KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 30 november 1993 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Economische Zaken verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de aanmelding van de overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bestaan op het tijdstip waarop de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging in werking treedt", heeft op 20 januari 1994 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires économiques, le 30 novembre 1993, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif à la notification des accords, décisions et pratiques concertées existant au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique", a donné le 20 janvier 1994 l'avis suivant :

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP.

1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit beoogt een uiterste datum vast te stellen voor het aanmelden van de overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, bedoeld in artikel 2, § 1, van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, die bestaan op het tijdstip waarop die wet in werking treedt (artikel 2 van het ontwerp).

In aansluiting daarop voorziet het ontwerp in een voorlopige geldigheid van de aldus aangemelde overeenkomsten, besluiten en gedragingen, zolang de Raad voor de Mededinging omtrent de geldigheid ervan geen beslissing heeft genomen (artikel 3 van het ontwerp).

De aanhef van het ontworpen besluit doet ervan blijken dat voor de voornoemde maatregelen een rechtsgrond wordt gezocht zowel in artikel 67 van de Grondwet, als in artikel 7 van de wet van 5 augustus 1991.

2. Men zal vaststellen dat de ontworpen regeling punten van overeenstemming vertoont met die welke op het vlak van de zogenaamde "oude overeenkomsten" is vervat in de verordening nr. 17/62 van de Raad van de Europese Economische Gemeenschap van 6 februari 1962. In artikel 5, lid 1, van die verordening worden de oude overeenkomsten omschreven en wordt voor hun aanmelding in een uiterste datum voorzien. Zulks geschiedt in de volgende bewoordingen :

> "Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, bedoeld in artikel 85, lid 1, van het Verdrag, die bestaan op het tijdstip waarop deze verordening in werking treedt, en ten gunste waarvan de betrokkenen een beroep willen doen op artikel 85, lid 3, moeten vóór 1 november 1962 bij de Commissie worden aangemeld ...".

Zoals de in artikel 5, lid 1, bedoelde aanmelding van oude overeenkomsten vóór 1 november 1962 diende te geschieden om, met toepassing van artikel 85, lid 3, van het E.E.G.-Verdrag, in aanmerking te komen voor een vrijstelling van het in artikel 85, lid 1, van dat Verdrag, bedoelde kartelverbod, voorziet het ontwerp in een gelijkaardige regeling wat de overeenkomsten betreft die bestonden op het tijdstip waarop de wet van 5 augustus 1991 in werking is getreden. Dergelijke overeenkomsten dienen vóór de in artikel 2 van het ontwerp vermelde uiterste datum te worden aangemeld opdat ervoor met toepassing van artikel 2, § 3, van de zoëven genoemde wet, vrijstelling zou kunnen worden verleend van de verbodsbepaling van artikel 2, § 1, van die wet.

3. Het aldus geschetste parallellisme dat bestaat tussen de verordening nr. 17/62 van 6 februari 1962 en de met het voorliggend ontwerp uitgewerkte regeling, mag nochtans niet uit het oog doen verliezen dat er tussen beide regelingen wezenlijke verschillen bestaan.

3.1. Zo wordt in artikel 7, lid 1, van de meermaals genoemde verordening onder meer het volgende gesteld :

> "Indien overeenkomsten, besluiten of onderling feitelijke gedragingen die bestaan op het tijdstip waarop deze verordening in werking treedt en die vóór het in artikel 5, lid 1, genoemde tijdstip zijn aangemeld, maar die niet voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, door de betrokken ondernemingen of ondernemingsverenigingen beëindigd worden of zodanig gewijzigd worden dat zij hetzij niet meer onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen, hetzij voldoen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, is het verbod van artikel 85, lid 1, slechts van toepassing gedurende de periode die de Commissie vaststelt ...".

De beslissing die de Commissie in dat verband neemt, kan, overeenkomstig het bepaalde in artikel 6, lid 2, van de verordening, ook betrekking hebben op een periode die de aanmelding voorafgaat en kan zelfs tot 1 januari 1958 terugwerken, voor zover althans de betrokken overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tijdig werden aangemeld.

3.2. Men zal vaststellen dat, anders dan wat het geval is in de verordening nr. 17/62, noch in artikel 7, noch in enige andere bepaling van de wet van 5 augustus 1991 in een uiterste datum van aanmelding wordt voorzien wat de oude overeenkomsten betreft ten aanzien van welke de betrokken ondernemingen en ondernemingsverenigingen een beroep willen doen op de in artikel 2, § 3, van die wet bedoelde vrijstelling. Evenmin valt er in de wet een bepaling aan te wijzen waarin, naar het voorbeeld van artikel 7, lid 1, van de verordening nr. 17/62, de mogelijkheid wordt geopend om aangemelde kartels van het kartelverbod vrij te stellen voor een periode die aan de aanmelding voorafgaat.

Hieruit volgt dat met toepassing van artikel 2, § 3, van de wet van 5 augustus 1991 genomen beslissingen tot vrijstelling van het verbod vervat in artikel 2, § 1, van die wet, overeenkomstig artikel 29, § 3 van dezelfde wet enkel kunnen gelden voor een periode welke op de aanmelding volgt en zulks ongeacht of die aanmelding betrekking heeft op overeenkomsten, besluiten en gedragingen die dateren van vóór, dan wel na het in werking treden van de wet. Hieruit volgt tevens dat voor artikel 2 van het ontwerp, dat de oude overeenkomsten aan een verplichte aanmelding vóór een bepaalde datum onderwerpt, geen rechtsgrond voorhanden is. Het feit immers dat in de wet van 5 augustus 1991 niet in een aan een bepaalde uiterste datum gebonden aanmelding wordt voorzien, maakt dat een dergelijke datum niet door het ontworpen artikel 2 kan worden opgelegd, noch dat er in dat verband een onderscheid kan worden gemaakt tussen "oude" en "nieuwe" overeenkomsten.

3.3. De Koning put evenmin uit artikel 67 van de Grondwet - waarvan in de eerste aanhefbepaling van het ontwerp melding wordt gemaakt - de vereiste bevoegdheid tot het vaststellen van een bepaling in de zin van het zoëven genoemde artikel 2. De in dat artikel vervatte regeling blijft immers niet binnen de algemene bevoegdheid tot uitvoering der wetten welke aan de Koning krachtens dat grondwetsartikel toekomt. Dat artikel wordt door de rechtspraak in die zin uitgelegd dat het de Koning weliswaar toestaat uit het beginsel van de wet en haar algemene economie de gevolgtrekkingen af te leiden die daaruit op natuurlijke wijze voortvloeien volgens de geest die aan de opvatting van de wet ten grondslag heeft gelegen en volgens

de doelstellingen die zij nastreeft, doch dat het Hem niet de mogelijkheid biedt om - zoals in het ontworpen artikel 2 -, de draagwijdte van de wet te verruimen of te beperken (Cass., 18 november 1924, Pas., 1925, I, 25).

4.1. De regeling die in artikel 3 van het ontwerp is vervat en welke op de voorlopige geldigheid van de oude overeenkomsten betrekking heeft "zolang de Raad voor de Mededinging over de geldigheid van de overeenkomstig artikel 2, eerste lid, aangemelde oude overeenkomsten geen beslissing heeft genomen", is onlosmakelijk verbonden met de bepaling van het ontworpen artikel 2 en wordt derhalve, bij het wegvallen van deze laatste, zonder voorwerp. Ook artikel 3 dient derhalve te vervallen.

4.2. In subsidiaire orde mag trouwens nog op het volgende worden gewezen. Het rechtsgevolg van de voorlopige geldigheid dat overeenkomstig artikel 3 van het ontwerp uit de betrokken aanmelding voortvloeit, is door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen afgeleid uit de verdeling van de bevoegdheden tussen de E.G.-Commissie, enerzijds, en de nationale autoriteiten en rechtbanken, anderzijds, alsook uit de regeling met betrekking tot de werking van het kartelverbod, zoals die in artikel 7 van de verordening nr. 17/62 ligt vervat. De wet van 5 augustus 1991 echter verleent de Koning niet de bevoegdheid om, in het geval bedoeld in artikel 3 van het ontwerp, de civiele rechtsgevolgen te regelen van de aanmelding van oude overeenkomsten en van een eventuele overtreding van het kartelverbod.

De Koning put, om de onder 3.3. aangegeven reden, evenmin een dergelijke bevoegdheid uit artikel 67 van de Grondwet. Aan die vaststelling wordt, gelet op het stilzwijgen van de wet, geen afbreuk gedaan door het feit dat in de loop van de parlementaire voorbereidende werkzaamheden van de wet van 5 augustus 1991 van de voorlopige geldigheid van kartels melding is gemaakt (Gedr. St., Kamer, 1989-90, nr. 1282/1, p. 17).

5. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de ontworpen artikelen 2 en 3 de nodige rechtsgrond ontberen. Derhalve dienen ook de overige artikelen van het ontwerp te vervallen.

PORTEE ET FONDEMENT LEGAL DU PROJET.

1. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet de fixer une date limite pour la notification des accords, décisions et pratiques concertées, visés à l'article 2, § 1er, de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, qui existent au moment de l'entrée en vigueur de cette loi (article 2 du projet).

Par voie de conséquence, le projet prévoit une validité provisoire des accords, décisions et pratiques ainsi notifiés, aussi longtemps que le Conseil de la concurrence n'a pas pris de décision sur leur validité (article 3 du projet).

Le préambule de l'arrêté en projet indique que le fondement légal des mesures précitées est recherché tant à l'article 67 de la Constitution qu'à l'article 7 de la loi du 5 août 1991.

2. Il convient de relever que la réglementation en projet présente des points de convergence avec celle qui a été édictée par le règlement n° 17/62 du Conseil de la Communauté économique européenne du 6 février 1962 en ce qui concerne les accords dits "anciens". L'article 5, paragraphe 1, de ce règlement définit les anciens accords et prévoit une date limite pour leur notification, et ce dans les termes suivants :

"Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 85, paragraphe 1, du traité, existant à la date d'entrée en vigueur du présent règlement et en faveur desquels les intéressés désirent se prévaloir des dispositions de l'article 85, paragraphe 3, doivent être notifiés à la Commission avant le 1er novembre 1962 ...".

De même que selon l'article 5, paragraphe 1, la notification des anciens accords devait s'opérer avant le 1er novembre 1962 pour que ces accords puissent faire l'objet d'une exemption, en application de l'article 85, paragraphe 3, du Traité C.E.E., de l'interdiction d'ententes visées à l'article 85, paragraphe 1, de ce Traité, le projet prévoit une disposition similaire en ce qui concerne les accords qui existaient au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 5 août 1991. Les accords de ce type doivent être notifiés avant la date limite indiquée à l'article 2 du projet, afin qu'en application de l'article 2, § 3, de la loi prérappelée, ils puissent faire l'objet d'une exemption de l'interdiction énoncée à l'article 2, § 1er, de cette loi.

3. Le parallélisme ainsi évoqué qui existe entre le règlement n° 17/62 du 6 février 1962 et la réglementation élaborée par le projet soumis pour avis, ne peut toutefois faire perdre de vue que les deux réglementations présentent des divergences fondamentales.

3.1. En effet, l'article 7, paragraphe 1, du règlement précité pose notamment ce qui suit :

> "Si des accords, décisions et pratiques concertées existant à la date d'entrée en vigueur du présent règlement et notifiés dans les délais visés à l'article 5, paragraphe 1, ne remplissent pas les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité, et que les entreprises et associations d'entreprises intéressées y mettent fin ou les modifient de telle sorte qu'ils ne tombent plus sous l'interdiction édictée par l'article 85, paragraphe 1, ou qu'ils remplissent les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3, l'interdiction édictée à l'article 85, paragraphe 1, ne s'applique que pour la période fixée par la Commission ...".

Conformément à l'article 6, paragraphe 2, du règlement, la décision que la Commission prend à cet égard, peut également se rapporter à une période antérieure à la notification et peut même rétroagir jusqu'au 1er janvier 1958, dans la mesure du moins où ces accords, décisions et pratiques concertées ont été notifiés dans les délais.

3.2. Force est de constater que, à la différence de ce que prévoit le règlement n° 17/62, ni l'article 7, ni quelque autre disposition de la loi du 5 août 1991 ne fixent une date limite de notification pour ce qui regarde les anciens accords à l'égard desquels les entreprises et associations d'entreprises concernées souhaitent que soit appliquée l'exemption visée à l'article 2, § 3, de cette loi. La loi ne comporte pas davantage de disposition ménageant, à l'exemple de l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 17/62, la possibilité d'exempter, pour une période

antérieure à la notification, les ententes notifiées de l'interdiction qui les frappe.

Il en résulte que, conformément à l'article 29, § 3, de la loi du 5 août 1991, les décisions d'exemption de l'interdiction inscrite à l'article 2, § 1er, de cette loi qui sont prises en application de l'article 2, § 3, de la même loi, peuvent uniquement s'appliquer à une période postérieure à la notification, et ce peu importe que cette notification concernât des accords, décisions et pratiques antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. Il s'ensuit en outre que l'article 2 du projet, qui subordonne les anciens accords à une notification obligatoire avant une date déterminée, est dénué de fondement légal. En effet, dès lors que la loi du 5 août 1991 ne prévoit pas une notification soumise à une date limite déterminée, l'article 2 en projet ne peut imposer une telle date ni une distinction peut être établie, à cet égard, entre les "anciens" et les "nouveaux" accords.

3.3. Le Roi ne tient pas davantage de l'article 67 de la Constitution - dont le premier alinéa du préambule du projet fait état - le pouvoir requis pour établir une disposition telle que l'article 2 prérappelé. La règle énoncée dans cet article excède, en effet, la compétence générale d'exécution des lois qui est dévolue au Roi en vertu de cet article de la Constitution. La jurisprudence interprète cette disposition en ce sens que, si elle autorise le Roi à dégager du principe de la loi et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les

fins qu'elle poursuit, elle ne l'autorise cependant pas - comme le fait l'article 2 en projet - à étendre ou à restreindre la portée de la loi (Cass., 18 novembre 1924, Pas., 1925, I, 25).

4.1. La règle énoncée à l'article 3 du projet qui est relative à la validité provisoire des anciens accords "aussi longtemps que le Conseil de la concurrence n'a pas pris de décision sur la validité des anciens accords notifiés conformément à l'article 2, alinéa 1er", est indissociablement liée à l'article 2 en projet et se trouve dès lors dénuée d'objet puisque ce dernier doit être omis. Il faut, par conséquent, également supprimer l'article 3.

4.2. Il convient, du reste, de souligner, subsidiairement ce qui suit. Les effets juridiques de la validité provisoire découlant, conformément à l'article 3 du projet, de la notification considérée, sont déduits par la Cour de justice des Communautés européennes de la répartition des compétences entre la Commission de la C.E., d'une part, et les autorités et tribunaux nationaux, d'autre part, ainsi que de la réglementation relative à l'application de l'interdiction d'ententes, consacrée par l'article 7 du règlement n° 17/62. La loi du 5 août 1991 ne confère cependant pas au Roi le pouvoir de régler, dans le cas visé à l'article 3 du projet, les effets civils de la notification d'anciens accords et d'une éventuelle infraction à l'interdiction d'ententes.

Pour le motif indiqué sous le point 3.3., le Roi ne tient pas davantage un tel pouvoir de l'article 67 de la Constitution. Eu égard au silence de la loi, cette constatation n'est en rien infirmée par le fait que la validité provisoire des ententes ait été évoquée dans les travaux préparatoires se rapportant à la loi du 5 août 1991 (Doc. parl., Chambre, 1989-90, n° 1282/1, p. 17).

5. Il résulte de ce qui précède que les articles 2 et 3 en projet sont dépourvus du fondement légal requis. Il y a lieu, par conséquent, d'omettre également les autres articles du projet.

De kamer was samengesteld uit

de Heer : W. DEROOVER, kamervoorzitter, voorzitter,
Monsieur : président de chambre, président,

Mevrouw : S. VANDERHAEGEN, kamervoorzitter,
Madame : président de chambre,

de Heer : M. VAN DAMME, staatsraad,
Monsieur : conseiller d'Etat,

de Heren : G. SCHRANS, assessoren van de
Messieurs : afdeling wetgeving,
E. WYMEERSCH, assesseurs de la
section de législation,

Mevrouw : A. BECKERS, griffier,
Madame : greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. M. VAN DAMME.

Het verslag werd uitgebracht door H. G. JACOBS, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. R. THIELEMANS, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. M. VAN DAMME.

Le rapport a été présenté par M. G. JACOBS, premier auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme R. THIELEMANS, référendaire adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER, DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS. W. DEROOVER.