

2304 *[Handwritten signature]*

Repertoriumnummer <b>2015 / 5273</b>
Datum van uitspraak <b>9 juli 2015</b>
Rolnummer <b>2014/MR/1</b>

#### Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

☐ Niet aan te bieden aan de  
ontvanger

Eindarrest van 9 juli 2015

## Hof van beroep Brussel

### Arrest

18<sup>e</sup> kamer,  
burgerlijke zaken

Aangeboden op <b>13 JUL. 2015</b>
Niet te registreren <b>D'HOOGHE K.</b> <i>[Handwritten signature]</i>

COVER 01-00000230498-0001-0053-01-01-1



*3e en medebestuurder  
+ 16-17*

**1. PSA ANTWERP NV**, met maatschappelijke zetel te 2000 Antwerpen, Napelsstraat 79, ingeschreven in de KBO onder het nummer 0442.652.075, Eiseres;

met als advocaten Mr. Johan Ysewyn, Mr. Melissa Van Schoorlsse en Mr. Dorothée Vermeiren, advocaten met kantoor te 1040 Brussel, Kunstlaan 44, bij wie woonstkeuze is gedaan.

**TEGEN:**

**2. BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT**, autonome dienst met rechtspersoonlijkheid, benaming afgekort als **BMa**, gevestigd te 1000 Brussel, Koning Albert II-laan 16, North Gate, ingeschreven in de KBO onder nummer 0535.765.741

Verweerster;

vertegenwoordigd door haar directeur juridische studies, lid van het directiecomité, de heer Joachim Marchandise, die verschijnt.

**MET ALS TUSSENKOMENDE PARTIJEN:**

**1. BELGIAN NEW FRUIT WHARF NV**, afgekort als **BNFW**, met maatschappelijke zetel te 2030 ANTWERPEN, Rostockweg 1, Haven 212 ingeschreven in de KBO onder nummer 0404.754.868;

met als advocaten Mr. Hendrik Viaene, Delphine Gillet en Florine Verhaegen, met kantoor te 1000 Brussel, Loksumstraat 25.

**2. EUROPORTS TERMINALS LEFTBANK NV**, met maatschappelijke zetel te 9130 KIELDRECHT, Land van Waaslaan (KAL) 5, ingeschreven in de KBO onder nummer 0404.811.682, vertegenwoordigd door haar bestuurders Paul Jacob Bins en Geert Gekiere,

en



**3. EUROPORTS BELGIUM NV**, met maatschappelijke zetel te 2030 ANTWERPEN, Vosseschijnstraat 59, ingeschreven in de KBO onder nummer 0446.263.841, vertegenwoordigd door haar bestuurders Paul Jacob Bins en Geert Gekiere,

gezamenlijk afgekort als EURORTS en beide vertegenwoordigd en bijgestaan door hun advocaten, Mr. Thomas Janssens en Mr. Tone Oeyen, advocaten met kantoor te 1050 Brussel, Marsveldplein 5.

**4. SEAPORT TERMINALS NV**, met maatschappelijke zetel te 9130 KIELDRECHT (Kallo), Haandorppweg 1, Kaai 1227, ingeschreven in de KBO onder nummer 0412.035.214;

bijgestaan en vertegenwoordigd door haar advocaten Mr. Christel Van den Eynden en Mr. Jan Vreys, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3, bij wie woonstkeuze wordt gedaan.

**5. HET ANTWERPS BEVRACHTINGS-, EXPEDITIE- EN STOUWBEDRIJF NV**, afgekort **ABES**, met maatschappelijke zetel te 2030 ANTWERPEN, Zwarte Weg 6, Kaai 347, ingeschreven in de KBO onder nummer 0416.267.085;

bijgestaan en vertegenwoordigd door haar advocaten Mr. Christel Van den Eynden en Mr. Jan Vreys, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3, bij wie woonstkeuze wordt gedaan.

**6. HET KONINKLIJK VERBOND DER BEHEERDERS VAN GOEDERENSTROMEN**, afgekort als **KVBG**, gevestigd te 2000 ANTWERPEN, Jordaenskaai 25, ingeschreven in de KBO onder nummer 0408.751.466;

bijgestaan en vertegenwoordigd door haar advocaten, Mr. Jules Stuyck en Mr. Isabelle Buelens, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Keizerslaan 3, bij wie woonstkeuze wordt gedaan.

**7. DE ALGEMENE BEROEPSVERENIGING VAN HET ANTWERPSE STOUWERIJ- EN HAVENBEDRIJF**, afgekort als **ABAS**, beroepsvereniging met rechtspersoonlijkheid, met maatschappelijke zetel te 2000 ANTWERPEN, Brouwersvliet 33 bus 7, vertegenwoordigd door haar secretaris-generaal Lode De Maesschalck, ingeschreven in de KBO onder nummer 0850.322.091;

met als advocaten Mr. Luc Gyselen en Mr. Rapael Fleischer, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Markiesstraat 1 (Arnold & Porter LL.P) bij wie woonstkeuze wordt gedaan.



**8. V.Z.W. BEROEPSVERENIGING VAN BEHANDELAARS VAN GOEDEREN VAN BRUGGE/ZEEBRUGGE**, afgekort als **BBGZ**, met maatschappelijke zetel te 8390 ZEEBRUGGE, Evendijk Oost 244, ingeschreven in de KBO onder nummer 0433.691.750;

met als advocaten Mr. Alexander Hansebout en Mr. Carmen Verdonck, met kantoor te 1000 Brussel, Havenlaan 86C, bus 414.

**9. DP WORLD ANTWERP CONTAINER SERVICES N.V.** afgekort **DPWACS**, met maatschappelijke zetel te 2040 ANTWERPEN, Nieuwe Westweg, ingeschreven in de KBO onder nummer 0429.902.119, vertegenwoordigd door haar bestuurders Rob Harrison en Kris Adams,

met als advocate Mr. Annick Vroninks, advocate met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 489, bij wie woonstkeuze wordt gedaan.

**10. Nova & Hesse Noord Natie Stevedoring N.V.**, afgekort **NHS**, met maatschappelijke zetel te 2030 ANTWERPEN, Muisbroeklaan 34, ingeschreven in de KBO onder nummer 0442.438.774, vertegenwoordigd door haar bestuurders Jan Van Mosselvelde en Maarten Geerardyn,

met als advocaten, Mr. Johan Ysewyn en, Mr. Melissa Van Schoorisse en Mr. Dorothée Vermeiren, advocaten met kantoor te 1040 Brussel, Kunstlaan 44, bij wie woonstkeuze is gedaan.

**11. Centrale Betaalkassen der Gentse Centrale der Zee- en Binnenvaartwerkgevers Vzw**, hierna afgekort als **CEPG**, met maatschappelijke zetel te 9000 GENT, Dok-Noord 2, ingeschreven in de KBO onder nummer 0409.100.963;

met als advocaten Mr. Ben Hermans en Mr. Frederik Ringoot, met kantoor te 1150 Brussel, Tervurenlaan 270 en Meester Tom Messlaen met kantoor 9031 Drongen, Deinsesteenweg 114 (kantoor Monard-D'Hulst).

**12. Beroepsvereniging van het Gentse Stouwersbedrijf**, afgekort **BGS**, met maatschappelijke zetel te 9000 GENT, Dok-Noord 2, ingeschreven in de KBO onder nr. 0408.751.466;

met als advocaten Mr. Ben Hermans en Mr. Frederik Ringoot (kantoor Monard-D'Hulst), met kantoor te 1150 Brussel, Tervurenlaan 270, bij wie woonstkeuze wordt gedaan en Meester Tom



Messiaen met kantoor 9031 Drongen, Deinsesteenweg 114 (kantoor Monard-D'Hulst).

\* \* \* \* \*

Gelet op het verzoekschrift neergelegd op de griffie van het hof op 26 maart 2014;

Gelet op de verzoekschriften in vrijwillige tussenkomst neergelegd door de vrijwillig tussenkomende partijen;

Gelet op de tussenarresten van 30 april 2014 en 27 juni 2014;

Gelet op de conclusies en stukken neergelegd door partijen;

Gelet op de verzoekschriften tot heropening der debatten neergelegd door de BMa op 13 januari 2015, 27 maart 2015 en 22 juni 2015 en op de schriftelijke opmerkingen van PSA Antwerp en BNFV;

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

Gelet op het verzoekschrift tot heropening van de debatten op grond van artikel 772 Gerechtelijk Wetboek door de BMa neergelegd op de griffie van het hof op 13 januari 2015 en de opmerkingen geformuleerd door PSA ANTWERP en NHS neergelegd op de griffie van het hof op 14 januari 2015 en door BNFV neergelegd op de griffie van het hof op 21 januari 2015.

#### I. HET ONDERZOEK EN PROCEDUREVOORGAANDEN.

1. Het ambtshalve gevoerde onderzoek (geregistreerd onder referentie MEDE-I/O-06/0001) dat op 14 maart 2014 leidde tot een Mededeling van Grieven aan de eiseres en vrijwillig tussenkomende partijen werd opgestart door het toenmalige Korps van Verslaggevers op 9 januari 2006.

In dit kader werden huiszoeken uitgevoerd op 15 juni 2006 bij de ondernemingsverenigingen ABAS, KVBG, BBGZ en de Centrale der Werkgevers Zeebrugge en



bij de ondernemingen Seaport Shipping and Trading, Combined Terminal Operators/ PSA/NHS, Minne Port Services in het kader van een opdrachtbevel van het Korps van Verslaggevers daartoe gegeven op grond van artikel 23, §1, c van de Wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging (hierna "WBEM-1999") .

Het opdrachtbevel (stuk 1, PSA) omschrijft het voorwerp van het onderzoek als volgt:

*Volgens de informatie die het Korps Verslaggevers en de Dienst voor de Mededinging ontvangen hebben, zouden goederenbehandelaars in de haven van Zeebrugge jaarlijks kostenverhogingen en algemene voorwaarden afspreken voor de behandeling van goederen van hun klanten in de haven. Dit zou gebeuren in het kader van de vergaderingen van hun ondernemingsverenigingen. De stijging van de kosten voor de behandeling van goederen zou worden uitgedrukt in een percentage, dat echter niet gebaseerd is op de reële stijging van de kosten op de markt, maar een jaarlijks kostenpercentage uitmaakt van een andere ondernemingsvereniging. De overeengekomen kostenverhoging zou in de vorm van een prijsstijging in gelijke mate aan respectievelijke klanten worden doorverrekend.*

*De informatie waarover de mededingingsautoriteiten beschikken, geven aan dat deze praktijken in het bijzonder betrekking hebben op het verlenen van stuwadoorsdiensten allerhande ter behandeling van goederen en vracht die in de haven van Zeebrugge verscheept worden. Volgens deze informatie bestaan gelijkaardige praktijken in de havens van Gent en Antwerpen en worden de aangehaalde kostenverhogingen in meerdere sectoren gebruikt.*

2. Na de Inwerkingtreding van de nieuwe WBEM op 1 oktober 2006 (hierna "WBEM-2006") werd het onderzoek door het Auditoraat bij de toenmalige Raad van de Mededinging voortgezet waarbij conform artikel 94,§2 WBEM-2006, de reeds onder WBEM-1999 gestelde onderzoeksdaten geldig bleven.
3. Op 25 april 2012 werd onder vigoreur van artikel 45,§5 WBEM-2006 door de adjunct-auditeur een Gemotiveerd Verslag (hierna ook "Verslag 2012" genoemd) samen met het onderzoeks dossier overgemaakt aan de toenmalige Raad voor de Mededinging. De Raad besliste op 30 augustus 2012 om het verslag en het onderzoeks dossier terug over te maken aan het Auditoraat omdat het dossier niet samengesteld was overeenkomstig de WBEM.
4. In toepassing van artikel IV.42, §4 van Boek IV van het Wetboek Economisch Recht (hierna vermeld als "WER-IV") werd tenslotte op 14 maart 2014 door de auditeur een



Mededeling van Grieven gericht aan de betrokken ondernemingen en ondernemingsverenigingen.

5. Eiseres heeft op 26 maart 2014 een verzoekschrift ingediend op de griffie van het hof waarbij ze beroep instelt met toepassing van artikel 79, §1, 2<sup>de</sup> lid WER-IV, met als voorwerp de vernietiging van wat zij omschrijft als *"de beslissing van het Auditoraat om de documenten die zijn verkregen in het kader van de huiszoeking bij appellante op 15 juni 2006 aan te wenden in het onderzoek in de zaak geregistreerd bij de BMA onder het nummer COC-I/O-06/0001"* (hierna de "Bestreden Beslissing").

6. Bij tussenarrest van 30 april 2014 oordeelde het hof dat er goede gronden waren om de termijn om te antwoorden op de Mededeling van de Grieven die was toebedeeld aan de eiseres en de tussenkomende partijen voorlopig te schorsen en nodigde het hof de partijen uit hun standpunt nopens het beweerde gebruik van gegevens die in het kader van de litigieuze huiszoeking waren verkregen gedetailleerd te formuleren. In dit standpunt diende eiseres en de tussenkomende partijen hun bezwaren ten aanzien van het gebruik van de resultaten van de huiszoeking met betrekking tot de Mededeling van Grieven van 14 maart 2014 gemotiveerd aan te geven. De BMA diende in zijn standpunt hierop te antwoorden en gemotiveerd aan te geven waarom het onderzoek niet anders zou zijn verlopen en geen ander resultaat zou hebben opgeleverd indien de huiszoeking niet waren gehouden. In het tussenarrest is onder randnummer 33. aangegeven dat de mededingingsautoriteit omtrent een door de betrokken onderneming(en) geformuleerd bezwaar of een als problematisch aangewezen passus uit de Mededeling van de Grieven, aannemelijk moet maken dat hij niet beïnvloed is door het resultaat van de huiszoeking, indien ze niet bereid is af te zien van de passus uit de Mededeling.

7. Bij tussenarrest van 27 juni 2014 stelde het hof vast dat ingevolge de uitspraak van bovenvermeld arrest voor 30 juni 2014, het verval van de voorlopige schorsing van de termijn om te antwoorden, zoals aangegeven in het *dictum* van het tussenarrest van 30 april 2014, was voorkomen, zodat als voorlopige regeling van de toestand van de partijen met toepassing van artikel 19, tweede lid Gerechtelijk Wetboek, de schorsing blijft voortduren totdat bij een later



arrest wordt geoordeeld over de gegrondheid van de resterende bezwaren waarover de partijen van mening blijven verschillen, of over de wettigheid van de huiszoeken zelf. Tevens werden partijen uitgenodigd een buitengerechtelijk contradictietraject te volgen en werden bij ontstentenis daarvan aan partijen termijnen toegekend om een conclusie in te dienen met betrekking tot de wettelijkheid van de litigieuze huiszoeken.

Uit de correspondentie aangaande de tussen partijen gevoerde buitengerechtelijke tegenspraak blijkt dat partijen er niet in geslaagd zijn het contradictietraject ten uitvoer te leggen zoals door het hof voorgesteld en dat de BMA de door eiseres en tussenkomende partijen geformuleerde bezwaren met betrekking tot de door hen als problematisch geduide passages verwerpt (Stuk 1 BMA en stuk 17 eiseres).

Partijen hebben vervolgens geconcludeerd over de wettelijkheid van de huiszoeken.

## II. HET VERZOEK TOT HEROPENING VAN HET DEBAT.

8. Verweerster heeft op 31 januari 2015, 27 maart 2015 en op 22 juni 2015 telkens een verzoek ingediend tot heropening van het debat, wegens respectievelijk het arrest van 10 december 2014 dat door het Grondwettelijk Hof werd uitgesproken in de zaak met rolnummer 179/201, het arrest van het hof van 18 februari 2015, met rolnummers 2013/MR/19 t.e.m. 25 en het arrest van het Hof van Justitie van 18 juni 2015, in de zaak Deutsche Bahn t. Commissie, C-583/13 P. Met betrekking tot dit verzoek werden schriftelijke opmerkingen neergelegd door PSA en BNFV.

Het betreft hier evenwel geen nieuw feit of stuk van overwegend belang in de zin van artikel 772 Gerechtelijk Wetboek, maar een element van rechtspraak van het hof zelf of van een hoger rechtscollege waar het hof vermag rekening mee te houden ongeacht of partijen hiernaar verwijzen.





Overigens, de voormelde beslissingen van het Grondwettelijk Hof en van het Hof van Justitie van de Europese Unie bevatten geen wendingen in de rechtspraak van die rechtscolleges die een incidentie kan hebben op het voorliggende geschil.

Verder blijft wegens artikel 6 Gerechtelijk Wetboek een eerdere beslissing van het hof waarbij ook wordt geoordeeld over middelen die in onderhavig geschil worden geformuleerd zonder invloed op de beoordeling van onderhavig geschil.

Er is geen grond tot heropening van het debat.

## II. FEITEN EN VORDERINGEN.

9. Nadat ondernemingen uit de groep Cobelfret op 9 januari 2006 een eerste clementieverzoek hadden ingediend werd door het Korps van Verslaggevers bij de toenmalige Raad voor de Mededinging ambtshalve een onderzoek opgestart wegens mededingingsbeperkende afspraken tussen goederenhandelaars over prijsverhogingen en algemene voorwaarden met betrekking tot stuwadoorsdiensten voor de behandeling van vracht van klanten in de haven van Zeebrugge (en bij uitbreiding in Gent en Antwerpen) in de zin van artikel 2 WBEM-1999 en artikel 101 VWEU (voorheen artikel 85 EG-Verdrag). Onder de stukken die bij deze clementieverklaring werden gevoegd, bevonden zich onder meer een rondschriven van de ondernemingsverenigingen BBGZ en ABAS aan hun leden betreffende prijsverhogingen aan klanten en notulen van de algemene ledenvergadering van BBGZ.

Op 1 februari 2006 legde de clementieverzoeker een bijkomende ondernemingsverklaring af waarin hij het parallelisme tussen de kostenstijgingspercentages in de havens van Zeebrugge, Antwerpen en Gent bevestigt en toelichting geeft bij de communicatie tussen de ondernemersverenigingen BBGZ en ABAS omtrent het kostenstijgingspercentage.

Op 29 maart 2006 werd een verzoek om inlichtingen met bijkomende vragen overgemaakt aan de clementieverzoeker. Onder vraag 15 werd onder meer gevraagd naar de berekening



van de prijsverhoging (*Wordt louter het cijfer van ABAS overgenomen dat de Antwerpse Kamer van Koophandel citeert? Op basis waarvan berekent deze laatste de prijsverhoging?*) en onder vraag 25 wordt geïnformeerd naar praktische informatie over beroepsverenigingen, indien mogelijk ook van de havens van Gent en Antwerpen, waarbij vooral de betrokken ondernemingen en namen van de verantwoordelijke van belang zijn.

Binnen het bestek van het ambtshalve gevoerde onderzoek werden op 15 juni 2006 huiszoeken verricht in de lokalen van de ondernemingsverenigingen ABAS/KVBG, BBGZ/CEWEZ en een aantal van hun leden die actief zijn in de haven van Zeebrugge, waaronder eiseres, Seaport Shipping and Trading, CTO/PSA/NHS en Minneport Services (conclusie BMa, p. 18).

Navolgend werden verschillende verzoeken om inlichtingen verstuurd naar de ondernemingsverenigingen BBGZ, ABAS, KVBG en BGS (onder meer op 25 augustus 2006).

Tevens werden nog diverse verzoeken tot inlichtingen uitgestuurd naar de leden van de betrokken ondernemingsverenigingen tijdens de periode 2009 tot 2012.

Na die huiszoeken heeft een andere onderneming, met name A.P. Moller-Maersk op 23 juni 2006 ook een clementieverzoek ingediend.

Op 6 april 2012 heeft de adjunct-auditeur zijn gemotiveerd verslag ingediend bij de Raad voor de Mededinging en dit op 25 april 2012 overgemaakt aan de betrokken ondernemingen en de ondernemingsverenigingen, met toepassing van de WBEM-2006.

De vijftiende kamer van de Raad besliste op 25 juni 2012 een termijn toe te kennen aan de auditeur om het dossier te vervolledigen en oordeelde navolgend op 30 augustus 2012 dat de zaak niet in behandeling kon worden genomen aangezien het niet voldeed aan de voorschriften van de WBEM. Het verslag en het onderzoeksdossier werden terug overgemaakt aan het Auditoraat.



Bij brief van 14 maart 2014 heeft de Auditeur-generaal met toepassing van artikel 42, §4 WER-IV aan de eiseres en de tussenkomende partijen - die alle betrokken partij zijn in de zin van artikel 79, §3 WER- IV. - de akte betekend die de Mededeling van de Grieven inhoudt.

10. De vorderingen ten gronde van PSA luiden als volgt:

*"Dienvolgens de beslissing van het Auditoraat om de documenten die werden verkregen in het kader van de huiszoeking bij appellante op 15 juni 2006 aan te wenden in het onderzoek, onwettig te verklaren.*

*Dienvolgens geïntimeerde te bevelen om elk van de betrokken documenten zowel uit het onderzoeksdossier als uit het proceduredossier te verwijderen, evenals elk document dat een beschrijving geeft van of een verwijzing bevat naar één of meer van de betrokken documenten, alsook ieder ander document dat het Auditoraat heeft kunnen verkrijgen in het kader van het onderzoek omwille van het feit dat zij over één of meer van de betrokken documenten kon beschikken.*

*Dienvolgens alle verdere opsporings- of onderzoekshandelingen die het rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg zijn van de huiszoekingen, en de daarop gebaseerde Mededeling van grieven nietig te verklaren."*

11. Over de behandeling van die vorderingen vroeg eiseres verder om desgevallend de procedure te schorsen in afwachting van de behandeling door het Grondwettelijk Hof van de voorziening die is ingediend tegen het artikel 79 WER-IV. (waarover ondertussen uitspraak werd gedaan, zie hierna) of vooraf een prejudiciële vraag te stellen aan dit Hof, met volgende inhoud:

*"Schendt artikel 79 WER-IV de artikelen 29 GW, 17 EU Handvest, 16 GW, 15 GW, 8 EVRM, 7 en 8 EU Handvest, 147 BUPO, 22 GW en 6 EVRM in de mate dat het niet toelaat dat een partij bij wie op onrechtmatige wijze documenten in beslag zouden zijn genomen door de Belgische Mededingingsautoriteit geen beroep kan instellen tegen de aanwending van de in beslag genomen stukken door deze laatste terwijl deze stukken ontegensprekelijk het onderzoek door de Belgische Mededingingsautoriteit hebben beïnvloed, dit omwille van het feit dat deze bepaling alleen in een beroepsmogelijkheid voorziet "na de Mededeling van de Grieven bedoeld in artikel IV. §4 en artikel IV.59, eerste lid" en "voor zover deze gegevens daadwerkelijk zijn gebruikt voor het staven van de grieven"."*

Tenslotte vraagt eiseres om de BMa te veroordelen tot de kosten van het geding, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding door haar begroot op 1.320 EUR.



12. Bij conclusie van 30 september 2014 (p. 69) heeft eiseres haar vordering aangepast in de zin dat wat betreft haar verzoek tot vernietiging van de beslissing van het Auditoraat om huiszoekingsdocumenten in het onderzoek aan te wenden zij niet alleen verwijst naar documenten die bij haarzelf werden gevonden maar ook naar documenten van 'sommige van de tussenkomende partijen'. Tevens vraagt ze om de huiszoekingen gedaan bij eiseres en sommige tussenkomende partijen onwettig te verklaren en om de BMa te bevelen alle eventuele originelen van de betrokken documenten terug te geven en alle genomen kopieën daarvan te vernietigen.

13. De vrijwillig tussenkomende partijen vragen in conclusie het volgende.

NHS heeft samen met eiseres geconcludeerd en vordert hetzelfde als PSA.

BNFW, EUROPORTS TERMINALS LEFTBANK en EUROPORTS BELGIUM, SEAPORT TERMINALS en ABES verzoeken om:

- de vorderingen van eiseres ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- ook ten aanzien van haar als tussenkomende partij te stipuleren dat de inhoud van het onderzoeks dossier gezuiverd dient te worden van alle gegevens die rechtstreeks of onrechtstreeks zijn verkregen als resultaat van de geïncrimineerde huiszoekingen en dat de daarmee aangetoonde grieven uit de mededeling van Grieven verwijderd dienen te worden;
- BMa te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding van 1.320 EUR.

KVBG vraagt akte te nemen van het feit dat KVBG zich achter de middelen schaaft die door eiseres werden ontwikkeld om haar beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en de tussen te komen beslissing en gevolgen ervan tot haar uit te breiden en de BMa te veroordelen in de kosten inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding.

ABAS sluit zich eveneens aan bij de vorderingen van eiseres betreffende de onrechtmatigheid van de huiszoekingen en vraagt om deze ontvankelijk en gegrond te



verklaren en het arrest van het hof alsook de gevolgen ervan integraal uit te breiden ten voordele van haar en de BMa te veroordelen tot de kosten van het geding inbegrepen een rechtsplegingsvergoeding van 1.320 EUR.

BBGZ en DPWACS vragen eveneens om de vorderingen van eiseres ontvankelijk en gegrond te verklaren en de tussen te komen beslissingen en gevolgen ervan tot haar uit te breiden en de BMa te veroordelen in de kosten inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding van 1.320 EUR.

BGS sluit zich aan bij de vorderingen van eiseres betreffende de onrechtmatigheid van de huiszoeken en vraagt om deze ontvankelijk en gegrond te verklaren en het arrest van het hof alsook de gevolgen ervan integraal uit te breiden ten voordele van BGS en de BMa te veroordelen tot de kosten van het geding inbegrepen een rechtsplegingsvergoeding van 1.320 EUR.

14. De BMa vraagt om het beroep af te wijzen als onontvankelijk of minstens ongegrond en eiseres te veroordelen tot alle kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

### III. ONTVANKELIJKHEID.

15. Het verzoek van eiseres werd tijdig en regelmatig naar vorm ingediend op de griffie van het hof.

16. In hoofdorde betwist de BMa de ontvankelijkheid van het beroep wegens gebrek aan belang in hoofde van eiseres.

De Mededeling van Grieven zou niet steunen op enig huiszoekingsdocument en zou bijgevolg volledig overeind blijven zelfs indien het hof oordeelt dat de in het kader van de huiszoeking gekopieerde documenten onrechtmatig zouden zijn verkregen. Eiseres zou dit overigens zelf hebben erkend in haar conclusie.



In dit verband verwoordt de BMA kritiek op de volgens haar te ruime interpretatie die door het hof in het tussenarrest van 30 april 2014 (randnr. 25) werd gegeven aan het artikel 79, §1, tweede lid WER-IV waar het hof stelt dat er sprake is van 'daadwerkelijk gebruik voor het staven van grieven' *"zo gauw een beweerd onrechtmatig verkregen gegeven mee aan de basis ligt van een grief of van een onderzoeksdaad waardoor een grief kon worden gestaafd, is er gebruik van het betrokken gegeven voorhanden"*.

Eiseres meent dat de loutere weglating uit de Mededeling van Grieven van expliciete referenties naar de documenten verkregen tijdens de litigieuze huiszoeking niet kan volstaan om het daadwerkelijk gebruik ervan in de zin van artikel 79, §1, tweede lid WER-IV te verhinderen en vraagt om indien het hof hieraan zou twijfelen een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

17. Artikel 79, §1, tweede lid WER-IV, in fine beoogt onderzoeksvertragende geschillen te vermijden betreffende gegevens die desgevallend onrechtmatig tijdens een huiszoeking werden verkregen maar die niet door de auditeur worden gebruikt voor het staven van zijn standpunt in het kader van de Mededeling van Grieven. De uitdrukking 'daadwerkelijk' in verband met dit gebruik voor het staven van de grieven kan niet louter formeel worden opgevat in de zin van 'expliciet'. Het is niet omdat niet (langer) uitdrukkelijk naar een bepaald bewijsgegeven wordt gerefereerd dat dit gegeven op geen enkele wijze heeft kunnen bijdragen aan de inhoud van de meegedeelde Grieven, rechtstreeks of onrechtstreeks.

In het kader van de ontvankelijkheidsvereiste volstaat het dat wordt aangevoerd dat de vordering steunt op artikel 79 §1 WER-IV en dat de feiten die in dit verband worden aangevoerd prima facie aannemelijk maken dat er daadwerkelijk gebruik van het betrokken gegeven voorhanden is, dit wil zeggen of een beweerd onrechtmatig verkregen gegeven mee aan de basis ligt van een Grief of van een onderzoeksdaad waardoor een Grief kon worden gestaafd.



In haar arrest van 10 december 2014 (nr. 179/2014) heeft het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk aangegeven dat het hof van beroep er over moet waken *dat geen enkel gegeven dat onwettig is verkregen, noch rechtsreeks, noch onrechtstreeks, kan worden gebruikt ter ondersteuning van grieven* (punt B.8.2).

Bijgevolg dient ook het middellijk aanwenden van documenten of gegevens verkregen in het kader van een litigieuze huiszoeking - bijvoorbeeld middels vragen om inlichtingen waarop de betrokken ondernemingen verplicht zijn te antwoorden en die uit de huiszoeking voortvloeien - in aanmerking te worden genomen bij de beoordeling van de ontvankelijkheidsvereiste.

18. De bewering van eiseres dat documenten die werden verkregen tijdens de litigieuze huiszoeking van 15 juni 2006 in het onderzoek werden aangewend om op basis hiervan verzoeken om inlichtingen te formuleren waarvan de antwoorden een neerslag hebben gevonden in de geformuleerde Grieven (zie onder meer de vragen onder titel C. 'Vragen met betrekking tot de documenten van de verificatie dd. 15 juni 2006' in stukken 13 en 14 van PSA) vindt steun in de aangevoerde feiten. Het betreft hier mogelijk een daadwerkelijk gebruik zoals vereist door artikel 79, §1, tweede lid WER-IV *in fine*. De vraag in welke mate er effectief gebruik is gemaakt van deze documenten is een vraag die behoort tot de grond van de zaak.

Overigens, zoals het hof eerder oordeelde, toont een *prima facie* inhoudelijke vergelijking van de Mededeling van Grieven (Stuk 17, PSA/NHS) met het Verslag 2012 (stuk 16, PSA/NHS) aan dat ingevolge de weglating van verwijzingen naar de betwiste bewijsstukken en van enkele passages, de formulering van de Grieven en de structuur van het betrokken document niet substantieel werden gewijzigd (cfr. randnr. 27 en 28 arrest van 30 april 2014).

Het beroep is ontvankelijk.



19. De verzoeken tot vrijwillige tussenkomst werden reeds in bovenvermelde tussenarresten ontvankelijk verklaard in het kader van het verzoek om voorlopige maatregelen.

De vorderingen in vrijwillige tussenkomst zijn ook ten gronde ontvankelijk voor zover zij de grieven geformuleerd door eiseres ondersteunen. BNFW en EUROPORTS formuleren nog een bijkomend middel met betrekking tot een beweerde vooringenomenheid van de BMA die zou blijken uit haar conclusies. Vrijwillig tussenkomende partijen kunnen enkel de middelen van eiseres ondersteunen zodat hun tussenkomst op dit punt niet ontvankelijk is.

#### IV. TEN GRONDE: OVER DE RECHTMATIGHEID VAN DE HUISZOEKING EN DE VERDERE ONDERZOEKSHANDELINGEN.

20. Eiseres ontwikkelt een eerste middel dat volgens haar leidt tot de volledige onwettigheid van (i) de litigieuze huiszoekingen bij eiseres en sommige vrijwillig tussenkomende partijen; (ii) de daarop gesteunde onderzoekshandelingen en (iii) de bestreden beslissing van het Auditoraat *“om de documenten die zijn verkregen in het kader van de huiszoeking bij appellante en bij sommige tussenkomende partijen op 15 juni 2006 aan te wenden in het onderzoek in de zaak geregistreerd bij de BMA onder het nummer COC-I/O-06/0001”* wegens het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging en een *a posteriori* rechterlijke controle. Zij voert met name de schending aan van artikel 15 Grondwet en van artikel 8 en 6 EVRM.

21. Terloops stelt zij nog dat artikel 79,§1, tweede lid WER-IV strijdig zou zijn met de Grondwet en vraagt ze het hof om dienaangaande te wachten op een uitspraak van het Grondwettelijk Hof over het hangende verzoek tot vernietiging van voormeld artikel of een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

22. Haar tweede middel is gesteund op de schending van artikel 23,§1,c WEM-1999 door de litigieuze huiszoeking. Haar grief luidt met name dat de scope ervan te ruim was en niet gesteund op ernstige aanwijzingen waarover het toenmalig Korps van Verslaggevers





beschikte in het bijzonder wat betreft de deelname aan prijsafspraken door verenigingen en ondernemingen in de havens van Gent en Antwerpen.

#### A. Eerste middel.

23. Eiseres - hierin ondersteund door de vrijwillig tussenkomende partijen - betoogt dat op grond van artikel 8 EVRM en de rechtspraak van het EHRM (Arrest van 16 april 2002, nr. 37971/97, *Colas Est e.a. t. Frankrijk*) een huiszoeking uitgevoerd in ondernemingslokalen niet strikt evenredig is met het door de mededingingsregels nagestreefde legitieme belang wanneer dit gebeurt zonder:

- voorafgaande machtiging door een onpartijdig en onafhankelijk magistraat; of
- voldoende andere waarborgen (met name een onmiddellijke beroepsmogelijkheid m.b.t. het huiszoekingsbevel).

Eiseres verwijst ook naar het Arrest Deutsche Bahn waarin het Gerecht van de EU bevestigt dat het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging voor huiszoekingen door de Europese Commissie conform de rechtspraak van het EHRM kan worden gecompenseerd door voldoende andere waarborgen en met name de mogelijkheid van een beroep achteraf tegen een inspectiebesluit *waarbij alle elementen, zowel feitelijk als rechtens, worden onderzocht* (Gerecht 6 september 2013, gevoegde zaken T-289/11, T-290/11 en T-251/11, *Deutsche Bahn AG e.a. t. Europese Commissie* - in hogere voorziening door het HJEU op dit punt bevestigd bij arrest van 18 juni 2015 in de zaak met nr. C-583/13 P, zie in het bijzonder randnr. 32 ).

In het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de onschendbaarheid van de woning - die in beginsel een huiszoeking onderwerpt aan een voorafgaande rechterlijke machtiging - meent eiseres dat het achterwege laten van een voorafgaande machtiging door een onafhankelijk en onpartijdig magistraat niet strikt noodzakelijk (proportioneel) is om de doelstelling van de mededingingswetgeving te



bereiken en dat het ontbreken ervan *in casu* niet gecompenseerd wordt door andere toereikende waarborgen.

24. De BMa daarentegen is van oordeel dat volgens de rechtspraak van het EHRM de:

- huiszoeken in bedrijfslokalen anders dienen te worden beoordeeld dan in het geval van privéwoningen;
- de litigieuze huiszoeken werden verricht conform artikel 8 EVRM aangezien op grond van artikel 8 lid 2 een voorafgaande machtiging door een rechter niet strikt vereist is en er *in casu* voldoende procedurele waarborgen voorhanden waren om een uitzondering te maken op de vereiste van een voorafgaande rechterlijke machtiging.

Eiseres betwist dit laatste en meent dat het gebrek aan procedurele waarborgen met name blijkt uit het feit dat:

- het opdrachtbevel door het Korps van Verslaggevers op gebrekkige en manifest onvoldoende wijze werd gecontroleerd in het licht van artikel 8 EVRM;
- het opdrachtbevel niet verwijst naar enig document uit het onderzoeksdossier op basis waarvan een onderzoek zou zijn gevoerd door het Korps van Verslaggevers;
- het opdrachtbevel voorwerp en doel van de huiszoeking enkel summier omschrijft;
- er ten tijde van de huiszoeking noch nadien onmiddellijk of binnen redelijke termijn een beroep open stond tegen de huiszoeken.

De BMa wijst in dit verband op de beroepsmogelijkheid die door het Grondwettelijk Hof werd aangegeven in haar arrest van 22 december 2011 en naar de in 2013 ingevoerde wettelijke bekrachtiging van die mogelijkheid in artikel IV.79, §1, tweede lid WER-IV die in huidige procedure door eiseres wordt aangewend.

Eiseres voert hier tegen aan dat de BMa het bestaan van een beroepsmogelijkheid onder de WEM-2006 zelf aanvecht voor het Hof van Cassatie (zaak C.27.785) en de recent ingevoerde beroepsmogelijkheid in elk geval geen beroep binnen een redelijke termijn toeliet.



Het hof oordeelt hierover als volgt.

25. Wat de grondwettelijkheid van artikel 79, §1, tweede lid WER-IV (dat geen onmiddellijke rechterlijke toetsing van een onwettige huiszoeking vereist) betreft werd ondertussen uitspraak gedaan door het Grondwettelijk Hof bij arrest van 10 december 2014 met rolnummer 179/201. Op voormeld argument over de grondwettelijkheid van artikel 79, §1, tweede lid WER-IV die partijen hierover aanvoeren dient dan ook niet verder te worden ingegaan.

Het stellen van een prejudiciële vraag is niet meer aan de orde gelet op de voormelde uitspraak en op de wijze waarop het hof die bepaling hierna toepast.

26. Wat de strijdigheid van de litigieuze huiszoeken betreft met artikel 15 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM, dat het recht op privacy waarborgt, wegens het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging overweegt het hof het volgende.

Het staat vast dat het Korps van Verslaggevers dat als onderzoeksorgaan autonoom en zonder externe controle het opdrachtbevel tot de litigieuze huiszoeking gaf, niet kan gelijkgesteld worden met een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Er is dus geen sprake van een voorafgaande machtiging van de huiszoeking bij eiseres door een onpartijdig en onafhankelijk magistraat, zoals PSA/NHS terecht aanvoert. De BMa betwist dit ook niet.

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.

27. 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 inzake de gewaarborgde grondrechten en vormt het optreden van een onafhankelijke en onpartijdige rechter een belangrijke waarborg 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 EVRM. Dit impliceert volgens het Grondwettelijk Hof dat een inbreuk op dit grondrecht middels een huiszoeking – waaronder ook bedrijfslokalen worden begrepen – in beginsel enkel kan plaatsvinden mits een voorafgaande rechterlijke machtiging.

Artikel 23 WBEM-1999 op basis waarvan de huiszoeken werden bevolen maakt dus uitzondering op het materieel grondwettelijk beginsel volgens hetwelk een huiszoeking een opdracht van een onafhankelijk en onpartijdig magistratuur vergt.

In dit verband moet verder gewezen worden op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat stelt dat het ontnemen van de waarborg van een voorafgaand rechterlijk optreden moet verantwoord zijn om redenen eigen aan de misdrijven waarop ze betrekking hebben, moet worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de wettelijke doelstelling te bereiken én tegelijk moet worden gecompenseerd door andere toereikende waarborgen teneinde misbruiken te voorkomen [Grondwettelijk Hof, 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)].

28. De BMA betoogt dat de huiszoeken als onderzoeksmaatregel in het kader van het doeltreffend opsporen van restrictieve mededingingspraktijken van cruciaal belang zijn en dat de door de Belgische wetgever aan de mededingingsautoriteit toegekende bevoegdheden naar het voorbeeld van de Europese Commissie ruim werden omschreven teneinde de mededinging op de Belgische markt daadwerkelijk te kunnen garanderen.

Deze fundamentele overweging verklaart evenwel nog niet waarom het kunnen uitvoeren van huiszoeken zonder voorafgaande rechterlijke machtiging verantwoord zou zijn door de eigen aard van een mededingingsrechtelijke inbreuk en strikt noodzakelijk zou zijn (geweest) voor de handhaving van de mededingingsregels als dusdanig. De wetsgeschiedenis van de WBEM-1999 verschaft hiertoe geen argument.

29. De Belgische wetgever is zich in het kader van de opeenvolgende aanpassingen van de mededingingswetgeving geleidelijk aan duidelijker bewust geworden van de vereiste van een dergelijke voorafgaande machtiging. Eerst door in de WBEM-2006 (artikel 44, §3) een



machtiging door de Voorzitter van de Raad in te voeren voor huiszoeken in lokalen van onderneming en vervolgens in 2013 (artikel 41, §3 WER-IV) door in alle gevallen de machtiging door een onderzoeksrechter te verelen.

Nu sinds de invoering van artikel 23 WBEM-1999 noch de economisch context, noch de materiële regels van het mededingingsrecht, noch de doelstellingen ervan fundamenteel zijn gewijzigd kan bezwaarlijk worden aangenomen dat de wetgever in 1999 er was vanuit gegaan dat huiszoeken zonder voorafgaande machtiging strikt noodzakelijk waren voor de handhaving van het mededingingsrecht.

De BMa brengt ook geen argument aan waarom het bekomen van een voorafgaande rechterlijke machtiging de doeltreffendheid van het onderzoek *in casu* in gevaar zou hebben gebracht.

30. De BMa argumenteert verder uitvoerig dat een voorafgaande rechterlijke machtiging niet zou zijn vereist door artikel 8 EVRM indien er voldoende andere waarborgen voorhanden zijn conform artikel 6 EVRM. Zij betoogt dat het niet is omdat de Belgische wetgever recent heeft willen voorzien in een hoger niveau van rechtsbescherming dat een minder vergaande bescherming strijdig was met artikel 8 EVRM.

Het argument is niet pertinent.

Het doet 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 andere waarborgen zoals een daadwerkelijke rechterlijke toetsing van de regelmatigheid van de huiszoeking binnen een redelijke termijn.

De nationale gewaarborgde rechten en vrijheden zoals geïnterpreteerd door het Grondwettelijk hof kunnen zoals *in casu* op dit punt de lat hoger leggen dan hetgeen het EVRM vergt en een voorafgaande machtiging door een rechter vereisen.

31. Ten overvloede overweegt het hof nog het volgende.



Zelfs indien men al zou aannemen dat de afwezigheid een voorafgaande rechterlijke machtiging kan worden gecompenseerd door een latere verhaalsmogelijkheid, moet worden vastgesteld dat een dergelijke rechtsingang in casu niet voorhanden was en ook niet meer is. Noch op het ogenblik van de huiszoeken, noch op een ander nuttig tijdstip voorafgaand aan de inwerkingtreding van het nieuw artikel 79 WER-IV was een beroepsmogelijkheid bij wet georganiseerd.

Onder de WBEM-1999, die van kracht was toen de huiszoeken werden uitgevoerd, bestond geen enkele rechtsgang tegen huiszoeken waartoe door het Korps van Verslaggevers werd beslist. Artikel 43 liet enkel een verhaal toe 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.

Voor wat de WBEM-2006 betreft, die in werking is getreden op 1 januari 2007, heeft het Hof van Cassatie bij het prejudicieel arrest van 21 oktober 2011 (H.11.001.F) 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 in rechte konden worden bestreden.

Tenslotte wat betreft het argument van de BMA dat na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 22 december 2011 het in elk geval duidelijk was dat wel een rechtsgang achteraf openstond tegen de betwiste huiszoeken, dient te worden overwogen dat het Grondwettelijk Hof de mogelijkheid tot grondwetsconforme interpretatie van artikel 75 WBEM-2006 afgeleid heeft uit het bestaan van het bevelschrift dat voorafgaand aan de huiszoeking diende te worden verleend door de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging, een administratief rechtscollege, terwijl in de voorliggende zaak 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 rechterlijk bevelschrift niet mogelijk was.



Op dat punt kan niet worden aangenomen dat de betrokken partijen niettegenstaande er door de wetgever geen bevoegde rechter werd aangewezen, op goed geluk toch maar een rechtsgang moesten 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.

Overigens is het nog zeer de vraag of een dergelijke "niet-georganiseerde" rechtsingang na de uitspraak van het Grondwettelijk hof op 22 december 2011 in huidige zaak als tijdig kan worden beschouwd. Ondertussen werden op basis van de huiszoekingsdocumenten immers tal van vragen om inlichtingen aan de betrokken ondernemingen en verenigingen gesteld, met de verplichting om er op te antwoorden.

Eiseres beschikte voorafgaand aan de invoering van het nieuw artikel 79 WER-IV bijgevolg niet over een rechtsingang die voldeed aan de vereiste van een in het licht van de omstandigheden van de zaak daadwerkelijke jurisdictionele controle (Arrest EHRM van 7 juni 2007 in de zaak *Smirnov t. Rusland*, nr. 71362/01, randnr 45 in fine).

De BMa voert tenslotte nog aan dat onderhavige procedure gevoerd op basis van artikel 79,§1, tweede lid WER-IV juist de vereiste jurisdictionele toetsingsmogelijkheid verschaft zodat er geen sprake kan zijn van de schending van grondwettelijke waarborgen van eiseres .

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.

In zijn arrest van 10 december 2014 (zaak 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 huiszoekingen 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 t. Frankrijk, § 28; 21 december 2010, Société Canal Plus en anderen t. Frankrijk, §§ 36 en 40; 2 oktober 2014, Delta Pekárny A.S. t. Tsjechische Republiek, §§ 83, 86 en 87)."*

Deze overweging sluit aan bij wat het Grondwettelijk Hof eerder besliste bij 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.

Welnu, een effectieve verhaalsmogelijkheid binnen een redelijke termijn die de mogelijkheid tot een passend herstel biedt aan de gegriefde partij ten aanzien van elk nadelig gevolg impliceert dat die partij via deze verhaalsmogelijkheid kan verhinderen om op enig ogenblik verweer te moeten voeren of medewerking te verlenen omtrent een gegeven dat uit een onregelmatige huiszoeking voortkomt.

Het staat vast dat eiseres en de vrijwillig tussenkomende partijen hun medewerking hebben moeten verlenen aan het onderzoek door het beantwoorden van vragen om inlichtingen hoewel die minstens voor een deel uitdrukkelijk gebaseerd waren op de litigieuze huiszoekingsdocumenten (zie hierna nr. 77). Bijgevolg kan ook niet gesteld worden dat eiseres door huidige procedure nog tijdig het vereiste verhaal heeft kunnen instellen om alle nadelige gevolgen teniet te doen.

32. Besluit: het opdrachtbevel tot de betwiste huiszoekingen verleend door het Korps van Verslaggevers zonder voorafgaande rechterlijke machtiging of tijdige





toetsingsmogelijkheid achteraf voldeed niet aan de voorwaarden die door het Grondwettelijk Hof bestaanbaar worden geacht met de inbreuk op de onschendbaarheid van de woning.

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

Het eerste middel is gegrond.

#### **B. Tweede middel.**

33. Het tweede middel dat betrekking heeft op de afwezigheid van ernstige aanwijzingen voor de uitbreiding van het onderzoek in het kader van de litigieuze huiszoeking naar de ondernemingsverenigingen en hun leden in de havens van Gent en Antwerpen kan geen aanleiding geven tot andere rechtsgevolgen dan deze die voortvloeien uit het eerste middel.

Overigens is het hof van oordeel dat die ernstige aanwijzingen kennelijk aanwezig waren (zie hierna nr. 68).

Het tweede middel wordt bijgevolg niet verder behandeld.

#### V. TEN GRONDE: OVER DE VEREISTE TOETS EN HET RECHTSHERSTEL.

34. Elseres is van oordeel dat de uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal *in casu* de enige denkbare vorm van gepast herstel uitmaakt die elk nadelig gevolg ingevolge de schending van de fundamentele grondrechten van de betrokkenen door de litigieuze huiszoekingen teniet doet. Volgens haar zou heel het onderzoek van meer dan 7 jaar aangetast zijn door dit onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal waarvan zowel het onderzoeksteam als de voormalige Raad van de Mededinging reeds kennis hebben genomen.



35. Eiseres verwijst nog naar de Antigoon-rechtspraak die volgens haar analogisch toepasselijk is in mededingingsprocedures om aan te voeren dat door het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal en met name de notulen van het Comité Stouwerij in het onderzoek haar recht op een eerlijk proces en haar rechten op verdediging onherstelbaar werden aangetast.

De BMa wijst er van haar kant op dat de onregelmatigheid van de huiszoeking niet betekent dat het verkregen bewijs *per sé* ontoelaatbaar is en dat behoudens specifiek wettelijk voorschrift de rechter bepaalt welke de gevolgen zijn van deze onregelmatigheid.

Overigens meent de BMa dat door de onwettige huiszoeking (i) er aan geen op straffe van nietigheid voorgeschreven norm afbreuk werd gedaan zodat het verkregen bewijsmateriaal niet is aangetast door nietigheid; (ii) gelet op de huidige procedure het recht op een eerlijk proces in hoofde van eiseres niet onherstelbaar is aangetast indien men *in casu* rekening houdt met de beoordelingselementen die het Hof van Cassatie aangeeft en (iii) de betrouwbaarheid van het verkregen bewijsmateriaal ook niet wordt aangetast door de beweerde onregelmatigheid.

In antwoord op de argumentatie van de BMa dat de gegevens die voortspruiten uit de huiszoeken de Antigoon-toest doorstaan stelt eiseres dat:

- de met de opsporing belaste ambtenaren een bewuste fout begingen door zonder voorafgaande rechterlijke machtiging de huiszoeking te bevelen;
- rekening houdend met de ernst van de schending van haar grondrechten en met de boetes die haar kunnen worden opgelegd, niet kan gesteld worden dat de ernst van de vervolgde 'misdrijven' de begane onrechtmatigheid veruit overstijgen;
- de begane onregelmatigheid niet van formele aard is, maar de kern raakt van de grondrechten van de partijen die aan huiszoeken onderworpen werden.

Overigens wijst zij er ook op dat de begane onregelmatigheid wel degelijk een schending van substantiële vormvereisten betreft (voorafgaande rechterlijke machtiging) die raakt aan de



organisatie van hoven en rechtbanken en dat haar recht op een eerlijk proces geschonden is door de jarenlange onmogelijkheid om zich te verzetten tegen het gebruik van het litigieuze bewijsmateriaal.

36. Eiseres beroept zich tenslotte op de doctrine van de “vruchten van de vergiftigde boom” om te stellen dat *in casu* het aanwenden van het onrechtmatig verkregen bewijs in het onderzoek er noodzakelijk toe leidt dat ook het bijkomend bewijsmateriaal verkregen in de loop van het verdere onderzoek gebaseerd is op het tijdens de onrechtmatige huiszoeking verkregen bewijsmateriaal, evenals de daaruit resulterende grieven, moeten geweerd worden.

Volgens eiseres betroffen de verdere onderzoekshandelingen voornamelijk verzoeken om inlichtingen gericht aan de betrokken ondernemingsverenigingen die rechtsreeks verband hielden dan wel ingegeven waren door tijdens de onregelmatige huiszoeking ontdekte documenten waaronder de notulen van het Uitgebreid Comité Stouwerij van ABAS.

Het verdere bewijsmateriaal dat de onderzoekers op basis van deze verdere onderzoekshandelingen verkregen, is volgens eiseres eveneens aangetast vermits die onderzoekshandelingen rechtstreeks voortvloeien uit de onregelmatige huiszoekingen.

Het besluit moet volgens eiseres zijn dat de Grieven minstens onrechtstreeks werden beïnvloed door de onregelmatige huiszoekingen en dat de Mededeling van Grieven voor zover ze gestaafd worden door gegevens verkregen op basis van onderzoekshandelingen die het gevolg zijn de onregelmatige huiszoeking nietig moeten worden verklaard.

De verdere onderzoekshandelingen die het rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg zouden zijn van de onrechtmatige huiszoeking zijn vermeld in de conclusies van eiseres van 12 mei 2014 (Stuk 17), de randnummers 24 tot 51 van het door tussenkomende partij BNFW ingediende document ‘bezwaren’ van 12 mei 2014, de randnummers 11 tot 26 uit de conclusie van BBGZ van 12 mei 2014 en de bijlage gevoegd bij de conclusie van ABAS van 12 mei 2014 (zie hierna bespreking onder nr. 53 tot 61).



37. De BMa wijst er op alle verwijzingen naar huiszoekingsdocumenten uit de Mededeling van Grieven te hebben verwijderd. In haar conclusie van 7 april 2014 verbond het Auditoraat van de BMa zich er overigens nog toe geen enkel document waarvan kopie is genomen tijdens de betwiste huiszoekingen te gebruiken in het ontwerp van beslissing en ook geen enkel van deze documenten op te nemen in het proceduredossier. Hetzelfde gold voor het clementieverzoek en overhandigde documenten van A.P. MOLLER-MAERSK.

Het hof overweegt vooreerst het volgende.

38. Eiseres en tussenkomende partijen kunnen niet gevolgd worden waar zij stellen dat het vaststaat dat het onderzoek in zijn geheel dermate beïnvloed is door de onrechtmatige huiszoeking dat het onderzoek evenals de Bestreden Beslissing met de Mededeling van Grieven zonder meer volledig zou moeten nietig verklaard worden. Zoals hierna (nr. 68 e.v.) zal blijken is het niet uitgesloten dat bepaalde Grieven tegenover bepaalde partijen overeind kunnen blijven.

39. Het hof dient bijgevolg na te gaan op basis van de bezwaren geformuleerd door partijen welke onderdelen van het onderzoek en van de Mededeling van Grieven aangetast zijn door de onwettige huiszoeking en niet kunnen voorgelegd worden aan het Mededingingscollege.

40. De door het hof uit te voeren toetsing in het kader van huidige beroepsprocedure op grond van artikel 79, §1, tweede lid WER-IV betreft de administratieve beslissing van de auditeur tot aanwending in het onderzoek van de in het kader van een onrechtmatige huiszoeking verkregen gegevens en niet de beoordeling van de nietigheid van bewijsmateriaal in het kader van een strafrechtelijke of burgerlijke gerechtelijke procedure.

41. Gelet enerzijds op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dat vereist dat een effectief herstel van een inbreuk op de grondwettelijk gegarandeerde onschendbaarheid van de woning moet toelaten een onregelmatige huiszoeking te verhinderen dan wel alle nadelige gevolgen ervan teniet te doen en anderzijds op de door de wetgever ingestelde en door het Grondwettelijk Hof als conform de Grondwet beoordeelde vereiste dat de



procedure van artikel 79, §1, tweede lid, WER-IV enkel betrekking kan hebben op gegevens die daadwerkelijk gebruikt zijn voor het staven van Grieven dient de door het hof uitgevoerde *a posteriori* toetsing er toe te leiden dat het onderzoeksdossier en het proceduredossier gezulverd worden van elk gegeven aangewend bij het staven van Grieven dat rechtstreeks of onrechtstreeks voortvloeit uit een onregelmatige of onwettige huiszoeking en dat deze gegevens tevens uit de Mededeling van Grieven verwijderd worden zodat het Mededingingscollege hiervan op geen enkele manier kennis van kan nemen.

42. Het is aan eiseres om aan te tonen welke gegevens aangewend in de Mededeling van Grieven rechtstreeks of onrechtstreeks voortvloeden uit de onwettige of onregelmatige huiszoeking.

Het betreft naast gegevens die het onmiddellijke resultaat zijn van de litigieuze huiszoeking bijgevolg ook gegevens die worden verkregen middels latere onderzoekshandelingen die voortvloeien uit het resultaat van de litigieuze huiszoeking en waarvan niet vaststaat dat zij ook zonder de litigieuze huiszoeking zouden zijn verkregen.

43. Voor zover in het onderzoek aangewende gegevens rechtstreeks voortvloeien uit het resultaat van een onrechtmatige huiszoeking, dringt een zuivering van het onderzoek zich onvermijdelijk op. In dit geval staat een oorzakelijk verband immers vast.

44. Voor zover die gegevens niet rechtstreeks voortvloeien uit het resultaat van een onrechtmatige huiszoeking, dient het hof met een gepaste toets na te gaan of een dergelijk oorzakelijk verband niet werd doorbroken, met andere woorden of voor de toegang tot deze gegevens de onrechtmatige huiszoeking onmisbaar was.

Voor de vereiste van een 'daadwerkelijk gebruik' voor het 'staven van Grieven' volstaat immers niet dat deze gegevens onrechtstreeks zouden voortvloeien uit een onrechtmatige huiszoeking. Het staven van Grieven impliceert immers dat deze gegevens niet alleen pertinent zijn voor de formulering van een Grief maar ook dat de auditeur zonder de litigieuze huiszoeking tot deze gegevens geen toegang zou gehad hebben. Met andere woorden dat dezelfde gegevens niet konden resulteren uit een ander in het WER-IV



bepaalde onderzoeksmethode of bewijsmiddel, zoals hierna onder randnummer 50. aangegeven.

In het kader van deze toets reikt de door partijen geciteerde Antigoon-rechtspraak geen gepaste criteria aan om uit te maken of bepaalde onderzoeksgegevens al dan niet in de Mededeling van Grieven mogen worden opgenomen. De relevante toets is of gegevens die niet rechtstreeks werden verkregen in het kader van een onwettige of onregelmatige huiszoeking en waartegen betrokken partijen zich in rechte moeten verweren of op basis waarvan zij hun medewerking hebben moeten verlenen (bvb. in het kader van de verplichting om te antwoorden op een vraag om inlichtingen die uit de huiszoeking voortvloeit) niet zouden zijn verkregen indien de litigieuze huiszoeking niet zou hebben plaatsgevonden. Wat dit laatste betreft ligt de bewijslast bij de BMA die moet aannemelijk maken dat de Mededeling van Grieven op de betwiste punten niet is beïnvloed door het resultaat van de litigieuze huiszoeking. Zij kan dit door gemotiveerd aan te geven waarom volgens haar het onderzoek niet anders zou zijn verlopen en geen ander resultaat zou hebben opgeleverd indien de onwettige huiszoekingen niet hadden plaatsgevonden.

De toepassing van de Antigoon-toets is overigens ook moeilijk te verenigen met het niet-jurisdictionele karakter van de bestreden beslissing. De vervolgingen op grond van het mededingingsrecht zijn niet van strafrechtelijke aard, ook al verloopt de procedure inquisitoriaal (Cass. 3 juni 2011), hetgeen niet belet dat het mededingingsrecht tot de openbare orde behoort. In de voorliggende procedure gaat het zoals reeds hiervoor gesteld ook 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.

45. Ten overvloede, en voor zover men zou aannemen dat ook in het voorliggende geschil de Antigoon-toets naar analogie kan worden toegepast, oordeelt het hof dat dit in elk geval niet ongenueanceerd kan gebeuren nu het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6.1 EVRM, als zodanig niet van toepassing is op de administratieve bestuurshandeling van de auditeur die het voorwerp van de toets uitmaakt.



Overigens kan een dergelijke schending van het recht op een eerlijk proces wel aan de orde zijn mocht in het kader van een beroep ten gronde tegen een navolgende beslissing van het Mededingingscollege het hof zich in een later stadium dienen uit te spreken over een middel dat betrekking heeft op een dergelijke onwettige bewijsgaring. In een dergelijke procedure waarop de regels van artikel 6 van het EVRM toepassing vinden, hetgeen niet het geval is tijdens de administratieve fase van procedure voor de auditeur, brengt de desbetreffende onregelmatigheid het recht op een eerlijk proces ook effectief in het gedrang (vgl. Cass. 2 maart 2005, AR P.04.1644.F).

46. De *in casu* geschonden grondwettelijke norm (artikel 15 van de Grondwet) beoogt in elk geval de onschendbaarheid van de woning te verzekeren en mocht die onschendbaarheid gerespecteerd zijn gebleven volgens de grondwettelijke norm, dan konden bepaalde onderzoeksgegevens verkregen op basis van de litigieuze huiszoeking mogelijks niet worden aangewend in het onderzoek.

De onregelmatigheid betreft dus de vrijheid zelf die door de miskende norm wordt beschermd.

De litigieuze huiszoeking vormt met andere woorden een schending van het grondwettelijk recht op onschendbaarheid van de woning waarbij dit recht in de kern wordt aangetast door het gebruik van gegevens die op basis daarvan werden verkregen.

47. Zoals reeds aangegeven onder nr. 42, wanneer komt vast te staan dat de auditeur enkel via de litigieuze huiszoeking tot de betreffende gegevens toegang kon krijgen, kan geen ander "*passend herstel dat elk nadelig gevolg teniet doet*" - zoals aangegeven door het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van 22 december 2011, zaak 197/2011 onder punt B.12.1 in fine - worden verleend dan door de bij en op grond van de onrechtmatige huiszoekingen verzamelde gegevens ten overstaan van de eiseres te verwijderen uit het onderzoeksdossier en te schrappen uit de Mededeling van Grieven voor zover de relevante Grieven door deze gegevens worden gestaafd.



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."*

48. Door het louter schrappen uit de Mededeling van Grieven van alle expliciete verwijzingen naar de op basis van de huiszoeken verkregen documenten wordt aan bovenstaande vereiste niet voldaan.

De betreffende documenten dienen met andere woorden definitief en volledig uit het onderzoeks- en proceduredossier te worden verwijderd en de passages met betrekking tot de Grieven zelf die enkel steunen op dergelijke gegevens dienen uit de Mededeling van Grieven te worden weggelaten op zodanige wijze dat partijen zich hierop niet meer dienen te verweren voor het Mededingingscollege.

49. Samenvattend dienen eiseres en de vrijwillig tussenkomende partijen, ten aanzien van wie in een collectieve administratieve procedure eenzelfde Mededeling van Grieven werd betekend, met het oog op het bekomen van het voormelde zuivering van het onderzoek bijgevolg aan te tonen dat zij door de Mededeling van Grieven verplicht zouden worden zich te verweren tegen Grieven die gesteund zijn op gegevens:

(i) voortkomend uit een onrechtmatige huiszoeking bij hen zelf of bij een andere partij in het geding; of

(ii) die werden verkregen ingevolge de door hen verleende medewerking (bvb. naar aanleiding van hen gestelde vragen om inlichtingen) aan het verdere onderzoek in verband met gegevens die verkregen werden door een dergelijke onwettige huiszoeking.

De bewijslast hiervan ligt bij eiseres en de vrijwillig tussenkomende partijen.

50. De BMa kan zich evenwel verzetten tegen de zuivering uit het onderzoek van gegevens die niet rechtstreeks voortvloeien uit de huiszoeken door aannemelijk te maken dat ook zonder de huiszoeking het onderzoek eenzelfde verloop zou hebben gekend en tot





eenzelfde resultaat zou hebben geleid in termen van weerhouden Grieven. Het moet daartoe vaststaan dat los van de resultaten van de litigieuze huiszoeking dezelfde gegevens konden resulteren uit een ander in het WER-IV bepaalde onderzoeksmethode of bewijsmiddel.

Zij kan dit met name door aan te tonen dat de Grieven zoals geformuleerd in de Mededeling mede gesteund zijn op gegevens die :

(i) reeds in haar bezit waren voorafgaand aan de huiszoeking; of

(ii) voortbouwend op de onder (i) vermelde gegevens redelijkerwijs aan het licht zouden zijn gekomen in het kader van andere onderzoekshandelingen die in de gegeven omstandigheden door normaal diligente onderzoekers van een mededingingsautoriteit zouden worden gesteld.

51. Gegevens verkregen uit de litigieuze huiszoeking die niet anderszins bekend waren of verkregen werden door de BMa zoals hiervoor gepreciseerd onder nr. 50, dienen uit het onderzoek verwijderd te worden.

VI. TEN GRONDE: OVER DE BEZWAREN TEGEN HET GEBRUIK VAN IN HET KADER VAN DE ONWETTIGE HUISZOEKING VERKREGEN GEGEVENS IN HET ONDERZOEK.

52. Aangezien betrokkenen die het voorwerp hebben uitgemaakt van een onwettige huiszoeking gepast herstel vorderen van de schending van het grondwettelijk gegarandeerd subjectief recht op onschendbaarheid van de woning, en bijgevolg dus ook van hun bedrijfslokalen in de hierboven aangegeven zin, dient het hof na te gaan aan de hand van de concrete bezwaren die worden geformuleerd en het verweer van het BMa, welke gegevens van het onderzoeksdossier die aangewend werden voor het opstellen van de Mededeling van Grieven rechtstreeks of onrechtstreeks zijn voortgevloeid uit de huiszoeking.



Eiseres en de tussenkomende partijen verwoordten een aantal eerder principiële bezwaren tegen het gebruik van bepaalde gegevens in de Mededeling van Grieven in conclusies.

Een aantal van hen concretiseren die bezwaren aan de hand van concrete lijsten van betwiste passages en voetnoten uit de Mededeling van Grieven in hun conclusies na tussenarrest.

#### **Bezwaren van PSA.**

53. Ten aanzien van de concrete gegevens die haar betreffen en die bekomen werden naar aanleiding van vragen om inlichtingen die geïnspireerd waren door de litigieuze huiszoekingen verwijst eiseres en tussenkomende partij NHS in het bijzonder naar stuk 17 (conclusie van 12 mei 2014) en naar paragrafen 386 tot 498 van de Mededeling van Grieven.

*I/ Grieven gestoeld op antwoorden op vragen die rechtstreeks betrekking hebben op documenten van de huiszoekingen op 15 juni 2006.*

Het betreft hier met name secties en verwijzingen in voetnoot (volgens de nummering van stuk 16) naar de volgende documenten:

- het citaat in Para. 416, tweede alinea en voetnoot 395 (antwoord BBGZ op vragen 17, 18, 19 en 20);
- para. 419 en voetnoot 408 (antwoord BBGZ op vraag 23 volgens concluante: wellicht is vraag 21 bedoeld waarin sprake is van een eigen berekening van het kostenverhogingspercentage voor Zeebrugge);
- para. 439 en voetnoot 427 (antwoord BBGZ op vraag 17);
- para. 440 en 441 die in het Verslag 2012 gestaafd waren op basis van huiszoekingsdocumenten gekopieerd bij BBGZ (de betreffende huiszoekingsdocumenten TB 4 en TB 14 en verwijzingen in voetnoot werden verwijderd uit de Mededeling van Grieven) en in de Mededeling van Grieven behouden werden evenwel zonder enige referentie maar impliciet verwijzend naar het antwoord van BBGZ op vraag 22;



- para. 443 en voetnoot 432 waarbij expliciet verwezen wordt naar het antwoord van BBGZ op vragen 17, 18 en 19;

- para. 482 die de conclusie overneemt van para. 502 van het Verslag 2012 met weglating van de verwijzing in voetnoot 470 naar huiszoekingsdocumenten TB 4 en TB14 en naar het antwoord van BBGZ op vraag 22 maar impliciet daarnaar verwijzend.

*ii/ Grieven met betrekking tot antwoorden op andere vragen om inlichtingen die geen betrekking hebben op huiszoekingsdocumenten als dusdanig maar ingegeven zijn door de documenten van de huiszoeken op 15 juni 2006 en gegevens verkregen als resultaat van deze onrechtmatige huiszoeken.*

Het betreft hier met name verwijzingen in voetnoot (soms volgens de nummering van stuk 11 en soms van stuk 16) naar de volgende documenten:

- Notulen van het (Uitgebreid) Comité Stouwerij in Bijlage F van het antwoord van ABAS van 4 oktober 2006 ;
- het antwoord van BBGZ van 29 september 2006 op vragen 17 tot 20;
- verslagen van de ledenvergadering en raad van beheer van BBGZ opgevraagd na de huiszoeken in Bijlage 2 bij het antwoord BBGZ van 25 september 2006;
- verslagen van de bijzondere en statutaire algemene vergaderingen van ABAS en KVBG in Bijlage 3 bij het antwoord van ABAS van 25 september 2006 en van KVBG van 26 september 2006;
- verslagen van de bestuursvergaderingen van KVBG in Bijlage 4 bij het antwoord van KVBG van 26 september 2006;
- verslagen van de raad van beheer van ABAS van 1986 tot 2006 in Bijlage D van het antwoord van ABAS van 25 september 2006;
- jaarverslagen van BGS in bijlage bij het antwoord van BGS op vraag 20;



- omzendbrieven en briefwisseling in bijlage bij het antwoord van BGS op vraag 21;
- notulen van de algemene vergadering en raden van bestuur van BGS in bijlage bij het antwoord van BGS op de eerste vraag om inlichtingen.

*iii/ Grieven gebaseerd op stukken die zijn weggelaten of aangepast in vergelijking met het Verslag 2012 maar (on)rechtstreeks zijn beïnvloed door de onrechtmatige huiszoekingen.*

Het betreft hier passages die moeten aantonen dat de huiszoekingsdocumenten waarnaar verwezen werd in het Verslag 2012 nog steeds aan de basis liggen van (bepaalde passages in) de Mededeling van Grieven hoewel ze daar materieel uit zijn verwijderd:

- para. 4 met toevoeging van het woord “ernstig” aan “aanwijzingen voor gelijkaardige afspraken in de haven van Antwerpen”;
- para. 11, a. waarin uitdrukkelijk gesteld wordt dat geen enkel van de bij de huiszoeking gekopieerde documenten werd gebruikt voor de staving van grieven;
- para. 171 die in het Verslag 2012 gestaafd werd door middel van een huiszoekingsdocument (omzendbrief);
- sectie 4.5 met betrekking tot de stukken van de huiszoeking in Verslag 2012 is volledig weggelaten uit de Grieven;
- voormalige para. 452 met betrekking tot de gedragingen tussen ABAS en KVBG werd volledig verwijderd uit de Grieven.

#### **Bezwaren van BNFV.**

54. Met betrekking tot de eerste Grief uit de Mededeling van 2014 (inbreuk in hoofde van de individuele ondernemingen) houdt BNFV voor dat de BMA maar kennis heeft kunnen krijgen van het bestaan van het Comité Stouwerij en het Uitgebreid Comité Stouwerij dankzij de litigieuze huiszoekingen en de voor het staven van Grieven gebruikte gegevens heeft bekomen op basis van gerichte vragen om inlichtingen naar aanleiding van de enige gevonden notulen van 22 november 2005.



Zij verwijst daarbij naar punten 5.1.3 (para. 162 e.v.), 6.4 (met voetnoot 342 verwijzend naar para. 162) en 9.2 (para. 502) van de Mededeling van Grieven. Er wordt eveneens verwezen naar documenten pp. 1381 en 1382 van het onderzoeksdossier.

Wat de tweede en derde Grief betreft (mededingingsbeperkende besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde gedragingen), verwijst zij naar punten 6.5 en 6.6 van de Mededeling van Grieven. Tevens verschaft zij op p. 11 tot 14 in conclusies een lijst van documenten die bijna allen zouden zijn meegedeeld door de betrokken verenigingen in het kader van antwoorden op gerichte vragen om inlichtingen die enkel gesteld konden worden dankzij de litigieuze huiszoeken. Deze antwoorden hebben vervolgens gediend voor het onderbouwen van beide Grieven.

Er wordt telkens gerefereerd naar de desbetreffende pagina's van het onderzoeksdossier (waarover het hof niet beschikt) en naar relevant geachte pagina's van de Mededeling van Grieven. Het betreft hier documenten (notulen raad van beheer, algemene vergadering, circulaires...) die kennelijk overeenkomen met deze aangeduid door PSA.

BNFW geeft nog aan dat onder druk van de huiszoeking de diverse ondernemingsverenigingen overgegaan zijn tot mededeling van documenten die ze anders niet zouden hebben meegedeeld.

Zij wijst er ook op dat wat BGS betreft er geen enkele verwijzing naar de haven van Gent te vinden is in het clementieverzoek en dat het onderzoek naar Gent enkel kon worden uitgebreid ten gevolge van de litigieuze huiszoeking.

#### **Bezwaren van EUROPORTS.**

55. EUROPORTS sluit zich aan bij de bezwaren van ABAS, wat betreft het gebruik van gegevens verkregen in het kader van de huiszoeken ter staving van de Grieven over mededingingsbeperkende afspraken tussen de leden-ondernemingen van het (Uitgebreid) Comité Stouwerij. Volgens EUROPORTS wijst het gebruik van litigieuze



huiszoekingsdocumenten in het Verslag 2012 reeds afdoende op het feit dat het onderzoek en de Grieven hierop zijn gebaseerd.

Meer in het bijzonder maakt ze bezwaar tegen de secties 9.2 en 6.4 in de Mededeling van Grieven met betrekking tot de notulen van het (Uitgebreid) Comité Stouwerij waarvan zij stelt dat zij het enige bewijselement uitmaken van haar mogelijke deelname en die de auditeur nooit in zijn bezit zou hebben gekregen zonder de litigieuze huiszoeking.

#### **Bezwaren van SEAPORTS.**

56. SEAPORTS verwijst eveneens naar punt 6.4 en 9.2 van de Mededeling van Grieven wat betreft haar mogelijke betrokkenheid bij een prijsafsprake als lid van het Uitgebreid Comité Stouwerij. Meer specifiek wordt verwezen naar randnummers 387 en 388 die verwijzen naar twee notulen van dat Comité en naar voetnoot 343 en randnummer 162 ev. Zij meent eveneens dat de Grief zoals ten haren opzichte geformuleerd niet overeenind kan blijven vermits die gesteund is op een document dat het resultaat is van de litigieuze huiszoekingen en van op basis daarvan gestelde vragen en verkregen antwoorden.

#### **Bezwaren van ABES.**

57. ABES vermeldt eveneens de verwijzing in de Mededeling van Grieven (randnrs. 387 en 388) naar twee notulen van het Comité Stouwerij van 28 september 1993 en 26 oktober 1993 en de algemene verwijzing naar voetnoot 343 en randnrs. 162 en volgende betreffende "Informatie uit de verslagen van het Comité Stouwerij van 1986-2006".

Zij wijst eveneens op het causaal verband tussen de litigieuze huiszoekingen, de daar in beslag genomen documenten en de Mededeling van Grieven die ten opzicht van haar geen stand kunnen houden.

#### **Bezwaren van KVBG.**

58. KVBG sluit zich aan bij de bezwaren en gedetailleerde lijsten met gegevens opgemaakt door eiseres en de andere tussenkomende partijen.



KVBG meent dat zonder de litigieuze huiszoekingen het auditoraat nooit de vragen zou hebben gesteld en KVBG en ABAS nooit de (grotendeels identieke) antwoorden zou hebben verstrekt die de auditeur gebruikt voor de staving van de Grieven. Verwezen wordt naar de pagina's 6404 tot 6460 en 3703 tot 3761 van het onderzoeksdossier waarin dezelfde informatie zou voorkomen.

KVBG wijst er nog op dat de werkgroep conventionele lading en het Comité Stouwerij aan de onderzoekers niet bekend waren voor de huiszoeking en dat het hier slechts twee van de vele werkgroepen betreft binnen ABAS en KVBG.

KVBG maakt ook specifiek bezwaar tegen de antwoorden die zij formuleerde samen met ABAS op de vragen 5 tot en met 8 en 22 tot en met 29 van de verzoeken tot inlichtingen van 25 augustus 2006 en met betrekking tot vraag 6 van het verzoek om inlichtingen van 27 oktober 2006 (enkel gericht aan KVBG) waarin gevraagd werd naar de identiteit van de leden van het Uitgebreid Comité Stouwerij en hun vertegenwoordigers. Hoewel niet uitdrukkelijk gevraagd heeft KVBG daarop ook de namen van de leden van het Comité Stouwerij meegedeeld. Hiervan werd door de auditeur gebruik gemaakt voor het opstellen van de lijst van deelnemers aan het kartel te vinden in Bijlage I van de Mededeling van Grieven. Zij maakt ook bezwaar tegen deze bijlage en de vermelding in randnr. 502 dat hiernaar verwijst (met verwijzing naar het onderzoeksdossier nrs. 6044-6059 en 6061-6063).

Verder heeft zij ook bezwaar tegen het aanwenden in het onderzoek van de aanvullende gegevens die door haar en ABAS spontaan werden meegedeeld op 4 december 2006 en 30 maart 2007 waarbij verder werd ingegaan op de eerder gestelde vragen om inlichtingen met betrekking tot documenten verkregen door de huiszoeking en gebruikt ter staving van de Grieven (met verwijzing naar het onderzoeksdossier nr. 6404-6462 en 3767 -3772).

Tenslotte laat ze verstaan dat de referenties in het Verslag 2012 naar huiszoekingsdocumenten maar die zijn weggelaten in de Mededeling van Grieven aantonen dat de betrokken passages die niettemin behouden werden wel degelijk door de huiszoeking werden beïnvloed.



**Bezwaren van ABAS.**

59. ABAS vertolkt bezwaren tegen het gebruik ter staving van Grieven van de notulen van het Comité Stouwerij (secties 5.1.3 en 5.1.4 [para 162-259], 6 en 8 voor wat betreft de afspraak tussen ondernemingen-leden) en van de antwoorden van BBGZ op vragen 17 en 19 om inlichtingen die zijn ingegeven door een aantal huiszoekingsdocumenten (wat betreft de onderling afgestemde feitelijke gedragingen).

In bijlage worden de volgende paragrafen opgesomd en geciteerd: 348, 386, 387 (+ noot 340), 388 (+ noot 341), 389 (+ noot 342), 443 (+ noot 400), 458 (+ noot 416), 489 (+ noot 448), 490 (+ noot 449-450) en 492.

**Bezwaren BBGZ.**

60. BBGZ formuleert een algemeen bezwaar tegen het gebruik van haar antwoorden op vragen uit het verzoek om inlichtingen met betrekking tot documenten van de verificatie (verwijzing in voetnoten 366, 398 en 400) en de notulen van haar ledenvergaderingen vervat in Bijlage 2 bij haar antwoord van 29 september 2006 op het verzoek om inlichtingen van 25 augustus 2006 (stukken 12 en 15 PSA) met verwijzing naar voetnoten 275 t.e.m. 307, 367 t.e.m. 376, 397 en 435 t.e.m. 438 van de Mededeling van Grieven.

Verder verwijst ze naar pagina's 2872 tot 3195, 3225 tot 3286 en 3204 tot 3215 van het onderzoeksdossier en paragraaf 326 tot 346, 411 tot 419, 436 tot 444 en 474 tot 477 van de Mededeling van Grieven.

Ze vermeldt en motiveert verder nog specifieke bezwaren ten aanzien van paragraaf 416, 419, 438, 440-442, 443 en 482 uit de Mededeling van Grieven met ondermeer passages die niet meer verwijzen naar stukken die wel in de gelijkkluidende passages van het Verslag 2012 werden vermeld.

**Bezwaren van DPWACS.**



61. In het algemeen betoogt DPWACS dat ingeval van twijfel aangaande de uitkomst van het onderzoek indien er geen huiszoeken zouden hebben plaatsgevonden, deze twijfel in het voordeel van de bij de vermeende inbreuk betrokken aangemerkte partijen moet worden geïnterpreteerd.

Verder herneemt DPWACS de reeds door andere partijen geuite bezwaren tegen het gebruik van de stukken m.b.t. het (Uitgebreid) Comité Stouwerij en de door ABAS en KVGB overgemaakte aanwezigheidslijsten waarin zij vermeld wordt. Meer concreet wordt verwezen naar sectie 6 van de Mededeling van Grieven met verwijzing naar randnrs. 162 t.e.m. 259.

Zij wijst ten slotte nog op de verbintenis aangegaan door de BMa om geen enkel document waarvan kopie genomen is tijdens de betwiste huiszoeken te gebruiken in het ontwerp van beslissing en ook geen enkel van deze documenten op te nemen in het proceduredossier.

#### **Replik van de BMa.**

62. In haar 'Gedetailleerde repliek op de gewraakte passages in het havendossier' van 18 juli 2014 licht de BMa toe waarom in het bijzonder de bezwaren van ABAS, BBGZ, BNFV en PSA geen stand kunnen houden (zie stuk 1, BMa).

Zij gaat hierbij uit van de vraagstelling welke onderzoeksdaden de BMa had kunnen stellen vanuit de voorkennis die zij had van de feiten voorafgaand aan de huiszoeken en geeft aan welke conclusies zij hieruit kon trekken met betrekking tot de mogelijke inbreuken. Finaal geeft zij aan de huiszoeken eigenlijk niet nodig gehad te hebben om haar case te kunnen onderbouwen via vragen om inlichtingen.

63. Meer in het bijzonder met betrekking tot het gebruik van de notulen van het (Uitgebreid) Comité Stouwerij luidt het argument dat de BMa reeds op basis van haar voorkennis omtrent het felt dat de kostenverhogingspercentages afgesproken en vastgelegd werden binnen ABAS logischerwijs de vraag zou gesteld hebben naar notulen, nota's,



uitnodigingen en agenda's van vergaderingen – ongeacht de wettelijke of *ad hoc*-aard en de benaming van het betreffende orgaan - waarop de kostenverhogingspercentages werden besproken.

64. Met betrekking tot de notulen van leden- en bestuursvergaderingen van BBGZ voor de periode 1996-2004 die na de huiszoeken werden opgevraagd en vooral betrekking hebben op de coördinatie tussen de verenigingen en de communicatie van de verhogingen aan hun leden luidt het argument dat (i) haar reeds voor de huiszoeken notulen waren overgemaakt als ondersteunend bewijsmateriaal in het kader van het clementieverzoek en dat zij zodoende op de hoogte was van het feit dat binnen BBGZ op de algemene ledenvergadering gesproken werd over kostprijsverhogingen en (ii) zij ook zonder huiszoeking de gewraakte documenten had kunnen opvragen en bekomen voor de ontbrekende periodes via verzoeken om inlichtingen.

65. Wat de gegevens betreft die onrechtstreeks zouden voortkomen uit huiszoekingsdocumenten, in het bijzonder de antwoorden op gerichte verzoeken om inlichtingen omtrent beslissingen en vergaderingen van ondernemingsverenigingen ABAS/KVBG, BBGZ en BGS en hun onderlinge contacten en afstemming met betrekking tot het kostprijsverhogingspercentage, die uitdrukkelijk betrekking hebben op of ingegeven zijn door die documenten, betoogt de BMA ook zonder de huiszoeken over voldoende voorkennis te hebben beschikt om deze vragen te kunnen stellen aan de betrokken verenigingen en ontbrekende verslagen op te vragen. Die vragen zouden volgens haar tot hetzelfde resultaat hebben geleid als de vragen gesteld na de huiszoeken. Het argument luidt dat als er voldoende feitelijke aanwijzingen zijn om een huiszoeking te houden dat *a fortiori* geldt om door gerichte vragen de nodige gegevens te bekomen om tot de vaststelling van de Grieven te komen.

66. Het zelfde argument gaat wat betreft het communiceren van verhogingen aan de leden middels rondzendbrieven verstuurd met name aan de verenigingsleden van BBGZ en waarvan de BMA al kennis had van voor de huiszoeking via de informatie meegedeeld in het



clementieverzoek en op basis waarvan zij de ontbrekende exemplaren had kunnen opvragen.

67. Tenslotte betoogt de BMa dat zij de verwijzingen naar huiszoekingsdocumenten uit het Verslag 2012 in de Mededeling van Grieven heeft geschrapt niet omdat zij van oordeel was dat de huiszoekingen onwettig waren maar omdat deze stukken niet nodig waren om de inbreuken te bewijzen.

BMa stelt nog dat uit de structuur van het onderzoeksdossier niet kan besloten worden dat al wat na de huiszoeking aan onderzoek is gebeurd daarmee in rechtstreeks verband staat.

Ook ten aanzien van BGS stelt BMa een voldoende aanwijzing gehad te hebben op basis van het clementieverzoek om BGS in het onderzoek te betrekken (verwijzing naar p. 75).

Het hof oordeelt hierover als volgt.

68. Hoewel het onderzoek ten tijde van de huiszoekingen duidelijk gefocust was op mogelijke mededingingsrechtelijke inbreuken inzake goederenbehandeling in de haven van Zeebrugge waren er kennelijk naar aanleiding van het eerste clementieverzoek reeds voldoende ernstige aanwijzingen over een mogelijke betrokkenheid van de ondernemingsverenigingen van de havens Antwerpen en Gent en hun leden bij gelijkaardige praktijken.

Het opdrachtbevel vermeldt een expliciet vermoeden in die zin (zie hierboven randnr. 1).

Het clementieverzoek van Cobelfret van 9 januari 2006 dat de aanleiding vormde voor het opstarten van een ambtshalve onderzoek door het Korps van Verslaggevers verwijst uitdrukkelijk op p. 5 naar diverse notulen van de BBGZ ledenvergaderingen (16 december 1997, 20 december 1999 en 17 december 2002) waaruit volgens de clementieverzoeker blijkt dat tussen de leden van BBGZ afgesproken was om het jaarlijks kostenprijspercentage overeengekomen tussen de goederenhandelaars van de haven van Antwerpen (ABAS) over te nemen en dat beide verenigingen in dit verband een quasi identieke kennisgeving gebruikten.



Ook in de aanvullende clementieverklaring van Cobelfret van 1 februari 2006 wordt op p. 2 uitdrukkelijk melding gemaakt van het overnemen door de goederenbehandelaars in de haven van Zeebrugge en Gent van kostenstijgingspercentages overeengekomen tussen de goederenbehandelaars in de haven van Antwerpen.

De onderzoekers konden op basis van deze verklaringen de ondernemingsverenigingen van Gent en Antwerpen en hun leden in de scope van hun onderzoek opnemen. Dat de huiszoeken enkel bedrijven betroffen die (ook) in Zeebrugge actief waren doet aan het voorgaande niet af nu de onderzoekers met betrekking tot deze bedrijven over meer concrete informatie beschikten.

69. Wat gegevens betreft die in het onderzoek werden gebruikt en aangewend voor het staven van Grieven en rechtstreeks voortvloeien uit de onwettige huiszoeking, stelt het hof vast dat expliciete verwijzingen naar de litigieuze huiszoekingsdocumenten uit de Mededeling van Grieven zijn verdwenen.

70. Evenwel dient de Mededeling van Grieven ook gezuiverd te worden van gegevens en passages die overgenomen zijn uit of zondermeer afgeleid van (i) de litigieuze huiszoekingsdocumenten ook zonder dat er expliciet naar wordt verwezen of (ii) antwoorden op verzoeken om inlichtingen met betrekking tot dergelijke huiszoekingsdocumenten.

71. Wat betreft de gelijklopende passages uit de Mededeling van Grieven die in het Verslag 2012 onderbouwd werden door verwijzing naar huiszoekingsdocumenten beweert de BMA dat deze verwijzingen niet noodzakelijk waren om de Grieven te staven.

Het hof stelt vast dat deze verwijzingen zijn weggelaten maar dat in een aantal dergelijke passages er geen enkele verwijzing naar (andere) bewijsstukken is opgenomen. Indien de bewijsstukken uit de huiszoeking niet nodig waren, zoals de BMA aanvoert, dan moet dit duidelijk blijken uit de passage zelf door verwijzing naar andere bewijsstukken.



72. Op basis van het voorgaande acht het hof aannemelijk dat ook zonder de litigieuze huiszoeken de onderzoekers in het kader van hun onderzoek voldoende voorkennis hadden om pertinente vragen om inlichtingen te richten tot de verschillende betrokken ondernemingsverenigingen in Zeebrugge, Gent en Antwerpen. Dat zij in dat verband notulen en (jaar)verslagen van de statutaire organen van deze vereniging zouden hebben opgevraagd en bekomen moet eveneens aannemelijk geacht worden gelet op de wettelijke publiciteit inzake de statuten van deze verenigingen en de verplichting om deze stukken op te maken en te bewaren.

Hetzelfde geldt voor omzendbrieven en andere mededelingen door ondernemingsverenigingen aan hun leden met betrekking tot het kostenverhogingspercentage, het bestaan waarvan de BMA reeds op de hoogte was door het clementieverzoek.

De onderzoekers zouden zonder de betwiste huiszoeken aldus door het uitoefenen van hun bevoegdheid tot het richten van verzoeken om inlichtingen op basis van de bestaande voorkennis zeer waarschijnlijk vergelijkbare inlichtingen hebben bekomen nu er geen reden is om aan te nemen dat de betrokken verenigingen zouden hebben geweigerd deze documenten over te maken, waarvan de overmaking ook via gerechtelijke weg kan worden bevolen.

73. Evenwel kan niet zonder meer worden aangenomen dat de onderzoekers voor de huiszoeking op de hoogte waren van het bestaan van het (Uitgebreid) Comité Stouwerij bij ABAS/KVBG, zoals hierboven reeds aangestipt. De BMA toont niet aan dat het bestaan ervan uit andere documenten kon worden afgeleid dan uit de notulen die werden gevonden tijdens de litigieuze huiszoeking of dat ABAS deze notulen hoe dan ook vrijwillig zou hebben meegedeeld naar aanleiding van een vraag om inlichtingen nu dit comité ook niet in de statuten wordt vermeld.

Het argument dat de onderzoekers ook zonder de huiszoeking wel in algemene termen om deze gegevens zouden verzocht hebben bij ABAS wordt tegengesproken door de manier



waarop vergelijkbare verzoeken om inlichtingen aan BBGZ werden geformuleerd en waarin enkel notulen van specifieke statutaire organen worden opgevraagd. Overigens kan de vraag gesteld worden of op een dergelijke algemene vraag door de betrokkene wel kan geantwoord worden zonder dat dit neerkomt op zelfincriminatie.

74. Wanneer een bepaald gegeven in de Grieven enkel gestaafd kan worden op basis van de litigieuze huiszoeking of van onderzoekshandelingen die niet los van de huiszoeking tot hetzelfde resultaat zouden hebben geleid, moet het gegeven als dusdanig uit de Grieven volledig worden verwijderd.

Het staat overigens aan het Mededingingscollege om te oordelen of de weerhouden Grieven na het schrappen van deze verwijzingen nog afdoende gestaafd worden door bewijskrachtige gegevens uit het gezuiverde onderzoeksdossier.

#### VII. TEN GRONDE: ZUIVERING VAN HET ONDERZOEK.

75. Uit het onderzoeksdossier dienen bijgevolg te worden verwijderd:

- alle verzoeken om inlichtingen met betrekking tot de verificatie(huiszoeking) van 15 juni 2006 en de antwoorden van ABAS/KVBG (vragen 5 en 6 en 22 tot 29) en BBGZ (vragen 17 tot 25);
- alle notulen van het Uitgebreid Comité Stouwerij en het Comité Stouwerij.

Daarenboven dienen de hiernavolgende gegevens en passages tevens uit de Mededeling van Grieven (inbegrepen elke voetnoot en bijlage) te worden verwijderd.

76. Eiseres en de tussenkomende partijen duiden terecht de volgende passages aan die voorkwamen in het Verslag 2012 en waarvan het hof kan vaststellen dat ze weerhouden worden in de Mededeling van Grieven maar met weglating van de daarin toentertijd opgenomen verwijzing naar huiszoekingsdocumenten:

COVER 01-00000230498-0046-0053-01-02-1



- para. 440 tot 442 (antwoord d.d. 29 september 2006 op vraag 17 aan BBGZ; de verwijzing naar de ITMMA studie in para. 437 is niet dienstig ten aanzien van de conclusie van para. 442 die kennelijk enkel gesteund is op de documenten waarnaar in het Verslag 2012 werd verwezen in para. 440 zijnde documenten gevonden tijdens de huiszoeking);

- para. 482, eerste zin (deze passage bevatte in de versie van het Verslag 2012 expliciete verwijzingen naar huiszoekingsdocumenten TB4 en TB14 van ABAS en KVGB en antwoorden op vraag 22 in verband hiermee gesteld aan BBGZ. Het Mededingingscollege zal oordelen of de rest van het besluit geschraagd wordt door de overblijvende bewijselementen).

77. Eiseres en tussenkomende partijen tonen aan dat volgende paragrafen antwoorden weergeven op vragen die expliciet betrekking hadden op onrechtmatig verkregen huiszoekingsdocumenten:

- para. 416 tweede zin met citaat en para. 438 en voetnoten 366 en 398 (antwoord d.d. 29 september 2006 op vraag 17 aan BBGZ m.b.t. de huiszoekingsdocumenten);

- para. 443 vanaf de tweede zin en voetnoot 400 (antwoord BBGZ op vragen 17, 18 en 19 m.b.t. de huiszoekingsdocumenten);

- para. 445 vanaf de tweede zin en voetnoot 402 (antwoord BBGZ op vraag 17 m.b.t. de huiszoekingsdocumenten);

Para. 419 waarvan de inhoud tevens vermeld is in het verslag van de algemene ledenvergadering van BBGZ van 24 maart 2006 dat de onderzoekers eveneens via een verzoek om inlichtingen zouden hebben bekomen dient niet worden geschrapt.

78. Eiseres en tussenkomende partijen verwijzen terecht naar de volgende passages en gegevens uit de Mededeling van Grieven overgenomen uit of expliciet of impliciet steunend op gegevens vervat in die notulen van het Uitgebreid Comité Stouwerij of het Comité



Stouwerij of in verband met de werking van dit Comité en alle verwijzingen naar deze notulen in voetnoot:

- para. 162 tot 259 en de voetnoten 96 tot 198 (feitenrelaas m.b.t. informatie uit verslagen Comité Stouwerij en Uitgebreid Comité Stouwerij);
- para. 348 (juridische beoordeling);
- para. 386 tot 389 en 391 (betreffende mededingingsbeperkende afspraken tussen concurrenten) met voetnoten 340, 341, 342 (verwijzend naar notulen Comité Stouwerij);
- para. 458 laatste zin, 468 tweede zin, 469 eerste zin, 489, 490, 492 tweede zin (betreffende onderling afgestemde gedragingen van ondernemingsverenigingen) met noten 416, 424-425, 448-450 (voor zover verwijzend naar notulen (Uitgebreid) Comité Stouwerij);
- para. 502 en 503, voetnoot 461 en 462 en Bijlage 1 (betreffende de betrokkenheid van ondernemingen afgeleid uit het overzicht van de deelnemers aan het (Uitgebreid) Comité Stouwerij).

Para. 500 en 501 en voetnoot 456 en 457 (betreffende de betrokkenheid van ondernemingsverenigingen en de duur van de inbreuk) dienen niet te worden verwijderd aangezien ze na de zuivering niet meer verwijzen naar de notulen van het (Uitgebreid) Comité Stouwerij). Het Mededingingscollege zal oordelen of para. 500 en 501 afdoende worden gestaafd door andere bewijskrachtige elementen.

#### VIII. TEN GRONDE: PERSONELE DRAAGWIJDTE VAN DE ZUIVERING.

79. Een partij die zelf het voorwerp van een onwettige huiszoeking heeft uitgemaakt is bij wijze van herstel voor de schending van haar grondwettelijk recht op bescherming van haar bedrijfslokalen, gerechtigd om de verwijdering te vragen van alle gegevens uit het onderzoeks- en proceduredossier en daarop gesteunde grieven in de Mededeling van





Grievens die rechtstreeks of onrechtstreeks voortvloeien uit de bij haar gevoerde onwettige huiszoeking en haar benadelen, binnen de hiervoor aangegeven grenzen.

80. Een partij die zich beroept op een onrechtmatige huiszoeking bij een andere partij (zoals *in casu* PSA ten aanzien van de huiszoekingen bij de ondernemersvereniging ABAS) waaruit gegevens zijn geresulteerd die haar kunnen benadelen put geen eigen subjectief recht op herstel uit de schending van een grondwettelijk recht op bescherming van haar bedrijfslokalen vermits de gegevens niet bij haar waren gevonden, maar heeft wel het vereiste belang om zich aan te sluiten bij de vordering van de partij wiens subjectief recht is geschonden en om de verwijdering te vragen van alle gegevens uit het onderzoeks- en proceduredossier en daarop gesteunde grieven in de Mededeling van Grievens die rechtstreeks of onrechtstreeks voortvloeien uit de bij die andere partij gevoerde onwettige huiszoeking en die haar persoonlijk benadelen, voor zover ze met de andere betrokken ondernemingen in een collectieve administratieve procedure wordt betrokken.

Eiseres roept als basis van haar vordering de schending in van een grondwettelijk recht op bescherming van haar bedrijfslokalen, waarvan het hof heeft vastgesteld dat deze schending daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. De vrijwillig tussenkomende partijen sluiten zich aan bij deze vordering en ondersteunen haar.

Het door eiseres gevraagde herstel heeft evenwel betrekking op gegevens die weliswaar haar deelname aan een mogelijke inbreuk betreffen maar die verkregen werden tijdens of naar aanleiding van de ongrondwettelijke huiszoekingen bij andere tussenkomende partijen. Zij verwijst met name in het dispositief van haar laatste conclusie uitdrukkelijk zelf naar die huiszoekingen bij sommige tussenkomende partijen waarvan zij vraagt deze onwettig te verklaren. Nergens blijkt evenwel dat bij haar bezwarende documenten zouden zijn gevonden.

Bij toepassing van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof betreft het hier dan ook geen nadelig gevolg van de door eiseres zelf ondergane onwettige huiszoeking.



81. Artikel 79, §1, 2<sup>de</sup> lid WER-IV maakt geen onderscheid wat betreft de hoedanigheid van de partij die kan opkomen tegen het aanwenden in het onderzoek van gegevens verkregen middels een onwettige huiszoeking.

Wegens het door het grondwettelijke beschermde belang, moet worden aangenomen dat een partij enkel hoedanigheid kan hebben om op te komen tegen de aanwending van documenten die bij een andere betrokken partij in beslag werd genomen indien haar lot onlosmakelijk verbonden is met dat van een partij wiens beschermd belang werd geschonden en die partij aanwezig is in het geding.

Op basis hiervan moet worden aangenomen dat de vraag wie in casu de onrechtmatige huiszoeking heeft ondergaan voor de toepassing van dit artikel niet relevant is omdat (i) minstens door één van de in de collectieve administratieve procedure betrokken partijen de onwettigheid van de huiszoeking bij haarzelf met recht wordt opgeworpen en (ii) het door de overige betrokken partijen gevorderde herstel op eenzelfde grondslag berust.

82. Overigens zou het omgekeerde aannemen een ongewenste verschillende behandeling tussen de betrokkenen en een schending van rechten van de verdediging met zich mee kunnen brengen.

Immers, uit de voorliggende dossierstukken blijkt dat de procedure die door het Auditoraat werd gevoerd ten laste van de betrokken verenigingen en ondernemingen één ondeelbaar geheel vormt en geleid heeft tot één Mededeling van Grieven op basis van éénzelfde onderzoeks- en proceduredossier.

Indien de zuivering van het dossier en de Mededeling van Grieven zich zou moeten beperken tot de die gegevens die lastens een bepaalde partij werden weerhouden en die werden verkregen in het kader van een bij haar gevoerde onwettige huiszoeking, valt niet uit te sluiten – zoals *in casu* – dat dezelfde gegevens in het dossier en de Mededeling van Grieven lastens andere betrokken partijen niettemin worden weerhouden zodat het



Mededingingscollege en eventueel het hof in het kader van een beroep niettemin kennis neemt van deze gegevens en hun pertinentie ten aanzien van de eerste partij.

Het is daarom noodzakelijk om het onderzoek te zuiveren van alle gegevens voortvloeiend uit de verschillende onwettige huiszoeken in eenzelfde dossier ten aanzien van alle daarin betrokken partijen.

#### IX. UITVOERING VAN HET ZUIVERINGSTRAJECT.

83. Het komt toe aan de auditeur om de hierboven onder VII weergegeven elementen uit het onderzoeks- en proceduredossier en de Mededeling van Grieven te verwijderen en desgevallend een nieuwe Mededeling van Grieven aan de betrokken partijen te doen .

84. Teneinde de zuivering van het dossier en de Mededeling van Grieven tegensprekelijk te kunnen vaststellen zal de BMa, indien ze van oordeel is dat ze de grieven kan staven, binnen de 30 werkdagen te rekenen vanaf de kennisgeving van dit arrest een aangepast ontwerp van Mededeling van Grieven bij aangetekend schrijven met ontvangstbevestiging of elke andere tussen partijen overeengekomen wijze van mededeling, overmaken aan eiseres en tussenkomende partijen. De BMa geeft tegelijkertijd de overige partijen de gelegenheid om het gezuiverde dossier te raadplegen gedurende 15 kalenderdagen.

Voormelde termijnen worden geschorst vanaf 15 juli tot en met 15 augustus.

85. Op de Mededeling van Grieven die de betwiste Mededeling moet vervangen, is artikel 42, §4 WER-IV van toepassing.

#### X. DE GERECHTSKOSTEN.

86. De gerechtskosten vallen ten laste van de BMa.

De BMa is aan PSA een rechtsplegingsvergoeding verschuldigd van 1.320 EUR, het basisbedrag voor niet in geld uitdrukbare vorderingen.



Aan de partijen wordt enkel nog voorbehoud verleend om voor het verstrijken van de onder randnummer 84. vermelde termijn van 30 kalenderdagen het hof te adiëren.

\*\*\*\*\*

**OM DEZE REDENEN,  
HET HOF,**

Beslist bij arrest op tegenspraak;

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

Ontvangt de hoofdvordering en de vorderingen bij tussenkomst enkel in de mate ze geen nieuw middel aanvoeren;

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

Zegt dat de huiszoeking en de huiszoekingen bij eiseres en sommige tussenkomende partijen werden uitgevoerd met schending van de grondwettelijke waarborgen.

Vernietigt de beslissing van het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit om in het onderzoek in de zaak geregistreerd bij de BMA onder het nummer COC-I/O-06/0001 gebruik te maken van gegevens waarvan hiervoor door het hof wordt geoordeeld dat ze uit het onderzoek verwijderd dienen te worden ;

Zegt voor recht dat het aan het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit toekomt om het dossier en de Mededeling van Grieven te zuiveren van de gegevens vermeld onder VII en conform de procedure vastgesteld onder IX en om alle eventuele originelen van de betrokken documenten terug te geven aan de betrokken partijen van wie ze werden verkregen en alle genomen kopieën daarvan te vernietigen;



Veroordeelt de BMA tot betaling van de gerechtskosten begroot op 210 EUR rolrecht en een rechtsplegingsvergoeding van 1.320 EURO ten gunste van PSA.

\*\*\*\*\*

Aldus gevonnist en uitgesproken in buitengewone openbare burgerlijke terechtzitting van de 18de kamer van het hof van beroep te Brussel op 9 juli 2015,

Waar aanwezig waren :

Dhr. Paul BLONDEEL,  
Dhr. Eric BODSON,  
Dhr. Raf VAN RANSBEECK,  
Mevr. Darie VAN IMPE,

kamervoorzitter,  
raadsheer,  
raadsheer,  
griffier.

VAN IMPE

VAN RANSBEECK

BODSON

BLONDEEL



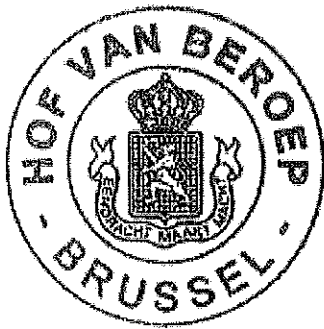
Eensluidend verklaarde kopie

Afgeleverd aan: BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT

art. Economische Mededinging

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Brussel, 22-07-2015



A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'E' followed by a series of loops and a long horizontal stroke.

E. HELPERS  
Griffier