

# Seminario Visitas de verificación 19 de julio

**Caso Francés**

**Iratxe Gurpegui Ballesteros**

**Experta en Competencia en la OCDE**

# Marco jurídico

Art. 450-4 del Código de Comercio

# Autorización judicial

## ➤ Autorización del juez:

- Indicios suficientes.
- La decisión judicial (alcance de la inspección, indicios que justifican la inspección, recursos posibles)
- « *La visita de verificación se efectúa bajo la autoridad y el control del juez que la autoriza* ». Presencia de la policía judicial.
- Recursos posibles :
  - 2 tipos:
    - contra la autorización judicial,
    - contra el desarrollo de las inspecciones
  - No son suspensivos.

# Jurisprudencia europea autorización judicial previa



- La **autorización judicial previa no es absolutamente necesaria** para salvaguardar los derechos fundamentales de inviolabilidad del domicilio y la tutela judicial efectiva.
- **Principio establecido por el TEDH** - la falta de autorización judicial previa puede compensarse mediante un control completo realizado después de la inspección.

# SRR Isla de la Reunión

## Control de juez



- Visita de verificación del 12 de septiembre de 2013 en los locales de un operador de telefonía móvil de la isla de la Reunión, SRR.
- El abogado **no pudo contactar al juez** directamente durante la visita.
- La Cour d'Appel de Saint Denis **anuló la visita** por violación de garantía fundamental.
- La Cour de cassation **anuló dicha sentencia**: la empresa no tiene un derecho de recurrir de manera directa al juez. Los policías judiciales están encargados de informar al juez de las dificultades en todo momento.

# Poderes de los investigadores

- Inspeccionar locales de empresas y domicilios privados.
- Incautación de todo documento y todo soporte de información (llave USB, tarjetas de memoria, CDs, etc...)
- Proceder a interrogatorios.
- Precintar oficinas, documentos y soportes de información.

# Limites

- **Ámbito de la inspección que figura en la autorización judicial.**
- **Correspondencia abogado cliente.**
  - Poder de verificar.
  - Correspondencia interna entre el abogado de la empresa y los empleados no es secreta.
  - Correspondencia interna que contiene una transcripción literal de una conversación con un abogado se considera secreta.
  - Si hay duda, se incauta el documento y el juez decide.
- **Secreto médico.**
- **Secreto defensa.**

# Deutsche Bahn

## Ámbito de la inspección



- **Tres inspecciones** – Las decisiones que autorizaron la segunda y tercera inspección se fundamentaron sobre información obtenida en la primera.
- Tribunal de Justicia anula la segunda y la tercera.
- Diferenciación entre información ajena al objeto de la inspección pero obtenida de manera incidental (Dow Benelux/Comisión 85/87) y la información ajena al objeto de la inspección y de la que los agentes habían sido informados por la Comisión.



# Vida privada

## Secreto de negocios



- Incautación global de la mensajería - muchos de los correos electrónicos pueden contener mensajes personales o datos sensibles cubiertos por el secreto de negocios.
- Motivo de anulación de la incautación?
- La jurisprudencia es clara al respecto: *“El artículo L.450-4 del código de comercio **no excluye de los documentos que pueden ser incautados los documentos sobre la vida privada o secreto de negocios”***

# Secreto profesional abogado/cliente



## ➤ Evolución jurisprudencial :

- Sentencia del 1 marzo de 2010 amplía la jurisprudencia sobre la vida privada y el secreto de negocios a la correspondencia de abogado-cliente.
- Sentencia del 14 de septiembre 2010 establece que la incautación de documentos cubiertos por el secreto profesional y los derechos de la defensa supone una violación a la ley y no podrán ser utilizados.
- Sentencia del 24 de abril de 2013 - muy restrictiva: la vulneración del secreto profesional interviene en el momento en que el documento ha sido incautado por los investigadores.
- Sentencias posteriores establecen que la incautación de documentos cubiertos por el secreto profesional solo tiene por efecto la **nulidad parcial** de la operación de incautación.
- Existe la posibilidad de hacer **precintos provisionales**.

# Comunicación código de acceso ordenador



- Problema recurrente.
- Amplia jurisprudencia, sobre todo en el ámbito fiscal, preconiza que ante una operación autorizada por un juez - **obligación de comunicar los códigos de acceso.**

# Sanciones por obstrucción

- Sanciones por obstrucción:
  - **L.450-8** del código de comercio: prisión de seis meses y multa de 7500 euros (unos 150.000 pesos mexicanos) a la persona que se oponga al ejercicio de las funciones de los investigadores.
  - **L.464-2** del código de comercio: sanción pecuniaria a la empresa que obstruya la investigación (max. 1% de los ingresos mundiales después de impuestos)

# Oposición a la investigación



- El 18 de febrero de 2010, un tribunal francés condenó a dos personas a pagar **5000 euros** por haber violado el **artículo L. 450-8 del código de comercio**.
- Dichas personas habían dado la instrucción a un subordinado de no entregar un disco duro a los investigadores.

# Visitas de verificación en la práctica

# Etapas preparatorias

- Recabar indicios para obtener una autorización judicial.
- La preparación de la visita es CONFIDENCIAL.
- Determinar las empresas, los locales, la dirección exacta y las personas que probablemente vayan a ser investigadas.
- Formación de los equipos:
  - 1 jefe de equipo por local a visitar.
  - Investigadores
  - Contactar a la policía judicial
- Uno o dos días antes reunión preparatoria – nota sobre el caso. **Confidencialidad Absoluta.**

# Entrada en los locales

- Se entra con los agentes de la policía judicial.
- Los agentes de la Autoridad de la competencia tienen que tener sus credenciales.
- Todos los equipos entran a la misma hora en los locales.
- En la recepción no se dan explicaciones.
- El local no está habitado o se encuentra cerrado:
  - Se llama a un cerrajero que vendrá a abrir los locales y se hace constar en un acta.



# Notificación de la decisión judicial

- La persona que recibe al equipo - **ocupante de los locales** y es a él a quien se notifica la decisión judicial.
- Los investigadores presentan sus credenciales.
- Se entrega una copia certificada de la decisión judicial y hace constar en un acta dicha entrega.
- La empresa puede llamar a un abogado para que le asista durante la inspección. Esta facultad no es suspensiva.

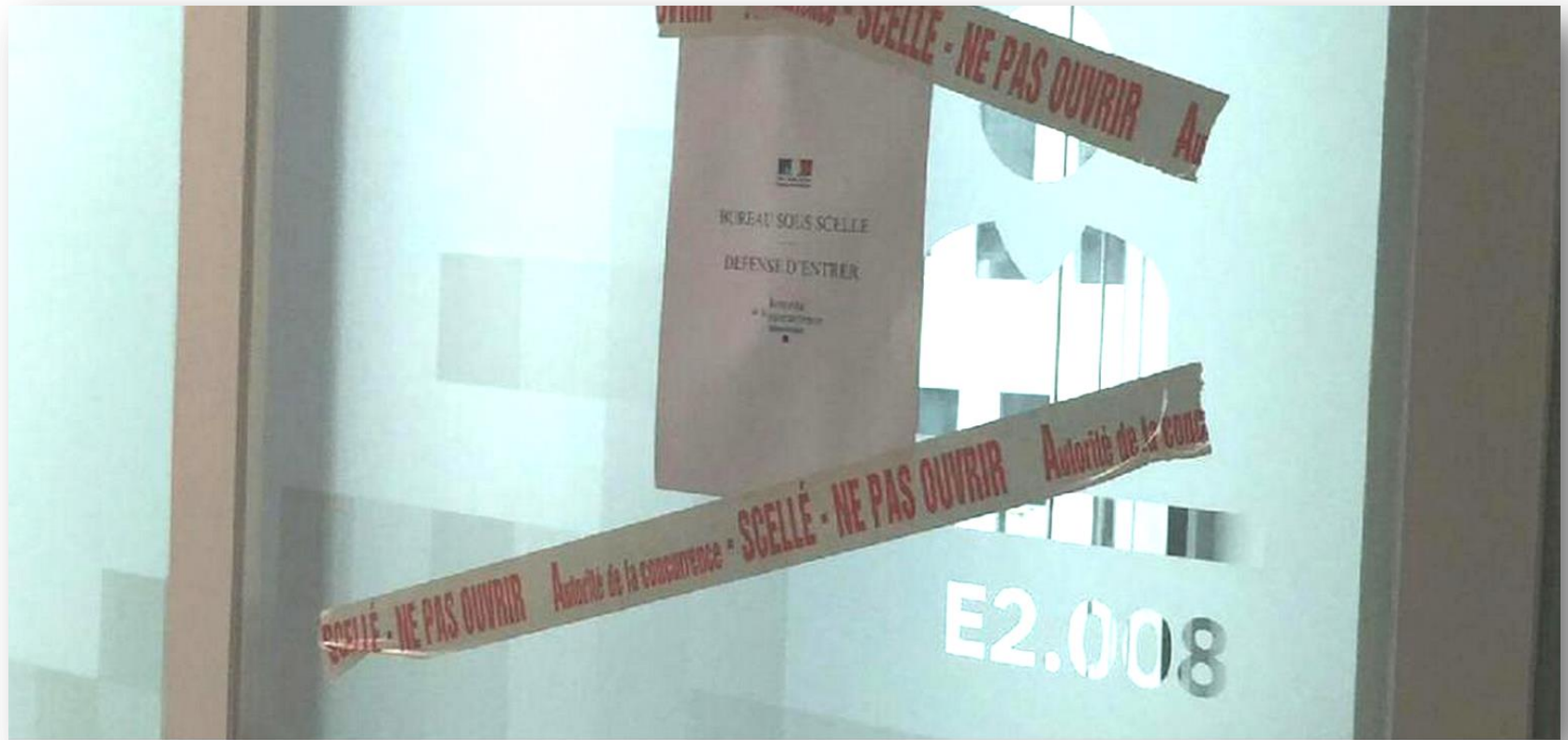
# Identificación de las oficinas que se van a investigar

- Organigrama de la empresa.
- Responsable de la informática.
- Estas etapas se hacen a puerta cerrada.
- Se solicita la puesta a disposición de una sala de juntas que servirá como sala de operaciones durante la visita. El equipo informático se instala en la sala de operaciones donde instalan los equipos informáticos.

# Precinto de oficinas

- El ocupante de los locales o un representante, los investigadores y el agente de la policía judicial proceden a precintar las oficinas .
- Se entra en las oficinas que van a ser precintadas:
  - se incautan los ordenador portátiles, tabletas y teléfonos móviles que se encuentren en a oficina y todo soporte informático (clave USB, DVD, CD, etc...).
  - si la persona que ocupa la oficina está presente se le explica el objeto de la visita y se le pide que abandone la oficina con sus objetos personales o documentos que necesite para trabajar.
  - Si la persona no está presente y tiene con él material informático, se le hace venir lo antes posible.
- Se precinta la oficina.

# Foto precinto de oficina



# E.ON Energie – Rotura de precinto



- El 29 y 30 de mayo de 2006 inspecciones de la Comisión europea en empresas eléctricas en Alemania.
- Rotura de precinto en E. ON Energie.
- En enero de 2008, Decisión de la Comisión imponiendo una **multa de 38 millones de euros** (765 millones de pesos mexicanos) a E.ON.
- Defensa de E.ON. no fue aceptada ni por el Tribunal General y ni por el Tribunal de Justicia. Decisión confirmada.

# Visita de las oficinas precintadas

- Cada equipo verifica oficina por oficina previo levantamiento del precinto los documentos que se hallan en ellas.
- Se incautan los documentos que entran dentro del ámbito de la investigación.
- Papel del abogado - asistir a su cliente en la visita.

# Incautación documentos informáticos

- Acompañado del responsable informático, un agente de la policía judicial y un representante.
- El equipo informático debe proceder a la búsqueda e incautación de documentos informáticos en los locales de la empresa.
- Se utiliza un software que se llama EnCase. (técnicamente eficiente y legalmente seguro).

# Utilización software ENCASE



- Alegaciones de las empresas: Encase - riesgo de modificación del contenido de los ordenadores y desnaturalización de la prueba.
- La jurisprudencia ha **respaldado la utilización de ENCASE:**
  - el software impide cualquier escritura de los investigadores de informática en el equipo de destino al que está conectado y cuyo disco duro se bloquea en escritura.
  - Dicho software permite autentificar el resultado de la investigación mediante el cálculo de huella digital.



# Incautación global mensajería



- Informáticamente la mensajería es un fichero único e indivisible.
- Incautación global de la mensajería.
- Incautaciones masivas e indiferenciadas ?
- **La defensa de l'Autorité, avalada por la jurisprudencia:** *“en el estado actual, los correos electrónicos que se encuentran en una mensajería están integrados en su totalidad en un archivo único e indivisible. Si cada correo electrónico puede abrirse y ser editado, éste no figura en su origen como un fichero distinto. De esta manera solo la incautación del fichero de mensajería puede asegurar la autenticidad e inviolabilidad de la prueba. Sin dicha garantía que es en sí respetuosa de los derechos de la defensa la polémica nacería de esta cuestión”*

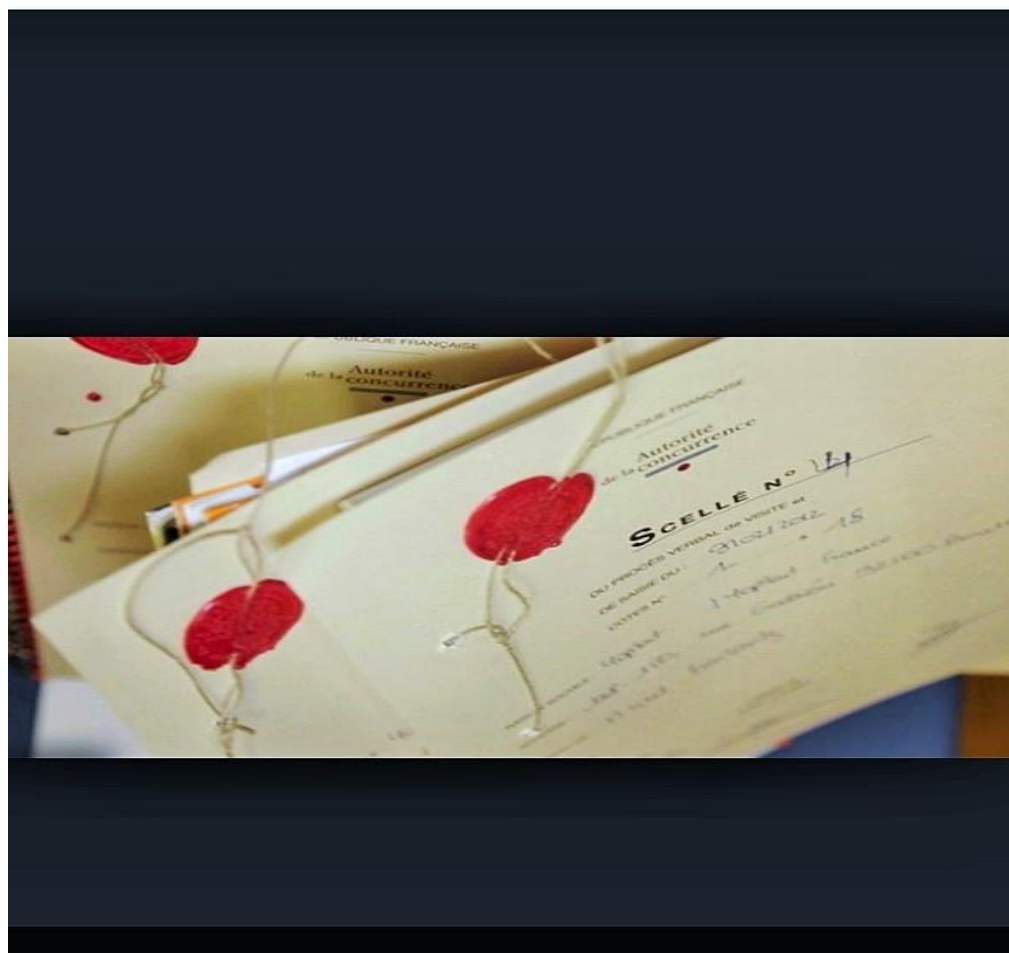
# Inventario papel

- Los documentos incautados se llevan a la sala de operaciones.
- Los documentos ya reagrupados por oficina.
- Selección de documentos.
- Se elabora el inventario.

# Inventario informático

- Después de haber verificado los ficheros informáticos e incautado aquellos documentos relevantes, Encase crea un fichero con el inventario de los documentos.
- Dicho fichero se grave en un CD-ROM y se realiza una copia.
- Uno de los CD-ROM se adjunta al acta de la visita y el otro se entrega a la empresa.

# Constitución de precintos



# Realización del acta de la visita de verificación

- Mención del procedimiento de notificación de la autorización judicial.
- Descripción cronológica de la visita.
- Firma del acta.
- Se entrega a la empresa una copia del acta y sus anexos, de los documentos incautados (copia de cortesía) y del inventario informático.