

HOF VAN BEROEP BRUSSEL 18 FEBRUARI 2015

MEDEDINGING

Belgisch mededingingsrecht – Procedure – Beroep tegen beslissing van het auditoraat betreffende het aanwenden in het onderzoek van gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij verrichte huiszoekingen – Grondrecht van onschendbaarheid van de woning – Grondrecht op daadwerkelijke rechterlijke toetsing – Gevolgen van onwettige huiszoekingen

Huiszoekingen die worden uitgevoerd op basis van de Belgische mededingingswet vereisen een voorafgaande machtiging door een onderzoeksrechter. Huiszoekingen die werden uitgevoerd op basis van eerdere versies van de mededingingswet voldeden niet aan deze grondwettelijke voorwaarde.

De wet voorzag evenmin in een beroepsmogelijkheid tegen de uitgevoerde huiszoekingen die binnen een redelijke termijn een gepast herstel kon bieden.

Geen van de documenten die door de Mededingingsautoriteit worden verkregen in het kader van of dankzij een onwettige huiszoeking, mogen worden gebruikt als bewijsmateriaal in het onderzoeksdossier.

TUI Travel Belgium NV, Jetair NV, Jetaircenter NV, CWT Belgium BVBA, BCD Travel NV, Belgium Travel Organization, American Express Corporate Travel BVBA / Belgische Mededingingsautoriteit

Zet.: P. Blondeel, E. Bodson en R. Van Ransbeeck (raadsheren)

Pl.: Mrs. H. Gilliams, L. Goossens, Th. Janssens, A. Straetemans, B.R. Goossens, I. Vanhaute, P. Wytinck, T. Ruys, D. Vandermeersch, D. Gerard, B. Gielen en B. Allemeersch, S. Sabbe, G. Scraeyen

Zaken: 2013/MR/19, 2013/MR/20, 2013/MR/21, 2013/MR/22, 2013/MR/24 en 2013/MR/25

(...)

IV. Het regelgevend kader ten tijde van de betwiste huiszoekingen en van de indiening van het gemotiveerd verslag van 18 mei 2011 in het licht van de aangevoerde grieven

18. In verband met de onderzoeksprocedure schreef artikel 23, § 1, c) WBEM 1999 voor dat het onderzoek door het korps van verslaggevers gebeurt: (...)

Onder § 3, eerste lid van hetzelfde voorschrift werd bepaald: “(...) zijn de verslaggevers en de personeelsleden van de dienst voor de mededinging, daartoe door de minister aangewezen, bevoegd om overtredingen van deze wet op te sporen en om deze overtredingen vast te stellen bij processen-verbaal die gelden tot het tegendeel is bewezen.”

Het vijfde lid bepaalde dat de voormelde personen een huiszoeking mogen verrichten en daarbij werd onderscheid gemaakt al naar gelang de plaats waar de huiszoeking diende te gebeuren:

CONCURRENCE

Droit belge de la concurrence – Procédure – Recours contre la décision de l’auditorat au sujet de l’utilisation dans une instruction des données obtenues dans le cadre ou au moyen d’une perquisition – Droit fondamental à l’inviolabilité du domicile – Droit fondamental à un contrôle juridictionnel effectif – Conséquences de perquisitions illégales

Les perquisitions menées en vertu de la loi de la concurrence belge requièrent une autorisation préalable d’un juge d’instruction. Les perquisitions menées en vertu de versions antérieures de la loi de la concurrence ne remplissaient pas cette condition constitutionnelle.

La loi ne prévoyait pas non plus de voie de recours contre les perquisitions effectuées qui puisse offrir, dans un délai raisonnable, un redressement approprié.

Aucun des documents obtenus par l’Autorité de la concurrence dans le cadre ou au moyen d’une perquisition non autorisée ne peut être utilisé en tant que preuve dans le dossier d’instruction.

– “in de woning van de ondernemingshoofden, bestuurders, zaakvoerders, directeurs en andere personeelsleden alsook in de woning en in de lokalen die gebruikt worden voor professionele doeleinden van natuurlijke en rechtspersonen, intern of extern, belast met het commercieel, rekenplichtig, administratief, fiscaal en financieel beheer, en zulks tussen 5 en 21 uur, en met de voorafgaande machtiging door een onderzoeksrechter”;

– “in de lokalen, vervoermiddelen en andere plaatsen van ondernemingen 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”.

Onder het achtste lid werd bepaald: “Om over te gaan tot een huiszoeking, een beslaglegging of een verzegeling, moeten de in het eerste lid bedoelde personeelsleden bovendien houder zijn van een specifiek opdrachtbevel afgegeven door het korps verslaggevers bedoeld in artikel 14, § 2. Dit bevel vermeldt het voorwerp en het doel van hun opdracht.”

Wat de verhaalmiddelen betreft, schreef artikel 43 WBEM 1999 voor: *“Tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van de voorzitter kan beroep worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel.”*

(...)

19. Op het ogenblik van de indiening van het gemotiveerde verslag van de auditeur, was het nationale regelgevende kader gewijzigd ingevolge de wetten van 10 juni 2006, gecoördineerd bij het koninklijk besluit van 15 september 2006, waarbij de gecoördineerde WBEM van 1 juli 1999 werd opgeheven met ingang van 1 januari 2007.

Onder het stelsel van deze wet werd met de artikelen 75 en 76, § 1 een mogelijkheid tot verhaal ingesteld die, wat de voorliggende problematiek betreft, niet verschilde van deze die onder de vigeur van de WBEM 1999 gold.

Wat de huiszoeken aangaat, bepaalde artikel 44, § 3, vijfde lid dat:

1° een voorafgaande machtiging vereist was van een onderzoeksrechter in de gevallen van huiszoeking zoals voorheen bepaald in de boven vermelde eerste hypothese, met dit verschil dat enkel tussen 8 en 18 uur mocht worden gezocht;

2° een voorafgaande machtiging door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging (of door een lid van de algemene vergadering van de Raad dat hiertoe door de voorzitter is gemachtigd), vereist was in de gevallen van huiszoeking voorheen bepaald in de tweede boven vermelde hypothese, met eveneens beperking van de uren van 8 tot 18 uur.

Verder werd gehandhaafd dat de auditoren en de door de minister gemachtigde ambtenaren die een huiszoeking verrichten bovendien houder moeten zijn van een opdrachtbevel afgegeven door de auditeur.

20. Op het vlak van de grondrechten, bepaalt artikel 15 van de Grondwet dat de woning onschendbaar is en dat geen huiszoeking kan plaatshebben dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.

Artikel 8, 1. EVRM bepaalt dat elkeen recht heeft op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

Onder punt 2 schrijft dit artikel voor dat geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Verder bepaalt artikel 13 EVRM dat ééniénder wiens rechten en vrijheden die in dit verdrag zijn vermeld, zijn geschon-

den, recht heeft op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.

21. Voor de oplossing van de voorliggende betwisting is een Europees regelgevend kader in zoverre afwezig dat het geen specifieke voorschriften bevat die voor de huiszoeken in mededingingszaken dienden te worden nageleefd wanneer tegelijk ook een inbreuk op het Gemeenschapsrecht mocht in het geding zijn.

Wel verleent ook het handvest van de grondrechten van de Europese Unie (HGEU) rechtsbescherming op punten die in het voorliggende geschil relevant zijn en met name bij de volgende artikelen:

– artikel 7 dat de eerbiediging van het privéleven, het familie- en gezinsleven, de woning en zijn communicatie waarborgt; en

– artikel 47 dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht waarborgt.

Over de reikwijdte van de gewaarborgde rechten bepaalt artikel 52 van het handvest:

“1. Beperkingen op de uitoefening van de in dit handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

2. (...)

3. Voor zover dit handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.

4. (...)

V. De feiten van het geding

22. (...)

Het korps van verslaggevers heeft betreffende de thans litigieuze praktijken in de reissector formeel een onderzoek geopend op 13 februari 2006.

Zes opdrachtbevelen werden afgeleverd op 22 februari 2006 en ondertekend door zes verslaggevers. Ze bleven geldig op 23 en 24 februari 2006. Ze werden afgeleverd ten laste van (...).

Een zevende opdrachtbevel werd afgeleverd op 6 maart 2006, ondertekend door dezelfde zes verslaggevers met geldingsduur op 7 en 8 maart 2006, ten laste van (...).

(...)

24. De huiszoeken vonden plaats op 23 februari 2006 en 7 maart 2006 (...)

Na een reeks onderzoekshandelingen, die overwegend geïnspireerd waren door bij de huiszoeken in beslag genomen documenten, heeft de auditeur op 18 mei 2011 een “gemotiveerd verslag” ingediend volgens de voorschriften van de toenmalige WBEM 2006.

25. Navolgend hebben de eiseressen (...) op 16 januari 2012 uitgebreide schriftelijke opmerkingen ingediend bij de 8^{ste} kamer van de inmiddels afgeschafte Raad voor de Mededinging.

Bij die akte hebben ze uitgebreide middelen ontwikkeld betreffende de onrechtmatigheid van de huiszoeken en onder meer de Raad verzocht om de thans betwiste huiszoeken nietig te verklaren of minstens “te bevelen dat alle documenten en bescheiden die het auditoraat in zijn bezit heeft verkregen in het kader van of dankzij die onwettige huiszoeken uit het onderzoeksdossier worden verwijderd”.

Naar de voormelde eiseressen meedelen werd de voorliggende zaak door de vermelde 8^{ste} kamer ook op 25 april 2012 behandeld en in beraad genomen, maar niet op enig punt beoordeeld.

26. Na de inwerkingtreding van de wet van 3 april 2014 deelde de auditeur-generaal per brief van 8 oktober 2013 – waarbij een eerder schrijven van 26 september 2013 werd ingetrokken – mee dat het voormelde verslag van de auditeur diende beschouwd te worden als “een mededeling van punten van bezwaar” en dat hierop diende te worden geantwoord tegen uiterlijk 28 oktober 2013.

Nadat de auditeur op vraag van onder meer de eiseressen (...) op 9 oktober 2013 per e-mailbericht had geantwoord dat de samenstelling van het onderzoeksdossier ongewijzigd was gebleven, werden de voorliggende vorderingen, die eerder bij de Raad werden ingediend, voorgelegd aan het hof.

VI. De tijdigheid van de rechtsgang

(...)

31. Uit dit alles moet worden besloten dat de eiseressen niet eerder een rechtsgang hebben kunnen ondernemen tegen de geïncrimineerde huiszoeken dan na de inwerkingtreding van artikel IV.79 WER.

De beroepen zijn ingesteld binnen de termijn van 30 dagen bepaald in artikel IV.79, § 4, eerste lid WER en zodoende vanuit dit oogpunt ontvankelijk.

VII. Beoordeling van de vorderingen

32. Onder de partijen die als betrokken onderneming of ondernemingsvereniging een vordering hebben ingeleid, is er slechts één bij wie één van de betwiste huiszoeken werden verricht. (...)

Weliswaar worden al de overige eisende partijen geïndiceerd op basis van de gegevens die bij die huiszoeken of dankzij die huiszoeken konden worden verkregen, maar zij kunnen betreffende het beweerd geschonden recht geen eigen grief putten uit de schending van rechten die niet ten hunne opzichte, maar ten opzichte van een derde onderneming werd begaan.

33. Zo de bedoelde partijen geen grief kunnen putten uit de schending van een eigen recht, kunnen zij evenwel de vordering van de derde onderneming wegens de ten hare opzichte begane inbreuk op haar rechten wel ondersteunen.

Ook kunnen zij het nodige belang doen gelden bij hun hoofdvordering die tot voorwerp heeft een beslissing te doen vernietigen die inhoudt dat ten hunne laste gegevens als bewijsmiddel worden gebruikt die onrechtmatig zouden zijn verkregen.

(...)

47. Alle betrokken ondernemingen voeren bij een eerste middel aan dat de bestreden beslissing(en) onwettig is (zijn) omdat ze gesteund is (zijn) op gegevens die voortkomen uit een huiszoeking die werd verricht zonder rechterlijke machtiging en terwijl er evenmin een mogelijkheid bestond om tegen de uitgevoerde huiszoeking een rechtsgang te benutten.

Krachtens artikel 15 van de Grondwet is de woning onschendbaar en kan hieraan geen afbreuk worden gedaan dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die de wet voorschrijft.

In de regel vergt een inbreuk op de onschendbaarheid van de woning een bevel van de onderzoeksrechter (R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, 2010, nrs. 407 *et seq.* met een opsomming van de gevallen waarin een huiszoeking zonder bevel van de onderzoeksrechter mogelijk is).

Voor de toepassing van dit beginsel, worden bedrijfsruimten en kantoren niet onderscheiden van een woning en rechtspersonen evenmin van fysieke personen.

48. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, dat artikel 15 van de Grondwet interpreteert in het licht van artikel 8 EVRM, behoort het beginsel dat de huiszoeking onderworpen is aan een rechterlijke machtiging tot het gemeenrecht in zake de gewaarborgde grondrechten.

Afwijkingen moeten uitzonderlijk zijn en dienen te worden verantwoord door de redenen die eigen zijn aan (de misdrijven) waarop ze betrekking hebben.

Het hof herinnert er telkens aan (i) dat het optreden van een onafhankelijke en onpartijdige rechter een belangrijke waarborg vormt bij de naleving van de voorwaarden voor een aantasting van de onschendbaarheid van de woning, gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en bij artikel 8, 1. van het Europees verdrag voor de rechten en (ii) dat het ontnemen van de waarborg van een voorafgaand rechterlijk optreden moet worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de wettelijke doelstelling te bereiken en tegelijk moet worden gecompenseerd door andere toereikende waarborgen teneinde misbruiken te voorkomen (GwH, arresten nrs. 140/98 van 16 december 1998, punt B.1., 116/2001 van 14 januari 2001, punten B.13.2.-13.4., 60/2002 van 28 maart 2002, punt B.3.6. en 154/2077 van 19 december 2007, punt B.77.3.).

In zijn arrest van 10 december 2014 (nr. 179/2014, punt B.8.2.) overweegt het Grondwettelijk Hof in zake de waarborgen verstrekt bij de artikelen 6 EVRM en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie op het vlak van de huiszoeken dat zij impliceren *“dat de betrokkenen binnen een redelijke termijn een daadwerkelijke jurisdictionele toetsing, zowel in feite als in rechte, kunnen verkrijgen van de regelmatigheid van de beslissing waarbij de maatregel is voorgeschreven en, in voorkomend geval, van de maatregelen die op grond van die beslissing zijn genomen; die toetsingsprocedure moet het, in geval van vaststelling van een onregelmatigheid, mogelijk maken hetzij te voorkomen dat de handeling plaatsvindt, hetzij, indien zij reeds heeft plaatsgevonden, de betrokkenen een gepast herstel te bieden (EHRM 21 mei 2008, Ravon en anderen / Frankrijk, § 28; 21 december 2010, Société Canal Plus en anderen / Frankrijk, § 36 en 40; 2 oktober 2014, Delta Pekárny A.S. / Tsjechische Republiek, § 83, 86 en 87)”*.

Deze overweging sluit overigens aan bij hetgeen het Grondwettelijk Hof al oordeelde bij het arrest nr. 197/2011 van 22 december 2011 (punt B.11.), inzonderheid ook op het punt van de jurisdictionele toetsingsprocedure van de beslissing en de mogelijkheid om een gepast herstel te bieden dat elk nadelig gevolg teniet doet, wanneer een onregelmatigheid wordt vastgesteld.

49. Artikel 23 WBEM-oud maakt uitzondering op het materieel grondwettelijk beginsel volgens hetwelk een huiszoeking een opdracht van een onderzoeksrechter vergt.

Geen der partijen voert een element aan uit de wetsgeschiedenis van het vermelde voorschrift, op grond waarvan voorheen werd aangenomen dat de uitsluiting van een rechterlijke opdracht strikt noodzakelijk is om de wettelijke doelstelling te bereiken.

Integendeel blijkt uit de wetsgeschiedenis van het huidige artikel IV.41, § 3, vierde lid WER dat een opdracht tot huiszoeking ook bij ondernemingen dient gegeven te worden door een onderzoeksrechter.

Hieruit blijkt onmiskenbaar dat naar inzien van de wetgever

zelf, in een ongewijzigde context van de economische omgeving en het materiële mededingingsrecht, de wettelijke doelstelling niet strikt vereist dat een huiszoeking moet kunnen worden verricht zonder opdracht.

Overigens blijkt uit de concrete omstandigheden van het geval dat er een jaar verliep tussen het ogenblik waarop de eerste feitelijke gegevens ter kennis werden gebracht van het korps van verslaggevers en het ogenblik waarop tot huiszoeking werd beslist.

50. Aldus beschouwd stroken de opdrachten tot de betwiste huiszoeken, die verleend werden door het korps van verslaggevers, een korps van ambtenaren bij de federale overheidseconomie, niet met de onder randnr. 48 vermelde voorwaarden die door het Grondwettelijk Hof bestaand worden geacht met de inbreuk op de onschendbaarheid van de woning.

Hieruit volgt dat de betwiste huiszoeken op het aangegeven punt grieftoudend waren en zijn voor de partijen in wiens ondernemingsgebouwen een huiszoeking werd gehouden, nu hun grondwettelijk gewaarborgd recht in de aangegeven zin werd geschonden.

In dit opzicht doet principieel niet ter zake dat volgens de uitlegging door het EHRM van de artikelen 6, 1. en 8, 1. EVRM, het ontbreken van een rechterlijke toelating tot huiszoeking kan ondervangen worden door een daadwerkelijke rechterlijke toetsing van de regelmatigheid van de huiszoeking binnen een redelijke termijn.

De nationaal gewaarborgde rechten en vrijheden gaan op dit punt verder dan hetgeen het EVRM vergt.

Ook is niet van belang dat de huiszoeken tevens een schending van het Europees recht op het oog hadden en dat op Europees vlak geen bevel van een onderzoeksrechter is vereist.

51. In overeenstemming met de door het Grondwettelijk Hof aangehaalde rechtspraak van het EHRM, vereist de waarborg uit artikel 6 EVRM en artikel 47 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie (HGEU) dat een toetsingsprocedure kan worden benut om in geval van vermeende onregelmatigheid deze aan een rechter voor te leggen en wel binnen een redelijke termijn.

Gelet op de uitkomst die een dergelijke toetsingsprocedure moet kunnen bieden in geval van vastgestelde onregelmatigheid, kan de termijn binnen dewelke deze procedure moet kunnen worden benut maar redelijk geacht worden wanneer hij de klager in staat stelt om de maatregel die op grond van de beslissing volgt, te voorkomen of wanneer de uitvoering van de maatregel niet kon worden voorkomen, dat hij een gepast herstel biedt.

Zodoende kan de redelijkheid van de termijn in twee verschillende aspecten worden beschouwd: ofwel kan de procedure snel worden gevoerd zodat de maatregel kan worden

voorkomen, ofwel is ze niet meteen open, maar blijft ze niettemin effectief doordat ze hetzelfde gevolg sorteert als in het geval ze meteen kon worden geïnitieerd.

Dit laatste impliceert dat de gegriefde partij via de procedure moet kunnen voorkomen om op enig ogenblik te moeten verweer voeren of medewerking verlenen omtrent een gegeven dat uit een onregelmatige zoeking voortkomt.

Dit volgt ook uit de arresten van het Grondwettelijk Hof van 22 december 2011 en 10 december 2014, inzonderheid waar dit laatste als voorbehoud bij de verwerping van de grief geput uit de ongrondwettigheid van artikel IV.79, § 2 WER, stelt dat het hof ten aanzien van een beslissing van de auditeur de mogelijkheid dient te hebben artikel 19, tweede lid Gerechtelijk Wetboek toe te passen.

52. In het voorliggende geval van de huiszoekingen, waarbij de betrokkene tegelijk met de beslissing tot de maatregel en de uitvoering ervan geconfronteerd wordt, kan het herstellen van de onregelmatigheid niet verder reiken dan dat zou kunnen worden voorkomen dat het korps van verslaggevers kennis neemt van gegevens die tijdens de huiszoeking werden verzameld.

Zoals boven reeds aangegeven kan op dit punt alleen maar worden vastgesteld dat onder de vigeur van de WBEM 1999, die van kracht was toen de huiszoekingen werden uitgevoerd, geen enkele rechtsgang was ingesteld tegen de huiszoekingen die door het korps van verslaggevers werden beslist.

Artikel 43 stelde enkel een beroep in tegen beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van zijn voorzitter, terwijl volgens artikel 17 WBEM 1999 het korps van verslaggevers geen deel uitmaakte van de Raad.

Op dat punt kan niet worden aangenomen dat de betrokken partijen niettegenstaande de ontstentenis van een door de wetgever als bevoegd aangewezen rechter, op goed geluk toch een rechtsgang konden wagen.

De norm die op het punt van de jurisdictionele toetsingsmogelijkheid door het EHRM is gesteld, kan niet anders worden begrepen dan dat een Staat onder het EVRM op dit punt enkel dan niet in gebreke is, wanneer hij de rechtsgang daadwerkelijk heeft georganiseerd.

53. Voor wat het stelsel van de WBEM 2006 betreft, dat in werking is getreden op 1 januari 2007, heeft het Hof van Cassatie bij het prejudicieel arrest van 21 oktober 2011 geoordeeld dat artikel 75 van die wet aldus diende te worden geïnterpreteerd dat van de beslissingen van het auditoraat enkel diegene waarvoor een rechtsgang specifiek was ingesteld voor het hof konden worden bestreden.

Zodoende, zelfs indien zou kunnen worden aangenomen dat de datum van 1 januari 2007 voldoende dicht lag bij de data van de huiszoekingen om nog op nuttige wijze te kunnen voorkomen dat van de meegenomen documenten gebruik

zou kunnen worden gemaakt, bood de vermelde wetsbepaling niettemin geen rechtsgrond om de huiszoekingen te bestrijden bij ontstentenis van een specifieke wettelijke bepaling die dergelijke rechtsgang instelde.

54. De tegenwerping van verweerster dat na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 22 december 2011 in elk geval duidelijk was dat wel een rechtsgang openstond tegen de betwiste huiszoekingen, kan niet worden beaamd.

Immers, zelfs in de door verweerster aangenomen hypothese, kon het voorkomen van het gebruik van gegevens uit of dankzij de huiszoeking niet meer worden bewerkstelligd, aangezien op de vermelde datum die gegevens al in het gemotiveerde verslag van de auditeur waren verwerkt.

Overigens heeft het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid tot grondwetsconforme interpretatie van artikel 75 WBEM 2006 afgeleid uit het bestaan van het bevelschrift dat diende te worden verleend door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging, een administratief rechtscollege, terwijl in het voorliggende geval het korps van verslaggevers, een korps van ambtenaren, geheel op eigen gezag is opgetreden onder de vigeur van de WBEM 1999, zodat een toetsing afgeleid uit het voorhanden zijn van een bevelschrift niet mogelijk was.

55. Ook is niet dienend dat onder het stelsel van de WBEM 1999 er een vorm van toezicht bestond door de procureur-generaal. De effectiviteit van dit toezicht lijkt minstens twijfelachtig.

Dit moge hieruit blijken dat de betwiste huiszoekingen konden worden verricht terwijl ze niet strookten met het gemeen grondwettelijk recht.

56. Zodoende blijft te onderzoeken of er grond bestaat tot een herstel en op welke wijze dit passend kan worden bereikt.

Zoals boven onder randnr. 52 reeds aangegeven kan niet worden aangenomen dat de artikelen 6, 1. EVRM en 47 HGEU niet worden geschonden wegens het enkele bestaan van de voorliggende rechtsgang, indien deze er niet kan toe leiden dat de klagers in hun recht kunnen worden hersteld.

Onder randnr. 50 is reeds aangenomen dat de huiszoekingen niet op een grondwetsconforme en derhalve foutieve wijze werden uitgevoerd, nu ze niet konden steunen op een opdracht van een onpartijdige rechter. Een subjectief grondrecht van de betrokken eiseres werd dan ook geschonden.

Nu er geen toepasselijke rechtsregel aanwijsbaar is op grond waarvan een overheid die inbreuk heeft gepleegd op een subjectief grondrecht, in dit geval zou ontslagen zijn van herstelplicht, bestaat er grond tot herstel.

57. Betreffende de argumenten die door de partijen worden gewisseld nopens de toepassing van de Antigoon-criteria in strafzaken (Cass. 14 oktober 2003), die volgens verweerster op analogische wijze zouden dienen te worden gehanteerd,

overweegt het hof dat die discussie in zoverre niet decisief is dat zelfs de analoge toepassing ervan, die overigens niet zonder meer inpasbaar is in civiele verhoudingen, niet *a priori* grond zou opleveren om de vordering van de betrokken eiseressen te verwerpen of in te willigen.

Immers, het derde *Antigoon*-criterium, gebruik van het bewijs in strijd met het recht op een eerlijk proces, vormt in wezen een samengesteld criterium, met subcriteria die voor elk van de gevallen waarin een schending van het vermelde beginsel voorhanden is een op het geval toegesneden invulling kunnen krijgen (zie hierover: F. GOOSSENS, “De Antigoonwet van 24 oktober 2013” in *Na rijp beraad. Liber amicorum Michel Rozie*, Intersentia, 2014, p. 213-232).

Overigens komt de *Antigoon*-wet, ingevoegd onder artikel 32 in de Voorlopige Titel Wetboek van Strafvordering (hierna V.T.Sv.), als zodanig duidelijk niet voor toepassing in aanmerking.

De vervolgingen op grond van het mededingingsrecht zijn immers van civielrechtelijke aard, ook al verloopt de procedure inquisitoriaal (Cass. 3 juni 2011), hetgeen niet belet dat het mededingingsrecht tot de openbare orde behoort.

58. Volgens een arrest van het Hof van Cassatie van 10 maart 2008 (zie hierover B. ALLEMEERSCH en S. RYELANDT, “Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour ‘Antigoon’”, *JT* 2012, 165-174, over de vragen die dit arrest oproept naast de antwoorden die het verstrekt), gelden ook in civiele zaken beginselen in zake toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs, die gespiegeld lijken aan de *Antigoon*-criteria.

Rekening houdende met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan, mag een dergelijk bewijs, behoudens het geval van miskennis van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, alleen worden geweerd wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht.

In de voorliggende procedure gaat het evenwel niet om het al dan niet toelaten van een bewijs in een civiel geding, maar om een vraag naar zuivering van een onderzoeksdossier op een bepaald punt met het oog op het later voeren van een administratieve beslissingsprocedure voor het mededingingscollege.

59. De voorliggende vorderingen van de eiseressen betreffen wezenlijk de vraag of de betrokken ondernemingen tijdens de administratieve procedure voor het mededingingscollege zich bewijsmateriaal moeten laten tegenwerpen dat dankzij de schending van een subjectief grondrecht werd bekomen en derhalve van nature uit onwettig is.

Voor de eiseres bij wie een huiszoeking werd verricht, is deze vraag onlosmakelijk verbonden met de vraag of haar op

een andere wijze passend herstel kan worden geboden dan door de aldus verkregen gegevens te weren.

60. De geschonden grondwettelijke norm beoogt de onschendbaarheid van de woning te verzekeren.

Mocht die onschendbaarheid gerespecteerd zijn gebleven volgens de grondwettelijke norm, dan konden de bezwarende feitelijke gegevens niet worden verzameld.

De onregelmatigheid betreft dus de vrijheid zelf die door de miskende norm wordt beschermd. In een procedure waarop de regels van het EVRM toepassing vinden, hetgeen niet het geval is voor de administratieve procedure, brengt die onregelmatigheid het recht op een eerlijk proces ook effectief in het gedrang (vgl. Cass. 2 maart 2005).

Verder heeft die miskennis een onomkeerbaar gevolg: de huiszoekingen zijn voltrokken, ze kunnen niet worden teruggeschroefd en kunnen ook niet worden overgedaan.

Had ten tijde van de zoekingen tegen beslissingen van het korps van verslaggevers een rechtsgang kunnen worden geopend, waarbij om toepassing van artikel 19, tweede lid Gerechtelijk Wetboek kon worden verzocht, dan had kunnen worden voorkomen dat de gegevens uit die zoekingen werden gebruikt.

Evenwel zijn alle ongrondwettig verzamelde gegevens inmiddels verwerkt in de mededeling van de grieven.

61. Zodoende kan geen ander passend herstel dat elk nadelig gevolg teniet doet – zoals aangegeven door het Grondwettelijk Hof, arrest van 22 december 2011, nr. 197/2011 onder punt B.12.1. *in fine* – worden verleend dan door de bij en op grond van de huiszoekingen verzamelde gegevens ten overstaan van de eiseres (...) te weren uit het onderzoeksdossier.

Aldus wordt ook tegemoet gekomen aan de lering van het arrest van het Grondwettelijk Hof van 10 december 2014 (punt B.8.2., derde lid), dat voorschrijft dat “*het staat aan het hof van beroep erover te waken dat geen enkel gegeven dat onwettig is verkregen, noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks, kan worden gebruikt ter ondersteuning van de grieven*”.

62. Ten aanzien van de overige eiseressen, die geen schending van een door het geschonden voorschrift beschermd subjectief grondrecht kunnen aanvoeren, overweegt het hof het volgende.

Uit de voorliggende dossierstukken blijkt dat de procedure die door het auditoraat werd gevoerd ten laste van de betrokken ondernemingen een ondeelbaar geheel vormt, die geleid heeft tot één mededeling van grieven die identiek is ten aanzien van al die ondernemingen en dat ten hunne laste dezelfde bezwarende gegevens, geput uit dezelfde bewijsstukken worden aangevoerd.

63. Verder schrijft artikel 22, § 3 van de wet van 3 april 2013 voor: “*In de zaken betreffende restrictieve praktijken waarin*

op datum van de inwerkingtreding van Titel 2, Hoofdstuk 1, Afdeling 2, van voornoemd Boek IV al een gemotiveerd verslag werd neergelegd bij de Raad voor de Mededinging wordt dit verslag terug overgemaakt aan de auditeur-generaal, en wordt het beschouwd als een in artikel IV.42, § 3 van het Wetboek van economisch recht bedoelde mededeling van grieven. De procedure wordt verder gezet zoals bepaald in de artikelen IV.42, § 5, en de daarna volgende bepalingen van Boek IV van hetzelfde wetboek.”

Uit dit voorschrift volgt dat het reeds ingediende gemotiveerde verslag van de auditeur als zodanig van rechtswege geldt als “mededeling van grieven” of “punten van bezwaar” en niet kan worden vervangen door een andere akte.

Dit laatste verklaart overigens waarom een aanvankelijk op 26 september 2013 betekend “enigszins aangevuld” verslag, op 8 oktober 2013 werd teruggetrokken en vervangen door het oorspronkelijke gemotiveerde verslag.

Anderzijds volgt uit artikel IV.42, § 5 WER dat de auditeur op basis van de akte van “mededeling van grieven” en de antwoorden hierop van de betrokken ondernemingen een ontwerp van beslissing indient bij de voorzitter van het mededingingscollege, die het ontwerp en het proceduredossier voorlegt aan het mededingingscollege.

Volgens artikel IV.45, § 1 WER wordt van dit ontwerp tegelijk ook kennis gegeven aan de betrokken ondernemingen.

64. Zodoende zou het mededingingscollege op basis van eenzelfde proceduredossier, dat de bewijsstukken behoort te bevatten waarop het auditoraat steunt om de grieven staande te houden, ten laste van alle betrokken ondernemingen noodzakelijkerwijs kennis moeten nemen van identieke dossierstukken en gegevens, ook ten laste van de voormelde eiseres, terwijl het ten laste van deze laatste hiervan geen kennis mag nemen, om vervolgens de beslissing te nemen bedoeld in artikel IV.45, § 6 WER.

Het lijkt geen twijfel dat in deze juridische en feitelijke context het administratief beslissingstraject voor de BMa de toets van de naleving van de beginselen van behoorlijk bestuur niet zou kunnen doorstaan en dat het algemene rechtsbeginsel van het recht van verdediging van de mee betrokken ondernemingen zou worden in het gedrang gebracht.

Verder, in de hypothese dat deze obstakels zouden worden terzijde geschoven binnen het kader van een administratieve procedure, zou binnen het kader van een navolgend beroep voor het hof, de toepassing van het beginsel van het eerlijk proces uit artikel 6, 1. EVRM niettemin eenzelfde obstakel opleveren. Het hof zou immers, zonder schending van artikel 6, 1., niet tegelijk kunnen kennis nemen van toegela-

ten dossierstukken ten laste van de enen en er abstractie van maken als te weren dossierstukken ten laste van de anderen.

65. Uit dit alles volgt dat de vorderingen ingesteld door de overige eiseressen eveneens moeten worden gegrond verklaard.

Dezelfde gegevens die bij en op grond van de huiszoeken werden verzameld dienen ook ten overstaan van de voormelde partijen te worden geweerd.

VIII. Algemene conclusie

66. De vordering zoals ze in hoofdrde wordt geformuleerd door de eiseres (...) behoort te worden toegewezen zoals in het dictum hierna is aangegeven.

De hoofdvorderingen van de overige partijen en hun tussenkomsten, waarvan de draagwijdte niet is te onderscheiden van het op hoofdeis door eiseres (...) gevorderde, dienen te worden toegewezen binnen dezelfde perken als diegene die aangegeven zijn voor die eiseres.

(...)

IX. Dictum

Het hof,

Beslist bij arrest op tegenspraak.

(...)

Ontvangt de gevogede hoofdvorderingen,

Ontvangt de vorderingen bij tussenkomst,

Verklaart deze vorderingen als volgt gegrond en verwerpt ze voor het overige,

Vernietigt de beslissing van het auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit, ongeacht haar vorm en datum, om in de zaak MEDE-/I/O-06/0007A in het onderzoek en de mededeling van grieven gegevens aan te wenden die verkregen zijn in het kader van of dankzij de huiszoeken die op 23 februari 2006 en 7 maart 2006 werden verricht.

Zegt dat:

– geen van die gegevens als bewijsmiddel mag worden aangewend hetzij door de auditeur-generaal of de auditeur of het auditoraat ter staving van grieven of van een ontwerp van beslissing;

– de originelen van alle gegevens die werden verkregen in het kader van de bij eiseres (...) verrichte huiszoeken moeten worden teruggegeven aan deze eiseres en alle eventueel genomen kopieën daarvan moeten worden vernietigd.

(...)