

Update

Newsflash Mai 2019

Le Tribunal administratif fédéral garantit le droit de garder le silence des entreprises dans le cadre d'enquêtes de droit de la concurrence.

Dans une décision récente, le Tribunal administratif fédéral reconnaît que dans le cadre d'une enquête de droit de la concurrence, une audition sans restriction d'un ancien employé d'une partie à la procédure pourrait aller à l'encontre du droit de garder le silence de la partie à la procédure en question. Le Tribunal administratif fédéral précise dans son jugement à quelles conditions le Secrétariat de la Commission de la concurrence peut auditionner d'anciens employés en tant que témoins.

Faits

En avril 2016, lors d'une enquête portant sur un possible cartel de soumission contre de nombreuses entreprises de construction suisses, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a convoqué l'individu Y comme témoin. Jusqu'à sa retraite à la fin février 2014 et durant la période visée par l'enquête, Y était employé de la société anonyme X (la recourante) en tant que directeur de succursale et disposait d'un pouvoir de représentation collectif (à deux). La recourante a demandé à ce qu'Y soit interrogé comme son représentant et non comme un témoin, mais le Secrétariat de la Commission de la concurrence a rejeté la requête. L'affaire a été ainsi portée devant le Tribunal administratif fédéral (Jugement B-3099/2016, B-3702/2016 du 17 septembre 2018).

Résumé des considérants

Le Tribunal administratif fédéral (le « **Tribunal** ») se penche sur la question de savoir quelles personnes physiques peuvent représenter une personne morale dans une procédure administrative. Il estime qu'une personne morale est incarnée par ses organes formels et de fait et qu'elle agit par le biais de ceux-ci dans le cadre d'une procédure administrative. Le Tribunal en conclut que lorsqu'une personne morale est partie dans une procédure de droit administratif (de la concurrence) ses organes formels et de fait sont également parties et doivent ainsi être auditionnés en tant que représentant de la partie. Les autres membres de la personne morale peuvent, selon le Tribunal être, en règle générale, auditionnés en tant que témoins.

En ce qui concerne l'appréciation du rôle d'Y dans la procédure, le Tribunal estime qu'au vu du fait que la personne morale peut être représentée dans une procédure uniquement par ses organes actuels il faut se baser, en règle générale, sur les rapports au moment de l'audition. Le Tribunal soutient qu'Y n'a plus de statut d'organe et n'a pas d'autre pouvoir de représentation de la recourante. C'est pourquoi Y en tant qu'ancien organe ne peut pas être auditionné en tant que représentant de la recourante. Selon le Tribunal, Y constitue bien plus un tiers qui peut être entendu, de manière générale, en tant que témoin avec une obligation de dire la vérité et une menace de sanction en cas de faux témoignage.

Le Tribunal examine ensuite la question de savoir si et dans quelle mesure les garanties minimales de procédure pénale, desquelles le droit de garder le silence (le principe de *nemo-tenetur*) est tiré, pourraient aller à l'encontre d'une audition d'Y comme témoin sous la menace d'une sanction.

Le Tribunal estime que l'audition d'Y en tant que témoin ne constituait pas une violation *per se* des garanties procédurales minimales prévues à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, CEDH, SR 0.101).

Le Tribunal reconnaît toutefois qu'une audition sans restrictions d'Y en tant que témoin pourrait aller à l'encontre du droit de garder le silence de la recourante découlant de l'article 6 CEDH, étant donné que le comportement d'Y en tant qu'organe de la recourante serait retenu contre la recourante et qu'Y ne pourrait pas refuser de témoigner à ce sujet. Dès lors, le Tribunal estime que le Secrétariat de la Commission de la concurrence ne peut pas auditionner sans restrictions Y comme témoin et que l'audition d'Y comme

témoin est uniquement admissible, dans la mesure où le témoignage porte sur des informations purement factuelles qui ne peuvent pas avoir directement un effet incriminant à l'égard de la recourante. En revanche, le Tribunal considère comme illicite une audition en tant que témoin sous la menace de sanctions et ayant pour objet des questions qui pourraient finalement mener à une reconnaissance implicite de culpabilité de la recourante. Pour ce type de questions, selon le Tribunal, une audition d'Y en tant que personne appelée à donner des renseignements s'impose, c'est-à-dire une audition sans obligation de dire la vérité et sans menace de sanctions en cas de faux témoignage et ce, avec un droit de garder le silence.

Commentaires

Ce jugement du Tribunal qui protège les garanties procédurales minimales d'entreprises, dans le cadre d'enquêtes de droit de la concurrence, ne convainc pas totalement.

En se référant à la position d'Y au moment de l'audition, le Tribunal ne tient pas suffisamment compte du fait qu'il est possible que précisément cet employé ait été responsable du comportement problématique. Le Tribunal remédie à cette contradiction, dans la mesure où il considère comme illicite une audition sans restrictions d'anciens employés qui ont un lien particulièrement proche aussi bien avec la partie à la procédure qu'avec l'objet de l'audition. En pratique, cette règle a pour conséquence que ces personnes sont interrogées en tant que personnes appelées à donner des renseignements et qu'elles peuvent, à ce titre, *de facto* refuser de témoigner.

Nous nous tenons volontiers à disposition pour toute question à ce sujet.

Avis légal: Le contenu de cet UPDATE Newsflash est de nature générale et ne constitue pas un conseil juridique. Nous nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question spécifique. Cet article a été publié à l'origine dans la Newsletter de l'International Law Office – www.internationallawoffice.com.

Contacts

Zurich

Marcel Meinhardt
marcel.meinhardt@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 80 00

Astrid Waser
astrid.waser@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 80 00

Genève

Benoît Merkt
benoit.merkt@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 70 00

Nos Bureaux

Genève

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tel: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Zurich

Lenz & Staehelin
Brandschenkestrasse 24
CH-8027 Zürich
Tel: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue de Rhodanie 58
CH-1007 Lausanne
Tel: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com