

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.503/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 31 mei 2005 door de Minister van Economie verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 15 juli 2005, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot bescherming van de economische mededinging (aangelegenheden bedoeld in artikel 78 van de Grondwet)", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 16 juni 2005, 23 juni 2005 en 5 juli 2005 op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ¹, alsmede van de te vervullen vormvereisten.

Daarnaast bevat dit advies ook tal van opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een volledig exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten ².

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot aanpassing van de wetgeving betreffende de economische mededinging, onder meer in het licht van de gewijzigde Europese regelgeving terzake waarop de interne regelgeving is afgestemd. Daartoe wordt de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999, opgeheven en vervangen door een nieuwe regeling.

Het ontwerp bevat bepalingen betreffende de restrictieve mededingingspraktijken (hoofdstuk II, afdeling I), de concentraties (hoofdstuk II, afdeling II), de internrechtelijke mededingingsorganen (hoofdstuk III), de procedures die bij deze organen aanhangig kunnen worden gemaakt (hoofdstuk IV) en betreffende het beroep tegen de beslissingen van de sectorale regulatoren (hoofdstuk V). Tot slot zijn ook strafbepalingen (hoofdstuk VI), diverse bepalingen (hoofdstuk VII) en overgangs- en slotbepalingen opgenomen (hoofdstukken VIII en IX).

⁽¹⁾ Nu het om een voorontwerp van wet gaat, mag worden aangenomen dat onder rechtsgrond de overeenstemming met de hogere rechtsregels wordt verstaan.

⁽²⁾ Zo is het bijvoorbeeld niet mogelijk geweest de concordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst van het ontwerp te controleren.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Gelijktijdig met de adviesaanvraag bij de Raad van State, afdeling wetgeving, werd ook om het advies gevraagd van de Raad voor de Mededinging en van de Commissie voor de Mededinging. Mochten de adviezen van deze instanties nog aanleiding geven tot wijzigingen aan de ontwerptekst zoals die thans voorligt, dan zullen deze wijzigingen om advies aan de Raad van State, afdeling wetgeving, dienen te worden voorgelegd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In zijn advies 27.220/1 - 27.221/1 van 23 april 1998 bij twee voorontwerpen van wet "tot wijziging van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging" heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, het volgende opgemerkt:

"3. Op het inhoudelijk en conceptueel vlak doen de ontwerpen een aantal fundamentele problemen en bezwaren rijzen.

3.1. Wat de aard van het toezicht op restrictieve mededingingspraktijken en concentraties betreft.

3.1.1. (...) Deze wetgeving (op de bescherming van de economische mededinging) maakt een fundamenteel onderscheid tussen de controle, eensdeels, op de concentraties en, anderdeels, op de restrictieve mededingingspraktijken. De eerste vorm van controle is preventief van aard, omdat hierbij beoogd wordt in te grijpen in bepaalde mechanismen vooraleer deze de markt kunnen verstoren. Er kan worden aanvaard dat deze controle via administratieve procedures gebeurt, zonder dat hierbij een tegensprekelijk debat plaatsheeft of een jurisdictionele beslissing genomen wordt, zij het dat die administratieve procedures wel aan een jurisdictioneel toezicht "a posteriori" onderworpen dienen te worden. De controle op de restrictieve mededingingspraktijken heeft betrekking op mechanismen die effectief de markt verstoren en waartegen dus repressief opgetreden moet worden. Een rechtstreeks optreden door de gewone rechter of door een bijzonder rechtscollege zal hier meer garanties bieden op het stuk van de onafhankelijke beoordeling en de rechten van verdediging.

In het Belgisch mededingingsrecht worden beide taken aan een administratief rechtscollege, de Raad, toevertrouwd en moet dit rechtscollege bij wege van jurisdictionele beslissing uitspraak doen over de beide aspecten van het

.../...

mededingingsrecht ³. Zulks leidt bij de concentratiecontrole tot een wellicht nodeloze verzwaring van de procedure en is dus mede de oorzaak van de problemen waarmee de Raad in het verleden geconfronteerd werd, doch waarvoor in de voorliggende ontwerpen geen echte oplossing lijkt te worden geboden.

De bedoeling van de stellers van de ontwerpen bestaat er blijkbaar in om de beide aspecten enigszins van elkaar te scheiden. Aldus wordt voorzien in de mogelijkheid om een beroep in te stellen bij de minister tegen de bepaalde jurisdictionele beslissingen van de Raad, met name deze betreffende concentraties (artikel 24 van ontwerp I) en worden de beroepen tegen de andere jurisdictionele beslissingen van de Raad gesplitst tussen hoger beroep bij het Hof van Beroep te Brussel, wat de restrictieve mededingingspraktijken betreft, en beroep bij de Raad van State, wat de concentraties betreft (artikel 4 van ontwerp II).

3.1.2. Het organiseren van een procedure van beroep bij de minister, in geval van weigering van de concentratie of van de voorwaardelijke toelating van de concentratie door de Raad, teneinde de concentratie alsnog toe te laten om redenen van algemeen belang welke het halen op het risico van een aantasting van de mededinging (ontworpen artikel 34, § 1), stuit op twee onoverkomelijke bezwaren. Vooreerst wordt daardoor een jurisdictionele beslissing van een administratief rechtscollege, die als zodanig met gezag van gewijsde is bekleed, van dat kenmerk ontdaan. Voorts worden twee procedures - een jurisdictionele en een administratieve procedure, elk met hun eigen kenmerken - met elkaar vermengd. Wat dat laatste betreft kan bijvoorbeeld worden opgemerkt dat de gevolgen van een jurisdictionele beslissing met gezag van gewijsde anders zijn dan de gevolgen van een handeling van een administratieve overheid, welke niet bekleed is met gezag van gewijsde.

3.1.3. (...)

3.1.4. Teneinde de voornoemde bezwaren te ondervangen zou men er kunnen voor opteren om de concentratiecontrole toe te vertrouwen aan een administratieve overheid, (...) in welk geval artikel 16 van de Mededingingswet moet worden aangepast. Daarbij kan eveneens worden voorzien in een procedure waarbij de aanmeldende ondernemingen beschikken over bepaalde waarborgen, zoals de hoorplicht. Tegen de administratieve beslissing omtrent de toelaatbaarheid van de concentratie, (...) kan dan worden voorzien in de nodige jurisdictionele beroepsmogelijkheden".

De zo-even weergegeven opmerkingen gelden in grote mate ook ten aanzien van het voorliggende ontwerp.

(3) Zie artikel 16, eerste lid, van de Mededingingswet, dat luidt als volgt: "Er wordt een Raad voor de Mededinging bij het Ministerie van Economische Zaken ingesteld. Deze Raad is een administratief rechtscollege dat de bevoegdheid van beslissing, van voorstel en advies heeft, die hem door deze wet wordt toegekend". Bedoelde wetsbepaling wordt niet gewijzigd door de thans voorliggende ontwerpen (voetnoot uit het advies 27.220/1-27.221/1).

2. De Raad voor de Mededinging is in het ontwerp zowel met betrekking tot zijn bevoegdheden inzake restrictieve mededingingspraktijken als inzake concentraties, opgevat als een rechtscollege. In het ontwerp worden aan de Raad evenwel een aantal bevoegdheden toegekend die niet sporen met het jurisdictionele karakter van de Raad, maar eerder kaderen in de bevoegdheden van een orgaan van actief bestuur. In de artikelsgewijze bespreking zal worden aangegeven waar het ontwerp aanpassing behoeft gelet op de optie om de Raad voor de Mededinging op te vatten als een rechtscollege.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Voordracht en Ondertekening

Artikel 45, § 1, 3°, van het ontwerp verleent een bevoegdheid aan de minister die de middenstand onder zijn bevoegdheid heeft. Het ontwerp dient dan ook mede te worden voorgedragen en ondertekend door de Minister van Middenstand ⁴.

Artikel 1

Luidens artikel 1 van het ontwerp regelt de wet die thans in ontwerpvorm voorligt, een aangelegenheid bedoeld in artikel 78 van de Grondwet.

Het ontwerp voorziet evenwel in de oprichting van de Raad voor de Mededinging, die wordt opgevat als een administratief rechtscollege. Krachtens artikel 77, eerste lid, 3°, van de Grondwet zijn de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat gelijkelijk bevoegd voor, onder meer, de wetten bedoeld in artikel 146 van de Grondwet. Nu de oprichting van administratieve rechtscolleges mede haar grondslag vindt in dat

⁽⁴⁾ Het ontwerp bevat ook een bepaling (artikel 42) waarbij een nieuwe bevoegdheid aan het Hof van Cassatie wordt toegekend, zodat ook de Minister van Justitie bij het ontwerp zou moeten worden betrokken. Uit de opmerking bij artikel 1 blijkt evenwel dat het genoemde artikel 42 moet worden overgeheveld naar ontwerp 38.502/1, waarover de Raad van State, afdeling wetgeving, heden eveneens advies verleent.

grondwetsartikel ⁵, dienen de bepalingen die de organisatie en de bevoegdheid van die rechtscollèges regelen, te worden behandeld volgens de volledige bicamerale procedure ⁶.

Bovendien wordt in artikel 42 een nieuwe bevoegdheid toegekend aan het Hof van Cassatie, wat krachtens artikel 77, eerste lid, 9°, van de Grondwet eveneens een bicamerale aangelegenheid is ⁷. De desbetreffende bepalingen uit het ontwerp dienen derhalve te worden overgeheveld naar het ontwerp 38.502/1, waarover de Raad van State, afdeling wetgeving, heden eveneens advies verleent.

Artikel 2

Krachtens artikel 35 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, wijzen de lidstaten de mededingingsautoriteit of -autoriteiten aan die bevoegd is of zijn de artikelen 81 en 82 van het EG-verdrag toe te passen.

In artikel 2, 4°, wordt enkel door middel van een definitie uitvoering gegeven aan deze verordeningsbepaling. Het zou evenwel beter en duidelijker zijn deze aanwijzing uitdrukkelijk te verrichten in een specifieke bepaling van het ontwerp, zoals thans overigens het geval is in artikel 1bis van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999. Bovendien dient de bevoegdheid van de onderscheiden mededingingsautoriteiten ten

⁽⁵⁾ Arbitragehof, nr. 25/97, 30 april 1997, B.4.

⁽⁶⁾ Zie advies 28.790/1 van 4 februari 1999 over "drie reeksen van amendementen op een wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging en op het wetsvoorstel tot invoeging van een artikel 309bis in het Gerechtelijk Wetboek en tot wijziging van artikel 20 van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging", *Parl. St.*, Senaat, 1998-99, nr. 1-614/12.

⁽⁷⁾ Zie onder meer de adviezen 24.111/A.G.-A.V./2/V en 24.594/A.G.-A.V./2/V van 10 en 18 oktober 1995, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, nr. 364/1; 24.615/A.G.-A.V./2 van 10 en 23 oktober 1995, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, nr. 329/1; 24.713/2 van 9 november 1995, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, nr. 287/1; 28.790/1 van 4 februari 1999, *Parl. St.*, Senaat, 1998-99, nr. 1-614/12; 29.864/1 van 9 maart 2000, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 670/1; 30.265/1 van 14 juni 2000, *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 756/1.

aanzien van de toepassing van het Europese mededingingsrecht te worden gespecificeerd ⁸.

Artikel 3

1. Artikel 3 van het ontwerp, dat een nationale mededingingsregel bevat, is geïnspireerd op artikel 81 van het EG-verdrag, maar bevat een bijkomende vrijstellingsgrond door ook de gedragingen vrij te stellen "die de kleine en middelgrote ondernemingen de mogelijkheid bieden om hun concurrentiepositie op de betrokken markt of op de internationale markt te verstevigen" (artikel 3, § 3, 3°).

Vraag is of die regel, voorzover hij ook betrekking heeft op het verstevigen van de concurrentiepositie op de internationale markt, verenigbaar is met artikel 81 van het EG-verdrag, nu het verstevigen van de internationale concurrentiepositie per definitie het intracommunautaire handelsverkeer raakt, en de regel derhalve bezwaarlijk kan worden beschouwd als een louter nationale mededingingsregel.

2. Het is niet geheel uitgesloten dat een restrictieve mededingingspraktijk, alhoewel hij beperkt blijft tot de Belgische markt, toch het intracommunautaire handelsverkeer beïnvloedt. Om die reden zou kunnen worden overwogen om in de inleidende zin van artikel 3 de woorden "en die geen invloed hebben op het intracommunautaire handelsverkeer" toe te voegen.

3. Onverminderd opmerking 1, moet erop worden gewezen dat het begrip "kleine en middelgrote onderneming" in de interne regelgeving geen vastomlijnde betekenis heeft, en bijgevolg dient te worden verduidelijkt.

⁽⁸⁾ Zie in die zin ook C. SCHURMANS, "Le rôle du juge dans la mise en oeuvre du droit européen de la concurrence", in *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, P. NIHOUL, (ed.) Brussel-Louvain-la-Neuve, 2004, (89), 91.

Artikel 6

1. Aangezien artikel 6 uitzonderingen instelt op het in artikel 3 vervatte verbod, zou dit artikel beter in artikel 3 worden geïntegreerd.

2. In artikel 6, eerste lid, dient te worden verwezen naar "artikel 81, lid 3," van het EG-verdrag in plaats van naar "artikel 81, § 3," van dat verdrag.

Artikel 7

1. In de inleidende zin van artikel 7, § 5, schrijve men: "Geen concentratie in de zin van § 1 komt tot stand:".

2. In artikel 7, § 5, 2°, wordt gewag gemaakt van de verwerving van de zeggenschap "door een gerechtelijke of overheidsmandataris, op grond van een gerechtelijke beslissing of een andere procedure van gedwongen vereffening", terwijl in artikel 3, lid 5, b), van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (EG-concentratieverordening) gewag wordt gemaakt van "zeggenschap door een lasthebber van de overheid (...) (ten gevolge van) de wetgeving van een lidstaat inzake liquidatie, faillissement, insolventie, staking van betalingen, akkoord of soortgelijke procedures".

In de memorie van toelichting wordt best enige toelichting gegeven omtrent de in artikel 7, § 5, 2°, gebruikte terminologie.

Artikelen 8, 9 en 11

1. In artikel 8, § 1, wordt niet gespecificeerd voor welke concentraties de goedkeuring van de Raad voor de Mededinging vereist is. Zulks kan slechts worden afgeleid uit de artikelen 9 en 11 van het ontwerp. Het verdient aanbeveling om het toepassingsgebied van de regeling inzake concentraties in één enkel artikel te omschrijven. Dat artikel dient logischerwijze vóór de bepalingen van het huidige artikel 8 te worden geplaatst.

2. Met betrekking tot artikel 8, § 6, wordt verwezen naar onderdeel 1 van de algemene opmerkingen, meer bepaald naar onderdeel 3.1.2 van advies 27.220/1 - 27.221/1 van 23 april 1998 dat in dat onderdeel wordt geciteerd.

3. In de Nederlandse tekst van artikel 9, § 2, schrijve men "vastgesteld" in plaats van "vastgelegd".

Artikel 10

1. De nadere regels (niet: modaliteiten) voor een vereenvoudigde aanmelding dienen te worden vastgesteld door de Koning, en niet door de Raad voor de Mededinging, zoals thans in artikel 10, § 3, is bepaald.

2. Men schrijve in artikel 10, § 5, telkens "financiële instrumenten" in plaats van "effecten".

3. In artikel 10, § 6, eerste lid, dient te worden bepaald wanneer de erin bedoelde termijn van twee weken begint te lopen. Bovendien schrijve men in diezelfde bepaling "beslissing" in plaats van "besluitvorming".

Artikel 12

De vraag rijst of de in artikel 12, § 3, aan de Raad voor de Mededinging toegekende bevoegdheid om "mededelingen vast te stellen" met betrekking tot de toepassing van de Mededingingswet, waarvan het statuut overigens onduidelijk is, wel spoort met het gegeven dat de Raad voor de Mededinging een rechtscollege is. In die "mededelingen" zouden immers standpunten vervat kunnen liggen betreffende rechtspunten die later in het raam van een aan de Raad voorgelegd geschil aan de orde kunnen komen.

Artikel 13

Er dient, eventueel in de memorie van toelichting, met betrekking tot de in artikel 13, § 2 (lees: tweede lid), bedoelde mogelijkheid tot verhoging van het aantal raadsleden van de Raad voor de Mededinging, te worden gespecificeerd of die verhoging ook betrekking kan hebben op de voltijdse raadsleden.

Bovendien dient, zo het effectief in de bedoeling ligt de mogelijkheid tot verhoging daaraan te koppelen, in die bepaling uitdrukkelijk gewag te worden gemaakt van de beperking die in de memorie van toelichting aan de bevoegdheid van de Koning wordt aangebracht, namelijk dat het aantal raadsleden enkel kan worden verhoogd "met als doel (...) de nieuwe bevoegdheden te beheren die aan de Raad toevallen in het kader van de beroepen ingesteld tegen de beslissingen van de sectoriële regulatoren".

Artikel 14

1. De onderlinge functiewisseling tussen de voorzitter en de ondervoorzitter van de Raad voor de Mededinging is ongewoon. Vraag is of niet beter wordt geopteerd voor een systeem van het dubbele voorzitterschap, zoals het thans bestaat in het Arbitragehof⁹.

⁽⁹⁾ Zie artikel 54 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

2. In de memorie van toelichting wordt van de voorzitter en van de ondervoorzitter een actieve kennis geëist van het Nederlands, het Frans en het Engels, van de kamervoorzitters dat ze "een vergadering moeten kunnen leiden" in het Nederlands en het Frans en een functionele kennis van het Engels hebben, en van de overige leden dat ze een passieve kennis van de twee talen (Engels en Nederlands of Frans) die niet hun moedertaal zijn, bezitten. Voorts blijkt uit de memorie van toelichting dat de taalcompetenties worden onderzocht in het bekwaamheidsexamen waarin de kandidaat dient te zijn geslaagd. Anderzijds wordt in dezelfde memorie van toelichting gerefereerd aan de huidige regeling voor de voorzitter en de ondervoorzitter, waarbij beiden hun kennis van, naargelang het geval, het Nederlands of het Frans dienen te bewijzen. In de lijn daarvan wordt in artikel 14, tweede lid, enkel aan de voorzitter en de ondervoorzitter opgelegd hun kennis van de Nederlandse en de Franse taal te bewijzen.

Er dient duidelijkheid te worden geschapen over het al dan niet opleggen van vereisten inzake taalkennis van de leden van de Raad voor de Mededinging. Wil men dat alle leden doen blijken van kennis van één of meer talen, dan dient zulks uitdrukkelijk te worden bepaald in de tekst van het ontwerp ¹⁰. Tevens dient het niveau van de vereiste taalkennis te worden verduidelijkt, alsmede de wijze waarop die taalkennis kan worden bewezen.

Artikel 15

1. Vraag is of nog geen andere voorwaarden tot benoeming als raadslid bij de Raad voor de Mededinging dienen te worden bepaald dan de enkele voorwaarde om in het bezit te zijn van een diploma van doctor, licentiaat of master ¹¹.

⁽¹⁰⁾ In dit verband kan erop worden gewezen dat van de leden van het auditoraat wel een functionele kennis van het Nederlands, het Frans en het Engels wordt vereist (artikel 26, vierde lid, van het ontwerp). De kennis van het Engels lijkt overigens, gelet op de aard van de te behandelen aangelegenheden, een essentiële vereiste voor het behoorlijk uitoefenen van de functie.

⁽¹¹⁾ Het is daarenboven niet duidelijk waarom enkel voor de leden van het auditoraat wordt vereist dat ze een diploma hebben in de studierichtingen rechten of economie, en niet voor de raadsleden, terwijl de specifieke opdracht van de Raad voor de Mededinging juist deskundigheid in deze domeinen vereist.

Tevens rijst de vraag waarom, in tegenstelling tot wat thans is bepaald (artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999), niet een aantal plaatsen van raadslid wordt voorbehouden aan magistraten met ervaring. Gelet op het jurisdictionele karakter van de Raad voor de Mededinging en het belang van de beslissingen die door die Raad worden genomen, lijkt de aanwezigheid van leden die ervaring hebben met het rechtspreken onontbeerlijk.

Opdat magistraten in de Raad voor de Mededinging zouden kunnen worden benoemd, dient in ieder geval in het ontwerp uitdrukkelijk in die mogelijkheid te worden voorzien. Krachtens artikel 323bis, § 1, eerste lid, eerste volzin, van het Gerechtelijk Wetboek kan een lid van de magistratuur immers slechts een opdracht vervullen in de bij de wet bepaalde gevallen.

2. Aangezien krachtens de gemeenschapswetgeving de vroegere academische graden van licentiaat en doctor zonder proefschrift zijn gelijkgeschakeld met de graad van master, kunnen in artikel 15 de woorden "doctor, licentiaat of" worden weggelaten. Wordt niet ingegaan op deze opmerking, dan zal artikel 15 dienen te worden aangevuld met een vermelding van nog andere academische graden, zoals die van handelsingenieur of ingenieur.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de artikelen 26, vierde lid en zesde lid, en 33, eerste lid.

Artikel 16

1. In artikel 16, tweede lid, schrijf men "hun diploma" in plaats van "het diploma" en schrappe men de woorden "van master".

2. Ook in artikel 16, derde lid, dient te worden bepaald op welke wijze het betrokken lid het bewijs dient te leveren van zijn functionele kennis van de Duitse taal.

3. Aan artikel 16, vierde lid, voege men duidelijkheidshalve de woorden "van eenzelfde studiegebied" toe. Indien op deze opmerking wordt ingegaan, dient het woord "eenzelfde" voor het woord "diploma" te worden geschrapt.

Artikel 17

1. Het bepalen van de toelatingsvoorwaarden voor het in artikel 17 bedoelde examen kan niet aan de Koning worden overgelaten nu het gaat om een essentieel element van de regeling. Enkel indien het bepalen van het programma van het examen is bedoeld, zou de delegatie aan de Koning toelaatbaar zijn. Artikel 17 dient dan in die zin te worden verduidelijkt.

2. Vraag is of in het bekwaamheidsexamen ook niet moet worden gepeild naar de bekwaamheden om het ambt van voorzitter of ondervoorzitter uit te oefenen, nu die bekwaamheden ten dele verschillen van de bekwaamheden om het ambt van raadslid uit te oefenen.

Artikel 18

1. In artikel 18, 1°, schrijve men "die gelijk is aan" in plaats van "die equivalent is met".

2. Naar analogie van het bestaande artikel 17, § 5, van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999 dient te worden bepaald dat de toegekende wedde ook de verhogingen en voordelen verbonden aan de referentiewedde behelst.

3. Krachtens artikel 18, 3°, ontvangen de raadsleden die hun mandaat niet voltijds uitoefenen, een wedde die gelijk is aan de wedde bedoeld in punt 2 (lees 2°) "naar rato van de verrichte prestaties". Vraag is of dit laatste criterium in de praktijk toepasbaar is.

4. In artikel 18, 3°, schrijf men telkens "2°" in plaats van "punt 2".

Artikel 19

1. In artikel 19, § 2, zesde lid, eerste zin, schrijf men in de Nederlandse tekst "het betrokken raadslid" in plaats van "de betrokken rechter".
2. In artikel 19, § 2, zesde lid, moet worden bepaald dat de kamer wordt aangevuld met een raadslid dat voorheen geen deel ervan uitmaakte, teneinde te vermijden dat de kamer slechts uit twee raadsleden zou bestaan. Een alternatief is erin te voorzien dat de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging uitspraak doet over de wraking, zoals thans wordt bepaald in artikel 18, § 3, van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999, of dat het hof van beroep te Brussel dat doet.
3. Artikel 19, § 3, 2°, dient te worden uitgebreid tot alle hypothesen waarin een lid ontslag neemt of ontslag dient te nemen ten gevolge van een onverenigbaarheid.

Artikel 20

1. In artikel 20, eerste lid, schrijf men in de Nederlandse tekst beter "ingedeeld" in plaats van "opgesplitst".
2. Er dient te worden verduidelijkt of de kamervoorzitters al dan niet voor de gehele duur van het mandaat in die hoedanigheid worden verkozen.

Artikel 21

1. Artikel 21 bevat een procedurebepaling die niet thuishoort in hoofdstuk III van het ontwerp, dat betrekking heeft op de organisatie van de Raad voor de Mededinging, maar wel in hoofdstuk IV, dat betrekking heeft op de procedure voor de Raad en dat overigens reeds bepalingen bevat omtrent het horen van de partijen of andere personen (artikelen 49, § 5, 58, § 2, en 60, § 5).

2. Onverminderd opmerking 1 schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 21 "raadsman" in plaats van "raadgever".

Artikel 22

De draagwijdte van artikel 22 is onduidelijk. Indien beoogd wordt te verwijzen naar de vergaderingen met de andere nationale mededingingsautoriteiten, moet erop worden gewezen dat die autoriteiten niet noodzakelijkerwijze rechterlijke autoriteiten zijn.

Artikel 23

1. In de Nederlandse tekst van artikel 23, eerste lid ¹², dienen, conform de Franse tekst van dat artikel, de woorden ", bij gelijke anciënniteit" te worden ingevoegd vóór de woorden "de oudste in jaren". In de Franse tekst schrijve men bovendien "à égalité d'ancienneté" in plaats van "à l'égalité d'ancienneté".

2. In artikel 23, derde lid, voege men duidelijkheidshalve de woorden "van de vergadering" toe na het woord "voorzitter". Bovendien volstaat het in de Franse tekst "En cas de partage des voix" te schrijven.

⁽¹²⁾ De indeling in leden dient in de Nederlandse tekst op een meer duidelijke wijze te worden aangegeven door het laten van een witregel tussen de onderscheiden leden.

Artikel 24

Vraag is of de voorzitter noodzakelijkerwijze eerst de zaak dient toe te wijzen aan een kamer, teneinde het advies van de betrokken kamervoorzitter te kunnen inwinnen, vooraleer de zaak te kunnen verzenden naar de algemene vergadering.

Artikel 25

1. Het is niet duidelijk of de verplichting voor de Raad voor de Mededinging om een jaarverslag op te stellen, zoals thans vervat in artikel 19, § 5, van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999, bewust uit het ontwerp is weggelaten. Desgevallend dient in artikel 25 van het ontwerp die verplichting te worden ingeschreven.

2. In de Nederlandse tekst van artikel 25 schrijve men "huishoudelijk reglement" in plaats van "reglement van inwendige orde".

Artikel 26

1. Het ontwerp dient te voorzien in een bepaald aantal leden van het auditoraat, waarna aan de Koning de bevoegdheid kan worden verleend om dat aantal te verhogen, al dan niet gekoppeld aan de aanwezigheid van welbepaalde omstandigheden.

2. Met betrekking tot artikel 26, derde lid, kan worden verwezen naar opmerking 1 bij artikel 17, die *mutatis mutandis* van toepassing is op die bepaling.

Artikel 27

Het is niet duidelijk of met het bepaalde in artikel 27, tweede lid, een vlakke loopbaan wordt beoogd voor de betrokken adjunct-auditeurs. Is dit de bedoeling, dan wordt de redactie van die bepaling best afgestemd op de redactie van artikel 71, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Artikel 30

1. In de inleidende zin van artikel 30 schrappe men de woorden "met name".
2. Bij artikel 30, § 1, eerste lid, 2°, wordt aan de leden van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging de bevoegdheid verleend om toe te zien op "de uitvoering van de genomen beslissingen". Uit de memorie van toelichting blijkt dat met de term "genomen beslissingen" de beslissingen van de Raad voor de Mededinging worden bedoeld, wat in de tekst van de genoemde bepaling dient te worden gespecificeerd. Daarenboven dient het ontwerp te worden aangevuld met bepalingen waarin de inhoud van de genoemde bevoegdheid wordt omschreven.
3. In artikel 30, § 1, eerste lid, 3°, schrijve men "in artikel 45, § 3, achtste lid" in plaats van "in artikel 45".
4. In artikel 30, § 1, eerste lid, 4°, schrijve men, conform de elders in het ontwerp gebruikte terminologie "het neerleggen" in plaats van "het indienen".
5. Aangezien ook nog andere onderdelen van artikel 62 dan de paragrafen 3 en 5 ervan de taak van de leden van het auditoraat in het raam van de vereenvoudigde procedure bij concentraties omschrijven, dient in artikel 30, § 1, eerste lid, 8°, van het ontwerp te worden verwezen naar artikel 62 in zijn geheel, in plaats van alleen naar artikel 62, §§ 3 en 5.
6. Krachtens artikel 30, § 1, tweede lid, zit de auditeur-generaal bij de Raad voor de Mededinging de vergaderingen van het auditoraat voor, met uitzondering van de vergaderingen "die in het teken staan van het bepalen van de prioriteiten van het implementatiebeleid van de wet en van het vastleggen van de volgorde van behandeling van de dossiers die ingediend werden op grond van artikel 45 (lees: artikel 45, § 1)", die worden voorgezeten door de leidende ambtenaar van de Dienst voor de Mededinging. De Raad van State, afdeling wetgeving, vraagt zich af waarom de vergaderingen van het

auditoraat, dat een korps is dat deel uitmaakt van een rechtscollege, worden voorgezeten door een ambtenaar en wat dat voorzitterschap precies inhoudt. Die verantwoording lijkt des te minder aanwezig te zijn nu de bedoelde vergaderingen betrekking hebben op essentiële aspecten van het rechterlijk beleid inzake de mededinging.

7. Artikel 30, § 2, tweede lid, kan beter als tweede lid van artikel 28 worden opgenomen.

8. In artikel 30, §§ 2, tweede lid, en 3, eerste lid, verwijze men beter naar "artikel 45, § 1," dan naar artikel 45 in zijn geheel.

Artikel 31

Na artikel 31 dient een artikel te worden opgenomen waarin wordt voorzien in een wrakingsregeling voor de leden van het auditoraat.

Artikel 32

De taakomschrijving van de griffie in artikel 32 - het verzorgen van het secretariaat van de Raad voor de Mededinging - is te eng nu de griffie uiteraard ook een rol zal spelen met betrekking tot de jurisdictionele taken van de Raad.

Artikel 33

1. De bij artikel 33, tweede lid, aan de Koning verleende delegatie om het statuut van de griffier en de adjunct-griffier van de Raad voor de Mededinging vast te stellen, is te ruim. De essentiële elementen van dat statuut zouden bij wet dienen te worden bepaald.

2. Na artikel 33 zou een onderafdeling VI moeten worden opgenomen met daarin bepalingen betreffende het statuut van het administratief personeel dat de onderscheiden geledingen van de Raad voor de Mededinging bijstaat.

Artikel 34

De omschrijving van de in artikel 34, 1°, bedoelde taak van de Dienst voor de Mededinging is te beperkend gesteld gelet op de doorheen het ontwerp aan de Dienst voor de Mededinging of zijn personeelsleden toevertrouwde taken.

Artikel 35

Het huidige artikel 35 is een nutteloze bepaling die beter kan vervallen. Het is overigens onduidelijk waarnaar de woorden "deze tekst" juist verwijzen. Wordt een verwijzing naar artikel 34 beoogd, dan wel een verwijzing naar de gehele wet?

Artikel 36

1. In artikel 36, eerste lid, dient ook gewag te worden gemaakt van het administratief personeel van de onderscheiden geledingen van de Raad voor de Mededinging en, duidelijkheidshalve, van de personeelsleden van de Dienst voor de Mededinging.

Nog in die bepaling dient te worden verwezen naar artikel 82 in plaats van naar artikel 80.

2. In artikel 36, derde lid, schrijve men meer gebruikelijk "met inbegrip van" in plaats van "zonder uitzondering van". In de Nederlandse tekst van die bepaling schrijve men bovendien "Boek I" in plaats van "eerste boek".

Artikelen 37 en 38

1. De verhouding van het bepaalde in de artikelen 37 en 38 met het bepaalde in artikel 36 is niet duidelijk. Met name rijst de vraag of het in de eerstgenoemde artikelen slechts om een explicitering gaat van het beroepsgeheim, in welk geval de artikelen 36, 37 en 38 beter zouden worden versmolten ¹³.
2. Onverminderd de vorige opmerking, schrijve men in de Nederlandse tekst van artikel 37, § 2 (lees: tweede lid), eerste volzin, "die omwille van hun aard" in plaats van "die van nature".
3. Met betrekking tot artikel 38, tweede lid, wordt in subsidiaire orde verwezen naar opmerking 2 bij artikel 36.

Artikelen 39 tot 41

1. Krachtens artikel 39, eerste lid, mogen de voltijdse raadsleden geen enkele andere beroepsactiviteit uitoefenen. Artikel 40, dat geldt voor de leden van het auditoraat, is nagenoeg een overname van de regel die onder meer geldt voor de magistraten van het Arbitragehof (artikel 44 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof), de rechterlijke orde (artikel 293 Ger. W.) en de Raad van State (artikel 107 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State), en die onder meer ook betrekking heeft op de uitoefening van al dan niet bij verkiezing toegekende politieke ambten.

Aldus wijkt de onverenigbaarheidsregeling die geldt voor de voltijdse raadsleden van de Raad voor de Mededinging af van de regeling die geldt voor de andere magistraten. In de memorie van toelichting wordt er dienaangaande op gewezen dat er aldus "een stelsel van strikte onverenigbaarheid wordt ingevoerd om de maximale onafhankelijkheid van de raadsleden van de Raad voor de Mededinging te verzekeren en om elk risico van een belangenvermenging te vermijden". Nochtans is de

⁽¹³⁾ In het andere geval dienen in ieder geval de artikelen 37 en 38 te worden samengevoegd.

onverenigbaarheidsregeling voor de raadsleden van de Raad voor de Mededinging in een zeker opzicht minder strikt doordat ze niet in elk geval uitsluit dat de raadsleden een politiek mandaat of een politieke functie bekleden, wat allicht niet in de bedoeling van de stellers van het ontwerp ligt ¹⁴. Nu het aldus gecreëerde verschil in behandeling eveneens bezwaarlijk te verenigen valt met de grondwettelijke regel van de gelijkheid en de niet-discriminatie, zal artikel 39, eerste lid, van het ontwerp aan een nieuw onderzoek dienen te worden onderworpen.

2. Krachtens de artikelen 39, tweede lid, 3°, en 40, tweede lid, 3°, mag van de in de artikelen 39, eerste lid, en 40, eerste lid, opgenomen onverenigbaarheidsregel worden afgeweken wanneer het de deelname betreft aan een commissie, een raad of een adviescomité voorzover het gaat om opdrachten of functies (lees: ambten) die onbezoldigd worden uitgeoefend. Dit laatste wijkt af van de regelingen die gelden voor de magistraten van het Arbitragehof, de rechterlijke orde en de Raad van State, waar die opdrachten of ambten wel, ten belope van maximaal een tiende van de jaarlijkse brutowedde van het hoofdamt in het betrokken rechtscollege, mogen worden bezoldigd. De Raad van State, afdeling wetgeving, ziet niet welke verantwoording bestaat voor dit verschil in behandeling. Behoudens mocht zulke verantwoording toch kunnen worden gegeven, dient de ontworpen bepaling te worden afgestemd op de regeling die geldt voor de andere magistraten.

3. Al vloeit uit de aard van hun functie zelf voort dat de niet-voltijdse raadsleden van de Raad voor de Mededinging niet kunnen worden onderworpen aan dezelfde onverenigbaarheden als de voltijdse raadsleden, dient, ter vrijwaring van hun onafhankelijkheid en de onpartijdigheid, een aan hun situatie aangepaste regeling betreffende de onverenigbaarheden te worden uitgewerkt, wat thans in het ontwerp slechts zeer gedeeltelijk het geval is ¹⁵.

⁽¹⁴⁾ Alvast artikel 19, § 3, 2°, geeft een indicatie in deze richting.

⁽¹⁵⁾ De enige onverenigbaarheid die ook voor hen geldt, is deze bepaald in artikel 41, eerste lid.

4. De Nederlandse tekst van de artikelen 39, tweede lid, 40 en 41 wijkt op een aantal punten af van de gelijkaardige bepalingen in de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, het Gerechtelijk Wetboek of de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Omwille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid gebruike men best dezelfde terminologie als in de genoemde wetten.

5. De Raad van State, afdeling wetgeving, ziet niet waarom de afwijkingen op de onverenigbaarheidsregels ten aanzien van de leden van het auditoraat worden toegekend door de algemene vergadering van de Raad voor de Mededinging (artikel 40, laatste lid, van het ontwerp), terwijl in alle andere onverenigbaarheidsregelingen voor magistraten die afwijkingen worden toegekend door de Koning of minstens door de bevoegde minister.

6. In de Nederlandse tekst van artikel 41, tweede lid, 2°, schrijve men "het bestuur" in plaats van "de administratie".

7. Er dient ook te worden voorzien in een onverenigbaarheidsregeling voor de leden van het administratief personeel bij de Raad voor de Mededinging, naar analogie van bijvoorbeeld artikel 48 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

Artikel 42

1. Al is artikel 42 geïnspireerd op artikel 115 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, toch moet worden vastgesteld dat enkel wordt voorzien in de oplegging van de zwaarste tuchtstraffen, en bijgevolg niet in de mogelijkheid tot het opleggen van lichtere tuchtstraffen, en dat geen andere aspecten van het tuchtstatuut worden geregeld.

Ook ontbreekt elke regeling inzake het tuchtstatuut van de griffiers en de leden van het administratief personeel.

2. Het ontwerp 38.502/1, waarin artikel 42 dient te worden opgenomen (zie de opmerking bij artikel 1), zal bovendien moeten worden aangevuld met een bepaling waarbij artikel 615 van het Gerechtelijk Wetboek wordt aangevuld met een vermelding van de bij het huidige artikel 42 aan het Hof van Cassatie toegekende bevoegdheid.

Artikel 43

Krachtens het thans geldende artikel 21, eerste lid, van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999 is de Commissie voor de Mededinging een paritaire commissie. Die kwalificatie komt niet meer voor in artikel 43 van het ontwerp. Vraag is of zulks is gewild door de stellers van het ontwerp, dan wel of het om een vergetelheid gaat.

Artikel 45

1. Artikel 45 van het ontwerp wordt, gelet op zijn omvang en de verscheidenheid van de aangelegenheden die erin worden geregeld, beter opgesplitst in verschillende artikelen.

2. Aangezien de Raad voor de Mededinging is opgevat als een rechtscollege, is het niet mogelijk zijn voorzitter de bevoegdheid te verlenen om zaken aanhangig te maken wanneer er ernstige aanwijzingen bestaan van een inbreuk waarover de Raad voor de Mededinging te oordelen zal hebben. In artikel 45, § 1, 2°, dienen de woorden "of van de voorzitter van de Raad" derhalve te worden weggelaten.

3. In artikel 45, § 1, 4°, moet worden verwezen naar artikel 51 in plaats van naar artikel 3, § 3. Meer fundamenteel wordt verwezen naar de opmerking bij artikel 51.

4. In artikel 45, § 1, 5°, vervange men de woorden "Hof van Beroep te Brussel" door de woorden "Hof van Cassatie".

5. Aan artikel 45, § 1, dient een 6° te worden toegevoegd waarin gewag wordt gemaakt van het verzoek van het hof van beroep te Brussel bedoeld in artikel 5, § 2, achtste lid, van het ontwerp 38.502/1.

6. Het derde en het vierde lid van artikel 45, § 2, worden beter tot één lid versmolten. Voorts dient uiteraard ook reeds bij de eerste vraag om inlichtingen te worden omschreven waaruit die inlichtingen bestaan, en bevat artikel 45, § 2, tweede lid, reeds een verplichting tot formele motivering. Men zou beter schrijven: "... hernieuwt het auditoraat zijn verzoek tot inlichtingen en bepaalt het binnen welke termijn ze moeten worden verstrekt. Als de beslissing ...".

7. De bij artikel 45, § 3, bedoelde bevoegdheden worden niet enkel toegekend aan de leden van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging, maar ook aan "de" ambtenaren van de Dienst voor de Mededinging. Wellicht ligt het niet in de bedoeling die bevoegdheden toe te kennen aan alle ambtenaren van die dienst. In het ontwerp dient derhalve te worden gespecificeerd om welke ambtenaren het gaat of dient daartoe aan de Koning een delegatie te worden verleend.

8. Krachtens artikel 45, § 3, eerste lid, zijn de auditeurs en de ambtenaren van de Dienst Mededinging "onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie" bevoegd om de overtredingen van deze wet op te sporen en vast te stellen bij processen-verbaal die gelden als bewijs tot het tegendeel is bewezen. Krachtens artikel 45, § 3, derde lid, zijn zij bij de uitvoering van de hun toevertrouwde opdrachten onderworpen aan het toezicht van de procureur-generaal. Aldus wordt de indruk gecreëerd dat aan de auditeurs en de ambtenaren van de Dienst voor de Mededinging bevoegdheid tot opsporing van misdrijven wordt toegekend. Het ontwerp bevat evenwel nauwelijks strafbepalingen, en de opgenomen strafbepalingen hebben dan nog slechts betrekking op het beroepsgeheim of de vertrouwelijkheid van de verkregen inlichtingen. Uit de overige bepalingen van artikel 45, § 3, blijkt dan ook dat de aan de leden van het auditoraat en de ambtenaren van de Dienst voor de Mededinging toegekende bevoegdheden een andere draagwijdte hebben. In dat licht komt het toezicht dat de procureurs-generaal uitoefenen op de uitvoering van de aan de auditeurs en de

.../...

genoemde ambtenaren toevertrouwde (onderzoeks)opdrachten bevreemdend over nu dat toezicht normalerwijze enkel betrekking kan hebben op opdrachten die worden uitgevoerd in het raam van het vaststellen en opsporen van misdrijven of in het raam van een strafonderzoek. Ook de verwijzing naar de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie schept ten onrechte de indruk dat de genoemde bevoegdheden binnen een strafrechtelijke context dienen te worden geplaatst.

Artikel 45, § 3, eerste lid, dient dan ook te worden herwerkt.

9. Krachtens artikel 45, § 3, eerste lid, gelden de processen-verbaal die de leden van het auditoraat en de ambtenaren van de Dienst voor de Mededinging opstellen, tot het bewijs van het tegendeel. Hoewel die processen-verbaal doorgaans geen processen-verbaal zullen zijn in strafprocesrechtelijke zin, dient er toch een verantwoording te bestaan voor de omkering van de bewijslast die de bepaling inhoudt. Die verantwoording wordt best in de memorie van toelichting weergegeven.

10. Krachtens de tweede zin van artikel 45, § 3, eerste lid, kunnen de auditeurs een "beroep doen op de ambtenaren van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling van de Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie". De draagwijdte van die bepaling is niet duidelijk. Zijn die ambtenaren enkel bevoegd om de auditeurs bij te staan in de uitoefening van hun onderzoeksopdrachten, of kunnen de auditeurs hun onderzoeksbevoegdheden ook aan die ambtenaren delegeren? Hierover dient in artikel 45, § 3, duidelijkheid te worden geschapen.

11. Krachtens artikel 45, § 3, vijfde lid, 1°, mogen de leden van het auditoraat bij de Raad voor de Mededinging en de ambtenaren van de Dienst Mededinging, mits voorafgaande machtiging van een onderzoeksrechter, een huiszoeking verrichten in de in die bepaling omschreven woningen en lokalen tussen vijf en eenentwintig uur.

Anders dan thans het geval is in bijvoorbeeld artikel 81, § 2, 4°, van de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet en in artikel 113, § 2, 5, van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, waar het binnentreden in bewoonde lokalen slechts mogelijk is tussen acht

en achttien uur ¹⁶, wordt in artikel 45, § 3, vijfde lid, 1°, van het ontwerp bepaald dat de in artikel 45, § 3, eerste lid, vermelde personen, in de erin omschreven voorwaarden, een woning kunnen betreden tussen vijf en éénentwintig uur.

Alhoewel een aantal bijzondere wetten het betreden van de woning binnen laatstgenoemde uren mogelijk maken, en het ook die uren zijn waaraan wordt gerefereerd in de wet van 7 juni 1969 ¹⁷, zullen de stellers van het ontwerp zich dienen te beraden over de vraag of de regeling in de wetten van 12 juni 1991 en 14 juli 1991 niet beter het evenwicht waarborgen dat er dient te bestaan tussen de rechten van de betrokken personen, enerzijds, en de noodzaak voor de in het ontwerp bedoelde ambtenaren om op een doeltreffende wijze hun taak te kunnen uitoefenen, zeker gelet op het voorwerp van het onderzoek in het raam waarvan de huiszoeking wordt verricht.

12. In artikel 45, § 3, 2°, wordt de leden van het auditoraat en de ambtenaren van de Dienst voor de Mededinging een onbeperkt huiszoekingsrecht verleend in "de lokalen (...) 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 (...)".

Het recht op eerbiediging van de woning wordt niet enkel gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet, maar ook bij artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en bij artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het begrip "woning" in deze context ruim moet worden opgevat, en dat het mede slaat op

⁽¹⁶⁾ In andere bijzondere wetten is het betreden van de woning dan weer mogelijk tussen negen en éénentwintig uur: zie bij voorbeeld artikel 12, vierde lid, van de wet van 19 februari 1965 betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen.

⁽¹⁷⁾ Wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize of huiszoeking mag worden verricht.

beroeps- en bedrijfslokalen ¹⁸ en dat het recht op eerbiediging van de "woning" ook kan worden ingeroepen door rechtspersonen ¹⁹.

Bovendien heeft het Arbitragehof er op gewezen dat "het optreden van de onderzoeksrechter, onpartijdig en onafhankelijk magistraat, (...) een essentiële waarborg (lijkt) te zijn voor de inachtneming van de voorwaarden waaraan een aantasting van de onschendbaarheid van de woning is onderworpen, die is gewaarborgd bij artikel 15 van de Grondwet en artikel 8.1 van het EVRM" ²⁰. Uit deze vaststelling leidt het Hof af dat afwijkingen op die regel slechts uitzonderlijk kunnen zijn en dienen te worden verantwoord door redenen eigen aan de misdrijven waarop zij betrekking hebben ²¹. Al werd het arrest nr. 140/98 waaraan werd gerefereerd, mede gewezen met betrekking tot een strafrechtelijke context, toch blijkt eruit het belang dat het Arbitragehof hecht aan het optreden van een onpartijdig en onafhankelijk magistraat inzake huiszoeken ²².

De vraag rijst derhalve of het ontwerp niet dient te voorzien in bijzondere waarborgen met betrekking tot het betreden van de genoemde plaatsen die, zelfs al zijn zij geen "woning" in de zin van artikel 15 van de Grondwet, toch de waarborgen bedoeld in de voornoemde verdragsbepalingen genieten. Dat de huiszoeken worden verricht door de leden van het auditoraat, die magistraten zijn, of, wanneer ze door de in artikel 45, § 3, eerste lid, bedoelde ambtenaren worden verricht, na een specifieke opdracht daartoe

(18) E.H.R.M., 16 december 1992, Niemietz, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 251-B; E.H.R.M., 25 februari 1993, Funke, Crémieux en Mialhe, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 256-A, -B en -C; E.H.R.M., 16 april 2002, Colas, *Reports of Judgments and Decisions 2002-III*. Zie ook D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", *Rev. Trim. Dr. H.*, 1994, 117-135.

(19) E.H.R.M., 16 april 2002, Colas, *l.c.*

(20) Arbitragehof, nr. 140/98, 16 december 1998, B.1.

(21) *Ibid.*, B.2.

(22) Er is geen reden waarom die waarborg niet zou gelden voor huiszoeken uitgevoerd buiten een strafrechtelijke context.

door een auditeur (niet: het auditoraat), lijkt geen afdoende waarborg te zijn, nu in een later stadium de auditeur kan optreden als tegenstrever van de betrokken onderneming ²³.

Met betrekking tot de problematiek van de huiszoeking, dient in het bijzonder te worden gewezen op de volgende overwegingen uit de arresten Funke, Crémieux en Miaillhe van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens:

"37. Assurément, dans le domaine considéré - la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt - les Etats rencontrent de sérieuses difficultés résultant de l'ampleur et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que des multiples possibilités de déplacements internationaux, facilitées par la relative perméabilité des frontières. La Cour reconnaît donc qu'ils peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de délits de change et en poursuivre le cas échéant les auteurs. Encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir notamment, mutatis mutandis, l'arrêt Klass et autres précité, § 50).

38. Or il n'en allait pas ainsi en l'occurrence. A l'époque des faits - la Cour n'ayant pas à se prononcer sur les réformes législatives de 1986 et 1989, qui visaient à mieux protéger les individus -, l'administration des douanes disposait de pouvoirs fort larges : elle avait notamment compétence pour apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle. En l'absence surtout d'un mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi et soulignées par le Gouvernement (paragraphe 35 ci-dessus) apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits des requérants fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché.

39. A ces considérations générales s'ajoute une observation particulière. Les saisies subies par M. Et M^{me} Miaillhe revêtirent un caractère massif et surtout indifférencié; à telle enseigne que les douanes jugèrent sans intérêt pour l'enquête plusieurs milliers de documents et les restituèrent aux intéressés (paragraphe 7 ci-dessus).

40. En résumé, il y a eu violation de l'article 8" ²⁴.

In het arrest Colas ²⁵ oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bovendien:

(23) In dit verband dient erop te worden gewezen dat artikel 45, § 1, eerste lid, een ambtshalve optreden van het auditoraat onder meer inzake restrictieve mededingingspraktijken mogelijk maakt.

(24) Uittreksel uit het arrest Miaillhe.

(25) Zie voetnoot 17.

"48. La Cour considère que si l'ampleur des opérations menées afin, comme le souligne le Gouvernement, d'éviter la disparition ou la dissimulation des éléments de preuve de pratiques anticoncurrentielles, justifia les ingérences litigieuses dans le domicile des requérantes, encore aurait-il fallu que la législation et la pratique en la matière offrissent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir *ibidem* mutatis mutandis respectivement p. 24, § 56, p. 62, § 39 et p. 90, § 37).

49. Or, elle constate qu'il n'en alla pas ainsi en l'occurrence. En effet, à l'époque des faits - la Cour n'ayant pas à se prononcer sur les réformes législatives de 1986 visant à soumettre le pouvoir d'investigation des enquêteurs à une autorisation préalable d'un magistrat de l'ordre judiciaire, l'administration compétente disposa de pouvoirs très larges qui, en application de l'ordonnance de 1945, lui permirent d'apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations litigieuses. De surcroît, les opérations litigieuses s'effectuèrent sans mandat préalable du juge judiciaire et hors la présence d'un officier de police judiciaire (*ibidem* mutatis mutandis respectivement p. 25 § 57, p. 63 § 40 et p. 90 § 38). Dans ces circonstances, à supposer que le droit d'ingérence puisse aller plus loin pour les locaux commerciaux d'une personne morale (voir mutatis mutandis arrêt *Niemets c. Allemagne*, précité p. 34, § 31), la Cour considère, eu égard aux modalités décrites plus haut, que les opérations litigieuses menées dans le domaine de la concurrence ne sauraient passer comme étroitement proportionnées aux buts légitimes recherchés (arrêts *Funke* p. 25, § 57, *Crémieux* p. 63, § 40 et *Mialhe* p. 90, § 38).

50. En conclusion, il y a eu violation de l'article 8."

Gelet op wat voorafgaat dient artikel 45, § 3, 2°, aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen.

13. Artikel 45, § 3, zesde en achtste lid, vermeldt in de mogelijkheid van inbeslagname. Met betrekking tot deze onderzoeksdaad dient te worden voorzien in de mogelijkheid van een rechterlijke controle, naar analogie van het bepaalde in artikel 28sexies van het Wetboek van Strafvordering.

14. In artikel 45, § 7, tweede lid, derde volzin, schrijve men in de Nederlandse tekst "beslissing" in plaats van "besluit".

15. Krachtens artikel 45, § 8, tweede lid, wordt het beroep tegen de beslissingen van de auditeurs inzake het vertrouwelijke karakter van de gegevens die hen tijdens de onderzoeksprocedure werden bezorgd, behandeld door een raadslid van de Raad voor de Mededinging, dat geen zitting zal houden in de kamer die de zaak behandelt. Vraag is of

die laatste regel, die lijkt te zijn ingegeven door het onpartijdigheidsbeginsel, in zijn absoluteheid dient te worden gehandhaafd nu de beslissing omtrent de vertrouwelijkheid van de bedoelde gegevens een ander voorwerp heeft dan de beslissing over de zaak zelve.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van artikel 49, § 2, derde lid, en van artikel 58, § 3, eerste lid.

Artikel 46

1. Men schrijve in de Nederlandse tekst van artikel 46, § 3, eerste volzin, "bedoeld in" in plaats van "waarvan sprake in".

2. In de tweede volzin van artikel 46, § 3, dient te worden verwezen naar "artikel 5, § 2, derde lid, 1° tot 3°, 5° en 7°" in plaats van naar "artikel 5, § 2, 1° tot 3°, 5° en 7°". Het is bovendien niet duidelijk waarom niet tevens wordt verwezen naar 8° van artikel 5, § 2, derde lid, van de wet tot bescherming van de economische mededinging (ontwerp 38.502/1).

Artikel 48

De vraag rijst of ook niet aan de ten aanzien van de betrokken sector bevoegde minister het recht moet worden toegekend om te verzoeken een sectoraal onderzoek in te stellen.

Artikel 49

1. Al kan een beperking van de toegang tot het dossier in bepaalde gevallen worden verantwoord omwille van het vertrouwelijke karakter van de erin opgenomen gegevens, toch rijst de vraag of artikel 49, § 2, tweede lid, niet te ver gaat door de erin vernoemde personen in beginsel geen toegang tot het dossier te verlenen, tenzij de bevoegde kamervoorzitter hierover anders beslist.

Vraag is of men die kamervoorzitter niet beter geval per geval laat oordelen omtrent de inzage in het dossier, zodat steeds een afweging kan worden gemaakt tussen de rechten van de betrokken procespartijen en de nood tot het bewaren van de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens. De door de gemachtigde aangewezen contactpersoon is het in dit verband eens met het volgende tekstvoorstel:

"De voorzitter van de kamer van de Raad die de zaak behandelt, beslist of de personen die een klacht hebben ingediend en alle andere natuurlijke of rechtspersonen die de Raad conform artikel 49, § 5, zal horen, toegang krijgen tot het dossier".

2. In het ontwerp zelf zouden termijnen kunnen worden bepaald waarbinnen de auditeur en de betrokken partijen hun opmerkingen en replieken dienen neer te leggen, eerder dan aan de betrokken kamervoorzitter de bevoegdheid te verlenen die termijnen te bepalen, zoals thans het geval is in artikel 49, § 3.

3. Het verdient aanbeveling te specificeren wie de "betrokken partijen" bedoeld in artikel 49, § 3, juist zijn. Volgens de door de gemachtigde aangewezen contactpersoon zou het gaan om de personen die inzage hebben gekregen in het dossier. Die beperking is evenwel niet aanvaardbaar omdat daardoor de uitoefening van het recht van de betrokkenen om hun standpunt voor de Raad voor de Mededinging uiteen te zetten, onmogelijk wordt gemaakt.

4. In artikel 49, § 3, eerste lid, schrijve men "met toepassing van §§ 1 en 2" in plaats van "bij toepassing van de vorige paragraaf".

5. Het is niet duidelijk wanneer de auditeur krachtens artikel 49, § 6, kan beslissen tot een aanpassing van de inhoud of de motivering van zijn verslag, na de zitting dan wel in elk stadium van de procedure. Die onduidelijkheid dient te worden verholpen. Ook de verwijzing in die bepaling naar paragraaf 4 moet worden verduidelijkt.

.../...

6. Krachtens artikel 49, § 7, stelt de Koning onder meer de regels vast voor de procedure voor de Raad voor de Mededinging. Die delegatie is te onbepaald en zou nader dienen te worden omschreven, waarbij ervoor moet worden gewaakt dat essentiële procedureregels in het ontwerp zelf worden vastgelegd.

Artikel 50

In de memorie van toelichting wordt artikel 50 van het ontwerp verantwoord door de harmonisering met het Europese Gemeenschapsrecht. In dit verband wordt verwezen naar de mededeling van de Europese Commissie betreffende de immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken en naar de gezamenlijke mededeling van de Raad voor de Mededinging en het korps verslaggevers betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken.

Er moet evenwel worden vastgesteld dat de zo-even vermelde mededelingen de gevallen waarin de clementieverklaring toepassing kan vinden, preciezer omschrijven. Vraag is of zulks ook niet zou dienen te gebeuren in het ontwerp.

Artikel 51

1. Ook de bij artikel 51 aan de Raad voor de Mededinging toegekende bevoegdheden inzake groepsvrijstellingen doen de vraag rijzen naar zijn verenigbaarheid met de aard van rechtscollège van de Raad, en kan problemen doen rijzen op het vlak van de onpartijdigheid, bijvoorbeeld wanneer de Koning een verzoek van de Raad om een groepsvrijstelling toe te kennen, zou afwijzen en daarna een overeenkomst, besluit of onderling afgestemde praktijk die ressorteert onder de categorie waarop het verzoek tot groepsvrijstelling betrekking had, ter beoordeling aan de Raad zou worden voorgelegd.

2. Onverminderd de vorige opmerking, moet er worden op gewezen dat het in artikel 51, § 1, tweede lid, van het ontwerp bedoelde voorstel lijkt te moeten uitgaan van het auditoraat als zodanig, en niet van een afzonderlijk optredende auditeur. Tevens moet worden verduidelijkt dat de Raad voor de Mededinging nog een appreciatiebevoegdheid bezit ten aanzien van het verzoek van de auditeur of het auditoraat.

Artikelen 52 en 53

In artikel 52 en in de inleidende zin van artikel 53 schrijve men "auditeur" in plaats van "auditeurs".

Artikel 54

Vraag is of het verenigbaar is met het jurisdictionele karakter van de Raad voor de Mededinging dat de Raad, vóór de eindbeslissing is gewezen, een voornemen bekend zou maken om de beëindiging van de inbreuk te gelasten en de toezeggingen die de betrokken ondernemingen ten gevolge daarvan doen, verbindend zou verklaren ²⁶. Artikel 54 dient dan ook te worden herwerkt.

Artikel 55

Het staat niet aan de Raad voor de Mededinging een zaak te "seponeren". Van zodra een zaak bij hem aanhangig is, dient die zaak met een eindbeslissing te worden afgehandeld.

Artikel 56

1. Krachtens artikel 28 is het de auditeur-generaal die de zaken verdeelt onder de leden van het auditoraat. In artikel 56, § 1, eerste volzin, dienen derhalve de woorden "het auditoraat" te worden vervangen door de woorden "de auditeur-generaal".

2. Gelet op de dwingende termijnen waarin het ontwerp voorziet voor de behandeling door de Raad voor de Mededinging van zaken in verband met concentraties, en op de termijn die in artikel 56, § 1, is bepaald voor de neerlegging van het verslag van de auditeur in die zaken, verdient het aanbeveling om in die bepaling te preciseren op welke wijze en binnen welke termijn de auditeur de bijkomende inlichtingen dient te vragen, alsmede binnen welke termijn die inlichtingen moeten worden verstrekt.

⁽²⁶⁾ In die zin ook C. SCHURMANS, *l.c.*, 94.

3. In artikel 56, § 3, dienen de woorden "namens de auditeur-generaal" te worden geschrapt en dient het woord "aangeduid" te worden vervangen door het woord "aangewezen".

Deze laatste opmerking geldt ook voor paragraaf 2.

4. In artikel 56, § 5, eerste lid, wordt ook gewag gemaakt van "zakengeheimen", terwijl op de meeste plaatsen in het ontwerp enkel melding wordt gemaakt van "vertrouwelijke gegevens". Teneinde interpretatiemoeilijkheden te vermijden, verdient het aanbeveling gebruik te maken van een uniforme terminologie, tenzij er redenen zouden zijn voor het specifieke gebruik van de term "zakengeheimen" in de vermelde bepaling, in welk geval daaromtrent in de memorie van toelichting best enige uitleg wordt verschaft.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van de artikelen 58, § 4, 68, tweede lid, en 69, § 2, zesde lid.

Artikel 58

1. In de Nederlandse tekst van artikel 58, § 2, eerste lid, schrijve men "zitting" in plaats van "hoorzitting".

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van het huidige artikel 59, § 4, en van artikel 60, § 6, derde lid.

In het tweede en derde lid is niet duidelijk wie met het woord "hij" bedoeld wordt.

2. In artikel 58, § 3, dienen het eerste en het tweede lid van plaats te worden verwisseld.

3. In het huidige artikel 58, § 3, eerste lid, vervange men de woorden ", zoals de auditeur conform" door de woorden "met toepassing van".

Artikel 59

1. De vraag rijst of het, teneinde het recht van verdediging van de betrokken onderneming daadwerkelijk te waarborgen, niet noodzakelijk is dat zij meer krijgt dan twee werkdagen, zoals thans bepaald is in het lid dat is toegevoegd aan artikel 59, § 2, eerste lid, 1°²⁷, of dat haar althans het recht wordt toegekend een verlenging van die termijn te vragen.

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 60, § 6, eerste lid, laatste volzin.

In de Franse tekst van 1° moet bovendien geschreven worden: "soit elle peut décider que le concentration est admissible". In 2° schrijve men "ne contrôlent ensemble ... marché pertinent pour ...".

2. In artikel 59, § 2, eerste lid, 3°, schrijve men duidelijkheidshalve "de procedure van bijkomend onderzoek bedoeld in artikel 60" in plaats van "de procedure bepaald in artikel 60".

3. De paragrafen 3 en 4 van artikel 59 worden beter van plaats verwisseld.

4. De mogelijkheid tot wijziging van de in artikel 60, § 6, bedoelde termijn wordt beter in artikel 60 zelf opgenomen. Artikel 59, § 3, tweede lid, 1°, kan overigens geen betrekking hebben op de termijn bedoeld in artikel 60, § 6, aangezien de aldaar bedoelde procedure niet begint te lopen vanaf de aanmelding, maar vanaf de beslissing bedoeld in artikel 59, § 2, eerste lid, 3°. Volgens de door de gemachtigde aangewezen contactpersoon worden wel degelijk de in de laatstgenoemde bepaling bedoelde natuurlijke of rechtspersonen beoogd.

⁽²⁷⁾ Wetgevingstechnisch en taalkundig mogen evenwel geen tussenzinnen of leden binnen een opsomming worden toegevoegd.

Artikel 60

1. In artikel 60, § 1, eerste lid, schrijve men "Indien de kamer van de Raad met toepassing van artikel 59, § 2, eerste lid, 3° ²⁸, beslist de procedure van bijkomend onderzoek in te zetten ...".

2. In artikel 60, § 2, eerste lid, wordt beter geschreven: "... na de beslissing bedoeld in § 1, eerste lid. Deze termijn wordt verlengd met het aantal werkdagen dat is verstreken tussen deze beslissing en de datum waarop de aanmeldende partijen de voorstellen inzake de verbintenissen bedoeld in § 1, tweede lid, hebben gedaan".

3. In artikel 60, § 2, zou een regeling moeten worden opgenomen betreffende de mededeling van het bijkomend verslag van de auditeur aan de partijen. Hierbij kan eventueel, zoals in artikel 60, § 4, worden verwezen naar artikel 56, § 5.

4. Het is niet geheel duidelijk wie in artikel 60, § 3, worden bedoeld met "de personen die overeenkomstig artikel 58, § 2, tussenkomen". Die laatste bepaling maakt immers niet uitdrukkelijk gewag van tussenkomende partijen. Volgens de door de gemachtigde aangewezen contactpersoon worden wel degelijk de in de laatstgenoemde bepaling bedoelde natuurlijke of rechtspersonen beoogd.

5. De schriftelijke opmerkingen van de aanmeldende partijen, bedoeld in artikel 60, § 4, dienen, om de tegensprekelijkheid te waarborgen, ook te worden medegedeeld aan de andere partijen.

6. Terwijl de aanmeldende partijen schriftelijk opmerkingen kunnen indienen op het aanvullend verslag van de auditeur, wordt die mogelijkheid ontzegd aan de tussenkomende partijen. Die regeling doet vragen rijzen vanuit het oogpunt van de beginselen van de tegenspraak en de wapengelijkheid tussen partijen, beginselen die

⁽²⁸⁾ En niet "2°".

essentiële aspecten vormen van het recht op een eerlijk proces, gewaarborgd bij o.m. artikel 6, § 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens ²⁹.

Artikel 61

Er wordt verwezen naar onderdeel 1 van de algemene opmerkingen, meer bepaald naar onderdeel 3.1.2 van advies 27.220/1 - 27.221/1 van 23 april 1998 dat in dat onderdeel wordt geciteerd.

Gelet op het fundamentele karakter van die opmerking, ziet de Raad van State, afdeling wetgeving, af van een nader onderzoek van artikel 61.

Artikel 62

1. Er dient in artikel 62, § 1, duidelijk te worden bepaald dat het verzoek om de toepassing van de vereenvoudigde procedure moet worden ingediend samen met de aanmelding bedoeld in artikel 10 (zie de artikelen 62, § 2, en 69, § 1).

2. Uit artikel 62, §§ 3 en 5, eerste lid, blijkt dat voor de toepassing van de vereenvoudigde procedure aan bepaalde voorwaarden moet zijn voldaan. In het ontwerp worden die voorwaarden evenwel niet omschreven, wat dient te worden verholpen ³⁰.

(29) Zie de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met de mogelijkheid voor partijen om te antwoorden op conclusies van onafhankelijke instanties zoals het openbaar ministerie bij een hof van cassatie of het auditoraat bij een administratief rechtscollege, besproken door o.m. P. LEMMENS, "De *amicus curiae* en het Europees Verdrag over de rechten van de mens", in *Amice curiae, quo vadis?* Het openbaar ministerie in privaatrechtelijke, administratieve en sociale zaken - Le ministère public en matière civile, commerciale, administrative et sociale, P. VAN ORSHOVEN en M. STORME, (ed.), Kluwer, Antwerpen, 2002, 19-38; adde, o.m., E.H.R.M., 26 februari 2002, Fretté t/ Frankrijk, nr. 36.515/97, CEDH, 2002-I).

(30) De delegatie in artikel 10, § 3, kan niet de omschrijving van de grondvoorwaarden voor het opzetten van de vereenvoudigde procedure omvatten.

3. De gelijkstelling met een onvolledige informatie in artikel 62, § 5, derde lid, lijkt niet correct nu een verzoek tot toepassing van de vereenvoudigde procedure niet noodzakelijk samenhangt met het onvolledig verstrekken van inlichtingen. In de plaats daarvan zou moeten worden bepaald dat de termijn waarbinnen de gewone procedure moet worden afgehandeld, begint te lopen vanaf de verzending van de brief van de auditeur, bedoeld in artikel 62, § 5, eerste lid.

Artikel 63

De vraag rijst of het geen aanbeveling zou verdienen om de onderscheiden stappen bij de behandeling van de verzoeken tot het opleggen van voorlopige maatregelen meer te koppelen aan termijnen. Thans is enkel in een termijn voorzien voor het instellen van het beroep tegen de sepotbeslissing van de met de zaak belaste auditeur (niet: "het auditoraat").

Hoofdstuk IV

Afdeling VIII

Er dienen nadere procedureregels te worden bepaald voor de gevallen waarin de Raad voor de Mededinging de in hoofdstuk IV, afdeling VIII, bedoelde geldboeten en dwangsommen beoogt op te leggen, waarbij acht dient te worden geslagen op de eerbiediging van het recht van verdediging.

Artikel 64

1. Uit artikel 64, letterlijk genomen, zou kunnen worden afgeleid dat de Raad voor de Mededinging ambtshalve de erin bepaalde dwangsommen kan opleggen. Zulks zou evenwel in strijd zijn met artikel 2 van de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, waaruit voortvloeit dat de verdragsluitende partijen geen bepalingen kunnen aannemen die strijdig zijn met de eenvormige wet. Nu krachtens artikel 1, eerste lid, van die wet de veroordeling tot een dwangsom slechts mogelijk is op vordering van één van de partijen, wordt zulks best in artikel 64 gespecificeerd.

2. Men schrijve in artikel 64, § 1 (lees: eerste lid): "Wanneer ze een beslissing bedoeld in artikel 53, 1°, neemt ..." in plaats van "In geval van toepassing van artikel 53, 1°, ...".

3. De verwijzingen in artikel 64, § 2 (lees: tweede lid), moeten nader worden gespecificeerd, nu die bepaling slechts toepasbaar is op een deel van de artikelen waarnaar wordt verwezen.

Artikel 66

1. Men schrijve in artikel 66, tweede lid, "Ze kan ... opleggen om het bevel bedoeld in artikel 60, § 7, te doen naleven" in plaats van "Hij kan ... opleggen in geval van toepassing van artikel 60, § 7".

2. Nog met betrekking tot dat lid wordt verwezen naar opmerking 1 bij artikel 64.

Artikel 67

Wellicht dient in artikel 67 te worden verwezen naar de in artikel 45, § 2, derde lid, bedoelde beslissing.

Artikel 68

1. In artikel 68, eerste lid, wordt beter naar artikel 49, § 5, derde lid, verwezen in plaats van naar artikel 49, § 2.

2. In artikel 68, tweede lid, zou moeten worden gespecificeerd wie oordeelt over het "rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet openbaar worden gemaakt".

Eenzelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 69, § 2, zesde lid.

Artikel 69

1. De vraag rijst of ook de beslissingen van het auditoraat bedoeld in artikel 46, § 2, en 62, § 3, niet dienen te worden bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

2. Het bepaalde in artikel 69, § 2, achtste lid, zou beter worden opgenomen in artikel 59, §§ 1, 1°, en 2, eerste lid, 3°.

3. In artikel 69, § 2, laatste lid, voege men de woorden "van het rechtscollege dat de beslissing heeft gewezen" in na de woorden "door de griffie".

Artikel 70

In artikel 70, § 1 (lees: eerste lid), schrijve men "de artikelen 81, lid 1, en 82" in plaats van "de artikelen 81, § 1 en 82".

Artikel 74

Duidelijkheidshalve wordt in artikel 74 beter bepaald welke beslissingen het voorwerp kunnen uitmaken van het erin bedoelde beroep. Overigens rijst de vraag of de in artikel 74 bedoelde beroepsmogelijkheid niet best beperkt blijft tot beslissingen van de sectorale regulatoren die mededingingsaspecten vertonen, enerzijds, gelet op de specialisatie van de Raad voor de Mededinging en, anderzijds, om een overbelasting van de Raad te voorkomen.

Artikel 75

1. Artikel 75, § 1, tweede lid, somt de elementen op die het verzoekschrift op straffe van niet ontvankelijkheid moet bevatten. Hierbij wordt zowel terminologisch als inhoudelijk ten dele afgeweken van het bepaalde in artikel 1034^{ter} van het Gerechtelijk Wetboek dat de gemeenrechtelijke regeling betreffende het "tegensprekelijke verzoekschrift"³¹ bevat. Voorts zijn er een aantal verschilpunten met gelijkaardige bepalingen uit andere wetten.

Omwille van de rechtszekerheid en om betwistingen betreffende de conformiteit van de onderscheiden regelingen met de grondwettelijke regel van de gelijkheid en de niet-discriminatie te vermijden, verdient het aanbeveling de afwijkingen op de gemeenrechtelijke regeling van het tegensprekelijke verzoekschrift te beperken tot wat de eigenheid van de betrokken procedures noodzakelijk maakt. Ook verschilpunten tussen de van artikel 1034^{ter} van het Gerechtelijk Wetboek afwijkende regelingen, die niet kunnen worden verantwoord door die eigenheid, worden best vermeden.

2. Zo de meeste van de in artikel 75, § 1, tweede lid, opgesomde vermeldingen effectief noodzakelijk zijn om een behoorlijk procesverloop te waarborgen en bijgevolg de sanctie van niet-ontvankelijkheid³² door het ontbreken van die vermeldingen verantwoord is, rijst de vraag of het in alle gevallen conform het evenredigheidsbeginsel is dat de sanctie ook geldt voor het niet-vermelden van de inventaris van de bewijsstukken en documenten.

Op dit vlak kan de vraag rijzen of het strenger maken van de gemeenrechtelijke regels die de genoemde bepaling inhoudt, wel in overeenstemming te brengen valt met de grondwettelijke regel van de gelijkheid en de niet-discriminatie.

⁽³¹⁾ Dit is een verzoekschrift dat leidt tot tegensprekelijke behandeling van de zaak.

⁽³²⁾ In het gemeenrecht gaat het evenwel om de nietigheidssanctie, waardoor de nietigheidsregeling van artikel 860 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing is.

3. In artikel 75, § 1, tweede lid, 2°, schrijve men "rechtsvorm" in plaats van "vorm".
4. In artikel 75, § 1, derde lid, wordt bepaald dat het verzoekschrift moet worden betekend aan "de partijen aan wie de aangevochten beslissing werd betekend zoals blijkt uit het verzoekschrift". In artikel 75, § 1, tweede lid, waarin de vermeldingen die het verzoekschrift moet bevatten worden opgesomd, wordt evenwel geen gewag gemaakt van dit gegeven³³.
5. In artikel 75, § 2, derde lid, zou de mogelijkheid om schriftelijke opmerkingen in te dienen ook moeten gelden voor de minister die bevoegd is ten aanzien van de betrokken sector.
6. De vraag rijst of de in artikel 75, § 4, tweede lid, bedoelde schorsingsmogelijkheid niet moet worden gekoppeld aan voorwaarden.
7. De in artikel 75, § 5, vervatte delegatie is te onbepaald en dient nader te worden omschreven, waarbij ervoor moet worden gewaakt dat essentiële procedureregels in het ontwerp zelf worden opgenomen.

Artikel 78

Artikel 78 heeft een gelijkaardige inhoud als artikel 37 en dient derhalve te vervallen.

⁽³³⁾ Vgl. art. 1034ter, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 79

In artikel 79, §§ 1 en 4, moet worden verwezen naar titel VI van boek IV van het Wetboek van Vennootschappen in plaats van naar titel II van dat wetboek.

Artikel 86

De regel dat "de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in rechtszaken (lees: gerechtszaken) (...) van toepassing (is) op de in (de) wet (die thans in ontwerpvorm voorligt) bepaalde procedures" is, gelet op de diversiteit van de regels die in die wet voorkomen, onwerkzaam en nefast voor de rechtszekerheid. In de plaats van die verwijzing dienen in het ontwerp zelf de regels te worden opgenomen die het taalgebruik in de bij de wet bedoelde procedures regelen. Minstens dient te worden gespecificeerd welke bepalingen uit de wet van 15 juni 1935 van toepassing zijn op die procedures.

Artikel 88

De vraag rijst waarom voor de huidige verslaggevers bij de Dienst voor de Mededinging wel in een overgangsregeling wordt voorzien - zij worden ambtshalve benoemd tot auditeur (artikel 89) -, maar niet voor de huidige leden van de Raad voor de Mededinging, wier mandaat niet wordt voortgezet.

Artikel 89

Vraag is of krachtens artikel 89, eerste lid, alle verslaggevers bij de Dienst voor de Mededinging worden benoemd tot auditeur, dan wel tot auditeur of adjunct-auditeur al naar gelang zij al dan niet zes jaar dienstanciënniteit tellen bij die dienst, wat zou kunnen worden afgeleid uit artikel 89, tweede lid.

Artikel 89, eerste lid, zal in voorkomend geval dienen te worden aangepast in het licht van de bedoeling van de stellers van het ontwerp.

Artikel 91

In artikel 91 dient te worden gerefereerd aan de wijzigende wetten of besluiten van de gecoördineerde wet van 1 juli 1999.

Artikel 92

De Koning kan steeds een wettelijke bepaling die wel reeds bestaat, maar nog niet in werking is getreden, uitvoeren, op voorwaarde dat het uitvoeringsbesluit niet eerder in werking treedt dan de uitgevoerde bepaling. Artikel 92, § 2, is in dat opzicht overbodig en kan vervallen. Uit de toelichting van de door de gemachtigde aangewezen contactpersoon blijkt evenwel dat het in de bedoeling ligt bepaalde artikelen van de wet die thans in ontwerpvorm voorligt, vervroegd in werking te laten treden, en niet enkel de erin vervatte delegatiebepalingen. Artikel 92, § 2 (lees: tweede lid), dient dan in die zin te worden aangepast.

Slotopmerkingen

1. De ontworpen tekst verdient een bijkomend nazicht op wetgevingstechnisch en taalkundig vlak.
2. Op wetgevingstechnisch vlak kan op het volgende worden gewezen:
 - een indeling in paragrafen is niet raadzaam wanneer elke paragraaf slechts uit één lid bestaat en die indeling niet kan bijdragen tot een meer duidelijke voorstelling van het ingedeelde artikel (artikelen 11, 37, 47, 64, 70, 71 en 92);
 - in de wetgevingstechniek worden in beginsel geen woorden als "moeten", "dienen te" of "is ertoe gehouden" gebruikt, aangezien de verplichting reeds voortvloeit uit de aard van de regelgeving (artikelen 10, § 1, eerste zin, 11, § 2, laatste volzin, 14, tweede lid, 19, § 2, tweede, vijfde en zesde lid, 45, §§ 4 en 6, tweede lid, 60, § 6, eerste lid, 62, § 6, 68, laatste lid, 79, §§ 1 en 2, tweede lid, en 84, tweede lid);

.../...

- onderverdelingen van een artikel worden aangegeven door de vermeldingen "1°", "2°", "3°", enzovoort, en, in geval van verdere indeling, door de vermeldingen "a)", "b)", "c)", enzovoort (artikelen 12, § 2, 79, § 3, en 88, tweede lid).

3. Op taalkundig vlak dienen in de Nederlandse tekst een aantal gallicismen te worden weggewerkt, zoals "gevat", "modaliteiten", "bij in Ministerraad overlegd besluit"³⁴, "in toepassing van", "aangeduid" (waar "aangewezen" wordt bedoeld), "binnen de (...) dagen" en "overgemaakt" (waar "bezorgd" wordt bedoeld).

⁽³⁴⁾ De correcte terminologie is "bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, J. SMETS,	staatsraden,
	G. SCHRANS, A. SPRUYT,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	toegevoegd griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 38.503/1

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre de l'Économie, le 31 mai 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé au 15 juillet 2005, sur un avant-projet de loi "sur la protection de la concurrence économique (matières visées à l'article 78 de la Constitution)", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 16 juin 2005, 23 juin 2005 et 5 juillet 2005, a donné, à cette dernière date, l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet ².

*

* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

L'avant-projet de loi soumis pour avis entend adapter la législation relative à la concurrence économique, entre autres à la lumière des modifications de la réglementation européenne en la matière sur laquelle s'aligne la réglementation interne. À cet effet, la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1^{er} juillet 1999, est abrogée et remplacée par une nouvelle réglementation.

Le projet contient des dispositions concernant les pratiques restrictives de concurrence (chapitre II, section première), les concentrations (chapitre II, section II), les organes de concurrence en droit interne (chapitre III), les procédures dont ces organes peuvent être saisis (chapitre IV) et concernant le recours contre les décisions des autorités sectorielles de régulation (chapitre V). Enfin, il contient également des dispositions pénales (chapitre VI), des dispositions diverses (chapitre VII) ainsi que des dispositions transitoires et des dispositions finales (chapitres VIII et IX).

⁽¹⁾ Dès lors qu'il s'agit d'un avant-projet de loi, il peut être admis que par fondement légal, on entend la conformité aux normes supérieures.

⁽²⁾ Ainsi, par exemple, il n'a pas été possible de vérifier la concordance entre le texte français et le texte néerlandais du projet.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'avis du Conseil de la concurrence et l'avis de la Commission de la concurrence ont été demandés en même temps que l'avis du Conseil d'État, section de législation. Dans l'hypothèse où l'avis de ces organes donnerait encore lieu à des modifications du texte dont le projet est à l'examen, ces modifications devront être soumises à l'avis du Conseil d'État, section de législation.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Dans son avis 27.220/1 - 27.221/1 du 23 avril 1998 sur deux avant-projets de loi "modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique", le Conseil d'État, section de législation, a formulé les observations suivantes:

"3. Quant au fond et à leur conception, les projets soulèvent un nombre d'objections et de problèmes fondamentaux.

3.1. En ce qui concerne la nature du contrôle des pratiques restrictives de concurrence et des concentrations.

3.1.1. (...) Cette législation (sur la protection de la concurrence économique) fait une distinction fondamentale entre le contrôle des concentrations, d'une part, et celui des pratiques restrictives de concurrence, d'autre part. Le premier type de contrôle est de nature préventive, étant donné qu'il vise à intervenir dans certains mécanismes avant que ceux-ci ne puissent affecter le marché. Il peut être admis que ce contrôle s'opère par la voie de procédures administratives, sans qu'il y ait à cet égard un débat contradictoire ou qu'une décision juridictionnelle soit prise, même si ces procédures administratives doivent néanmoins être soumises à un contrôle juridictionnel "a posteriori". Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence porte sur des mécanismes qui affectent réellement le marché et qui doivent donc faire l'objet de mesures répressives. En l'espèce, une intervention directe du juge ordinaire ou d'une juridiction spéciale offrira plus de garanties quant à la liberté d'appréciation et aux droits de la défense.

La législation belge sur la concurrence confie ces deux missions à une juridiction administrative, le Conseil, qui est appelé à statuer par une décision juridictionnelle sur les deux éléments du droit de la concurrence³. En ce qui concerne le contrôle des concentrations, il en résulte probablement un

(3) Voir l'article 16, alinéa 1^{er}, de la loi sur la concurrence qui porte ce qui suit: "Un Conseil de la concurrence est institué auprès du Ministère des Affaires économiques. Ce Conseil est une juridiction administrative qui a la compétence de décision, de proposition et d'avis que la présente loi lui confère". La disposition législative concernée n'est pas modifiée par les projets présentement examinés (note de bas de page extraite de l'avis 27.220/1 - 27.221/1).

alourdissement sans doute inutile de la procédure qui est donc, en partie, à l'origine des problèmes auxquels le Conseil a été confronté par le passé et auxquels les projets examinés semblent toutefois ne pas apporter de véritable solution.

L'intention des auteurs des projets est manifestement de dissocier quelque peu les deux éléments. De ce fait, il est prévu de pouvoir former un recours devant le ministre contre les décisions juridictionnelles visées du Conseil, à savoir celles concernant les concentrations (article 24 du projet I), et les recours relatifs aux autres décisions juridictionnelles du Conseil sont scindés en recours devant la Cour d'appel de Bruxelles, pour ce qui est des pratiques restrictives de concurrence, et recours devant le Conseil d'État, pour ce qui est des concentrations (article 4 du projet II).

3.1.2. L'organisation d'une procédure de recours devant le ministre en cas de refus de concentration ou d'autorisation de concentration assortie de conditions par le Conseil, afin d'encore autoriser la concentration pour des raisons d'intérêt général qui l'emportent sur le risque d'atteinte à la concurrence (article 34, § 1^{er}, en projet), se heurte à deux objections insurmontables. Tout d'abord, une décision juridictionnelle émanant d'une juridiction administrative, qui en tant que telle est revêtue de l'autorité de la chose jugée, se trouve ainsi privée de cette autorité. Par ailleurs, deux procédures - une procédure juridictionnelle et une procédure administrative, chacune avec ses spécificités - sont amalgamées. Quant à ce dernier point, il est permis de relever, par exemple, que les effets d'une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de chose jugée se différencient des effets d'un acte émanant d'une autorité administrative, qui n'a pas autorité de chose jugée.

3.1.3. (...)

3.1.4. Afin de parer aux objections précitées, le contrôle de la concentration pourrait être attribué à une autorité administrative (...) auquel cas il faudrait adapter l'article 16 de la loi sur la concurrence. À cet égard, on peut également prévoir une procédure dans laquelle les entreprises notifiantes disposent de certaines garanties telles que le droit d'être entendues. Les recours juridictionnels qui s'imposent peuvent alors être organisés contre la décision administrative qui est prise sur l'admissibilité de la concentration (...).

Les observations reproduites ci-dessus valent également dans une large mesure pour le présent projet.

2. Le projet conçoit le Conseil de la concurrence comme une juridiction, tant en ce qui concerne ses compétences en matière de pratiques restrictives de concurrence qu'en matière de concentrations. Toutefois, il attribue au Conseil un certain nombre de compétences inconciliables avec le caractère juridictionnel de ce dernier, qui entrent plutôt dans les compétences d'un organe de l'administration active. À l'occasion de l'examen des articles, on indiquera les dispositions du projet qui doivent être adaptées vu le choix qui a été fait de concevoir le Conseil de la concurrence comme une juridiction.

.../...

EXAMEN DU TEXTE

Présentation et contreseing

L'article 45, § 1^{er}, 3°, du projet, attribue une compétence au ministre qui a les classes moyennes dans ses attributions. Dès lors, le projet sera également présenté et contresigné par le Ministre des Classes moyennes ⁴.

Article 1^{er}

Selon l'article 1^{er} du projet, la loi dont le projet est à l'examen règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

Le projet prévoit toutefois la création du Conseil de la concurrence, qui est conçu comme une juridiction administrative. En vertu de l'article 77, alinéa 1^{er}, 3°, de la Constitution, la Chambre des représentants et le Sénat sont compétents sur un pied d'égalité en ce qui concerne, notamment, les lois visées à l'article 146 de la Constitution. Dès lors que la création de juridictions administratives trouve son fondement légal dans cet article de la Constitution ⁵, les dispositions qui règlent l'organisation et la compétence de ces juridictions, doivent être traitées selon la procédure bicamérale parfaite ⁶.

En outre, l'article 42 attribue une nouvelle compétence à la Cour de cassation, ce qui, en vertu de l'article 77, alinéa 1^{er}, 9°, de la Constitution, constitue

(4) Le projet contient également une disposition (article 42) attribuant une nouvelle compétence à la Cour de cassation, de sorte que le Ministre de la Justice devrait aussi être associé au projet. Il ressort toutefois de l'observation concernant l'article 1^{er} qu'il faut faire figurer l'article 42 précité dans le projet 38.502/1, sur lequel le Conseil d'État, section de législation, émet ce jour également un avis.

(5) Cour d'arbitrage, n° 25/97, 30 avril 1997, B.4.

(6) Voir l'avis 28.790/1 du 4 février 1999 sur "trois séries d'amendements sur une proposition de loi modifiant le Code judiciaire et la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique et une proposition de loi insérant un article 309bis dans le Code judiciaire et modifiant l'article 20 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique", *Doc. parl.*, Sénat, 1998-99, n° 1-614/12.

également une matière bicamérale ⁷. Dès lors, on fera figurer les dispositions concernées du projet dans le projet 38.502/1 sur lequel le Conseil d'État, section de législation, émet également ce jour un avis.

Article 2

En vertu de l'article 35 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, les États membres désignent l'autorité ou les autorités de concurrence compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité.

L'article 2, 4°, pourvoit à l'exécution de cette disposition réglementaire uniquement au moyen d'une définition. Il serait toutefois préférable et plus clair de procéder à cette désignation dans une disposition spécifique du projet, comme le fait d'ailleurs actuellement l'article 1^{er}*bis* de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999. En outre, on précisera la compétence des différentes autorités de concurrence au regard de l'application du droit européen de la concurrence ⁸.

Article 3

1. L'article 3 du projet, qui contient une règle de concurrence nationale, s'inspire de l'article 81 du traité CE, mais comporte un motif de dispense supplémentaire en dispensant également les pratiques "qui permettent aux petites et moyennes entreprises d'affermir leur position concurrentielle sur le marché concerné ou sur le marché international" (article 3, § 3, 3°).

(7) Voir notamment les avis 24.111/A.G.-A.V./2/V et 24.594/A.G.-A.V./2/V des 10 et 18 octobre 1995, *Doc. parl.*, Chambre, 1995-96, n° 364/1; 24.615/A.G.-A.V./2 des 10 et 23 octobre 1995, *Doc. parl.*, Chambre, 1995-96, n° 329/1; 24.713/2 du 9 novembre 1995, *Doc. parl.*, Chambre, 1995-96, n° 287/1; 28.790/1 du 4 février 1999, *Doc. parl.*, Sénat, 1998-99, n° 1-614/12; 29.864/1 du 9 mars 2000, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 670/1; 30.265/1 du 14 juin 2000, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 756/1.

(8) Voir également en ce sens C. SCHURMANS, "Le rôle du juge dans la mise en oeuvre du droit européen de la concurrence", dans *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, P. NIHOUL, (éd.), Bruxelles-Louvain-la-Neuve, 2004, (89), 91.

La question se pose de savoir si, dans la mesure où elle concerne également le renforcement de la position concurrentielle sur le marché international, cette règle est conciliable avec l'article 81 du traité CE, dès lors que le renforcement de la position concurrentielle internationale touche, par définition, les échanges intracommunautaires et que la règle peut difficilement être considérée comme une simple règle de concurrence nationale.

2. Il n'est pas totalement exclu que, bien qu'elle soit limitée au marché belge, une pratique restrictive de concurrence ait néanmoins une incidence sur les échanges intracommunautaires. Pour ce motif, on pourrait envisager de compléter la phrase introductive de l'article 3 par les mots "et qui sont sans incidence sur les échanges intracommunautaires".

3. Sans préjudice de l'observation 1, il est à noter que la notion de "petite et moyenne entreprise" n'a pas de signification bien définie dans la réglementation interne et qu'elle nécessite par conséquent des éclaircissements.

Article 6

1. Dès lors qu'il prévoit des exceptions à l'interdiction contenue à l'article 3, il serait préférable d'intégrer l'article 6 à l'article 3.

2. L'article 6, alinéa 1^{er}, fera référence à l'"article 81, paragraphe 3," du traité CE au lieu de l'"article 81, § 3," de ce traité.

Article 7

1. Dans la phrase introductive de l'article 7, § 5, on écrira: "Il n'y a pas de concentration au sens du § 1^{er}:".

.../...

2. L'article 7, § 5, 2°, fait mention de l'acquisition du contrôle "par un mandataire judiciaire ou public, en vertu d'une décision judiciaire ou d'une autre procédure de liquidation forcée", alors qu'à l'article 3, paragraphe 5, b), du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), il est question de contrôle "par une personne mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un État membre relative à la liquidation, à la faillite, à l'insolvabilité, à la cessation de paiement, au concordat ou à une autre procédure analogue".

Il serait préférable d'apporter quelques éclaircissements dans l'exposé des motifs au sujet de la terminologie utilisée à l'article 7, § 5, 2°.

Articles 8, 9 et 11

1. L'article 8, § 1^{er}, ne précise pas quelles concentrations requièrent l'approbation du Conseil de la concurrence. Elles peuvent uniquement se déduire des articles 9 et 11 du projet. Il est recommandé de définir le champ d'application des règles en matière de concentrations dans un seul et même article qui, en toute logique, précédera les dispositions de l'article 8 actuel.

2. En ce qui concerne l'article 8, § 6, on se reportera au point 1 des observations générales, notamment au point 3.1.2 de l'avis 27.220/1 - 27.221/1 du 23 avril 1998 qui y est cité.

3. Dans le texte néerlandais de l'article 9, § 2, on écrira "vastgesteld" au lieu de "vastgelegd".

Article 10

1. Les modalités de la notification simplifiée doivent être fixées par le Roi et non par le Conseil de la concurrence, ainsi que l'énonce à présent l'article 10, § 3.

2. À l'article 10, § 5, on écrira chaque fois "instruments financiers" à la place de "titres".

3. À l'article 10, § 6, alinéa 1^{er}, on précisera le point de départ du délai visé de deux semaines. En outre, on écrira dans le texte néerlandais de la même disposition "beslissing" au lieu de "besluitvorming".

Article 12

La question se pose de savoir si la compétence d'"établir des communications" relatives à l'application de la loi sur la concurrence, que l'article 12, § 3, attribue au Conseil de la concurrence, dont le statut est au demeurant imprécis, est bien conciliable avec le fait que ce Conseil est une juridiction. En effet, ces "communications" pourraient contenir des positions concernant des points de droit qui pourraient être soulevés ultérieurement dans le cadre d'un litige dont le Conseil serait saisi.

Article 13

En ce qui concerne la possibilité d'augmentation du nombre de conseillers au Conseil de la concurrence, visée à l'article 13, § 2 (lire: alinéa 2), il y aurait lieu de préciser, éventuellement dans l'exposé des motifs, si cette augmentation peut également concerner les conseillers à temps plein.

En outre, s'il s'agit effectivement d'y subordonner la possibilité d'augmentation, on inscrira expressément dans cette disposition la restriction que l'exposé des motifs apporte au pouvoir du Roi, à savoir que le nombre de conseillers ne peut être augmenté que "dans la perspective (...) de gérer les compétences nouvelles qui échoiront au Conseil dans le cadre des recours dirigés contre les décisions des régulateurs sectoriels".

Article 14

1. L'inversion des fonctions entre le président et le vice-président du Conseil de la concurrence est insolite. La question se pose de savoir s'il ne serait pas préférable de choisir un système de double présidence, comme c'est le cas actuellement à la Cour d'arbitrage ⁹.

2. Dans l'exposé des motifs, on requiert du président et du vice-président qu'ils possèdent une connaissance active du néerlandais, du français et de l'anglais, des présidents de chambre qu'ils soient capables de "mener une réunion" en néerlandais et en français et qu'ils possèdent une connaissance fonctionnelle de l'anglais, et des autres membres qu'ils aient une connaissance passive des deux langues qui ne sont pas leur langue maternelle (anglais et néerlandais ou français). En outre, il ressort de l'exposé des motifs que les compétences linguistiques sont testées lors de l'examen d'aptitude auquel le candidat doit avoir été reçu. D'autre part, le même exposé des motifs fait référence au régime actuel pour le président et le vice-président, qui requiert qu'ils prouvent tous les deux la maîtrise de la langue française ou néerlandaise, selon le cas. Dans cette optique, l'article 14, alinéa 2, requiert uniquement du président et du vice-président qu'ils justifient de leur connaissance de la langue néerlandaise et de la langue française.

Il y a lieu de clarifier le point de savoir s'il faut que les membres du Conseil de la concurrence justifient ou non de leurs connaissances linguistiques. Si on souhaite que tous les membres justifient de la connaissance d'une ou de plusieurs langues, il faut l'énoncer expressément dans le texte du projet ¹⁰. On précisera également le niveau de connaissances linguistiques requis, ainsi que les modalités suivant lesquelles la justification peut en être apportée.

⁽⁹⁾ Voir l'article 54 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

⁽¹⁰⁾ À cet égard, on peut faire observer que les membres de l'auditorat doivent pour leur part justifier d'une connaissance fonctionnelle du néerlandais, du français et de l'anglais (article 26, alinéa 4, du projet). Au demeurant, la connaissance de l'anglais paraît être une condition essentielle pour pouvoir exercer adéquatement la fonction, vu la nature des matières à traiter.

Article 15

1. La question se pose de savoir s'il faut encore soumettre la nomination de conseiller au Conseil de la concurrence à d'autres conditions que celle seulement d'être titulaire d'un diplôme de docteur, de licencié ou de master ¹¹.

En outre on peut se demander pourquoi, contrairement à ce qui est actuellement prévu (article 17, § 1^{er}, de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999), un certain nombre de places de conseiller ne sont pas réservées à des magistrats expérimentés. Compte tenu de la nature juridictionnelle du Conseil de la concurrence et de l'importance des décisions prises par celui-ci, la présence de membres ayant l'expérience du contentieux paraît indispensable.

Pour permettre la nomination de magistrats au Conseil de la concurrence, le projet doit en tout cas prévoir expressément cette possibilité. En vertu de l'article 323bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, première phrase, du Code judiciaire, un membre de la magistrature ne peut en effet être chargé d'une mission que dans les cas prévus par la loi.

2. Considérant qu'en vertu de la législation communautaire, les anciens grades de licencié et de docteur sans thèse sont rendus équivalents au grade de master, à l'article 15, les mots "de docteur, de licencié ou" peuvent être omis. Si cette observation n'est pas suivie, il faudra alors compléter l'article 15 par une mention d'autres grades académiques encore, tels ceux d'ingénieur commercial ou d'ingénieur.

Une même observation vaut pour les articles 26, alinéas 4 et 6, et 33, alinéa 1^{er}.

⁽¹¹⁾ En outre, on n'aperçoit pas pourquoi seuls les membres de l'auditorat doivent être titulaires d'un diplôme dans les spécialités droit ou économie, et pas les conseillers, alors que la mission spécifique du Conseil de la concurrence requiert précisément des compétences dans ces domaines.

Article 16

1. À l'article 16, alinéa 2, on écrira "leur diplôme" au lieu de "le diplôme" et on omettra les mots "de master".
2. À l'article 16, alinéa 3, il y a également lieu de préciser de quelle manière le membre concerné doit apporter la preuve de sa connaissance fonctionnelle de la langue allemande.
3. Dans un souci de clarté, à l'article 16, alinéa 4, on ajoutera les mots "d'une même discipline". Si cette observation est suivie, le mot "même" doit être supprimé devant le mot "diplôme".

Article 17

1. Dès lors qu'il s'agit d'un élément essentiel de la réglementation, il ne peut être laissé au soin du Roi de fixer les conditions d'admission à l'examen visé à l'article 17. La délégation au Roi ne serait admissible que s'il s'agissait de fixer le programme de l'examen. L'article 17 devrait alors être précisé en ce sens.
2. La question se pose de savoir si l'examen d'aptitude professionnelle ne doit pas également porter sur les capacités requises pour exercer la fonction de président ou de vice-président, dès lors que ces capacités diffèrent en partie de celles requises pour exercer la fonction de conseiller.

Article 18

1. À l'article 18, 1°, on écrira "égal à" au lieu de "équivalent à".

2. Par analogie avec l'article 17, § 5, de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999, il y a lieu de préciser que le traitement attribué comprend également les augmentations et avantages afférents au traitement de référence.

3. En vertu de l'article 18, 3°, les conseillers qui n'exercent pas leur mandat à temps plein, perçoivent un traitement équivalent à celui visé au point 2 (lire: 2°) "au prorata des prestations effectuées". On peut s'interroger sur l'applicabilité pratique de ce dernier critère.

4. À l'article 18, 3°, on remplacera systématiquement "point 2" par "2°".

Article 19

1. Dans le texte néerlandais de l'article 19, § 2, alinéa 6, première phrase, il y a lieu d'écrire "het betrokken raadslid" au lieu de "de betrokken rechter".

2. À l'article 19, § 2, alinéa 6, il faut préciser que la chambre est complétée par un conseiller qui n'en faisait pas partie auparavant, afin d'éviter que la chambre soit seulement composée de deux conseillers. Il faut y prévoir l'alternative selon laquelle l'assemblée générale du Conseil de la concurrence statue sur la récusation, comme c'est actuellement prévu à l'article 18, § 3, de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999 ou encore qu'il appartienne à la cour d'appel de Bruxelles de le faire.

3. L'article 19, § 3, 2°, doit être étendu à toutes les hypothèses dans lesquelles un membre démissionne ou doit démissionner en raison d'une incompatibilité.

Article 20

1. Dans le texte néerlandais de l'article 20, alinéa 1^{er}, mieux vaudrait écrire "ingedeeld" au lieu de "opgesplitst".

.../...

2. Il faut préciser si les présidents de chambre sont choisis en cette qualité pour toute la durée du mandat ou pas.

Article 21

1. L'article 21 contient une disposition de procédure qui n'a pas sa place dans le chapitre III du projet concernant l'organisation du Conseil de la concurrence, mais bien dans le chapitre IV concernant la procédure devant le Conseil qui, en outre, contient déjà des dispositions relatives à l'audition des parties ou d'autres personnes (articles 49, § 5, 58, § 2, et 60, § 5).

2. Sans préjudice de l'observation 1, on écrira, dans le texte néerlandais de l'article 21 "raadsman" au lieu de "raadgever".

Article 22

On n'aperçoit pas la portée de l'article 22. Si on entend faire référence aux réunions avec d'autres autorités nationales de la concurrence, il faut souligner que ces autorités ne sont pas nécessairement des organes juridictionnels.

Article 23

1. Dans le texte néerlandais de l'article 23, alinéa 1^{er} ¹², il y a lieu, sur l'exemple du texte français, d'insérer les mots ", bij gelijke anciënniteit" avant les mots "de oudste in jaren". Dans le texte français, on écrira en outre "à égalité d'ancienneté" au lieu de "à l'égalité d'ancienneté".

2. Dans un souci de clarté, on ajoutera à l'article 23, alinéa 3, les mots "de l'assemblée" après le mot "président". Par ailleurs, il suffit d'écrire dans le texte français "En cas de partage des voix".

⁽¹²⁾ La division en alinéas doit être opérée d'une manière plus claire dans le texte néerlandais, en laissant un espace entre les différents alinéas.

Article 24

On peut se demander s'il est nécessaire d'imposer au président d'attribuer préalablement l'affaire à une chambre en vue de prendre l'avis du président de chambre concerné avant de l'autoriser à renvoyer l'affaire à l'assemblée générale.

Article 25

1. L'on n'aperçoit pas si l'obligation d'établir un rapport annuel, actuellement imposée au Conseil de la concurrence par l'article 19, § 5, de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999, a délibérément été omise du projet. Le cas échéant, cette obligation doit être inscrite à l'article 25 du projet.

2. Dans le texte néerlandais de l'article 25, on écrira "huishoudelijk reglement" au lieu de "reglement van inwendige orde".

Article 26

1. Le projet doit prévoir un nombre déterminé de membres de l'auditorat qui peut ultérieurement être augmenté par le Roi à qui le pouvoir ainsi conféré peut, le cas échéant, être subordonné à la présence de circonstances particulières.

2. L'observation 1 relative à l'article 17 est applicable *mutatis mutandis* à l'article 26, alinéa 3.

Article 27

On ne distingue pas si l'article 27, alinéa 2, vise à instaurer une carrière plane pour les auditeurs adjoints concernés. Si telle est l'intention, mieux vaudrait aligner la rédaction de cette disposition sur celle de l'article 71, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Article 30

1. Dans la phrase introductive de l'article 30, il y a lieu de supprimer le mot "notamment".
2. L'article 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, donne aux membres de l'auditorat du Conseil de la concurrence la compétence de "veiller à l'exécution des décisions intervenues". Il résulte de l'exposé des motifs qu'on entend par "décisions intervenues" les décisions du Conseil de la concurrence, ce qu'il y a lieu de préciser dans le texte de la disposition citée. En outre, le projet doit être complété par des dispositions décrivant le contenu de la compétence en question.
3. À l'article 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, on écrira "à l'article 45, § 3, alinéa 8" au lieu de "à l'article 45".
4. À l'article 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4°, conformément à la terminologie utilisée dans le projet, on écrira "déposer" au lieu de "présenter".
5. Vu qu'outre les paragraphes 3 et 5 de l'article 62, d'autres subdivisions de celui-ci décrivent également la tâche des membres de l'auditorat dans le cadre de la procédure simplifiée en cas de concentrations, l'article 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 8°, du projet, doit faire référence à l'article 62 dans son ensemble et pas seulement à l'article 62, §§ 3, et 5.
6. En vertu de l'article 30, § 1^{er}, alinéa 2, l'auditeur général au Conseil de la concurrence préside les réunions de l'auditorat, à l'exception des réunions "qui ont pour objet la détermination des priorités de la politique de mise en oeuvre de la loi et la fixation de l'ordre de traitement des dossiers introduits en vertu de l'article 45 (lire: 45, § 1^{er})", qui sont présidées par le fonctionnaire dirigeant du Service de la concurrence. Le Conseil d'État, section de législation, se demande pourquoi les réunions de cet auditorat, qui forme un corps appartenant à un organe juridictionnel, seront présidées par un fonctionnaire et

.../...

ce qu'impliquera précisément cette présidence. Cela semble d'autant moins se justifier que les réunions visées concernent des aspects essentiels de la politique juridictionnelle en matière de concurrence.

7. Il serait préférable d'incorporer l'article 30, § 2, alinéa 2, sous la forme d'un deuxième alinéa à l'article 28.

8. À l'article 30, §§ 2, alinéa 2, et 3, alinéa 1^{er}, mieux vaudrait faire référence à l'article "45, § 1^{er}," qu'à l'article 45 dans son ensemble.

Article 31

Un article réglant les modalités de la récusation des membres de l'auditorat doit être inscrit à la suite de l'article 31.

Article 32

La description des tâches du greffe à l'article 32 - assurer le secrétariat du Conseil de la concurrence - est trop étroite dès lors que le greffe va, naturellement, jouer un rôle en relation avec les fonctions juridictionnelles du Conseil.

Article 33

1. La délégation conférée au Roi par l'article 33, alinéa 2, en vue de déterminer le statut du greffier et du greffier adjoint du Conseil de la concurrence est trop large. Les éléments essentiels de ce statut devraient être fixés par la loi.

2. À la suite de l'article 33, il y aurait lieu d'insérer une sous-section VI comportant des dispositions concernant le statut du personnel administratif assistant les différentes branches du Conseil de la concurrence.

.../...

Article 34

La description de la tâche du Service de la concurrence, visée à l'article 34, 1°, est énoncée d'une manière trop limitative au vu des missions confiées au Service de la concurrence ou aux membres de son personnel tout au long du projet.

Article 35

Mieux vaudrait omettre l'actuel article 35 qui est une disposition inutile. En outre, on n'aperçoit pas à quoi se réfèrent précisément les mots "du présent texte". S'agit-il d'une référence à l'article 34 ou à l'ensemble de la loi ?

Article 36

1. À l'article 36, alinéa 1^{er}, il y également lieu de faire état du personnel administratif des différentes branches du Conseil de la concurrence et, dans un souci de clarté, des membres du personnel du Service de la concurrence.

Dans cette même disposition, il y a lieu de faire référence à l'article 82 et non à l'article 80.

2. À l'article 36, alinéa 3, on écrira d'une manière plus usuelle "y compris le Chapitre VII et l'article 85" au lieu de "sans exception du Chapitre VII et de l'article 85". En outre, dans le texte néerlandais de cette disposition, on écrira "Boek I" au lieu de "eerste boek".

Articles 37 et 38

1. La corrélation entre les dispositions des articles 37 et 38 et celles de l'article 36 n'est pas claire. On peut notamment se demander si les premiers articles cités

se bornent à expliciter le secret professionnel, auquel cas il vaudrait mieux fusionner les articles 36, 37 et 38 ¹³.

2. Sans préjudice de l'observation précédente, dans le texte néerlandais de l'article 37, § 2 (lire: alinéa 2), première phrase, on écrira "die omwille van hun aard" au lieu de "die van nature".

3. Pour l'article 38, alinéa 2, il est, subsidiairement, renvoyé à l'observation 2 relative à l'article 36.

Articles 39 à 41

1. En vertu de l'article 39, alinéa 1^{er}, les conseillers à temps plein ne peuvent exercer aucune autre activité professionnelle. L'article 40, qui s'applique aux membres de l'auditorat, reproduit à peu de chose près la règle applicable, notamment, aux magistrats de la Cour d'arbitrage (article 44 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage), de l'ordre judiciaire (article 293 du C. jud.) et du Conseil d'État (article 107 des lois coordonnées sur le Conseil d'État) et qui gouverne notamment aussi l'exercice de fonctions politiques, électives ou non.

Dès lors, le régime des incompatibilités applicable aux conseillers à plein temps du Conseil de la concurrence déroge à celui applicable aux autres magistrats. À cet égard, l'exposé des motifs souligne qu'ainsi "un régime d'incompatibilité stricte est établi de manière à garantir l'indépendance maximale des conseillers et éviter tout risque de conflit d'intérêts". Le régime d'incompatibilités applicable aux conseillers du Conseil de la concurrence est cependant, dans une certaine mesure, moins strict, en ce qu'il n'exclut pas d'une manière absolue l'exercice d'un mandat ou d'une fonction politiques par les conseillers, ce qui ne correspond vraisemblablement pas à l'intention des auteurs du projet ¹⁴. Dès lors que la différence de traitement ainsi instaurée est également difficile à concilier avec la règle constitutionnelle d'égalité et de non-discrimination, l'article 39, alinéa 1^{er}, du projet devra faire l'objet d'un nouvel examen.

(13) À défaut, il faudra en tout cas fusionner les articles 37 et 38.

(14) L'article 19, § 3, 2°, plaide en tout cas en ce sens.

2. En vertu des articles 39, alinéa 2, 3°, et 40, alinéa 2, 3°, il peut être dérogé à la règle d'incompatibilité énoncée aux articles 39, alinéa 1^{er}, et 40, alinéa 1^{er}, lorsqu'il s'agit de la participation à une commission, à un conseil ou à un comité d'avis, pour autant qu'il s'agisse de charges ou de fonctions non rémunérées. Il s'agit d'une dérogation aux régimes applicables aux magistrats de la Cour d'arbitrage, de l'ordre judiciaire et du Conseil d'État, où ces charges et fonctions peuvent-elles être rémunérées, à concurrence de maximum un dixième du traitement brut annuel de la fonction principale exercée dans la juridiction concernée. Le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit pas comment pourrait se justifier cette différence de traitement. Sauf à considérer qu'une telle justification puisse néanmoins être apportée, la disposition en projet doit être alignée sur le régime applicable aux autres magistrats.

3. Bien qu'il découle de la nature même de leur fonction que les conseillers à temps partiel du Conseil de la concurrence ne peuvent-être soumis aux mêmes incompatibilités que les conseillers à plein temps, il y a lieu, en vue de garantir leur indépendance et leur impartialité, d'élaborer un régime d'incompatibilité adapté à leur situation, ce que le projet ne fait que très partiellement à présent ¹⁵.

4. Le texte néerlandais des articles 39, alinéa 2, 40 et 41 diffère sur différents points des dispositions similaires de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, du Code judiciaire ou des lois coordonnées sur le Conseil d'État. La clarté et la sécurité juridique commanderaient d'utiliser une terminologie identique à celle des textes précités.

5. Le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit pas pourquoi les dérogations aux règles d'incompatibilité sont, à l'égard des membres de l'auditorat, accordées par l'assemblée générale du Conseil de la concurrence (article 40, dernier alinéa, du projet), alors que dans tous les autres systèmes d'incompatibilité applicables aux magistrats, ces dérogations sont accordées par le Roi ou, à tout le moins, par le ministre compétent.

(15) Seule l'incompatibilité énoncée à l'article 41, alinéa 1^{er}, leur est également applicable.

6. Dans le texte néerlandais de l'article 41, alinéa 2, 2°, on écrira "het bestuur" au lieu de "de administratie".

7. Il faut également prévoir un régime d'incompatibilité pour les membres du personnel administratif du Conseil de la concurrence, par analogie avec, par exemple, l'article 48 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

Article 42

1. Bien que l'article 42 soit inspiré de l'article 115 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il faut cependant constater que seules des sanctions disciplinaires graves sont prévues et, partant, que la possibilité d'infliger des sanctions disciplinaires plus légères est exclue et encore qu'aucun autre aspect du statut disciplinaire n'est réglé.

Aucune disposition non plus ne règle le statut disciplinaire des greffiers et des membres du personnel administratif.

2. Le projet 38.502/1, dans lequel l'article 42 doit être incorporé (voir l'observation formulée à propos de l'article 1^{er}) devra, en outre, être complété par une disposition inscrivant dans l'article 615 du Code judiciaire la compétence attribuée à la Cour de cassation par l'actuel article 42.

Article 43

En vertu de l'article 21, alinéa 1^{er}, actuellement en vigueur, de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999, la Commission de la concurrence est une commission paritaire. Cette qualification n'apparaît plus à l'article 43 du projet. La question est de savoir si telle est l'intention des auteurs du projet ou s'il s'agit d'un oubli.

Article 45

1. Compte tenu de sa longueur et de la diversité des matières qui y sont réglées, mieux vaudrait scinder l'article 45 du projet en différents articles.

2. Dès lors que le Conseil de la concurrence est conçu comme une juridiction, il n'est pas possible de donner à son président un pouvoir de saisine lorsqu'il existe des indices sérieux d'une infraction sur laquelle le Conseil de la concurrence sera appelé à statuer. À l'article 45, § 1^{er}, 2°, on omettra, dès lors, les mots "ou du président du Conseil".

3. L'article 45, § 1^{er}, 4°, devra se référer à l'article 51 au lieu de l'article 3, § 3. De manière plus fondamentale, on se reportera à l'observation formulée à propos de l'article 51.

4. À l'article 45, § 1^{er}, 5°, on remplacera les mots "Cour d'appel de Bruxelles" par les mots "Cour de cassation".

5. Dans l'article 45, § 1^{er}, on insérera un 6° qui mentionne la demande de la Cour d'appel de Bruxelles visée à l'article 5, § 2, alinéa 8, du projet 38.502/1.

6. Mieux vaudrait fusionner les alinéas 3 et 4 de l'article 45, § 2, en un seul alinéa. En outre, il va de soi que la première demande de renseignements doit déjà préciser la nature de ceux-ci et l'article 45, § 2, alinéa 2, comporte déjà une obligation de motivation formelle. Il serait préférable d'écrire: "... l'auditorat renouvelle sa demande de renseignements et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis. Lorsque la décision ...".

7. Les pouvoirs visés à l'article 45, § 3, ne sont pas uniquement conférés aux membres de l'auditorat du Conseil de la concurrence mais également "aux" fonctionnaires du Service de la concurrence. Sans doute l'intention n'est-elle pas d'attribuer ces pouvoirs à tous les fonctionnaires de ce service. Le projet devra donc préciser de quels fonctionnaires il s'agit ou accorder au Roi une délégation à cet effet.

8. En vertu de l'article 45, § 3, alinéa 1^{er}, les auditeurs et les fonctionnaires du Service de la concurrence sont compétents "sans préjudice des pouvoirs des officiers de police judiciaire" pour rechercher les infractions à la présente loi et les constater par des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire. Selon l'article 45, § 3, alinéa 3, ils

sont soumis, dans l'exercice des missions qui leur sont confiées, à la surveillance du procureur général. Le texte laisse ainsi entendre que les auditeurs et les fonctionnaires du Service de la concurrence sont investis du pouvoir de rechercher des infractions. Or, le projet ne comporte que peu de sanctions pénales et celles qu'il prévoit ne portent, en outre, que sur le secret professionnel ou le caractère confidentiel des renseignements obtenus. Or, il ressort des autres dispositions de l'article 45, § 3, que les compétences attribuées aux membres de l'auditorat et aux fonctionnaires du Service de la concurrence ont une autre portée. Vue sous cet angle, la surveillance que les procureurs généraux exercent sur l'exécution des missions (d'instruction) confiées aux auditeurs et aux fonctionnaires visés apparaît surprenante dès lors que cette surveillance ne peut normalement porter que sur des missions exécutées dans le cadre de la constatation et de la recherche d'infractions ou dans celui d'une instruction pénale. Par ailleurs, la référence aux pouvoirs des officiers de police judiciaire donne à penser, à tort, que les compétences visées doivent s'inscrire dans un contexte pénal.

Il y aura donc lieu de remanier l'article 45, § 3, alinéa 1^{er}.

9. En vertu de l'article 45, § 3, alinéa 1^{er}, les procès-verbaux dressés par les membres de l'auditorat et par les fonctionnaires du Service de la concurrence font foi jusqu'à preuve du contraire. Bien que ces procès-verbaux ne seront généralement pas des procès-verbaux au sens du droit pénal, il doit néanmoins exister une justification au renversement du fardeau de la preuve qu'implique cette disposition. Mieux vaudrait que l'exposé des motifs fasse état de cette justification.

10. En vertu de la deuxième phrase de l'article 45, § 3, alinéa 1^{er}, les auditeurs peuvent "avoir recours aux fonctionnaires de la Direction générale du Contrôle et de la Médiation du Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie". On n'aperçoit pas la portée de cette disposition. Ces fonctionnaires ne sont-ils compétents que pour assister les auditeurs dans l'exercice de leurs missions d'instruction ou ces derniers peuvent-ils également leur déléguer leurs pouvoirs d'instruction? L'article 45, § 3, devra apporter des éclaircissements sur ce point.

11. Selon l'article 45, § 3, alinéa 5, 1°, les membres de l'auditorat du Conseil de la concurrence et les fonctionnaires du Service de la concurrence peuvent, moyennant l'autorisation préalable d'un juge d'instruction, procéder à des perquisitions entre cinq et vingt et une heures aux domiciles et dans les locaux mentionnés à cette disposition.

Contrairement à ce que disposent actuellement par exemple l'article 81, § 2, 4°, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation et l'article 113, § 2, 5, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, qui précisent qu'il n'est possible de pénétrer dans les locaux habités qu'entre huit et dix-huit heures ¹⁶, l'article 45, § 3, alinéa 5, 1°, du projet prévoit que les personnes visées par son article 45, § 3, alinéa 1^{er}, peuvent pénétrer dans une habitation entre cinq et vingt et une heures dans les conditions qui y sont fixées.

Bien qu'un certain nombre de lois particulières permettent la visite du domicile entre cinq et vingt et une heures et que ce soient également ces heures que mentionne la loi du 7 juin 1969 ¹⁷, les auteurs du projet devront s'interroger sur le point de savoir si la règle énoncée par les lois des 12 juin 1991 et 14 juillet 1991 ne garantit pas mieux l'équilibre qui doit exister entre, d'une part, les droits des personnes concernées et, d'autre part, la nécessité pour les fonctionnaires visés dans le projet de pouvoir exercer leur mission d'une manière efficace, certainement eu égard à l'objet de l'instruction dans le cadre de laquelle il est procédé à la perquisition.

12. L'article 45, § 3, 2°, accorde aux membres de l'auditorat et aux fonctionnaires du Service de la concurrence un droit de perquisition illimité "dans les locaux (...) et autres lieux des entreprises où ils ont des raisons de croire qu'ils trouveront des documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission (...).

⁽¹⁶⁾ Dans d'autres lois particulières, il est par ailleurs possible de visiter le domicile entre neuf et vingt et une heures: voir, par exemple, l'article 12, alinéa 4, de la loi du 19 février 1965 relative à l'exercice, par les étrangers, des activités professionnelles indépendantes.

⁽¹⁷⁾ Loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires.

Le droit au respect du domicile n'est pas uniquement garanti par l'article 15 de la Constitution, mais également par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la notion de "domicile" doit faire l'objet d'une conception étendue dans ce contexte et qu'elle inclut les locaux professionnels et commerciaux ¹⁸, et que le droit au respect du "domicile" peut également être invoqué par des personnes morales ¹⁹.

En outre, la Cour d'arbitrage a souligné que "l'intervention du juge d'instruction, magistrat impartial et indépendant (...), apparaît comme une garantie essentielle du respect des conditions auxquelles est subordonnée une atteinte à l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 15 de la Constitution et par l'article 8.1 de la CEDH" ²⁰. La Cour déduit de cette constatation que les dérogations à cette règle ne peuvent être qu'exceptionnelles et doivent être justifiées par des raisons propres aux infractions qu'elles concernent ²¹. Même si l'arrêt n° 140/98, auquel il a été fait référence, a notamment été rendu dans un contexte pénal, il fait néanmoins ressortir l'intérêt que la Cour d'arbitrage attache à l'intervention d'un magistrat impartial et indépendant en matière de perquisitions ²².

La question se pose dès lors de savoir si le projet ne devrait pas prévoir des garanties particulières pour la visite des lieux mentionnés qui, bien que ne correspondant pas à un "domicile" au sens de l'article 15 de la Constitution, bénéficient néanmoins des garanties visées dans les dispositions précitées de la convention. Le fait que les

(18) Cour eur. D.H., 16 décembre 1992, Niemietz, *Publ. Cour*, Série A, vol. 251-B; Cour eur. D.H., 25 février 1993, Funke, Crémieux et Mialhe, *Publ. Cour*, Série A, vol. 256-A, -B et -C.; Cour eur. D.H., 16 avril 2002, Colas, *Reports of Judgments and Decisions 2002-III*. Voir également D. YERNAULT, "Les pouvoirs d'investigation de l'administration face à la délinquance économique: les locaux professionnels et l'article 8 de la Convention européenne", *Rev. Trim. Dr. H.*, 1994, 117-135.

(19) Cour eur. D.H., 16 avril 2002, Colas, *l.c.*

(20) Cour d'arbitrage, n° 140/98, 16 décembre 1998, B.1.

(21) *Ibid.*, B.2.

(22) Il n'y a pas de raison que cette garantie ne s'applique pas aux perquisitions effectuées en dehors d'un contexte pénal.

perquisitions soient effectuées par les membres de l'auditorat, qui sont des magistrats, ou qu'elles le soient par des fonctionnaires visés à l'article 45, § 3, alinéa 1^{er}, dans le cadre d'une mission spécifique qui leur est confiée à cet effet par un auditeur (non pas: l'auditorat), ne semble pas offrir de garantie suffisante, l'auditeur pouvant, à un stade ultérieur, se trouver opposé à l'entreprise concernée ²³.

À propos de la problématique de la perquisition, il y a lieu de faire plus particulièrement état des considérations suivantes formulées dans les arrêts Funke, Crémieux et Miaillhe de la Cour européenne des Droits de l'Homme:

"37. Assurément, dans le domaine considéré - la lutte contre l'évasion des capitaux et contre la fuite devant l'impôt - les États rencontrent de sérieuses difficultés résultant de l'ampleur et de la complexité des réseaux bancaires et des circuits financiers ainsi que des multiples possibilités de déplacements internationaux, facilitées par la relative perméabilité des frontières. La Cour reconnaît donc qu'ils peuvent estimer nécessaire de recourir à certaines mesures, telles les visites domiciliaires et les saisies, pour établir la preuve matérielle de délits de change et en poursuivre le cas échéant les auteurs. Encore faut-il que leur législation et leur pratique en la matière offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir notamment, mutatis mutandis, l'arrêt Klass et autres précités, § 50).

38. Or il n'en allait pas ainsi en l'occurrence. À l'époque des faits - la Cour n'ayant pas à se prononcer sur les réformes législatives de 1986 et 1989, qui visaient à mieux protéger les individus -, l'administration des douanes disposait de pouvoirs fort larges : elle avait notamment compétence pour apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations de contrôle. En l'absence surtout d'un mandat judiciaire, les restrictions et conditions prévues par la loi et soulignées par le Gouvernement (paragraphe 35 ci-dessus) apparaissaient trop lâches et lacunaires pour que les ingérences dans les droits des requérants fussent étroitement proportionnées au but légitime recherché.

39. À ces considérations générales s'ajoute une observation particulière. Les saisies subies par M. et Mme Miaillhe revêtirent un caractère massif et surtout indifférencié; à telle enseigne que les douanes jugèrent sans intérêt pour l'enquête plusieurs milliers de documents et les restituèrent aux intéressés (paragraphe 7 ci-dessus).

(23) On signalera à cet égard que l'article 45, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, permet à l'auditorat d'intervenir d'office, notamment en matière de pratiques restrictives de concurrence.

40. En résumé, il y a eu violation de l'article 8" ²⁴.

En outre, dans l'arrêt Colas ²⁵, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré ce qui suit:

"48. La Cour considère que si l'ampleur des opérations menées afin, comme le souligne le Gouvernement, d'éviter la disparition ou la dissimulation des éléments de preuves de pratiques anticoncurrentielles, justifia les ingérences litigieuses dans le domicile des requérantes, encore aurait-il fallu que la législation et la pratique en la matière offrisse des garanties adéquates et suffisantes contre les abus (voir *ibidem* mutatis mutandis respectivement p. 24, § 56, p. 62, § 39 et p. 90, § 37).

49. Or, elle constate qu'il n'en alla pas ainsi en l'occurrence. En effet, à l'époque des faits – la Cour n'ayant pas à se prononcer sur les réformes législatives de 1986 visant à soumettre le pouvoir d'investigation des enquêteurs à une autorisation préalable d'un magistrat de l'ordre judiciaire, l'administration compétente disposa de pouvoirs très larges qui, en application de l'ordonnance de 1945, lui permirent d'apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations litigieuses. De surcroît, les opérations litigieuses s'effectuèrent sans mandat préalable du juge judiciaire et hors la présence d'un officier de police judiciaire (*ibidem* mutatis mutandis respectivement p. 25, § 57, p. 63, § 40 et p. 90, § 38). Dans ces circonstances, à supposer que le droit d'ingérence puisse aller plus loin pour les locaux commerciaux d'une personne morale (voir mutatis mutandis arrêt *Niemietz c. Allemagne*, précité p. 34, § 31), la Cour considère, eu égard aux modalités décrites plus haut, que les opérations litigieuses menées dans le domaine de la concurrence ne sauraient passer comme étroitement proportionnées aux buts légitimes recherchés (arrêts *Funke* p. 25, § 57, *Crémieux* p. 63, § 40 et *Miaillhe* p. 90, § 38).

50. En conclusion, il y a eu violation de l'article 8".

Eu égard à ce qui précède, il conviendra de réexaminer l'article 45, § 3, 2°.

13. L'article 45, § 3, alinéas 6 et 8, mentionne la possibilité d'opérer une saisie. En ce qui concerne cet acte d'instruction, il faudra prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel par analogie à l'article 28^{sexies} du Code d'instruction criminelle.

14. À l'article 45, § 7, alinéa 2, troisième phrase, on écrira dans le texte néerlandais "beslissing" au lieu de "besluit".

(24) Extrait de l'arrêt *Miaillhe*.

(25) Voir note de bas de page 17.

15. Selon l'article 45, § 8, alinéa 2, un conseiller du Conseil de la concurrence, qui ne siégera pas à la chambre qui connaît de l'affaire, se prononce sur le recours introduit contre les décisions des auditeurs relatives au caractère confidentiel des données qui leur ont été fournies durant la procédure d'instruction. Reste à savoir si cette dernière règle, qui semble trouver sa justification dans le principe d'impartialité, doit garder son caractère absolu puisque la décision sur la confidentialité des données visées n'a pas le même objet que la décision sur l'affaire même.

L'article 49, § 2, alinéa 3, et l'article 58, § 3, alinéa 1^{er}, appellent une observation similaire.

Article 46

1. Dans le texte néerlandais de l'article 46, § 3, première phrase, on écrira "bedoeld in" au lieu de "waarvan sprake in".

2. Dans la deuxième phrase de l'article 46, § 3, on se référera à l'article 5, § 2, alinéa 3, 1° à 3°, 5° et 7° au lieu de l'article 5, § 2, 1° à 3°, 5° et 7°. Par ailleurs, on n'aperçoit pas la raison pour laquelle il n'est pas également fait référence au 8° de l'article 5, § 2, alinéa 3, de la loi sur la protection de la concurrence économique (projet 38.502/1).

Article 48

La question se pose de savoir s'il ne faudrait pas non plus accorder au ministre compétent pour le secteur concerné le droit de demander de faire procéder à une enquête sectorielle.

Article 49

1. Si dans certains cas une limitation de l'accès au dossier peut se justifier en raison du caractère confidentiel des données qu'il contient, on peut toutefois se demander

.../...

si l'article 49, § 2, alinéa 2, n'est pas excessif en refusant, en principe, l'accès au dossier aux personnes qu'il mentionne, à moins que le président de chambre compétent n'en décide autrement.

La question est de savoir s'il ne vaudrait pas mieux abandonner la consultation du dossier à l'appréciation au cas par cas du président de chambre afin que les droits des parties au procès concernées et la nécessité de préserver le caractère confidentiel de certaines données puissent être toujours mis en balance. À cet égard, la personne de contact désignée par le fonctionnaire délégué a marqué son accord sur la proposition de texte suivante:

"Le président de la chambre de Conseil qui connaît de l'affaire décide si les personnes ayant introduit la plainte et toutes les autres personnes physiques ou morales que le Conseil entendra conformément à l'article 49, § 5, ont accès au dossier".

2. Le projet même pourrait prévoir des délais dans lesquels l'auditeur et les parties concernées doivent déposer leurs observations et répliques plutôt que d'habiliter le président de chambre à fixer ces délais, comme c'est actuellement le cas à l'article 49, § 3.

3. Il est recommandé d'indiquer précisément quelles sont les "parties concernées", visées à l'article 49, § 3. Selon la personne de contact désignée par le fonctionnaire délégué, il s'agirait des personnes qui ont consulté le dossier. Cette restriction est toutefois inadmissible dès lors qu'elle empêche l'exercice du droit des intéressés d'exposer leur point de vue devant le Conseil de la concurrence.

4. À l'article 49, § 3, alinéa 1^{er}, on écrira "en application des §§ 1^{er} et 2" au lieu de "en application du paragraphe précédent".

5. On ne distingue pas le moment auquel l'auditeur peut décider, en vertu de l'article 49, § 6, d'amender le contenu ou la motivation de son rapport après l'audience ou

.../...

à chaque stade de la procédure. Il faudra remédier à cette imprécision. Par ailleurs, on précisera la référence au paragraphe 4 faite par cette disposition.

6. Selon l'article 49, § 7, le Roi fixe notamment les règles de la procédure devant le Conseil de la concurrence. Cette délégation est trop vague et devrait être précisée en veillant à fixer des règles de procédure essentielles dans le projet même.

Article 50

Selon l'exposé des motifs, l'article 50 trouve sa justification dans l'harmonisation avec le droit communautaire européen. À cet égard, il est fait référence à la communication de la Commission européenne sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes et à la communication conjointe du Conseil de la concurrence et du Corps des rapporteurs sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes.

Force est toutefois de constater que les communications précitées déterminent d'une manière plus précise les cas dans lesquels la déclaration de clémence peut trouver à s'appliquer. Reste à savoir s'il ne faudrait pas faire de même dans le projet.

Article 51

1. Les pouvoirs que l'article 51 attribue au Conseil de la concurrence en matière d'exemptions par catégorie soulèvent également la question de la compatibilité de cet article avec la nature juridictionnelle du Conseil et peut engendrer des problèmes sur le plan de l'impartialité, par exemple lorsque le Roi rejette une demande du Conseil visant à accorder une exemption par catégorie et soumet ensuite à l'appréciation du Conseil un accord, une décision ou une pratique concertée relevant de la catégorie à laquelle la demande d'exemption par catégorie se rapportait.

2. Sans préjudice de l'observation précédente, on notera que la proposition visée à l'article 51, § 1^{er}, alinéa 2, du projet semble devoir émaner de l'auditorat en tant

.../...

que tel et pas d'un auditeur agissant isolément. Par ailleurs, il conviendrait de préciser que le Conseil de la concurrence dispose encore d'un pouvoir d'appréciation à l'égard de la demande de l'auditeur ou de l'auditorat.

Articles 52 et 53

À l'article 52 et dans la phrase introductive de l'article 53, on écrira "de l'auditeur" au lieu de "des auditeurs".

Article 54

La question est de savoir s'il se concilie avec le caractère juridictionnel du Conseil de la concurrence que le Conseil, avant de rendre la décision finale, fasse connaître son intention d'ordonner la cessation d'une infraction et rende obligatoires les engagements que les entreprises concernées offrent à cette occasion²⁶. On remaniera, dès lors, l'article 54.

Article 55

Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de "classer" une affaire. Dès qu'il est saisi d'une affaire, il est tenu de rendre une décision finale dans celle-ci.

Article 56

1. L'article 28 prévoit que l'auditeur général répartit les affaires entre les membres de l'auditorat. À l'article 56, § 1^{er}, première phrase, on remplacera donc les mots "l'Auditorat" par les mots "l'auditeur général".

⁽²⁶⁾ Voir également dans ce sens, C. SCHURMANS, *l.c.*, 94.

2. Eu égard aux délais de rigueur que le projet prévoit pour le traitement par le Conseil de la concurrence d'affaires concernant les concentrations et au délai fixé à l'article 56, § 1^{er}, pour le dépôt du rapport de l'auditeur sur ces affaires, il est recommandé de préciser dans cette disposition de quelle manière et dans quel délai l'auditeur doit demander les renseignements complémentaires ainsi que le délai dans lequel ces renseignements doivent être fournis.

3. Dans l'article 56, § 3, il faut supprimer les mots "au nom de l'auditeur général". Dans le texte néerlandais, il faut remplacer le mot "aangeduid" par le mot "aangewezen". Cette même observation vaut pour le paragraphe 2.

4. À l'article 56, § 5, alinéa 1^{er}, il est également fait mention de "secrets d'affaires", alors que la plupart du temps, il est question dans le projet de "données confidentielles", d'"informations confidentielles" ou d'"éléments confidentiels" (la terminologie du texte français gagnerait à être uniformisée). Afin d'éviter tout problème d'interprétation, il est recommandé de faire usage d'une terminologie uniforme à moins qu'il n'y ait lieu de recourir de manière spécifique aux termes "secrets d'affaires" dans la disposition précitée, auquel cas il est préférable de fournir quelques précisions à ce propos dans l'exposé des motifs.

Une observation similaire vaut pour les articles 58, § 4, 68, alinéa 2, et 69, § 2, alinéa 6.

Article 58

1. Dans le texte néerlandais de l'article 58, § 2, alinéa 1^{er}, on écrira "zitting" au lieu de "hoorzitting".

Une observation similaire vaut pour l'actuel article 59, § 4, et l'article 60, § 6, alinéa 3.

À l'alinéa 2 du texte français, on n'aperçoit pas la portée des mots "il estime" et "qu'il convoque". À l'alinéa 3 en revanche, il est question de "Elle".

.../...

2. À l'article 58, § 3, il y a lieu de permuter les alinéas 1^{er} et 2.
3. Dans l'actuel article 58, § 3, alinéa 1^{er}, on remplacera les mots ", comme le fait l'auditeur, selon" par les mots "en application de".

Article 59

1. La question se pose de savoir s'il n'est pas nécessaire, afin de garantir effectivement le droit de la défense de l'entreprise concernée, de lui accorder plus de deux jours ouvrables, comme le prévoit actuellement l'alinéa ajouté à l'article 59, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o ²⁷, ou de lui accorder à tout le moins le droit de demander une prorogation de ce délai.

Une observation similaire vaut pour l'article 60, § 6, alinéa 1^{er}, dernière phrase.

Dans le texte français du 1^o encore, il faudrait écrire "soit elle peut décider que la concertation est admissible". Dans le 2^o, on écrira "ne contrôlent ensemble ... marché pertinent pour ...".

2. À l'article 59, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, il conviendra d'écrire par souci de clarté "la procédure d'instruction complémentaire visée à l'article 60" plutôt que "la procédure prévue à l'article 60".
3. Mieux vaudrait permuter les paragraphes 3 et 4 de l'article 59.
4. Il est préférable d'inscrire la possibilité de modifier le délai visé à l'article 60, § 6, dans l'article 60 proprement dit. L'article 59, § 3, alinéa 2, 1^o, ne peut pas

⁽²⁷⁾ Sur le plan de la légistique et de la correction de la langue, une énumération ne peut toutefois être interrompue par des phrases incidentes ou des alinéas.

porter du reste sur le délai visé à l'article 60, § 6, dès lors que la procédure qui y est visée n'est pas engagée à partir de sa notification mais à partir de la décision visée à l'article 59, § 2, alinéa 1^{er}, 3°. Selon l'interlocuteur désigné par le délégué, c'est effectivement de la personne physique ou morale visée dans la disposition susmentionnée dont il s'agit.

Article 60

1. À l'article 60, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, il convient d'écrire "Si la chambre du Conseil décide, en application de l'article 59, § 2, alinéa 1^{er}, 3° ²⁸, d'engager la procédure d'instruction complémentaire ...".

2. À l'article 60, § 2, alinéa 1^{er}, mieux vaudrait écrire: "... suivant la décision visée au § 1^{er}, alinéa 1^{er}. Ce délai est prolongé du nombre de jours ouvrables qui se sont écoulés entre cette décision et la date à laquelle les parties notifiantes ont procédé aux présentations des engagements visés au § 1^{er}, alinéa 2".

3. L'article 60, § 2, devrait régler la communication du rapport complémentaire de l'auditeur aux parties. À cet égard, il peut éventuellement, comme dans l'article 60, § 4, être fait référence à l'article 56, § 5.

4. Dans l'article 60, § 3, on n'aperçoit pas ce qu'il faut entendre par "personnes qui interviennent à la procédure conformément à l'article 58, § 2". En effet, cette dernière disposition ne fait pas explicitement mention de parties intervenantes. Selon l'interlocuteur désigné par le délégué, il s'agit effectivement des personnes physiques ou morales visées dans la dernière disposition citée.

5. Les observations écrites des parties notifiantes, visées à l'article 60, § 4, doivent également être communiquées aux autres parties afin de garantir la contradiction.

⁽²⁸⁾ Et non "2°".

6. Alors que les parties notifiantes peuvent déposer des observations écrites sur le rapport complémentaire de l'auditeur, cette possibilité n'est pas offerte aux parties intervenantes. Une telle règle suscite des questions du point de vue des principes du contradictoire et d'égalité des armes entre les parties, lesquels constituent des aspects essentiels du droit à un procès équitable, garanti notamment par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme ²⁹.

Article 61

On se reportera à la partie 1 des observations générales, plus particulièrement au point 3.1.2. de l'avis 27.220/1 - 27.221/1 du 23 avril 1998, cité dans cette partie.

Eu égard au caractère fondamental de cette observation, le Conseil d'État, section de législation, s'abstient d'approfondir l'examen de l'article 61.

Article 62

1. À l'article 62, § 1^{er}, il faut indiquer clairement que la demande faite en vue de l'application de la procédure simplifiée doit être introduite en même temps que la notification visée à l'article 10 (voir les articles 62, § 2, et 69, § 1^{er}).

⁽²⁹⁾ Voir la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la possibilité pour les parties de répondre à des conclusions formulées par des instances indépendantes telles que le ministère public près une cour de cassation ou l'auditorat d'une juridiction administrative, analysée notamment par P. LEMMENS, "*De amicus curiae* en het Europees Verdrag over de rechten van de mens", in *Amice curiae, quo vadis?* Het openbaar ministerie in privaatrechtelijke, administratieve en sociale zaken - Le ministère public en matière civile, commerciale, administrative et sociale, P. VAN ORSHOVEN et M. STORME, (éd.), Kluwer, Anvers, 2002, 19-38; voir aussi notamment, Cour eur. D.H., 26 février 2002, Fretté c. France, n° 36.515/97, CEDH, 2002-I).

2. Il ressort de l'article 62, §§ 3 et 5, alinéa 1^{er}, que certaines conditions doivent être remplies pour l'application de la procédure simplifiée. Le projet ne comportant toutefois pas de définition de ces conditions, il y a lieu d'y remédier ³⁰.

3. Une demande d'application de la procédure simplifiée n'étant pas nécessairement liée à la communication incomplète d'informations, il ne paraît pas exact de l'assimiler à l'existence d'informations incomplètes, comme le fait l'article 62, § 5, alinéa 3. En lieu et place, il faudrait disposer que le délai dans lequel doit se dérouler la procédure ordinaire, commence à courir à partir de l'envoi de la lettre de l'auditeur, visée à l'article 62, § 5, alinéa 1^{er}.

Article 63

La question se pose de savoir s'il ne serait pas indiqué de fixer un échéancier pour les différentes étapes de l'examen des demandes de mesures provisoires. Actuellement, seul un délai est prévu pour la formation du recours contre la décision de classement de l'auditeur chargé de l'affaire (non: "l'auditorat").

Chapitre IV

Section VIII

Il y a lieu de prévoir des règles de procédure plus précises pour les cas dans lesquels le Conseil de la concurrence entend infliger les amendes et astreintes, visées au chapitre IV, section VIII, en veillant au respect du droit de la défense.

Article 64

1. Il pourrait se déduire de l'article 64, pris à la lettre, que le Conseil de la concurrence peut infliger d'office les astreintes qui y sont mentionnées. Ce serait

⁽³⁰⁾ La délégation contenue à l'article 10, § 3, ne peut pas englober la définition des conditions de base pour la mise en oeuvre de la procédure simplifiée.

cependant contraire à l'article 2 de la Convention Benelux du 26 novembre 1973 portant loi uniforme relative à l'astreinte, dont il découle que les parties contractantes ne peuvent prendre aucune disposition contraire à la loi uniforme. L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette loi ne permettant la condamnation à une astreinte qu'à la demande d'une des parties, il serait préférable de le préciser dans l'article 64.

2. On écrira à l'article 64, § 1^{er} (lire: alinéa 1^{er}): "Lorsqu'elle prend une décision visée à l'article 53, 1°, ..." au lieu de "Dans le cas d'application de l'article 53, 1°, ...".

3. Il y a lieu de préciser davantage les références figurant dans l'article 64, § 2 (lire: alinéa 2), dès lors que cette disposition n'est applicable qu'à une partie des articles mentionnés.

Article 66

1. Il convient d'écrire à l'article 66, alinéa 2, "Elle peut ... l'article 64, § 1^{er}, pour faire respecter l'ordre visé à l'article 60, § 7" plutôt que "Il peut ... en cas d'application de l'article 60, § 7".

2. Toujours à propos de cet alinéa, on se reportera à l'observation 1 relative à l'article 64.

Article 67

À l'article 67, il faut sans doute faire référence à la décision visée à l'article 45, § 2, alinéa 3.

Article 68

1. À l'article 68, alinéa 1^{er}, il est préférable de faire mention de l'article 49, § 5, alinéa 3, plutôt que de l'article 49, § 2.

2. L'article 68, alinéa 2, devrait préciser qui juge de "l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués".

Une observation similaire vaut pour l'article 69, § 2, alinéa 6.

Article 69

1. La question se pose de savoir s'il ne faut pas non plus publier au Moniteur belge les décisions de l'auditorat visées à l'article 46, § 2, et 62, § 3.

2. Mieux vaudrait faire figurer la règle énoncée à l'article 69, § 2, alinéa 8, dans l'article 59, §§ 1^{er}, 1°, et 2, alinéa 1^{er}, 3°.

3. Dans l'article 69, § 2, dernier alinéa, on insérera les mots "de la juridiction qui a rendu la décision" après les mots "par le greffe".

Article 70

À l'article 70, § 1^{er} (lire: alinéa 1^{er}), on écrira "avec les articles 81, paragraphe 1, et 82" au lieu de "avec articles 81, § 1^{er} et 82".

Article 74

Dans un souci de clarté, l'article 74 devraient mieux déterminer les décisions qui peuvent faire l'objet du recours qui y est visé. Par ailleurs, la question se

.../...

pose de savoir si le recours visé à l'article 74 ne devrait pas être réservé à des décisions des autorités sectorielles de régulation qui présentent des aspects liés à la concurrence, compte tenu, d'une part, de la spécialisation du Conseil de la concurrence et afin, d'autre part, d'éviter tout encombrement du Conseil.

Article 75

1. L'article 75, § 1^{er}, alinéa 2, énumère les éléments que la requête doit contenir à peine d'irrecevabilité. À cet égard, il s'écarte partiellement, tant sur le plan terminologique que sur le plan du contenu, de la disposition énoncée à l'article 1034^{ter} du Code judiciaire qui comporte les règles de droit commun relatives à la "requête contradictoire" ³¹. En outre, il y a un certain nombre de différences avec des dispositions similaires contenues dans d'autres lois.

Pour des raisons de sécurité juridique et afin d'éviter toute contestation sur la conformité des différentes règles avec le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, il est recommandé de limiter les dérogations à la règle de droit commun qui gouverne la requête contradictoire à celles que commande la spécificité des procédures concernées. Mieux vaut également éviter qu'il y ait, entre les règles dérogatoires à l'article 1034^{ter} du Code judiciaire, des divergences que cette spécificité ne peut justifier.

2. Si la plupart des mentions énumérées à l'article 75, § 1^{er}, alinéa 2, sont effectivement nécessaires pour assurer un bon déroulement de la procédure et si, par conséquent, il se justifie de sanctionner par l'irrecevabilité ³² l'absence de ces mentions la question se pose de savoir s'il est, dans tous les cas, conforme au principe de proportionnalité d'appliquer également la sanction lorsque l'inventaire des pièces et documents justificatifs n'est pas mentionné.

(31) Soit une requête qui donne lieu à un examen contradictoire de l'affaire.

(32) En droit commun, il s'agit toutefois d'une sanction de nullité, qui emporte l'application des règles de nullité de l'article 860 et suivants du Code judiciaire.

Sur ce point, on peut se demander si le renforcement des règles de droit commun que comporte la disposition citée, est bien conforme à la règle constitutionnelle de l'égalité et de la non-discrimination.

3. À l'article 75, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, on écrira "forme juridique" au lieu de "forme".

4. L'article 75, § 1^{er}, alinéa 3, prévoit que la requête doit être notifiée aux "parties auxquelles la décision attaquée a été notifiée ainsi qu'il ressort de la requête". L'article 75, § 1^{er}, alinéa 2, qui énumère les mentions qui doivent figurer dans la requête, n'en fait cependant pas état ³³.

5. À l'article 75, § 2, alinéa 3, la possibilité de déposer des observations écrites devrait également valoir pour le ministre qui a le secteur concerné dans ses attributions.

6. La question se pose de savoir s'il ne faut pas assortir de conditions la possibilité de suspension visée à l'article 75, § 4, alinéa 2.

7. La délégation contenue à l'article 75, § 5, étant trop imprécise, il faut la définir de manière plus détaillée, en veillant à ce que les règles de procédure essentielles figurent dans le projet proprement dit.

Article 78

L'article 78 doit être omis, son contenu étant similaire à celui de l'article 37.

⁽³³⁾ Voir l'art. 1034^{ter}, 3°, du Code judiciaire.

Article 79

À l'article 79, §§ 1^{er} et 4, il faut faire référence au titre VI du livre IV du Code des sociétés et non au titre II de ce code.

Article 86

La disposition selon laquelle "la loi du 15 juin 1935 sur (lire: concernant) l'emploi des langues en matière judiciaire est applicable aux procédures prévues dans la loi (dont le projet est à présent à l'examen)" est inopérante et néfaste pour la sécurité juridique compte tenu de la diversité des règles figurant dans cette loi. Au lieu de cette référence, il faut faire figurer dans le projet même les règles qui régissent l'emploi des langues dans les procédures visées par la loi. Il faut à tout le moins spécifier quelles dispositions de la loi du 15 juin 1935 sont applicables à ces procédures.

Article 88

On s'interroge sur la raison pour laquelle une disposition transitoire est prévue pour les actuels rapporteurs auprès du Service de la concurrence - ils sont nommés d'office auditeur (article 89) -, mais non pour les actuels membres du Conseil de la concurrence dont le mandat n'est pas reconduit.

Article 89

La question se pose de savoir si tous les rapporteurs auprès du Service de la concurrence sont nommés auditeur en vertu de l'article 89, alinéa 1^{er}, ou bien s'ils sont nommés auditeur ou auditeur adjoint selon qu'ils comptent ou non six années d'ancienneté de service auprès de ce service, ce qui pourrait se déduire de l'article 89, alinéa 2.

Il faudra, le cas échéant, adapter l'article 89, alinéa 1^{er}, en fonction de l'intention des auteurs du projet.

Article 91

L'article 91 doit mentionner les lois ou arrêtés modificatifs de la loi coordonnée du 1^{er} juillet 1999.

Article 92

Le Roi peut toujours mettre en oeuvre une disposition légale qui existe déjà mais qui n'est pas encore entrée en vigueur, à condition que l'arrêté d'exécution n'entre pas en vigueur avant la disposition mise en oeuvre. L'article 92, § 2, est à cet égard superflu et peut être omis. Il ressort cependant de l'explication fournie par l'interlocuteur désigné par le délégué que l'intention est de faire entrer en vigueur anticipativement un certain nombre d'articles de la loi dont le projet est actuellement à l'examen, et pas uniquement les délégations qui y sont contenues. L'article 92, § 2 (lire: alinéa 2) sera donc adapté en ce sens.

Observations finales

1. Le texte en projet gagnerait à être vérifié du point de vue de la légistique et de la correction de la langue.
2. En ce qui concerne la légistique, les éléments suivants peuvent être relevés:
 - une division en paragraphes n'est pas conseillée lorsque chaque paragraphe ne comporte qu'un seul alinéa et que cette division ne peut contribuer à une présentation plus claire de l'article divisé (articles 11, 37, 47, 64, 70, 71 et 92);
 - en légistique, il n'est en principe pas fait usage de mots tels que "devoir", "être tenu", etc., dès lors que l'obligation est déjà inhérente à la nature de la règle même (articles 10, § 1^{er}, première phrase, 14, alinéa 2, 19, § 2, alinéas 2, 5 et 6, 45, §§ 4 et 6, alinéa 2, 60, § 6, alinéa 1^{er}, 68, dernier alinéa, et 79, § 2, alinéa 2);

.../...

- les divisions d'un article sont indiquées par les mentions "1°", "2°", "3°", etc. et, ensuite, par les mentions "a)", "b)", "c)", etc. (articles 12, § 2, 79, § 3, et 88, alinéa 2).

3. Sur le plan de la correction de la langue, il faut supprimer dans le texte néerlandais un certain nombre de gallicismes, tels que "gevat", "modaliteiten", "bij in Ministerraad overlegd besluit" ³⁴, "in toepassing van", "aangeduid" (pour "aangewezen"), "binnen de (...) dagen" et "overgemaakt" (au lieu de "bezorgd").

⁽³⁴⁾ La terminologie exacte est "bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad".

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, J. SMETS,	conseillers d'État,
	G. SCHRANS, A. SPRUYT,	assesseurs de la section de législation,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier assumé.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME