

Rolnummer 5137
Arrest nr. 197/2011 van 22 december 2011

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vragen betreffende de artikelen 44, 45 en 75 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, gesteld door het Hof van Beroep te Brussel.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters R. Henneuse en M. Bossuyt, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul en F. Daoût, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter R. Henneuse,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* * *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vragen en rechtspleging*

Bij arrest van 6 april 2011 in zake de nv van publiek recht « Belgacom », in aanwezigheid van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 13 april 2011, heeft het Hof van Beroep te Brussel de volgende prejudiciële vragen gesteld :

« 1. Schendt artikel 75 van de gecoördineerde wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging (WBEM), geïnterpreteerd in die zin dat het een beroep bij het Hof van Beroep te Brussel tegen de beslissingen of de handelingen van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging in het kader van een onderzoeksprocedure betreffende restrictieve mededingingspraktijken uitsluit, omdat geen enkele andere rechterlijke instantie van zulk een beroep kan kennisnemen, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, alsook het recht op een daadwerkelijke jurisdictionele toetsing voor een onafhankelijke rechter in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht, dat is gewaarborgd bij artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ?

2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord : Schenden de artikelen 44, 45 en 75 van de WBEM de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, alsook het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, doordat het Hof van Beroep zich moet uitspreken over de regelmatigheid of de nietigheid van de onderzoekshandelingen betreffende restrictieve mededingingspraktijken, zonder dat een wettelijk kader dat de rechten van de onderneming waarborgt, de principes en nadere regels aangeeft volgens welke die jurisdictionele toetsing moet worden uitgevoerd, terwijl, indien diezelfde onderzoekshandelingen zouden worden uitgevoerd in het kader van een strafonderzoek, de betrokkene over rechten beschikt die bij wet zijn toegekend, met name bij de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering ? ».

Memories en memories van antwoord zijn ingediend door :

- de nv van publiek recht « Belgacom », waarvan de maatschappelijke zetel is gevestigd te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 27;

- het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging, waarvan de burelen zijn gevestigd te 1000 Brussel, Koning Albert II-laan 16;

- de Ministerraad.

Op de openbare terechtzitting van 22 november 2011 :

- zijn verschenen :

. Mr. D. Van Liedekerke, Mr. E. de Lophem en Mr. H. Gilliams, advocaten bij de balie te Brussel, voor de nv van publiek recht « Belgacom »;

. Mr. F. Tulkens en Mr. S. Seys, advocaten bij de balie te Brussel, voor het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging;

. Mr. A. Foriers, advocaat bij het Hof van Cassatie, en Mr. R. Jafferali, advocaat bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers J. Spreutels en L. Lavrysen verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil

Bij het Hof van Beroep te Brussel wordt door de publiekrechtelijke nv Belgacom (hierna : Belgacom) een beroep ingesteld tegen beslissingen die, in het kader van het onderzoek van een klacht ingediend door de nv « Mobistar » en de nv « KPN Belgium », zijn genomen door het auditoraat dat is opgericht bij de Raad voor de Mededinging, met toepassing van artikel 44, § 1, 2°, van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (hierna : WBEM). Die beslissingen hebben betrekking op de verwerking van elektronische documenten en bestanden die in beslag werden genomen tijdens huiszoeken die werden verricht door het auditoraat krachtens een voorafgaande machtiging die door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging werd verleend op grond van artikel 44, § 3, vijfde lid, 2°, van de WBEM, en zijn vermeld in een proces-verbaal van 22 februari 2011 en in een e-mailbericht van 4 maart 2011; het gaat om een beslissing waarbij het verzoek van Belgacom om een vertrouwelijk karakter (het statuut van « *legal professional privilege* ») toe te kennen aan een reeks documenten waarop beslag werd gelegd tijdens een huiszoeking in haar lokalen wordt verworpen, om een beslissing betreffende een onmiddellijke verzending, aan het onderzoeksteam, van documenten die tijdens de voormelde huiszoeking in beslag werden genomen, en om een beslissing waarbij gegevens die tijdens de huiszoeking in beslag werden genomen, worden beschouwd als deel uitmakend van het voorwerp van het onderzoek (« *in scope* »).

Belgacom is van mening dat een jurisdictionele toetsing van de handelingen van tenuitvoerlegging van de machtiging tot huiszoeking noodzakelijk is krachtens internationaalrechtelijke normen; zij betwist zowel de bevoegdheid van de auteur van de beslissing als de weigering om het vertrouwelijke karakter van bepaalde documenten te erkennen; zij doet gelden dat de regels betreffende het gebruik van de talen niet in acht werden genomen, dat de beslissingen die zij bekritiseert niet zijn gemotiveerd, dat het opdrachtbevel en de machtiging tijdens het onderzoek niet werden nageleefd, en dat zij niet over een redelijke termijn kon beschikken om na te gaan of de in beslag genomen documenten tot het voorwerp van het onderzoek behoorden, noch over de mogelijkheid om zich te verzetten tegen de weigering van het auditoraat om de documenten die niet tot dat voorwerp zouden behoren, te verwijderen. Zij verzoekt bovendien om de schorsing van de door haar bestreden beslissingen.

Het auditoraat antwoordt dat zijn beslissingen (die het eerste geval zijn van toepassing van de procedure van elektronische beslaglegging) gegrond zijn op de machtiging die door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging werd verleend; het beroept zich op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie om zijn beslissingen betreffende het vertrouwelijke karakter van de in het geding zijnde documenten te verantwoorden, en verwijst naar de procedures die in Nederland en in Frankrijk worden toegepast met betrekking tot de beslaglegging op elektronische gegevens.

De minister betwist de ontvankelijkheid van het beroep; hij merkt op dat, ook al maakt het auditoraat deel uit van de Raad, zijn beslissingen niet het in artikel 75 van de WBEM beoogde karakter hebben van beslissingen van de Raad, die de enige beslissingen zijn waartegen beroep kan worden ingesteld voor het Hof van Beroep (behalve in het geval van artikel 61, § 4, van de WBEM). De beroepen tegen bepaalde beslissingen van het

auditoraat vallen onder de bevoegdheid van de Raad of van de voorzitter (artikelen 44, § 8, 45, § 2, en 62, § 3), en te dezen is tegen de bestreden beslissingen in geen enkel beroep voorzien. Zij kunnen worden betwist voor de kamer van de Raad voor de Mededinging die ten gronde uitspraak moet doen over de zaak, maar verschillende beroepen zouden leiden tot een toename van het aantal procedures en zouden de verantwoordelijke autoriteit verhinderen om met de vereiste snelheid te handelen.

Het Hof van Beroep wijst erop dat, met uitzondering van de beslissingen van de Ministerraad betreffende concentraties - die onder de bevoegdheid van de Raad van State vallen -, de beroepen waarin de WBEM voorziet, tot de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel behoren. De WBEM heeft niettemin in beroepen voorzien in specifieke gevallen. Dat is met name het geval wanneer een beroep wordt ingesteld tegen een door de auditeur genomen beslissing tot seponering, dat bij de voorzitter van de Raad moet worden ingesteld (artikel 62, § 4), wanneer een beroep wordt ingesteld tegen een beslissing tot sepot van een klacht, geval waarin men zich moet wenden tot een kamer van de Raad (artikel 45, § 2), en in het geval van een beroep dat betrekking heeft op een beslissing van de auditeur over het vertrouwelijke karakter van gegevens (artikel 44, § 8), dat moet worden voorgelegd aan een raadslid dat door de voorzitter van de Raad is aangewezen. Die specifieke gevallen hebben, in de geest van de wetgever, te maken met de aard van de beslissing en met het stadium van de procedure waarin het geschil opduikt.

Het Hof van Beroep is van mening dat de bewoordingen van artikel 75 van de WBEM zouden kunnen doen veronderstellen dat de beslissingen van het auditoraat - dat in artikel 11 als component van de Raad wordt aangeduid - het voorwerp kunnen uitmaken van een beroep voor het Hof van Beroep, maar merkt op dat de verwijzing, in deze bepaling, naar artikel 79 daarentegen zou kunnen doen denken dat dit beroep enkel openstaat tegen de beslissingen van de Raad als administratief rechtscollege. De handelingen van het auditoraat die eigen zijn aan het onderzoek, kunnen worden betwist tijdens de procedure ten gronde maar kunnen niet, met uitzondering van de beslissingen betreffende het seponeren van de klacht (artikel 44, § 1, 2° en 3°, van de WBEM), het voorwerp uitmaken van een toetsingsprocedure die vergelijkbaar is met die van de regeling van de procedure in strafzaken of op een andere wijze tijdens het onderzoek, terwijl die handelingen in geen enkel opzicht verschillen van de onderzoekshandelingen die in dat kader worden uitgevoerd, zoals een huiszoeking, een beslaglegging of een verzegeling.

Het Hof van Beroep merkt overigens op dat de klacht eveneens betrekking heeft op een mogelijke inbreuk op artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, wat impliceert dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en het recht op een onpartijdig gerecht die zijn verankerd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en waarop rechtspersonen zich kunnen beroepen overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, worden toegepast; het oordeelt dat er geen twijfel over bestaat dat de situatie waarin de verzoekster zich zou bevinden indien een exceptie van onontvankelijkheid zou worden tegengeworpen tegen haar beroep, niet bestaanbaar zou zijn met het internationale recht. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft immers beslist, aangaande een huiszoeking die werd uitgevoerd door een mededingingsautoriteit in het kader van een onderzoek op dat gebied, dat de betrokkenen zowel in feite als in rechte een jurisdictionele toetsing moeten kunnen verkrijgen van de regelmatigheid van de beslissing die de huiszoeking voorschrijft en van de maatregelen die op grond daarvan zijn genomen; dat beroep moet het, bij vaststelling van een onregelmatigheid, mogelijk maken hetzij te voorkomen dat de handeling plaatsvindt, hetzij, indien reeds een onregelmatig geachte handeling heeft plaatsgevonden, de betrokkene een gepast herstel te bieden. Volgens diezelfde rechtspraak laat een toetsing van de verrichtingen door de rechter die de huiszoeken en beslagleggingen heeft toegestaan, geen onafhankelijke toetsing toe van de regelmatigheid van de machtiging zelf, en moet een daadwerkelijke toetsing in feite en in rechte een zeker karakter hebben binnen een redelijke termijn, wat uitsluit dat een beroep dat daartoe wordt ingesteld slechts in het kader van een procedure ten gronde kan worden aangewend.

Het Hof van Beroep stelt vast dat de interpretatie van artikel 75 van de WBEM, die in de richting gaat van een exceptie van onbevoegdheid door het ontbreken van een rechterlijke uitspraak ten gronde, een rechtssituatie zou creëren die onbestaanbaar is met de vereisten van het internationaal recht, en de betrokkenen op discriminerende wijze waarborgen zou ontzeggen die worden toegekend aan de personen tegen wie een strafonderzoek loopt. Het stelt bovendien vast dat, indien de vordering ontvankelijk zou worden verklaard, het niet zeker is dat ze een gelijke behandeling kan waarborgen; immers, door het ontbreken van normen die vergelijkbaar zijn met de artikelen 131 of 235*bis* van het Wetboek van strafvordering, die betrekking hebben op onregelmatigheden, verzuimen of nietigheden, mist het Hof van Beroep rechtsmacht en kan het bijgevolg geen zeker en voorzienbaar juridisch kader bieden voor de onderneming waartegen het onderzoek loopt.

Het richt bijgevolg de voormelde prejudiciële vragen aan het Hof. In afwachting van het antwoord van het Hof, baseert het zich op artikel 19, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek om een voorlopige bewarende maatregel te bevelen vanuit de overweging dat het, in de huidige stand van de nationale wetgeving, het enige onafhankelijke rechtscollege is in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens waarop Belgacom een beroep kan doen ter kennisneming van haar grieven.

III. *In rechte*

- A -

A.1.1. De nv van publiek recht « Belgacom » (hierna : Belgacom) brengt de feiten van de zaak en de op het geschil toepasselijke bepalingen in herinnering door onder meer aan te geven dat de taal van de procedure aanleiding heeft gegeven tot een tussengeschil dat het Hof van Beroep te Brussel ertoe heeft gebracht vijf prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Cassatie, op grond van de artikelen 72 en 73 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (hierna : de WBEM). Het Hof van Cassatie zal zich, rekening houdend met de proceduretermijnen, moeten uitspreken vóór het Grondwettelijk Hof. In haar memorie herinnert Belgacom eraan dat documenten in beslag werden genomen en nog steeds verzegeld zijn, en dat zij de onherstelbare schade die dat impliceert wenst te voorkomen.

A.1.2. De Ministerraad geeft aan dat de WBEM tot doel heeft de economische mededinging te vrijwaren, en een snelle behandeling van de zaken tracht te waarborgen. Die bekommernis komt in het bijzonder tot uiting in het stadium van het onderzoek dat aan het auditoraat is toevertrouwd. Hij wijst erop dat de wet de term « Raad voor de Mededinging » in ruime zin - de instelling bedoeld in artikel 11, § 2, die uit drie organen bestaat - en in enge zin - het administratief rechtscollege met een beslissingsbevoegdheid die door twaalf raadsleden wordt uitgeoefend, dat wordt beoogd in artikel 11, § 1 - gebruikt. Dat onderscheid duikt meermaals op in de wet, waarvan verschillende bepalingen het auditoraat en de Raad, opgevat in enge zin, tegenover elkaar plaatsen.

De Ministerraad verwerpt de interpretatie die de verwijzende rechter aan artikel 75 van de WBEM geeft, volgens welke zou kunnen worden aangenomen dat de beslissingen van het auditoraat, onder bepaalde voorwaarden, binnen het toepassingsgebied van die bepaling kunnen vallen : in de parlementaire voorbereiding van de wet wordt immers aangegeven dat de vroegere regeling voor beroepen (artikel 49 van de wet van 1 juli 1999 tot bescherming van de economische mededinging) wordt gehandhaafd, volgens welke de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van zijn voorzitter vatbaar zijn voor een beroep bij het Hof van Beroep te Brussel, terwijl destijds het korps verslaggevers - thans het auditoraat - geen deel uitmaakte van de Raad, maar was ingesteld bij de Dienst voor de Mededinging van het Ministerie van Economische Zaken (artikel 14 van dezelfde wet). Die interpretatie wordt bevestigd door de algemene economie van de wet, die slechts vier gevallen beoogt waarin beroep kan worden ingesteld tegen een handeling of een beslissing van het auditoraat als dusdanig (artikelen 44, § 8, 45, §§ 2 en 3, 61, §§ 3 en 4, en 62, §§ 3 en 4) : hetzij wanneer de beslissing een einde maakt aan de procedure, hetzij tijdens die procedure, hetzij wanneer zij betrekking heeft op de vertrouwelijkheid van de gegevens; in dat laatste geval is de procedure aan korte termijnen onderworpen teneinde het onderzoek niet te vertragen, doel dat eveneens wordt nagestreefd door artikel 61, § 5, tweede lid, dat een beroep tegen de beslissingen van de auditeur betreffende de voorwaarden voor toepassing van de vereenvoudigde procedure uitsluit.

A.1.3. Het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging herinnert aan de context van de in het geding zijnde bepalingen en geeft aan dat artikel 11 van de WBEM een onderscheid maakt tussen de Raad voor de Mededinging « in enge zin », die een administratief rechtscollege is (§ 1) van de Raad voor de Mededinging « in ruime zin », die is samengesteld uit drie organen, namelijk de Raad voor de Mededinging « in enge zin », het auditoraat en de griffie. Het brengt vervolgens de feiten van de zaak in herinnering door aan te geven dat die zaak het Hof van Beroep te Brussel, waarbij door Belgacom twee beroepen werden ingesteld, ertoe heeft gebracht prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Cassatie in het kader van het eerste beroep, en aan het Grondwettelijk Hof in het kader van het tweede.

Ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag

A.2.1. Belgacom stelt vast dat de eerste prejudiciële vraag de artikelen 10 en 11 van de Grondwet beoogt, maar onderstreept de pertinentie van de artikelen 15 en 22 van de Grondwet, waarvan de combinatie in substantie overeenkomt met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens; de bij dat laatste artikel ingevoerde bescherming wordt toegekend aan de zetel van ondernemingen. Zij verwijst ook naar artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, dat van toepassing is uit hoofde van het burgerlijke karakter van het in het geding zijnde recht (het recht op eerbiediging van de woning) en uit hoofde van de strafvervolging, zoals die inzake restrictieve mededingingspraktijken, waarbij de zwaarte van de beschuldigingen en het onterende karakter van een eventuele veroordeling even aanzienlijk kunnen zijn als die welke verbonden zijn aan de « harde kern » van het strafrecht. Zij verwijst verder nog naar artikel 13 van hetzelfde Verdrag dat, meer nog dan artikel 6, wijst op de noodzaak van een daadwerkelijk rechtsmiddel. Die bepalingen stemmen overeen met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat, sinds het Verdrag van Lissabon, dezelfde juridische waarde heeft als het Verdrag betreffende de Europese Unie.

A.2.2. Belgacom verwijst naar de rechtspraak van het Hof om te stellen dat het ontbreken van de mogelijkheid van een rechtsmiddel tegen de beslissing van een overheidsinstantie in principe een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet impliceert. Dat recht op een rechtsmiddel vloeit voort uit het fundamentele karakter van het recht dat door de beslissing wordt beperkt; eenieder heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel dat ertoe strekt de wettigheid van een huiszoeking te laten toetsen door een rechter, en het recht op een daadwerkelijke bescherming wordt bekrachtigd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, eerst in het arrest *Ravon* (zaak nr. 18497/03 van 21 februari 2008), dat werd gewezen in verband met huiszoekingen op het vlak van fiscale fraude, en vervolgens in de arresten *Canal Plus* en *Primagaz* (zaken nrs. 29408/08 en 29613/08 van 21 december 2010), inzake huiszoekingen door mededingingsautoriteiten; die arresten keuren de Franse wet af, die wel voorzag in een toetsing van het verloop van de huiszoeking, door de rechter die ze had toegestaan, en in een beroep voor diezelfde rechter, maar die niet voorzag in een ander rechtsmiddel dan een voorziening in cassatie, tegen diens beslissing.

Belgacom verwijst ten slotte naar de rechtspraak van het Hof inzake lacunes in de wetgeving, omdat het die kwestie is die in de huidige zaak aan de orde is.

A.2.3. Belgacom leidt, uit de door haar aangevoerde rechtspraak af, dat de artikelen 6, 8 en 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens vereisen dat onmiddellijk beroep moet kunnen worden ingesteld tegen de maatregelen die door het auditoraat worden of moeten worden genomen op grond van de machtiging tot huiszoeking, zonder dat een beslissing over de grond van de zaak moet worden afgewacht. Te dezen is het Hof van Beroep overigens met grote spoed overgegaan tot een voorlopige regeling van de situatie. Het oordeel van de rechter zou immers niet mogen worden beïnvloed door elementen die hij niet in aanmerking zou mogen nemen. Indien die elementen voor het auditoraat of het onderzoeksteam maandenlang toegankelijk zouden blijven, zou de onregelmatige situatie niet meer kunnen worden rechtgezet door middel van, zo nodig, voorlopige maatregelen, zoals de rechtspraak vereist. Het auditoraat heeft overigens de bevoegdheid van het Hof van Beroep niet betwist.

A.2.4. Belgacom wijst erop dat artikel 75 van de WBEM de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel in algemene bewoordingen formuleert, niettegenstaande de rechtsmiddelen waarin in drie specifieke gevallen is voorzien, zodat, in de regel, het gemeenrechtelijk beroep wel degelijk het beroep is dat bij artikel 75 van de WBEM is vastgelegd. Zij stelt vast dat het Hof van Beroep aan die bepaling een dubbele interpretatie geeft naargelang men al dan niet ervan uitgaat dat de beslissingen van het auditoraat door het genoemde artikel 75 worden beoogd. De eerste interpretatie - die niet de interpretatie is waarop de prejudiciële vraag is gebaseerd, ook al heeft het Hof van Beroep zich niet de tweede interpretatie toegeëigend - is toelaatbaar doordat de handelingen van het auditoraat niet louter voorbereidend of van interne orde zijn en subjectieve rechten of legitieme belangen kunnen schenden, zodat zij beslissingen vormen in de zin van artikel 75. Het criterium van de grief wordt bevestigd door de rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Unie, en die grief heeft een onmiddellijk karakter ten aanzien van Belgacom.

Die interpretatie is ook toelaatbaar doordat het auditoraat, krachtens artikel 11 van de WBEM, wel degelijk deel uitmaakt van de Raad voor de Mededinging, die in artikel 75 wordt beoogd. Men kon uit artikel 79 weliswaar afleiden dat artikel 75 slechts betrekking heeft op de beslissingen van de Raad als eigenlijk administratief rechtscollege dat uitspraak doet, met uitsluiting van de beslissingen van het auditoraat; die redenering is echter niet logisch want de verwijzing naar artikel 79 kan geen restrictief gevolg hebben voor de rest van artikel 75 : artikel 79 vermeldt niet de beslissingen van het auditoraat en kan ze dus niet uitsluiten van

een andere bepaling. Men zou weliswaar ervan kunnen uitgaan dat de term « Raad voor de Mededinging » die in artikel 79 van de WBEM voorkomt, meer in het bijzonder betrekking heeft op het eigenlijke administratief rechtscollege dat uitspraak doet, maar men ziet niet in welk opzicht dat enige repercussie zou hebben voor de interpretatie van de term « Raad voor de Mededinging » in artikel 75 van de WBEM. Die interpretatie zou overigens niet coherent zijn met artikel 61, § 5, tweede lid, (dat in dat geval nutteloos zou zijn in zoverre het bepaalt dat de brief van het auditoraat waarop het betrekking heeft, niet vatbaar is voor afzonderlijk beroep), noch met de artikelen 18, § 2, en 30 van de WBEM (die eveneens nutteloos zouden zijn in zoverre zij bepalen dat de beslissingen van de algemene vergadering met betrekking tot de wraking van een raadslid of een auditeur, niet vatbaar zijn voor beroep). Noch de tekst van artikel 75, noch de parlementaire voorbereiding laten toe te besluiten tot een restrictieve interpretatie van artikel 75.

A.2.5. De Ministerraad is van mening dat de interpretatie van artikel 75 die in de eerste prejudiciële vraag eraan wordt gegeven, in overeenstemming is met de parlementaire voorbereiding en met de algemene economie van de wet, namelijk dat het niet toelaat een afzonderlijk en onmiddellijk beroep in te stellen tegen de beslissingen van de auditeur, onverminderd het onderzoek waarvan zij het voorwerp kunnen uitmaken tijdens het onderzoek van de grond van de zaak. De prejudiciële vraag wil die bepaling plaatsen tegenover de referentienorm die wordt gevormd door het recht op toegang tot een rechter, dat is uitgedrukt in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, waarbij artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie overigens niets aan die bepaling toevoegt; de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet is verbonden aan de aangevoerde schending van het recht op toegang tot een rechter, waarbij de artikelen 20 en 21 van het voormelde Handvest overigens niets aan die bepalingen toevoegen.

A.2.6. Volgens de Ministerraad heeft het recht op toegang tot een rechter een relatief karakter en dat des te meer omdat, volgens het arrest *Jussila* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 23 november 2006 (zaak nr. 73053/01), het mededingingsrecht niet tot de « harde kern » van het traditionele strafrecht behoort. De inachtneming van de evenredigheidsvoorwaarde veronderstelt dat er een redelijk alternatieve weg is, zoals de rechtspraak bijvoorbeeld beslist inzake immuniteit en voorrecht van rechtsmacht.

De beperking van het recht op toegang tot een rechter is te dezen verantwoord, rekening houdend met de bekommernis om zaken snel te behandelen en met de mogelijkheid om de beslissing van de auditeur te bekritisieren in het stadium van de uitspraak voor de Raad voor de Mededinging. Het Hof heeft een analoge regeling aanvaard in zijn arrest nr. 39/99.

A.2.7. Volgens de Ministerraad worden die beginselen niet ter discussie gesteld door de arresten *Ravon* en *Société Canal Plus* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waaraan de verwijzende rechter refereert. De onmogelijkheid van een ander beroep dan een voorziening in cassatie tegen de beschikking waarbij een huiszoeking wordt toegestaan, is te dezen niet aan de orde, omdat de huiszoeking moet worden toegestaan door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging en omdat de beslissingen van de voorzitter het voorwerp kunnen uitmaken van een beroep voor het Hof van Beroep te Brussel krachtens de in het geding zijnde bepaling. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft de Franse wet, die de betwisting van een onderzoeksmaatregel slechts mogelijk maakte in het kader van een procedure ten gronde en niet via een onmiddellijk beroep, afgekeurd omdat, enerzijds, het mogelijk is dat uiteindelijk geen enkele vervolging plaatsvindt - zodat de wettigheid van de onderzoeksmaatregel nooit zal worden getoetst - en omdat, anderzijds, *in casu* de beslissing ten gronde niet meer binnen een redelijke termijn zou kunnen worden gewezen. De tweede reden kan, in de huidige zaak, ambtshalve terzijde worden geschoven, omdat niets toelaat te veronderstellen dat de Raad voor de Mededinging zich niet binnen een redelijke termijn zou uitspreken; het is daarentegen de invoering van een systematisch beroep die zou kunnen leiden tot een overschrijding van de redelijke termijn. De eerste reden kan eveneens terzijde worden geschoven, want niets laat toe ervan uit te gaan dat tegen de onderneming geen enkele vervolging zal worden ingesteld. Zelfs indien de vervolging zou eindigen zonder een beslissing ten gronde, zou de onderneming die zou zijn benadeeld door een onregelmatige onderzoeksmaatregel bovendien herstel kunnen verkrijgen op grond van de regels van de burgerlijke aansprakelijkheid. Bij het arrest nr. 105/2007 van 19 juli 2007 werd overigens aangenomen dat, zelfs bij verval van de vervolging doordat afstand wordt gedaan van de bezwaren, de ontstentenis van een onmiddellijk beroep tegen zulk een maatregel niet impliceerde dat het recht op toegang tot een rechter substantieel zou zijn aangetast, en dat des te meer daar een beslissing tot seponering een einde maakt aan de strafvervolging in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Ten slotte zijn de leden van het auditoraat onderworpen aan het toezicht van de procureur-generaal en wordt in het arrest nr. 171/2008 verwezen naar het arrest *Ravon* om te beslissen dat het recht op toegang tot een rechter niet werd geschonden indien de wettigheid van de onderzoeksmaatregel tijdens het onderzoek van de grond van de zaak kon worden betwist.

A.2.8. In ondergeschikte orde voert de Ministerraad aan dat, indien het Hof besluit tot een schending van het recht op toegang tot een rechter, het enkel het bestaan van een extrinsieke lacune zou kunnen vaststellen, die alleen de wetgever kan wegwerken; in dat verband kan het verwijzende rechtscollege niet worden gevolgd wanneer het lijkt te oordelen dat het het enige rechtscollege zou zijn dat kennis vermag te nemen van beroepen tegen de in het geding zijnde maatregelen.

A.2.9. Het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging voert aan dat artikel 75 van de WBEM in die zin moet worden geïnterpreteerd dat het niet de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel uitsluit om kennis te nemen van de beroepen die worden ingesteld tegen de beslissingen van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging en de handelingen die daaruit voortvloeien, en meer bepaald tegen de beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging om een huiszoeking toe te staan en tegen de maatregelen die op grond van die beslissing door het auditoraat worden genomen. Dat is de enige interpretatie die bestaanbaar is met de vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met betrekking tot een daadwerkelijke juridictionele toetsing die voor de rechtzoekenden toegankelijk is inzake huiszoeking door een administratieve overheid, in het algemeen, en door een mededingingsautoriteit, in het bijzonder.

A.2.10. Het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging herinnert aan de rechtspraak in het arrest *Ravon* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarbij de Franse wet werd afgekeurd die tegen de machtiging tot huiszoeking slechts voorzag in een beroep bij de *Cour de cassation*, die niet voorzag in een onafhankelijke toetsing van de regelmatigheid van de machtiging zelf (maar in een beroep bij de rechter die ze had verleend, tijdens de verrichtingen van huiszoeking en beslaglegging) en die slechts een toetsing van de regelmatigheid van de verrichtingen die op grond van de machtiging waren gedaan mogelijk maakte voor de feitenrechter. Die rechtspraak werd bevestigd in latere arresten en heeft de Franse wetgever ertoe gebracht de wet in beursangelegenheden en mededinging te herzien, meer bepaald om te voorzien in een beroep, voor de eerste voorzitter van de *Cour d'appel*, tegen de machtiging tot huiszoeking en tegen het verloop van de verrichtingen. Alleen de overgangsbepalingen van die nieuwe regeling werden door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens afgekeurd.

A.2.11. Het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging leidt uit die rechtspraak af dat artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens ter zake vereist dat een beroep tegen de beslissing waarbij een huiszoeking wordt toegestaan, wordt ingesteld bij een andere rechter dan die welke ze heeft toegestaan, en betrekking kan hebben op de feitelijke elementen, dat de toetsing van de maatregelen die op grond van de machtiging zijn genomen, kan leiden tot een gepast herstel binnen een redelijke termijn, en dat de regeling waarin de Franse wet voortaan voorziet, aan die vereisten voldoet.

A.2.12. Het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging is van mening dat artikel 75 van de WBEM een daadwerkelijke juridictionele toetsing mogelijk maakt van de regelmatigheid van de machtiging tot huiszoeking omdat die toetsing eveneens betrekking heeft op de feitelijke elementen en wordt uitgeoefend door een andere autoriteit dan die welke de machtiging heeft verleend. Het voert ook aan dat die bepaling in die zin moet worden geïnterpreteerd dat zij niet de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel uitsluit om kennis te nemen van de beroepen tegen de verrichtingen van huiszoeking en beslaglegging die door het auditoraat zijn aangevat op grond van de beslissing van de voorzitter waarbij de huiszoeking is toegestaan. Dat is de enige interpretatie van artikel 75 van de WBEM die bestaanbaar is met de voormelde arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en volgens welke de verrichtingen die zijn gedaan op grond van een machtiging tot huiszoeking, vatbaar zijn voor onmiddellijk beroep voor een rechtscollege dat in staat is om kennis te nemen van de in het geding zijnde feitelijke en juridische elementen, en dat los van een eventuele beslissing ten gronde die moet worden genomen door de Raad voor de Mededinging en los van eender welk beroep dat door de betrokkenen tegen die beslissing wordt ingesteld. Dat systeem is vergelijkbaar met dat van de nieuwe Franse wet; het laat toe het verloop van de verrichtingen van huiszoeking en beslaglegging die krachtens de machtiging zijn uitgevoerd te betwisten, omdat die laatste een bevoegdheidsdelegatie aan het auditoraat impliceert, die betrekking heeft op alle handelingen die rechtstreeks verbonden zijn aan de verrichtingen van huiszoeking. Een beroep tegen de beslissing van de delegerende autoriteit zou bijgevolg kunnen volstaan om de handelingen en maatregelen van de autoriteit waaraan de delegatiebevoegdheid is verleend, te omvatten. Op dezelfde wijze bestaat de voorafgaande machtiging, door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging (of door het door hem gemachtigde lid van de algemene vergadering van de Raad), om over te gaan tot een huiszoeking erin de verrichtingen van huiszoeking en beslaglegging zoals zij zijn bepaald in het door de auditeur vastgelegde specifiek opdrachtbevel, goed te keuren. Bijgevolg kan worden aangenomen dat de verrichting van huiszoeking of beslaglegging die niet zou stroken met het goedgekeurde opdrachtbevel, wordt betwist door het instellen van een beroep tegen de beslissing tot machtiging zelf, waarbij wordt aangevoerd dat de huiszoeking, zoals zij door de voorzitter is goedgekeurd, niet in acht werd genomen. Die lezing is in overeenstemming met het arrest nr. 171/2008 waarbij is beslist dat

wettelijke bepalingen betreffende huiszoeken aan de vereisten van artikel 6.1 van het Verdrag beantwoorden, en bijgevolg de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schenden, indien zij in die zin worden geïnterpreteerd dat zij zich niet ertegen verzetten dat de beslissing waarbij een huiszoeking wordt toegestaan, voor de strafrechter wordt betwist.

A.2.13. Het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging voert daarentegen aan dat artikel 75 van de WBEM niet kan worden geïnterpreteerd in die zin dat het toestaat dat beroep wordt ingesteld tegen onderzoekshandelingen die niet de voorafgaande machtiging door de voorzitter van de Raad vereisen, zoals een verzoek om inlichtingen, het afnemen van een verklaring of van een geschreven of mondelinge getuigenis, of een bedrijfsbezoek met de voorafgaande instemming van de betrokken onderneming. Zulk een interpretatie wordt niet vereist door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en is niet bestaanbaar met de algemene economie van de WBEM, beschouwd in zijn geheel: de betwistingen betreffende de handelingen die zijn uitgevoerd in het kader van het onderzoek worden hetzij gebracht voor het orgaan dat daartoe specifiek in de WBEM is aangeduid, hetzij gebracht - behoudens het geval van de verrichtingen van huiszoeking en beslaglegging - voor de kamer van de Raad voor de Mededinging die zich moet uitspreken over de grond van de zaak.

Aangezien artikel 6.1 van het Verdrag niet de vereiste bevat van een specifiek en van het beroep ten gronde onderscheiden beroep tegen andere onderzoeksmaatregelen dan huiszoeken, zou het overdreven zijn artikel 75 van de WBEM in die zin te interpreteren. Die interpretatie zou immers betekenen dat het mogelijk is beroep in te stellen tegen eender welke handeling die is gesteld in het kader van een onderzoeksprocedure inzake restrictieve mededingingspraktijken, in die mate dat wordt verhinderd dat de wettelijke opdracht van het auditoraat met de vereiste spoed en doeltreffendheid wordt uitgeoefend.

A.2.14. In ondergeschikte orde is het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging van mening dat, indien het Hof een intrinsieke lacune zou vaststellen in artikel 75 van de WBEM, het Hof van Beroep te Brussel zich bevoegd zou moeten verklaren om kennis te nemen van het beroep tegen de in het geding zijnde verrichtingen van huiszoeking en beslaglegging, zonder zich evenwel bevoegd te verklaren om zich uit te spreken over beroepen tegen eender welke handeling van het auditoraat tijdens het onderzoek van een dossier betreffende restrictieve mededingingspraktijken.

A.2.15. In zijn memorie van antwoord weerlegt de Ministerraad de argumenten van Belgacom. Hij doet gelden dat, zelfs indien het burgerrechtelijke deel - veeleer dan het strafrechtelijke deel - van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens van toepassing zou zijn, de vereisten van een eerlijk proces die gelden in het traditionele strafrecht niet strikt zouden moeten worden in acht genomen, zoals is aangenomen door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Hij doet eveneens gelden dat de arresten nrs. 171/2008 en 10/2011 van het Hof geenszins opleggen dat onmiddellijk beroep moet kunnen worden ingesteld tegen de uitvoeringsmaatregelen van een huiszoeking.

A.2.16. De Ministerraad is van mening dat de rechtspraak van het arrest *Ravon* nog onzeker lijkt en weinig verzoenbaar met bepaalde beginselen van de rechtspraak van het Europees Hof. Zo is bij het arrest van 19 mei 2009, *SA LPG Finance Industrie* t. Frankrijk, wegens niet-uitputting van de interne rechtsmiddelen, het verzoekschrift van een vennootschap die het voorwerp heeft uitgemaakt van een maatregel van huiszoeking en beslaglegging maar die de regelmatigheid van die verrichtingen niet heeft betwist voor de feitenrechter, onontvankelijk verklaard, wat impliceert dat, in de ogen van het Hof, die betwisting voor de feitenrechter een daadwerkelijk rechtsmiddel vormde; zo kan men nog betwisten dat het aanwenden van een rechtsmiddel tegen zulke maatregelen verantwoord is door de omstandigheid dat zij niet ten gronde zouden worden onderzocht indien nadien geen vervolging zou worden ingesteld: omgezet naar het strafrecht zou zulk een interpretatie immers de noodwendigheden van het onderzoek ernstig schaden, en in het arrest van 27 februari 1980, *Deweert* t. België, wordt overigens erkend dat een seponering of een buitenvervolginstelling een impliciete beperking vormt van het recht op toegang tot een rechter, die bestaanbaar kan zijn met de vereisten van een eerlijk proces. Indien men aanneemt dat geen enkel beroep ten gronde noodzakelijk is, geldt dat *a fortiori* ook voor de beroepen die betrekking hebben op de voorbereidende handelingen van een vervolging: ofwel vindt de vervolging plaats en kan de betrokkene de regelmatigheid van die handelingen voor de feitenrechter betwisten, ofwel vindt zij niet plaats en kan hem op legitieme wijze het recht op toegang tot een rechter worden ontzegd, zowel wat de gegrondheid van de vervolging als wat de onderzoeksmaatregelen betreft; er kan moeilijk worden aangenomen dat een rechtzoekende moet wachten totdat hem een administratieve sanctie is opgelegd - zoals toegestaan door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Grondwettelijk Hof - door een administratieve overheid, om zijn zaak te kunnen voorleggen aan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 6

van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, maar dat hij onmiddellijk een beroep kan instellen tegen een gewone onderzoekshandeling die diezelfde administratieve overheid zou stellen.

A.2.17. De Ministerraad voert ten slotte aan dat een eventuele onregelmatigheid van de huiszoeking gemakkelijk kan worden hersteld voor de feitenrechter. Indien de onregelmatigheid van het bewijs niet wordt aangetoond, kan de feitenrechter ermee rekening houden. Indien zij wel wordt aangetoond, zal het stuk uit de debatten worden geweerd en zal de rechter het niet in aanmerking kunnen nemen, of zelfs alle bezwaren tegen de onderneming niet-gegrond kunnen verklaren indien de eerlijkheid van de procedure op buitensporige wijze is aangetast. De onderneming zal dus een sanctie krijgen die aangepast is aan een eventuele schending van zijn recht op een eerlijk proces. Het is de procedure in haar geheel die de waarborgen van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens moet genieten, en niet noodzakelijk elk van de stadia ervan.

A.2.18. In zijn memorie van antwoord stelt het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging vast dat het door Belgacom voorgestelde antwoord op de eerste prejudiciële vraag overeenstemt met het antwoord dat het zelf heeft voorgesteld, onder het essentiële voorbehoud dat Belgacom geen onderscheid maakt tussen de beslissingen en handelingen van het auditoraat die gegrond zijn op een machtigingsbeslissing van de voorzitter, en de andere beslissingen en handelingen die in het kader van een onderzoek respectievelijk worden genomen en gesteld. Dat onderscheid is nochtans essentieel om een belemmering van het onderzoek te vermijden, en niets legt de verplichting op dat elke onderzoekshandeling het voorwerp moet kunnen uitmaken van een beroep, of het nu gaat om de rechtspraak (voor de handelingen die afbreuk kunnen doen aan de individuele vrijheden is voorzien in de waarborg die wordt gevormd door de machtiging door de voorzitter) dan wel om de economie van de WBEM (die zich ertegen verzet dat jurisdictionele beroepen worden ingesteld tegen die handelingen die, uitgevoerd in het kader van het onderzoek en betwist, het voorwerp kunnen uitmaken van de specifieke beroepen waarin zij voorziet). Het onderscheid tussen beide typen van handelingen is bovendien in overeenstemming met de tweede interpretatie van de term « Raad voor de Mededinging », die in het verwijzingsarrest wordt voorgesteld.

A.2.19. In haar memorie van antwoord stelt Belgacom vast dat, wat beide prejudiciële vragen betreft, de standpunten van de Ministerraad en van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging moeilijk met elkaar verenigbaar zijn, waarbij dat van de laatstgenoemde zeer dicht aanleunt bij het hare wat bepaalde essentiële punten betreft.

A.2.20. Over het algemeen betwist Belgacom het argument dat de Ministerraad afleidt uit de parlementaire voorbereiding en dat is gegrond op een onontbeerlijke snelheid van de procedures die zich zou verzetten tegen de invoering van het beroep dat zij noodzakelijk acht : de enige passage van de parlementaire voorbereiding heeft immers enkel betrekking op de termijn die aan de partijen wordt toegekend voor het meedelen van inlichtingen, wat niet kan worden geëxtrapoleerd om te stellen dat de specifieke procedures inzake restrictieve mededingingspraktijken sneller zouden moeten zijn dan andere. De overeenkomstige Nederlandse regelgeving bepaalt overigens dat een termijn moet worden toegekend aan de partijen die worden verzocht bepaalde documenten aan het onderzoeksteam te bezorgen, precies om hun de mogelijkheid te bieden om een beroep in te stellen.

A.2.21. Belgacom betwist ook de dubbele betekenis van de term « Raad voor de Mededinging », die door de Ministerraad wordt verdedigd. De WBEM definieert de verschillende bevoegdheden van de Raad en van zijn organen, en die organen interageren. Naast het feit dat, over het algemeen, de WBEM naar de Raad verwijst wanneer zij deze in een passieve rol ziet (een verslag of een beroep ontvangen), en naar de organen ervan verwijst wanneer zij deze in een actieve rol ziet (overzending van het verslag door het auditoraat, beslissing van het auditoraat over de vertrouwelijkheid), laat niets toe te beweren dat artikel 75, dat specifiek door de prejudiciële vraag wordt beoogd, « in strikte zin » zou moeten worden opgevat, wat bovendien strijdig zou zijn met de in het geding zijnde hogere normen. Belgacom is ook van mening dat het argument dat is afgeleid uit de parlementaire voorbereiding, volgens welke de vroegere regeling voor beroepen niet zou worden gewijzigd, niet overtuigend is omdat de wetgever het korps verslaggevers heeft omgevormd tot een auditoraat dat, in tegenstelling tot het eerstgenoemde, deel uitmaakt van de Raad. Hij had dat niet moeten doen, indien hij de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel niet wenste uit te breiden. Overigens laat niets toe uit het bestaan van specifieke beroepen tegen bepaalde beslissingen van het auditoraat (particuliere term) af te leiden dat geen enkel ander beroep tegen zijn beslissingen zou kunnen worden ingesteld (universele term).

A.2.22. Belgacom neemt akte van het feit dat, indien een procedure ten gronde wordt overwogen, de onwettigheden van het onderzoek op dat ogenblik kunnen worden aangeklaagd, maar stelt vast dat de WBEM die toetsing niet concreet organiseert, noch voor de Raad, noch voor het Hof van Beroep te Brussel.

Zij is van mening dat de Ministerraad de in het geding zijnde kwestie ten onrechte reduceert tot die van het recht op toegang tot een rechter door te zwijgen over het daadwerkelijke karakter van het juridictioneel beroep, dat is gewaarborgd bij de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en bij artikel 47 van het Handvest van de grondrechten : in het geding is het daadwerkelijke karakter van het beroep dat Belgacom preventief moet kunnen aanwenden om te verhinderen dat beslissingen van het auditoraat ten uitvoer worden gelegd en dat omstreden documenten aan het onderzoeksteam worden overgezonden. Er bestaat geen enkele redelijke alternatieve weg voor dat onmiddellijk beroep, omdat die overzending onomkeerbaar is; de mogelijkheid van het bestaan van zulk een middel zou niet volstaan om te besluiten dat het recht op toegang tot een rechter, en nog minder het recht op een daadwerkelijke juridictionele bescherming, slechts een relatieve draagwijdte zou kunnen hebben.

Zij bekritiseert ook de reducerende lezing, door de Ministerraad, van de arresten *Ravon* en *Canal Plus* : het is de onzekerheid van een beroep ten gronde (en niet de zekerheid van de ontstentenis van een beroep) die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ertoe brengt de Franse wet, die op dat punt vergelijkbaar is met de Belgische wet, af te keuren, en te eisen dat in een juridictionele toetsing wordt voorzien. Aangezien dat beroep daadwerkelijk moet zijn, zou een beroep ten gronde noodzakelijkerwijs niet volstaan omdat de overzending van de omstreden documenten aan het onderzoeksteam onomkeerbaar is en omdat het onderzoek ten gronde geen verband zal houden met die documenten. Het argument dat de Ministerraad afleidt uit een mogelijke burgerlijke aansprakelijkheidsvordering vindt geen enkele grondslag in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en kan niet worden gevolgd, omdat de schade inderdaad niet herstelbaar is en niet van geldelijke aard, omdat men onmogelijk zou kunnen beslissen een onregelmatige handeling uit te voeren en vervolgens het herstel ervan in tegenwaarde voor te stellen, en omdat dat argument het nut van het hele administratief contentieux in twijfel trekt.

A.2.23. In tegenstelling tot de Ministerraad, acht Belgacom het niet nuttig het al dan niet strafrechtelijke karakter van het onderzoek in aanmerking te nemen, omdat de vereisten van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens eveneens van toepassing zijn op de burgerlijke procedure; zij blijft erbij dat het in het geding zijnde onderzoek binnen het strafrechtelijke deel van die bepaling valt, en binnen de « harde kern » van dat deel.

A.2.24. Belgacom betwist ook de argumenten die de Ministerraad afleidt uit de arresten nrs. 105/2007 en 171/2008. Het eerste omdat, ook al gaat men ervan uit dat de toetsing van de opsporingsmethoden slechts beperkt kan zijn zolang de elementen die men ermee heeft kunnen verzamelen geen enkel gevolg hebben voor de situatie van de betrokkenen, zulks niet wegneemt dat een dergelijk gevolg, in de huidige zaak en zoals eerder vermeld, bewezen is en dat, zelfs indien de overzending van die elementen geen aanleiding geeft tot een saisine van de Raad voor de Mededinging, moet kunnen worden verhinderd dat zij plaatsvindt. Het tweede arrest is niet pertinent omdat het toezicht door de arbeidsinspectie waarop het betrekking heeft, plaatsvindt zodra het doel van de machtiging tot huiszoeking is bereikt, terwijl te dezen, de door Belgacom betwiste handelingen nog niet concreet zijn uitgevoerd omdat dit bij het verwijzingsarrest hangende wordt gemaakt.

A.2.25. Belgacom is ten slotte van mening, in tegenstelling tot de Ministerraad, dat de oorzaak van een schending van de referentienormen door artikel 75 van de WBEM niet schuilt in een extrinsieke lacune, aangezien het niet erom gaat nieuwe bepalingen aan te nemen, maar artikel 75 anders te interpreteren, overeenkomstig referentienormen die, wanneer het gaat om rechtstreeks toepasselijke hogere normen, zich aan de verwijzende rechter opdringen. Het beginsel van een beroep kan niet worden uitgesloten door het feit dat een wetgevend optreden opportuun zou zijn, in tegenstelling tot hetgeen de Ministerraad beweert, die de tweede prejudiciële vraag als argument wil gebruiken om zijn antwoord op de eerste vraag te verantwoorden.

A.2.26. In haar memorie van antwoord stelt Belgacom vast dat het auditoraat het standpunt van de Ministerraad duidelijk verwerpt door de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel niet te betwisten. Dat standpunt leunt dichter aan bij dat van Belgacom, die niettemin betwist dat beslissingen en handelingen die niet zouden zijn toegestaan door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging, aan een onmiddellijk beroep kunnen ontsnappen. Zulke handelingen kunnen nochtans nadeel berokkenen, en artikel 75 van de WBEM zou de in het geding zijnde referentienormen schenden indien het in die zin zou worden geïnterpreteerd dat het niet toestaat dat tegen die handelingen beroep voor het Hof van Beroep te Brussel wordt ingesteld. De handelingen en beslissingen die niet het voorwerp uitmaken van een voorafgaande machtiging of die niet daaruit voortvloeien, vormen overigens niet het voorwerp van het geschil en van de prejudiciële vraag.

Ten aanzien van de tweede prejudiciële vraag

A.3.1. Belgacom beperkt haar antwoord tot de aspecten die aanleiding hebben gegeven tot de aan het Hof gestelde prejudiciële vragen, los van die betreffende de bestaanbaarheid, met hogere normen, van de bepalingen van de WBEM die betrekking hebben op onderzoeken inzake restrictieve mededingingspraktijken. Zij herinnert eraan dat, krachtens artikel 75 van de WBEM, het Hof van Beroep te Brussel zich uitspreekt over de wettigheid van de beslissingen die het voorwerp uitmaken van een beroep, wat betreft de bevoegdheid van diegene die de handeling heeft gesteld, de overtreding van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten, de overschrijding of afwending van macht. Met de bevoegdheden die artikel 75 aan het Hof van Beroep toekent, kan de rechtzoekende geen bescherming van de rechten van verdediging worden gewaarborgd die equivalent is aan de bescherming die in het kader van een strafonderzoek wordt gewaarborgd bij de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering, op grond waarvan onregelmatige handelingen nietig kunnen worden verklaard, de impact ervan op het verdere verloop van de procedure kan worden onderzocht en onregelmatige stukken kunnen worden verwijderd om het aan de feitenrechter voorgelegde dossier te « zuiveren », en die de toetsing van het onderzoek toevertrouwen aan andere instanties dan de feitenrechter. Te dezen is het niet zeker dat het Hof van Beroep zulk een bescherming kan waarborgen. Weliswaar is er niets dat het Hof van Beroep verbiedt de handelingen van het auditoraat te toetsen, maar indien het dat niet zou doen, zou Belgacom elke jurisdictionele bescherming ten opzichte van die handelingen worden ontzegd. Op dezelfde wijze bepaalt artikel 75 niet uitdrukkelijk dat onregelmatige elementen uit het dossier worden verwijderd, waardoor het auditoraat en het onderzoeksteam ze zouden kunnen blijven gebruiken. Bovendien bestaat het risico dat het Hof van Beroep te Brussel (als gerecht in hoger beroep voor de beroepen tegen de beslissingen ten gronde van een kamer van de Raad voor de Mededinging) kennis moet nemen van stukken die het voorwerp hebben uitgemaakt van een geschil dat het eerder heeft moeten beslechten, bij de toetsing van de wettigheid van de beslissingen van de Raad (met inbegrip van het auditoraat). Om zulk een situatie te vermijden (naar het voorbeeld van wat de voormelde artikelen 131 en 235*bis* bepalen), zou het de ene en de andere van die procedures aan verschillende kamers moeten toevertrouwen, hetgeen de wet niet bepaalt. De bescherming van de in het geding zijnde fundamentele rechten hangt dus af van de manier waarop het Hof van Beroep van zijn toetsingsbevoegdheid gebruik zal maken.

A.3.2. Belgacom voert aan dat, indien het Hof van Beroep artikel 75 op zodanige wijze interpreteert dat het geen bescherming waarborgt die equivalent is aan die van de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering, dat artikel 75 niet in overeenstemming is met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt. De onderzoekshandelingen die door het auditoraat worden gesteld en die aan geen enkele jurisdictionele toetsing worden onderworpen, kunnen ernstige en onherstelbare schade teweegbrengen, terwijl het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn rechtspraak oordeelt dat artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens een jurisdictionele toetsing vereist van de beslissingen die in het kader van een huiszoeking worden genomen, betreffende de omvang en de samenstelling van de in beslag genomen documenten, en dat artikel 13 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens eveneens een dienstig en werkzaam beroep vereist. Diezelfde onherstelbare schade zou zich voordoen indien artikel 75 het Hof niet bevoegd zou verklaren om op te leggen dat onregelmatige elementen uit het dossier moeten worden verwijderd; ten slotte zou een onderneming geen neutrale en billijke jurisdictionele toetsing genieten indien dezelfde magistraten van het Hof van Beroep zowel van het geschil over de handelingen van het auditoraat als van de grond van de zaak kennis zouden moeten nemen.

A.3.3. Belgacom voert aan dat, indien het Hof van Beroep artikel 75 op zodanige wijze interpreteert dat het wel een bescherming biedt die equivalent is aan die van de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering, die bepaling voldoet aan de vereisten van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Het Hof van Beroep heeft evenwel in zijn rechtspraak nog niet de exacte omvang van zijn bevoegdheden verduidelijkt, zodat de onderneming zich in een delicate situatie bevindt zolang de rechten en waarborgen die zij geniet, niet voldoende duidelijk worden gearticuleerd.

Zelfs indien men ervan zou uitgaan dat artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens niet vereist dat de vormen van bescherming waarin het voorziet van toepassing zijn op de tenuitvoerlegging van artikel 75, neemt dat niet weg dat dit artikel in een bescherming voorziet die duidelijk geringer is dan die welke is bepaald bij de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering, terwijl in beide gevallen onderzoekshandelingen die dwingend zijn en die de individuele vrijheden beperken, in het geding zijn. Het verschil in behandeling dat daaruit voortvloeit is discriminerend, waarbij het er weinig toe doet of de wet de maatregelen die zij beoogt al dan niet als strafrechtelijk kwalificeert. De voormelde artikelen 131 en 235*bis* vertolken de algemene rechtsbeginselen in zoverre zij een toetsing van de onderzoekshandelingen toestaan vooraleer een eventuele vervolging voor de feitenrechter wordt aangevat; zij bepalen dat het onderzoeksdossier

wordt « gezuiverd » van onregelmatige stukken zonder dat de rechter die van de grond van de zaak kennis zal moeten nemen, ervan kennis kan nemen; ten slotte vertrouwen zij de toetsing van het onderzoek toe aan andere instanties dan de rechterlijke instanties die van de grond van de zaak kennis zullen moeten nemen.

A.3.4. De Ministerraad is van mening dat, rekening houdend met het antwoord dat op de eerste prejudiciële vraag moet worden gegeven, de tweede geen antwoord behoeft. Het gevoel van onbehagen van de rechter tegenover de vrees de vereiste waarborgen niet te kunnen bieden, bevestigt de stelling van de extrinsieke lacune, die subsidiair door de Ministerraad wordt verdedigd. Die waarborgen zouden immers enkel kunnen worden geboden in het kader van een heronderzoek van de wet door de wetgever.

A.3.5. De Ministerraad voert aan dat de vraag onontvankelijk is omdat zij, enerzijds, onduidelijk is wanneer zij naar het wettelijk kader van de erin beoogde waarborgen verwijst en doordat zij, anderzijds, niet aangeeft in welk opzicht het recht op een eerlijk proces zou kunnen zijn geschonden.

A.3.6. In de veronderstelling dat de vraag ontvankelijk is, oordeelt de Ministerraad dat zij betrekking zou hebben op het verschil in behandeling tussen de procedure die moet worden gevolgd voor het Hof van Beroep te Brussel indien het bevoegd zou zijn om van de in het geding zijnde beroepen kennis te nemen, en de procedure die moet worden gevolgd voor de onderzoeksgerechten die de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering en het zogenoemde systeem van « zuivering van nietigheden » toepassen. Zulk een verschil in behandeling is echter niet discriminerend op zich en doet niet op onevenredige wijze afbreuk aan de rechten van de betrokkenen, omdat de algemene rechtsbeginselen ertoe zouden leiden dat elementen waarvan de nietigheid zou zijn aangetoond, uit het debat worden geweerd. Aangezien het gemeen recht dus reeds waarborgen biedt die equivalent zijn aan die welke zijn vastgelegd in de voormelde artikelen 131 en 235*bis*, dient de prejudiciële vraag ontkennend te worden beantwoord. Die bepalingen impliceren weliswaar een feitelijke verwijdering van de onregelmatige stukken uit het dossier, maar de omstandigheid dat dit niet het geval zou zijn in de procedure voor het Hof van Beroep, doet niet op onevenredige wijze afbreuk aan de rechten van de betrokkenen, waarbij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens overigens niet vereist dat wordt voorzien in het zogenoemde systeem van « zuivering van nietigheden ». De feitenrechter blijft bevoegd om de nietigheid uit te spreken van een handeling die het onderzoeksgerecht niet zou hebben afgekeurd, en de vervolgde persoon kan zich blijven beroepen op de uit het dossier verwijderde stukken, wat aangeeft dat de « zuivering van nietigheden » onvolledig kan zijn. Dat systeem kan worden verantwoord wanneer er een duidelijke scheiding bestaat tussen onderzoeksgerecht en vonnisgerecht. Zulk een scheiding zou te dezen niet bestaan indien het antwoord op de eerste prejudiciële vraag bevestigend zou zijn.

A.3.7. De Ministerraad voert aan dat, indien de tweede prejudiciële vraag zou uitlopen op een vaststelling van discriminatie, deze haar oorsprong zou vinden in een extrinsieke lacune die alleen de wetgever zou kunnen wegwerken omdat alleen hij een coherent en voorzienbaar globaal wetgevend kader kan invoeren dat rekening houdt met, in het bijzonder, het feit dat een systeem van « zuivering van nietigheden » zinloos zou zijn indien het Hof van Beroep zowel in het stadium van het onderzoek als in dat van de berechting rechter in hoger beroep zou zijn.

A.3.8. Met verwijzing naar artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek voert het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging aan dat de rechtsbeginselen die gelden voor de toetsing van de regelmatigheid van onderzoekshandelingen in strafzaken, op de in het geding zijnde procedures van toepassing zijn. Die welke betrekking hebben op de regelmatigheid van de verrichtingen van huiszoeking zijn sinds lang afgeleid uit de rechtsleer en de rechtspraak, totdat de artikelen 131 en 235*bis* in het Wetboek van strafvordering werden ingevoegd. Die artikelen stellen de onderzoeksgerechten in staat de dossiers te zuiveren van eventuele onregelmatigheden van het onderzoek door de nietigheid van de handeling of van een deel of het geheel van de procedure uit te spreken. Bij het arrest nr. 158/2010 (B.6.1 en volgende) is beslist, met betrekking tot bewijsmateriaal dat met miskennis van het recht op eerbiediging van het privéleven is verkregen, dat, enerzijds, volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens geen regels bevatten betreffende de toelaatbaarheid van een bewijs als dusdanig (en dat die materie in de eerste plaats tot het domein van het interne recht behoort) en dat, anderzijds, het aanwenden van een bewijs dat met miskennis van artikel 8 van dat Verdrag werd verkregen, niet noodzakelijk tot een schending leidt van het door artikel 6.1 van het Europees Verdrag gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Diezelfde beginselen moeten worden toegepast op de beroepen die voor het Hof van Beroep te Brussel worden ingesteld tegen de beslissing van de voorzitter van de Raad voor de Mededinging om een huiszoeking toe te staan of tegen de verrichtingen van huiszoeking en beslaglegging door het auditoraat, in het

kader van een onderzoek inzake restrictieve mededingingspraktijken. Het auditoraat heeft immers te dezen vrijwel strafrechtelijke bevoegdheden, ook al zijn de in het geding zijnde sancties strikt genomen geen strafsancities.

De toepassing van die principes wordt bevestigd door de volle rechtsmacht waarmee artikel 75 van de WBEM het Hof van Beroep te Brussel bekleedt. Het komt dat Hof toe om, bij die gelegenheid, de grenzen van zijn toetsing te preciseren en te nuanceren, en daarbij de algemene beginselen alsook de grondwettelijke en supranationale bepalingen in acht te nemen.

De tweede prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

A.3.9. In zijn memorie van antwoord beroept de Ministerraad zich op een arrest van het Hof van Cassatie van 3 juni 2011 waarbij is beslist dat de procedures gebaseerd op de artikelen 44 tot 54 van de WBEM, in het interne recht geen strafrechtelijk karakter hebben, zodat een eventueel beroep voor het Hof van Beroep dus niet noodzakelijk de waarborgen van een strafprocedure zou genieten. Overigens vormt het systeem van « zuivering van nietigheden » geen algemeen beginsel van het strafrecht: het werd pas in 1998 in het positief recht ingevoerd en is niet van toepassing wanneer de strafprocedure slechts aanleiding geeft tot een opsporingsonderzoek, zonder saisine van een onderzoeksrechter en van de onderzoeksgerechten.

A.3.10. De Ministerraad weerlegt bovendien het argument dat door Belgacom wordt afgeleid uit het feit dat de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel nog niet zou toelaten te weten hoe het zijn bevoegdheid zou uitoefenen indien bij dat Hof een beroep zou worden ingesteld tegen een onderzoekshandeling van het auditoraat. Hij beroept zich in dat verband op de rechtspraak van het arrest van 22 maart 2001, *Streletz, Kessler en Krenz* t. Duitsland, van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waarbij is beslist dat, ofschoon een procedure bij wet moet worden bepaald, het feit blijft dat er onvermijdelijk een element van rechterlijke interpretatie bestaat, en dat artikel 7 van het Verdrag niet verbiedt dat die interpretatie van verschillende zaken na elkaar tot een graduele verduidelijking leidt van de regels inzake strafrechtelijke aansprakelijkheid. De voorzienbaarheid van de oplossingen verzet zich niet ertegen dat het Hof van Beroep ertoe wordt gebracht bepaalde kwesties voor de eerste keer te beslechten.

A.3.11. In zijn memorie van antwoord verwerpt het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging de stelling van Belgacom omdat, zoals in de eerste vraag, een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de types van onderzoekshandelingen, omdat het niet nodig is door het Hof te laten vastleggen dat de beginselen die gelden voor de toetsing van de regelmatigheid van onderzoekshandelingen in strafzaken - die zijn vastgelegd in het Wetboek van strafvordering - reeds impliceren dat onwettige stukken worden verwijderd, en omdat de door Belgacom gevraagde aanwijzing van onderscheiden kamers binnen het Hof van Beroep raakt aan de objectieve onpartijdigheid van het Hof van Beroep als vonnisgerecht ten opzichte van dat Hof als onderzoeksgerecht, zodat dit verzoek de draagwijdte van de prejudiciële vraag te buiten gaat. Bovendien is het aan het Hof van Beroep om zich te organiseren teneinde de vereisten van de internationale verdragen in acht te nemen.

A.3.12. In haar memorie van antwoord verwerpt Belgacom de exceptie van onontvankelijkheid van de prejudiciële vraag die door de Ministerraad is opgeworpen, vanuit de vaststelling dat die vraag, ook al werd zij zeer snel geredigeerd, voldoende duidelijk is, daar de Ministerraad en het auditoraat erop hebben kunnen antwoorden; het Hof zou ze overigens kunnen herformuleren.

Zij wijst erop dat de Ministerraad aangeeft dat nietig verklaarde stukken, in de regeling van het Wetboek van strafvordering, feitelijk uit het dossier worden verwijderd, wat te dezen precies het probleem vormt, omdat pas na verwijdering van de in beslag genomen stukken uit het dossier, Belgacom er zeker van zal zijn dat zij haar geen nadeel zullen berokkenen. Indien zij in het dossier zouden blijven, zou de feitenrechter een mentale oefening moeten doen die erin bestaat abstractie ervan te maken, wat, tussen de in het geding zijnde procedure en die van het Wetboek van strafvordering, een verschil in behandeling zou impliceren dat niet onschuldig is. Het argument dat is afgeleid uit het feit dat het vonnisgerecht nog steeds handelingen kan nietig verklaren die het onderzoeksgerecht niet zou hebben nietig verklaard, stelt noch de rol van het onderzoeksgerecht ter discussie, noch de pertinentie van een voorafgaande toetsing, vooral indien deze toelaat de schadelijke gevolgen van een onregelmatigheid te voorkomen. Ten slotte, ook al is het juist dat het systeem van « zuivering van nietigheden » zijn bestaansreden verliest indien het onderzoeksgerecht en het vonnisgerecht identiek zijn, toch blijft het feit dat zulks niet het geval zal zijn indien het niet dezelfde rechters zijn die in die twee hoedanigheden optreden, wat de gewone strafprocedure wel toelaat.

A.3.13. Belgacom betwist ten slotte, wat de extrinsieke lacune betreft die volgens de Ministerraad zou moeten worden vastgesteld indien de in het geding zijnde bepaling strijdig zou worden geacht met de referentienormen, dat zij een « Franchimont-hervorming » van de WBEM wil : zij zoekt enkel een concrete oplossing waarmee kan worden verkregen dat stukken waarvan de onregelmatigheid is vastgesteld uit het dossier worden verwijderd; het gaat om een intrinsieke lacune die de rechter kan wegwerken, waarbij de wetgever overigens de in het geding zijnde bepaling kan herzien.

A.3.14. In haar memorie van antwoord stelt Belgacom vast dat haar standpunt en dat van het auditoraat verwant zijn. Zij begrijpt dat het auditoraat van mening is dat onregelmatige documenten feitelijk uit het dossier moeten worden verwijderd, met toepassing van de algemene rechtsbeginselen. Zij spreekt zich niet uit over de kwestie van de sanctie in geval van opnemings, in het dossier, van een stuk dat op onregelmatige wijze in beslag is genomen, omdat die kwestie voorbarig is.

- B -

B.1. De artikelen 44, 45 en 75 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (hierna : WBEM), bepalen :

« Art. 44. § 1. Het onderzoek van de zaken door het Auditoraat gebeurt :

1° op verzoek van de betrokkenen bedoeld bij artikel 9 in het geval van een aangemelde concentratie;

2° ambtshalve of op verzoek van de minister 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 de artikelen 2, § 1, 3, 9, § 1, of in geval van niet-naleving van een beslissing genomen krachtens de artikelen 9, § 5, 52, 53, 58 of 59;

3° op verzoek van de minister van Middenstand, van een geëigende openbare instelling of ander overheidslichaam, belast met het toezicht of de controle op een economische sector in het geval van een inbreuk op artikel 2, § 1, op artikel 3 of op artikel 9, § 1;

4° ambtshalve, op verzoek van de minister of de algemene vergadering van de Raad met het oog op een koninklijk besluit tot groepswijze ontheffing van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen op grond van artikel 50;

5° op verzoek van het Hof van beroep te Brussel in geval van toepassing van artikel 76, § 2.

§ 2. Ter vervulling van de hen opgedragen taken, kunnen de auditeurs alle noodzakelijke inlichtingen inwinnen bij de ondernemingen en ondernemingsverenigingen. Zij bepalen de termijn binnen welke deze inlichtingen hen moeten worden medegedeeld.

Wanneer de auditeurs tot een onderneming of een ondernemingsvereniging een verzoek om inlichtingen richten, duiden zij de rechtsgrond en het doel van hun verzoek aan.

Indien een onderneming of vereniging van ondernemingen de gevraagde inlichtingen niet binnen de door de auditeur gestelde termijn verstrekt of indien de verstrekte inlichtingen onvolledig, onjuist of verdraaid zijn, kan de auditeur de inlichtingen bij een met redenen omklede beslissing eisen.

Deze beslissing omschrijft de gevraagde inlichtingen en bepaalt binnen welke termijn ze moeten worden verstrekt. Als de beslissing tot verzoek om inlichtingen gericht is tot een van de aanmeldende ondernemingen, schorst zij bovendien de in artikel 58 bedoelde termijn tot de dag waarop de inlichtingen worden verstrekt of uiterlijk tot de dag waarop de termijn, bepaald door de auditeur, verstrijkt.

De beslissing wordt door de auditeur ter kennis gebracht van de ondernemingen waarvan de inlichtingen worden geëist.

§ 3. Onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie, zijn de auditeurs en de door de minister gemachtigde ambtenaren van de Algemene Directie mededinging bevoegd om overtredingen van deze wet op te sporen en om deze overtredingen vast te stellen bij processen-verbaal die gelden als bewijs tot het tegendeel is bewezen.

Zij zijn eveneens bevoegd om alle inlichtingen op te sporen en om alle noodzakelijke vaststellingen te doen met het oog op de toepassing van de artikelen 6 tot 10.

Bij de uitvoering van de hun toevertrouwde opdrachten, zijn zij onderworpen aan het toezicht van de procureur-generaal.

Zij verzamelen alle inlichtingen, nemen alle geschreven of mondelinge verklaringen of getuigenissen af, doen zich alle documenten of inlichtingen, wie ook de houder ervan is, mededelen, die zij nodig achten ter vervulling van hun opdracht en waarvan zij kopie mogen nemen, en doen ter plaatse de nodige vaststellingen.

Zij mogen een huiszoeking verrichten :

1° 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, boekhoudkundig, administratief, fiscaal en financieel beheer, en zulks tussen 8 en 18 uur, en met voorafgaande machtiging door een onderzoeksrechter;

2° in de lokalen, vervoermiddelen en andere plaatsen van de 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, en zulks tussen 8 en 18 uur en met 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.

Bij het volbrengen van hun opdracht kunnen zij ter plaatse beslag leggen en verzegelen voor de duur van, en voor zover nodig voor, hun opdracht maar niet langer dan 72 uur in andere lokalen dan deze van de ondernemingen of ondernemingsverenigingen. Deze maatregelen worden vastgesteld in een proces-verbaal. Een kopie van dit proces-verbaal wordt bezorgd aan de persoon ten aanzien van wie deze maatregelen zijn genomen.

Bij het volbrengen van hun opdracht kunnen zij een beroep doen op de openbare macht.

Om over te gaan tot een huiszoeking, een beslaglegging of een verzegeling, moeten de in het eerste lid bedoelde ambtenaren bovendien houder zijn van een specifiek opdrachtbevel afgegeven door de auditeur. Dit bevel vermeldt het voorwerp en het doel van hun opdracht.

De auditoren kunnen deskundigen aanstellen wier raadgevende opdracht zij bepalen. De auditoren kunnen ook een beroep doen op de ambtenaren van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie.

§ 4. Ongeacht de bijzondere wetten, die de geheimhouding van de mededelingen waarborgen, zijn de openbare besturen de auditoren en de ambtenaren van de Algemene Directie mededinging bij de uitvoering van hun opdracht behulpzaam.

§ 5. Bij de uitoefening van hun onderzoeksbevoegdheid houden de auditoren, de ambtenaren van de Algemene Directie mededinging en de ambtenaren van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling zich voor :

1° het verhoor van personen aan de bepalingen van artikel 31, uitgezonderd het derde lid, van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken;

2° de opstelling van de oproepingen, processen-verbaal en rapporten, aan de bepalingen van artikel 11 van dezelfde wet. Wanneer meerdere personen het voorwerp uitmaken van het onderzoek, zal het rapport van de auditor bedoeld in artikel 45, § 4, opgesteld worden in de taal van de meerderheid, rekening houdend met de bepalingen van voornoemd artikel 11. Wanneer er pariteit is, wordt gebruik gemaakt van één der landstalen volgens de noodwendigheden van de zaak.

§ 6. Alvorens het met redenen omkleed verslag zoals bepaald in de artikelen 45, § 4, 55, § 4, 59, § 2, of 62, § 5, bij de Raad neer te leggen, stelt het Auditoraat of de auditor een inventaris op van alle documenten en gegevens verzameld tijdens het onderzoek en spreekt zich uit over hun vertrouwelijkheid.

De vertrouwelijkheid van de gegevens en documenten wordt beoordeeld ten aanzien van elke natuurlijke of rechtspersoon die kennis krijgt van het met redenen omkleed verslag.

§ 7. Wanneer het Auditoraat of de auditor van oordeel is dat ten aanzien van de betrokken onderneming gegevens die door de natuurlijke of rechtspersoon die deze gegevens heeft verstrekt als vertrouwelijk zijn aangemerkt, niet als vertrouwelijk kunnen worden beschouwd, stelt hij deze natuurlijke of rechtspersoon hiervan per brief, fax of via e-mail op de hoogte en nodigt hen uit om hierover per brief, fax of via e-mail een standpunt mee te delen binnen de door hem bepaalde termijn.

Het Auditoraat of de auditor spreekt zich vervolgens uit. Het Auditoraat of de auditor kan beslissen dat het belang van een effectieve toepassing van deze wet zwaarder weegt dan de bescherming van het vertrouwelijke karakter van de verstrekte gegevens. Het Auditoraat of de auditor deelt zijn beslissing mee aan de natuurlijke of rechtspersoon die de gegevens heeft verstrekt.

Wanneer het Auditoraat of de auditeur de vertrouwelijkheid van de gegevens aanvaardt, verzoekt hij, binnen de termijn die hij bepaalt, de natuurlijke of rechtspersoon die de vertrouwelijke gegevens heeft verstrekt om een niet-vertrouwelijke samenvatting of versie van het betreffende document, voorzover zulke samenvatting of versie zich nog niet in het dossier bevindt. De vertrouwelijke documenten worden vervolgens uit het onderzoeksdossier verwijderd en vervangen door de niet-vertrouwelijke samenvatting of versie.

Wanneer het Auditoraat of de auditeur de vertrouwelijkheid van de gegevens niet aanvaardt, deelt hij dit mee aan de natuurlijke of rechtspersoon die de gegevens heeft verstrekt met vermelding van de redenen waarom de gegevens niet als vertrouwelijk kunnen worden aangemerkt. Deze mededeling gebeurt per brief, fax of via e-mail.

§ 8. De natuurlijke of rechtspersoon die de gegevens heeft verstrekt, kan, binnen een termijn van tien dagen nadat de beslissing van het Auditoraat of van de auditeur werd meegedeeld, een beroep tegen deze beslissing instellen bij de Raad. Deze termijn wordt herleid tot twee werkdagen bij onderzoek of beslissing inzake concentraties.

Een raadslid van de Raad, aangewezen door de voorzitter, dat vervolgens geen zitting zal hebben in de kamer die de zaak behandelt, spreekt zich binnen een termijn van tien dagen uit over het beroep. Deze termijn bedraagt twee werkdagen bij onderzoek of beslissingen inzake concentraties. Deze beslissing is niet vatbaar voor een afzonderlijk hoger beroep bij het Hof van beroep te Brussel.

§ 9. Het Auditoraat of de auditeur deelt geen vertrouwelijke gegevens mee zolang het raadslid van de Raad zich niet heeft uitgesproken over het beroep.

Art. 45. § 1. De klachten en verzoeken betreffende de restrictieve mededingingspraktijken worden ingediend bij het Auditoraat.

§ 2. Indien het Auditoraat tot het besluit komt dat een klacht of een verzoek niet ontvankelijk of ongegrond is, seponereert het de klacht of het verzoek bij met redenen omklede beslissing. Het auditoraat kan een klacht of een verzoek ook bij een met redenen omklede beslissing seponeren gelet op het prioriteitenbeleid en de beschikbare middelen. Een sepotbeslissing wordt bij aangetekend schrijven betekend aan de indiener van de klacht of het verzoek; daarbij wordt aan de indiener meegedeeld dat hij het dossier op de griffie kan raadplegen, tegen betaling een kopie ervan kan krijgen en tegen de beslissing tot sepot een beroep kan instellen bij de Raad.

§ 3. Het beroep bedoeld in § 2 wordt, op straffe van nietigheid, ingesteld door middel van een met redenen omkleed en ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend bij de griffie binnen een termijn van dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing. Het verzoekschrift beantwoordt, op straffe van nietigheid, aan de vereisten van artikel 76, § 2, derde lid, 1^o tot 3^o, 5^o en 7^o. De kamer van de Raad doet uitspraak op stukken. Deze uitspraak van de kamer is niet vatbaar voor hoger beroep of verzet. Indien de kamer het beroep gegrond acht, wordt het dossier terug overgemaakt aan het Auditoraat voor onderzoek en verslag aan de kamer.

§ 4. Indien het Auditoraat de klacht of het verzoek of desgevallend een ambtshalve onderzoek, gegrond acht, legt de auditeur het met redenen omkleed verslag namens het Auditoraat neer bij de kamer van de Raad. Dit verslag omvat het onderzoeksverslag, de

punten van bezwaar en een voorstel tot beslissing; het is vergezeld van het onderzoeksdossier en van de inventaris van de stukken van dit dossier. De inventaris bepaalt de vertrouwelijkheid van de stukken ten aanzien van elke partij die toegang heeft tot het dossier.

Het verslag omvat eveneens een met redenen omkleed voorstel tot reglementering zoals bepaald in het tweede lid van artikel 50, § 1, indien de auditeur meent dat de concrete feiten een algemene reglementering noodzakelijk maken ».

« Art. 75. Tegen de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van de voorzitter, alsmede tegen stilzwijgende beslissingen tot toelating van concentraties door het verstrijken van de in de artikelen 58 en 59 bepaalde termijnen kan beroep worden ingesteld bij het Hof van beroep te Brussel, behalve wanneer de Raad voor de Mededinging een beslissing neemt met toepassing van artikel 79.

Het Hof van beroep doet uitspraak met volle rechtsmacht inzake de vermeende restrictieve praktijken en desgevallend inzake de opgelegde sancties evenals inzake de toelaatbaarheid van concentraties. Het Hof van beroep kan de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan sedert de aangevochten beslissing van de Raad in overweging nemen.

Het Hof van beroep kan geldboetes en dwangsommen opleggen volgens de bepalingen zoals bedoeld in Afdeling 8 van Hoofdstuk IV ».

B.2. De eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op artikel 75 van de WBEM, geïnterpreteerd in die zin dat het niet voorziet in een beroep voor het Hof van Beroep te Brussel tegen de beslissingen en de handelingen van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging in het kader van een onderzoeksprocedure betreffende restrictieve mededingingspraktijken; bij ontstentenis van een jurisdictioneel beroep zou aldus afbreuk worden gedaan aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en aan de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, alsook aan het recht op een daadwerkelijke jurisdictionele toetsing door een onafhankelijke rechter in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en aan het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht, dat is gewaarborgd bij artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Uit de feiten van de zaak blijkt, enerzijds, dat de handelingen en beslissingen van het auditoraat betrekking hebben op beslagleggingen die werden uitgevoerd tijdens huiszoeken die werden verricht krachtens een voorafgaande machtiging door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging op grond van artikel 44, § 3, vijfde lid, 2°, van de WBEM en, anderzijds, dat de verwijzende rechter het auditoraat heeft verboden om de in beslag genomen elektronische gegevens aan het onderzoeksteam over te zenden, onder de voorwaarden die in

het verwijzingsarrest zijn aangegeven en in afwachting van het antwoord van het Hof. Het Hof beperkt zijn onderzoek tot die hypothese.

B.3. De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op de artikelen 44, 45 en 75 van de WBEM en veronderstelt dat de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, wat impliceert dat het Hof van Beroep te Brussel bevoegd zou zijn om kennis te nemen van de beroepen tegen de voormelde beslissingen en handelingen van het auditoraat : doordat, bij ontstentenis van een bepaling die de uitoefening van die toetsing en de rechten van de betrokkenen regelt, die laatsten zouden worden onderworpen aan een behandeling die verschilt van die waarin meer bepaald de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering voorzien voor de personen die betrokken zijn in een strafonderzoek, zouden de in het geding zijnde bepalingen afbreuk doen aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, aan de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en aan het recht op een eerlijk proces dat is gewaarborgd bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.4. Gelet op de samenhang ervan, worden de twee vragen samen onderzocht.

B.5. Het Hof is niet bevoegd om wetskrachtige normen rechtstreeks te toetsen aan verdragsbepalingen. Tot de bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden behoren evenwel de rechten en vrijheden die voortvloeien uit internationale verdragsbepalingen die België binden. Dat is het geval voor de verdragsbepalingen die in de twee prejudiciële vragen worden vermeld. In zoverre die laatste verwijzen naar die verdragsbepalingen, in samenhang gelezen met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, zijn zij ontvankelijk.

B.6. De WBEM verbiedt de restrictieve mededingingspraktijken die zijn omschreven in de artikelen 2 en 3 ervan, en onderwerpt de in artikel 6 omschreven concentraties aan de voorafgaande goedkeuring van de Raad voor de Mededinging, die zij opricht.

De Raad voor de Mededinging is een administratief rechtscollege; hij is samengesteld uit de algemene vergadering, het auditoraat en de griffie (artikel 11); hij is ingedeeld in kamers van drie raadsleden (artikel 19) die gemachtigd zijn om bij met redenen omklede beslissing uitspraak te doen over alle zaken waarmee de Raad wordt belast (artikel 20).

De auditeurs zijn onder meer belast met het ontvangen en het seponeren van de klachten en de verzoeken om voorlopige maatregelen, met het leiden en organiseren van het onderzoek volgens de regels die zijn vastgesteld bij de artikelen 44 en 45, en met het zich uitspreken over het vertrouwelijk karakter van de gegevens die zijn overgezonden (artikel 29). De auditeurs kunnen alle noodzakelijke inlichtingen inwinnen bij de ondernemingen (artikel 44, § 2), zijn bevoegd om overtredingen van de WBEM op te sporen en vast te stellen en om alle inlichtingen te verzamelen die zij nodig achten ter vervulling van hun opdracht; zij mogen een huiszoeking verrichten, ter plaatse beslag leggen en verzegelen onder de voorwaarden waarin de WBEM voorziet, een beroep doen op de openbare macht en deskundigen aanstellen (artikel 44, § 3).

De beslissingen inzake restrictieve mededingingspraktijken vormen het voorwerp van een procedure op tegenspraak (artikel 48) en zijn met redenen omkleed (artikel 52); hetzelfde geldt voor de beslissingen inzake concentratie (artikelen 55, 57 en 58). De voorzitter of het raadslid dat hij afvaardigt, kan voorlopige maatregelen nemen (artikel 62). Geldboeten en dwangsommen kunnen worden opgelegd (artikelen 63 tot 66). De beslissingen worden bekendgemaakt en ter kennis gebracht (artikelen 67 en 68) en er kan beroep tegen worden ingesteld voor het Hof van Beroep te Brussel. Dat Hof doet uitspraak met volle rechtsmacht inzake de vermeende restrictieve praktijken, inzake de opgelegde sancties en inzake de toelaatbaarheid van concentraties en kan geldboeten en dwangsommen opleggen (artikel 75). Het kan onder meer het auditoraat verzoeken om een onderzoek in te stellen (artikel 76, § 2, achtste lid), en tegen zijn arresten kan een voorziening in cassatie worden gericht (artikel 78). De Raad van State is bevoegd om kennis te nemen van de beslissingen van de Ministerraad inzake concentraties (artikel 77).

B.7. Zowel uit de formulering van de eerste prejudiciële vraag als uit de motivering van de beslissing waarbij de zaak bij het Hof aanhangig is gemaakt, volgt dat de verwijzende rechter van oordeel is dat de handelingen en beslissingen van het auditoraat niet het voorwerp kunnen uitmaken van het beroep voor het Hof van Beroep te Brussel waarin artikel 75 van de WBEM voorziet. Die bepaling beoogt immers de « beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van de voorzitter », terwijl de wet in afzonderlijke beroepen voor de Raad of zijn voorzitter voorziet tegen bepaalde beslissingen van het auditoraat op zich, wat de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens (artikel 44, § 8), het seponeren van klachten (artikel 45, § 2) of verzoeken om voorlopige maatregelen (artikel 62, § 3) betreft.

B.8. De in het geding zijnde bepalingen werden ingevoerd bij twee wetten van 10 juni 2006, de ene tot bescherming van de economische mededinging, de andere tot oprichting van de Raad voor de Mededinging, die vervolgens werden gecoördineerd bij het koninklijk besluit van 15 september 2006. Tijdens het gezamenlijk onderzoek van de bepalingen ervan door de Kamer van volksvertegenwoordigers, heeft de minister aangegeven dat zij ertoe strekten « een aangepast systeem van concurrentiebewaking [te ontwikkelen] », rekening houdend met het feit dat de bepalingen die sedert 1991 van kracht waren, « concurrentieverstorende praktijken [die] de marktwerking in de weg [staan] », niet hadden doen verdwijnen (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2180/004, p. 3).

B.9. Als een van de maatregelen om dat doel te bereiken werd het korps verslaggevers dat bij de vroegere bepalingen was ingesteld, omgevormd tot een onafhankelijk auditoraat dat bij de Raad wordt opgericht (*Parl. St.*, Senaat, 2005-2006, nr. 3-1665/2, p. 3) en waarvan de bevoegdheden overigens worden versterkt teneinde de procedures te verkorten, omdat het zich voortaan kan uitspreken over de vertrouwelijkheid van de stukken uit de dossiers en inlichtingen kan opeisen (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2180/001, p. 23).

Aldus heeft de wetgever het recht van verdediging van de betrokken ondernemingen willen waarborgen wat die vertrouwelijkheid en de bescherming van zakengeheimen betreft, overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (*ibid.*, pp. 26, 27 en 57).

B.10. Meer algemeen heeft de wetgever gewezen op de bevoegdheid van volle rechtsmacht die artikel 75 van de in het geding zijnde wet aan het Hof van Beroep te Brussel toekent (*ibid.*, pp. 32 en 68) en op het inquisitoriale karakter van de procedure (*ibid.*, DOC 51-2180/004, p. 11), en heeft hij aangegeven dat de beslissingen van de Raad voor de Mededinging « op zeer grondige wijze [kunnen] ingrijpen in de structuur van de markt evenals in de organisatie en de economische structuur van een onderneming » (*ibid.*, DOC 51-2180/001, p. 69). Er werd in dat verband opgemerkt dat het auditoraat over uitgebreide bevoegdheden beschikte rekening houdend met het karakter van openbare orde van het mededingingsrecht (*ibid.*, p. 49), doordat de Raad zelf het strafrechtelijk aspect van die wetgeving op de voorgrond had gesteld (*ibid.*, p. 27); de rol van de verslaggever - voortaan de auditeur - werd beschouwd als die van een onderzoeker en aanklager (*ibid.*,

p. 25), en werd vergeleken met die van het parket (*ibid.*, DOC 51-2180/004, pp. 30 en 36), waarbij de klager geen zeggenschap heeft over de procesvoering - in tegenstelling tot een burgerlijk proces -, rekening houdend met de noodzaak om het algemeen economisch belang dat steunt op de vrije mededinging, te beschermen (*ibid.*, DOC 51-2180/001, pp. 13 en 14).

B.11. De rechten die zijn gewaarborgd bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en bij artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie impliceren, wat betreft maatregelen zoals die welke voor de verwijzende rechter worden betwist, 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, en 21 december 2010, *Société Canal Plus en anderen* t. Frankrijk, §§ 36 en 40).

B.12.1. De in het geding zijnde bepalingen bieden niet de mogelijkheid van een jurisdictionele toetsing - voor het Hof van Beroep te Brussel of voor een ander rechtscollege - van de maatregelen die door het auditoraat zijn genomen, zoals die welke voor de verwijzende rechter worden betwist; zoals in B.10 is aangegeven, werd aan de regelgeving die in die maatregelen voorziet een karakter van algemeen belang of van openbare orde toegeschreven, om het dwingende karakter van die maatregelen en een versterking van de bevoegdheden van het auditoraat te verantwoorden. Die regelgeving kan ertoe leiden dat, bij ontstentenis van een onmiddellijk beroep, onregelmatige stukken en elementen toegankelijk blijven totdat het onderzoek van de zaak is beëindigd en aan de bevoegde rechter is voorgelegd, en zelfs dat die laatste erdoor wordt beïnvloed, terwijl die stukken en elementen nadeel kunnen berokkenen aan diegenen die het voorwerp uitmaken van de maatregelen van het auditoraat. Weliswaar heeft de omstandigheid dat die stukken en elementen op onrechtmatige wijze zijn verkregen, enkel tot gevolg dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, ze rechtstreeks noch indirect in aanmerking mag nemen, hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, hetzij wanneer de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, hetzij wanneer de aanwending van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Niettemin tasten de

in het geding zijnde bepalingen, rekening houdend met de in B.11 aangegeven vereisten, op discriminerende wijze het recht op een daadwerkelijke jurisdictionele bescherming aan dat de betrokkenen afleiden uit de bepalingen die door de prejudiciële vraag worden beoogd, in zoverre zij niet kunnen voorkomen dat de maatregel wordt genomen waardoor, zoals te dezen, gegevens het voorwerp zouden zijn van een mededeling die hun schade zou kunnen berokkenen. Die aantasting kan niet worden verantwoord door de bekommernis om een snelle behandeling van de dossiers te waarborgen.

Wellicht kunnen de in het geding zijnde procedures leiden tot de vaststelling dat de ondernemingen waarop zij betrekking hebben, zich niet schuldig hebben gemaakt aan restrictieve mededingingspraktijken, hetgeen het in B.11 beoogde gepaste herstel kan vormen. Opdat dit het geval zou zijn, is het echter nodig dat die ondernemingen niet meer worden benadeeld en dat elk voor hen nadelig gevolg wordt tenietgedaan.

B.12.2. In die interpretatie dient de eerste prejudiciële vraag bevestigend te worden beantwoord.

B.13.1. Het Hof stelt echter vast dat artikel 75 van de WBEM anders kan worden geïnterpreteerd dan in B.7.

Uit hetgeen in B.2 is aangegeven, volgt immers dat de in het geding zijnde handelingen en beslissingen betrekking hebben op een beslaglegging die werd uitgevoerd tijdens een huiszoeking waartoe de voorzitter van de Raad voor de Mededinging machtiging had verleend, zodat ervan moet worden uitgegaan dat zij hun grondslag in die machtiging vinden. Welnu, de formulering van artikel 75 verzet zich niet ertegen dat de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel met betrekking tot de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van zijn voorzitter, de maatregelen omvat die op grond ervan zijn genomen door de component van de Raad die het auditoraat, krachtens artikel 11, § 2, van de WBEM, is.

B.13.2. In die interpretatie schenden de in het geding zijnde bepalingen de normen waarnaar de eerste prejudiciële vraag verwijst niet.

B.14. Het staat aan de wetgever om de jurisdictionele toetsing die in B.12 wordt beoogd en waarin het in het geding zijnde artikel 75, in de in B.13.1 aangegeven interpretatie, voorziet, te organiseren.

B.15. De in het geding zijnde bepalingen geven niet de modaliteiten aan volgens welke de jurisdictionele toetsing moet worden uitgevoerd. Zij roepen aldus een verschil in behandeling in het leven tussen de rechtzoekenden die aan die toetsing zijn onderworpen en die welke zich, in het kader van een strafonderzoek, kunnen beroepen op de waarborgen waarin de wet voorziet, zoals die welke zijn ingeschreven in de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering. Om dezelfde redenen, *mutatis mutandis*, als die welke in B.12 zijn aangegeven, is dat verschil in behandeling discriminerend.

B.16. In die interpretatie dient de tweede prejudiciële vraag bevestigend te worden beantwoord.

B.17. Het Hof stelt echter vast dat de in het geding zijnde bepalingen anders kunnen worden geïnterpreteerd. Uit de in B.6 en B.10 aangegeven elementen blijkt immers dat de huiszoeking en de beslaglegging die aanleiding hebben gegeven tot het geschil dat bij het Hof van Beroep aanhangig is gemaakt, kunnen worden vergeleken met die welke worden verricht tijdens een strafonderzoek. Uit het verwijzingsarrest blijkt overigens dat de verwijzende rechter, uitspraak doende over een voorlopige regeling van de toestand die aan hem wordt voorgelegd, heeft vastgesteld dat hij, « in de huidige stand van de nationale wetgeving, het enige onafhankelijke rechtscollege was in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, waarop Belgacom een beroep kan doen ter kennisneming van haar grieven ».

In afwachting van een optreden van de wetgever, kan worden aangenomen dat het de verwijzende rechter toekomt om, rekening houdend met die elementen, de modaliteiten van die toetsing te bepalen, waarbij hij, in voorkomend geval, de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering in aanmerking neemt.

B.18. In die interpretatie dient de tweede prejudiciële vraag ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

- De artikelen 44, 45 en 75 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 20, 21 en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, indien zij worden geïnterpreteerd in die zin dat zij een jurisdictioneel beroep uitsluiten tegen de handelingen of beslissingen van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging die betrekking hebben op beslagleggingen die zijn uitgevoerd tijdens een huiszoeking verricht in het kader van een onderzoeksprocedure betreffende restrictieve mededingingspraktijken.

- Dezelfde bepalingen schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 20, 21 en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, niet, indien zij worden geïnterpreteerd in die zin dat zij een beroep voor het Hof van Beroep te Brussel niet uitsluiten tegen de handelingen of beslissingen van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging die betrekking hebben op beslagleggingen die zijn uitgevoerd tijdens een huiszoeking verricht in het kader van een onderzoeksprocedure betreffende restrictieve mededingingspraktijken.

- Dezelfde bepalingen schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, indien zij worden geïnterpreteerd in die zin dat zij het Hof van Beroep te Brussel verplichten zich uit te spreken over de regelmatigheid of de nietigheid van de onderzoekshandelingen betreffende restrictieve mededingingspraktijken zonder dat een wettelijk kader dat de rechten van de onderneming waarborgt, de principes en modaliteiten aangeeft volgens welke die jurisdictionele toetsing moet worden uitgevoerd.

- Dezelfde bepalingen schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, niet, indien zij worden geïnterpreteerd in die zin dat zij het Hof van Beroep te Brussel toestaan de modaliteiten te bepalen van de jurisdictionele toetsing waarin het voormelde artikel 75 voorziet, rekening houdend met, in voorkomend geval, de artikelen 131 en 235*bis* van het Wetboek van strafvordering.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 22 december 2011.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse