

LIGNES DIRECTRICES DE L'AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE DANS LE CADRE DES PROCÉDURES DE PERQUISITION¹

INTRODUCTION

Depuis 2011, l'Auditorat transmet aux entreprises qui font l'objet d'une perquisition un document intitulé « *Pratiques de l'Auditorat du Conseil de la Concurrence et de la Direction générale de la Concurrence du SPF Économie dans le cadre des procédures de perquisition* ». ²

Suite à l'entrée en vigueur du Livre IV du Code de Droit Économique (ci-après « CDE ») et à l'abrogation de la Loi sur la Protection de la Concurrence Économique, ce document devait faire l'objet d'une mise en conformité avec les dispositions du CDE.

Dès lors que ces pratiques ont été accueillies positivement par les entreprises ayant fait l'objet de perquisitions, il apparaît opportun de les codifier et de les publier, dans un souci de transparence.

En vertu de l'article IV.25, deuxième tiret, CDE, le Comité de direction de l'Autorité belge de la concurrence (ci-après « ABC ») a décidé en réunion du 17 décembre 2013 d'adopter des lignes directrices qui reprennent ces pratiques et qui seront accessibles sur le site internet de l'ABC et publiées au Moniteur Belge.

GÉNÉRALITÉS

1. Les entreprises³ sont légalement tenues de se soumettre aux perquisitions menées par les auditeurs et membres du personnel de l'ABC commissionnés par le ministre (ci-après, ensemble, « membres du personnel de l'ABC ») ainsi que les experts mandatés, avec l'autorisation préalable d'un juge d'instruction.⁴
2. Une copie certifiée conforme de l'ordre de mission de l'auditeur précisant l'objet et le but de la mission⁵ ainsi que de l'autorisation du juge d'instruction sont remises à l'entreprise par un des membres du personnel de l'ABC. L'entreprise signe un document dans lequel elle confirme avoir reçu les présentes lignes directrices et les copies certifiées conformes des deux documents précités.
3. L'entreprise peut se faire assister par un avocat ou un conseil, cependant cette assistance n'est pas une condition légale affectant la validité de la perquisition. Après notification de l'ordre de mission et de l'autorisation, les membres du personnel de l'ABC et les experts mandatés peuvent immédiatement accéder aux locaux, occuper les bureaux et commencer les opérations de recherche. Ils ne sont pas tenus d'attendre que l'entreprise ait consulté un avocat ou un conseil.

¹ En date du 17 décembre 2013

² La dernière version en date est du 12 juin 2013.

³ Dans le cadre de cette note, le terme 'entreprise' englobe les entreprises, les associations d'entreprises et les personnes physiques qui font l'objet de perquisitions.

⁴ Article IV. 41 § 3, alinéa 4 du CDE.

⁵ Article IV. 41 § 3, avant-dernier alinéa du CDE.

POUVOIRS D'ENQUETE

4. Les membres du personnel de l'ABC peuvent, notamment, dans le cadre de leur mission⁶:
- accéder aux locaux, moyens de transport et autres lieux des entreprises où ils ont des raisons de croire qu'ils trouveront des documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission et dont ils peuvent prendre copie, et ce quel qu'en soit le support;
 - accéder au domicile des chefs d'entreprise, administrateurs, gérants, directeurs, et autres membres du personnel ainsi qu'au domicile et dans les locaux professionnels des personnes physiques ou morales, internes ou externes, chargées de la gestion commerciale, comptable, administrative, fiscale et financière;
 - interroger les responsables de l'entreprise ainsi que le personnel sur des faits ou des documents en relation avec l'objet de l'ordre de mission et le constater dans un procès-verbal;
 - interroger les responsables de l'entreprise ainsi que le personnel sur l'organisation interne de l'entreprise, les méthodes de travail, les répartitions des responsabilités en vue de faciliter la recherche des documents;
 - procéder à toute constatation nécessaire, et
 - saisir sur place et apposer des scellés pour la durée de la mission.⁷

Les experts mandatés assistent les membres du personnel de l'ABC dans le cadre de leur mission.⁸

RECHERCHES DANS L'ENVIRONNEMENT INFORMATIQUE

5. Une partie des recherches peut consister en des recherches dans l'environnement informatique. Cette recherche peut être effectuée - via notamment l'utilisation de software et de hardware dédiés - par des experts mandatés et les membres du personnel de l'ABC. Les programmes utilisés lors des perquisitions respectent l'intégrité des systèmes et des données de l'entreprise.

Une première évaluation notamment du contenu et de l'arborescence des données informatiques des personnes ciblées peut être effectuée par les membres du personnel de l'ABC et les experts mandatés. Cette évaluation peut conduire à l'ouverture et la prise de connaissance sommaire de certains fichiers en vue de vérifier la pertinence du choix des personnes ciblées et des fichiers se trouvant sur l'environnement informatique analysé au regard de l'ordre de mission.

Il existe différents types de recherches : recherche digitale et recherche manuelle sur la copie électronique. Les membres du personnel de l'ABC et les experts mandatés peuvent opter pour un ou plusieurs types de recherches selon les besoins de la situation.

⁶ Article IV. 41 §§ 3 et 5 du CDE.

⁷ Pas plus longtemps que 72 heures dans d'autres locaux que ceux des entreprises ou associations d'entreprises (article IV. 41 § 3, 5^{ème} alinéa du CDE).

⁸ Article IV. 41 § 3, dernier alinéa du CDE.

5.1. Recherche au moyen d'un logiciel spécialisé

Les experts mandatés et les membres du personnel de l'ABC sélectionnent et transfèrent les éléments pertinents sur un espace dédié (par exemple sur un disque dur externe, un réseau sécurisé mis à disposition par l'entreprise,...) en vue d'un traitement via le logiciel spécialisé et l'utilisation de mots-clés dont l'entreprise recevra la liste en fin de perquisition en annexe du procès-verbal rédigé à la fin de la perquisition.

Après une première sélection sur place sur la base de mots-clés, une 2ème sélection peut être effectuée si nécessaire sur la base d'un 2ème mot-clé. Ceci peut être fait sur place ou dans les bureaux de l'ABC, mais toujours en présence de représentants de l'entreprise.

Au terme des sélections effectuées sur place et du traitement par le logiciel en question, trois copies des données sélectionnées sont générées, dont deux sont mises sous scellés pour être emportées par les membres du personnel de l'ABC, la troisième étant remise à l'entreprise. Il en est de même si des sélections complémentaires sont effectuées dans les bureaux de l'ABC.

Dans ce type de recherches, le traitement des données se fait en principe sans consultation du contenu des fichiers, sous réserve de ce qui suit.

Une autre type de recherche informatique consiste en la sélection d'un certain volume de documents à l'aide d'un logiciel spécialisé sur base de mots-clés ou d'autres critères mais avec consultation immédiate et détermination de l'éventuel caractère « out of scope » et « LPP » des documents.

En cas de contestation et/ou pour d'autres raisons (par exemple le « timing »), ce type de recherche peut être poursuivie dans les locaux de l'ABC en présence des représentants de l'entreprise concernée.

Dans cet autre type de recherche informatique, trois copies des données sélectionnées sont également générées au terme des sélections effectuées sur place et du traitement par le logiciel en question, dont deux sont mises sous scellés pour être emportées par les membres du personnel de l'ABC, la troisième étant remise à l'entreprise. En outre, deux copies non scellées des documents électroniques « in scope » sont effectuées, une destinée à l'ABC et l'autre à l'entreprise. Il en est de même si des sélections complémentaires sont effectuées dans les bureaux de l'ABC.

A la fin de la perquisition l'entreprise reçoit la liste de mots-clés sous forme d'annexe au procès-verbal qui est rédigé à la clôture de la perquisition.

5.2. Sélection manuelle sur base de consultation des données

Cette méthode consiste à ce que les experts mandatés et les membres du personnel de l'ABC, après avoir sélectionné et transféré les données pertinentes sur un espace dédié (par exemple sur un disque dur externe, un réseau sécurisé mis à disposition par l'entreprise, ...) procèdent sur place à la consultation des données stockées sur la copie en présence de représentants de l'entreprise concernée.

5.3. Traitement des documents sélectionnés

Les documents sélectionnés sont copiés sous forme électronique, et classés dans trois répertoires/catégories distinct(e)s,

(1) documents « in scope », reprenant la copie des documents individuels pour lesquels la copie n'est pas contestée par l'entreprise;

(2) les éventuels documents « LPP »⁹, reprenant la copie des documents individuels que l'entreprise estime être couverts par le LPP et dont le caractère LPP est contesté par les membres du personnel de l'ABC, et

(3) les éventuels documents « out of scope »¹⁰, reprenant la copie des documents que les membres du personnel de l'ABC de la concurrence estiment pertinents mais que l'entreprise estime être en dehors du champ d'application de l'autorisation.

Seuls les documents repris dans le répertoire des documents « in scope » sous (1) seront accessibles à l'équipe d'instruction. Les documents repris sous (2) éventuels documents « LPP » et (3) éventuels documents « out of scope » sont mis sous enveloppes scellées en vue d'un traitement ultérieur par un auditeur tiers.

Un délai d'au moins 10 jours ouvrables, en fonction du nombre et la taille des documents, est d'application en vue de permettre à l'entreprise de transmettre une liste des documents « out of scope » et « LPP » qui font partie des documents scellés, accompagnée le cas échéant d'une explication succincte du caractère « out of scope » ou « LPP » de chaque document.

RECHERCHE DES DOCUMENTS PAPIERS

6. Pour les recherches des documents papiers, l'éventuel caractère « out of scope » et « LPP » est également examiné en présence de l'entreprise dans la mesure du possible avant la clôture de la perquisition.

A l'instar de ce qui a été indiqué au point 5.3 ci-dessus, seuls les documents dont la copie n'est pas contestée par l'entreprise seront accessibles à l'équipe d'instruction. Les éventuels documents « LPP » reprenant les documents que l'entreprise estime être couverts par le Legal Professional Privilege et dont le caractère LPP est contesté par les membres du personnel de l'ABC ainsi que les éventuels documents « out of scope » reprenant les documents que ces derniers estiment pertinents mais que l'entreprise estime être en dehors du champ d'application de l'autorisation, sont mis sous scellés en vue d'un traitement ultérieur par l'Auditorat et, en cas de désaccord persistant sur leur qualification, en vue d'un éventuel recours.

Le délai d'au moins 10 jours ouvrables, en fonction du nombre et de la taille des documents, est d'application en vue de permettre à l'entreprise d'apporter la justification du caractère « out of scope » ou « LPP » des documents dont la copie est contestée par l'entreprise.

⁹ « LPP » veut dire « Legal Professional Privilege ». Le droit belge et la jurisprudence européenne reconnaissent sous certaines conditions que la correspondance échangée entre un avocat et son client soit protégée. Ce LPP forme une exception aux compétences des membres du personnel de l'ABC pour effectuer l'instruction. Dans le droit belge cette protection est également valable pour les juristes d'entreprises affiliés à l'IJE (« Institut des juristes d'entreprise »).

¹⁰ Les documents « out of scope » sont les documents qui ne sont pas visés par le champ d'application prévu dans l'ordre de mission et l'autorisation de perquisition.

PROCEDURE DE FIN DE PERQUISITION

7. L'entreprise reçoit une copie de tous les documents et données copiés sur support papier ou informatique selon le cas, ainsi qu'une liste les identifiant. Cette procédure est consignée dans le PV de fin de perquisition avec les éventuelles observations ou réserves de l'entreprise. Il en est de même des observations des membres du personnel de l'ABC et des experts mandatés.

Les documents ou données qui se trouvent encore sur l'espace dédié sont effacés définitivement sur place.

JUSTIFICATION DU « LPP » ET DU « OUT OF SCOPE » PAR L'ENTREPRISE

8. Pour rappel, un délai de minimum 10 jours ouvrables, en fonction du nombre et de la taille des documents, est octroyé à l'entreprise afin de faire parvenir à l'auditeur en charge du dossier une liste identifiant et justifiant le caractère « out of scope » ou « LPP » de documents se trouvant dans les enveloppes scellées.

Pour les éventuels documents « LPP » l'auditeur général désignera ultérieurement un auditeur tiers qui vérifiera, en présence de l'entreprise et éventuellement d'experts ICT, la pertinence de la qualification proposée par l'entreprise. Les éléments relevant effectivement de cette catégorie selon l'auditeur tiers sont définitivement supprimés du dossier d'instruction (et effacés du support informatique si nécessaire).

Pour les éventuels documents « out of scope », la pertinence de la qualification proposée par l'entreprise sera vérifiée, dans les locaux de l'ABC en présence de l'entreprise, par l'auditeur en charge du dossier assisté de membres du personnel de l'ABC et éventuellement d'experts ICT.

Afin d'éviter tout malentendu, il faut souligner que, comme le prévoit le livre IV du CDE, les documents copiés pendant la perquisition sont couverts par l'obligation de confidentialité à laquelle sont soumis tous les membres du personnel de l'ABC.¹¹ A un stade ultérieur de l'instruction, l'entreprise recevra la possibilité de se prononcer sur le caractère confidentiel des données contenues dans chacun des documents copiés et joints au dossier.¹²

*
* *

¹¹ Article IV.34 du CDE.

¹² Article IV.41 § 7 du CDE.