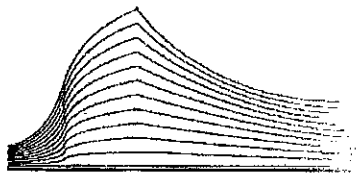


778

538 *Ø*



Repertoriumnummer <b>2015 / 1432</b>
Datum van uitspraak <b>18 februari 2015</b>
Rolnummers <b>2013/MR/19 - 2013/MR/20 2013/MR/21 - 2013/MR/22 2013/MR/24 - 2013/MR/25</b>

**Uitgifte**

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

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Eindarrest van 18 februari 2015

CC: 403  
PL: 210

# Hof van beroep Brussel

## Arrest

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

Aangeboden op <b>20 FEB. 2015</b>
Niet te registreren <b>D'HOOGHE K</b>

COVER 01-00000103469-0001-0038-01-01-1



*Commissie mededeling*

**IN DE GEVOEGDE ZAKEN:**

**2013/MR/19**

**1. TUI TRAVEL BELGIUM NV**, met maatschappelijke zetel te 8400 OOSTENDE, Gistelsesteenweg 1, ingeschreven in de KBO onder het nummer 0457.396.471,

**2. JETAIR NV**, met maatschappelijke zetel te 8400 OOSTENDE, Gistelsesteenweg 1, ingeschreven in de KBO onder nummer 0408.479.965,

**3. JETAIRCENTER NV**, met maatschappelijke zetel te 1930 ZAVENTEM, Nationale Luchthaven van Brussel 40, bus 2, ingeschreven in de KBO onder nummer 0416.827.707, eiseressen

met als raadslieden, die hen vertegenwoordigen en bijstaan, Mr. Hans Gilliams en Mr. Leen Goossens, advocaten met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 99.

**TEGEN:**

**4. 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

met als raadslieden, die haar vertegenwoordigen en bijstaan, Mr. Benoît Allemeersch, Mr. Stijn Sabbe en Mr. Géraldine Scraeyen, advocaten met kantoor te 1800 Vilvoorde, Medialaan 30.

**MET ALS TUSSENKOMENDE PARTIEN:**

**5. BCD TRAVEL NV**, met maatschappelijke zetel te 2600 BERCHEM, Posthoflei 3, ingeschreven in de KBO onder nummer 106.912.822,

bijgestaan en vertegenwoordigd door haar raadslieden, Mr. Bart R. Goossens en Mr. Ingrid Vanhaute, die handelen voor de professionele burgerlijke vennootschap GSJ Advocaten, met kantoor te 2018 Antwerpen, Mechelsesteenweg 27.



**6. BELGIAN TRAVEL ORGANIZATION**, Beroepsvereniging met maatschappelijke zetel te 1930 ZAVENTEM, Imperlastraat 10, benaming afgekort als BTO, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. Peter Wytinck en Mr. Tom Ruys, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25.

**7. CWT BELGIUM BVBA**, met maatschappelijke zetel te 1200 BRUSSEL, Woluwedal 46, ingeschreven in de KBO onder nummer 0417.290.040, bijgestaan en vertegenwoordigd door haar raadslieden, Mr. Thomas Janssens en Mr. Anneleen Straetemans, advocaten met kantoor te 1050 Brussel, Marsveldplein 5.

**8. AMERICAN EXPRESS CORPORATE TRAVEL BVBA**, met maatschappelijke zetel te 1932 SINT-STEVENSWOLUWE, Lenneke Marelaan 6, ingeschreven in de KBO onder nummer 0463.685.338, bijgestaan en vertegenwoordigd door haar raadslieden Mr. Dirk Vandermeersch, Mr. Damien Gerard en Mr. Beatrijs Gielen, advocaten met kantoor te 1040 Brussel, Wetstraat 57.

## **II. 2013/MR/20**

**1. CWT BELGIUM BVBA**, met maatschappelijke zetel te 1200 BRUSSEL, Woluwedal 46, ingeschreven in de KBO onder nummer 0417.290.040, eiseres

bijgestaan en vertegenwoordigd door haar raadslieden, Mr. Thomas Janssens en Mr. Anneleen Straetemans, advocaten met kantoor te 1050 Brussel, Marsveldplein 5.

### **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

met als raadslieden, die haar vertegenwoordigen en bijstaan, Mr. Benoît Allemeersch, Mr. Stijn Sabbe en Mr. Géraldine Scraeyen, advocaten met kantoor te 1800 Vilvoorde, Medialaan 30.



### III. 2013/MR/21

**1. BCD TRAVEL NV**, met maatschappelijke zetel te 2600 BERCHEM, Posthoflei 3, Ingeschreven in de KBO onder nummer 106.912.822, eiseres

bijgestaan en vertegenwoordigd door haar raadslieden, Mr. Bart R. Goossens en Mr. Ingrid Vanhaute, die handelen voor de professionele burgerlijke vennootschap GSJ Advocaten, met kantoor te 2018 Antwerpen, Mechelsesteenweg 27.

### **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

met als raadslieden, die haar vertegenwoordigen en bijstaan, Mr. Benoît Allemeersch, Mr. Stijn Sabbe en Mr. Géraldine Scraeyen, advocaten met kantoor te 1800 Vilvoorde, Mediaalaan 30.

### IV. 2013/MR/22

**1. TUI TRAVEL BELGIUM NV**, met maatschappelijke zetel te 8400 OOSTENDE, Gistelsesteenweg 1, ingeschreven in de KBO onder het nummer 0457.396.471,

**2. JETAIR NV**, met maatschappelijke zetel te 8400 OOSTENDE, Gistelsesteenweg 1, ingeschreven in de KBO onder nummer 0408.479.965,

**3. JETAIRCENTER NV**, met maatschappelijke zetel te 1930 ZAVENTEM, Nationale Luchthaven van Brussel 40, bus 2, ingeschreven in de KBO onder nummer 0416.827.707, eisersessen

met als raadslieden, die hen vertegenwoordigen en bijstaan, Mr. Hans Gilliams en Mr. Leen Goossens, advocaten met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 99.



**TEGEN:**

**4. 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

met als raadsleden, die haar vertegenwoordigen en bijstaan, Mr. Benoît Allemeersch, Mr. Stijn Sabbe en Mr. Géraldine Scraeyen, advocaten met kantoor te 1800 Vilvoorde, Mediaalaan 30

**MET ALS TUSSENKOMENDE PARTIJEN:**

**5. BCD TRAVEL NV**, met maatschappelijke zetel te 2600 BERCHEM, Posthoflei 3, ingeschreven in de KBO onder nummer 106.912.822,  
bijgestaan en vertegenwoordigd door haar raadsleden, Mr. Bart R. Goossens en Mr. Ingrid Vanhaute, die handelen voor de professionele burgerlijke vennootschap GSJ Advocaten, met kantoor te 2018 Antwerpen, Mechelsesteenweg 27.

**6. BELGIAN TRAVEL ORGANIZATION**, Beroepsvereniging met maatschappelijke zetel te 1930 ZAVENTEM, Imperiastraat 10, benaming afgekort als BTO,  
bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. Peter Wytinck en Mr. Tom Ruys, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25.

**7. CWT BELGIUM BVBA**, met maatschappelijke zetel te 1200 BRUSSEL, Woluwedal 46, ingeschreven in de KBO onder nummer 0417.290.040,  
bijgestaan en vertegenwoordigd door haar raadsleden, Mr. Thomas Janssens en Mr. Anneleen Straetemans, advocaten met kantoor te 1050 Brussel, Marsveldplein 5.

**8. AMERICAN EXPRESS CORPORATE TRAVEL BVBA**, met maatschappelijke zetel te 1932 SINT-STEVENSWOLUWE, Lenneke Marelaan 6, ingeschreven in de KBO onder nummer 0463.685.338,  
bijgestaan en vertegenwoordigd door haar raadsleden Mr. Dirk Vandermeersch, Mr. Damien Gerard en Mr. Beatrijs Gielen, advocaten met kantoor te 1040 Brussel, Wetstraat 57.



**V. 2013/MR/24**

**1. BELGIAN TRAVEL ORGANIZATION**, Beroepsvereniging met maatschappelijke zetel te 1930 ZAVENTEM, Imperiastraat 10, benaming afgekort als BTO, eiseres,

bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. Peter Wytinck en Mr. Tom Ruys, advocaten met kantoor te 1000 Brussel, Central Plaza, Loksumstraat 25.

**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

met als raadsleden, die haar vertegenwoordigen en bijstaan, Mr. Benoît Allemeersch, Mr. Stijn Sabbe en Mr. Géraldine Scraeyen, advocaten met kantoor te 1800 Vilvoorde, Mediaalaan 30.

**VI. 2013/MR/25**

**1. AMERICAN EXPRESS CORPORATE TRAVEL BVBA**, met maatschappelijke zetel te 1932 SINT-STEVENSWOLUWE, Lenneke Marelaan 6, ingeschreven in de KBO onder nummer 0463.685.338, eiseres,

bijgestaan en vertegenwoordigd door haar raadsleden Mr. Dirk Vandermeersch, Mr. Damien Gerard en Mr. Beatrijs Gielen, advocaten met kantoor te 1040 Brussel, Wetstraat 57.

**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

met als raadslieden, die haar vertegenwoordigen en bijstaan, Mr. Benoît Allemeersch, Mr. Stijn Sabbe en Mr. Géraldine Schraeyen, advocaten met kantoor te 1800 Vilvoorde, Medialaan 30.

I. Over de rechtspleging.

01. Het hof heeft op 3 december 2013 een tussenarrest uitgesproken waarbij de voorliggende zes zaken werden gevoegd en onder meer termijnen werden bepaald om de zaken nader in staat te stellen.

Zoals aangegeven in die beslissing betreffen de voormelde gevoegde zaken beroepen tegen één of meer inhoudelijk gelijklopende beslissingen van de Auditeur- generaal bij de Belgische Mededingingsautoriteit in een zaak MEDE-I-O- 06/0007 A, waarin alle voormelde partijen 'betrokken partij' zijn in de zin van artikel IV.79 §3 WER en die mededinging beperkende praktijken in de reissector betreft.

Voor alle antecedenten van louter procedurele aard vanaf de indiening van de zes inleidende verzoekschriften en de verzoekschriften in tussenkomst verwijst het hof naar het vermelde arrest.

02. Voordien had het hof op 28 oktober 2013 een tussenarrest uitgesproken in de zaak 2013/MR/22 waarbij, vooraleer over enig ander punt te oordelen, een vordering met toepassing van artikel 19, 2<sup>de</sup> lid Gerechtelijk Wetboek werd ingewilligd en de toestand tussen de partijen voorlopig werd geregeld.

Aldus werd het administratief beslissingsproces in de voormelde zaak, dat door de Auditeur-generaal was geïnitieerd met toepassing van artikel IV. 42 §4 WER voorlopig geschorst tot 30 november 2013 en werd beslist dat de betrokken ondernemingen tijdens de duur van de schorsing geen standpunt dienden in te nemen omtrent de punten van bezwaar.

Die schorsing duurt inmiddels verder wegens de beslissing van de Auditeur-generaal die inhoudt dat de termijn die eerder door haar werd bepaald om antwoord te geven op de mededeling van grieven, eerst verstrijkt op het einde van de tiende dag na de kennisgeving door de BMa aan alle betrokken partijen van het eindarrest dat het hof zal uitspreken over de gevoegde zaken.



03. De eiseressen en tussenkomende partijen hebben laatste conclusies ingediend op 31 januari 2014 en 25 maart 2014.

Verweerster heeft een syntheseconclusie ingediend op 15 april 2014.

04. De partijen werden gehoord op de openbare terechtzitting van 23 april 2014, waarna de zaak in beraad werd gesteld.

## II. Het verzoek tot heropening van het debat.

05. Verweerster heeft op 29 december 2014 een verzoekschrift ingediend tot heropening van het debat ten einde haar opmerkingen te kunnen meedelen over een nieuw stuk dat ze van overwegend belang acht.  
Het gaat om het arrest dat het Grondwettelijk Hof op 10 december 2014 heeft uitgesproken en waarbij een verzoek tot vernietiging van artikel IV.79 §1, tweede lid WER wordt verworpen.

06. Er is kennis gegeven van dit verzoekschrift aan de overige partijen in het geding bij een gerechtsbrief van 31 december 2014.

Enkel partij American Express Corporate Travel heeft op 8 januari 2014 haar opmerkingen ingediend binnen de wettelijke termijn. Ze besluit dat het verzoek moet worden verworpen.

07. Uit de hierna onder punt VII. van dit arrest geformuleerde overwegingen zal blijken dat het voormelde arrest geen interpretatieve evolutie inhoudt ten aanzien van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof die al bekend was op het ogenblik waarop de zaak in beraad werd genomen.

Het aangevoerde feit vormt geen nieuw en ter zake dienend feit dat de heropening van het debat wettigt.

08. Het verzoek wordt verworpen.





### III. De oorsprong van de grieven, de vorderingen en de standpunten.

09. De voorliggende vorderingen hebben alle hun oorsprong in de administratieve procedure die na de inwerkingtreding van Boek IV van het Wetboek Economisch Recht (hierna ook vermeld als IV. WER) is op gang gebracht door de Auditeur-generaal bij de BMa, met toepassing van artikel 42 §4 uit het vermelde Boek IV. en artikel 22 §3 van de wet van 3 april 2013, dat dit Boek IV. invoert in het WER.

De akte waarbij het auditoraat bij de BMa deed blijken dat die procedure werd aangevat is de brief van 26 september 2013 uitgaande van de Auditeur-generaal waarbij deze "Punten van Bezwaar" van het auditoraat in toepassing van artikel IV.42 §4 van het Wetboek van Economisch Recht" meedeelt en verzoekt op die punten te antwoorden tegen uiterlijk 28 oktober 2013.

Deze brief werd ingetrokken bij een latere brief van de Auditeur-generaal van 8 oktober 2013, waarbij deze de oorspronkelijke versie van de 'Punten van Bezwaar' meedeelt met verzoek om te antwoorden tegen uiterlijk 28 oktober 2013.

10. De punten van bezwaar vloeien voort uit een in zaak MEDE-I/O-06/0007A ambtshalve gevoerd onderzoek naar mededinging beperkende afspraken in de reissector. Dit onderzoek had geleid tot de indiening van een 'gemotiveerd verslag in toepassing van artikel 45 §4 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006' op 18 mei 2011.

*Volgens artikel 22 §3 van de vermelde wet van 3 april 2013 geldt volgende regeling voor de overgang van het stelsel van het oude recht naar het stelsel van Boek IV. WER: "In de zaken betreffende restrictieve praktijken waarin op datum van de inwerkingtreding van titel 2, hoofdstuk 1, afdeling 2, van voornoemd boek IV al een gemotiveerd verslag werd neergelegd bij de Raad voor de Mededinging wordt dit verslag terug overgemaakt aan de auditeur-generaal, en wordt het beschouwd als een in artikel IV.42, § 3, van het Wetboek van Economisch recht bedoelde mededeling van grieven. De procedure wordt verder gezet zoals bepaald in de artikelen IV.42, § 5, en de daarna volgende bepalingen van boek IV van hetzelfde Wetboek."*

11. De voormelde brief van 26 september 2013 heeft aanleiding gegeven tot een onderhoud tussen de Auditeur en advocaten van betrokken ondernemingen op 9 oktober 2013 waarna de Auditeur op die dag aan zijn gesprekspartners een e-mailbericht heeft verzonden met volgende tekst :

PAGE 01-00000103467-0007-0038-01-01-4



*"... Ik verwijs naar onze vergadering van heden morgen in bovenvermeld dossier.*

*Op uw vraag met betrekking tot de samenstelling van het onderzoeksdossier in deze zaak, kan ik u bevestigen dat de samenstelling van het onderzoeksdossier ongewijzigd is gebleven. Het huidige onderzoeksdossier bestaat uit dezelfde stukken als tijdens de procedure voor de Raad voor de Mededinging.*

*We hebben begrepen dat u de andere partijen, die niet aanwezig waren op het overleg van vandaag, hiervan zal informeren. ...."*

12. Daarop hebben de eisende partijen de voorliggende vorderingen ingesteld met toepassing van artikel 79, §1, 2<sup>de</sup> lid IV. WER, die gericht zijn tegen de inhoud van het e-mailbericht van 9 oktober 2013, die als bestreden beslissing wordt aangegeven.

Het e-mailbericht van 9 oktober 2013 wordt gekwalificeerd als *'een beslissing betreffende het aanwenden, in het onderzoek van zaak MEDE-I/O-06/0007A, van gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de op 23 februari 2006 en 7 maart 2006 verrichte huiszoeken'*.

Het vermelde artikel 79, §1, 2<sup>de</sup> lid schrijft voor: *"Na de mededeling van de grieven bedoeld in artikel IV.42, §4 en artikel IV.59, eerste lid, kan bij het hof van beroep te Brussel ook beroep worden aangetekend tegen beslissingen van het auditoraat betreffende het aanwenden in het onderzoek van de in het kader van een huiszoeking zoals bedoeld in artikel IV.41, §3, vierde lid verkregen gegevens, voor zover deze gegevens daadwerkelijk zijn gebruikt voor het staven van de grieven."*

13. Partij BTO steunt haar vordering ook op artikel 79, §2, 5<sup>o</sup> lid IV. WER, maar het inleidende verzoekschrift doet blijken dat die rechtsgrond enkel werd aangevoerd om de nagestreefde schorsing van de bestreden beslissing een rechtsgrond te bieden.

Wegens het reeds vermelde tussenarrest van 28 oktober 2013, behoort op deze rechtsgrond niet verder meer te worden ingegaan.

14. Alle eiseressen komen als betrokken onderneming op tegen de vermelde beslissing aangezien ze van oordeel zijn dat de gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de uitgevoerde huiszoeken onwettig werden verkregen enerzijds en al die gegevens worden gebruikt voor het staven van de grieven anderzijds.

Eiseressen BCD Belgian Travel en American Travel Corporate Travel wijzen ook een brief van 8 oktober 2013 van de Auditeur-generaal aan als bestreden beslissing.



Bij die brief beslist de Auditeur-generaal om 'de brief van 26 september 2013 en de bijgevoegde punten van bezwaar' in te trekken en het Verslag van 18 mei 2011 "als een mededeling van punten van bezwaar te beschouwen".

Alle eiseressen voeren een aantal gemeenschappelijke grieven aan en de eiseressen BTO en BCD formuleren ieder ook een specifieke grief aan in zake huiszoeking wat hen betreft.

15. De gemeenschappelijke grieven betreffen het feit dat de gegevens die onwettig werden verkregen bij of dankzij de huiszoeking omdat:

(i) de huiszoekingen werden verricht zonder voorafgaande rechterlijke machtiging en zonder mogelijkheid om beroep in te stellen bij een onafhankelijke rechter;

(ii) het onderzoek binnen het kader waarvan de huiszoekingen werden uitgevoerd elke rechtsgrond mist: er waren geen ernstige aanwijzingen van mededinging beperkende afspraken;

(iii) de bewijsgaring gebeurde op onwettige wijze aangezien ze neerkomt op een 'fishing expedition' of minstens 'out of scope' moet gesitueerd worden.

De eiseressen TUI en Jetair voeren ook aan dat de aanwending van de verkregen gegevens de rechten van verdediging schenden aangezien ze gebeurt nadat het onderzoek 7 jaar heeft aangesleept en ze verplicht worden zich te verweren tegen gegevens die zich meer dan 11 jaar geleden voordeden. Ze leiden hieruit af dat doeltreffend verweer niet meer mogelijk is en dat het beginsel van de redelijke termijn wordt geschonden.

Verder voeren de partijen BTO en BCD Travel ieder ook aan dat er een onwettige huiszoeking werd verricht in hun bedrijfslokalen bij ontstentenis van een opdrachtbevel.

16. De eisen hierover worden door de verschillende partijen als volgt geformuleerd:

(a) *in de zaken MR/19 en MR/22, door Tui Travel en Jetair*

- in hoofddeorde wordt gevorderd om de bestreden beslissing te vernietigen en voor recht te verklaren dat:



- geen van de gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de in het kader van de zaak MEDE-/I/O-06/0007A verrichte huiszoeken als bewijsmiddel mag worden aangewend hetzij door de Auditeur-generaal of de Auditeur of het Auditoraat ter adstructie van grieven of van een ontwerp van beslissing, hetzij door het Mededingingscollege bij de beoordeling van deze of een andere zaak hetzij door enig ander orgaan of aangestelde van de Belgische Mededingingsautoriteit;

- de originelen van alle gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de bij eiseressen verrichte huiszoeken moeten worden teruggegeven aan eiseressen en alle eventueel genomen kopieën daarvan moeten worden vernietigd.

- ondergeschikt wordt gevorderd om 'de ongrondwettigheid vast te stellen van artikel 23 §3 WBEM 1999 op basis van artikel 26 §4, 2<sup>de</sup> zin, 4<sup>o</sup> van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof van 6 januari 1989 en vervolgens te oordelen zoals in hoofdorde wordt geconcludeerd';

- meer ondergeschikt wordt voorgesteld om aan het Grondwettelijk Hof prejudiciële vragen te richten inzake de bestaanbaarheid met de Grondwet van het vermelde artikel 23, §3 WBEM 1999 en de behandeling van de zaak op te schorten in afwachting van het arrest van het Grondwettelijk Hof;

- in ieder geval zou dienen voor recht te worden verklaard dat alle gegevens die in het kader van of dankzij de huiszoeking bij BTO werden vergaard niet op geldige wijze zijn verkregen en dat alle gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de in het kader van zaak MEDE-/I/O-06/0007A verrichte huiszoeken die geen betrekking hebben op veronderstelde afspraken tussen tour-operatoren buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen;

- uit die verklaring dient te volgen dat geen van deze gegevens als bewijsmiddel mogen worden gebruikt hetzij door de Auditeur-generaal of de Auditeur of het Auditoraat ter adstructie van grieven of van een ontwerp van beslissing, hetzij door het Mededingingscollege bij de beoordeling van deze of een andere zaak hetzij door enig ander orgaan of aangestelde van de Belgische Mededingingsautoriteit;

- navolgend wordt voorgesteld dat het hof de eiseressen en de auditeur zou "opdragen om te goeder trouw overleg te plegen voor de uitzuivering van het onderzoeksdossier op basis van de hiervoor aangegeven criteria, met dien verstande dat de Auditeur geen ontwerp van beslissing mag opstellen of overleggen tenzij tussen partijen overeenstemming is bereikt of, in afwezigheid van overeenstemming, tenzij het hof over de betwisting zal hebben geoordeeld."



*(b) in de zaak MR/20 door CWT Belgium:*

- de beslissing tot opening van een ambtshalve onderzoek te vernietigen bij ontstentenis van ernstige aanwijzingen van een inbreuk;

- iedere uit de beslissing tot opening van een ambtshalve onderzoek voortvloeiende daad van onderzoek, daad van beslissing of andere rechtshandeling, inclusief de beslissing van het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit van 9 oktober 2013 betreffende het aanwenden, in het onderzoek van zaak MEDE-/I/O-06/0007A, van alle gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de op 23 februari 2006 en 7 maart 2006 onwettige huiszoeken te vernietigen, en

voor recht te verklaren dat:

- geen van de gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de in het kader van de zaak MEDE-/I/O-06/0007A verrichte huiszoeken als bewijsmiddel mogen worden aangewend hetzij door de Auditeur-generaal of de Auditeur of het Auditoraat ter adstructie van grieven of van een ontwerp van beslissing, hetzij door het Mededingingscollege bij de beoordeling van deze of een andere zaak hetzij door enig ander orgaan of aangestelde van de Belgische Mededingingsautoriteit.

- er geen rechtsgeldige grond is om CWT een inbreuk op artikel 1 §1 IV.WER ten laste te leggen.

*(c) in de zaak MR/21 door BCD Travel:*

- de beslissingen van het auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit van 8 en 9 oktober 2013 betreffende het aanwenden, in het onderzoek van zaak MEDE-/I/O-06/0007A, van alle gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de op 23 februari 2006 onwettige huiszoeken te vernietigen en voor recht te verklaren dat:

- geen van de gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de in het kader van de zaak MEDE-/I/O-06/0007A verrichte huiszoeken als bewijsmiddel mogen worden aangewend hetzij door de Auditeur-generaal of de Auditeur of het Auditoraat ter adstructie van grieven of van een ontwerp van beslissing, hetzij door het Mededingingscollege bij de beoordeling van deze of een andere zaak hetzij door enig ander orgaan of aangestelde van de Belgische Mededingingsautoriteit;

- de originelen van alle gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de bij eiseressen verrichte huiszoeken moeten worden teruggegeven aan eiseressen en alle eventueel genomen kopieën daarvan moeten worden vernietigd;



- de BMa het verbod op te leggen op welke wijze ook naar deze gegevens te verwijzen in documenten -van welke aard ook- die aan het Mededingingscollege zouden worden voorgelegd.

*(d) in de zaak MR/24 door Belgian Travel Organisation:*

- de beslissing te vernietigen om in de punten van bezwaar van 8 oktober 2013 de gegevens verkregen in het kader van de huiszoeken van 2006 in de zaak MEDE-/I/O-06/0007A ("Mededinging beperkende praktijken in de reissector") aan te wenden, alsook de gegevens uit onderzoekshandelingen die voortkomen uit die huiszoeken ter ondersteuning van de grieven ingeroepen tegen eiseres aan te wenden, en op zijn minst hun toekomstig gebruik in iedere punten van bezwaar of ontwerp-beslissing te verbieden.

*(e) in de zaak MR/25 door American Express Corporate Travel:*

- de beslissingen van het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit van 8 en 9 oktober 2013 betreffende het aanwenden in het onderzoek van de zaak MEDE-/I/O-06/0007A, van alle gegevens die werden verkregen in het kader van of dankzij de op 23 februari 2006 en 7 maart 2006 onwettige huiszoeken te vernietigen;

- dienvolgens voor recht te verklaren dat:

- geen van de gegevens die werden verkregen in het kader van de in zaak MEDE-/I/O-06/0007A verrichte huiszoeken, alsook de gegevens die werden verkregen in het kader van de onderzoekshandelingen die voortkomen uit die huiszoeken, als bewijsmiddel mogen worden aangewend, hetzij door de Auditeur-generaal of de Auditeur of het Auditoraat ter staving van grieven of van een ontwerp van beslissing, hetzij door het Mededingingscollege bij de beoordeling van deze of een andere zaak, hetzij door enig ander orgaan of aangestelde van de Belgische Mededingingsautoriteit.

Onder 'gegevens' dient wat deze eiseres betreft minstens te worden begrepen, onder voorbehoud van andere gegevens die haar betreffen en werden verkregen in het kader van de onwettige huiszoeken en in het kader van onderzoekshandelingen die voortkomen uit die huiszoeken:

♦ het verzoek om inlichtingen gericht aan deze eiseres op 8 juli 2009 en communicatie hieromtrent tussen eiseres en de BMa (onderzoeksdossier document 22 p. 775-783, document 23 p.784, document 24 pp. 785-787, document 25 pp. 788-789 , document 26 p.790);

♦ de antwoorden van eiseres dd. 10 augustus 2009 en 17 september 2009 op het verzoek om inlichtingen dd. 8 juli 2009 (onderzoeksdossier document 27 p.791, document 27(bis) pp. 792-817 (vertrouwelijke versie) en pp. 818-843 (niet-vertrouwelijke versie) en document 28 pp. 844-853);



♦ alle verwijzingen naar eiseres in enig document of enige verklaring afkomstig van enig andere partij in zaak MEDE-/I/O-06/0007A.

- de gegevens zowel uit het onderzoeksdossier als uit het proceduredossier moeten worden verwijderd;
- de originelen van de gegevens moeten worden terug gegeven aan eiseres en alle eventueel genomen kopieën daarvan moeten worden vernietigd.

Verder wordt als vordering geformuleerd dat, nu de Auditeur zijn oordeelsvorming, zoals weerspiegeld in de Punten van Bezwaar, heeft kunnen baseren op elementen verkregen in het kader van een onwettige huiszoeking waartoe eiseres geen toegang heeft gehad, de Punten van Bezwaar zoals gecommuniceerd op 8 oktober 2013 nietig moeten worden verklaard wegens de ernstige schending van het recht van verdediging.

17. Verweerster besluit dat de beroepen van de eiseressen moeten worden verworpen als niet ontvankelijk en minstens ongegrond en dat ze dienen te worden veroordeeld tot betaling van alle gedingkosten, waaronder 1.320 EUR rechtsplegingvergoeding.

Ze werpt samengevat het volgende verweer tegen wat de gemeenschappelijk aangevoerde grieven betreft:

(i) er waren wel degelijk ernstige aanwijzingen in de zin van artikel 23, §1, c) WBEM (oud – 1999) toen beslist werd om ambtshalve een onderzoek te openen: de brief van de minister van 3 juni 2005 vormde slechts één van de elementen die het toenmalige Korps van Verslaggevers ertoe brachten om een onderzoek te voeren; die aanwijzingen waren ook eenduidig, toetsbaar en gewichtig, zodat met een zekere graad van waarschijnlijkheid kon besloten worden dat er een mededingingsrechtelijke inbreuk kon voorhanden zijn.

(ii) de huiszoekingen vielen binnen het voorwerp van het onderzoek zoals het werd omschreven in de opdrachtbevelen: er werd aangegeven dat de huiszoekingen betrekking hadden op de ganse Belgische markt van reisdiensten en dat de vermoedelijke inbreuken verband hielden met fueltoeslagen, dossierkosten/service fees, samenwerkingsvoorwaarden tussen touroperators en de reisbemiddelaars, annuleringsvoorwaarden, -vergoedingen en -verzekeringen en het vermijden van een prijzenoorlog; het onderzoek was niet beperkt tot de verhoudingen tussen de touroperators onderling en zodoende vormden de huiszoekingen geen hengelpartij.



(iii) het ontbreken van voorafgaande rechterlijke machtiging heeft niet de nietigheid van de huiszoeken voor gevolg: inzonderheid werden artikel 8 EVRM en artikel 15 Grondwet niet geschonden; er is geen schending van artikel 8 EVRM omdat de huiszoeken bij wet waren voorzien, een legitiem doel nastreefden en noodzakelijk waren in een democratische samenleving; de huiszoeken waren ook pertinent wegens de bestaande aanwijzingen van mogelijke beperkende praktijken en proportioneel wegens de verleende waarborgen; artikel 15 van de Grondwet verleent volgens de BMA geen ruimere bescherming dan artikel 8 EVRM en het EHRM vergt niet dat er in alle omstandigheden een voorafgaande rechterlijke machtiging wordt verleend: dit is slechts één van de beoordelingselementen. Voorts meent de BMA dat mocht het hof er anders over oordelen en van mening zijn dat het ontbreken van een voorafgaandelijke rechterlijke machtiging artikel 8 EVRM schendt, de gepaste sanctie hiervoor niet zo ver kan reiken als de eiseressen betogen. Ze verwijst in dit verband naar de Antigoon-rechtspraak van het Hof van Cassatie. De ontstentenis van een onmiddellijke rechterlijke controle van de regelmatigheid van de huiszoeken is ook niet in strijd met het recht op een eerlijk proces.

(iv) de eiseressen beschikken over een verhaalsrecht tegen de betwiste huiszoeken: het blijkt uit het door hen ingediende verhaal en de rechtsbescherming die hen hierbij wordt geboden, voldoet aan alle waarborgen van artikel 6 EVRM. De BMA besluit hieruit dat de grief niet ontvankelijk is. Die onontvankelijkheid leidt ze ook af uit het gegeven dat een rechtsgang al beschikbaar was onder het stelsel van artikel 75 van de WBEM, volgens de interpretatie die er door het Grondwettelijk Hof is aan gegeven bij het arrest van 22 december 2011. Krachtens die uitlegging kon beroep worden ingesteld tegen beslissingen of handelingen van het Auditoraat, zodat na de mededeling door de Auditeur van het gemotiveerd verslag volgens artikel 45,§4 WBEM op 19 mei 2011, tegen die mededeling met de punten van bezwaar beroep kon worden ingesteld. Om die reden acht de BMA het voorliggende beroep ook laattijdig.

Voor het geval het hof mocht oordelen dat de huiszoeken niettemin onrechtmatig waren, wegens ontstentenis van een adequaat verhaalsrecht, betoogt ze verder dat het gepaste herstel niet vereist dat het Auditoraat de in het kader van of dankzij de bij veronderstelling onregelmatige huiszoeking bekomen gegevens niet als bewijsmiddel mag aanwenden. Als reden hiervoor wordt aangevoerd dat de Antigoon-toets in de voorliggende procedure kan worden uitgevoerd.

Ten slotte spreekt ze tegen dat er een onwettige huiszoeking zou verricht zijn in de bedrijfslokalen van BTO en van TQ3 Travel Solutions Belgium.





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

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

*“ ambtshalve of op verzoek van de Minister of de Raad voor de Mededinging wanneer daartoe ernstige aanwijzingen bestaan of na een klacht van een natuurlijke of rechtspersoon die aantoonbaar daarbij een rechtstreeks en dadelijk belang te hebben, in het geval van een inbreuk op artikel 2, §21, artikel 3,...”*

Onder §3, eerste lid van hetzelfde voorschrift werd bepaald: ‘...zijn de verslaggevers en de personeelsleden van de Dienst voor de Mededinging, daartoe door de Minister aangewezen, bevoegd om overtredingen van deze wet op te sporen en om deze overtredingen vast te stellen bij processen-verbaal die gelden tot het tegendeel is bewezen’.

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

- *“in de woning van de ondernemingshoofden, bestuurders, zaakvoerders, directeurs en andere personeelsleden alsook in de woning en in de lokalen die gebruikt worden voor professionele doeleinden van natuurlijke en rechtspersonen, intern of extern, belast met het commercieel, rekenplichtig, administratief, fiscaal en financieel beheer, en zulks tussen 5 en 21 uur, en met de voorafgaande machtiging door een onderzoeksrechter”*
- *in de lokalen, vervoermiddelen en andere plaatsen van ondernemingen waar zij redelijkerwijze vermoeden bescheiden of gegevens te kunnen vinden, welke zij voor het vervullen van hun opdracht nodig achten en waarvan zij kopie mogen nemen.”*

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

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



In artikel 43bis §1 werd bepaald: *“Tegen beslissingen waarbij de Raad voor de Mededinging de zaak terugstuurt naar de verslaggever en waarbij de voorzitter van de Raad elementen uit het dossier verwijderd, kan geen afzonderlijk beroep worden ingesteld”*.

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

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

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

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

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

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

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

Artikel 8.1 EVRM bepaalt dat elkeen recht heeft op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

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



Verder bepaalt artikel 13 EVRM dat één ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, recht heeft op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.

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

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

- artikel 7 dat de eerbiediging van het privéleven, het familie- en gezinsleven, de woning en zijn communicatie waarborgt en
- artikel 47 dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht waarborgt.

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

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

*2. (...)*

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

*4. (...)"*



V. De feiten van het geding.

22. Uit de ingediende overtuigingstukken blijkt over de feiten die ten grondslag liggen aan de betwiste huiszoeken en deze zoeken zelf, het volgende.

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

Zes opdrachtbevelen werden afgeleverd op 22 februari 2006 en ondertekend door zes verslaggevers. Ze bleven geldig op 23 en 24 februari 2006. Ze werden afgeleverd ten laste van Association of Belgian Tour Operators VZW, Thomas Cook Belgium NV, TUI Belgium NV en Tui Travel Center NV, Union Professionnelle des Agences de Voyage (UPAV) en de Vereniging van Vlaamse Reisbureaus.

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

23. De opdrachtbevelen betreffende de uitgevoerde huiszoeken geven onder meer het volgende aan:

- In juni 2005 vroeg de Minister van Economie aan de Dienst voor de Mededinging een onderzoek naar de concurrentieverhoudingen in de Belgische reissector, waarbij meer bepaald speciale aandacht uitging naar de positie van de ondernemingen TUI en Thomas Cook. Hierbij werden een aantal mogelijke invalshoeken in verband met een mogelijke inbreuk op artikel 2 van de Belgische mededingingswet aangegeven. Het gaat om veronderstelde afspraken in zake: fueltoeslagen, dossierkosten/service fees, samenwerkingsvoorwaarden tussen touroperators en de reisbemiddelaars, annuleringsvoorwaarden, -vergoedingen en -verzekeringen, vermijden van een prijzenoorlog.

- het onderzoek op vraag van de Minister én ernstige aanwijzingen van mogelijke inbreuken op artikel 2 van de WBEM en artikel 81 van het EG-Verdrag, die de Dienst inmiddels heeft verzameld, vormden de aanleiding voor het Korps Verslaggevers om ambtshalve een onderzoek te openen naar veronderstelde afspraken en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in verband met de geciteerde onderwerpen bij o.a. TUI Belgium nv, alsmede de door deze direct en indirect gecontroleerde ondernemingen.

De ernstige aanwijzingen waarvan in het opdrachtbevel gewag wordt gemaakt worden in die bevelen zelf niet nader gepreciseerd.



De Auditeur verwijst naar de desbetreffende gegevens in zijn gemotiveerd verslag onder de rubriek 'feiten en omstandigheden'. Deze rubriek omvat de randnummers 178 tot en met 328, waarbij gerefereerd wordt aan de voetnoten 132 tot en met 283.

24. De huiszoeken vonden plaats op 23 februari 2006 en 7 maart 2006 ten laste van de onder randnr. 22 vermelde ondernemingen en ondernemingsverenigingen, met uitzondering evenwel voor UPAV bij wie uiteindelijk geen huiszoeking werd uitgevoerd.

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

25. Navolgend hebben de eiseressen TUI Travel en Jetair op 16 januari 2012 uitgebreide schriftelijke opmerkingen ingediend bij de achtste kamer van de inmiddels afgeschafte Raad voor de Mededinging.

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

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

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

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



VI. De tijdigheid van de rechtsgang.

27. De BMa voert bij de beantwoording van het verweer onder meer ook aan dat er minstens sedert de invoering van de WBEM-2006 een rechtsgang was georganiseerd, zodat de voorliggende vorderingen van de betrokken ondernemingen onder de vigeur van artikel 79 §1, tweede lid IV.WER niet meer kunnen worden ontvangen.

Dit zou volgen uit de uitlegging van artikel 75 WBEM-2006 die door het Grondwettelijk Hof werd verleend bij het arrest van 22 december 2011.

Aldus zou de termijn om een beroep in te dienen bij het hof zijn verstreken.

28. De verhaalmogelijkheid die artikel 79 §1, 2°lid WER-IV. instelt is gericht tegen het aanwenden in het onderzoek van gegevens die voortkomen uit huiszoeken 'zoals bedoeld in artikel IV.41, §3 vierde lid'.

Het lijkt geen twijfel dat de gegevens waarvan de aanwending wordt betwist, strikt genomen niet voortkomen uit een huiszoeking bedoeld in artikel IV.41, §3 vierde lid, aangezien de aldus bedoelde huiszoeking precies behoort tot het nieuwe stelsel ingevoerd door de wet van 3 april 2013.

Evenwel blijken de partijen het erover eens dat de verwijzing naar het vermelde voorschrift geen andere relevantie toekomt, dan dat het moet gaan om een huiszoeking die is uitgevoerd binnen het kader van een onderzoek naar restrictieve praktijken.

Er anders over oordelen zou overigens impliceren dat tegen de betwiste huiszoeken geen mogelijkheid tot jurisdictionele toetsing zoals vereist door de rechtspraak van het EHRM voorhanden is, tenzij zou worden aangenomen dat die toetsing al mogelijk was onder het stelsel van de WBEM-2006.

29. Over de vraag naar de mogelijkheid om tegen een beslissing van de Auditeur een verhaal in te dienen bij het hof van beroep, in andere gevallen dan diegene die expliciet in de WBEM-2006 waren opgesomd, heeft het Hof van Cassatie prejudicieel geoordeeld dat die er niet was (arrest van 21 oktober 2011).

Verder heeft het Grondwettelijk Hof bij het arrest van 22 december 2011 arrest nr. 197/2011) uitspraak gedaan over de mogelijkheid om op grond van artikel 75 WBEM-2006 op te komen tegen een beslissing in zake een huiszoeking gelieerd aan de interventie van de voorzitter van de toenmalige Raad voor de Mededinging, als rechtscollege, die het opdrachtbevel behoorde te ondertekenen.



Het oordeel van het Grondwettelijk Hof over de schending van het gelijkheidsbeginsel door artikel 75 WBEM-2006 zou in een andere interpretatie van artikel 75 - waarbij een verhaal onmogelijk was – geluid hebben dat er sprake was van een schending van de grondwet.

In het voorliggende geval kan bij ontstentenis van opdrachtbevel uitgaande van een lid van een rechtscollege nochtans niet de band gelegd worden, die de weg naar een verhaal bij het hof kon openen.

30. Er kan dan ook niet worden aangenomen dat de eiseressen onder de vigeur van de WBEM-2006 een verhaal konden indienen tegen de impliciete beslissing van de Auditeur om in zijn gemotiveerd verslag de gegevens uit de huiszoeken of verkregen dankzij die huiszoeken te gebruiken.

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

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

#### VII. Beoordeling van de vorderingen.

32. Onder de partijen die als betrokken onderneming of ondernemingsvereniging een vordering hebben ingeleid, is er slechts één bij wie één van de betwiste huiszoeken werden verricht. Het gaat om de partij TUI Travel Belgium.

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

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



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

34. Met het middel geput uit de schending van artikel 23 §1, c) WBEM-1999, wordt niet de wettigheid van de huiszoeken als zodanig in vraag gesteld, maar de wettigheid van het gevoerde onderzoek zelf.

De gedachtegang luidt dat zelfs indien de gaafheid van de huiszoeken als zodanig niet betwistbaar zou zijn, dan zou nog blijven dat ze hoe dan ook niet mochten worden uitgevoerd aangezien de voorwaarde om een onderzoek ambtshalve te openen niet was vervuld.

Hieruit wordt afgeleid dat de akte die door de 'mededeling van de grieven' wordt gevormd onwettig is, aangezien ze het uitvloeisel is van een onderzoek dat nooit mocht worden gevoerd.

35. Volgens de vermelde wetsbepaling kon het Korps van Verslaggevers een onderzoek uit eigen beweging, of verzoek van de Minister of van de Raad voor de Mededinging slechts voeren indien er ernstige aanwijzingen waren van een inbreuk onder meer op artikel 2§1 of artikel 3 WBEM.

Het hof heeft eerder aangenomen dat aan die voorwaarde is voldaan wanneer er een veelvoud aan eenduidige, toetsbare en gewichtige feiten voorhanden is waaruit in een eerste beoordeling kan worden besloten dat er een zekere graad van waarschijnlijkheid bestaat dat met die feiten een inbreuk op de WBEM kan gemoeid zijn.

36. Vooreerst moet worden opgemerkt dat de rechtsgang die ingesteld is bij artikel 79 §1, tweede lid IV.WER een specifiek voorwerp heeft – de aanwending van gegevens die voortkomen uit een huiszoeking – en geen algemene prealabele zuivering van eventuele nietigheden beoogt.

Zoals aangegeven betreft de grief die met het middel wordt voorgelegd dat het gevoerde onderzoek in zijn geheel nietig is aangezien het niet kon worden ondernomen binnen de wettelijke voorwaarden, hetgeen onverlet kan laten dat de huiszoeken op zich genomen regelmatig verliepen.

Evenwel komt het oordeel over dergelijke grief in eerste instantie toe aan het administratief college dat over de resultaten van het gevoerde onderzoek zal dienen te oordelen.





37. In de mate dat moet worden aangenomen dat de naleving van die voorwaarde niettemin ook de wettigheid van de gevoerde huiszoekingen betreft, aldus begrepen dat die wettigheid mee bepaald wordt door de wettigheid van de opdrachtbevelen, waarvan de inhoud moet kunnen steunen op wettige motieven, kan het hof in de voorliggende rechtspleging enkel prima facie beoordelen of die motieven wettig kunnen zijn.

De opdrachtbevelen geven aan dat een ambtshalve onderzoek werd geopend naar praktijken die bij een brief van de Minister van Economie werden ter kennis gebracht en dat de beslissing om een onderzoek te openen werd genomen naar aanleiding van die brief -die om een onderzoek vraagt- zowel als wegens ernstige aanwijzingen van inbreuk op artikel 2 WBEM en artikel 81 EG-Verdrag (bedoeld wordt artikel 101 VWEU).

Die motivering lijkt in zoverre onzuiver dat zowel het verzoek van de minister als een ambtshalve genomen beslissing wordt aangevoerd, terwijl die twee in se zelfstandige en onderscheiden bronnen van onderzoek zijn, die gemeen hebben dat er ernstige aanwijzingen van inbreuk moeten bestaan vooraleer het onderzoek kan worden gestart.

38. De ernstige aanwijzingen worden niet in de opdrachtbevelen vermeld, maar het vermelde voorschrift uit artikel 23 WBEM-1999 schreef een motivering met die strekking ook niet voor.

In zoverre lijkt er geen onwettigheid voorhanden.

Voor het bestaan van de ernstige aanwijzingen verwijst de Auditeur in zijn gemotiveerd verslag naar het hoofdstuk 'feiten en omstandigheden'. Uit de voetnoten 132. tot en met 283. bij de randnummers 178. tot en met 328., blijkt dat het met de gegevens die al voorhanden waren toen het onderzoek werd gestart vrijwel uitsluitend gaat om persartikelen. Hij verwijst naar zes persartikelen gepubliceerd in Trends (3), De Standaard (1), De Morgen (1) en Le Soir (1) en daterend uit 1999 (1), 2000 (1), 2001 (3) en 2002 (1).

In conclusies maakt de BMa ook gewag van de klachtbrief van 6 januari 2005 van Test-Aankoop – die aan de basis lag van het verzoek van de Minister – en enkele documenten die tijdens navolgende gesprekken tussen de Dienst voor de Mededinging en een vertegenwoordiger van Test-Aankoop werden bezorgd.

In ieder van die documenten komen passussen voor die zouden kunnen wijzen op afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen enkele hoofdspelers in de sector van de touroperatoren. Aangenomen kan worden dat niet viel uit te sluiten dat die praktijk de medewerking van de reisagenten kon vergen.

Aldus kan worden aangenomen dat er prima facie ernstige aanwijzingen konden zijn zodat op dit punt de motieven van de opdrachtbevelen wettig kunnen zijn.



39. Partij BTO, die een beroepsvereniging is van reisagenten, werpt voor alles tegen dat de zoeking in haar bedrijfszetel onwettig is wegens ontstentenis van een opdrachtbevel dat daartoe was vereist.

Zij wijst er op dat het opdrachtbevel geen huiszoeking op haar zetel toelaat, terwijl er niettemin ook in haar kantoren een zoeking werd gehouden en documenten werden in beslag genomen.

De BMa verwerpt die grief, stellende dat er enkel in de kantoren van ABTO een huiszoeking werd gehouden en helemaal niet in de kantoren van BTO en dat geen van de door BTO aangegeven feitelijke elementen haar standpunt tegenspreekt.

40. Tot staving van haar grief voert BTO onder meer aan dat het proces-verbaal van de huiszoeking onvolledig is, in zoverre het geen melding maakt van het feit dat bij de huiszoeking aanvankelijk het kantoor van BTO – dat gelegen is naast dat van ABTO – werd betreden en dat de gemachtigde ambtenaren die de huiszoeking verrichtten eerst door haar enig personeelslid T. werden ontvangen.

Het betrokken personeelslid heeft op 2 september 2011 een verklaring in die zin ondertekend, die bij de conclusie van BTO is gevoegd. Hij geeft samengevat aan dat hij de inspecteurs kort na 08u30 heeft ontvangen in afwachting van de aankomst van de secretaris-generaal van ABTO, mevrouw E., die rond 09.u30 arriveerde, vervolgens zijn kantoor heeft verlaten om de schaarse ruimte ter beschikking te laten van de inspecteurs en bij zijn terugkeer heeft vastgesteld dat een USB-sleutel op zijn pc was aangesloten en dat mappen uit de kast waren gehaald.

41. De verklaring van de heer T. kan moeilijk zonder meer als ongeloofwaardig worden afgedaan, nu uit de inventaris van de huiszoeking opgesteld door agent G. blijkt dat de naam van de heer T. werd ingevuld als de titularis van het doorzochte kantoor, dat die naam nadien werd geschrapt en de naam van mevrouw E. werd ingevuld. Uit dat dossierstuk blijkt overigens ook dat drie documenten uit de inventaris werden geschrapt (doc. nrs. 1 en 3).

Evenwel heeft het enkele feit dat een huiszoeking zou zijn gehouden in het kantoor van BTO, niettegenstaande een opdrachtbevel daartoe ontbrak niet meteen een incidentie voor de deugdelijkheid van het onderzoeksdossier, tenzij zou blijken dat onwettig in beslag genomen gegevens in dat dossier worden aangewend.



42. Vooreerst moet hierover worden vastgesteld dat BTO geen dossierstukken identificeert waarvan ze aangeeft dat ze afkomstig zijn van de zoeking in haar kantoor.

Verder wordt in de 'mededeling van grieven' op de blz. 9 en 71 (voetnoten 13. en 218.) gewag gemaakt van een document MM3 (dat wordt geduid als 'tijdens de ABTO-huiszoeking in beslag genomen'), dat er zou kunnen op wijzen dat het bij BTO werd meegenomen: het betreft een interview met de voorzitter van BTO. Bij ontstentenis van bewijs van het tegendeel, kan de vermelding in die 'mededeling' dat het document uit de huiszoeking bij ABTO voorkomt, nochtans niet worden miskend.

Ten slotte kan bij ontstentenis van een bewijsstuk dat als afkomstig van een vermeende BTO-huiszoeking kan worden geïdentificeerd, ook niet worden aangenomen dat een dergelijk document aan de basis kon liggen van een onderzoeksverrichting.

43. Zodoende moet de grief van BTO worden verworpen. Zelfs indien haar kantoren onwettig zouden zijn doorzocht, dan nog blijkt een neerslag hiervan in het onderzoek niet aanwijsbaar.

44. BCD Travel Belgium, die rechtsopvolger is van TQ3, formuleert een gelijkkluidende grief: haar bedrijfslokalen bevonden zich op dezelfde verdieping van een gebouw te Mechelen als deze waar de kantoren van TUI Travel Center waren gevestigd en ook daar zou een huiszoeking zijn uitgevoerd, zonder enig opdrachtbevel. Zij voert aan dat blijkens twee dossierstukken tijdens de zoeking bij TUI Travel Center werd gesproken met personeelsleden van TQ3 en dat een inventaris van het kantoor van de bedrijfsleider van TQ3 (de heer W.) voorhanden blijkt.

De BMa betwist dat bij TQ3 een huiszoeking werd verricht, stelt dat er geen documenten van TQ3 werden in beslag genomen en doet ondergeschikt gelden dat krachtens het opdrachtbevel bij TQ3 een huiszoeking mocht worden verricht.

45. Mutatis mutandis overweegt het hof betreffende de grief van deze partij hetzelfde als betreffende de grief van BTO.

Overlgens blijkt de grief afgeleid uit het feit dat de heer W. en diens kantoor in de huiszoeking werd betrokken. Evenwel is deze laatste niet enkel bedrijfsleider van TQ3, maar ook van TUI Travel Center, waarmee TQ3 als bedrijf was verbonden.



Ook blijkt uit het proces-verbaal van verhoor en vaststelling na de huiszoeking, dat de heer W., die geïdentificeerd wordt als gedelegeerd bestuurder van TUI, kopieën kreeg van alle documenten die werden gekopieerd, zodat BCD Travel Belgium eenvoudig zou moeten kunnen aangeven welke van de in beslag genomen documenten zouden hebben toebehoord aan TQ3.

Evenwel identificeert BCD Travel Belgium geen enkel document uit het onderzoeksdossier waarop in haar kantoren de hand zou zijn gelegd.

46. Zodoende moet de grief van BCD Travel Belgium worden verworpen. Zelfs indien de kantoren van haar rechtsvoorganger onwettig werden doorzocht, dan nog blijkt een neerslag hiervan in het onderzoek niet aanwijsbaar.

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

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

In de regel vergt een inbreuk op de onschendbaarheid van de woning een bevel van de onderzoeksrechter (R. Declercq, Beginselen van strafrechtspleging, editie 2010, nrs. 407 e.v. met een opsomming van de gevallen waarin een huiszoeking zonder bevel van de onderzoeksrechter mogelijk is).

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

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

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



Het hof herinnert er telkens aan (i) dat het optreden van een onafhankelijke en onpartijdige rechter een belangrijke waarborg vormt bij de naleving van de voorwaarden voor een aantasting van de onschendbaarheid van de woning, gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en bij artikel 8.1 van het Europees Verdrag voor de rechten en (ii) dat het ontnemen van de waarborg van een voorafgaand rechterlijk optreden moet worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om de wettelijke doelstelling te bereiken en tegelijk moet worden gecompenseerd door andere toereikende waarborgen teneinde misbruiken te voorkomen [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)].

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 huiszoeken dat zij impliceren *“dat de betrokkenen binnen een redelijke termijn een daadwerkelijke jurisdictionele toetsing, zowel in feite als in rechte, kunnen verkrijgen van de regelmatigheid van de beslissing waarbij de maatregel is voorgeschreven en, in voorkomend geval, van de maatregelen die op grond van die beslissing zijn genomen; die toetsingsprocedure moet het, in geval van vaststelling van een onregelmatigheid, mogelijk maken hetzij te voorkomen dat de handeling plaatsvindt, hetzij, indien zij reeds heeft plaatsgevonden, de betrokkenen een gepast herstel te bieden (EHRM, 21 mei 2008, Ravon en anderen 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 overigens aan bij hetgeen het Grondwettelijk Hof al oordeelde bij het arrest nr. 197/2011 van 22 december 2011 (punt B.11), inzonderheid ook op het punt van de jurisdictionele toetsingsprocedure van de beslissing en de mogelijkheid om een gepast herstel te bieden dat elk nadelig gevolg teniet doet, wanneer een onregelmatigheid wordt vastgesteld.

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

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

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



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

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

50. Aldus beschouwd stroken de opdrachten tot de betwiste huiszoekingen, die verleend werden door het Korps van Verslaggevers, een korps van ambtenaren bij de federale overheidsdienst economie, niet met de onder randnr. 48 vermelde 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 ondernemingsgebouwen een huiszoeking werd gehouden, nu hun grondwettelijk gewaarborgd recht in de aangegeven zin werd geschonden.

In dit opzicht doet principieel niet ter zake dat volgens de uitlegging door het EHRM van de artikelen 6.1 en 8.1 EVRM, het ontbreken van een rechterlijke toelating tot huiszoeking kan ondervangen worden door een daadwerkelijke rechterlijke toetsing van de regelmatigheid van de huiszoeking binnen een redelijke termijn.

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

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

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

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



Zodoende kan de redelijkheid van de termijn in twee verschillende aspecten worden beschouwd: ofwel kan de procedure snel worden gevoerd zodat de maatregel kan worden voorkomen, ofwel is ze niet meteen open, maar blijft ze niettemin effectief doordat ze hetzelfde gevolg sorteert als in het geval ze meteen kon worden geïnitieerd.

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

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

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

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

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

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

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

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



Zodoende, zelfs indien zou kunnen worden aangenomen dat de datum van 1 januari 2007 voldoende dicht lag bij de data van de huiszoeken om nog op nuttige wijze te kunnen voorkomen dat van de meegenomen documenten gebruik zou kunnen worden gemaakt, bood de vermelde wetsbepaling niettemin geen rechtsgrond om de huiszoeken te bestrijden bij ontstentenis van een specifieke wettelijke bepaling die dergelijke rechtsgang instelde.

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

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

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

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

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

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

Zoals boven onder randnr. 52 reeds aangegeven kan niet worden aangenomen dat de artikelen 6.1 EVRM en 47 HGEU niet worden geschonden wegens het enkele bestaan van de voorliggende rechtsgang, indien deze er niet kan toe leiden dat de klagers in hun recht kunnen worden hersteld.





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

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

57. Betreffende de argumenten die door de partijen worden gewisseld nopens de toepassing van de Antigoon-criteria in strafzaken (Cass. 14 oktober 2003), die volgens verweerster op analogische wijze zouden dienen te worden gehanteerd, overweegt het hof dat die discussie in zoverre niet decisief is dat zelfs de analoge toepassing ervan, die overigens niet zondermeer inpasbaar is in civiele verhoudingen, niet a priori grond zou opleveren om de vordering van de betrokken eiseressen te verwerpen of in te willigen.

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

Overigens komt de antigoonwet, ingevoegd onder artikel 32 in de Voorlopige Titel Wetboek strafvordering (hierna WT Sv), als zodanig duidelijk niet voor toepassing in aanmerking. De vervolgingen op grond van het mededingingsrecht zijn immers van civielrechtelijke aard, ook al verloopt de procedure inquisitoriaal (Cass. 3 juni 2011), hetgeen niet belet dat het mededingingsrecht tot de openbare orde behoort.

58. Volgens een arrest van het Hof van Cassatie van 10 maart 2008 (zie hierover B. Allemeersch en S. Ryelandt, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon'", J.T. 2012, 165-174, over de vragen die dit arrest oproept naast de antwoorden die het verstrekt), gelden ook in civiele zaken beginselen in zake toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs, die gespiegeld lijken aan de Antigoon-criteria. Rekening houdende met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan, mag een dergelijk bewijs, behoudens het geval van miskennis van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, alleen worden geweerd wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waardoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht.



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

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

Voor de eiseres bij wie een huiszoeking werd verricht, is deze vraag onlosmakelijk verbonden met de vraag of haar op een andere wijze passend herstel kan worden geboden dan door de aldus verkregen gegevens te weren.

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

Mocht die onschendbaarheid gerespecteerd zijn gebleven volgens de grondwettelijke norm, dan konden de bezwarende feitelijke gegevens niet worden verzameld. De onregelmatigheid betreft dus de vrijheid zelf die door de miskende norm wordt beschermd. In een procedure waarop de regels van het EVRM toepassing vinden, hetgeen niet het geval is voor de administratieve procedure, brengt die onregelmatigheid het recht op een eerlijk proces ook effectief in het gedrang (vgl. Cass. 2 maart 2005).

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

Had ten tijde van de zoekingen tegen beslissingen van het Korps van Verslaggevers een rechtsgang kunnen worden geopend, waarbij om toepassing van artikel 19, tweede lid Gerechtelijk Wetboek kon worden verzocht, dan had kunnen worden voorkomen dat de gegevens uit die zoekingen werden gebruikt. Evenwel zijn alle ongrondwettig verzamelde gegevens inmiddels verwerkt in de mededeling van de grieven.

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



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

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

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

63. Verder schrijft artikel 22 §3 van de wet van 3 april 2013 voor: *' In de zaken betreffende restrictieve praktijken waarin op datum van de inwerkingtreding van titel 2, hoofdstuk 1, afdeling 2, van voornoemd boek IV al een gemotiveerd verslag werd neergelegd bij de Raad voor de Mededinging wordt dit verslag terug overgemaakt aan de auditeur-generaal, en wordt het beschouwd als een in artikel IV.42, § 3, van het Wetboek van Economisch recht bedoelde mededeling van grieven. De procedure wordt verder gezet zoals bepaald in de artikelen IV.42, § 5, en de daarna volgende bepalingen van boek IV van hetzelfde Wetboek."*

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

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

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

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



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

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

Verder, in de hypothese dat deze obstakels zouden worden terzijde geschoven binnen het kader van een administratieve procedure, zou binnen het kader van een navolgend beroep voor het hof, de toepassing van het beginsel van het eerlijk proces uit artikel 6.1 EVRM niettemin eenzelfde obstakel opleveren. Het hof zou immers, zonder schending van artikel 6.1, niet tegelijk kunnen kennis nemen van toegelaten dossierstukken ten laste van de enen en er abstractie van maken als te weren dossierstukken ten laste van de anderen.

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

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

#### VIII. Algemene conclusie.

66. De vordering zoals ze in hoofdde wordt geformuleerd door de eiseres TUI Travel Belgium behoort te worden toegewezen zoals in het dictum hierna is aangegeven.

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



67. Alle overige in hoofde of ondergeschikte orde geformuleerde aanvoeringen van de partijen tot staving van hun grieven en van het verweer dan diegene die onder punt VI. worden beantwoord, voegen niets toe, kunnen niet leiden tot een andere conclusie en behoeven dan ook geen verdere behandeling.

68. De kosten van de rechtspleging, waaronder een rechtsplegingvergoeding van 1.320 EUR voor ieder van de eiseressen, komen ten laste van verweerster.

#### **IX. Dictum.**

#### **Het hof,**

Beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Ontvangt de gevoegde hoofdvorderingen,

Ontvangt de vorderingen bij tussenkomst,

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

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

Zegt dat:

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

- de originelen van alle gegevens die werden verkregen in het kader van de bij eiseres TUI Travel Belgium verrichte huiszoeken moeten worden teruggegeven aan deze eiseres en alle eventueel genomen kopieën daarvan moeten worden vernietigd.

PAGE 01-00000103469-0037-0038-01-01-4



Veroordeelt verweerster tot betaling van de kosten verbonden aan de rechtspleging,  
begroot op 210 EUR rolrechten en 1.320 EUR rechtsplegingsvergoeding ten voordele van  
leder van de eiseressen.

\*\*\*\*\*

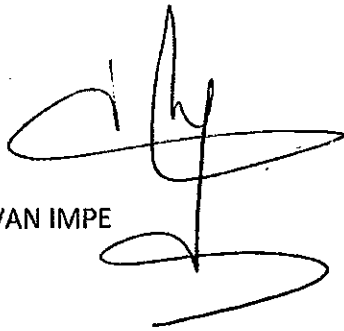
Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de kamer 18 van  
het hof van beroep te Brussel op 18 februari 2015,

Waar aanwezig waren:

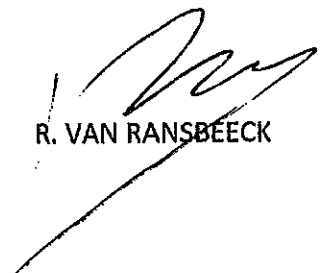
- Dhr. P. BLONDEEL,
- Dhr. E. BODSON,
- Dhr. R. VAN RANSBEECK,
- Mevr. D. VAN IMPE,

Kamervoorzitter,  
Raadsheer,  
Raadsheer,  
Griffier.

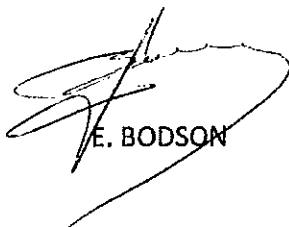
D. VAN IMPE



R. VAN RANSBEECK



E. BODSON



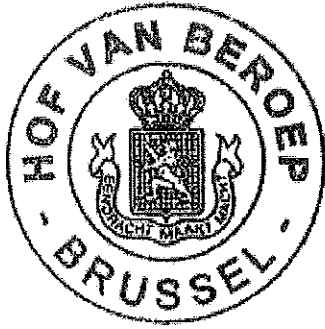
P. BLONDEEL



Eensluidend verklaarde kopie  
Afgeleverd aan: BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT

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

Brussel, 27-02-2015



A handwritten signature in black ink, appearing to be "E. HELPERS".

E. HELPERS  
Griffier