
HOF VAN BEROEP BRUSSEL 26 NOVEMBER 2014

MEDEDINGING

Belgisch mededingingsrecht – Procedure – Huiszoeking – Rechtsmiddelen – Rechten van verdediging – Redelijke termijn – Motiveringsplicht voor inbeslagname

Zoals bevestigd in de eerdere rechtspraak van het Grondwettelijk Hof aangaande het regime onder de WBEM, beïnvloedt een beslissing van het auditoraat over de kwalificatie “in scope” of “out of scope” van de tijdens een huiszoeking door de mededingingsautoriteit in beslag genomen documenten de rechtsstoestand van de betrokken partij waardoor zij schade kan lijden. Die partij dient daartegen dan ook over een rechtsmiddel te beschikken. De na de instelling van het beroep tussengekomen inwerkingtreding van Boek IV WER doet daaraan geen afbreuk.

Door eenzijdig, zonder objectieve noodzaak te beslissen om een onderzoek gedurende een lange periode stil te leggen, handelt de mededingingsautoriteit niet zoals normaal voorzichtige onderzoekers in dezelfde omstandigheden zouden doen. Dit betekent echter niet automatisch dat hierdoor de rechten van verdediging van de geïsoleerde onderneming worden geschonden. Ook kan de schending van de redelijke termijn (art. 6, 1. EVRM) enkel betrekking hebben op de overschrijding van de duurtijd van het gehele onderzoek tot aan de eindbeslissing en wordt zulks bijgevolg door het hof van beroep niet tussentijds geëvalueerd.

In geval van betwisting door de betrokken onderneming van het “in scope”-karakter van documenten kan een summier standaardmotivering niet volstaan voor het weerhouden van die documenten. De motivering van dit karakter dient op zodanige wijze verduidelijkt te worden dat redelijkerwijs gesproken door de betrokken onderneming en het hof van beroep in het kader van een marginale toetsing de pertinentie van de documenten kan worden gecontroleerd zonder dat het hof noodzakelijk van de inhoud van de documenten kennis moet nemen. Deze motivering dient per document verschafte te worden. Bij ontstentenis van motivering dienen de bestanden als “out of scope” aanzien te worden en uit het beslag te worden gelicht. Indien na tegenspraak tussen de autoriteit en de onderneming nog betwisting bestaat, oordeelt het hof over het “in scope/out of scope”-karakter van de documenten waarvan de kwalificatie betwist blijft.

CONCURRENCE

Droit belge de la concurrence – Perquisition – Voies de recours – Droits de la défense – Délai raisonnable – Obligation de motivation de la saisie

Comme cela a été confirmé dans la jurisprudence antérieure de la Cour constitutionnelle en lien avec le régime de la LPCE, une décision de l’auditorat relative à la qualification « in scope » ou « out of scope » des documents saisis par l’autorité de la concurrence durant une perquisition influence la situation juridique de la partie concernée et est, de ce fait, susceptible de lui causer préjudice. Cette partie doit donc disposer d’une voie de recours à l’encontre de cette décision. Le fait que le Livre IV du Code de droit économique soit entré en vigueur postérieurement à l’introduction de l’appel ne change rien à ce constat.

En décidant, de manière unilatérale, sans nécessité objective, de suspendre une enquête durant une longue période, l’autorité de la concurrence n’agit pas comme auraient agi des enquêteurs normalement prudents placés dans les mêmes circonstances. Cela ne signifie pas cependant, de manière automatique, que les droits de la défense de l’entreprise visée soient, de ce fait, violés. La violation du délai raisonnable (art. 6, 1. CEDH) ne concerne en outre que le dépassement de la durée de l’enquête dans son ensemble, jusqu’à la décision finale. Cette question n’a par conséquent pas fait l’objet d’une évaluation intermédiaire par la cour d’appel.

En cas de contestation par l’entreprise concernée du caractère « in scope » de documents, une motivation sommaire de type standardisé ne peut suffire en vue de retenir ces documents. La motivation relative au caractère « in scope » doit être précisée de telle sorte que la pertinence des documents puisse être contrôlée, raisonnablement parlant, par l’entreprise concernée et la cour d’appel dans le cadre d’un contrôle marginal, sans que la cour ne doive nécessairement prendre connaissance du contenu des documents. Une telle motivation doit être fournie pour chaque document. En l’absence de motivation, les documents doivent être considérés comme étant « out of scope » et doivent être retirés de la saisie. Si une contestation subsiste après que la question ait fait l’objet d’échanges contradictoires entre l’autorité et l’entreprise, la cour statue sur le caractère « in scope/out of scope » des documents dont la qualification demeure contestée.

***Distripaints NV en Novelta NV / D.J.D, B.T en E.V.
De Belgische Mededingingsautoriteit / Directeur Juridische Studies, J.M.
De minister van Economische Zaken / D.S.
Zet.: P. Blondeel, E. Bodson en R. Van Ransbeek (raadsheren)
Pl.: Mrs. D. De Jaeger, T. Bogaerts, E. Vanhecke en D. Schrijvers loco Ph. Vernet
Zaak: 2013/MR/9***

Gelet op het verzoekschrift op 9 juli 2013 door verzoeksters neergelegd op de griffie van het hof van beroep waarbij een vordering tot vernietiging wordt ingesteld tegen het proces-verbaal van de vergadering van 10 juni 2013 aangaande de huiszoeken uitgevoerd door de algemene directie mededinging van de F.O.D. Economie, KMO, Middenstand & Energie in de lokalen van verzoeksters op 21 en 22 juni 2011;

Gelet op het tussenarrest van het hof van 25 september 2013 waarin een conclusiekalender werd vastgesteld en aan de minister een termijn werd verleend voor het indienen van schriftelijke opmerkingen;

Gelet op de conclusies en bundels met stavingstukken neergelegd door partijen;

Gelet op de nota met schriftelijke opmerkingen en bijgevoegde stukken op 25 november 2013 ingediend namens de minister op grond van artikel IV.79, § 5, vierde lid WER;

Gehoord partijen bij monde van hun raadslieden op de openbare pleitzitting van 26 maart 2014, waarna de zaak in beraad werd genomen.

I. De bestreden beslissing

1. Het verzoekschrift duidt aan als bestreden beslissing het proces-verbaal van de vergadering van 10 juni 2013 betreffende huiszoeken uitgevoerd door de algemene directie mededinging in de lokalen van verzoeksters op 21 en 22 juni 2011 naar aanleiding van een klacht door de NV Durieu Coatings, met maatschappelijke zetel gevestigd de 1348 Louvain-la-Neuve, avenue Albert Einstein 2 en ingeschreven bij de KBO onder het nr. 0899.356.284.

II. Voorwerp en verloop van het onderzoek

2. Het onderzoek in het dossier MEDE-P/K-11/0004 tegen verzoeksters wordt geopend naar aanleiding van de klacht ingediend op 17 februari 2011 door de SA Durieu Coatings tegen Akzo Nobel NV en haar Belgisch filiaal Akzo Nobel Paints Belgium NV en haar distributeurs Distripaints NV, Lambert & FD NV en Roel NV met betrekking tot inbreuken op artikel 2 WBEM (thans opgeheven en vervangen door Titel IV WER) en/of artikelen 101 en 102 VWEU.

3. Een voorafgaande machtiging tot huiszoeking met toepassing van artikel 44, § 3, vijfde lid, 2° WBEM wordt verleend door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging op 10 juni 2011 (stuk 1, geïntimeerde).

4. Het opdrachtbevel van auditeur Marchand van 17 juni 2011 met het oog op een huiszoeking bij verzoeksters bevat de volgende motivering:

De klager maakt gewag van handelswijzen van Akzo Nobel die beperkende exclusiviteitscontracten zou opleggen aan haar drie grossisten (masterdealers) – Lambert SA, Distripaints NV / Novelta NV en Roels NV –, met name exclusieve

afnameverplichtingen die een belangrijk deel van hun aankopen omvatten, handelswijzen die kwantumkortingen en doelkortingen zouden toekennen die een getrouwheidseffect hebben en die, onder dreiging van schrapping van de lijst, de aankoop van producten van het vermerk Levis, marktleider, zouden koppelen aan de aankoop van Xyladecor-producten voor hout, producten die op directe wijze concurreren met de producten die in België door de onderneming Durieu, onder de Sadolin-licentie, gecommmercialiseerd worden.

In overleg met de drie hierboven geciteerde masterdealers, zou Akzo Nobel ook uitsluitingspraktijken aanwenden tegenover Durieu. Deze praktijken zouden zich namelijk uiten in het van de lijst schrappen, het in diskrediet brengen van Durieu, het verdringen van producten van hun voorziene schapruimte, het geven van verkeerde informatie aan de herverkopers aangaande het toekomstige verdwijnen van het merk Sadolin en in het uitoefenen van druk op de herverkopers om voorrang te geven aan de producten van Akzo ten nadele van de merken van Durieu. De klager maakt ook gewag van afgestemde praktijken gericht op de totstandbrenging van een informatie-uitwisselingsstelsel tussen Akzo en haar masterdealers aangaande de gehanteerde prijzen voor concurrerende producten.

Het opdrachtbevel specificeert nog dat het aanvang neemt op dinsdag 21 juni 2011 en geldig is tot en met vrijdag 24 juni 2011.

5. De huiszoeken werden uitgevoerd in de lokalen van verzoeksters op 21 en 22 juni 2011. Er worden naar aanleiding hiervan zowel geschreven als digitale documenten in beslag genomen door de gemandateerde onderzoekers bijgevoegd door ICT-deskundigen.

Op 22 juni 2011 wordt een proces-verbaal van verhoor en/of vaststelling opgemaakt (stuk 3, geïntimeerde). Op verzoek van de betrokken onderneming worden luidens het verslag alle inbeslaggenomen en gekopieerde documenten voorlopig als “out of scope” behandeld en verzegeld. Aan de onderneming wordt een verlengbare termijn van 10 dagen verleend om aan de auditeur een lijst te doen toekomen met vermelding van de documenten out of scope die zich bevinden onder de verzegelde documenten.

Het verslag dat namens verzoeksters voor gelezen en goedgekeurd mede ondertekend wordt door de heer S.D.R., bestuurder, vermeldt nog dat de geselecteerde digitale documenten op twee elektronische dragers werden gekopieerd waarvan twee verzegelde exemplaren bestemd zijn voor de dienst en één kopie voor de onderneming.

Het proces-verbaal vermeldt als begin van de huiszoeking 21 juni 2011 om 9:40 uur en als einde van de huiszoeking 17:25 uur (kennelijk op datum van 22 juni 2011).

6. Nadien volgt een briefwisseling met het auditoraat over het out of scope-karakter van de tijdens de huiszoeking gekopieerde documenten. In haar schrijven van 5 juli 2011

(stuk 4, geïntimeerde, p. 3) geeft Distripaints aan dat volgens haar de volgende documenten buiten het toepassingsgebied van de machtiging voor de huiszoeking vallen (out of scope):

Het spreekt dan ook voor zich dat alle documenten die betrekking hebben op de commerciële relatie van DISTRI-PAINTS/NOVELTA met haar klanten en wederverkopers, zonder dat er enige link is met Akzo Nobel buiten het toepassingsgebied van de machtiging voor de huiszoeking vallen en bijgevolg “out of scope” zijn.

Ook alle documenten welke enkel betrekking hebben op de interne werking van DISTRI-PAINTS/NOVELTA zijn “out of scope”.

Ten slotte zijn ook alle documenten welke geen betrekking hebben op de merken “De Keyn”, “Sadolin” en “Unitop” van Durieu Coatings “out of scope”.

Tevens verzoekt zij in dit schrijven om een inventaris van de digitale documenten te kunnen bekomen omdat het anders niet mogelijk is om een correcte en duidelijke uitsplitsing te maken van de documenten out of scope, op grond van de volgende motivatie:

*Wat betreft de bij de huiszoeking in beslag genomen **elektronische documenten** dient opgemerkt te worden dat daarvan geen inventaris voorhanden is.*

Zonder inventaris lijkt het evenwel niet mogelijk om een correcte en duidelijke oplijsting te maken van documenten “out of scope”.

Ook de hashcode, welke het mogelijk zou moeten maken een cryptografisch kenmerk te geven om de authenticiteit en de gelijkvormigheid van de kopies te verzekeren, biedt niet de mogelijkheid om een duidelijke verwijzing naar de specifieke “out of scope” documenten te maken.

DISTRI-PAINTS/NOVELTA wenst dan ook alle voorbehoud te maken wat betreft de kwalificatie van de elektronische documenten als “out of scope” zolang van deze documenten geen inventaris voorhanden is.

Het antwoord van de auditeur van 14 juli 2011 bevat hieromtrent de volgende toelichting (stuk 5, geïntimeerde):

Het onderzoek heeft tot doel om op zo objectief mogelijke wijze gegevens te verkrijgen, in het bijzonder over het al dan niet bestaan van een dominante machtspositie van Akzo Nobel op de betrokken markt(en) en over de waarheid van de aan de kaak gestelde praktijken door Durieu (praktijken die mogelijkwijze worden uitgevoerd door Distripaints).

In deze context zijn als “in scope” te omvatten, onder andere, documenten die informatie bevatten, zowel direct als indirect:

- betreffende de betrokken markt(en);*
- de marktaandeelen van de concurrenten van Durieu.*

Deze documenten omvatten ook interne documenten die ons ertoe in staat stellen om de evolutie van de producten op de markt te begrijpen en/of die de commerciële strategie van Akzo Nobel en zijn masterdealers, waaronder Distripaints, te verduidelijken. Zo is het bijvoorbeeld, hoogst onwaarschijnlijk dat het document JDC27 mail d.d. 24 februari 2011 “Marktstudie Sadolin” als out of scope kan beschouwd worden omdat de enige reden hiervoor zou zijn dat dit een intern document van Distripaints betreft.

Met betrekking tot de oplijsting van elektronische documenten verduidelijkt de auditeur dat een lijst met hashcodes die gemaakt is van de elektronische documenten die in beslag werden genomen zich bevindt op de aan de onderneming overhandigde digitale drager met kopie van de in beslag genomen documenten onder een specifiek “pad” dat door de auditeur wordt geciteerd en waarvan hij stelt dat deze lijst de inventaris uitmaakt van deze documenten en de onderneming ertoe in staat stelt om ieder document dat zij als out of scope beschouwt individueel te identificeren. Hij voegt er nog aan toe dat de Belgische Mededingingsautoriteit niet in staat is om een andere inventaris van deze documenten te voorzien omdat al deze documenten verzegeld zijn en enkel de onderneming zelf toegang er toe heeft. De onderneming wordt uitgenodigd om tegen 19 augustus 2011 een oplijsting van de elektronische out of scope-documenten te bezorgen.

Op 18 augustus 2011 handhaaft Distripaints in haar antwoord aan de auditeur haar verzet tegen de “in scope”-kwalificatie van een aantal documenten (stuk 6, geïntimeerde). Zij voegt er tevens een lijst bij van 36 digitale documenten welke zij om de hierboven reeds vermelde redenen als “out of scope” beschouwt. Bij elke item verschaft zij een beknopte redeneering.

7. Uiteindelijk worden de betwiste documenten pas ontzegd tijdens de vergadering in de lokalen van de Mededingingsautoriteit op 3 en 10 juni 2013 in aanwezigheid van de raadsliden van de onderneming.

Uit het verslag van die vergadering (stuk 8, geïntimeerde) blijkt dat de raadsliden van de onderneming een aantal vragen stellen in verband met het verloop van de procedure waarop de auditeur antwoordt en dat er een akkoord bestaat over het in of out of scope-karakter van een aantal documenten. Over een aantal andere documenten blijft er een meningsverschil bestaan, waarbij de auditeur beknopt de reden aangeeft waarom hij het “out of scope”-karakter niet aanvaardt met vermelding van het blijvend verzet van de onderneming. De betwiste documenten worden vervolgens opnieuw verzegeld blijkens het bijgevoegde proces-verbaal van verzegeling.

Het verslag van de vergadering wordt namens verzoeksters door haar raadsman voor gelezen en goedgekeurd ondertekend met het volgende voorbehoud:

Distripaints zal in een afzonderlijk schrijven enige feiten aanvullen en een aantal juridische voorbehouden formule-

ren. Deze nota beschouwen wij als een onderdeel van onze verklaring.

De toelichtende nota van verzoeksters (“Voorbehouden namens Distripaints”) daterend van 11 juni 2013 (stuk 9, geïntimeerde) geeft diverse voorbehouden aan met betrekking onder meer tot de integriteit van het gevoerde onderzoek, de niet-verzegeling van geselecteerde documenten, de gebruikte criteria om documenten als in scope te beschouwen, het ontbreken van een lijst van trefwoorden, het lange tijdsverloop na de huiszoeking, het ontbreken van hashcodes in de bijlage bij het PV van huiszoeking.

8. Verzoeksters ontvangen op 11 juni 2013 van de algemene directie mededinging een verzoek om inlichtingen in verband met de klacht van Durieu tegen Akzo Nobel, Distripaints, Lambert en Roels, waarop verzoeksters antwoorden via hun raadslieden op 1 oktober 2013 (stukken 13 en 14, minister).

9. In hun verzoekschrift van 9 juli 2013 hernemen verzoeksters bovenvermelde bezwaren.

III. Voorwerp van het beroep en de vorderingen

10. De initiële vorderingen van verzoeksters (hierna collectief ook vermeld als Distripaints) werden in conclusie als volgt aangepast.

In hoofdorde vragen verzoeksters om bij wijze van gepast rechtsherstel hen vrij te spreken met betrekking tot de in het opdrachtbevel van de auditeur van 17 juni 2011 geïssueerde inbreuken.

Verzoeksters vorderen ondergeschikt de huiszoeking zelf dan wel alle inbeslagnames tijdens de huiszoekingen van 21 en 22 juni 2011 nietig, minstens ongeldig, te verklaren bij gebrek aan de noodzakelijke waarborgen voor de verzoeksters.

Uiterst ondergeschikt vragen verzoeksters om de kwalificatie “in scope” met betrekking tot in beslag genomen documenten zonder verdere motivering ter zake vanwege de auditeur of zonder een rechtstreeks verband met het opdrachtbevel ongeldig te verklaren en te herkwalificeren als “out of scope”.

Ten slotte vragen zij om met betrekking tot de kosten met inbegrip van de basisrechtsplegingsvergoeding overeenkomstig het KB van 26 oktober 2007 te oordelen als naar recht.

11. De Belgische Mededingingsautoriteit (hierna ook “BMa”) besluit dat het beroep onontvankelijk minstens ongegrond is. Verder vraagt zij om te zeggen voor recht dat het beroep van verzoeksters tergend en roekeloos is maar vraagt zij om verzoeksters als KMO niet te veroordelen tot het betalen van een boete. Ten slotte vraagt zij om verzoeksters te veroordelen in de kosten van het geding met een rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.320 EUR.

In zijn schriftelijke opmerkingen stelt de minister dat het beroep van verzoeksters onontvankelijk of minstens ongegrond is.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

12. Zowel de BMa als de minister zijn van oordeel dat het beroep tegen de bestreden beslissing niet onontvankelijk is aangezien het geen beslissing betreft waartegen hoger beroep voor het hof van beroep openstaat.

De minister gaat in zijn schriftelijke opmerkingen niet nader in op het vraagstuk van de onontvankelijkheid van het beroep.

De BMa betoogt dat noch onder de WBEM noch onder de WER tegen de bestreden beslissing afzonderlijk beroep openstaat. Zij laat daarbij in het midden welke wetgeving dient te worden toegepast en betoogt dat het ook niet noodzakelijk is voor het hof om zich hierover uit te spreken omdat het beroep van verzoeksters in elk geval kennelijk ongegrond is.

Wat de WBEM betreft stelt zij dat sinds het arrest van het Grondwettelijk Hof (nr. 197/2011) van 22 december 2011 weliswaar vaststaat dat er beroep openstaat bij het hof van beroep tegen de handelingen of beslissingen van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging die betrekking hebben op beslagname en die zijn uitgevoerd tijdens een huiszoeking verricht in het kader van onderzoekprocedure betreffende restrictieve mededingingspraktijken maar dat verzoeksters niet stellen dat de bestreden beslissing onder de voormelde categorie zou vallen.

Voor zover de WER dient te worden toegepast is de BMa van oordeel dat op grond van artikel IV.41, § 1, tweede alinea slechts jurisdictioneel beroep kan worden ingesteld met betrekking tot een beslissing door het auditoraat inzake het gebruik van gegevens verkregen in het kader van een huiszoeking nadat het auditoraat een mededeling van grieven heeft gedaan.

De BMa stelt dat er *in casu* nog geen mededeling van grieven heeft plaatsgevonden en wijst er verder nog op dat tot nu toe het auditoraat nog geen enkele beslissing genomen heeft over het verder verloop van het onderzoek en bijgevolg ook nog niet kan beslissen om gegevens die bij verzoeksters zijn gekopieerd al dan niet te weerhouden voor het vaststellen van eventuele grieven.

Zij besluit dat in het huidige stadium van de procedure geen beroep openstaat tegen de bestreden beslissing.

13. Verzoeksters zijn evenwel van oordeel dat de onontvankelijkheid van hun beroep enkel kan beoordeeld worden op grond van de WBEM zoals geïnterpreteerd door de rechtspraak van het GwH omdat op het ogenblik dat hun verzoekschrift werd ingediend op 9 juli 2013 de nieuwe regelgeving (Boek IV WER) nog niet in werking was getreden (6 september 2013).

Het hof oordeelt hierover als volgt.

14. Aangezien er dient van uitgegaan te worden dat onder de WBEM conform het arrest van het GwH van 22 december 2011 een rechtsmiddel voorhanden was tegen beslissingen of handelingen van het auditoraat met betrekking tot in het kader van een huiszoeking in beslag genomen documenten moet de vraag gesteld worden of de regeling van de WER inzake rechtsmiddelen met betrekking tot de voorliggende procedure onmiddellijke werking heeft.

Het beroep werd ingesteld vóór de inwerkingtreding van Boek IV van de WER zodat er in de bewoordingen van artikel 3 Ger.W. sprake is van een hangend geding. Behoudens uitzonderingsbepalingen kan een wijziging van de wetgeving inzake rechtsmiddelen enkel van toepassing zijn op jurisdictionele “beslissingen” gewezen na de inwerkingtreding van de nieuwe wet (Cass. 31 oktober 2007, *Pas.* 2007, I, p. 1922).

De toepassing naar analogie van deze bepaling met betrekking tot een handeling van de auditeur impliceert evenwel dat een rechtsmiddel wordt aangewend tegen een beslissing of handeling die de rechtstoestand van verzoeksters op ondubbelzinnige wijze vastlegt of wijzigt. Indien dit niet het geval is behoort de vraag of tegen deze beslissing of handeling een rechtsmiddel openstaat beoordeeld te worden op grond van de nieuwe wet.

In lijn met de rechtspraak van het GwH dient geoordeeld dat met name wat betreft de betwiste beslissing van de kwalificatie “in scope” of “out of scope” door het auditoraat van tijdens de huiszoeking inbeslaggenomen documenten (op grond van een voorafgaande machtiging van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging tot huiszoeking) er sprake is van een beïnvloeding van de rechtstoestand van de betrokken onderneming waardoor zij schade kan lijden en waartegen zij over een rechtsmiddel dient te beschikken.

Een gemotiveerd ontwerp van beslissing werd kennelijk nog niet neergelegd bij de voorzitter.

Bijgevolg dient te worden geoordeeld dat er *in casu* sprake is van een beslissing van het auditoraat die genomen werd vooraleer Boek IV WER in werking trad zodat de onderliggende van de WBEM hiertegen openstaande rechtsmiddelen door verzoeksters kunnen worden aangewend tegen de bestreden beslissing.

Het beroep werd tijdig en regelmatig naar vorm ingeleid.

Het beroep is toelaatbaar en ontvankelijk.

V. Gegrondheid van het beroep

15. Verzoeksters beklagen zich met name over verschillende tekortkomingen naar aanleiding van de huiszoekingen en met name (i) het onnodige lange tijdsverloop tussen huiszoeking en ontzegeling van de in beslag genomen documenten; (ii) problemen in verband met de verzegeling van de elektro-

nisch in beslag genomen documenten; (iii) de afwezigheid van een lijst met trefwoorden voor het screenen en selecteren van elektronische documenten in outlook; (iv) het ontbreken van een proces-verbaal van einde huiszoeking; (v) het feit dat de FODEC-folder die door de bevoegde ambtenaren werd aangemaakt ter gelegenheid van de huiszoeking niet werd verwijderd van de eigen computers van verzoeksters; (vi) het feit dat een kopie van de klacht laattijdig werd meegedeeld en (vii) ten slotte dat bepaalde documenten op grond van te vage criteria (algemene context van het mandaat en relevante marktinformatie) als “in scope” werden gekwalificeerd voor inbeslagname en verder onderzoek zonder dat verzoeksters over de nodige informatie beschikten om deze kwalificatie concreet te kunnen betwisten.

Verzoeksters menen dat hun rechten van verweer tijdens deze procedure van buitengerechtelijke tegenspraak door de aangehaalde gebreken ernstig werden geschonden.

A. Lange tijdsverloop na de huiszoeking

16. Onder deze hoofding bekritisieren verzoeksters het lange tijdsverloop tussen enerzijds de huiszoekingen zelf en anderzijds (i) de ontzegeling van in beslag genomen documenten; (ii) de mededeling van de inhoud van de klacht en (iii) het verzoek om inlichtingen. Tevens menen verzoeksters dat de afwezigheid van een proces-verbaal van einde huiszoeking, minstens de afwezigheid van de verlenging van de termijn, een procedurefout uitmaakt en een overschrijding van de termijn van het opdrachtbevel tot de huiszoeking.

Verzoeksters menen dat hierdoor hun recht op grond van artikel 6, 1. EVRM op een correcte behandeling van hun zaak binnen een redelijke termijn werd geschonden. Zij verwijzen met name naar de langdurige (20 maanden) periode van inactiviteit in hoofde van de BMA en stellen dat deze inactiviteit niet aan hen te wijten is noch aan de complexiteit van de zaak.

Tevens meent Distripaints dat haar recht om op grond van artikel 6, 3. EVRM onverwijld in bijzonderheden op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen haar in de klacht van Durieu Coatings ingebrachte beschuldiging evenals het beginsel van de wapengelijkheid geschonden werd door het feit dat ze pas laattijdig inzage kreeg in de details van de klacht waartegen ze tegenspraak moet kunnen voeren met kennis van zaken en in omstandigheden die haar niet kennelijk benadelen ten aanzien van de “tegenpartij”. Verzoeksters betogen dat ze pas na meer dan 2 jaar na het indienen van de klacht (van 17 februari 2011) effectief kennis hebben gekregen van de inhoud ervan en pas toen voor het eerst in de mogelijkheid waren hun standpunt hierover mee te delen aan het auditoraat. Distripaints meent dat zij kennelijk in het nadeel was nu zij niet meer de mogelijkheid had om tijdig op een adequate wijze tegenspraak te voeren tegen de argumentatie en gronden van de klacht omdat bepaalde feiten en elementen door het tijdsverloop verloren gingen en zij ook geen goede inschatting meer kon

maken van de informatie welke zij eventueel à décharge zou kunnen aanwenden en die zij hiertoe diende te bewaren.

Zij meent dat haar rechten van verdediging hierdoor onherroepelijk en definitief zijn geschonden nu het voor haar niet mogelijk is verweer te voeren op gelijke gronden.

Hetzelfde argument voert zij aan met betrekking tot de vrijwaring van haar rechten ten aanzien van de regelmatigheid van het verloop van de huiszoeken zelf omdat door het lange tijdsverloop zij zich op de vergaderingen van 3 en 10 juni 2013 nog moeilijk de specifieke gebeurtenissen en handelingen vanwege het auditoraat of haar medewerkers kon herinneren tijdens de dagen (21 en 22 juni 2011) waarop de huiszoeken doorgingen.

Overigens wekt volgens verzoeksters dergelijk stilzwijgen en stilzitten van de mededingingsautoriteiten gedurende meerdere jaren de indruk dat zij niet langer zullen vervolgd worden. Hierdoor werd het gewettigd vertrouwen van verzoeksters dat zij gezuiverd was van iedere verdenking volgens haar geschonden.

Ten slotte voert zij aan dat het auditoraat door het lange wachten om de door de onderneming gegeven kwalificatie van de in beslag genomen documenten te onderzoeken heeft gehandeld in strijd met haar eigen richtlijnen nu dit kadert in het raam van de procedure van de huiszoeking en de onderneming zelf maar een termijn van 10 dagen krijgt om de documenten te kwalificeren.

De door de minister en de BMa aangevoerde verantwoording voor het tijdsverloop dat een uitspraak in de zaak *Belgacom* diende te worden afgewacht alvorens kon worden overgegaan tot ontzegeling van de elektronische documenten, verwerpt Distripaints als weinig geloofwaardig en bovendien als tegenstrijdig aangezien volgens de minister en de BMa in huidig dossier er sprake is van een andere selectieprocedure dan in het geval van *Belgacom* en met name een manuele in plaats van een geautomatiseerde opzoeking met gespecialiseerde software.

17. Volgens de BMa is er evenwel geen sprake van een overschrijding van de termijn van het opdrachtbevel nu de huiszoeking bij verzoeksters werd beëindigd op 22 juni 2011 om 17u25 zoals vastgesteld in het proces-verbaal van 22 juni 2011 (stuk 3, BMa).

De rechten van verweer van Distripaints zouden niet zijn geschonden omdat (i) verzoeksters door alle documenten als “out of scope” te kwalificeren, er zelf voor gezorgd hebben dat de in beslag genomen documenten noodgedwongen op een later tijdstip dienden te worden ontzegeld en (ii) de vertraging bij de ontzegeling en kwalificatie van de in beslag genomen documenten te wijten was aan de juridische onzekerheid die heerste omtrent de manier waarop het auditoraat elektronische documenten mag doorzoeken, naar aanleiding van het beroep van *Belgacom* tegen een beslissing van het auditoraat, reden waarom het auditoraat gewacht heeft tot

het arrest van het hof van 5 maart 2013 alvorens in huidig dossier over te gaan tot ontzegeling van de elektronische documenten.

De BMa betoogt verder dat het tijdsverloop tussen de huiszoeken en de ontzegeling en de kwalificatie van documenten geen verband houdt met het verloop van de huiszoeking zelf. Hiermee geeft zij aan dat verzoeksters geen schending van hun rechten van verdediging kunnen inroepen met betrekking tot de regelmatigheid van de eigenlijke huiszoeking ten gevolge van het tijdsverloop omdat de huiszoeking reeds was beëindigd en het lange tijdsverloop hierop bijgevolg geen invloed had.

Distripaints wijst evenwel op het feit dat op de vergaderingen van 3 juni en 10 juni 2013 nog belangrijke standpunten werden ingenomen vanwege het auditoraat aangaande de huiszoeken onder andere met betrekking tot het einde van de huiszoeking en de niet-toepassing van de rechtspraak van het *Belgacom*-arrest in onderhavig dossier (p. 17 conclusie).

Distripaints besluit dat de BMa haar onderzoeksbevoegdheid heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van de daaraan verbonden rechten. Verzoeksters hebben hierdoor een nadeel geleden (hun rechten van verdediging en op een eerlijk proces werden geschonden) dat buiten verhouding staat met het voordeel dat de auditeur heeft bekomen of nastreefde met het stilleggen van het onderzoek. Een passende sanctie kan volgens verzoeksters er in bestaan dat de huiszoeking en de in beslag genomen documenten als nietig of ongeldig worden verklaard.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

18. Het hof stelt vooreerst vast dat tussen de huiszoeken op 21 en 22 juni 2011 en de ontzegeling van de in beslag genomen documenten op 3 juni 2013 een periode ligt van bijna 2 jaar gedurende dewelke het onderzoek kennelijk stil lag.

Het moge duidelijk zijn dat de ontzegeling van de in beslag genomen documenten en de beslissing over de kwalificatie van deze documenten deel uitmaken van de procedure inzake huiszoeken in de brede zin van het woord. Deze ontzegeling dient dan ook te gebeuren binnen korte tijd na het afsluiten van de eigenlijke huiszoeken in de lokalen van verzoeksters. Er kan evenwel geen betwisting bestaan over het feit dat deze huiszoeking werd afgesloten op 22 juni 2011 om 17u25 overeenkomstig het proces-verbaal van dezelfde datum: begin en einde van de huiszoeking worden specifiek met vermelding van het uur aangegeven op de laatste pagina van het betreffende proces-verbaal. Uit geen enkel gegeven blijkt dat de huiszoeking nadien nog zou worden verder gezet.

19. De door BMa en de minister aangevoerde verantwoording voor de lange periode waarin het onderzoek kennelijk volledig stil lag, overtuigt niet. Alleszins is het feit dat alle

documenten door de onderneming als “out of scope” werden gekwalificeerd geen objectieve rechtvaardiging om het onderzoek naar de pertinentie van deze kwalificatie uit te stellen, integendeel.

20. Dat er moest gewacht worden om redenen van rechtsonzekerheid op de uitspraak van het hof van beroep in de zaak *Belgacom* overtuigt evenmin (arrest gewezen op 5 maart 2013 in de zaak 2011/MR/3). De Mededingingsautoriteit maakt het vooreerst niet aannemelijk dat zij in de materiële of juridische onmogelijkheid was om de pertinentie van de gekopieerde documenten te verifiëren in afwachting van een uitspraak van het hof. Het betreft bijgevolg een beslissing van de Mededingingsautoriteit gesteund op overwegingen van opportuniteit waarbij het nadeel van de rechtsonzekerheid volledig naar de betrokken ondernemingen wordt doorgeschoven. Bovendien blijkt uit de conclusies van de Mededingingsautoriteit en de schriftelijke opmerkingen van de minister dat er een essentieel verschil bestaat tussen de procedure gevolgd in onderhavige zaak en deze gevolgd in de *Belgacom*-zaak. Naar verluidt zou er tijdens de huiszoeking geen gebruik zijn gemaakt van enige software voor het opsporen van relevante documenten en de selectie van elektronische documenten door de onderzoekers zou louter op manuele wijze zijn uitgevoerd. Hoewel deze argumentatie enkel betrekking heeft op het al dan niet gebruiken en meedelen van de bij de selectie van documenten gebruikte zoektermen (de Mededingingsautoriteit voert aan dat geen zoektermen gebruikt werden) kon de rechtspraak in de *Belgacom*-zaak *in casu* evenmin relevant zijn met betrekking tot de vraag naar het “out of scope”-karakter van bepaalde documenten vermits in voormelde zaak het “out of scope”-karakter van elektronische documenten juist bepaald werd aan de hand van zoektermen.

Door eenzijdig en zonder objectieve noodzaak te beslissen het onderzoek gedurende een periode van meer dan 20 maanden stil te leggen, heeft het auditoraat niet gehandeld zoals normaal voorzichtige onderzoekers in dezelfde omstandigheden zouden doen. Hierdoor hebben de betrokken ondernemingen ongetwijfeld een zeker nadeel geleden doordat zij in de onwetendheid werden gelaten over de vraag naar de gevolgen die aan de huiszoeking zouden worden gegeven. De ondernemingen hebben voor deze onrechtmatige vertraging evenwel geen herstel onder de vorm van schadevergoeding gevorderd zodat de vraag naar de bepaling van de geleden schade zich in de huidige procedure niet stelt.

21. Wat betreft het middel van de schending van de redelijke termijn (art. 6, 1. EVRM) kan dit, zoals hierboven reeds aangegeven, enkel betrekking hebben op de overschrijding van de duurtijd van het gehele onderzoek tot aan de eindbeslissing. Het is bijgevolg op dit ogenblik nog niet mogelijk voor het hof om hierover een uitspraak te doen.

22. Aangaande het middel van de schending van de rechten van verdediging voert Distripaints aan dat haar rechten

onherroepelijk geschonden werden nu het voor haar niet meer mogelijk was een verweer te voeren op gelijke gronden omdat ze pas laattijdig (op 11 juni 2013 samen met een verzoek om inlichtingen) op de hoogte werd gebracht van de inhoud van de klacht op basis waarvan het onderzoek werd opgestart.

Distripaints meent evenwel ten onrechte dat zij tegenspraak moet kunnen voeren ten aanzien van de derde die klacht indiende en op basis waarvan het onderzoek werd opgestart. Een eventuele veroordeling van de betrokken onderneming zal immers niet gebaseerd zijn op deze klacht maar op het bewijsmateriaal dat tijdens het onderzoek werd samengebracht lastens haar. Niettemin kan de betrokken onderneming er belang bij hebben tijdig kennis te nemen van de inhoud van de klacht om in een vroeg stadium van het onderzoek de onderzoekers (à décharge) bijvoorbeeld te kunnen wijzen op bepaalde elementen die *prima facie* de geloofwaardigheid van de klacht ondermijnen. De Mededingingsautoriteit verschaft ook geen verantwoording waarom de klacht in onderhavig geval niet eerder kon worden meegeedeeld ondanks eerdere verzoeken daartoe van Distripaints. Hoewel het auditoraat goede redenen kan hebben om de klacht niet onmiddellijk mee te delen, kan naar omstandigheden het gedurende een lange tijd en zonder objectieve verantwoording in onwetendheid laten van de betrokken onderneming over de inhoud van de klacht onrechtmatig gedrag opleveren.

Distripaints geeft evenwel niet *in concreto* aan welke feiten of elementen voor haar daadwerkelijk verloren gingen door het tijdsverloop na de huiszoeking en omdat zij geen kennis had gekregen van de argumentatie waar de klacht zich op steunde. De loutere bewering dat zij ten gevolge hiervan ook geen goede inschatting kon maken van de informatie welke zij eventueel à décharge zou kunnen aanwenden en hiertoe diende te bewaren overtuigt niet. Gelet op het feit dat de onderneming in het kader van de huiszoeking op de hoogte werd gebracht van het bestaan en de grote lijnen van de klacht had ze een voldoende mogelijkheid om in dit verband de nodige voorzorgen te nemen om de integriteit van de betrokken informatie te verzekeren. Zij maakt alleszins het tegendeel niet aannemelijk, zodat er van een kennelijke benadeling geen sprake kan zijn. Alleszins blijkt zij in de gelegenheid geweest te zijn een aantal precieze bezwaren te formuleren met betrekking tot documenten waarvan zij stelt dat er geen verband bestaat met de klacht zoals die vermeld werd in het opdrachtbevel zodat er geen sprake is van een kennelijke schending van haar rechten van verweer.

23. Distripaints voert in dit verband nog aan dat door het lange en onnodige tijdsverloop tussen de eigenlijke huiszoeking en inbeslagname en de bijeenkomst tot zegelverbreking zij zich amper nog de specifieke gebeurtenissen en handelingen in verband met de eigenlijke huiszoekingen, kan herinneren en hieromtrent haar rechten niet behoorlijk kan vrijwaren.

Met betrekking tot de concrete betwistingen die Distripaints aanvoert aangaande de procedure van de verzegeling op het einde van de eigenlijke huiszoeking en met name met betrekking tot het mogelijk bestaan van andere elektronische dragers waarop bepaalde door de onderzoekers in beslag genomen informatie zou staan en welke niet mee werden verzegeld, valt inderdaad niet uit te sluiten dat de betrokken onderneming zich bepaalde details in verband met het concrete verloop van deze verzegelingsprocedure niet meer herinnert.

Hierover dient evenwel het volgende te worden opgemerkt.

Volgens het proces-verbaal van 22 juni 2011 bevond zich de “hashcode van de inventaris als bijlage” (p. 3) bij het PV. Dat er naast de verzegelde elektronische dragers met gekopieerde documenten ook een aparte niet verzegelde memorystick zou zijn aangemaakt door de onderzoekers waarop de zogenaamde hashcodes (functie die het mogelijk maakt door versleuteling de integriteit van een elektronisch document te verzekeren) zich zouden bevinden blijkt niet uit dit proces-verbaal. Indien de betrokken onderneming evenwel weet zou gehad hebben van het aanmaken van een afzonderlijke niet verzegelde stick met out of scope-gegevens had zij op dat ogenblik het betreffende proces-verbaal niet voor akkoord moeten ondertekenen of een voorbehoud moeten formuleren. Uit de nota die aan de onderneming werd meegedeeld en genaamd “*Handelwijze van het auditoraat van de Raad voor de Mededinging en van de algemene directie mededinging van de FOD Economie in het raam van de procedure van huiszoeking*” blijkt immers duidelijk dat wat betreft de out of scope-documenten kopieën van deze documenten verzegeld dienen te worden met het oog op latere behandeling van betwistingen betreffende de kwalificatie ervan (stuk 1, verzoeksters).

De onderneming is dan ook niet geloofwaardig in haar argumentatie dat zij zich wegens het tijdsverloop de details in verband met de verzegeling van elektronische documenten die zij als “out of scope” beschouwde niet meer kan herinneren waardoor het haar niet meer mogelijk zou zijn om tegenspraak te voeren ten aanzien van de Mededingingsautoriteit op het punt van de geldigheid van de verzegeling.

Hoe dan ook kan in voorkomend geval uit het loutere bestaan van een memorystick waarop de hashcode van de inventaris zou zijn vermeld – bestaan dat door de BMa in conclusie formeel wordt ontkend – bij gebrek aan andere aanduidingen niet worden afgeleid dat hierop niet verzegelde documenten werden gekopieerd.

24. Ten slotte wijst de onderneming er ook nog op dat zij op de laattijdig verstuurde vraag om inlichtingen dit wil zeggen 2 jaar na de feiten die haar worden verweten maar moeilijk nog met de nodige details en nuances kan antwoorden.

Al kan niet betwist worden dat met het verloop van de tijd de herinnering aan specifieke details en omstandigheden met betrekking tot de aangevoerde inbreuken vervaagt, het tijds-

verloop tussen de huiszoeking en de vraag om inlichtingen maakt als dusdanig nog geen schending uit van de rechten van verweer van verzoeksters. Ook tijdens de loop van het onderzoek dat meerdere jaren in beslag kan nemen kan de onderneming immers geconfronteerd worden met nieuwe vragen om inlichtingen. Het past haar dan ook om naar aanleiding van de aanvang van het onderzoek – en gelet op de mogelijke ernstige gevolgen – met behulp van haar raadslieden een zo volledig mogelijk dossier samen te stellen op basis van de initiële gegevens vervat in het opdrachtbevel van de huiszoeking en de in beslag genomen documenten zodat zij op latere vragen om inlichtingen accuraat kan antwoorden. Overigens blijkt dat zij op het verzoek om inlichtingen van 11 juni 2013 in de mogelijkheid was een uitvoerig en gedetailleerd antwoord te verstrekken op de gestelde vragen (stuk 14, de minister).

Met betrekking tot de aangevoerde gevolgen van het tijdsverloop sinds de huiszoeking kan bijgevolg op dit ogenblik geen aantasting van het recht op verdediging in hoofde van Distripaints worden vastgesteld.

B. Uitholling van de procedure van verzegeling

25. Distripaints meent dat de procedure van de verzegeling zoals zij is verlopen niet de vereiste garanties van correctheid biedt waaraan zij zich als betrokken onderneming mag verwachten en die de BMa in haar eigen richtlijnen opneemt, omwille van het feit dat:

- de onderzoekers tijdens de huiszoeking gebruik zouden gemaakt hebben van een eigen laptop zonder te verduidelijken welke informatie deze bevatte en/of al dan niet de verzegelde dvd’s hierop werden gebrand;

- naar aanleiding van de huiszoeking andere elektronische dragers (memorystick) zouden zijn aangemaakt en meegenomen door de onderzoekers waarop bepaalde in beslag genomen informatie zou staan welke niet mee verzegeld werd (en welke de auditeur zou toegelaten hebben om na afloop in zijn schrijven van 14 juli 2011 aan de betrokken onderneming het vereiste “pad” waar de hashcode zich bevond te citeren);

- voormelde memorystick door het auditoraat niet kon worden voorgelegd zodat zij niet kon verifiëren welke informatie buiten de hashcode nog op deze stick aanwezig was;

- het proces-verbaal van vaststelling naar aanleiding van de huiszoeking geen bijlage bevatte met de hashcodes in tegenstelling tot wat in het proces-verbaal zelf wordt vermeld terwijl in het kader van huidige procedure de Mededingingsautoriteit een stuk 3 voorlegt met als laatste pagina in bijlage de aan het proces-verbaal van vaststelling d.d. 22 juni 2011 aangehechte hashcode van de inventaris;

- tijdens de ontzegeling van de dvd’s buiten medeweten van de onderneming van de ontzegelde documenten kopie werd gemaakt op een stick en deze werd gebruikt voor het contro-

leren van het in/out of scope-karakter van de betrokken documenten zonder dat verzoeksters konden nagaan wat de precieze inhoud van deze elektronische drager was;

– niet met zekerheid kan worden nagegaan of de FODEC-map op de computers van Distripaints centraal gekopieerd werd en meegenomen op 22 juni 2011.

Distripaints heeft deze punten van “voorbehoud” reeds aan de auditeur overgemaakt via een schrijven van haar raadsliden van 11 juni 2013 en stelt in conclusie dat ten gevolge van deze anomalieën zij er niet kan op vertrouwen dat op correcte wijze met het bewijsmateriaal werd omgesprongen: de bewuste hashcode maakt immers het enige bewijs uit, de enige garantie dat bij latere ontzegeling de voorliggende elektronische documenten wel degelijk deze zijn die bij de huiszoeking werden gekopieerd en dat zij sindsdien onaan geraakt zijn gebleven.

26. De BMa ontkent formeel dat er andere elektronische dragers bestaan waarop in beslag genomen informatie staat en welke niet mee verzegeld werden. Zij verduidelijkt dat auditeur Marchand in zijn schrijven van 14 juli 2011 kon verwijzen naar de hashcode van de inventaris omdat deze aangehecht was als bijlage bij het proces-verbaal van de vergadering van 22 juni 2011. De BMa meent dat verzoeksters trouwens zelf in een brief van 5 juli 2011 aan auditeur Marchand impliciet toegeven over de hashcode te beschikken. Het door de informaticadeskundigen bij de huiszoeking meegebrachte materiaal zou volgens de BMa enkel bedoeld zijn om gebruikt te worden in geval van weigering van de onderneming om mee te werken of om het proces-verbaal aan te maken. Dit zou zijn medegedeeld aan de raadsliden van verzoeksters op de vergaderingen van 3 en 10 juni 2013. Volgens de BMa zou de heer F.M. als informaticadeskundige trouwens niet aanwezig geweest zijn bij de bewuste huiszoeking zodat hij ook geen gebruik kon maken van een eigen laptop. Dit zou moeten blijken uit het proces-verbaal van de huiszoeken bij Akzo Nobel op dezelfde data en waarop de heer F.M. aanwezig was (stuk 11 geïntimeerde, p. 3, punt 6). De BMa preciseert dat volgens de informaticadeskundige die wel aanwezig was tijdens de huiszoeking bij verzoeksters de dvd's met geselecteerde documenten aange maakt werden op de laptop van een medewerker van de onderneming in diens bureau en in zijn aanwezigheid.

Ook wat betreft het gebruik van een memorystick op de vergadering van 3 juni 2013 betwist de BMa de stelling van verzoeksters. Zij stelt dat op deze stick de tijdens de huiszoeking in beslag genomen digitale documenten dienden te worden gekopieerd samen met een programma om deze documenten te kunnen beoordelen en de eraan toe te kennen kwalificatie op te slaan. Deze stick werd op het einde van de vergadering verzegeld. De BMa stelt formeel dat deze stick slechts een kopie bevat van de reeds eerder gekopieerde documenten en dat de onderneming bij eventuele twijfel in de gelegenheid was om dit zelf na te gaan zowel via de hashcodes als via visuele vergelijking.

Ten slotte wat betreft de FODEC-map op het netwerk van Distripaints bevestigt de BMa dat de gegevens hierin vervat op het einde van de huiszoeking op 22 juni 2011 op 2 dvd's gebrand werden op de laptop van een medewerker van het bedrijf in diens aanwezigheid en werden meegenomen zoals bevestigd in het afsluitings-PV van 22 juni 2011.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

27. Het kan niet ontkend worden dat met betrekking tot het aangehecht zijn van de hashcode van de inventaris aan het PV en het al dan niet gebruik van eigen informaticamaterieel verzoeksters geconfronteerd zijn geweest met onzekerheden ten gevolge van tegenstrijdige verklaringen en standpunten van haar tegenpartij die niet van aard waren haar vertrouwen in het onderzoek te ondersteunen.

28. Distripaints maakt het evenwel niet aannemelijk dat er niet verzegelde out of scope-documenten naar aanleiding van de huiszoeken werden meegenomen, dat de onderzoekers eigen informaticamateriaal gebruikten tijdens de verzegeling, dat zij tijdens de ontzegeling niet in de gelegenheid was om de inhoud van de gebruikte stick te verifiëren en gelet op het antwoord van de Mededingingsautoriteit dat de betrokken folders op 2 dvd's werden gebrand op de laptop van de heer S.D.R. en meegenomen door de dienst, preciseert zij onvoldoende haar bezwaren – ze heeft het over slordigheid – met betrekking tot het niet verwijderen van de FODEC-map aangemaakt op de netwerkserver van Distripaints, wat in strijd zou zijn met de richtlijnen vervat in de eigen handelwijze van het auditoraat (stuk 2).

Uit het feit dat deze FODEC-map uit slordigheid zou zijn achtergebleven op de netwerkserver van Distripaints kan niet zomaar worden afgeleid dat gegevens illegaal werden gekopieerd via andere dragers.

De door verzoeksters beweerde anomalieën bij de verzegeling en de ontzegeling kunnen op basis van de voorliggende stukken door het hof hoe dan ook niet ondubbelzinnig worden vastgesteld aan de hand van de voorliggende stukken. De door de BMa in conclusie gegeven toelichtingen zijn bovendien van aard op de geformuleerde kritieken een *prima facie* afdoende antwoord te bieden zonder dat verzoeksters er op hun beurt in slagen de correctheid van deze toelichting overtuigend te betwisten.

Om de betreffende huiszoeking, dan wel alle inbeslagnames tijdens de huiszoeken nietig te laten verklaren kan Distripaints er niet mee volstaan om louter op basis van vermoedens haar twijfels uit te drukken met betrekking tot de vraag of de verzegeling en ontzegeling correct zijn verlopen. Zij dient minstens een begin van bewijs aan te brengen waaruit blijkt dat de BMa van haar eigen procedure ter zake zou zijn afgeweken op een wijze die de rechten van Distripaints aantast. Bovendien kan Distripaints zich *post factum* niet beroepen op enige onzekerheid in dit verband aangezien zij geacht moet worden in de gelegenheid te zijn geweest om op het

tijdstip van de verzegeling-ontzegeling zelf de nodige verificaties te verrichten.

Er ligt met andere woorden geen afdoende bewijs voor dat de onderzoekers zouden beschikken over andere documenten dan deze welke naar aanleiding van de huiszoeken werden gekopieerd en verzegeld of dat de integriteit van de procedure van verzegeling en ontzegeling zou zijn geschonden op een wijze die de rechten van Distripaints aantast. Overigens is er van de bewering van verzoeksters dat volgens de heer F.M. een aparte stick werd gebruikt om de hashcode van de inventaris te kopiëren geen neerslag te vinden in het verslag van de betrokken vergadering. Het loutere feit dat de adjunct-auditeur op die vergadering verklaarde geen hashcode te vinden in bijlage bij haar PV en dit verder te zullen navragen (waarover de onderneming geen bericht meer bekam) bewijst nog niet dat er sprake was van een anomalie bij de verzegeling.

Er kan met andere woorden evenmin worden aangenomen dat de onderzoekers beschikten over parallelle informatie.

C. Het niet overhandigen van de lijst van trefwoorden

29. Distripaints klaagt zich er verder over dat in afwijking van de door het auditoraat gehanteerde richtlijnen (zie punt 5.1, p. 2 van voormelde nota over handelwijze van het auditoraat) en in strijd met de rechtspraak van het hof in de zaak *Belgacom* zij op het einde van de huiszoeking geen lijst heeft ontvangen van de door de onderzoekers gebruikte trefwoorden.

30. De BMa en de minister betwisten dit en stellen dat het auditoraat handelde in overeenstemming met haar eigen richtlijnen (punt 5.2 handelwijze van het auditoraat) en dat de *Belgacom*-rechtspraak niet van toepassing is op onderhavig geval zodat er geen verplichting bestond om trefwoorden te overhandigen aan de onderneming op het einde van de huiszoeking. Zij verwijst daarbij naar het proces-verbaal van 22 juni 2011 door de onderneming ondertekend, waarin geacteerd werd dat geen specifieke software noch trefwoorden werden gebruikt voor de opzoeken.

De minister wijst op essentiële verschillen tussen de gevolgde procedure in huidige zaak en de procedure in de zaak *Belgacom*. Een eerste verschil betreft het aantal gekopieerde documenten waar in de *Belgacom*-zaak volgens de auditeur honderdduizenden computerbestanden zijn gekopieerd terwijl in onderhavige zaak uiteindelijk slechts een tweehonderdtal digitale documenten werden doorzocht. Bovendien werd in de *Belgacom*-zaak inderdaad omwille van het grote aantal documenten met gespecialiseerde software en trefwoorden gewerkt terwijl de auditeur in onderhavig dossier uitsluitend op manuele wijze de relevante documenten geselecteerd heeft en een manuele check heeft uitgevoerd van de inhoud van de door verzoeksters als “out of scope” gekwalificeerde documenten. Uiteindelijk zou de betwisting met betrekking tot de “out of scope”-kwalificatie

maar betrekking hebben op 63 gekopieerde elektronische documenten en beschikt Distripaints over een kopie van deze documenten. De minister bevestigt evenwel in zijn opmerkingen dat de auditeur bepaalde “criteria” hanteerde om documenten manueel te selecteren als vallend binnen de context van het mandaat.

Distripaints stelt daarentegen dat de onderzoekers wel degelijk digitale documenten hebben onderzocht en geselecteerd gebruik makend van trefwoorden met name bij het doorzoeken van outlook-bestanden op de pc's van de betrokken medewerkers. Distripaints meent dat dit gelijk staat met het invoeren van trefwoorden via een eventuele software zoals voorzien in punt 5.1 van de handelwijze van het auditoraat en dat deze werkwijze niet valt onder punt 5.2 van de handelwijze van het auditoraat waarbij sprake is van het geautomatiseerd opzoeken *met raadplegen van elektronische documenten* zonder voorafgaande selectie.

Verzoeksters achten de bewering van de BMa dat er een manuele screening zou gebeurd zijn van alle elektronische documenten ongeloofwaardig. In elk geval zou er een eerste selectie van documenten hebben plaatsgevonden in outlook middels het invoeren van trefwoorden.

Overigens betoogt Distripaints dat de BMa een foutieve toepassing maakt van de rechtspraak in het *Belgacom*-arrest die niet vereist dat er sprake moet zijn van een zeer groot aantal documenten waarop een specifieke software zou toegepast moeten worden opdat de verplichting zou gelden om nauwkeurige en pertinente trefwoorden in functie van het opdrachtbevel te gebruiken en de gebruikte trefwoorden aan de betrokken onderneming mee te delen.

Voor zover het gebruik van trefwoorden bij opzoeken in outlook niet zou gelijkgesteld worden met het ingeven van trefwoorden in gespecialiseerde software gebruikt door de BMa meent Distripaints dat er sprake is van een niet te verantwoorden discriminatie nu beide methodes hetzelfde doel hebben met name het automatisch selecteren uit een groter geheel van pertinente in scope-documenten aan de hand van trefwoorden. Zij stelt voor hierover desgevallend aan het Grondwettelijk Hof twee prejudiciële vragen te stellen.

Besluitend stelt zij omwille van de weigering van de auditeur om haar de gebruikte trefwoorden mee te delen op het ogenblik van de ontzegeling van de informatie niet in staat te zijn geweest om met de auditeur een zinvolle dialoog te voeren of minstens de kwalificatie “in scope” aangevoerd door de auditeur met kennis van zaken te betwisten. Aldus zou haar recht op een eerlijk proces in het gedrang zijn gekomen wegens de onmogelijkheid om een zinvol verweer te voeren.

Het hof stelt het volgende vast.

31. Vooreerst dient te worden opgemerkt dat de richtlijnen geformuleerd in de handelwijze van het auditoraat ten aanzien van het gemaakte onderscheid met betrekking tot geautomatiseerde opzoeken met gespecialiseerde software

enerzijds en met raadpleging van elektronische documenten anderzijds niet specifiek verwijzen naar een selectie van documenten via outlook.

32. Verder blijkt uit het proces-verbaal van 22 juni 2011 dat geen gespecialiseerde software werd gebruikt en dat geen lijst van trefwoorden werd overhandigd aan de onderneming (p. 3 en 4).

33. Ten slotte kan worden opgemaakt uit de opmerkingen van de minister dat bij de manuele selectie van elektronische documenten niettemin bepaalde criteria werden aangewend om na te gaan of deze documenten binnen de context van het mandaat vielen.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

34. Op basis van de voorliggende stukken kan niet worden nagegaan of de selectie van elektronische documenten louter op manuele basis is geschied dan wel of daarbij ook gebruik werd gemaakt van bepaalde trefwoorden met name om na te gaan of zich in de outlook-box van een medewerker van de onderneming relevante in scope-documenten zouden bevinden.

35. Het gebruik van trefwoorden wordt in de handelwijze van het auditoraat uitsluitend gekoppeld aan de geautomatiseerde opzoekingen aan de hand van een gespecialiseerde software (punt 5.1) en dit laatste lijkt in ieder geval niet het geval geweest te zijn.

36. Het gebruik van zoektermen kan rekening houdend met de omvang van het aantal te doorzoeken elektronische documenten aangewezen of zelfs noodzakelijk zijn om te vermijden dat grote aantallen niet pertinente documenten worden geselecteerd. Ingeval het aantal documenten eerder beperkt is en een benaderende visuele inspectie van al deze documenten praktisch realiseerbaar is lijkt het gebruik van trefwoorden niet strikt noodzakelijk.

37. Indien er met trefwoorden of zoektermen wordt gewerkt om een eerste automatische triage van te selecteren documenten door te voeren in plaats van door manuele controle, dienen deze zoektermen voldoende specifiek te zijn en overeen te stemmen met de draagwijdte (scope) van het opdrachtbevel opdat het onderzoek zou beantwoorden aan de vereisten van de proportionaliteit. Om de betrokken onderneming toe te laten de gepastheid en de wettigheid van de gebruikte zoektermen te controleren is het een goede praktijk om in de mate van het mogelijke hierover voorafgaand met de betrokken onderneming of haar raadsliden tot overeenstemming te komen. Behoudens omwille van hun eventueel vertrouwelijk karakter, dient de onderneming over de lijst van de gebruikte zoektermen ingelicht te worden bij voorkeur tijdens de loop van de inspectie en uiterlijk na afloop van de selectie van in scope-documenten zodat zij de pertinentie ervan kan controleren op een snelle manier. Bij gebrek aan deze informatie zou de onderneming de geselecteerde en voorlopig gekopieerde documenten stuk voor stuk

moeten controleren. Dit kan onwerkbaar zijn in geval van een groot aantal te controleren documenten mede gelet op de beperkte periode van 10 dagen waarover zij beschikt om haar bezwaren kenbaar te maken. Haar rechten van verweer kunnen hierdoor worden aangetast.

Overigens kan de aanwezigheid van een dergelijke lijst van trefwoorden eveneens onmisbaar zijn om in geval van blijvende betwisting een efficiënte gerechtelijke controle toe te laten.

38. Uit de voorliggende gegevens blijkt evenwel dat enkel een relatief beperkt aantal documenten (een tweehonderdtal) werden geselecteerd en gekopieerd zodat verzoekster daadwerkelijk in de mogelijkheid was om deze documenten stuk voor stuk na te lezen en haar standpunt te bepalen met betrekking tot het “in/out of scope”-karakter ervan binnen een redelijke termijn. Dat zij daartoe effectief in staat is gebleken kan trouwens worden opgemaakt uit de brief van 18 augustus 2011 gericht aan auditeur Marchand waarin ze 63 elektronische documenten aanduidt die volgens haar buiten het toepassingsgebied van de machtiging voor de huiszoeking vallen met name (stuk 6, BMa):

– *alle documenten die betrekking hebben op de commerciële relatie van DISTRIPAINTS/NOVELTA met haar klanten en wederverkopers, zonder dat er enige link is met Akzo Nobel;*

– *alle documenten welke enkel betrekking hebben op de interne werking van DISTRIPAINTS/NOVELTA;*

– *alle documenten welke geen betrekking hebben op de merken “De Keyn”, “Sadolin” en “Lintop” van DUREAU COATINGS.*

Het standpunt dat Distripaints naar aanleiding van de ontzegging niet over de nodige informatie beschikte om het “in scope”-karakter van de gekopieerde documenten te betwisten kan in het licht van het voorgaande dan ook niet weerhouden worden. Zelfs indien zoals Distripaints beweert een eerste selectie van documenten gebeurd is via outlook op basis van trefwoorden die aan haar niet werden medegegeeld, dan nog blijkt dit gegeven niet van aard geweest te zijn om een effectieve controle door haar van deze documenten redelijkerwijs onmogelijk te maken.

D. Kwalificatie van het in/out of scope-karakter

39. Ten slotte betwist Distripaints de door de auditeur op de vergadering van 10 juni 2013 weerhouden criteria om bepaalde documenten als “in scope” te weerhouden en waartegen zij zich verzet. Met name is zij van oordeel dat het criterium “algemene context van het mandaat” en “relevante marktinformatie” ongeldig zijn. Zij meent dat in de gegeven omstandigheden waarin zij op voormelde vergadering niet beschikte over de inhoud van de klacht noch over de gebruikte trefwoorden zij niet in de gelegenheid was om de draagwijdte van de relevante marktinformatie en context van het onderzoek juist te beoordelen en zij bijgevolg zich hier-

tegen niet afdoende kon verweren. Zij stelt tevens dat de door de auditeur in voormeld PV weergegeven verklaring niet volstaat om de documenten waarover betwisting bestaat als “in scope” te beschouwen en dat het auditoraat minstens had moeten aangeven met welke van de in het opdrachtbevel geviseerde inbreuken er een link was, wanneer zij documenten als “in scope” bestempelde om haar toe te laten deze kwalificatie te verifiëren in het licht van het opdrachtbevel.

Het verweer van de BMa luidt als volgt.

40. Om de vermeende restrictieve mededingingspraktijk te kunnen beoordelen, dient de Mededingingsautoriteit naar haar zeggen een volledig beeld te hebben van de marktstructuur en -situatie waarop de vermeende inbreuken zich afspelen. In dit verband is zij van mening dat documenten betreffende de betrokken markten, de marktaandelen van concurrenten van de betrokken onderneming evenals documenten betreffende evolutie van de producten op de markt of de commerciële strategie van de betrokken onderneming verduidelijken wel degelijk verband houden met het voorwerp van de inspectie. Dit zou verband houden met het feit dat de onderzoekers niet noodzakelijk een perfecte kennis hebben van de betrokken sectoren en bijgevolg een relatief breed onderzoek moeten voeren om de relevante documenten te kunnen achterhalen.

Indien het standpunt van Distripaints zou gevolgd worden zou de Mededingingsautoriteit op ongerechtvaardigde wijze belemmerd worden in de vervulling van haar taken om toe te zien op de naleving van de Belgische en/of communautaire mededingingsregels.

41. De minister voegt hier nog aan toe dat in de lijn met de *Belgacom*-rechtspraak het kopiëren van documenten met verwijzing naar de algemene context van het mandaat haar toelaat om een beter begrip te hebben van de economische of juridische context, stroomopwaarts of stroomafwaarts van de vervolgbare feiten en dus van de situatie van de aangeklaagde onderneming op de markt.

42. Ten slotte wijst zij er nog op dat Distripaints niet aangeeft welke documenten kennelijk geen verband zouden houden met het voorwerp van de inspectie en waarom dit zou zijn.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

43. Dat de onderzoekers niet noodzakelijk beschikken over gespecialiseerde kennis van de betrokken sector voorafgaand aan de huiszoeking en bijgevolg belangstelling kunnen hebben voor achtergrondinformatie met betrekking tot de sector, de relevante producten, evoluties op relevante markten en (marktaandelen) van concurrenten en de commerciële strategie van de betrokken ondernemingen kan evenwel niet tot gevolg hebben dat de betrokken onderneming wanneer zij het “in scope”-karakter van in beslag genomen documenten uitdrukkelijk betwist zou verplicht worden zich te verweren tegen een summiere standaardmotivering

zoals *in casu* wordt aangegeven door de auditeur, zoals blijkt uit het verslag van de vergadering van 10 juni 2013 (p. 2-4).

Dat een bepaald document zou behoren tot de “algemene context” van het mandaat is op dit punt een nietszeggende tautologie en alleszins een onvoldoende specifiek criterium.

44. Het kwam in gegeven omstandigheden dan ook toe aan het auditoraat om met betrekking tot de documenten waarover nog een meningsverschil bestaat wat betreft het in of out of scope-karakter haar standpunt op een zodanige manier te verduidelijken dat redelijkerwijs gesproken door de betrokken onderneming en door het hof in het kader van een marginale toetsing de pertinentie van de betrokken documenten kan worden gecontroleerd zonder dat het hof noodzakelijk van de inhoud van de afzonderlijke documenten kennis moet nemen.

45. In conclusies wordt door de Mededingingsautoriteit geen verdere pertinente toelichting verschaft bij haar motivering, ondanks het uitdrukkelijk verzet van Distripaints tegen het “in scope” kwalificeren van bepaalde documenten en de boven vastgestelde ontoereikend specifieke motivering.

46. Bijgevolg kan tot dusver niet worden aangenomen dat deze documenten wettig als “in scope” konden worden gekwalificeerd en dient de Mededingingsautoriteit nader te staven dat de bewuste documenten “in scope” kwalificeren, bij ontstentenis waarvan deze kwalificatie voor de betrokken bestanden niet kan overeind blijven.

47. In het licht van de vastgestelde ontoereikende motivering dient met betrekking tot de betwiste bestanden het volgende verificatietraject te worden ondernomen:

(i) omtrent de documenten die in het verslag van de vergadering van 10 juni 2013 door de auditeur als in scope worden beschouwd en waarvan Distripaints uitdrukkelijk heeft aangegeven en het hof heeft beaamd dat deze kwalificatie niet afdoende is gemotiveerd dient de Mededingingsautoriteit haar standpunt schriftelijk nader te motiveren; dit vereist dat ze per document aantoot op welke manier het betrokken document of onderdelen ervan relevant zijn in het licht van de gegeven motivering;

(ii) deze toelichting wordt vervolgens aan tegenspraak onderworpen waarbij Distripaints in de gelegenheid wordt gesteld op gemotiveerde wijze de pertinentie ervan te weerleggen;

(iii) bij ontstentenis van nadere motivering door de Mededingingsautoriteit worden de betrokken bestanden als out of scope gekwalificeerd en dienen ze uit het beslag te worden gelicht;

(iv) bij ontstentenis van een eensluidende conclusie tussen de partijen oordeelt het hof over het in of out of scope-karakter van de documenten waarvan de kwalificatie betwist blijft.

48. Indien het doorlopen van dit verificatieproject opnieuw een ontzegeling en verzegeling van de betrokken documenten vereist teneinde deze documenten te kunnen raadplegen zal dit gebeuren in aanwezigheid van verzoeksters en volgens de daartoe geëigende procedure.

49. Indien er reden bestaat om met toepassing van het bepaalde onder randnr. 47, (iii) en (iv) het hof alsnog te doen beslissen kan de meest gereede partij verzoeken om een vaststelling van de zaak.

Om deze redenen,

Het hof,

Rechtsprekend na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken,

Verklaart het beroep ontvankelijk maar ongegrond, behoudens wat het in of out of scope-karakter van de door Distri-

pains betwiste bestanden betreft binnen de hierna aangegeven perken.

Nodigt de partijen uit om met betrekking tot de door Distripains betwiste bestanden te handelen zoals aangegeven onder punt 47 van dit arrest en het verificatietraject, op te starten door de Mededingingsautoriteit, te voltrekken binnen de 30 werkdagen na de uitspraak van dit arrest.

Zegt dat bij ontstentenis van nader verstrekte motivering door de Mededingingsautoriteit de betwiste bestanden uit het beslag worden gelicht en dienen te worden vrijgegeven.

Zegt dat bij ontstentenis van bereikte overeenstemming over de nader verstrekte motivering het staat aan Distripains om een nieuwe vaststelling te vragen en verwijst de zaak enkel in dit opzicht naar de bijzondere rol van de kamer.

Houdt elke andere beslissing aan.

(...)