

RICHTSNOEREN VAN DE BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT BETREFFENDE DE HUISZOEKINGSPROCEDURE¹

INLEIDING

Sinds 2011 overhandigt het Auditoraat aan de ondernemingen die aan een huiszoeking onderworpen worden, een document getiteld: *“Werkwijze van het Auditoraat van de Raad voor de Mededinging en van de Algemene Directie Mededinging van de FOD Economie in het raam van een procedure van huiszoeking”*.²

Na de inwerkingtreding van Boek IV van het Wetboek van Economisch Recht (hierna: " WER ") en de opheffing van de wet tot bescherming van de economische mededinging, moest dit document in overeenstemming worden gebracht met de bepalingen van het WER.

Daar de ondernemingen die aan een huiszoeking onderworpen werden deze werkwijze positief onthaalden, lijkt het wenselijk deze te codificeren en in het belang van de transparantie, te publiceren.

Op grond van artikel IV.25 , tweede streepje , WER , heeft het Directiecomité van de Belgische mededingingsautoriteit (hierna: "BMA") in haar vergadering van 17 december 2013 richtsnoeren aangenomen die deze werkwijze codificeren. Deze richtsnoeren zullen beschikbaar zijn op de website van de BMA en worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

ALGEMEEN

1. De ondernemingen³ zijn er bij wet toe gehouden om zich te onderwerpen aan huiszoeken verricht door de auditeurs en het personeel van de BMA, aangesteld door de minister (hierna samen vermeld als “de personeelsleden van de BMA”), evenals de gemachtigde deskundigen, met voorafgaande machtiging van een onderzoeksrechter.⁴
2. Een eensluidend verklaard afschrift van het opdrachtbevel van de auditeur met vermelding van het voorwerp en het doel van de opdracht⁵ en van de machtiging van de onderzoeksrechter wordt aan de onderneming overhandigd door één van de personeelsleden van de BMA. De onderneming tekent een document waarin ze erkent onderhavige richtsnoeren en voormelde conforme afschriften van de twee hierboven genoemde documenten te hebben ontvangen.
3. De onderneming kan zich laten bijstaan door een advocaat of een raadsman, zonder dat deze bijstand een wettelijke voorwaarde is voor de geldigheid van de huiszoeking. Na kennisgeving van het opdrachtbevel en de machtiging kunnen de personeelsleden van de BMA en de gemachtigde deskundigen onmiddellijk de lokalen betreden, de kantoren bezetten en de zoekhandelingen aanvangen. Zij zijn niet verplicht te wachten tot de onderneming een advocaat of een raadsman heeft geraadpleegd.

¹ Op datum van 17 december 2013.

² De laatste versie dateert van 12 juni 2013.

³ In deze nota omvat de term onderneming de ondernemingen, de verenigingen van ondernemingen en de natuurlijke personen die het voorwerp zijn van de huiszoeken.

⁴ Artikel IV,41 §3, vierde streepje van het WER

⁵ Artikel IV,41 §3, voorlaatste alinea van het WER

ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN

4. De personeelsleden van de BMA kunnen, meer bepaald, in het kader van hun opdracht⁶:
- de lokalen, de transportmiddelen, en andere plaatsen van de ondernemingen betreden waar zij redelijkerwijze vermoeden bescheiden of gegevens te kunnen vinden, welke zij voor het vervullen van hun opdracht nodig achten en waarvan zij kopie mogen nemen, en dit op welke drager ook;
 - de woning van de ondernemingshoofden, bestuurders, zaakvoerders, directeurs en andere personeelsleden betreden, alsook de woning en de lokalen die gebruikt worden voor professionele doeleinden door natuurlijke en rechtspersonen, intern of extern, belast met het commercieel, boekhoudkundig, administratief, fiscaal en financieel beheer;
 - de verantwoordelijken van de onderneming en het personeel ondervragen over de feiten of de documenten die verband houden met het voorwerp van het opdrachtbevel, en hiervan akte nemen in een proces-verbaal;
 - de verantwoordelijken van de onderneming en het personeel ondervragen over de interne organisatie van de onderneming, de werkmethoden, en de verdeling van de verantwoordelijkheden met het oog op het vergemakkelijken van het opzoeken van documenten;
 - elke noodzakelijke vaststelling doen, en
 - ter plaatse beslag leggen en verzegelen voor de duur van de opdracht.⁷

De gemachtigde deskundigen staan de personeelsleden van de BMA bij in de uitvoering van hun opdracht.⁸

OPZOEKINGEN IN EEN INFORMATICA-OMGEVING

5. Een gedeelte van de opzoeken kunnen bestaan uit opzoeken in een informatica-omgeving. Deze opzoeken - met name het gebruik van aangepaste software en hardware - kan geschieden door gemachtigde deskundigen en personeelsleden van de BMA. De programma's die tijdens huiszoeken gebruikt worden, brengen geen nadeel toe aan de integriteit van de systemen en de gegevens van de onderneming.

De personeelsleden van de BMA en de gemachtigde deskundigen kunnen een eerste beoordeling uitvoeren van de inhoud en de structuur van de informatica-gegevens van de personen die beoogd worden. Deze beoordeling kan leiden tot het openen en het oppervlakkig kennis nemen van bepaalde bestanden om de relevantie na te gaan van de keuze van de beoogde personen en van de bestanden die zich op de onderzochte informatica-omgeving bevinden in het licht van het verleende opdrachtbevel.

Er zijn verschillende wijzen van opzoeken : digitale wijze en manueel op een digitale kopie. De personeelsleden van de BMA en de gemachtigde deskundigen kunnen volgens de noodwendigheden van de situatie opteren om één of meerdere methoden toe te passen.

⁶ Artikel IV.41 §§ 3 en 5 WER.

⁷ Niet langer dan 72 uur in andere lokalen dan deze van de ondernemingen of ondernemingsverenigingen (artikel IV.41 § 3, 5^{de} alinea WER) .

⁸ Artikel IV.41 § 3, laatste alinea WER.

5.1. Opzoeking met gespecialiseerde software

De gemachtigde deskundigen en de personeelsleden van de BMA selecteren de ter zake dienende gegevens en brengen deze over naar een daartoe bestemde ruimte (bijvoorbeeld een externe harde schijf, een beveiligd netwerk dat door de onderneming ter beschikking wordt gesteld,...) met het oog op verwerking door middel van gespecialiseerde software en het gebruik van zoektermen waarvan de onderneming op het einde van de huiszoeking de lijst ontvangt als bijlage bij het proces-verbaal van het einde van de huiszoeking.

Na een eerste selectie ter plaatse op basis van zoektermen, kan een tweede selectie - indien nodig - op basis van een tweede zoekterm uitgevoerd worden. Dit kan ter plaatse of in de kantoren van de BMA gebeuren, doch altijd in aanwezigheid van vertegenwoordigers van de onderneming.

Voor wat betreft de selecties en de verwerking met de desbetreffende software ter plaatse, worden drie kopies van de geselecteerde gegevens aangemaakt, waarvan er twee verzegeld worden en door de personeelsleden van de BMA meegenomen worden, en een derde aan de onderneming wordt overhandigd. Dit is eveneens het geval indien er bijkomende selecties worden gemaakt in de kantoren van de BMA.

In dit type opzoekingen gebeurt de verwerking van gegevens in beginsel zonder de inhoud van de bestanden te raadplegen, onder voorbehoud van hetgeen volgt.

Een andere digitale opzoekingsmethode bestaat erin dat, nadat met behulp van gespecialiseerde software op basis van zoektermen of andere criteria een hoeveelheid documenten verzameld werd, deze documenten onmiddellijk worden geraadpleegd en het mogelijke "out of scope" en "LPP" karakter van deze documenten wordt bepaald.

In geval van betwisting en/of om andere redenen (bv. "timing") kan dit type opzoeking voortgezet worden op een later ogenblik bij de BMA in aanwezigheid van de vertegenwoordigers van de onderneming.

Bij deze andere digitale opzoekingsmethode worden eveneens drie kopies van de ter plaatse geselecteerde gegevens aangemaakt, waarvan er twee verzegeld worden en door de personeelsleden van de BMA meegenomen worden, en een derde aan de onderneming wordt overhandigd. Daarnaast worden twee kopies niet-verzegelde elektronische documenten aangemaakt, met de documenten die na consultatie als "in scope" worden beschouwd. Eén van deze kopies is bestemd voor de BMA en de andere voor de onderneming. Dit is evenzeer het geval wanneer bijkomende selecties gebeuren in de kantoren van de BMA.

Op het einde van de huiszoeking ontvangt de onderneming de lijst van zoektermen als bijlage bij het proces-verbaal van het einde van de huiszoeking.

5.2. Manuele selectie op basis van inhoudelijke raadpleging

Deze methode bestaat erin dat de gemachtigde deskundigen en de personeelsleden van de BMA na het selecteren van de relevante gegevens en het overbrengen ervan naar een daartoe bestemde ruimte (bijvoorbeeld een externe harde schijf, een beveiligd netwerk dat door de onderneming ter beschikking wordt gesteld,...), ter plaatse overgaan tot de inhoudelijke raadpleging van de gemaakte kopie in het bijzijn van de vertegenwoordigers van de onderneming.

5.3. Verwerking van geselecteerde documenten

De geselecteerde documenten worden vervolgens gekopieerd in elektronisch formaat en geklasseerd in drie verschillende repertoria,

- (1) documenten “in scope”, met kopie van de individuele documenten waarvan de kopie niet betwist wordt door de onderneming;
- (2) mogelijke “LPP”-documenten⁹, met kopie van de individuele documenten waarvan de onderneming van oordeel is dat zij beschermd worden door het LPP en waarvan het LPP-karakter betwist wordt door de personeelsleden van de BMA, en
- (3) mogelijke “out of scope-documenten”¹⁰, met kopie van de individuele documenten die de personeelsleden van de BMA als relevant beschouwen maar waarvan de onderneming van oordeel is dat deze individuele documenten buiten het toepassingsgebied van het opdrachtbevel vallen.

Alleen de documenten opgenomen in het repertorium documenten “in scope” onder (1) zijn toegankelijk voor het onderzoeksteam. De documenten opgenomen onder (2) mogelijke “LPP”-documenten en (3) mogelijke documenten “out of scope” worden in beveiligde omslagen verzegeld met het oog op de latere behandeling door een auditeur, die het dossier niet leidt.

Aan de onderneming wordt een termijn van tenminste 10 werkdagen gegeven, in functie van het aantal en de omvang van de documenten, om een lijst te doen toekomen met vermelding van de documenten “out of scope” of “LPP” die zich bevinden onder de verzegelde documenten, met, opgave van een korte verantwoording van het “out of scope” of “LPP” karakter van elk document waarvan de kopie betwist wordt.

OPZOEKING VAN PAPIEREN DOCUMENTEN

6. Voor het onderzoek van papieren documenten wordt het mogelijke “out of scope” en “LPP” karakter ook onderzocht in aanwezigheid van de onderneming in de mate van het mogelijke voor het afsluiten van de huiszoeking.

Zoals onder punt 5.3 hierboven is aangegeven, zijn alleen de documenten waarvan de kopie niet wordt betwist door de onderneming voor het onderzoeksteam toegankelijk. De mogelijke documenten “LPP” met inbegrip van de documenten waarvan de onderneming van oordeel is dat zij door het Legal Professional Privilege beschermd zijn en waarvan het “LPP”-karakter betwist wordt door de personeelsleden van de BMA, alsmede de mogelijke documenten “out of scope” die de documenten bevatten die deze laatsten als ter zake dienend beschouwen maar waarvan de onderneming van oordeel is dat deze individuele documenten buiten het toepassingsgebied van het opdrachtbevel vallen, worden verzegeld met het oog op de latere behandeling door het Auditoraat en, in geval van blijvend meningsverschil over hun kwalificatie, van het eventueel aanwenden van een rechtsmiddel.

Een termijn van tenminste 10 werkdagen, in functie van het aantal en de omvang van de documenten, is van toepassing teneinde de onderneming in de gelegenheid te stellen de verantwoording aan te voeren van het “out of scope” of “LPP” karakter van de documenten waarvan de kopie wordt betwist door de onderneming.

⁹ “LPP” staat voor Legal Professional Privilege. Het Belgische recht en de Europese rechtspraak erkennen onder bepaalde voorwaarden dat de correspondentie gewisseld tussen een advocaat en zijn cliënt bescherming verdient. Dit LPP vormt een uitzondering op de onderzoeksbevoegdheden van de personeelsleden van de BMA. Deze bescherming geldt in het Belgisch recht eveneens voor bedrijfsjuristen aangesloten bij het IBJ (“Instituut voor Bedrijfsjuristen”).

¹⁰ Met “out of scope-documenten” worden de documenten bedoeld die buiten het toepassingsgebied van het opdrachtbevel en de machtiging voor de huiszoeking vallen.

PROCEDURE MET BETREKKING TOT HET EINDE VAN DE HUISZOEKING

7. De onderneming ontvangt kopie van alle documenten en gegevens die gekopieerd werden op papieren of elektronische drager naar gelang het geval, alsmede een lijst die hen identificeert. Deze procedure wordt opgenomen in het proces-verbaal van het einde van de huiszoeking met eventuele opmerkingen of voorbehouden van de onderneming. Hetzelfde geldt voor de opmerkingen van de personeelsleden van de BMA en de gemachtigde deskundigen.

De documenten en gegevens die zich nog in de toegewezen ruimte bevinden, worden ter plaatse definitief gewist.

VERANTWOORDING VAN HET MOGELIJKE “LPP” EN “OUT OF SCOPE” KARAKTER DOOR DE ONDERNEMING

8. Zoals vermeld, wordt een termijn van ten minste 10 werkdagen, in functie van het aantal en de omvang van de documenten, toegekend aan de onderneming om aan de auditeur belast met de zaak een lijst te bezorgen met vermelding en verantwoording van de documenten die mogelijks “out of scope” of “LPP” zijn en die zich bevinden in de verzegelde omslagen.

Wat betreft de documenten mogelijks “LPP”, zal de auditeur-generaal later een derde, auditeur, aanwijzen die, in aanwezigheid van de onderneming en eventueel ICT-deskundigen, onderzoekt of de kwalificatie die door de onderneming wordt voorgesteld relevant is. De elementen die volgens de derde, auditeur, daadwerkelijk tot deze categorie behoren worden definitief uit het onderzoeksdossier verwijderd (en zo nodig gewist van de elektronische drager).

Wat betreft de documenten mogelijks “out of scope” zal de auditeur die belast is met de zaak, bijgestaan door de personeelsleden van de BMA en eventueel ICT-deskundigen, in de lokalen van de BMA en in aanwezigheid van de onderneming, onderzoeken of de kwalificatie die door de onderneming wordt voorgesteld, relevant is.

Teneinde elk misverstand te vermijden, wordt eraan herinnerd dat, zoals Boek IV WER voorziet, de documenten die tijdens de huiszoeking zijn gekopieerd, zijn gedekt door de geheimhoudingsplicht waaraan de personeelsleden van de BMA onderworpen zijn.¹¹ In een later stadium van het onderzoek, zal de onderneming de gelegenheid krijgen om zich uit te spreken over de vertrouwelijkheid van de gegevens van elk gekopieerd document dat aan het dossier werd toegevoegd.¹²

*
* *

¹¹ Artikel IV.34 van het WER.

¹² Artikel IV, 41,§7 van het WER.