. 12.65.

¹⁶ Sommer / Raemy, 759, font à raison état de l'art. 19 al. 1 LCart, selon lequel la Commission de la concurrence est indépendante et considère comme suffisante la séparation entre le secrétariat, autorité d'enquête, et la Commission, autorité de décision. Waser, 140 ss, qualifie même la Comco de tribunal au sens de l'art. 6 CEDH, mais considère la séparation entre le secrétariat et la Comco comme étant insuffisante en pratique (327 et 214 ss).

Deuxièmement, les documents confisqués peuvent, sur demande, être mis sous scellés. Dans ce cas, ils ne seront accessibles pour les autorités de la concurrence qu'après décision d'un tribunal. Relevons enfin qu'à titre exceptionnel, il est possible de renoncer au mandat de perquisition s'il y a péril en la demeure (p.ex. risque de collusion) et que le mandat ne peut être établi rapidement par un membre de la Présidence de la Comco (art. 48 al. 4 DPA).

III. Pendant la perquisition

1. Début de la perquisition

Comme il ressort de l'expression anglaise «dawn raids»¹⁷, les perquisitions débutent, en règle générale, le matin. Des perquisitions nocturnes ou celles qui auraient lieu le dimanche ou des jours fériés (art. 49 al. 3 DPA) n'entrent qu'exceptionnellement en ligne de compte.

a) Information au détenteur des locaux

Au début d'une perquisition, le fonctionnaire enquêteur, c'est-à-dire le représentant des autorités qui mène l'enquête, doit justifier son identité (art. 49 al. 1 DPA). Il informe le détenteur des locaux présent sur la raison de la perquisition (art. 49 al. 2 DPA). Lorsqu'il s'agit de personnes morales, le mandat de perquisition et la lettre d'ouverture de l'enquête¹⁸ sont remis au directeur, respectivement à la personne présente qui occupe la fonction hiérarchique la plus élevée dans l'entreprise (art. 49 al. 4 DPA). Il en va de même des documents concernant le programme de clémence. Le représentant de l'entreprise doit accuser réception de ces documents dans le procès-verbal de perquisition.

b) Obligation de tolérer et possibilités de coopérer

Les personnes concernées par une perquisition ont l'obligation de la tolérer¹⁹. Elles n'ont pas le droit de déjouer les actions des enquêteurs²⁰. Cela ne va pas jusqu'à demander à une entreprise, sous menace d'une sanction, de restituer des preuves ou de participer activement aux recherches de celles-ci. Un tel acte entrerait probablement en conflit avec le droit de ne pas s'incriminer soi-même²¹. Toutefois, une coopération peut être requise sans compromettre ce droit, surtout si l'entreprise a demandé de pouvoir bénéficier du programme de clémence (art. 49a al. 2 LCart). L'entreprise concernée a aussi tout intérêt à collaborer dans la mesure où les informations transmises spontanément par l'entreprise (p.ex. emplacement des bureaux, archives, systèmes de classement, hardware et software utilisés) contribueront à limiter la durée de la perquisition et, par conséquent, le dérangement occasionné par la perquisition sur la marche du service de l'entreprise²². Au besoin, les autorités de la concurrence sont habilitées à mener la perquisition sous la contrainte, lorsque l'entreprise empêche l'accès à des locaux, à des armoires ou à des bureaux²³.

Le «droit de garder le silence», dont découle le droit de ne pas s'incriminer soi-même, est d'une importance subsidiaire lors de perquisitions. En effet, le droit de refuser de fournir des renseignements par oral devient pertinent lorsque ceux-ci peuvent être utilisés comme preuves, c'est-à-dire lors de

¹⁷ Dawn: petit jour, aurore; raid: attaque, rafle, attaque-surprise.

¹⁸ Afin d'éviter de compromettre l'effet de surprise de la perquisition, les autorités de la concurrence communiqueront l'ouverture de l'enquête seulement lors de la perquisition. La publication officielle selon art. 28 al. 1 LCart a un effet purement déclaratoire. Selon l'art. 28 al. 3 LCart, des enquêtes légalement valables peuvent également être entreprises avant la publication. Krauskopf / Schaller / Bangertner, ch. 12.50, 12.65. Il s'agit d'une simple lettre administrative, l'ouverture d'une enquête ne pouvant pas être qualifiée de décision au sens de la PA. P. Zurkinden / H. R. Trüeb, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zurich 2004, KG 27 N 3, avec référence à la jurisprudence de la Commission de recours en matière de concurrence.

¹⁹ P. Spitz, *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes*, sic! 2004, 558; Sommer / Raemy, 764.

²⁰ L'empêchement ou l'entrave de la perquisition peut constituer une infraction au sens de l'art. 286 CP «Opposition aux actes de l'autorité».

²¹ L'interdiction de contraindre quelqu'un à s'incriminer soi-même est tirée de l'art. 6 CEDH, qui est aussi applicable aux personnes morales, J. Frowein / W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar*, 2ème éd., Kehl 1996, EMRK 6 N 4; Waser, 108. Toutefois, l'étendue de cette interdiction n'est pas claire pour les procédures à l'encontre de personnes morales; Spitz, 557.

²² Sommer / Raemy, 764 f.; Lang, 35.

²³ T. Park, *Handbuch Durchsuchung und Beschlagnahme*, Munich 2002, ch. 299.

dépositions et d'auditions de témoins (art. 42 al. 1 LCart), ce qui sera rarement le cas lors d'une perquisition cartellaire.

c) Appel à un avocat

Le mandat de perquisition est immédiatement exécutoire²⁴, même si l'entreprise a le droit de faire appel à un avocat²⁵. Contrairement aux vœux d'une partie de la doctrine²⁶, les enquêteurs n'attendent pas l'arrivée de l'avocat sur les lieux avant d'entreprendre la perquisition des locaux²⁷. Les preuves trouvées pendant l'absence de l'avocat seront collectionnées et mises de côté, afin qu'il puisse les consulter après son arrivée, se prononcer sur leur contenu et demander une éventuelle mise sous scellés²⁸. Un tel procédé respecte les droits de la défense. Cette manière de faire limite la phase critique durant laquelle l'entreprise pourrait faire disparaître des preuves (risque de collusion lorsque plusieurs perquisitions ont lieu en même temps), tout en conservant la possibilité pour l'avocat de demander la mise sous scellés de certaines pièces. D'ailleurs, l'absence de l'avocat pendant cette période limitée ne viole pas l'art. 6 chiff. 3 let. c CEDH. Selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, il n'existe pas de droit à la consultation immédiate d'un avocat, pas même en cas de détention²⁹. Dans ce même esprit, le Tribunal pénal fédéral a établi, qu'une participation partielle de l'avocat à la perquisition est suffisante. L'absence de l'une ou l'autre des personnes mentionnées dans l'art. 49 al. 2 DPA ne mène pas à la nullité de la perquisition. Il s'agit plutôt d'une prescription d'ordre³⁰.

d) Officier public

Afin d'assurer que l'opération ne s'écarte pas de son but, l'entreprise peut demander qu'un officier public désigné par l'autorité cantonale compétente assiste à la perquisition et veille à son bon déroulement (art. 49 al. 2 DPA). Si l'entreprise renonce à la présence d'un officier public au début ou au cours de la perquisition, l'autorité le consigne au procès-verbal de perquisition.

2. Perquisition et saisie

a) Généralités

Afin de respecter le principe de la proportionnalité durant toute la procédure de perquisition et de saisie (art. 45 DPA), l'occupant des locaux doit pouvoir participer à la perquisition ou, en son absence, un parent ou un co-habitant. Lorsqu'il s'agit de locaux commerciaux, l'entreprise et ses employés sont considérés comme étant les occupants des locaux (art. 49 al. 2 DPA). Dérogeant à la terminologie de l'art. 49 al. 2 DPA, l'art. 50 al. 3 DPA prévoit que le détenteur des documents doit, si possible, avoir la possibilité de s'exprimer sur leur contenu avant leur saisie. Afin de ménager au mieux les secrets privés, l'occasion sera donnée aux personnes travaillant dans le bureau perquisitionné de s'exprimer sur le contenu des documents trouvés à leur place de travail. Ces personnes seront souvent mieux placées – que l'entreprise elle-même – pour dire si les documents trouvés sont de nature privée, même si le représentant de l'entreprise restera l'interlocuteur principal de l'officier enquêteur. A ce titre, il pourra se prononcer, en tant que «détenteur des papiers», sur tous les documents trouvés.

²⁴ Le recours selon l'art. 44 LCart perdra régulièrement l'effet suspensif selon l'art. 55 al. 2 PA, ch. IV.2 ci-dessous, voir par ailleurs Lang, 27; Krauskopf / Schaller / Bangerter, ch. 12.66.

²⁵ Ce droit ne découle pas de l'art. 32 DPA (l'art. 42 LCart se référant uniquement aux art. 45–50 DPA), mais directement de l'art. 6 chiffre 3 let. c CEDH.

²⁶ Sommer / Raemy, 761; Lang, ch. 32.

²⁷ Voir chiffre 2 de la notice sur le déroulement des perquisitions du secrétariat.

²⁸ Ibid.; Böni, ch. 19.

²⁹ Frowein / Peukert, EMRK 6 N 191.

³⁰ Arrêts de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 4 mai 2005 (BV 2005/15) consid. 4 et du 6 octobre 2004 (BK_B 118/04) consid. 5.2.

b) *Étendue de la perquisition*

aa) *Perquisition de locaux*

L'art. 48 al. 1 DPA permet de perquisitionner des «appartements et autres locaux» ainsi que des «terrains clôturés» attenants directement à une maison. En principe, tous les locaux, dans lesquels il y a la possibilité de trouver des preuves, peuvent être perquisitionnés: locaux privés d'une personne impliquée ou chez un tiers³¹. Par conséquent, les perquisitions sont possibles aux domiciles privés des personnes impliquées³², dans leurs locaux commerciaux, chambres d'hôtel, caravanes, bateaux etc. et tous les endroits où pourrait se trouver un élément de preuve (p.ex. armoires, bureaux, coffres forts ou véhicules)³³.

bb) *Perquisition visant des papiers*

Les perquisitions cartellaires concernent en premier lieu des documents selon l'art. 50 DPA, comme les procès-verbaux de séances, les supports informatiques ou bandes sonores³⁴. Lors de perquisitions visant des papiers, le document est lu afin que l'officier enquêteur puisse se faire une idée de son contenu, de sa nature et de sa valeur probante³⁵.

En ce qui concerne les supports électroniques, les données enregistrées sont copiées par les autorités de la concurrence qui peuvent se faire aider par des spécialistes mandatés à cette fin. La recherche proprement dite aura lieu au siège de l'autorité³⁶. Elle se fera en principe par des recherches par mots-clé caractéristiques³⁷. L'entreprise a le droit d'y assister.

Lors d'une perquisition visant des papiers, il y a lieu, selon l'art. 50 al. 1 DPA, d'opérer avec les plus grands égards pour les secrets privés. Il ressort du libellé de cette disposition, que l'autorité dispose d'une certaine marge de manœuvre dans le traitement de ces documents. Malgré toutes les précautions prises, il est possible que des documents qui ne sont pas pertinents pour la procédure, soient examinés. Cet état de chose fait partie des risques d'une perquisition et a été explicitement reconnu par le TF³⁸.

cc) *Fouille de personnes*

La fouille de personnes se différencie d'une perquisition. A ce titre, on distingue la fouille d'une personne, également appelée visite corporelle, de l'examen corporel. Lors de la fouille, des preuves d'un acte illicite sont cherchées sur la surface du corps de la personne fouillée ainsi que dans les habits et les effets qu'elle porte avec elle (sac, porte-monnaie). Lors d'un examen corporel, l'autorité procède à des prélèvements sur le corps humain avec ou sans intervention médicale (p.ex. prise de sang, cheveux, fouille intime, radiographies, prélèvements ADN)³⁹.

L'art 48 al. 2 DPA permet la visite corporelle mais pas l'examen corporel. Est-ce à dire que les autorités de la concurrence peuvent les pratiquer? L'art. 48 al. 2 DPA auquel se réfère l'art 42 al. 2 LCart se trouve parmi les art. 45–50 DPA. Toutefois, cette référence à l'art. 42 al. 2 LCart s'applique de par son libellé probablement uniquement aux mesures de contrainte de la perquisition et la saisie⁴⁰. Il y a lieu de préciser que l'efficacité de la perquisition pourrait être remise en question si l'accès aux preuves

³¹ Piquerez, ch. 2518.

³² Le libellé de l'art. 48 al. 1 DPA parle de «logements» et de «maison», il se réfère par conséquent de par sa terminologie en premier lieu à des locaux privés. Il y a, par conséquent, une base légale claire pour la perquisition de locaux privés (contra Lang, ch. 25, qui se base toutefois aussi sur la licéité de la perquisition d'appartements privés).

³³ N. Oberholzer, *Wirtschaftsstrafrecht*, Zurich 1999, 141; Piquerez, ch. 2518; Schmid, ch. 737.

³⁴ ATF 108 IV 76; K. Hauri, *Verwaltungsstrafrecht*, 1998, 123; Hauser / Schweri, 325; Sommer / Raemy, 761.

³⁵ ATF 109 IV 153 consid. 1; Hauser / Schweri, 325.

³⁶ Arrêts du Tribunal pénal fédéral du 8 septembre 2004 (BK_B 053/04) consid. 3 et du Tribunal fédéral du 17 décembre 2002 (1P.501/2002).

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 17 décembre 2002 (1P.501/2002) consid. 2.4; voir aussi ch. 5 g–h de la communication de l'autorité néerlandaise concernant «Procedure in Relation to the Inspection and Copying of Digital Data and Documents».

³⁸ ATF 108 IV 75 consid. 5a.

³⁹ Schmid, ch. 726 ss. La séparation se fait aussi différemment, voir avant-projet d'une procédure pénale suisse, qui assimile la fouille intime à la «fouille».

⁴⁰ Selon Bilger, 262, 113, d'autres mesures de contraintes que celles prévues à l'art. 42 al. 2 LCart sont abusives. Ainsi, aussi bien la fouille d'une personne que la confiscation de valeurs patrimoniales prévues à l'art. 46 DPA sont abusives.

recherchées pouvait être retiré aux autorités de la concurrence⁴¹. Pour cette raison, la compétence de procéder à une fouille dépend de l'attitude de la personne concernée. Si une personne dissimule sur elle une preuve saisissable, cette dernière peut être exigée⁴².

dd) Cas spécial: respect du secret professionnel des avocats lors de perquisitions visant des papiers («legal privilege»)

Selon l'art. 50 al. 2 DPA «la perquisition doit être opérée de manière à sauvegarder le secret de fonction ainsi que des secrets confiés aux [...] avocats [...]».

La question de l'étendue de la protection du secret professionnel des avocats est controversée. Tandis que la doctrine plaide pour une extension de la protection, les autorités et tribunaux lui fixent un cadre plus limitatif.

En premier lieu se pose la question de savoir quelles sont les personnes considérées comme des avocats. Le Secrétariat de la Comco mentionne sous chiffre 4 de sa note explicative, que les juristes d'entreprises ne peuvent pas se prévaloir du secret professionnel des avocats⁴³. Cette position se base sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle le juriste d'entreprise n'a pas l'indépendance requise dans la mesure où il travaille en tant qu'employé⁴⁴. Seuls des avocats externes et indépendants sont couverts par le secret professionnel des avocats dans la mesure où les informations protégées ont été acquises dans le cadre de leur activité professionnelle de conseiller juridique⁴⁵. Les informations obtenues lors d'autres activités «commerciales» de l'avocat, agissant comme membre d'un conseil d'administration ou comme gestionnaire de fortune p.ex., ne tombent pas dans le domaine de la protection du secret professionnel⁴⁶.

Le secret professionnel des avocats protège uniquement les documents destinés à l'avocat, mais pas ceux qui sont destinés à des tiers⁴⁷. Cela signifie que «la preuve essentielle», respectivement le «corpus delicti», n'est pas protégé au sens de l'art. 50 al. 2 DPA⁴⁸. Ainsi, la correspondance entre concurrents contenant des accords de concurrence n'est pas protégée, car elle n'était pas destinée à l'avocat et ne provient pas non plus d'une activité d'avocat. En revanche, l'information par laquelle une entreprise informe son avocat de sa participation à un accord illicite à la concurrence et lui adresse la correspondance y relative, sera considérée comme étant «destinée à l'avocat» même si elle avait été initialement adressée à un tiers.

Etant donné qu'un document peut avoir plusieurs destinataires, la jurisprudence différencie le cas où le document se trouve auprès de l'entreprise ou en possession de l'avocat⁴⁹. Cet argument formel se fonde sur le fait que seul l'avocat, non son client, est soumis au secret professionnel. Il y a donc lieu de différencier si la perquisition a lieu (1) chez l'avocat ou (2) dans l'entreprise.

⁴¹ T. Maurer, Das bernische Strafverfahren, 2ème éd., Berne 2003, 260.

⁴² R. Futterleib, Personendurchsuchung, körperliche und geistige Untersuchung im schweizerischen Strafprozess, th., Zurich 1978, 17.

⁴³ Cette note explicative a conduit SwissHoldings (précédemment Industrieholding) à demander un avis de droit au prof. Niggli sur la question de la subordination des juristes d'entreprises à l'art. 321 CP. Cet avis est disponible sous www.industrieholding.ch/uploads/media/GutachtenNiggli.pdf et arrive à la conclusion que les juristes d'entreprises sont également soumis au secret des avocats. Reste ouverte cependant la question de savoir quelle importance le secret des avocats pour les juristes d'entreprises a lorsque l'entreprise est accusée de violation de la LCart. Cf. aussi par rapport à cet avis de droit: M. Pfeifer, Gilt das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch für den Unternehmensjuristen? – Der Wunsch als Vater des Gedankens oder Realistik der Auslegung?, Revue de l'avocat 4/2006, 166 ss, qui arrive à la conclusion contraire.

⁴⁴ ATF 130 II 87 consid. 4.3.3. et 5.2. Voir par ailleurs ATF du 7. avril 2004 (2A. 285/2003 consid. 2) et ATF du 8 janvier 2001 (2P.187/2000) consid. 4c. Cette position correspond également à la jurisprudence actuelle européenne, qui vise déjà à rendre compte de l'accord des «legal privileges» pour «in-house counsels» (Décision du Président du TPI du 30 octobre 2003 en l'affaire Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals, abrogée entretemps par une décision du Président de la CJCE du 27 septembre 2004), mais pas accordé (déterminant reste l'arrêt de la CJCE du 18 mai 1982 en l'affaire AM&S contre la Commission [Rec. 1982, 1575]). D'un avis critique penchant en faveur d'une égalité de traitement entre juristes d'entreprises et avocats externes Lang, 42; C. Seitz, Unternehmensjuristen und das Anwaltsprivileg im europäischen Wettbewerbsverfahren – Wandel in der europäischen Rechtsprechung?, EuZW 2004, 231 ss.

⁴⁵ Voir R. Mabillard, Anwaltsgeheimnis als verfassungsrechtliche Schranke für Zwangsmassnahmen, RSJ 2005, 213.

⁴⁶ ATF 115 Ia 197 consid. 3d., d'après cet arrêt, l'avocat qui est à la fois conseiller externe et membre du conseil d'administration peut être obligé à témoigner, parce qu'il a acquis ses connaissances pour exécuter son mandat sans égard à sa position professionnelle.

⁴⁷ ATF 102 IV 210 consid. 4b; voir aussi Mabillard, 215; Piquerez, ch. 2532.

⁴⁸ Mabillard, 215; aussi Piquerez, ch. 2532.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 28 février 2005 (BK_B 189/04 consid. 3 et 4).

– Chez l'avocat, tous les documents de la correspondance de l'entreprise sont en principe protégés. Dans ce cas, on suppose que les documents s'y trouvant lui étaient destinés. Dès lors, une perquisition faite directement auprès de l'avocat de l'entreprise n'est possible que si une infraction à la loi sur les cartels lui est reprochée⁵⁰, si les documents lui ont été remis dans le but de profiter du secret professionnel (dépôt abusif)⁵¹, ou s'il s'avère que le document ne lui était pas destiné mais qu'il l'avait reçu en qualité de «messenger».

– Lors d'une perquisition dans l'entreprise concernée, la protection se limite à la correspondance de la défense. Ceci ressort du chiffre 3 de la note du Secrétariat qui se réfère à la pratique pénale et à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵². Sont admis comme correspondance de la défense, les documents qui ont pour objet la défense de la personne concernée dans la procédure en cours. Les documents établis avant l'ouverture de la procédure ne sont donc pas protégés⁵³. Dans ce cas, on admet en principe que les documents trouvés étaient destinés à des tiers. Ces documents ne doivent pas pouvoir être soustraits à l'enquête pas le fait de les envoyer ultérieurement à un avocat.

La pratique du Secrétariat de la Comco en matière de privilège légal des avocats est plus restrictive que celle de l'UE⁵⁴, mais pas plus stricte que celle des autorités nationales de la concurrence des Etats membres de l'EU, notamment celle de l'Allemagne⁵⁵. La pratique prévue par le Secrétariat correspond en outre à celle des autres autorités fédérales et cantonales, notamment des autorités qui appliquent également le DPA (Swissmedic, Administration fédérale des douanes, Administration fédérale des contributions). Par ailleurs, elle est en phase avec la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral⁵⁶. La protection de la correspondance des avocats doit être la même que l'on applique la LCart ou d'autres lois fédérales ou cantonales⁵⁷. La pratique pourrait devoir être revue si le nouveau projet de loi fédérale visant à unifier le droit de la procédure pénale devait être adopté dans la version du Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005. En effet, ce projet prévoit d'introduire un article qui protège certains objets du séquestre, notamment les documents et la correspondance échangés entre le prévenu et son avocat indépendant, quel que soit l'endroit où ils se trouvent (art. 263 lit. c P-CPP en relation avec 168 P-CPP⁵⁸).

c) Mise sous scellés

Si le détenteur des papiers fait valoir que certains documents ne sont pas pertinents pour la procédure, ou sont protégés par le secret professionnel des avocats, l'officier enquêteur les examinera sommairement. Il s'agit là de la seule façon de constater si les documents doivent être mis sous main de justice et scellés, ou s'ils peuvent effectivement être laissés à la libre disposition de l'entreprise. Si les officiers enquêteurs ne devaient pas avoir cette possibilité, ils seraient contraints de saisir et mettre systématiquement sous scellés l'ensemble des papiers, aussitôt que la personne concernée en fait la demande, sans pouvoir sommairement en vérifier le bien-fondé. Cela irait à l'encontre du principe

⁵⁰ ATF 106 IV 413 consid. 7c et ATF 102 IV 210 consid. 4a.

⁵¹ ATF 102 IV 210 consid. 4b.

⁵² Il est fait référence à Hauser / Schweri, 315 s. et à l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 août 2004 (1P.133/2004). Cet arrêt du Tribunal fédéral argumente entre autre également par l'art. 274 de l'avant-projet de procédure pénale suisse, qui fait état de cette différenciation.

⁵³ Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 4 mai 2005 (BV 2005/15) consid. 3.2 ainsi que du 28 février 2005 (BK_B 189/04) consid. 3 et 4.

⁵⁴ Dans la procédure selon la loi européenne sur les cartels, la correspondance entre avocats et entreprises est protégée sans égard à qui la garde et si elle date d'avant ou d'après l'ouverture. Des documents internes, contenant des conseils d'un avocat, sont également protégés. Jugement de la CJCE du 18 mai 1982 en l'aff. AM&S contre la Commission (Rec. 1982, 1575).

⁵⁵ Park, ch. 552 ss.

⁵⁶ Selon l'arrêt du Tribunal pénal fédéral du 28 février 2005 (BK_B 189/04) consid. 3 et 4 ceci est suffisant pour remplir les conditions de la CEDH. Voir par ailleurs l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 août 2004 (1P.133/2004) ainsi que la critique de B. Mathys / M. Livschitz, NZZ du 21 décembre 2004. Pour l'octroi systématique du secret professionnel des avocats indépendamment de l'endroit où se trouve le document Hoffet / Neff, *Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung*, in: *Anwaltspraxis* 2004, 133; Mabilard, 215; Lang, ch. 40.

⁵⁷ Selon F. Hoffet / D. Seckler, *Vom Anwaltsgeheimnis zum «Legal Privilege»*, RSJ 101 2005, 338 ss. Les spécificités de la loi sur les cartels exigent une protection systématique de la correspondance des avocats. La cause en est cette activité préventive de conseiller de l'avocat. Il ne s'agit pas d'une spécificité de la loi sur les cartels, mais ceci se trouve également dans la plupart des domaines juridiques (par exemple le droit fiscal).

⁵⁸ FF 2006 V 1228. Ce changement n'aura aucune influence sur les juristes d'entreprises qui ne peuvent pas se prévaloir de l'art. 168 P-CPP.

de la proportionnalité, ainsi qu'à l'encontre des intérêts de l'entreprise consistant à reprendre au plus vite une activité normale⁵⁹.

Si le détenteur des papiers maintient son refus, il peut demander la mise sous scellés des documents en question (art. 50 al. 3 DPA)⁶⁰. Dans ce cas, les documents scellés sont mis en lieu sûr dans les locaux de la Comco jusqu'à la décision de levée. La demande de mise sous scellés doit être faite de suite ou au plus tard lors de la signature du procès-verbal de séquestre⁶¹. Une demande de mise sous scellés ne peut pas être formulée dans les jours qui suivent la perquisition⁶².

L'opposition du détenteur des papiers conduit à la mise sous scellés et au séquestre des papiers jusqu'à ce qu'une instance judiciaire prononce une levée de scellés⁶³. Dans l'intervalle, les autorités de la concurrence n'ont pas accès aux documents et aux supports de données scellés.

d) Saisie

aa) Droit de saisir des moyens de preuve

La perquisition n'a de sens que si les autorités de la concurrence peuvent emporter les moyens de preuve qu'elles ont trouvés, ce que prévoit l'art. 42 al. 2 LCart. Cet article autorise les autorités de la concurrence à saisir les pièces à conviction.

Est appelée saisie (ou séquestre), la mesure de contrainte par laquelle des objets sont enlevés de la libre disposition d'une personne et soumis au droit de disposer de l'Etat⁶⁴. Est appelée saisie de pièces à conviction la saisie qui sert à collecter et à conserver de façon authentique les moyens de preuve trouvés⁶⁵. Elle représente une mesure provisoire à la conservation de preuves, qui ne doit pas être motivée in extenso et qui est levée si les soupçons existants s'avèrent non justifiés au cours de l'enquête⁶⁶.

La mise sous séquestre est réglée à l'art 46 al. 1 let. a DPA, qui prévoit que tous les objets pouvant servir de pièces à conviction sont à mettre sous séquestre. En revanche, les art. 46 al. 1 let. b et c ainsi que al. 2 DPA ne sont pas applicables, étant donné qu'ils ne concernent pas la mise sous séquestre de preuves⁶⁷.

bb) Conditions

L'exécution d'une perquisition ne constitue pas une condition pour une saisie de moyens de preuve⁶⁸. Pour cette raison, la saisie pourrait, en principe, être ordonnée indépendamment d'une perquisition, ce qui sera très rarement le cas en pratique. Avant qu'un moyen de preuve ne puisse être saisi, il doit avoir été trouvé. La saisie se trouve par conséquent en relation étroite avec une perquisition⁶⁹.

La mise sous séquestre doit être ordonnée par un membre de la Présidence. Ce mandat peut être fait avant une perquisition, en même temps que le mandat de perquisition ou être intégré dans celui-ci⁷⁰.

⁵⁹ ATF 106 IV 413 consid. 7b. et ATF 108 IV 75 consid. 5a ainsi que Hauser / Schweri, 325. Contre l'admissibilité d'un tri bref: Lang, ch. 39 et Mabillard, 216 s. Toutefois, le Tribunal pénal fédéral s'est, dans sa jurisprudence récente, référé à la pratique citée du Tribunal fédéral et l'a confirmée implicitement, ATF du 8 novembre 2004 (BK_B 084/04 et BK_B 083/04 consid. 2.2.).

⁶⁰ Selon l'arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 23 juin 2005 (BV 2005/20) consid. 2.1.1., seul le détenteur des papiers est habilité à faire opposition. Selon l'ancienne jurisprudence, chaque personne concernée par la perquisition pouvait le faire, cf. ATF 104 IV 129 consid. 1, 106 IV 413 consid. 8a.

⁶¹ ATF 114 Ib 357 consid. 4. Sommer / Raemy, ch. 735.

⁶² Arrêt du Tribunal fédéral du 12 octobre 2004 (BK_B 071/04) consid. 6.

⁶³ Hauser / Schweri / Hartmann, 353 s.

⁶⁴ Ibid., 340.

⁶⁵ Ibid., 340; Piquerez, ch. 2542.

⁶⁶ ATF 119 IV 326 consid. 7e.; Hauri, 111 avec réf.

⁶⁷ Ceux-ci règlent la mise sous séquestre d'objets qui seraient probablement confisqués (art. 46 al. 1 lit. b), des cadeaux destinés à l'Etat et d'autres contributions (art. 46 al. 1 lit. c) ainsi que des objets de valeur pour lesquels il y a danger qu'ils soient à nouveau utilisés pour commettre une infraction (art. 46 al. 2). Ce genre de mise sous séquestre n'est probablement pas couvert par le texte de l'art. 42 al. 2 LCart. Voir concernant l'étendue du renvoi contenu dans cet article également ch. III/2/b/cc ci-dessus.

⁶⁸ Hauri, 115.

⁶⁹ M. Aepli, Die strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten, th., Zurich 2004, 118 s.; H. Rasch, Die Beschlagnahme von Beweismitteln im Gewahrsam Dritter im schweizerischen Strafprozess, th., Zurich 1975, 30 ss.

⁷⁰ Sommer / Raemy, 762; Park, ch. 453 et 472.

Tous les objets pouvant servir de moyens de preuve peuvent être saisis. Pour les preuves potentielles, la possibilité que les documents saisis puissent apporter une preuve directe ou indirecte pour le délit, ou pour les circonstances qui l'entourent, suffit (art. 46 al. 1 let. a DPA)⁷¹.

Les objets peuvent être saisis chez le détenteur, indépendamment du fait qu'il en soit également propriétaire. La saisie ne présuppose pas qu'une enquête soit également ouverte à l'encontre du propriétaire⁷².

cc) Etendue

Lors de la mise sous séquestre, le principe de la proportionnalité doit être respecté⁷³. Sont concernés tous les documents qui pourraient être utiles à l'enquête, même s'ils s'avèrent par la suite insignifiants. Il est dans la logique des choses que certains documents saisis ne soient finalement pas utilisés pour l'enquête⁷⁴.

Le principe de la proportionnalité joue surtout un rôle lors de la mise sous séquestre de documents électroniques enregistrés. La saisie de supports externes de données comme CD-ROM, DVD-ROM ou clés USB et memory sticks ne pose pas de problème particulier⁷⁵. En principe, les autorités de la concurrence sont aussi autorisées à saisir toute installation électronique (p.ex. un ordinateur portable ou un serveur)⁷⁶, même si une telle mise sous séquestre pourrait entraver considérablement le fonctionnement opérationnel de l'entreprise en question⁷⁷. Par conséquent, les données sont en règle générale copiées sur des supports vierges qui sont ensuite mis sous séquestre⁷⁸. Ce procédé est reconnu par la doctrine⁷⁹ et la jurisprudence⁸⁰. La saisie pure et simple de l'ensemble des installations électroniques ne devrait être considérée comme respectant le principe de la proportionnalité que dans des cas exceptionnels, par exemple lorsque l'accès à ces données est protégé par un code et que ce code ne peut pas être trouvé ou lorsque les données sont cryptées⁸¹.

Lors du séquestre de documents «papiers», le principe de proportionnalité sera respecté si l'officier enquêteur donne l'occasion à l'entreprise 1) de s'exprimer sur les documents saisis, 2) de consulter auprès de l'autorité les documents saisis ou 3) si l'autorité lui remet des copies des documents à saisir, pour autant que la quantité de documents à séquestrer le permette⁸². Dans ce dernier cas, il serait disproportionné d'exiger des autorités qu'elles fassent systématiquement sur le lieu de la perquisition des copies de tous les documents qu'elles entendent saisir. L'officier enquêteur doit disposer de la marge de manœuvre suffisante pour décider, de cas en cas, si des copies peuvent être réalisées sur place. A cet égard, l'entreprise peut être appelée à mettre à disposition le matériel nécessaire à cet effet. Si elle le souhaite, l'entreprise pourra venir faire des copies des documents saisis auprès de l'autorité dans les jours qui suivent la perquisition. Ce genre de situation ne devrait pas se passer souvent dans la mesure où l'officier enquêteur demande systématiquement aux détenteurs de documents s'ils en ont un urgent besoin pour leur travail quotidien, auquel cas une copie sera affectuée sur le champ.

⁷¹ Arrêts de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 12 octobre 2004 (BK_B 071/04) consid. 7.1 et du 5 janvier 2005 (BK_B 111/04) consid. 2.5.

⁷² ATF 120 IV 164 consid. 1c.

⁷³ Parmi d'autres, Hauser / Schweri / Hartmann, 341.

⁷⁴ ATF 119 IV 175 consid. 2.

⁷⁵ Aepli, 65 s.; D. Ryser, «Computer Forensics», eine neue Herausforderung für das Strafprozessrecht, Internet-Recht und Strafrecht, 589.

⁷⁶ Aepli, 66 ss; Ryser, 563.

⁷⁷ Sommer / Raemy, 763.

⁷⁸ Lors de telles copies de bases de données on peut distinguer entre un classeur choisi d'un serveur (dite copie logique) et un miroir (dite copie physique ou forensique). Lors d'une copie logique, seules les données auxquelles a été attribué un espace mémoire sont copiées. Lors d'un miroir, toutes les données du disque dur sont enregistrées, également celles pour lesquelles le système n'a plus d'attribution (comme c'est le cas pour des données effacées). Le miroir a l'avantage qu'il contient vraiment toutes les informations se trouvant sur l'original y compris des objets cachés ou effacés.

⁷⁹ Aepli, 78; Ryser, 567 s.

⁸⁰ Arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 12 octobre 2004 (BK_B 071/04 consid. 7.1) ou ATF du 28 février 2000 (1P.703/1999 consid. 4e/aa).

⁸¹ Toutefois, la communication du code devrait pouvoir être demandée à l'entreprise, tout comme l'ouverture d'une porte fermée.

⁸² Arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 19 novembre 2004 (BK_B 156/04 consid. 6).

dd) Procédure

Selon l'art. 47 al. 1 DPA, le détenteur d'objets séquestrés est tenu de les remettre au représentant des autorités contre un accusé de réception ou un double du procès-verbal de perquisition et de séquestrer. Tout objet séquestré doit figurer dans ce procès-verbal et doit être conservé (art. 47 al. 2 DPA). Cela implique que les objets soient marqués (p.ex. numérotés) et listés dans le procès-verbal de perquisition et de séquestre⁸³.

Si le détenteur refuse de remettre un objet, l'officier enquêteur le sommerá de le lui remettre en se référant à l'art 292 du Code pénal (insoumission à une décision de l'autorité)⁸⁴. Au besoin, les autorités s'en saisiront en usant des moyens adéquats⁸⁵.

e) Cas spécial: découverte fortuite

Dans le contexte du droit de la concurrence, il est fort possible de faire des découvertes fortuites, c'est-à-dire de trouver des informations qui ne sont pas en relation avec l'état de fait concerné par la perquisition, mais qui mettent en lumière d'autres restrictions à la concurrence⁸⁶. Il n'y a pas de découverte fortuite lorsque l'autorité constate que d'autres entreprises, inconnues jusqu'alors, participent à la restriction à la concurrence qui fait l'objet de l'enquête⁸⁷. De telles découvertes font partie d'une perquisition.

Ni la loi sur les cartels, ni le droit pénal administratif ne précisent comment traiter les cas de découvertes fortuites. En matière pénale, la jurisprudence et la doctrine estiment que de telles découvertes ne peuvent être utilisées qu'à la condition (1) que la mesure de contrainte qui est la leur origine ait été légale et (2) que, selon un examen ultérieur, la mesure de contrainte aurait également été formellement et matériellement recevable⁸⁸. A notre avis, l'utilisation de découvertes fortuites lors d'une perquisition devrait être autorisée sous les mêmes conditions en matière de droit de la concurrence.

f) Cas spécial: péril en la demeure

En application de l'art. 48 al. 4 DPA, le fonctionnaire enquêteur peut lui-même ordonner la perquisition de locaux ou y procéder, lorsqu'il soupçonne que des moyens de preuve s'y trouvent et qu'il ne peut obtenir de mandat de perquisition à temps. Pour cela, il doit y avoir danger que ces preuves soient détruites avant que le fonctionnaire enquêteur n'ait pu obtenir de mandat de perquisition de la part d'un membre de la Présidence de la Comco. Dans cette hypothèse, les représentants de l'autorité doivent agir rapidement et aucun délai ne peut être admis pour l'obtention d'un mandat de perquisition.

3. Fin de la perquisition

A la fin d'une perquisition, les représentants de l'autorité et de l'entreprise ainsi que les officiers publics présents, signent le procès-verbal de perquisition et de séquestre. Un double est remis au représentant de l'entreprise (art. 47 al. 1 et art. 49 al. 4 DPA).

Les formalités terminées, les objets séquestrés sont évacués et entreposés sous contrôle officiel. Les autorités de la concurrence doivent alors assurer une conservation soignée des objets et prendre les mesures utiles pour éviter toute confusion possible⁸⁹.

Si des personnes ne se trouvant pas sur les lieux sont concernées par la mise sous séquestre (p.ex. le propriétaire absent d'un objet), la mesure leur est communiquée par l'envoi du procès-verbal de séquestre⁹⁰.

⁸³ Park, ch. 607.

⁸⁴ Hauri, 118.

⁸⁵ Park, ch. 604.

⁸⁶ Voir la définition selon procédure pénale dans Schmid, ch. 725.

⁸⁷ ATF 6P.109/2003 consid. 2.2.

⁸⁸ ATF 125 I 46 consid. 5, 122 I 182 consid. 3b et 4c, 120 la 314 consid. 2c; Schmid, ch. 725.

⁸⁹ Rasch, 41.

⁹⁰ ATF 120 IV 164 consid. 1c; Hauri, 118.

IV. Après la perquisition

Une mise sous séquestre peut être suivie de deux procédures: la première est la levée des scellés, dont l'entreprise aurait exigé la pose durant la perquisition, en faisant opposition. La deuxième concerne la procédure de recours contre la perquisition elle-même, laquelle servira à examiner l'admissibilité des mesures de contrainte.

1. Levée des scellés

Si une opposition a été faite, le Secrétariat de la Comco transmettra les moyens de preuve mis sous scellés à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 50 al. 3 DPA)⁹¹. Il n'y a pas de délai pour agir, mais si une demande de levée des scellés était indûment retardée, une plainte pourrait être déposée⁹².

La procédure de levée des scellés débute par une demande motivée du Secrétariat. Sa motivation ne pourra pas se fonder sur les informations dont il aura eu connaissance lors du contrôle sommaire des documents auquel ses officiers enquêteurs auront procédé durant la perquisition⁹³. Le détenteur des papiers ou des supports de données a la possibilité de se prononcer⁹⁴.

Dans le cadre d'une demande de levée des scellés, la Cour des plaintes va procéder en deux étapes. Primo, elle va déterminer si la perquisition a été ordonnée de façon valable en contrôlant: a) s'il existe des soupçons fondés, b) s'il y a une présomption suffisante que les papiers saisis contiennent des éléments d'une certaine importance pour l'enquête et c) si le principe de la proportionnalité a été respecté⁹⁵. Secundo, elle va vérifier si les conditions d'une levée des scellés sont remplies⁹⁶, en déterminant les documents pour lesquels les scellés peuvent être levés et lesquels ne peuvent pas être saisis – notamment en raison de la protection du secret professionnel.

Si le Tribunal fédéral décide que les scellés peuvent être levés, l'analyse des moyens de preuve se fait par le Secrétariat de la Comco en présence de leur détenteur. L'autorité de la concurrence doit procéder en ménageant le plus possible les secrets privés, conformément à l'art. 50 al. 2 DPA. Les éléments pertinents pour l'enquête sont alors saisis en bonne et due forme. Pour les cas mettant en jeu le secret professionnel de l'avocat, le triage se fait par la Cour des plaintes. Celui-ci a lieu en présence du détenteur des papiers et d'un représentant de l'autorité, les deux ayant le droit de prendre position sur les moyens de preuve⁹⁷.

La question de savoir si la décision de levée des scellés peut être déférée au Tribunal fédéral reste encore ouverte. Jusqu'à ce jour, le TF n'a pas été appelé à se prononcer à ce sujet⁹⁸.

2. Recours

Selon l'art. 44 LCart, les mesures de contraintes visées dans l'art. 42 al. 2 LCart peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence (Reko).

La loi fédérale sur la procédure administrative est applicable (PA; RS 172.021; art. 39 LCart et 71a al. 2 PA). Seules des décisions au sens de l'art. 5 PA sont sujettes à recours. L'art. 44 LCart est toutefois formulé de façon plus ouverte et parle des «mesures de contraintes». Ceci permet donc aussi de recourir contre les mesures de contrainte qui ne sont pas formulées sous forme d'une décision. En pratique, ce point n'est pas d'une importance notable, étant donné qu'aussi bien les mandats de perquisition que les procès-verbaux de saisie représentent matériellement des décisions incidentes. Par conséquent, toutes les personnes touchées par la mesure de contrainte et qui ont un intérêt digne de

⁹¹ D'un autre avis en se fondant sur les compétences de la Commission de recours en matière de concurrence Bilger, 263 s.

⁹² ATF 109 IV 154 consid. 1.

⁹³ ATF 106 IV 413 consid. 7b.

⁹⁴ Hauser / Schweri / Hartmann, 353.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 22 avril 2005 (BK_B 207/04 consid. 2).

⁹⁷ Arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 26 mai 2004 (BK_B 039/04 consid. 1.2), confirmé par les arrêts du 4 mai 2005 (BV 2005/15 consid. 5) et du 28 février 2005 (BK_B 189/04 consid. 5.2).

⁹⁸ Jusqu'à ce jour, le Tribunal fédéral a seulement établi dans l'ATF 130 IV 156, qu'une mise sous scellés provisoire des documents saisis, ordonnée par le Président de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, ne représentait pas de décision de mesures de contrainte, parce qu'elle ne concernait pas le sujet de la saisie.

protection peuvent faire recours (art. 48 al. 1 PA) dans les 10 jours suivant la notification de la décision (art. 50 PA)⁹⁹.

Le recours a en principe un effet suspensif selon l'art. 55 al. 1 PA, celui-ci étant cependant régulièrement retiré par les autorités de la concurrence en application de l'art. 55 al. 2 PA. Pour les documents mis sous scellés, l'entreprise devra attendre la décision de la Cour des plaintes. En effet, aussi longtemps que ceux-ci sont scellés, les intérêts du détenteur sont suffisamment sauvegardés¹⁰⁰.

La Commission de recours en matière de concurrence a pleine cognition pour examiner le recours (art. 49 PA). L'examen portera sur l'existence de soupçons fondés, le potentiel de preuve des moyens saisis et la proportionnalité de la saisie¹⁰¹. Précisons qu'en ce qui concerne l'existence de soupçons fondés, la Commission de recours ne procède pas – contrairement à la procédure au fond – à un examen exhaustif des questions de droit et de fait¹⁰².

Un recours au Tribunal fédéral, selon l'art. 97 al. 1 en lien avec les art. 98 let. e et 99 à 102 de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ; RS 173.110), est possible contre la décision de la Commission de recours. Le recours n'a en principe pas d'effet suspensif (art. 111 al. 2 OJ). Relevons que l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal administratif fédéral, fixée au 1er janvier 2007 (LTAF, FF 2005 3875)¹⁰³, supprimera l'art. 44 LCart (ch. 27 de l'annexe à la LTAF). Selon l'art. 33 let. e LTAF, le Tribunal fédéral administratif (TFA) connaît des recours contre les décisions de la Comco. La procédure devant le TFA est, comme celle qui prévaut actuellement devant la Reko, régie en principe par la PA (art. 37 LTAF).

3. Fin de la saisie

La saisie prend immédiatement fin lorsqu'un recours a été définitivement admis. Si une demande de levée de scellés a été refusée, les papiers et supports de données sont retournés tels quels à leur destinataire.

Si le recours est rejeté, les objets saisis seront rendus au plus tard lors de l'entrée en force de la décision au fond¹⁰⁴. La restitution peut avoir lieu avant, si l'autorité constate que les conditions de la saisie ne sont plus remplies¹⁰⁵. Il en va ainsi des documents saisis qui n'entrent pas en ligne de compte comme preuve. Par ailleurs et pour des raisons de respect du principe de proportionnalité, les ordinateurs portables, les agendas électroniques ou autres téléphones portables saisis peuvent être retournés aussitôt qu'une copie électronique a été faite¹⁰⁶.

V. Conclusion

La perquisition et la saisie de moyens de preuve sont les nouveaux instruments utilisés par les autorités de la concurrence pour débusquer les cartels. Il est dès lors compréhensible que de nombreuses questions relatives à la mise en œuvre de ces mesures contraignantes y soient discutées de façon controversée. Pour y répondre, il ne faut pas perdre de vue que, dans d'autres domaines juridiques, des solutions pratiques et conformes à la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral ont déjà été mises au point. Il est par conséquent important que les autorités de la concurrence s'en inspirent sans renoncer d'emblée à utiliser toutes leurs compétences.

* Vice-directeur au Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) et responsable du Centre de Compétences „Investigations“ (Ccomp Investigations).

** Collaborateur scientifique auprès dudit Secrétariat et membre du Comp Investigations.

⁹⁹ Arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 12 octobre 2004 (BK_B 071/04 consid. 4) ainsi qu'implicitement ATF 120 IV 164.

¹⁰⁰ ATF 109 IV 153 consid. 1, 119 IV 326 consid. 7.

¹⁰¹ Arrêts de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 2 mai 2005 (BV 2005/ 18 consid. 2.1) et du 24 mars 2005 (BV 2005/1 consid. 2).

¹⁰² ATF 124 IV 313 consid. 4; arrêts de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 2 mai 2005 (BV 2005/18 consid. 2.1) et du 24 mars 2005 (BV 2005/1 consid. 2).

¹⁰³ La nouvelle loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF, RO 2006 1205) entrera aussi en vigueur le 1er janvier 2007 et remplacera l'actuelle OJ (RS 173.110).

¹⁰⁴ Hauser / Schweri / Hartmann, 348.

¹⁰⁵ Hauri, 111.

¹⁰⁶ Arrêt de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 8 novembre 2004 (BK_B075/04 consid. 4.3).