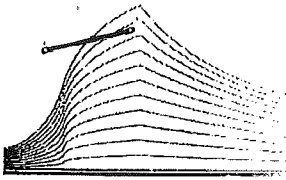


493

Repertoriumnummer 2017 / 9876
Datum van uitspraak 13 december 2017
Rolnummer 2013/MR/9

Uitgifte

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

Niet aan te bieden aan de ontvanger

Mededinging

Koninkgeving
art. 101
Dit document op 15/12/17

Hof van beroep

Brussel

Sectie Marktenhof

19^{de} kamer A

Kamer voor marktzaken

Arrest

Aangeboden op 18 DEC 2017
Niet te registreren ETROUWEN K.

792 + DOS
1 cc Min FOD Econ
1 cc Aud. BMA
Pub. B.S.
1 cc Commissie Mededinging.

COVER 01-00001002967-0001-0030-01-01-1



1. **DISTRIPAINTS N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2550 KONTICH, Kartuizersweg 4,

2. **NOVELTA N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2550 KONTICH, Kartuizersweg 4, verzoekers,

beiden vertegenwoordigd door Mr. DE JAEGER Daniel, advocaat te 1150 BRUSSEL, Tervurenlaan 270 en vertegenwoordigd door BOGAERTS Tine loco Mr. VANHECKE Elisah, advocaat te 9030 MARIAKERKE (GENT), Durmstraat 29

Andere partijen:

1. De **BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT**, gevestigd te 1210 RUSSEL, Vooruitgangstraat 52, vertegenwoordigd door de heer Joachim Marchandise, juridisch directeur

2. De **MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN**, met kantoren te 1000 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 16, NG III,

vertegenwoordigd door Mr de LOPHEM Evrard loco Mr VERNET Philippe, advocaat te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7

1. Rechtsmacht van het hof.

Het hof putte zijn initiële rechtsmacht uit een verzoekschrift “in hoger beroep” dat door de NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA op 5 augustus 2013 werd neergelegd ter griffie van het hof en waarbij verhaal wordt ingesteld tegen een proces-verbaal van de vergadering van 10 juni 2013 uitgevoerd door de Algemene Directie Mededinging van de FOD Economie in de lokalen van de NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA op 21 en 22 juni 2011 naar aanleiding van een klacht door de SA DURIEU COATINGS.



2. Voorgaanden.

2.1.

Het verhaal strekte ertoe de huiszoeking nietig te horen verklaren bij overschrijding van de in het opdrachtbevel aangegeven termijn, ondergeschikt alle inbeslagnames tijdens de huiszoeking van 21 en 22 juni 2011 nietig, minstens ongeldig te verklaren bij gebreke aan de noodzakelijke waarborgen voor de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA. Meer ondergeschikt strekte het verhaal ertoe te horen zeggen dat de onnodig lange duurtijd tussen de huiszoeking en de ontzegeling rechtsmisbruik uitmaakt en de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA onnodig in hun rechten schendt, bijgevolg te zeggen dat enkel de documenten gedateerd vanaf 10 juni 2008 en betrekking houdend op feiten vanaf 10 juni 2008 in aanmerking mogen genomen worden voor verder onderzoek. Uiterst ondergeschikt werd gevorderd dat de kwalificatie van de inbeslaggenomen documenten als “*in of scope*” zonder concrete motivering van de Auditeur of zonder een rechtstreekse link met het opdrachtbevel als ongeldig zouden verklaard worden en de desbetreffende documenten vervolgens als “*out of scope*” te horen herkwalificeren.

In het kader van een prejudiciële vraag betreffende de artikelen 44, 45 en 75 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, heeft het Grondwettelijk Hof, bij arrest van 22 december 2011 (arrest nr. 197/2011) als volgt geantwoord:

“- 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 juridictionele 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 juridictionele toetsing waarin het voormelde artikel 75 voorziet, rekening houdend met, in voorkomend geval, de artikelen 131 en 235bis van het Wetboek van strafvordering.”*

2.2.

Bij conclusie neergelegd op 18 december 2013 concludeerde de BMA tot het onontvankelijk, minstens ongegrond verklaren van het beroep en tot het tergend en roekeloos verklaren van dit beroep en de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA te veroordelen tot een geldboete door het hof in billijkheid te bepalen en tot het betalen van de gerechtskosten.

2.3.

Op 25 november 2013 gaf de Minister van Economie kennis van zijn opmerkingen. Hij verzocht het hof om het beroep onontvankelijk, minstens ongegrond te verklaren.

2.4.

Bij conclusie van 20 januari 2014 verzochten de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA :

“Het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren en bij wijze van gepast rechtsherstel de vrijspraak van Distripaints te bevelen m.b.t. de geïmponeerde inbreuken in het opdrachtbevel van de Auditeur d.d. 17.06.2011.

Ondergeschikt,

De huiszoeking zelf, dan wel alle inbeslagnames bij appellanten tijdens de huiszoeking van 21.06.2011 en 22.06.2011 nietig minstens ongeldig te verklaren, bij gebreke aan de noodzakelijke waarborgen voor appellanten.

Uiterst ondergeschikt

De kwalificatie van de inbeslaggenomen documenten als "in scope" zonder concrete motivering van de Auditeur of zonder een rechtstreekse link met het opdrachtbevel als ongeldig te horen verklaren. De desbetreffende documenten minstens als "out of scope" te horen herkwalificeren.

De kosten (met inbegrip van de basis rechtsplegingsvergoeding overeenkomstig KB van 26.10.2007) als naar recht.”

2.5.

Na pleidooien op 26 maart 2014 heeft de 18^{de} kamer van het hof op 26 november 2014 een arrest uitgesproken met volgend dispositief:

“verklaart het beroep ontvankelijk maar ongegrond, behoudens wat het in of out of scope karakter van de door DISTRIPAINITS betwiste bestanden betreft binnen de hierna aangegeven perken.



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

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

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

Houdt elke andere beslissing aan.”

2.6.

Het hof heeft het verhaal van de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA definitief beslecht op de enkele uitzondering na van een controle omtrent het *in of scope/out of scope* karakter van bepaalde documenten.

Het hof stelt in randnummer 49 dat indien er reden bestaat om met toepassing van het bepaalde onder nummer 47. (iii) en (iv) het hof alsnog te doen beslissen, de meest gereede partij kan verzoeken om een vaststelling van de zaak.

Randnummer 47 (iii) en (iv) luiden als volgt:

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

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

2.7.

Op 18 december 2014 werd met het oog op de verificatie een tegensprekelijke vergadering gehouden in de lokalen van de FOD Economie. Van deze vergadering werd een proces-verbaal opgesteld (opgenomen als stuk 13 in het dossier van de BMA).

2.8.

Bij schrijven van 25 februari 2015 vroeg de raadsman van de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA *eenzijdig* een nieuwe vaststelling *“daar het verificatietraject van inbeslaggenomen documenten werd doorlopen doch zonder dat daarbij volledige overeenstemming kon worden gevonden”*. De regels van het Ger. W. om een vaststelling te vragen werden evenwel niet nageleefd.

2.9.



Na de oprichting van het Marktenhof werden alle dossiers die nog op de bijzondere rol voorkwamen en die in aanmerking kwamen voor transfert naar het Marktenhof, ambtshalve vastgesteld ter zitting van 31 mei 2017. Op deze zitting werd een conclusiekalender overeengekomen.

2.10

De NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA hebben conclusie neergelegd op 10 oktober 2017 waarbij zij als volgt vorderen:

“In hoofdorde:

De zaak naar de algemene rol te verzenden in afwachting van de verwachte cassatie-uitspraken hierboven aangegeven.

De BMA te veroordelen tot een provisionele veroordeling ten belope van 1 EUR wegens jarenlange inactiviteit van de BMA (onzorgvuldige gedrag als onderzoeker).

In ondergeschikte orde:

De hierboven besproken documenten, waarover discussie, te kwalificeren als out of scope.

Inzake gerechtskosten :

De kosten voor deze procedure ten laste te leggen van de BMA, d.i. maximale RPV (12.000 EUR) wegens kennelijk onredelijk karakter van de situatie, d.i. het bepalen van het in/out of scope karakter van documenten, ruim 6 jaar na de eigenlijke huiszoeking in juni 2011.”

De BMA heeft op 10 november 2017 conclusie neergelegd waarin zij vordert:

“Het beroep van appellante ongegrond te verklaren; en

Appellante te horen veroordelen tot de kosten van het geding, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen en begroot op 1.440 euro, evenals tot de publicatie van het dispositief van het tussen te komen arrest in het Belgisch Staatsblad.”

De Minister van Economie heeft geen conclusie genomen.

3. Bespreking.

3.1. De vraag (van de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA) tot verzending naar de bijzondere rol:

3.1.1.

De NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA vragen in hoofdorde dat het hof de zaak naar de bijzondere rol zou verzenden in afwachting van het tussenkomen van een cassatiearrest.

Zij verwijzen naar twee arresten van het hof (vreemd aan onderhavig geschil), respectievelijk van 18 februari 2015 en 9 juli 2015 waarbij standpunten worden ingenomen omtrent de noodzaak van een machtiging van een onderzoeksrechter om een huiszoeking toe te staan.

De NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA brengen geen enkel concreet gegeven bij dat er tegen deze arresten een cassatievoorziening hangende zou zijn. De BMA brengt de arresten zelf bij (stukken 16 en 17 uit haar dossier).



99

De NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA stellen dat zij de rolverzending vragen *“in afwachting van de verwachte cassatie uitspraken hierboven aangegeven”*. De omstandigheid dat tegen andere rechterlijke beslissingen in andere zaken die geen enkele samenhang vertonen met onderhavig dossier desgevallend een andersluidende uitspraak zou zijn gedaan, zelfs dat er cassatievoorziening hangende zou zijn, heeft geen enkele relevantie met betrekking tot het geschil waarmee het hof te dezen gevat is. De rechter doet uitspraak geschil per geschil (vergelijk artikel 6 Ger. W.).

De NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA lieten expliciet gelden in hun conclusie neergelegd op 20 januari 2014 (dispositief ‘ondergeschikt’) *“de huiszoeking zelf dan wel alle inbeslagnames bij appellanten tijdens de huiszoeking van 21.06.2011 en 22.06.2011 nietig minstens ongeldig te verklaren, bij gebrek aan de noodzakelijke waarborgen voor appellanten”*. Zij verwezen daarbij uitdrukkelijk (deze zelfde conclusie pagina 8) naar de *“waarborgen uit het strafrecht / EVRM”*.

Te dezen heeft het hof (18^{de} kamer) bij het arrest van 26 november 2014 evenwel definitief uitspraak gedaan over de rechtsgeldigheid van de huiszoeking zoals zij te dezen uitgevoerd werd. Het hof oordeelt dat het beroep ontvankelijk maar ongegrond is (behoudens wat het *in of out of scope* karakter van de door DISTRIPAINTS betwiste bestanden betreft zoals nader in het beschikkend gedeelte van het arrest verwoord).

Omtrent de vraag naar de rechtsgeldigheid van de litigieuze huiszoeking (21 en 22 juni 2011) heeft het hof zijn rechtsmacht uitgeput. Het middel dat ertoe strekt dat het hof ‘andermaal’ over dit rechtspunt uitspraak zou doen is dienvolgens niet ontvankelijk.

3.1.2.

Zoals de BMA terecht laat gelden hebben de arresten van 18 februari 2015 en 9 juli 2015 overigens betrekking op een huiszoeking uitgevoerd op grond van de WBEM 1999 daar waar de kwestieuze huiszoeking te dezen werd uitgevoerd krachtens de wet WBEM 2006.

De huiszoeking was onderworpen aan de machtiging door de Voorzitter van de Raad (artikel 44 § 3 WBEM-2006). De Voorzitter van de Raad was een magistraat, met name Stefan RAES (zie de machtiging van 20 juni 2011, stuk 1 in het dossier van de BMA).

3.1.3.

De vraag tot het opschorten van de rechtspleging is dienvolgens louter dilatoir. Er is geen reden tot het opschorten van de rechtspleging.

3.2. de vordering van de NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA tot veroordeling van de BMA tot het betalen van een schadevergoeding voor stilstand van het onderzoek :



3.2.1.

De NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA houden voor dat de BMA een fout begaat doordat er diverse perioden van stilstand van het onderzoek zijn opgetreden.

Over de eerste periode, die zich uitstrekt tot aan het tussenarrest, heeft het hof reeds uitspraak gedaan.

Met betrekking tot de vraag naar de schending van de rechten van verdediging (omwille van het tijdsverloop) heeft het hof geoordeeld (randnummers 20 tot 24) dat de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA over alle nodige informatie en gegevens zijn blijven beschikken zodat *“met betrekking tot de aangevoerde gevolgen van het tijdsverloop sinds de huiszoeking [...] bijgevolge op dit ogenblik geen aantasting van het recht op verdediging in hoofde van DISTRIPAINITS [kan] worden vastgesteld”*.

Het hof overwoog (randnummer 20) dat de *“ondernemingen ongetwijfeld een zeker nadeel hebben geleden doordat zij in de onwetendheid werden gelaten over de vraag naar de gevolgen die aan de huiszoeking zouden worden gegeven”*, maar het hof voegt er meteen aan toe *“de ondernemingen hebben voor deze onrechtmatige vertraging evenwel geen herstel onder de vorm van schadevergoeding gevorderd zodat de vraag naar de bepaling van de geleden schade zich in de huidige periode niet stelt”*.

In de mate dat de vordering betrekking heeft op het tijdsverloop tussen enerzijds de huiszoekingen en anderzijds de ontzegeling, de mededeling van de inhoud van de klacht en het verzoek om inlichtingen, heeft het hof zijn rechtsmacht uitgeput.

Het middel dat er toe strekt om dit rechtspunt andermaal beslecht te zien, is onontvankelijk.

3.2.2.

De NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA houden voor dat er een tweede periode van inactiviteit is die zich uitstrekt vanaf eind februari 2015 tot de oproeping voor het hof (einde mei 2017).

Gedurende de periode dat de zaak hangende was op de bijzondere rol van de 18^{de} kamer, stond het aan iedere partij vrij om de instaatstelling te vorderen.

Op 25 februari 2015 hebben de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA, bij monde van hun raadsman, eenzijdig een nieuwe vaststelling aangevraagd.

Er kan slechts gevolg gegeven worden aan een aanvraag tot vaststelling in de mate dat deze uitgaat van alle procespartijen. Artikel 750 Ger. W. luidt als volgt:

“Onverminderd de toepassing van artikel 747, wordt de rechtsdag bepaald op gezamenlijk verzoek van de partijen.

Het verzoek wordt gericht aan de voorzitter van de kamer waaraan de zaak werd toegewezen en ter griffie neergelegd, gelijktijdig met of na de neerlegging van de conclusies van de partijen.

[...]”



De NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA hebben geen toepassing gemaakt van artikel 750 en ook niet van artikel 747 Ger. W.
Er werd geen gerechtelijke instaatstelling aangevraagd.

Het hof heeft de zaak ambtshalve vastgesteld op de zitting van het Marktenhof van 31 mei 2017. Pas op dat moment hebben de partijen een conclusiekalender voorgesteld.

De NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA kunnen zich dienvolgens niet beroepen op hun eigen stilzitten.

Zij konden de rechtspleging activeren, zij hebben zelf gekozen om dit niet te doen.

3.2.3.

De vordering tot schadeloosstelling van de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA tegen de BMA is dienvolgens niet ontvankelijk in de mate dat zij betrekking heeft op de periode tot aan het tussenarrest en niet gegrond voor wat de periode erna betreft.

De middelen ontwikkeld door de BMA om de grondwettelijkheid van de huiszoekingen te verdedigen en om voor te houden dat de stilstand van het onderzoek vanaf eind februari 2015 niet aan de BMA te wijten is, vergen dienvolgens geen onderzoek.

3.3. de kwalificatie van de documenten als “in of scope” of als “out of scope” :

3.3.1.

Het tussenarrest heeft geoordeeld (randnummers 39 tot 49) dat “*met betrekking tot de door DISTRIPAINITS betwiste bestanden*” de partijen werden uitgenodigd een verificatietraject op te starten. Voor het geval er geen overeenstemming zou kunnen bereikt worden tussen de partijen, besliste het hof dat de vraag aan het hof alsnog kan voorgelegd worden.

3.3.2.

Met betrekking tot dit verificatietraject stelt de BMA :

“24. Op 18 december 2014 zijn de papieren en digitale documenten, waarbij Distripaints verzet heeft aangetekend tegen de in-scope kwalificatie door Auditeur Wyns, ontzegeld in aanwezigheid van de raadsman van appellanten teneinde het verificatietraject op te starten. Dit verificatietraject slaat op 15 papieren documenten en 9 elektronische documenten. Voor elk van deze documenten geeft Auditeur Wyns in het PV van de ontzegelingsvergadering (Stuk 13) de oorspronkelijke motivering en vervolgens de nadere motivering zoals vereist in punt 47 (i) van bovenvermeld tussenarrest, tenzij Auditeur Wyns het out of scope karakter aanvaardt (dit is het geval voor drie papieren documenten).”



25. Bij schrijven van 2 januari 2015 hebben appellanten hun standpunt over de door Auditeur Wyns gegeven motiveringen (in/out of scope) in het PV van de ontzegelingsvergadering van 15 december 2014 overgemaakt (Stuk 14).
26. Auditeur Wyns heeft hierop gerepliceerd bij brief van 7 januari 2015 (Stuk 15).
27. Op 25 februari 2015 hebben appellanten het Hof verzocht om een nieuwe vaststelling daar het door het Hof opgelegde verificatietraject werd doorlopen doch zonder dat daarbij volledige overeenstemming kon worden gevonden.”

Deze feitelijke gegevens worden door de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA niet betwist.

3.3.3.

Met betrekking tot de toepasbare principes laat de BMA het volgende gelden:

- “42. Wat de principes betreft kan, bij gebrek aan rechtspraak van het Hof van Beroep, nuttig verwezen worden naar de rechtspraak van het Hof van Justitie. Immers, artikelen 1 en 2 WER-IV zijn inhoudelijk identiek aan artikelen 101 en 102 VwEU (buiten het feit dat artikelen 1 en 2 WER-IV niet de voorwaarde bevatten van het ongunstig beïnvloeden van de handel tussen Lidstaten). Verder is de BMA verplicht artikelen 101 en/of 102 VwEU toe te passen op mededingingsinbreuken die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden in de zin van bovenvermelde bepalingen.
43. Wat de motivering van een inspectiebesluit betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat deze tot doel heeft om duidelijk te maken dat het voorgenomen optreden in de gebouwen van de betrokken ondernemingen gerechtvaardigd is.
44. Uit deze rechtspraak volgt verder dat de motivering ook de hypothesen en vermoedens moet vermelden die de Europese Commissie voornemens is te verifiëren. Evenwel is de Commissie niet gehouden een precieze juridische kwalificatie van de vermoede inbreuken te geven, de onderneming in kennis te stellen van alle inlichtingen waarover zij beschikt of het tijdvak te vermelden waarin de vermoede inbreuk zich heeft voorgedaan.
45. De toetsing van de motivering van een besluit biedt de rechter de mogelijkheid erop toe te zien dat het beginsel van bescherming tegen willekeurig en onevenredig optreden en het recht van verweer worden nageleefd, waarbij hij rekening houdt met de noodzaak om de Commissie een zekere flexibiliteit te laten, bij gebreke waaraan de bepalingen van Verordening nr. 1/2003 elk nuttig effect zou worden ontnomen. Deze Verordening dringt zich ook op aan de BMA wanneer zij artikelen 101 en/of 102 VwEU moet toepassen.
46. Wat betreft de documenten die door de Europese Commissie mogen worden gekopieerd, is het vaststaande rechtspraak dat de Europese Commissie documenten mag kopiëren, tenzij deze documenten geen verband houden met het voorwerp van de inspectie. Anders geformuleerd, de Europese Commissie mag een document kopiëren tenzij het bestaan van een verband met het voorwerp van de huiszoeking a priori kan worden uitgesloten.
47. Het is tegen deze achtergrond dat het “in/out of scope” karakter van documenten die zijn gekopieerd bij appellanten in het kader van een huiszoeking beoordeeld moet worden.”



De NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA ontwikkelen geen middel met betrekking tot de toe te passen principes. Zij beperken er zich toe voor te houden (conclusie pagina 5) dat hun rechten van verdediging zouden geschonden zijn doordat er zich tegenstrijdigheden zouden voordoen in het opdrachtbevel doordat hen diverse hoedanigheden zouden zijn toegedicht. Zij betogen :

“[...] Hier is DISTRIPAINTS resp. NOVELTA slachtoffer, zij moeten immers slikken wat Akzo hen contractueel opdringt. Zij zijn letterlijk en figuurlijk onderdrukt in de commerciële relatie.

[...] Hier wordt DISTRIPAINTS/NOVELTA als (evenwaardig) overlegpartner gepresenteerd, als zou zij door Akzo Nobel bevraged en geconsulteerd worden in diens beweerde (dominantie)strategie.

[...] Hier lijkt men een hub-and-spoke kartel te insinueren, waarin AKZO gebruikt wordt als informatiepassant aan andere masterdealers (?). AKZO ten dienste van de masterdealers (?)”

3.3.4.

Het opdrachtbevel van 17 juni 2011 omschrijft de vermeende inbreuken op de artikelen 2 en 3 WBEM en/of de artikelen 101 en 102 VwEU, als volgt:

“De klager maakt gewag van handelswijzen van Akzo Nobel die beperkende exclusiviteitscontracten zou opleggen aan haar drie grossisten (masterdealers) – Lambert SA, Distripaints NV/Novelta NV en Roels NV -, met name exclusieve afnameverplichtingen die een belangrijk deel van hun aankopen omvatten, handelswijzen die kwantumkortingen en doelkortingen zouden toekennen die een getrouwheidseffect hebben en die, onder dreiging van schrapping van de lijst, de aankoop van producten van het verfmerk Levis, marktleider, zouden koppelen aan de aankoop van Xyladecor-producten voor hout, producten die op directe wijze concurreren met de producten die in België door de onderneming Durieu, onder de Sadolin licentie, gecommmercialiseerd worden.

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

Aldus worden geviseerd:

“-Beperkende exclusiviteitscontracten van Akzo met haar drie grossisten, met name exclusieve afnameverplichtingen.

-Handelswijzen van Akzo die kwantumkortingen en doelkortingen toekennen die een getrouwheidseffect hebben.

-Handelswijzen van Akzo die, onder dreiging van schrapping van de lijst, de aankoop van het verfmerk Levis, koppelen aan de aankoop van Xyladecor producten.



-Uitsluitingspraktijken, in overleg met de masterdealers door Akzo aangewend, namelijk:

- het van de lijst schrappen*
- het in diskrediet brengen van Durieu*
- het verdringen van producten van de hun voorziene schapruimte*
- het geven van verkeerde informatie betreffende het verdwijnen van het merk Sadolin.*
- het uitoefenen van druk op herverkopers om voorrang te geven aan producten van Akzo.*

-Afgestemde feitelijke praktijken gericht op het totstandbrengen van een informatieuitwisselingssysteem tussen Akzo en haar masterdealers aangaande de gehanteerde prijzen voor concurrerende producten."

In het licht hiervan stelt de BMA (conclusie pagina's 13-14):

"51. Om bovenvermelde vermeende restrictieve mededingingspraktijken te kunnen beoordelen, dient de Mededingingsautoriteit eveneens een volledig beeld te hebben van de marktstructuur en –situatie waarop de vermeende inbreuken zich afspelen. Immers, het is vaststaande rechtspraak dat om te bepalen of een gegeven afstemming of praktijk al dan niet beperkend naar strekking is, moet „worden gelet op de inhoud en doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context“. Tot die context behoren „de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten“. Dit alles maakt dus mee deel uit van het onderzoek.

52. Auditeur Patrick Marchand had dit reeds aangegeven in zijn brief van 14 juli 2011 (Stuk 5) met betrekking tot het onderscheid in scope / out of scope: "In deze context zijn als "in scope" te omvatten, onder andere, documenten die informatie bevatten, zowel direct als indirect:

- betreffende de betrokken markt(en),*
- de marktaandelen van de concurrenten van Durieu.*

Deze documenten omvatten ook interne documenten die ons er toe in staat stellen om de evolutie van de producten op de markt te begrijpen en/of die de commerciële strategie van Akzo Nobel en zijn masterdealers, waaronder Distripaints, verduidelijken."

53. Dergelijke documenten (lees: betreffende de betrokken markten, de marktaandelen van concurrenten evenals documenten betreffende de evolutie van de producten op de markt of die de commerciële strategie van Akzo Nobel en zijn masterdealers, waaronder Distripaints, verduidelijken) houden bijgevolg verband met het voorwerp van de inspectie."

3.3.5.

Het arrest van 26 november 2014 heeft dienaangaande overwogen:

"43. Dat de onderzoekers niet noodzakelijk beschikken over gespecialiseerde kennis van de betrokken sector voorafgaand aan de huiszoeking en bijgevolg belangstelling kunnen hebben voor achtergrondinformatie met betrekking tot de sector, de relevante producten, evoluties op relevante markten en (marktaandelen) van concurrenten en de commerciële strategie van de betrokken ondernemingen kan evenwel niet tot gevolg hebben dat de



betrokken onderneming wanneer zij het "in scope" karakter van in beslag genomen documenten uitdrukkelijk betwist zou verplicht worden zich te verweren tegen een summiere standaard-motivering zoals in casu wordt aangegeven door de auditeur, zoals blijkt uit het verslag van de vergadering van 10 juni 2013 (p. 2-4).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De rechtsmacht waarover het hof thans nog beschikt beperkt er zich aldus toe om na te gaan of de BMA, document per document (na het tussenarrest) afdoend motiveert waarom een document als "in of scope" moet aanzien



worden, daarbij voor ogen hebbende dat elk document waarvoor niet afdoend wordt gemotiveerd, waarom het “*in of scope*” moet aangezien worden, automatisch als “*out of scope*” moet gekwalificeerd worden.

3.3.6.

Of een document “intern” is of niet, is niet op zich relevant voor het catalogeren ervan als “*in of scope*” of “*out of scope*”.

Om een vermeende restrictieve mededingingspraktijk te kunnen beoordelen, moet het Auditoraat ook oog hebben voor achtergrondinformatie met betrekking tot de sector, de relevante producten, evoluties op relevante markten (en marktaandelen) van concurrenten en de commerciële strategie van de betrokken ondernemingen.

De vraag of in de documenten expliciet gewag gemaakt wordt van AKZO NOBEL, is niet determinerend.

Alle documenten die informatie bevatten betreffende de betrokken markten en marktaandelen van de concurrenten van SA DURIEU COATINGS kunnen “*in of scope*” zijn.

Ook de vraag of de documenten betrekking hebben op bepaalde merken (verfmerk LEVIS, Xyladecor-producten, producten onder Sadolin-licentie, merk Sadolin, merken van DURIEU of concurrerende producten van AKZO NOBEL) zijn niet op zich relevant om de kwalificatie te maken.

Wat de temporele draagwijdte betreft stellen de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA dat alle documenten van na 17 februari 2011 (de datum van de klacht) niet in aanmerking kunnen genomen worden.

De BMA laat terecht gelden dat de omstandigheid dat op een bepaald ogenblik klacht is neergelegd niet belet dat er ook rekening wordt gehouden met feiten die nadien zijn opgetreden en die in het verlengde liggen van de feiten vernoemd in de klacht en dit meer bepaald in het licht van voortdurende of herhaalde inbreuken.

3.3.7.

De BMA geeft volgende lijst van documenten en staving voor de opname ervan op de lijst van de “*in of scope*” documenten:

Papieren documenten:

- “KDV3: in-scope want mbt de algemene context van het mandaat

Email, informatie m.b.t. uitverkoop Sadolin en Linitop. Eveneens wordt het kortingsbeleid voor de uitverkoop mbt deze producten hierin besproken. Dit betreft evolutie van marktcondities van betrokken producten.

- KDV4: in-scope want mbt de algemene context van het mandaat



Email met als titel Stelatex Promo. Stelatex is een concurrerend product van De Keyn. Het betreft tussenkomst door Akzo bij aankoop van Stelatex, en kortingen hieromtrent toegekend.

- KDV6: in-scope want mbt de algemene context van het mandaat

Email met meetingsverslag waarbij zowel Akzo als Distripaints bestemmingen in opgenomen zijn.

Hierin wordt informatie opgenomen mbt verkoopssituatie Distripaints tot eind mei (147 %) en de koppeling naar Levis (+34 %) wordt hier gemaakt. De situatie van EX ICI merken wordt omschreven als gelijklopend. Er wordt melding gemaakt dat een afnemer stopt met De Keyn en overstapt naar private label, en er wordt beschreven dat die per winkel een vergoeding krijgt om uitverkoop te doen. Mbt retour van niet-Akzo producten wordt een beleid uitgestippeld.

- KDV7: in-scope want mbt de algemene context van het mandaat

Email met meetingsverslag. Vermelding van feit dat Linitop "volledig gedaan" zou zijn, en gekoppeld, vraag naar info over Xyladecor (concurrerend product van AKZO).

Vermelding van mogelijke acties met mini cruise als beloning.

- KDV12: in-scope want mbt de context van het mandaat

Nota's van meeting 18/12/2008 met Lambert, andere masterdealer naast Distripaints- er wordt melding gemaakt van countering met Akzo producten, en dan wordt er verwezen dat dit vroeger met De Keyn eveneens gebeurd is. "RDBL : Countering met Stelatex zoals De Keyn indertijd"

- KDV14: in-scope want marktinfo mbt betrokken markten

Nota's van managementmeeting 24/6/2008. Overzicht van per merk verkoopcijfers, zowel voor Akzo als Durieu producten. Dit betreft informatie mbt prijsstructuur van de verfmarkt.

- SV03: in-scope want info mbt de betrokken markt (cijfers over De Keyn/ Sadolin)

Rapport. Hierin wordt uiteengezet waarom geen vermeerdering van omzet gescoord is. Als één van de redenen wordt aangehaald dat de Woodshops van Sadolin bewust niet werden doorgedrukt bij de klant wegens de overname van ICI. '(Cuprinol-Xyla Shop in de toekomst)', wordt als uitleg gegeven.

- SV04: in-scope want info mbt de relevante markt en omzetcijfers mbt de relevante producten

Email. Met attachments prognoses Stelatex 2009. Info mbt verlies De Keyn en Sadolin, en ICI surplus.



In de prognoses worden de merken Dekeyn en Stelatex naast elkaar weergegeven. Dit is relevant voor de evolutie van deze producten op de verfmarkt.

- SV09: in-scope want over kortingen die Distripaints doorgeeft aan zijn klanten mbt Akzo-producten

Briefwisseling van Distripaints aan Zelfbouwmarkt (een afnemer) met aankoopvoorwaarden voor verschillende Akzo en Durieu producten opgenomen, met kortingen per product. Dit betreft informatie mbt prijsstructuur op de verfmarkt.

- SV14: in-scope want algemene info mbt de betrokken markten en producten

Eenzijds, Stelatex presentatie. Uiteenzetting mbt Stelatex, concurrerend product van de Keyn range. Beschrijving van zwakten, bedreigingen etc. van dit product tov andere producten zoals Durieu producten.

Anderzijds, email met als titel Stelatex Promo. Stelatex is een concurrerend product van De Keyn. Het betreft tussenkomst door Akzo bij aankoop van Stelatex, en kortingen hieromtrent toegekend

Anderzijds Omzet cijfers Stelatex 2010.

Dit betreft informatie mbt prijsstructuur van de verfmarkt.

- JDC9: in-scope want relevante info mbt de betrokken markten en producten

Email, 'bespreking af te handelen punten' genaamd. In deze mail worden de condities van de te verdienen reizen naar China en Brazilië uiteengezet. Het gaat om puntensysteem wat een extra getrouwheidsstimulans betreft. Eveneens wordt in dit kader het feit dat toeslagen doorgefactureerd dienen te worden naar Akzo aangehaald.

- JDC10: in-scope want mbt de relevante markten en info over het kortingensysteem van Akzo

Email, genaamd 'voorwaarden pro DIY', betreffende tussenkomsten die Akzo bovenop de condities van de groothandels zal doen, en het feit dat de uitbetaling via de groothandel zal gebeuren.

- JDC17: in-scope want over kortingenpolitiek van Akzo



Email, genaamd agendapunten managementsmeeting, bespreekt oa extra kortingen Stelatex bij een aantal klanten, met eventuele tussenkomst van Akzo.”

Elektronische documenten¹:

“7. In-scope: informatie mbt betrokken markten

Email met attachment ‘sadolin linitop bruto en netto pdf’. Inhoud betreft voorstel aankoop sadolin en linitop met bepaalde kortingen. Attachment betreft bruto/netto/promo prijzen van de producten. Dit betreft informatie mbt prijsstructuur van de verfmarkt.

11. In-scope: relevante info mbt commerciële strategie

Email met als titel pakket sadolin/linitop. Regiomanager van Distripaints haalt aan dat het ‘voor hem beter zou zijn indien de klant gewoon zou stoppen met de merken van Sadolin/Linitop.’

19. In-scope: commerciële strategie

Email met als titel Linitop. Email van afnemer die stelt dat hij Linitop niet meer zou kunnen geleverd krijgen bij Distripaints. Antwoord van Distripaints omvat de margeverschillen tussen Xyladecor en Linitop, waarbij wordt aangehaald dat deze niet evenredig gestegen zijn ten nadele van Durieu merk.

26. In-scope: achtergrondinformatie mbt commerciële strategie

Email. Attachments hierbij bevatten condities van Durieu producten. Verkoopprijzen/promo prijzen/nettoprijzen. Dit betreft informatie mbt prijsstructuur van de verfmarkt.

34. In- scope: info mbt de commerciële strategie van betrokken producten

Email met in attachment cijferanalyse sector Koen Braem 2011. Hierin wordt melding gemaakt van omzetcijfers bij verschillende afnemers, en worden actiepunten gedefinieerd oa: ‘consument overtuigen van xyla / Cetol ipu linitop’. Dit betreft o.a. informatie mbt prijsstructuur van de verfmarkt.

35. In-scope: info mbt de commerciële strategie van betrokken producten

Power point presentatie, Idem als attachment opgenomen in vorige bestand, nr 34, cijferanalyse sector Koen Braem 2011.

57. In-scope: info mbt de commerciële strategie

¹ De nummering van de elektronische documenten is dezelfde als deze vermeld in de brief van appellanten aan Auditeur Patrick. Marchand van 18 augustus 2011 (Stuk 6).



Email, met attachment copy of stelatex klantenlijst. Er wordt aangehaald dat 'het slagen van ons eigen merk Stelatex uitermate belangrijk is, 'anders zien we het volledige b-segment aan ons voorbij gaan ten voordele van Durieu ...'.

60. In-scope: info mbt de commerciële strategie

Stelatex presentatie. Uiteenzetting mbt Stelatex, concurrerend product van De Keyn range. Beschrijving van zwakten, bedreigingen etc. van dit product."

3.3.8.

De NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA geven volgend overzicht:

"A. PAPIEREN DOCUMENTEN

- **KDV3 Mail 31/03/2011** Agendapunten Guy Magera :

out of scope wegens 1) buiten het tijdsframe van de klacht, zelfs ná klachtneerlegging 2) geen overleg of communicatie met Akzo Nobel 3) waar sprake van de relevante merken Sadolin en Linitop is dit volledig los van de klacht (De Verfkerk).

► **tijdstip 31/03/2011 (d.i. na de klacht van DURIEU).** Handelingen en e-mailverkeer na klachtneerlegging (klacht DURIEU geregistreerd bij Auditoraat d.d. 17/02/2011) kunnen per definitie niet bedoeld geweest zijn in de klacht en het daarop gebaseerde opdrachtbevel. In de zaak Degheldere besliste de Raad dat de klacht betrekking moet hebben op feiten die zich al hebben voorgedaan. (RvM, 6 september 1994, Degheldere/Regma Belgium NV, T.B.H. 1995, 338).

► **interne mail DISTRIPAINTS van Dirk De Winter aan Chris De Roo (CC: Steven De Roo), geen communicatie van/naar Akzo, geen 'overleg' over wat dan ook.**

► **waar het betrekking heeft op de merken Sadolin en Linitop gaat het uitsluitend over de handelingen van de Verfkerk ("De Verfkerk BVBA" ingeschreven bij KBO onder nummer 0862.407.006, verkoper van gedeclasseerde goederen), die onderneming is niet vernoemd in het opdrachtbevel.**

► **Besluit : Buiten scope, zowel qua timing als qua inhoud**

- **KDV4 Mail 13/04/2011** Stelatex Promo

out of scope wegens 1) buiten tijdsframe van de klacht, zelfs ná klachtneerlegging 2) Product Stelatex nergens geïndiceerd in opdrachtbevel



511

► tijdstip 13/04/2011(d.i. **na de klacht van DURIEU**). Handelingen en e-mailverkeer na klachtneerlegging (klacht DURIEU geregistreerd bij Auditoraat d.d. 17/02/2011) kunnen per definitie niet bedoeld geweest zijn in de klacht en het daarop gebaseerde opdrachtbevel. In de zaak Degheldere besliste de Raad dat de klacht betrekking moet hebben op feiten die zich al hebben voorgedaan. (RuM, 6 september 1994, Degheldere/Regma Belgium NV, T.B.H. 1995, 338). Feiten of communicaties na klachtneerlegging zijn dan ook duidelijk out of scope.

- heeft **louter betrekking op Stelatex**. Dit product is noch op de markt gebracht onder het merk Levis, noch is dit een 'product van Akzo Nobel'.
- geen enkele verwijzing naar een merk van DURIEU (Sadolin, Linitop, De Keyn)

- **KDV6 Mail 12/06/2009** + bijlage verslag meeting ANDC 10/06/09 :

out of scope

- geen verwijzing naar een merk van DURIEU (Sadolin, Linitop, De Keyn) met als enige uitzondering de winkel Menouquin die zelf had beslist te stoppen met De Keyn. Dit laatste is zonder enige relevantie voor de aantijgingen vermeld in het opdrachtbevel.

- **KDV7 Mail 9/05/2011** + bijlage Verslag NOVELTA Meeting 9/05/2011 :

out of scope wegens 1) buiten het tijdsframe van de klacht, zelfs na klachtneerlegging 2) geen overleg of communicatie met Akzo Nobel

► tijdstip 09/05/2011, dus handelingen en e-mailverkeer na klachtneerlegging (klacht DURIEU geregistreerd bij Auditoraat d.d. 17/02/2011) kunnen per definitie niet bedoeld geweest zijn in de klacht en het daarop gebaseerde opdrachtbevel. In de zaak Degheldere besliste de Raad dat de klacht betrekking moet hebben op feiten die zich al hebben voorgedaan. (RuM, 6 september 1994, Degheldere/Regma Belgium NV, T.B.H. 1995, 338). Feiten of communicaties na klachtneerlegging zijn dan ook duidelijk out of scope.

- interne mail + verslag DISTRIPAINTS van Rudi Van Boxelaere (NOVELTA) aan andere personen binnen NOVELTA/ DISTRIPAINTS; De vermelding dat Linitop gedaan zou zijn, is m.a.w. géén communicatie naar derden toe

- **KDV12 18/12/2008** geschreven nota's :

out of scope : AKZO is nergens betrokken, in tegenstelling tot de aantijgingen in het opdrachtbevel waar AKZO de spil is en/of de communicatiepartner

PAGE 01-00001002967-0019-0030-01-01-4



► *intern verslag van meeting LAMBERT (cryptisch): geen enkele link met AKZO NOBEL*

- *[KDV13 18/08/2008 geschreven nota's (geen link met AKZO NOBEL) : verzet DISTRIPAINTS aanvaard]*

- *KDV14 24/06/2008 geschreven nota's :*

out of scope *wegens 1) buiten het tijdsframe van de klacht*

► *tijdstip 24/06/2008- is zelfs voorafgaand aan de overname van de merken Sadolin, Linitop, De Keyn door DURIEU (op 30/09/2008) en kan zodoende niet het voorwerp uitmaken van de klacht/het opdrachtbevel.*

► *interne nota DISTRIPAINTS dus kan sowieso ook niet onder de noemer 'communicatie-uitwisseling' over prijzen vallen.*

- *[SV02 "Een groot leeg gat", 18 augustus 2009, E-mail : verzet DISTRIPAINTS aanvaard]*

- *SV03 Motiveringsrapport cijfers Limburg 2008 (intern) :*

In scope *Dit verslag mag als in scope beschouwd worden;*

- *SV04 Afgedrukte e-mail: FW: Stelatex + bijlagen, 9/07/2009*

out of scope *wegens puur interne mail AKZO niet betrokken*

► *intern mailverkeer DISTRIPAINTS (van A. Van Hoecke aan Dirk De Winter)*

Bijkomende toelichting : uit de lijst van meters voorbehouden aan De Keyn blijkt duidelijk dat er een correcte houding was t.a.v. DURIEU. (103 meter voorziene schapruimte voor De Keyn)

- *SV09 Brief Zelfbouwmarkt, aankoopvoorwaarden 2001/09 :*

out of scope *wegens 1) AKZO niet betrokken 2) verkeerde minstens onduidelijke tijdsframe 3) geen verf maar verfborstels*

► *schrijven DISTRIPAINTS aan Zelfbouwmarkt*

= louter verhouding DISTRIPAINTS tot haar klant. De relatie AKZO NOBEL – Masterdealer staat hier los van en komt niet aan bod.

► *Tijdstip :*

Geheel onduidelijk voor wat betreft doc 1/2 (ongedateerd). Perfect mogelijk dat dit pas na 17.02.2011 (klachtneerlegging) werd bezorgd aan Zelfbouwmarkt.



► *Verkeerde producten :*

Paint SA DURIEU COATINGS Go is een eigen merk betreffende verf toebehoren (borstels e.d.) en geen verf. De eindejaarkorting in document 2/2 heeft dus betrekking op een eigen merk van DISTRIPAINTS, buiten het eigenlijke verfgamma.

- **SV14 AKZO NOBEL: PPT Stelatex :**

out of scope wegens 1) geen product geïmporteerd in bevel 2) intern document AKZO NOBEL

► *geen betrekking op merken DURIEU COATINGS (Linitop, Sadolin, De Keyn); Een document over Stelatex (product gedistribueerd door onder meer DISTRIPAINTS) valt niet onder het opdrachtbevel.*

► *betreft intern document AKZO NOBEL*

► *inhoudende KDV 4 (cfr. motivering supra) en mail van 06/10/2010*

- **JDC3 Mail "Markt" d.d. 07/10/2010 (intern) : verzet aanvaard**

- **JDC9 Mail d.d. 05/01/2010 "Fw: Bespreking af te handelen punten" :**

out of scope wegens AKZO niet betrokken

► *Betreft een e-mail van klant Cevo aan Dirk De Winter (DISTRIPAINTS). Kan onmogelijk onder het opdrachtbevel vallen alwaar enkel de verhouding AKZO NOBEL – DISTRIPAINTS wordt geïmporteerd.*

- **JDC10 Mail d.d. 03/11/2009 "Fw: voorwaarden Pro-Diy"**

out of scope wegens dit valt a priori niet onder het opdrachtbevel

► *melding van tussenkomst voor publiciteit en centrale werkingskost, doch zonder minste indicatie over welke merken het gaat*

► *geen melding van de merken van DURIEU (Sadolin, Linitop, De Keyn)*

- **JDC17 Mail d.d. 07/12/2009 "AGENDAPUNTEN MANAGEMENT MEETING 9 december"**

Out of scope

► *geen betrekking op merken DURIEU COATINGS (enkel verwijzing Stelatex)*
B. ELEKTRONISCHE DOCUMENTEN



- **Nr. 7**

Y:\ICT_ONLY\Final_Selection\Out_Of_Scope\DS\IN_SCOPE\JoosGwen\VOO RSTEL SADOLIN + LINITOP PAKKET.msg

out of scope wegens 1) buiten tijdsframe (na klachtneerlegging) en 2) AKZO niet betrokken

► Tijdstip 04/04/2011: handelingen en e-mailverkeer na klachtneerlegging (klacht DURIEU geregistreerd bij Auditoraat d.d. 17/02/2011) kunnen per definitie niet bedoeld geweest zijn in de klacht en het daarop gebaseerde opdrachtbevel. In de zaak Degheldere besliste de Raad dat de klacht betrekking moet hebben op feiten die zich al hebben voorgedaan. (RvM, 6 september 1994, Degheldere/Regma Belgium NV, T.B.H. 1995, 338). Feiten of communicaties na klachtneerlegging zijn dan ook duidelijk out of scope.

► mail DISTRIPAINTS naar klant Multi-home : geen enkele betrokkenheid AKZO NOBEL

- **Nr. 11**

Y:\ICT_ONLY\Final_Selection\Out_Of_Scope\KDV\IN_SCOPE\Van Avermeat Matthijs\pakket sadolin linitop.msg

out of scope wegens 1) tijdsframe (samenwerking met DISTRIPAINTS al beëindigd en klacht in voorbereiding bij raadslieden DURIEU) 2- geen betrokkenheid AKZO NOBEL

► interne mail DISTRIPAINTS van Matthijs Van Avermaet aan Koen Braem

► tijdstip 20/01/2011: te situeren na beëindiging van de samenwerking tussen DURIEU en DISTRIPAINTS en alleszins mailverkeer op een ogenblik dat de klacht van DURIEU werd voorbereid (17.02.2011) Gedrag kan dus niet geïmpliceerd geweest zijn in de klacht.

- **Nr. 19**

Y:\ICT_ONLY\Final_Selection\Out_Of_Scope\SV\IN_SCOPE\Bielen Davy\RE Linitop.msg

out of scope wegens 1) buiten het tijdsframe 2) AKZO NOBEL niet betrokken

► tijdstip 15/03/2011: handelingen en e-mailverkeer na klachtneerlegging (klacht DURIEU geregistreerd bij Auditoraat d.d. 17/02/2011) kunnen per definitie niet bedoeld geweest zijn in de klacht en het daarop gebaseerde opdrachtbevel. In de zaak Degheldere besliste de Raad dat de klacht betrekking moet hebben op feiten die zich al hebben voorgedaan. (RvM, 6 september 1994, Degheldere/Regma Belgium NV, T.B.H. 1995, 338). Feiten of communicaties na klachtneerlegging zijn dan ook duidelijk out of scope.



515

► niets te zien met AKZO NOBEL; betreft e-mail tussen DISTRIPAINITS – klant Jansen

Overigens is de vermelding “linitop kunnen jullie blijkbaar niet meer leveren” alleen maar te verstaan vanuit de reeds beëindigde samenwerking DISTRIPAINITS-DURIEU n.a.v. het ontstane conflict.

- **Nr. 24** : verzet aanvaard door Auditoraat
Y:\ICT_ONLY\Final_Selection\Out_Of_Scope\SV\IN_SCOPE\Bolle Geert\RE Markt.msg

- **Nr. 26**
:\ICT_ONLY\Final_Selection\Out_Of_Scope\SV\IN_SCOPE\Bolle Geert\Sadolin Linitop.msg

out of scope wegens 1) buiten tijdsframe 2) AKZO NOBEL niet betrokken

► tijdstip 24/03/2011: handelingen en e-mailverkeer na klachtneerlegging (klacht DURIEU geregistreerd bij Auditoraat d.d. 17/02/2011) kunnen per definitie niet bedoeld geweest zijn in de klacht en het daarop gebaseerde opdrachtbevel. In de zaak Degheldere besliste de Raad dat de klacht betrekking moet hebben op feiten die zich al hebben voorgedaan. (RuM, 6 september 1994, Degheldere/Regma Belgium NV, T.B.H. 1995, 338). Feiten of communicaties na klachtneerlegging zijn dan ook duidelijk out of scope. Alleszins document van na de beëindigde commerciële samenwerking begin 2011.

► interne mail DISTRIPAINITS van Gertjan Roeffaers aan Chris De Roo; geen betrokkenheid van of overleg met AKZO NOBEL.

DURIEU weigerde voorraden terug te nemen, reden waarom alternatieven werden gezocht om de stock van Linitop en Sadolin alsnog te verkopen.

- **Nr. 34**
Y:\ICT_ONLY\Final_Selection\Out_Of_Scope\SV\IN_SCOPE\Braem Koen\cijfer analyse sector Koen Braem.msg

out of scope wegens 1) buiten tijdsframe 2) interne cijfers 3) AKZO NOBEL niet betrokken/zelfbehoud

► tijdstip 12/04/2011 : handelingen en e-mailverkeer na klachtneerlegging (klacht DURIEU geregistreerd bij Auditoraat d.d. 17/02/2011) kunnen per definitie niet bedoeld geweest zijn in de klacht en het daarop gebaseerde opdrachtbevel. In de zaak Degheldere besliste de Raad dat de klacht



betrekking moet hebben op feiten die zich al hebben voorgedaan. (RvM, 6 september 1994, Degheldere/Regma Belgium NV, T.B.H. 1995, 338). Feiten of communicaties na klachtneerlegging zijn dan ook duidelijk out of scope.

► *intern document van DISTRIPAINTS (inhoudende objectieve cijfers van het jaar 2010/2011 en waaruit ten overvloede blijkt dat Stelatex een bijzonder klein merk was)*

De samenwerking met DURIEU werd beëindigd zodat DISTRIPAINTS evident in een alternatief diende te voorzien.

- **Nr. 35**

Y:\ICT_ONLY\Final_Selection\Out_Of_Scope\SV\IN_SCOPE\Braem Koen\Cijfers Salesmeeting 11-04.pptx

out of scope

► *idem nr. 34*

- **Nr. 57**

Y:\ICT_ONLY\Final_Selection\Out_Of_Scope\SV\IN_SCOPE\Braem Koen\RE STELATEX SELLING OUT.msg

out of scope *wegens eenvoudige Stelatex promoties*

► *heeft louter betrekking op Stelatex, enkel geproduceerd door AKZO NOBEL maar niet door AKZO NOBEL gecommmercialiseerd
Het betreft een eigen product van DISTRIPAINTS, kan derhalve geen onderling afgestemd gedrag opleveren.*

- **Nr. 60**

Y:\ICT_ONLY\Final_Selection\Out_Of_Scope\JDC\IN_SCOPE\DeWinter Dirk\Bureaublad\Stelatex pres MD.pptx

► *Zie eerdere motivering SV 14*

3.3.9.

Er is een akkoord om als “out of scope” te aanzien:

- KDV13
- SV02
- JDC3
- Elektronisch: nummer 24

3.3.10.

PAGE 01-00001002967-0024-0030-01-01-4



In punt 58 van de beslissing van het Gerecht van 8 maart 2007 (France Télécom/Commissie T 340-04)² wordt overwogen:

“Zoals blijkt uit punt 55 hierboven, wordt evenwel ook uiteengezet waarom de bestreden beschikking tot verzoekster is gericht en waarom zij persoonlijk bij de inspectie werd betrokken, in wezen namelijk omdat de Commissie vermoedde dat een aantal bewijselementen zich mogelijk in haar lokalen bevond dan wel dat zij mogelijk op de hoogte was van de strategie van haar dochteronderneming. Gelet op de context waarin de bestreden beschikking is vastgesteld, die verzoekster zelf erkent als een relevante factor om de omvang van de op de Commissie rustende motiveringsplicht te bepalen, volstond deze toelichting om te voldoen aan de plicht om de bestreden beschikking te motiveren met betrekking tot het voorwerp en het doel van de betrokken inspectie”.

Punt 78 arrest van het Gerecht (Vierde kamer) van 6 september 2013 stelt:

“Toetsing van de motivering van een besluit biedt de rechter de mogelijkheid, erop toe te zien dat het beginsel van bescherming tegen willekeurig en onevenredig optreden en het recht van verweer worden nageleefd (arrest France Télécom/Commissie, punt 46 supra, punt 57), waarbij hij rekening houdt met de noodzaak om de Commissie een zekere flexibiliteit te laten, bij gebreke waaraan de bepalingen van verordening nr. 1/2003 elk nuttig effect zou worden ontnomen (beschikking Hof van 17 november 2005, Minoan lines/Commissie, C-121/04 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 36)”.

De omstandigheid dat de rechter *“toeziet dat het beginsel van bescherming tegen willekeur en onevenredig optreden en het recht van verweer worden nageleefd”* impliceert dat de rechter – te dezen het hof – slechts beschikt over een *marginale* toetsingsrecht (zoals het arrest van 26 november 2014 zulks reeds (terecht) uitdrukkelijk heeft verwoord in randnummer 44 van het arrest – zie hierna).

3.3.11.

Bij arrest van 26 november 2014 heeft het hof overwogen (randnummer 44) dat het toekomt *“aan het Auditoraat om met betrekking tot de documenten waarover nog een meningsverschil bestaat wat betreft het in of out of scope karakter haar standpunt op een zodanige manier te verduidelijken dat redelijkerwijs gesproken door de betrokken onderneming en door het hof in het kader van een marginale toetsing de pertinentie van de betrokken documenten kan worden gecontroleerd zonder dat het hof noodzakelijk van de inhoud van de afzonderlijke documenten kennis moet nemen”.*

Het hof heeft de partijen uitgenodigd om tot verificatie over te gaan omdat *“door de Mededingingsautoriteit geen verdere pertinente toelichting [wordt] verschaft bij haar motivering, ondanks het uitdrukkelijk verzet van*

² Ger. E.G. (4e k.) nr. T-340/04, 8 maart 2007 (France Telecom / Commissie), <http://curia.europa.eu>; J.T. dr. eur. 2007, 125; Rec.CJCE 2007, II, 573; SEW 2007, 158.



DISTRIPAINTS tegen het ‘in scope’ kwalificeren van bepaalde documenten en de boven vastgestelde ontoereikend specifieke motivering”.

Dit betekent dat het hof zijn rechtsmacht reeds heeft uitgeput met betrekking tot de omvang van de toetsing die door het hof zou verricht worden na de verificatie door de procespartijen.

Nu het hof expliciet heeft gesteld dat het aan het Auditoraat van de BMA toekomt om – document per document – te motiveren waarom het document als ‘in of scope’ wordt aangemerkt en het hof heeft beslist om deze motivering van de kwalificatie enkel **marginaal** te toetsen, stelt het hof vast dat de Auditeur (stuk 13 in het dossier van de BMA) stuk per stuk, document per document de initiële verantwoordelijkheid vermeldt en dat hij tegelijk per stuk/document cursief afgedrukt de bijkomende motivering weergeeft. Het betreft de tekst hiervoor opgenomen onder randnummer 3.3.7. waarbij de bijkomende motivering van de Auditeur telkens, document per document cursief afgedrukt is toegevoegd.

Nu het Auditoraat het “in of scope” kwalificeren van de opgesomde documenten individueel rechtvaardigt en de opgegeven motieven niet – in het kader van een marginale toetsing – als *prima facie* onaanvaardbaar, onredelijk of onwettelijk kunnen worden aangezien en *het beginsel van bescherming tegen willekeur en onevenredig optreden en het recht van verweer werden nageleefd*, stelt het hof vast dat de door het Auditoraat van de BMA opgestelde lijst zoals deze voorkomt in voornoemd stuk 13 in haar dossier, de opgesomde stukken/documenten/bestanden bevat die als “in of scope” moeten aangezien worden en die dienvolgens deel uitmaken van het beslag.

Overeenkomstig hetgeen gesteld is in het arrest van 26 november 2014 wordt thans een bijkomende geïndividualiseerde motivering gegeven stuk per stuk, document per document, bestand per bestand.

Het “in of scope” weerhouden van de kwestieuze stukken/documenten/bestanden (zoals zij voorkomen in de vernoemde lijst – stuk 13 in het dossier van de BMA) is aldus afdoend gerechtvaardigd.

3.4. de problematiek van de publicatie in het Belgisch Staatsblad:

3.4.1.

De BMA laat gelden dat ingevolge artikel IV.66 § 2, 2^{de} lid WER de beslissingen worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad. De NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA voeren dienaangaande geen verweer.

Het artikel IV.66 § 2, 2^{de} lid WER luidt:

“De beslissingen van het Marktenhof en van het Hof van Cassatie worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad en ter kennis gebracht van de partijen door toedoen van de betrokken griffie, bij aangetekende brief met ontvangstbewijs.”



De BMA houdt voor dat de verplichting tot het bekendmaken van de “beslissingen” niet impliceert dat “het integrale arrest” zou gepubliceerd worden in het Belgisch Staatsblad en dat het volstaat dat het dispositief van het arrest zou bekendgemaakt worden in het Belgisch Staatsblad daar waar het integrale arrest bekendgemaakt wordt op de website van de BMA (www.mededinging.be ; www.concurrence.be).

3.4.2.

De NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA gedragen zich dienaangaande naar de wijsheid van het hof (zie het proces-verbaal van de openbare terechtzitting van 22 november 2017).

3.4.3.

Waar de wetgever stelt dat de ‘*beslissing*’ moet bekend gemaakt worden en niet dat ‘*het arrest*’ moet bekendgemaakt worden, volgt het hof de stelling van de BMA. Het hof merkt op dat bijvoorbeeld in artikel XVII.43, § 3 WER de wetgever een ander standpunt hanteert. In voornoemd artikel XII.43 WER dat betrekking heeft op de rechtsvordering tot collectief herstel, stelt de wetgever:

“De griffie deelt onmiddellijk, in voorkomend geval na het verstrijken van de beroepstermijn, de ontvankelijkheidsbeslissing mee aan de diensten van het Belgisch Staatsblad die de integrale bekendmaking ervan binnen de tien dagen verzekeren. Een kopie wordt eveneens overgezonden aan de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie die ze integraal bekendmaakt op zijn website.”

Vermits de wetgever voor de vordering tot collectief herstel uitdrukkelijk stelt dat tot “*integrale bekendmaking*” van de beslissing wordt overgegaan, daar waar ten aanzien van de beslissingen in het kader van artikel IV.66 WER enkel het woord “*beslissing*” wordt gebruikt dat zich duidelijk onderscheidt van “*integrale beslissing*” moet aangenomen worden dat in het licht van artikel IV.66 § 2, 2^{de} lid WER aan de wettelijke vereisten van bekendmaking is voldaan mits het beschikkend gedeelte (dit is de eigenlijke beslissing) in het Belgisch Staatsblad wordt gepubliceerd.

Er is geen wettelijke bepaling die dwingend oplegt dat ‘het volledige arrest’ zou bekendgemaakt worden in het Belgisch Staatsblad. Aan de verplichting tot het ‘*bekendmaken van de beslissingen van het Marktenhof*’ is aldus (in onderhavige materie) voldaan mits het beschikkend gedeelte (dit is de eigenlijke beslissing) bekendgemaakt wordt.

Het past dat overigens de integrale versie van het arrest zou bekendgemaakt worden op de hiervoor genoemde websites van de BMA ter volledige informatie.

3.5. De rechtsplegingsvergoeding :

3.5.1.



In het dispositief van de conclusie vorderen de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA de maximale rechtsplegingsvergoeding van € 12.000 omwille van het *“kennelijk onredelijk karakter van de situatie, d.i. het bepalen van het in/out of scope karakter van de documenten ruim 6 jaar na de eigenlijke huiszoeking in juni 2011”*

In de mate dat de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA de in het ongelijk gestelde partijen zijn, is er geen aanleiding om over dit vraagpunt uitspraak te doen.

3.5.2.

Artikel 1022 eerste lid Ger. W. bepaalt: *“de rechtsplegingsvergoeding is een forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en erelonen van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij”*.

Artikel IV.79, § 5 *in fine* WER stelt: *“de bevoegde minister kan zijn schriftelijke opmerkingen bij de griffie van het hof van beroep te Brussel indienen en het dossier ter plaatse op de griffie raadplegen. Het Marktenhof stelt de termijnen vast om deze opmerkingen neer te leggen. De griffie brengt deze opmerkingen ter kennis van de partijen.”*

De Minister van Economie is dienvolgens weliswaar gerechtigd *“zijn schriftelijke opmerkingen”* kenbaar te maken doch hij is geen *“partij”* in het geding en *a fortiori* ook geen *“in het gelijk gestelde partij”* in deze rechtspleging.

De Minister van Economie kan dienvolgens geen aanspraak maken op een rechtsplegingsvergoeding ten laste van de in het ongelijk gestelde partij(en).

4. Beslissing,

De vraag om de rechtspleging op te schorten in afwachting van een cassatiearrest in een andere zaak is niet gegrond.

De vordering tot schadeloosstelling van de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA tegen de BMA is niet ontvankelijk in de mate dat zij betrekking heeft op de periode tot aan het tussenarrest en niet gegrond voor wat de periode erna betreft.

Het proces-verbaal van de Auditeur van de BMA van 18 december 2014 (stuk 13 in het dossier van de BMA) voldoet aan de vereiste van toereikende motivering. De in die lijst opgenomen documenten/stukken/bestanden zijn *in of scope* en maken deel uit van het beslag.

Enkel het beschikking gedeelte van huidig arrest dient gepubliceerd te worden in het Belgisch Staatsblad.

Er is geen aanleiding om een maximale rechtsplegingsvergoeding vast te stellen. de Minister van Economie heeft geen aanspraak op een rechtsplegingsvergoeding.



5. De kosten,

Aangezien geen advocaten optreden voor de in het gelijk gestelde partij, is er geen aanleiding de rechtsplegingsvergoeding te begroten.

De uitgezette gerechtskosten blijven ten laste van de NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA.

Het past de in het ongelijk gestelde partij te veroordelen tot het betalen van de kosten van publicatie.

De partijen hebben, op interpellatie van het hof ter terechtzitting van 22 november 2017, hun instemming betuigd met het principe dat de in het ongelijk gestelde partij tot het voorschieten en definitief ten laste nemen van de publicatiekosten zou veroordeeld worden (zie het proces-verbaal van de openbare terechtzitting).

Om deze redenen, Het hof,

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

Recht sprekende na tussenarrest van 26 november 2014;

Verklaart de vraag van de NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA om de rechtspleging op te schorten in afwachting van een cassatiearrest in een andere zaak ongegrond;

Verklaart de vordering tot schadeloosstelling van de NV DISTRIPAINTS en NV NOVELTA tegen de BMA niet ontvankelijk in de mate dat zij betrekking heeft op de periode tot aan het tussenarrest en niet gegrond voor wat de periode erna betreft;

Zegt dat het proces-verbaal van de Auditeur van de BMA van 18 december 2014 (stuk 13 in het dossier van de BMA) voldoet aan de vereiste van toereikende motivering;

Zegt dat de in die lijst opgenomen documenten/stukken/bestanden zijn *in of scope* die deel uitmaken van het beslag;

Zegt dat enkel het beschikking gedeelte van huidig arrest dient gepubliceerd te worden in het Belgisch Staatsblad en de integrale tekst van het arrest op de website www.mededinging.be ;



Veroordeelt de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA tot het voorschieten en het definitief ten laste nemen van de kosten van de publicatie van het beschikking gedeelte van het arrest in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad;

Veroordeelt de NV DISTRIPAINITS en NV NOVELTA tot alle gerechtskosten.

* * *

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 13 december 2017 door

M. BOSMANS	Raadsheer dd. voorzitter
K. PITEUS	Raadsheer
O. DUGARDYN	Raadsheer
B. HEYMANS	Griffier

B. HEYMANS

O. DUGARDYN

K. PITEUS

M. BOSMANS



Eensluidend verklaarde kopie
Afgeleverd aan: BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT

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

Brussel, 11-01-2018



A handwritten signature in blue ink, consisting of the initials 'B.V.' followed by a stylized flourish.

B. VANDERGUCHT
Griffier