



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 51.810/1
van 20 september 2012

over

een voorontwerp van wet
‘houdende invoeging van boek IV.
“Bescherming van de
mededinging” en boek V. “De
mededinging en de prijsevoluties”
in het Wetboek van economisch
recht en houdende invoeging van
de definities eigen aan boek IV en
boek V, in boek I van het Wetboek
van economisch recht’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 51.810/1
du 20 septembre 2012

sur

un avant-projet de loi ‘portant
insertion du livre IV. “Protection
de la concurrence” et du livre V.
“La concurrence et les évolutions
de prix” dans le Code de droit
économique et portant insertion
des définitions propres au livre IV
et livre V, dans le livre I du Code
de droit économique’

Op 24 juli 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 1 oktober 2012, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende invoeging van boek IV. "Bescherming van de mededinging" en boek V. "De mededinging en de prijsevoluties" in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 20 september 2012. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Jo BAERT en Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraden, Michel TISON en Lieven DENYS, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Paul DEPUYDT, eerste auditeur-afdelingshoofd, en Tim CORTHAUT, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 september 2012.

*

Le 24 juillet 2012, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 1^{er} octobre 2012 sur un avant-projet de loi 'portant insertion du livre IV. "Protection de la concurrence" et du livre V. "La concurrence et les évolutions de prix" dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et livre V, dans le livre I du Code de droit économique'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 20 septembre 2012. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Jo BAERT et Wilfried VAN VAERENBERGH, conseillers d'État, Michel TISON et Lieven DENYS, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Paul DEPUYDT, premier auditeur chef de section, et Tim CORTHAUT, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 septembre 2012.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich in hoofdzaak beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet maakt deel uit van een omvangrijk project dat tot doel heeft om, door middel van een codificatie van een groot deel van de bestaande wetgeving, een ‘Wetboek van economisch recht’ tot stand te brengen.

Wat betreft de bescherming van de mededinging, in het ontworpen boek IV, gaat het ontwerp evenwel veel verder dan een loutere codificatie. Aan het materieel-inhoudelijke aspect van het mededingingsrecht wordt weliswaar niet geraakt, maar niettemin wordt in het ontwerp van wet tot een volledige herstructurering van de Belgische mededingingsautoriteit overgegaan. Luidens de memorie van toelichting ligt aan dergelijke herstructurering de bedoeling ten grondslag “om de mededingingsautoriteit te hervormen tot een onafhankelijke autoriteit, met een juridisch statuut zoals het BIPT en de CREG, en een structuur aangepast aan de *best practices* inzake mededingingsautoriteiten – en daarom geïnspireerd door de structuur van de erg succesvolle Franse Autorité de la Concurrence”.

Met het oog op een betere marktwerking wordt in het ontworpen boek V tot een modernisering overgegaan van de algemene mededingingsregels en de prijzenreglementering in het bijzonder.

Het ontworpen boek V bestaat uit twee titels.

De eerste titel omvat de algemene bepalingen en voorziet in een procedure waarbij het Prijzenobservatorium de prijsevolutie van de verkoop van goederen en diensten opvolgt en indien nodig zich tot de in boek IV opgerichte Mededingingsautoriteit en de bevoegde minister kan richten, die vervolgens passende maatregelen kunnen nemen.

De tweede titel heeft specifiek betrekking op de controle van de prijs van geneesmiddelen voor menselijk gebruik, bedoeld in artikel 1 van de wet van 25 maart 1964 ‘op de geneesmiddelen’, en van gelijkgestelde producten waarmee, enerzijds, bepaalde door de minister aangewezen voorwerpen, apparaten en substanties worden bedoeld en, anderzijds, ook de grondstoffen voor de magistrale bereidingen.

VORMVEREISTEN

3. De akkoordbevinding van de minister bevoegd voor de Begroting ontbreekt. Uit de notificatie van de Ministerraad blijkt dat over de budgettaire implicaties nog moet worden

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met hogere rechtsnormen verstaan.

onderhandeld bij het opstellen van de begroting 2013. Indien die onderhandelingen aanleiding zouden geven tot een significante wijziging van het ontwerp, moet dit opnieuw om advies worden voorgelegd aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

4. Uit artikel 19/1, § 1, van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ vloeit voort dat in principe elk voorontwerp van wet, elk ontwerp van koninklijk besluit en elk voorstel van beslissing dat ter goedkeuring aan de Ministerraad moet worden voorgelegd, aanleiding moet geven tot een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling in de zin van artikel 2, 9°, van die wet uit te voeren.² De enige gevallen waarin zo een voorafgaand onderzoek niet hoeft plaats te vinden, zijn die welke worden bepaald bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.³ Een dergelijk besluit is nog niet tot stand gekomen. Wanneer uit het voorafgaande onderzoek blijkt dat een effectbeoordeling vereist is, dient de voormelde beoordeling te worden uitgevoerd.⁴

In het aan de Raad van State om advies voorgelegde dossier ontbrak elk spoor van het vervullen van de vereisten van artikel 19/1, § 1, van de wet van 5 mei 1997.

Hierom verzocht heeft de gemachtigde aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, een DOEB-vrijstellingsformulier (formulier A) laten geworden waarin de vrijstelling van enig onderzoek wordt verantwoord als volgt:

“Het staat op voorhand en met zekerheid vast dat de impact van de maatregel op sociaal, economisch en/of leefmilieuvlak te verwaarlozen is’, want ‘[h]et wetsontwerp heeft geen impact op sociaal, economisch en/of leefmilieuvlak: het doel ervan is de wetgeving betreffende de prijzen te moderniseren.”

Vastgesteld dient te worden dat deze verantwoording enkel betrekking lijkt te hebben op de in boek V opgenomen maatregelen betreffende de prijzen. Daarenboven kan worden betwijfeld of de ingeroepen verantwoording effectief van aard is om te verklaren waarom wordt voorbijgegaan aan het uitvoeren van een effectbeoordeling. Het reguleren van de mededinging en de prijzen heeft immers per definitie een economische impact en het voorwerp en de draagwijdte van de ontworpen regeling zijn – inhoudelijk – van die aard dat er bezwaarlijk *a priori* kan van worden uitgegaan dat kan worden vrijgesteld van het voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling in de zin van artikel 2, 9°, van de wet van 5 mei 1997 uit te voeren.

² Artikel 19/1, § 1, eerste lid, van de voornoemde wet van 5 mei 1997. Artikel 19/1, § 2, van dezelfde wet belast de Koning ermee om, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, dat voorafgaand onderzoek te regelen. Tot op heden is nog geen besluit met een dergelijke strekking bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

³ Artikel 19/1, § 1, tweede lid, van de voornoemde wet van 5 mei 1997.

⁴ Artikel 19/2, eerste lid, van de voornoemde wet van 5 mei 1997. Bij het tweede lid van die bepaling wordt de Koning ermee belast de effectbeoordeling te regelen bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad. Tot op heden is geen besluit met een dergelijk onderwerp bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

5. Het om advies voorgelegde ontwerp van wet strekt ertoe de boeken IV en V in te voegen in het Wetboek van economisch recht. Tevens worden in de artikelen 2 en 3 van het ontwerp een tweetal definities ingevoegd in boek I, titel 2, van het voornoemde wetboek.

Dergelijke werkwijze is niet van aard om het onderzoek door de Raad van State, afdeling Wetgeving, te vergemakkelijken.

Enerzijds is er de vaststelling dat de betrokken definities “gelden voor de toepassing van de boeken IV en V”, hetgeen impliceert dat de overige, nog in boek I, titel 2, van het wetboek in te schrijven definities een algemene draagwijdte zullen hebben. Anderzijds werd het betrokken boek I nog niet om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, voorgelegd. Een en ander heeft tot gevolg dat de Raad van State dient te adviseren over de ontworpen boeken IV en V, zonder daarbij te kunnen rekening houden met definities van begrippen die ook in de betrokken boeken worden gebruikt, maar die pas later zullen worden meegedeeld, namelijk op het ogenblik dat ook boek I om advies wordt voorgelegd. Op die wijze is het voor de Raad van State evenmin mogelijk om na te gaan of de invoeging van de hoofdstukken 2 (bestaande uit een artikel I.6) en 3 (bestaande uit een artikel I.7) in boek I op een correcte manier gebeurt.⁵

De voornoemde werkwijze bemoeilijkt niet enkel het onderzoek van het ontworpen wetboek, wat de gehanteerde definities betreft, maar ook wat de regeling inzake handhaving en sanctionering betreft. Deze laatste regeling zal immers eveneens worden opgenomen in een boek waarvan de Raad van State, afdeling Wetgeving, nog geen kennis heeft kunnen nemen.

6. Het ontwerp bevat bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet. Meer specifiek gaat het om de bepalingen die de bevoegdheid regelen⁶ van het hof van beroep te Brussel⁷ en van het Hof van Cassatie⁸. Het merendeel van de bepalingen van het ontwerp heeft evenwel betrekking op een aangelegenheid als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet. Het staat aan de stellers van het ontwerp om hieruit de passende gevolgtrekking te halen op het vlak van de te doorlopen parlementaire goedkeuringsprocedure. In geen geval kan, bij ongewijzigde inhoud van de ontworpen regeling, het bepaalde in artikel 1 van het ontwerp ongewijzigd worden behouden.⁹

7. Het ontwerp dient te worden aangevuld met de nodige opheffingsbepalingen. Diverse artikelen van het ontworpen wetboek hernemen immers, al dan niet in gewijzigde vorm,

⁵ Afgezien van de vaststelling dat in de Nederlandse tekst op een weinig eenvormige wijze melding wordt gemaakt van “Art. 1.6” en “Art. I.7”, is er het feit dat beide artikelen een opsomming bevatten met elk slechts één onderdeel, hetgeen de vraag doet rijzen of er in nog andere, bijkomende definities zal worden voorzien die specifiek gelden voor de toepassing van de boeken IV of V.

⁶ Sommige van die bevoegdheden waren reeds ingeschreven in de wet ‘tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006’.

⁷ Zie bv. artikel IV.79, *partim*.

⁸ Zie artikel IV.75.

⁹ Artikel 1 van het ontwerp luidt: “Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.”

bestaande wetsbepalingen, zonder dat deze laatste ook formeel worden opgeheven. Het spreekt voor zich dat het ontbreken van dergelijke opheffingsbepalingen van aard is om de rechtsonzekerheid in de hand te werken.

Zo nopen bijvoorbeeld de artikelen IV.13 en IV.14 tot de opheffing van de artikelen 1 en 2 van de wet van 27 maart 1969 'betreffende de reglementering van het zee- en luchtvervoer'. Ook sommige bepalingen van de wet van 22 januari 1945 'betreffende de economische reglementering en de prijzen' en van titel VI van de Programmawet van 22 december 1989 worden best opgeheven, rekening houdend met de in boek V opgenomen regeling inzake prijzen (zie ook de opmerking onder nr. 21 en de aan de Raad van State meegedeelde reden waarom dat laatste voorlopig niet gebeurt).

8. Aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, werd door de gemachtigde een concordantietabel meegedeeld van de procedurebepalingen van de wet 'tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006' en de aan de herstructurering van de Belgische mededingingsautoriteit aangepaste versie ervan, zoals in het ontwerp opgenomen. Tevens werd een overzichtstabel meegedeeld in verband met de verschillende beroepsprocedures die mogelijk zijn met betrekking tot de diverse, in het ontwerp bedoelde beslissingen. Ter wille van de toegankelijkheid en de begrijpelijkheid van het ontwerp zou het aanbeveling verdienen om deze tabellen als bijlagen bij de memorie van toelichting te voegen.

ONDERZOEK VAN DE BEPALINGEN VAN HET ONTWORPEN BOEK IV

I. Antecedenten

9. Aangezien in het ontworpen boek IV de herstructurering van de Belgische mededingingsautoriteit centraal staat, is het nuttig om de antecedenten van de ontworpen regeling in herinnering te brengen.

9.1. Het Europese mededingingsrecht is sedert 1 mei 2004 ingrijpend gewijzigd. Belangrijkste element van deze wijziging is 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' (nu: artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, hierna VWEU genoemd).

Tot dan toe was de Commissie de belangrijkste en vaak enige actor bij de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU, zij het onder toezicht van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Verordening (EG) nr. 1/2003 heeft dat systeem vervangen door een gedecentraliseerde toepassing van het mededingingsrecht. Voortaan kunnen naast en samen met de Commissie ook nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties de toetsing aan de artikelen 101 en 102 VWEU uitvoeren. Artikel 3 van de verordening zet daartoe de krijtlijnen uit:

- de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties kunnen het nationale mededingingsrecht toepassen, maar indien het een overeenkomst of een gedraging betreft

die de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden, moeten zij ook het communautaire mededingingsrecht toepassen (artikel 3, lid 1, van de verordening);

- de toepassing van het nationale mededingingsrecht mag er niet toe leiden dat overeenkomsten of gedragingen die toelaatbaar zouden zijn onder het communautaire recht, verboden worden (artikel 3, lid 2, van de verordening).

9.2. Welke is nu de rol van de verschillende actoren in het gedecentraliseerde systeem?

- de Commissie oefent voortaan haar bevoegdheden uit in een parallel systeem, waarbij zij en de nationale mededingingsautoriteiten de communautaire mededingingsregels in nauwe samenwerking toepassen (artikel 11, lid 1, van de verordening). De nog steeds uitgebreide bevoegdheden van de Commissie worden nader omschreven in de artikelen 7 tot 10 van de verordening;
- de nationale mededingingsautoriteiten worden door de lidstaten aangeduid, waarbij rekening gehouden wordt met de verscheidenheid van structuren en procedures die in de lidstaten kunnen bestaan, en waarbij met name de aangewezen autoriteit een rechterlijke instantie kan zijn (zie artikel 35 van de verordening). Artikel 5 van de verordening omschrijft de bevoegdheden die de nationale mededingingsautoriteiten bij de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU kunnen uitoefenen;
- de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten zullen samenwerken in het 'European Competition Network' (ECN). De grote principes van deze samenwerking worden geregeld in de artikelen 11 en volgende van de verordening, waarbij de aandacht kan gevestigd worden op het evocatierecht van de Commissie ten aanzien van de nationale mededingingsautoriteiten zoals opgenomen in artikel 11, lid 6, van de verordening;
- de nationale rechterlijke instanties passen eveneens de artikelen 101 en 102 VWEU toe (artikel 6 van de verordening), zij het in verschillende hoedanigheden: als (onderdeel van) een nationale mededingingsautoriteit, als beroepsinstantie tegen de beslissingen van de nationale mededingingsautoriteit of als gewone rechtsmacht bij de beslechting van geschillen.

9.3. De wet 'tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006' hield rekening met dit gedecentraliseerd systeem en tekende volgende structuur uit:

- De Raad voor de Mededinging.

De Raad voor de Mededinging is een administratief rechtscollege dat uitspraak doet zowel over aanmeldingen van concentraties als over restrictieve mededingingspraktijken. Het gaat om objectieve geschillen: de Raad noch de onderzoeksorganen zijn gebonden door een vordering van een eiser. De Raad stelt overtredingen vast en legt straffen op. Hij kan bevelen dat de overtredingen worden stopgezet. De voorzitter van de Raad kan ook voorlopige maatregelen bevelen.

De Raad telt twaalf raadsleden, zes permanente leden en zes occasionele leden, met een hernieuwbaar mandaat van zes jaar. Zij worden bijgestaan door een griffie.

- Het auditoraat

Het auditoraat leidt de onderzoeken en bezorgt opdrachtbevelen aan de ambtenaren van de Algemene Directie Mededinging. Het legt door middel van verslagen de zaken aan de Raad voor en ziet erop toe dat de beslissingen ervan worden uitgevoerd. Het telt zes tot tien auditeurs.

Het auditoraat kan, op straffe van een boete en binnen de termijn die het oplegt, bij de partijen of bij derden alle inlichtingen of getuigenissen opvragen die het nuttig acht. Het kan documenten in beslag nemen of verzegelen, zo nodig onder dwang. Het kan ook deskundigen aanstellen en hun opdracht afbakenen.

Het auditoraat kan klachten en verzoeken voor voorlopige maatregelen seponeren met een gemotiveerde beslissing, maar het is mogelijk om tegen die beslissing in beroep te gaan bij de Raad. Het spreekt zich ook uit over aanvragen tot vertrouwelijkheid van stukken die partijen indienen.

- De Algemene Directie Mededinging van de FOD Economie.

De Algemene Directie Mededinging van de FOD Economie onderzoekt onder meer bedrijfsconcentraties en restrictieve mededingingspraktijken. Dat doet ze onder het gezag van het auditoraat. Bovendien zorgt ze voor de voorbereiding, uitvoering en evaluatie van het concurrentiebeleid in België. Ze bereidt ook de wet- en regelgeving over economische concurrentie voor.

De algemene directie telt drie leidende ambtenaren, een dertigtal attachés (onderzoekers) en ondersteunend personeel.

9.4. Het om advies voorgelegde ontwerp van wet hertekent de structuur van de Belgische mededingingsautoriteit op ingrijpende wijze.

De Raad voor de Mededinging wordt opgeheven.

Er wordt een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid opgericht, de Belgische Mededingingsautoriteit genaamd (artikel IV.16). Deze instelling bestaat uit volgende geledingen:

- de voorzitter en de dienst van de voorzitter (artikelen IV.17 tot IV.20);
- het Mededingingscollege (artikelen IV.21 en IV.22);
- het Directiecomité (artikelen IV.23 tot IV.25);
- de auditeur-generaal en het auditoraat (artikelen IV.26 tot IV.31).

In de memorie van toelichting worden de krachtlijnen van de hervorming meer gedetailleerd uiteengezet.

II. De Belgische Mededingingsautoriteit

10. Ter situering van de juridische aard van de Belgische Mededingingsautoriteit is het nuttig om de volgende opmerkingen in herinnering te brengen uit het advies 27.220/1 - 27.221/1 van 23 april 1998 bij twee voorontwerpen van wet die de wet van 26 april 1999 'tot wijziging van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging', zijn geworden:

"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. 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.”

11. Waar zowel in de wet van 5 augustus 1991, als in de op 15 september 2006 gecoördineerde wet ervoor geopteerd werd om beide bevoegdheden (concentratiecontrole en restrictieve mededingingspraktijken) aan een administratief rechtscollege – de Raad voor de Mededinging – toe te kennen, gaat het voorliggende ontwerp een andere richting uit en worden beide bevoegdheden toevertrouwd aan de Belgische Mededingingsautoriteit, die functioneert als een administratieve overheid.

Dit dient vooral gezien te worden als een antwoord op het arrest *VEBIC* vzw van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 7 december 2010 (C-439/08). In dit arrest, gewezen op een prejudiciële vraag van het hof van beroep te Brussel, werd door het Hof van Justitie als volgt geoordeeld over het feit dat de Raad voor de Mededinging als administratief rechtscollege niet vertegenwoordigd kon worden in de beroepsprocedure tegen zijn beslissingen voor het hof van beroep (samenvatting):

“Artikel 35 van verordening nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling die een nationale mededingingsautoriteit niet de bevoegdheid verleent om als verwerende partij deel te nemen aan een procedure in rechte tegen een van haar beslissingen. Het feit dat aan de nationale mededingingsautoriteit niet de rechten van een partij in het geding worden verleend, waardoor deze de beslissing die zij in het openbaar belang heeft genomen, niet kan verdedigen, brengt immers het risico met zich mee dat de aangezochte rechter volledig is ‘aangewezen’ op de middelen en argumenten van de onderneming(en) die beroep heeft/hebben ingesteld. Op een gebied als dat van de vaststelling van inbreuken op de mededingingsregels en het opleggen van geldboeten, waarbij ingewikkelde juridische en economische beoordelingen dienen te worden verricht, kan het bestaan alleen van een dergelijk risico echter de nakoming in gevaar brengen van de krachtens verordening nr. 1/2003 op de nationale mededingingsautoriteiten rustende bijzondere verplichting om de doeltreffende toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU te verzekeren.

Het staat aan de nationale mededingingsautoriteiten om de noodzaak en het nut van interventie voor een doeltreffende toepassing van het mededingingsrecht van de Unie af te wegen. Het nuttig effect van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU wordt echter in gevaar gebracht wanneer de nationale mededingingsautoriteit stelselmatig niet verschijnt in dergelijke procedures in rechte.

Bij gebreke van een regeling van de Unie blijven de lidstaten overeenkomstig het beginsel van procedurele autonomie bevoegd om het orgaan of de organen van de nationale mededingingsautoriteit aan te wijzen dat/die als verwerende partij kan/kunnen deelnemen aan een voor een nationale rechter gevoerde procedure tegen een beslissing

van die autoriteit, met dien verstande dat de eerbiediging van de grondrechten en de doeltreffendheid van het mededingingsrecht van de Unie ten volle dienen te worden gewaarborgd (cf. punten 58, 64 en dictum).”

In antwoord op dit arrest voorziet het ontwerp erin dat het beroep tegen bepaalde beslissingen van het Mededingingscollege en de voorzitter alleen kan ingesteld worden bij het hof van beroep te Brussel (artikel IV.79.) en dat de voorzitter de Belgische Mededingingsautoriteit vertegenwoordigt in deze procedure (artikel IV.20, § 1, 4°).

12.1. In de memorie van toelichting wordt meermaals benadrukt dat de Belgische Mededingingsautoriteit als een onafhankelijke instantie is geconcipieerd. Het zou derhalve aanbeveling verdienen indien, tegen de achtergrond van de beoogde onafhankelijkheid van de Mededingingsautoriteit, in diezelfde memorie van toelichting bijkomende verduidelijking zou worden gegeven omtrent sommige aspecten van de ontworpen regeling.

12.2.1. Wat de positie van het auditoraat betreft, als onafhankelijk onderzoeksorgaan binnen de Mededingingsautoriteit, moet worden opgemerkt dat het statuut van het auditoraat binnen de Mededingingsautoriteit grondig verschilt van het statuut onder de Raad voor de Mededinging.

De hierna volgende vaststellingen dringen zich immers op:

- de leden van het auditoraat verliezen hun bij wet geregeld statuut.¹⁰ In dat verband kan trouwens worden opgemerkt dat het ontwerp geen enkele overgangsbepaling bevat voor de huidige leden van het auditoraat;
- de auditeur-generaal heeft de leiding over het auditoraat (artikel IV.26, § 2, tweede lid, 1°), maar kan de onderzoeken slechts openen en de volgorde van behandeling bepalen na advies van de directeur economische en de directeur juridische studies (artikel IV.26, § 2, tweede lid, 3°);
- het Directiecomité is belast met de leiding van de Mededingingsautoriteit (artikel IV.23). Het Directiecomité heeft onder meer tot taak het organiseren en samenstellen van het auditoraat en het opstellen van het huishoudelijk reglement van het auditoraat dat door de Koning wordt goedgekeurd (artikel IV.25). De auditeur-generaal is slechts één van de vier leden van het Directiecomité en kan dus op deze punten in de minderheid gesteld worden;
- volgens artikel IV.27, § 1, tweede lid, bestaat het auditoraat uit de personeelsleden van de Mededingingsautoriteit die door het Directiecomité aan deze dienst worden toegewezen, met dien verstande dat de voorzitter op hen een beroep kan doen ten belope van een door het Directiecomité te bepalen percentage van hun tijd. Daarnaast wordt in de memorie van toelichting verduidelijkt dat “[h]et Auditoraat (...) in de autonome instelling niet langer een afzonderlijk korps [vormt] dat alleen onderzoeken leidt. Heel de onderzoeksdienst wordt aangeduid als auditoraat. En alle ambtenaren die toegewezen worden aan de

¹⁰ Zie momenteel immers de artikelen 25 e.v. van de wet ‘tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006’.

onderzoeksdienst als lid van het auditoraat kunnen door de auditeur-generaal belast worden met de taken van auditeur”;

- volgens de huidige wetgeving stelt de auditeur na afloop van het onderzoek een verslag op dat neergelegd wordt bij de Raad voor de Mededinging. Dit verslag bevat onder meer een voorstel van beslissing.¹¹ In het nieuwe systeem dient de auditeur evenwel, nadat aan de ondernemingen of natuurlijke personen die het voorwerp uitmaken van het onderzoek de grieven zijn meegedeeld en hen de gelegenheid is gegeven om daarop te antwoorden, een met redenen omkleed ontwerp van beslissing voor te leggen aan de voorzitter van het Mededingingscollege (artikel IV.42, § 5).

De voorgaande vaststellingen zouden eraan kunnen doen twifelen of de aldus geconcipeerde functie van auditeur die is van een voldoende onafhankelijke onderzoeksinstantie, zowel vanuit institutioneel en organisatorisch oogpunt als op het vlak van de impact op de uiteindelijke feitelijke beslissingsbevoegdheid. Zo nodig kunnen wat dat betreft bijkomende verduidelijkingen worden verstrekt in de memorie van toelichting.

12.2.2. De vereiste scheiding tussen onderzoeks- en beslissingsbevoegdheid¹² lijkt in het gedrang te kunnen komen door de toepassing van artikel IV.44 waarin aan de voorzitter van het Mededingingscollege de bevoegdheid wordt verleend om algemene of sectorale onderzoeken in te stellen, bevoegdheid die in de vroegere wetgeving voorbehouden bleef aan het auditoraat.

De mogelijkheid bestaat immers dat bij dergelijke onderzoeken restrictieve mededingingspraktijken aan het licht komen die dan door het Mededingingscollege (met dezelfde voorzitter) beoordeeld moeten worden.

12.2.3. Ook moet worden opgemerkt dat een nauwkeurige inpassing van de rol van het auditoraat in de nieuwe context van de werking van het Mededingingscollege wordt bemoeilijkt doordat, enerzijds, de termen “auditoraat” en “auditeur” in de verschillende bepalingen van het ontwerp niet steeds op een consequente en inhoudelijk identieke wijze worden gebruikt¹³ en, anderzijds, niet steeds voldoende rekening lijkt te zijn gehouden met het gegeven dat het blijkbaar de bedoeling is om in het auditoraat een soort “tussenstructuur” op te zetten, zoals het geval is met de in artikel IV.29 bedoelde “begeleidingscel”.¹⁴

Tevens worden in het ontworpen wetboek sommige reeds bestaande bepalingen overgenomen, zonder dat er voldoende rekening mee is gehouden dat het Mededingingscollege in een andere juridische hoedanigheid optreedt dan de Raad voor de Mededinging – namelijk als een

¹¹ Zie artikel 45, § 4, van de in de vorige voetnoot vermelde gecoördineerde wet.

¹² Het principe van een billijke procesvoering kan in het gedrang komen wanneer personeelsleden van een administratief orgaan deelnemen aan zowel het voorafgaand onderzoek als het beraad over het opleggen van een sanctie met een strafrechtelijk karakter (zie bv. RvS 17 januari 2006, nr. 153.839, SA Tvi).

¹³ Zo is in artikel IV.41 de algemene regeling inzake de onderzoeksprocedure opgenomen en wordt in de paragrafen 2 tot 5 van die bepaling enkel van “auditeurs” melding gemaakt, in tegenstelling tot wat in de paragrafen 6 tot 9 het geval is, waarin zowel van het “auditoraat” als van de “auditeurs” gewag wordt gemaakt.

¹⁴ In artikel IV.30 wordt melding gemaakt van zowel het “auditoraat” (paragraaf 1), als van de “auditeurs” (paragrafen 2 en 3). Van de in artikel IV.29 bedoelde “begeleidingscel” wordt geen melding gemaakt, alhoewel deze, zoals in de memorie van toelichting wordt bevestigd, de bevoegdheden uitoefent die in de procedurebepalingen aan het auditoraat worden toegekend.

administratieve overheid – en dat ook het statuut van het auditoraat niet meer hetzelfde is als voordien.

Zo werd artikel 615, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek geredigeerd in functie van het statuut van de Raad voor de Mededinging als administratief rechtscollege en van het bijzonder statuut van het auditoraat. In het ontwerp wordt er evenwel in voorzien dat de voorzitter (artikel IV.17, § 4), de assessoren (artikel IV.22, § 4) en de auditeur-generaal (artikel IV.26, § 5), die louter ambtenaren zijn, uit hun ambt ontheven of geschorst kunnen worden overeenkomstig de in artikel 615, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde procedure. De gemachtigde heeft hieromtrent het volgende verklaard:

“Deze bepaling dient te worden opgeheven en zal worden toegevoegd aan de opheffingsbepalingen (alseek overigens artikel 609, 8° Ger.W.).”

12.2.4. Wat specifiek de onderzoeksbevoegdheid van het auditoraat betreffende restrictieve mededingingspraktijken aangaat, valt tevens op dat de stellers van het ontwerp niet de gelegenheid te baat hebben genomen om, bij het integreren van het bepaalde in de artikelen 44, 45 en 75 van de wet ‘tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006’ in het ontworpen wetboek, duidelijkheid te scheppen omtrent het verschil in interpretatie waarop de wetgever werd geattendeerd door het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 197/2011 van 22 december 2011 in het antwoord op twee prejudiciële vragen, die luiden:

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

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

Het Grondwettelijk Hof is tot de conclusie gekomen dat er sprake was van schending of geen schending naargelang van de interpretatie van de betrokken bepalingen op grond van de volgende overwegingen:

“B.11. De rechten die zijn gewaarborgd bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en bij artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie impliceren, wat betreft maatregelen zoals die welke voor de verwijzende rechter worden betwist, dat de betrokkenen, binnen een redelijke termijn een daadwerkelijke jurisdictionele toetsing, zowel in feite als in rechte, kunnen verkrijgen van de regelmatigheid van de beslissing waarbij de maatregel is voorgeschreven en, in voorkomend geval, van de maatregelen die op grond van die beslissing zijn genomen; die toetsingsprocedure moet het, in geval van vaststelling van een onregelmatigheid, mogelijk maken hetzij te voorkomen dat de handeling plaatsvindt, hetzij, indien zij reeds heeft plaatsgevonden, de betrokkenen een gepast herstel te bieden (EHRM, 21 mei 2008, *Ravon en anderen t. Frankrijk*, § 28, en 21 december 2010, *Société Canal Plus en anderen t. Frankrijk*, §§ 36 en 40).

B.12.1. De in het geding zijnde bepalingen bieden niet de mogelijkheid van een jurisdictionele toetsing - voor het Hof van Beroep te Brussel of voor een ander rechtscollege - van de maatregelen die door het auditoraat zijn genomen, zoals die welke voor de verwijzende rechter worden betwist; zoals in B.10 is aangegeven, werd aan de regelgeving die in die maatregelen voorziet een karakter van algemeen belang of van openbare orde toegeschreven, om het dwingende karakter van die maatregelen en een versterking van de bevoegdheden van het auditoraat te verantwoorden. Die regelgeving kan ertoe leiden dat, bij ontstentenis van een onmiddellijk beroep, onregelmatige stukken en elementen toegankelijk blijven totdat het onderzoek van de zaak is beëindigd en aan de bevoegde rechter is voorgelegd, en zelfs dat die laatste erdoor wordt beïnvloed, terwijl die stukken en elementen nadeel kunnen berokkenen aan diegenen die het voorwerp uitmaken van de maatregelen van het auditoraat. Weliswaar heeft de omstandigheid dat die stukken en elementen op onrechtmatige wijze zijn verkregen, enkel tot gevolg dat de rechter, bij het vormen van zijn overtuiging, ze rechtstreeks noch indirect in aanmerking mag nemen, hetzij wanneer de naleving van bepaalde vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid, hetzij wanneer de begane onregelmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs heeft aangetast, hetzij wanneer de aanwending van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Niettemin tasten de in het geding zijnde bepalingen, rekening houdend met de in B.11 aangegeven vereisten, op discriminerende wijze het recht op een daadwerkelijke jurisdictionele bescherming aan dat de betrokkenen afleiden uit de bepalingen die door de prejudiciële vraag worden beoogd, in zoverre zij niet kunnen voorkomen dat de maatregel wordt genomen waardoor, zoals te dezen, gegevens het voorwerp zouden zijn van een mededeling die hun schade zou kunnen berokkenen. Die aantasting kan niet worden verantwoord door de bekommernis om een snelle behandeling van de dossiers te waarborgen.

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

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

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

Uit hetgeen in B.2 is aangegeven, volgt immers dat de in het geding zijnde handelingen en beslissingen betrekking hebben op een beslaglegging die werd uitgevoerd tijdens een huiszoeking waartoe de voorzitter van de Raad voor de Mededinging machtiging had verleend, zodat ervan moet worden uitgegaan dat zij hun grondslag in die machtiging

vinden. Welnu, de formulering van artikel 75 verzet zich niet ertegen dat de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel met betrekking tot de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van zijn voorzitter, de maatregelen omvat die op grond ervan zijn genomen door de component van de Raad die het auditoraat, krachtens artikel 11, § 2, van de WBEM, is.

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

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

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

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

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

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

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

Het bepaalde in de artikelen 44, 45 en 75 van de wet ‘tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006’ werd aangepast aan de nieuwe structuur van de Belgische mededelingsautoriteit, zonder dat daarbij evenwel rekening is gehouden met het voornoemde arrest van het Grondwettelijk Hof. De gemachtigde verstrekte in dat verband de volgende verduidelijking:

“De in het arrest Gw Hof nr. 197/2011 relevante rechtspunten betreffen punten B.11 en B.12. In punt B.11. wordt verwezen naar rechtspraak van het EHRM luidens hetwelk de toetsingsprocedure het mogelijk moet maken, in geval van vaststelling van een onregelmatigheid, hetzij te voorkomen dat de handeling plaatsvindt, hetzij, indien zij reeds heeft plaatsgevonden, de betrokkenen een gepast herstel te bieden. In punt B.12.1. wordt dan gesteld dat, bij ontstentenis van een onmiddellijk beroep, de betreffende bepalingen van het WBEM niet kunnen voorkomen dat de maatregel wordt genomen,

waardoor gegevens het voorwerp zouden zijn van een mededeling die hun schade zou kunnen berokkenen. Opdat het in punt B.11 beoogde gepaste herstel kan worden geboden, is het nodig dat de ondernemingen waarop de procedure betrekking heeft, niet meer worden benadeeld en dat elk voor hen nadelig gevolg wordt tenietgedaan.

In artikel IV.79, §1, tweede lid van het voorontwerp is bepaald dat tegen andere beslissingen van het Mededingingscollege of van het Auditoraat alleen het beroep openstaat dat uitdrukkelijk in dit wetboek is voorzien, onverminderd de mogelijkheid om er middelen aan te ontfanen in een in dit lid bedoelde beroepsprocedure voor het Hof van Beroep te Brussel.

We zijn inderdaad van mening dat een rechterlijke toetsing door de bodemrechter (Hof van Beroep en eventueel Hof van Cassatie) van elke maatregel genomen tijdens het onderzoek, volstaat in het licht van de rechtspraak van het EHRM, aangehaald in punt B.11. van het arrest. Artikel 6 EVRM verplicht de lidstaten in geen geval om onmiddellijke beroepsmogelijkheden en procedures te voorzien tegen (dwang)maatregelen genomen tijdens het onderzoek.

Er moet vertrokken worden van de doelstelling die de ontwerp-wetgever thans beoogt, met name, de overheid en overheidsinstellingen daadkrachtig laten optreden in het domein van de mededinging enerzijds, en vermijden dat de redelijke termijn voorzien in artikel 6 EVRM systematisch overschreden wordt met alle nefaste gevolgen van dien voor alle betrokken partijen en de overheid.

De thans veel te lange doorlooptijden van het onderzoek naar ongeoorloofde mededingingspraktijken moeten drastisch worden ingekort. Er moet immers worden vermeden dat, zoals het geval is in de gemeenrechtelijke strafprocedure en meer bepaald het gerechtelijk onderzoek dat omgeven is met dermate veel 'procedures binnen de procedures', een onderzoek niet meer binnen een redelijke termijn kan afgewerkt worden.

Bovendien is het zo dat de vaststaande (zowel door het EHRM als het Grondwettelijk Hof erkende) Antigoonrechtspraak nopens de gevolgen van het onrechtmatig verkregen bewijs met zich brengt dat deze beoordelingsbevoegdheid best aan de bodemrechter wordt overgelaten. Er dient inderdaad te worden vermeden dat bewijsmateriaal voortijdig (en zonder volledige dossierkennis) terzijde wordt geschoven omdat (behoudens in geval van een uitdrukkelijk voorgeschreven nietigheid of problemen in verband met de betrouwbaarheid van het bewijs) het al dan niet terzijde schuiven van bewijsmateriaal, omwille van het feit dat het eerlijk proces in het gedrang komt (de meest courante hypothese), dient te worden beoordeeld rekening houdend met het proces in zijn geheel bekeken. Daarom dat deze toetsing best wordt overgelaten aan de bodemrechter.

Het is de onderzoeksrechter die als onafhankelijk en onpartijdig rechter tijdens het onderzoek zal oordelen over de wettelijkheid, opportuniteit en proportionaliteit van de huiszoeking als dwangmaatregel waardoor er dus een rechterlijke toetsing voorzien wordt conform het EHRM. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling nog eens een tweede rechtsmiddel te voorzien tegen beslissingen die in het kader van de uitvoering van de huiszoeking worden genomen, precies omdat dit de onderzoeksprocedures potentieel lam legt en elke slagvaardigheid wegneemt. De (geldelijke) belangen zijn immers van dien aard dat er kan aangenomen worden (en we thans ook zien in de praktijk) dat er steeds van elke beroepsmogelijkheid gebruikt zal gemaakt worden.

Door de versnelling van de procedures is het de bedoeling dat het ontwerp tegemoetkomt aan de overweging B 11 van het arrest, met name dat de betrokkene, binnen een redelijke termijn, een daadwerkelijke jurisdictionele toetsing bekomt van de genomen dwang- en onderzoeksmaatregelen."

Vastgesteld dient te worden dat, de aangehaalde verduidelijking of verantwoording ten spijt, het door het Grondwettelijk Hof opgeworpen interpretatieprobleem blijft bestaan.

III. Het hof van beroep te Brussel

13. In artikel IV.79 worden de bevoegdheden van het hof van beroep te Brussel beschreven op het vlak van het hoger beroep tegen beslissingen van het Mededingingscollege, de voorzitter of het auditoraat met betrekking tot restrictieve mededingingspraktijken, inclusief stilzwijgende goedkeuringsbeslissingen inzake concentraties.

Het is van groot belang dat de betrokken bevoegdheden zo nauwkeurig mogelijk en met voldoende oog voor de rechtszekerheid worden omschreven. Dit dient niet enkel te gebeuren in het licht van het vereiste van een effectieve rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter, doch ook om te vermijden dat het hof van beroep te Brussel deels taken worden toebedeeld die niet die zijn van een onafhankelijke rechter, maar wel die van een mededingingsautoriteit in de zin van de reeds genoemde verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002. In de mate dat laatste het geval zou zijn, vloeien daaruit immers voor het hof van beroep te Brussel een aantal bijzondere gevolgen voort op het vlak van onder andere de verplichte samenwerking met de Europese Commissie¹⁵ en de mogelijkheid van prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

In dat verband is het nuttig om het arrest *Syfait* van het Hof van Justitie van 31 mei 2005 (C53-03) in herinnering te brengen. In dat arrest oordeelde het Hof als volgt over de vraag of de Griekse mededingingsautoriteit als een rechterlijke instantie viel te beschouwen (samenvatting):

“Om te beoordelen of het verwijzende orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG is, hetgeen uitsluitend door het gemeenschapsrecht wordt bepaald, houdt het Hof rekening met een samenspel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, de toepassing door het orgaan van de regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan. Bovendien kan het Hof slechts worden aangezocht door een orgaan dat uitspraak moet doen in een bij hem aanhangig geding, in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont.

Het Epitropi Antagonismou (Griekse mededingingsautoriteit) voldoet niet aan deze criteria. Allereerst staat het onder toezicht van de minister van Ontwikkeling, hetgeen meebrengt dat deze, binnen zekere grenzen, bevoegd is om de rechtmatigheid van zijn beslissingen te toetsen. Verder is, ook al genieten zijn leden een persoonlijke en functionele onafhankelijkheid, de herroeping of intrekking van hun benoeming kennelijk niet aan bijzondere waarborgen onderworpen, hetgeen geen doeltreffende waarborg lijkt te bieden tegen ongeoorloofde tussenkomst of druk vanwege de uitvoerende macht jegens deze leden. Bovendien is zijn voorzitter belast met de coördinatie en de algemene leiding van zijn secretariaat en bekleed met het hiërarchische gezag over het personeel ervan, zodat het Epitropi Antagonismou, dat een beslissingsorgaan is, als gevolg van de

¹⁵ Zie onder meer de mededelingsplicht, bedoeld in artikel 11, lid 3, van de betrokken verordening; zie ook de bevoegdheid tot onttrekking door de Commissie met toepassing van artikel 11, lid 6, van dezelfde verordening.

functionele band die het bindt aan zijn secretariaat, het instructieorgaan op voorstel waarvan het zijn beslissingen neemt, zich niet duidelijk onderscheidt als derde ten opzichte van het staatsorgaan dat, als gevolg van zijn rol, verwant kan zijn aan een partij in het kader van een mededingingsprocedure. Ten slotte dient een mededingingsautoriteit zoals het Eptropi Antagonismou nauw samen te werken met de Commissie, die haar krachtens artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, haar bevoegdheid kan ontnemen, met gevolg dat de bij haar ingeleide procedure niet uitmondt in een beslissing die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont (punten 29 - 37)."

14. Wat het vereiste inzake effectieve rechtsbescherming betreft, kan erop worden gewezen dat het hof van beroep te Brussel in artikel IV.79, § 1, eerste lid, onder meer bevoegd wordt gemaakt om kennis te nemen van welbepaalde stilzwijgende beslissingen tot toelating van concentraties¹⁶. Inzake concentraties kan blijkbaar geen beroep bij het hof van beroep te Brussel worden ingesteld tegen andere beslissingen dan de vermelde stilzwijgende goedkeuringen. Dat blijkt evenwel niet de bedoeling te zijn. De gemachtigde deelde in dat verband immers het volgende mee:

"De verwijzing naar de beslissingen genomen bij toepassing van de artikelen IV.61, § 1, 1° en 2°, en § 2, 1° en 2°, artikel IV.62, § 6 en artikel IV.63, § 3, blijkt ten onrechte niet te zijn opgenomen in artikel IV.79, § 1."

Tegen beslissingen die niet worden vermeld in artikel IV.79, § 1, eerste lid, staat luidens artikel IV.79, § 1, tweede lid, "alleen het beroep open dat uitdrukkelijk in dit wetboek is voorzien". Het is evenwel niet duidelijk welk ander beroep daarmee wordt bedoeld.

Aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, werd door de gemachtigde een overzichtstabel bezorgd met betrekking tot de in boek IV bedoelde beslissingen en de bestuurlijke en jurisdictionele beroepen die daartegen kunnen worden ingesteld. Dergelijke tabel vormt een uitstekend instrument om een beter overzicht te verkrijgen van de verschillende beslissingen die mogelijk zijn, temeer daar deze beslissingen in de tabel worden omschreven met verwijzing naar de desbetreffende artikelen van het ontwerp of onderdelen daarvan. Tevens worden in de tabel telkens de redenen vermeld waarom tegen bepaalde beslissingen geen, dan wel geen afzonderlijk beroep kan worden ingesteld. Zoals reeds onder nr. 8 is opgemerkt, verdient het aanbeveling om de overzichtstabel als bijlage bij de memorie van toelichting te voegen. Op die wijze wordt de regeling van de beroepsmogelijkheden tevens gemakkelijker afgetoetst aan het vereiste inzake een efficiënte rechtsbescherming.

15.1. Artikel IV.79, § 2, eerste lid, luidt:

"Het Hof van beroep te Brussel oordeelt volgens de procedure zoals in kortgeding in rechte en in feite over de zaak zoals voorgelegd door de partijen, met volle rechtsmacht met inbegrip van de bevoegdheid om een eigen beslissing in de plaats te stellen van de aangevochten beslissing."

¹⁶ Het gaat om stilzwijgende beslissingen tot toelating van concentraties "door het verstrijken van de in artikelen IV.61 en IV.62 bepaalde termijnen" en het stilzwijgend afwijzen van een verzoek om voorlopige maatregelen "door het verstrijken van de in artikel IV.64 bepaalde termijn".

Aan de precieze draagwijdte van de begrippen “volle rechtsmacht”¹⁷ en “het in de plaats stellen van een eigen beslissing” kan worden getwijfeld. Die draagwijdte zou derhalve duidelijker en op een meer expliciete wijze tot uitdrukking moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp, temeer daar een correcte bevoegdheidsomschrijving moet toelaten na te gaan of het hof van beroep te Brussel niet moet worden geacht bepaalde beslissingen te kunnen nemen die niet zozeer die van een rechtsprekend orgaan, maar veeleer die van een mededingingsautoriteit zijn.

15.2. Dat het hof van beroep te Brussel daarbij over volle rechtsmacht beschikt, wordt door de gemachtigde als volgt verantwoord:

“Bovenal weze aangestipt dat deze volle rechtsmacht een noodzaak is in het licht van artikel 6.1. van het EVRM en inzonderheid de vereiste gesteld in het arrest van het EHRM van 27 september 2011 inzake Menarini. In dit arrest (§§ 58 en 59) bevestigt het EHRM, in een zaak betreffende een beslissing van een mededingingsautoriteit, haar vroegere rechtspraak over het begrip ‘volle rechtsmacht’. Het EHRM aanvaardt dat niet op elk niveau van de procedure wordt voldaan aan de vereisten van artikel 6.1. van het EVRM, op voorwaarde dat de beslissingen nadien aangevochten kunnen worden bij een rechterlijke instantie die zelf aan de vereiste van voormeld artikel 6.1. voldoet en deze volle rechtsmacht heeft. De volle rechtsmacht veronderstelt dat de rechterlijke instantie die kennis neemt van de zaak zich zowel over de feiten als over de rechtsvragen kan buigen. Wat de feiten betreft, houdt dit de mogelijkheid in ze vast te stellen, ze te controleren, en de eventuele fouten gemaakt bij de vaststelling ervan recht te zetten. Volle rechtsmacht betekent ook dat de rechterlijke instantie zich niet dient te beperken tot een controle van de wettigheid van de administratieve beslissing, maar ook in staat moet zijn om de proportionaliteit tussen de sanctie en de fout te beoordelen. Ten slotte blijkt dat de bevoegdheid om de beslissing, in casu een administratieve geldboete die door de zwaarte ervan gelijk te stellen is met een straf, te kunnen ‘hervormen’ als een noodzakelijk component wordt aangeduid opdat er sprake zou kunnen zijn van volle rechtsmacht.”

In verband met “het in de plaats stellen van een eigen beslissing” door het hof van beroep te Brussel verduidelijkte de gemachtigde nog:

“Het Hof van Beroep te Brussel zal niet louter omwille van opportuniteitsredenen zijn beslissing in de plaats kunnen stellen van deze van het Mededingingscollege of de Voorzitter, doch wel omwille van gebreken in de wettigheid of de proportionaliteit van de opgelegde maatregel. Deze mogelijkheid om beslissingen in beroep te herzien en de beslissing van het Hof in de plaats te stellen is ons inziens niet strijdig met de onafhankelijkheid van de Mededingingsautoriteit. Het is trouwens nooit betwist dat het Hof zijn beslissing in de plaats kon stellen van de beslissing van de Raad inzake boetes. Overigens voorziet ook artikel 75, eerste lid WBEM thans reeds een beslissing met volle rechtsmacht.”

Vastgesteld dient te worden dat de door de gemachtigde aangehaalde bedoeling niet voldoende tot uitdrukking wordt gebracht in de ontworpen tekst. Het begrip “volle rechtsmacht” zou daartoe duidelijker en op een meer expliciete wijze moeten worden afgebakend in de tekst van het ontwerp. Zo bijvoorbeeld lijkt de gemachtigde de hervormingsbevoegdheid

¹⁷ P. LEMMENS, “Enkele beschouwingen bij de zogenaamde ‘volle rechtsmacht’ van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties” in *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 393-410. Die auteur suggereert om de omschrijving “volwaardige jurisdictionele toetsing” te gebruiken.

van het hof van beroep te Brussel in essentie te verbinden met de bevoegdheid om een geldboete op te leggen. Vraag is echter of de hervormingsbevoegdheid niet verder strekt, temeer daar in artikel IV.79, § 2, eerste lid, wordt bepaald dat het Hof een eigen beslissing in de plaats zal kunnen stellen van de aangevochten beslissing. Zal dit bijvoorbeeld impliceren dat het hof van beroep ook de voorwaarden zal kunnen vaststellen waaronder een concentratie is toegelaten of een vrijstelling van een restrictieve mededingingspraktijk mogelijk is? Zal het Hof een concentratie of mededingingspraktijk aan een opportuniteitsoordeel kunnen onderwerpen?

Hierover om bijkomende toelichting verzocht, verklaarde de gemachtigde dat de bevoegdheid van het hof van beroep te Brussel, zoals die wordt bedoeld in artikel IV.79, § 2, eerste lid, inhoudt dat het Hof de door het Mededingingscollege gedane feitenbeoordeling zal kunnen herevalueren, hetgeen evenwel niet betekent dat het Hof zelf vaststellingen kan doen: het Hof dient te oordelen op basis van de argumenten en de gegevens die door de partijen worden aangebracht. Het is evenmin de bedoeling dat het Hof de Mededingingsautoriteit zou kunnen opdragen om, als verwerende partij, bepaalde informatie aan te leveren.¹⁸ Op het vlak van de boetes kan het Hof deze zowel verhogen als verlagen. De aangevochten beslissing van het Mededingingscollege wordt niet aan deze laatste teruggezonden, maar wel vervangen door een eigen (mededingings)beslissing van het Hof die in de plaats komt van de aangevochten beslissing.

Op de vraag of het met betrekking tot de restrictieve mededingingspraktijken om de boete ging of dat – integendeel – ook door het hof van beroep zou kunnen worden bepaald dat een specifieke praktijk die het Mededingingscollege als restrictief had aangemerkt onder een vrijstelling valt, waarbij het Hof eventueel ook voorwaarden zou kunnen vaststellen, antwoordde de gemachtigde:

“Het is de bedoeling dat het Hof de eigen beslissing in de plaats stelt en dat zeker wanneer het Hof, anders dan het Mededingingscollege in de aangevochten beslissing, oordeelt dat er een inbreuk niet bewezen is.”

Voorts verduidelijkte de gemachtigde:

“Het kan voorkomen dat het Hof na een beroep van een klager oordeelt dat er een inbreuk is wanneer het Mededingingscollege geen inbreuk bewezen achtte. Maar dikwijls zal dat wellicht niet voorkomen.

Dit verklaart waarschijnlijk dat ook in Frankrijk het Hof van beroep volle rechtsmacht heeft zonder daarom als mededingingsautoriteit te worden gekwalificeerd, en zonder dat de Europese Commissie hier een probleem in lijkt te zien.

Ook de Europese Commissie heeft overigens het ontwerp van de Boeken IV en V ontvangen voor advies.”

15.3. Uit wat voorafgaat volgt dat de bevoegdheden van het hof van beroep te Brussel met betrekking tot de in boek IV bedoelde beslissingen nader moeten worden omschreven. Tevens dienen de betrokken beslissingen op een meer correcte wijze te worden vermeld in artikel IV.79 van het ontwerp. Ook rijst de vraag of de stellers van het ontwerp niet moeten overwegen

¹⁸ Volgens de gemachtigde werd er om die reden voor geopteerd om in het ontwerp niet de mogelijkheid over te nemen die is ingeschreven in artikel 76, § 2, achtste lid, van de wet ‘tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006’.

om de bevoegdheden van het hof van beroep te Brussel op het vlak van de restrictieve mededingingspraktijken en de concentraties te beperken tot de strikt jurisdictionele bevoegdheden, met uitsluiting van de meer beleidsmatige beslissingsbevoegdheid inzake mededinging en concentraties die van het hof van beroep een plaatsvervangende¹⁹, maar daarom niet minder wezenlijke mededingingsautoriteit in de zin van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 dreigen te maken, met de daaraan verbonden rechtsgevolgen vanden.²⁰

IV. Artikelsgewijze opmerkingen

Artikelen IV.34, IV.36 en IV.37

16. In deze artikelen die betrekking hebben op het beroepsgeheim, de immuniteit en de onverenigbaarheden, worden diverse personen vermeld, maar niet de directeur juridische studies en de directeur economische studies. Wellicht moeten deze laatsten worden geacht onder de omschrijving van “personeelslid” of “ambtenaar” van de Belgische Mededingingsautoriteit te vallen. Niettemin zou het in dat geval zekerheidshalve aanbeveling verdienen dat hiervan op een meer expliciete wijze melding zou worden gemaakt.

Artikel IV.42

17. In artikel IV.42, § 3, eerste lid, wordt verwezen naar “artikel IV.112, § 1, 1° tot 3°, 5° en 7°”. Er komt evenwel geen artikel IV.112 voor in het ontwerp zodat de betrokken verwijzing dient te worden gecorrigeerd.

Artikel IV.46

18. In artikel IV.46, § 3, wordt het volgende bepaald:

“Na het aannemen van de clementieverklaring of het verlenen van immuniteit aan natuurlijke of rechtspersonen gelden de stukken en inlichtingen die door een verzoeker zijn overgelegd ter staving van zijn clementieverzoek als bewijs, tot bewijs van het tegendeel. Deze stukken kunnen deel uitmaken van het onderzoeks- of proceduredossier maar er kan onverminderd artikel IV.69 niet anderszins toegang toe worden verleend.”

De gemachtigde verstrekke in verband met deze bepaling volgende uitleg:

“De stukken en inlichtingen die door een clementieverzoeker zijn overgelegd en die door de auditeur of door een verweerder ingeroepen worden als bewijs van hun

¹⁹ De mogelijkheid voor het Hof van Beroep om een eigen beslissing in de plaats te stellen van die van het Mededingingscollege kan vragen doen rijzen met betrekking tot de invloed die daarvan kan uitgaan op de eigen beleidsruimte van het Mededingingscollege: in welke mate zal het Mededingingscollege zich bij het uitwerken van een eigen mededingingsbeleid feitelijk genoopt voelen om zich te richten naar bepaalde, door het Hof van Beroep voorgestane beleidsopties ?

²⁰ Vgl. met Adv.RvS 51.632/1/V van 19 juli 2012 over een voorstel van decreet ‘houdende wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat het beroep tegen beslissingen van de Vlaamse Regulator voor de Media betreft’, *Parl.St.Vl.Parl.* 2011-12, nr. 1515/3, 11.

stelling, zullen altijd voorwerp zijn van een tegensprekelijk debat (zie artikel IV.45, § 3). En wanneer geen van de partijen het nuttig acht om die gegevens toe te voegen aan het proceduredossier, zal het Mededingingscollege die gegevens ook nooit zien (artikel IV.42, § 5).

Deze bepaling beoogt terug te keren tot de gebruikelijke bewijsregeling waarbij gekregen gegevens als bewijs kunnen worden gebruikt en hun overtuigingskracht hebben tenzij zij tegengesproken worden door ander bewijsmateriaal. Thans worden deze gegevens alleen als ‘informatie’ beschouwd en dient de autoriteit hun juistheid aan te tonen met ander bewijsmateriaal. Wij menen dat dit ‘vermoeden van onjuistheid’ onterecht is.”

De door de gemachtigde verstrekte uitleg doet niets af aan de vaststelling dat met artikel IV.46, § 3, afbreuk kan worden gedaan aan de wapengelijkheid tussen, enerzijds, de persoon die om clementie verzoekt en, anderzijds, eventuele andere vervolgte personen waarvan aldus de rechten van verdediging kunnen worden aangetast.

Artikel IV.66

19. In artikel IV.66, § 2, eerste lid, lijkt, wat het auditoraat betreft, veeleer te moeten worden verwezen naar de beslissingen bedoeld in “artikel IV.30, § 1, 2°” (niet: artikel IV.30, § 2, 1°).

20. In het tweede lid van artikel IV.66, § 2, dient de vermelding van de Raad van State te worden weggelaten. De mogelijkheid van het instellen van een beroep bij de Raad van State tegen bepaalde beslissingen betreffende concentraties, welke was ingeschreven in artikel 77 van de wet ‘tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006’, wordt immers niet overgenomen in het ontworpen wetboek.

ONDERZOEK VAN DE BEPALINGEN VAN HET ONTWORPEN BOEK V

I. Algemene opmerkingen

21. De in boek V ontworpen regeling is gesteund op een combinatie van de algemene prijsregulering in de wet van 22 januari 1945 ‘betreffende de economische reglementering en de prijzen’, die ook betrekking had op de niet-terugbetaalbare geneesmiddelen, en een specifieke regeling ter omzetting van richtlijn 89/105/EG²¹ met betrekking tot de terugbetaalbare geneesmiddelen, zoals vervat in titel VI van de Programmawet van 22 december 1989.

Onder nr. 7 van dit advies werd reeds gewezen op de daaruit voortvloeiende noodzaak van het opheffen van bepalingen van zowel de wet van 22 januari 1945, als titel VI van de Programmawet van 22 december 1989.

²¹ Richtlijn 89/105/EEG van de Raad van 21 december 1988 ‘betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van de prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opnemings daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg’.

Er dient evenwel niet enkel te worden voorzien in de nodige opheffingsbepalingen, maar ook in een overgangsregeling specifiek met betrekking tot de uitvoeringsbesluiten van de bestaande wettelijke regeling.

Zo bijvoorbeeld luidt artikel 321 van de Programmawet van 22 december 1989:

“Het koninklijk besluit van 8 augustus 1975 tot oprichting van een Prijzencommissie voor de Farmaceutische Specialiteiten wordt geacht te zijn genomen ter uitvoering van artikel 316 van deze wet. Het blijft in werking zolang het niet door de Koning wordt gewijzigd of opgeheven.”

Indien artikel 316 echter zou worden opgeheven lijkt het, gelet op het bepaalde in artikel V.13, niettemin de bedoeling dat die Prijzencommissie, die de naam ‘Prijzencommissie voor de Geneesmiddelen’ krijgt, toch blijft voortbestaan.

In dat verband om bijkomende uitleg verzocht, deelde de gemachtigde evenwel het volgende mee:

“De artikelen 313 tot 318 van de programmawet van 22 december 1989 worden volledig overgenomen/vervangen door boek V, titel 2. Artikel 319 van de programmawet verwijst evenwel naar de bepalingen van de prijzenwet van 1945 voor wat betreft de opsporing, vaststelling en bestraffing van de inbreuken op titel VI van de programmawet.

De wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen zal, met uitzondering van een aantal bepalingen die nodig blijven om de prijzendossiers te behandelen die niet de geneesmiddelen maar de overige gereguleerde sectoren betreffen (die overigens voor het merendeel in het kader van de staatshervorming naar de Gewesten worden overgemaakt), worden opgeheven wanneer ook boek XIV. ‘Maatregelen inzake crisisbeheer’, dat een deel van de prijzenwet van 1945 herneemt, wordt ingediend. De bepalingen inzake opsporing, vaststelling en bestraffing van de inbreuken op alle boeken van het Wetboek van economisch recht worden dan weer samengebracht in boek XV. ‘Rechtshandhaving’. Boeken XIV en XV zijn gepland om te worden goedgekeurd bij een ministerraad in oktober.

Om deze redenen is ervoor geopteerd, in huidige stand van zaken, voornoemde prijzenwet en programmawet voorlopig niet op te heffen.

Het ontwerp dat boek XIV. ‘Maatregelen inzake crisisbeheer’ zal invoegen in het Wetboek, zal bepalen dat:

- de reglementaire bepalingen en de sectorale of individuele beslissingen genomen in uitvoering van de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen en van titel VI van de programmawet van 22 december 1989, blijven van toepassing tot hun opheffing of hun vervanging door besluiten genomen in uitvoering van onderhavig Wetboek.

- de wet[s]bepalingen die niet strijdig zijn met dit Wetboek, waarbij verwezen [wordt] naar bepalingen van de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen, worden geacht te verwijzen naar de overeenkomstige bepalingen in dit Wetboek.

In ieder geval wordt in het voorliggend voorontwerp -en overigens alle andere voorontwerpen die boeken in het Wetboek van economisch recht zullen invoegen- bepaald dat de Koning de datum van inwerkingtreding bepaalt. Deze uitzondering op de regel dat dit niet aan de Koning mag worden overgelaten is ons inziens verantwoord om

de codificatiewerkzaamheden maximaal te kunnen beheren. Op deze wijze kan ervoor worden gezorgd dat er geen lacunes of tegenstrijdige wetgeving ontstaat.”

Uit de verstrekte toelichting blijkt alvast dat een correcte formulering en timing van de betrokken opheffings- en overgangsbepalingen van cruciaal belang zijn. Daarbij zal men er zorg aan moeten besteden om vooraf ook de verschillende uitvoeringsbesluiten in kaart te brengen. In elk geval moet worden vermeden dat sommige van die uitvoeringshandelingen enkel impliciet, geheel of ten dele, worden opgeheven. Het komt de leesbaarheid van de wetgeving evenmin ten goede indien de overgangsbepalingen met betrekking tot boek V worden gekoppeld aan boeken XIV en XV.

22.1. Artikel V.2 luidt:

“De prijzen van goederen en diensten worden bepaald door de vrije mededinging.”

Dit beginsel lijkt in te absolute bewoordingen te zijn gesteld.

Vooreerst moet dat beginsel worden getemperd in het licht van wat de verdere bepalingen van het ontworpen wetboek op het vlak van de prijsvaststelling inhouden.

Daarenboven dient te worden vastgesteld dat er in bijzondere wetgeving voor verscheidene producten en diensten in specifieke minimum- of maximumprijzen wordt voorzien.²²

Ervan uitgaande dat de stellers van het ontwerp allicht niet de bedoeling hebben om alle bestaande bijzondere regimes die op het vlak van de prijzen bestaan, ongedaan te maken, zal in artikel V.2 best een voorbehoud worden geformuleerd ten aanzien van bestaande en toekomstige sectoriële prijsregulering en tariefbepaling.²³

22.2. Het bepaalde in artikel V.2 kan trouwens ook in samenhang met artikel V.1 tot juridische knelpunten leiden die eveneens best nader worden bekeken door de stellers van het ontwerp.

²² Voorbeelden van dergelijke bijzondere prijsreglementeringen vallen zowel op federaal als op deelstatelijk niveau te geven. Zonder dat in dat verband naar enige exhaustiviteit wordt gestreefd, kan op federaal niveau onder meer worden gewezen op de wet van 3 april 1997 ‘betreffende het fiscaal stelsel van gefabriceerde tabak’, het ministerieel besluit van 18 februari 1998 ‘tot vaststelling van de marges voor implantaten’, het ministerieel besluit van 12 augustus 2005 ‘houdende bijzondere bepalingen inzake prijzen voor de sector van de instellingen voor bejaardenopvang’, het ministerieel besluit van 28 juni 2009 ‘houdende vaststelling van de prijs van het bloed en de labiele bloedderivaten’ en het ministerieel besluit van 14 oktober 2009 ‘tot vaststelling van de prijs van menselijk lichaamsmateriaal’. Enkele voorbeelden die het Vlaamse landsgedeelte betreffen: het decreet van 18 juli 2003 ‘betreffende het integraal waterbeleid’ en het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2003 ‘betreffende de taxidiensten en de diensten voor het verhuren van voertuigen met bestuurder’. Voorbeelden die het Franse landsgedeelte betreffen: Code de l’eau coordonné (livre II du Code de l’Environnement: Eau, coordonné le 3 mars 2005) en besluit van de Waalse Regering van 3 juni 2009 ‘fixant les prix maxima pour le transport par taxis’. Voorbeelden betreffende het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest: ordonnantie van 20 oktober 2006 ‘tot opstelling van een kader voor het waterbeleid’ en het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 4 februari 2010 ‘ter vastlegging van de tarieven van toepassing op de collectieve taxi’s’.

²³ Het alternatief dat erin bestaat om het ontwerp uit te breiden met bijkomende titels inzake de verschillende sectoriële regelingen, zou de coherentie van andere wetgeving in het gedrang kunnen brengen, temeer daar bepaalde van die prijzen nauw samenhangen met de materiële bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten.

Artikel V.1 bepaalt:

“Deze titel is van toepassing op de door de ondernemingen toegepaste prijzen, met uitzondering van de in titel 2 bedoelde prijzen.”

Uit deze bepaling volgt dat de betrokken titel bijvoorbeeld ook van toepassing is op de energieondernemingen, en dit in elke fase van de productie over de transmissie en distributie tot de levering. De energieprijzen voor de consument zijn weliswaar vrij, maar tegelijkertijd is er een strikt gereguleerd systeem van tarieven, vastgesteld door de CREG, die de netbeheerders (ondernemingen) moeten toepassen en aanrekenen. Daar geldt dus niet dat de prijs wordt bepaald door de vrije mededinging.

Vraag is of de stellers van het ontwerp er voldoende rekening mee hebben gehouden dat het inschrijven van een beginselbepaling zoals artikel V.2 in het ontwerp, in combinatie met andere bepalingen, tot dergelijke, al dan niet gewilde of te voorziene, consequenties aanleiding kan geven.

23.1. Het ontwerp draagt het Prijzenobservatorium op om de prijsevolutie op te volgen en om, in voorkomend geval, informatie in te winnen bij de betrokken partijen, de beroepsfederaties en de consumentenorganisaties. Indien er een probleem is, wordt een verslag opgemaakt waarvan de vaststellingen aan de minister en de Mededingingsautoriteit worden meegedeeld, welke laatste “hierdoor wordt gevat” (artikel V.3, eerste lid). Het is immers het Mededingingscollege van de Mededingingsautoriteit – en in beroep het hof van beroep – dat de taak krijgt om “voorlopige maatregelen” te nemen (artikel V.4). De minister moet, wanneer het Mededingingscollege tot het nemen van voorlopige maatregelen beslist, binnen zes maanden aan de regering een “plan (...) houdende structurele wijziging van de marktwerking in de betrokken sector” voorleggen (artikel V.6).

Er mag redelijkerwijze worden van uitgegaan dat een verstoring van de mededinging aanleiding kan geven tot verstoringen van de manier waarop de prijs wordt gevormd. In die zin kunnen ongewone prijzen of marges – te hoog, maar ook te laag – een aanwijzing of zelfs een symptoom zijn van een verstoorde mededinging. In die zin kan men begrijpen dat de Mededingingsautoriteit op dergelijke anomalieën attent moet worden gemaakt.

Op die manier wordt evenwel de Mededingingsautoriteit in boek V belast met een supplementaire taak die op de prijscontrole betrekking heeft en die bovenop de taak komt waarin boek IV op het vlak van de mededinging voorziet.

Beide voornoemde taken kunnen niet zomaar inhoudelijk met elkaar worden gelijkgesteld.

De taak van de Mededingingsautoriteit onder verordening (EG) nr. 1/2003 bestaat erin om op zoek te gaan naar structurele verstoringen van de mededinging, die ofwel het gevolg kunnen zijn van kartelvorming of van een misbruik van een dominante positie. De Mededingingsautoriteit kan vervolgens boetes opleggen voor die inbreuk en maatregelen opleggen om dat structurele gebrek weg te werken.

In boek V krijgt de Mededingingsautoriteit evenwel een inhoudelijk andere taak. Zij wordt niet geacht om meteen een mededingingsonderzoek op te starten naar de structurele gebreken in de markt, maar wel om meteen aan “symptoombestrijding” te doen en bij wijze van voorlopige maatregel rechtstreeks tussen te komen in de prijsvorming, en dit op basis van criteria die zeker niet dezelfde zijn als die voor een interventie op basis van het klassieke mededingingsrecht.

Bij dergelijke uitbreiding van het takenpakket kunnen dan ook diverse vragen worden gesteld. Vooreerst is er de vraag of dergelijke uitbreiding verenigbaar is met de relevante EU-wetgeving. Daarnaast is er de vraag of de taak die het Mededingingscollege in boek V op het vlak van de prijscontrole wordt opgedragen voldoende duidelijk is afgebakend ten aanzien van de taken die het Mededingingscollege overeenkomstig boek IV kan uitoefenen op het vlak van de mededinging. Ook dient het voor het Mededingingscollege duidelijk te zijn op grond van welke bevoegdheid – de mededinging of de prijscontrole – het kan optreden en overeenkomstig welke procedure dat dient te gebeuren, waarbij er uiteraard moet mee rekening worden gehouden dat procedures op een concurrerende wijze toepasbaar worden en de procedurele complexiteit erdoor zal worden aangewakkerd.

Wordt een duidelijke opdeling van de twee voornoemde taken beoogd of dient integendeel van een inhoudelijke taakvermenging in hoofde van het Mededingingscollege te worden gewaagd met alle gevolgen vandien voor de duidelijkheid en de rechtszekerheid ?

23.2. Vastgesteld kan worden dat verordening (EG) nr. 1/2003 weinig indicatief is voor de manier waarop de Mededingingsautoriteit moet worden georganiseerd. De verordening sluit niet uit dat de Mededingingsautoriteit andere taken zou krijgen, zij het dat de enige hypothese waarvan expliciet wordt uitgegaan in de verordening het geval betreft waarbij een rechtscollege de rol vervult van Mededingingsautoriteit.

23.3. In artikel V.4, § 4, wordt het volgende bepaald:

“Dit artikel doet geen afbreuk aan de bevoegdheden van de Belgische Mededingingsautoriteit zoals beschreven in Boek IV.”

Ondervraagd over de draagwijdte van de aangehaalde bepaling en over de wijze waarop het Mededingingscollege zijn taken, bedoeld in boek V, moet onderscheiden van die welke in boek IV worden geregeld, verklaarde de gemachtigde:

“L’articulation entre les Livre IV et V repose en effet sur l’article V, § 4 qui a la portée suivante: le Livre V ne réduit en rien les compétences de l’autorité de concurrence et ne réduit en rien la portée des dispositions de droit matériel de la concurrence. Par ailleurs, en ce qui concerne l’article V, 3, sa portée est générale. En d’autre terme, peu importe l’origine du problème détecté, à savoir soit un problème de pratiques restrictive de concurrence ou un problème de nature différente. V, 3 s’applique donc même en cas de violation sous-jacente du droit de la concurrence.”

De verstrekte uitleg doet ervan blijken dat het Mededingingscollege wel degelijk een gemengde taak zal hebben te vervullen die zowel betrekking kan hebben op de controle van

activiteiten die van aard zijn om de mededinging te verstoren als op de prijscontrole. Die bedoeling zou duidelijker in de tekst van het ontwerp tot uitdrukking moeten worden gebracht.²⁴

Daarenboven lijkt in het licht van de verstrekte uitleg niet te kunnen worden uitgesloten dat, binnen eenzelfde orgaan – het Mededingingscollege – parallelle procedures zullen moeten worden doorlopen, waarvan sommige relatief snel zullen dienen te gebeuren²⁵ en waaromtrent de vraag rijst of hierdoor geen afbreuk dreigt te worden gedaan aan de onafhankelijkheid. Zo valt niet uit te sluiten dat het Mededingingscollege zich dient uit te spreken over het nemen van voorlopige maatregelen in het kader van de prijzencontrole en dat het zich vervolgens moet buigen over een onderzoek naar mededingingsbeperkende praktijken in hoofde van dezelfde ondernemingen.

24. Overeenkomstig artikel V.5, §1, eerste lid, is het aan het Mededingingscollege zelf om zijn beslissing en alle bijkomende stukken mee te delen aan het hof van beroep dat vervolgens – weliswaar bij arrest – de beslissing van het Mededingingscollege bevestigt, wijzigt of vernietigt. De procedure wordt bijgevolg niet opgestart door een belanghebbende partij, maar vindt automatisch plaats. Belanghebbenden – het is blijkbaar niet vereist dat men heeft deelgenomen aan de procedure voor het Mededingingscollege – kunnen weliswaar met toepassing van artikel V.5, § 2, verzoeken om de opgelegde voorlopige maatregelen geheel of gedeeltelijk te schorsen in afwachting van dat oordeel, maar naar de letter van het ontwerp zou het hof van beroep, zelfs bij afwezigheid van de medewerking of van bezwaren van elke belanghebbende, een volstrekt andere – ook op opportuniteitsgronden gesteunde – beslissing kunnen nemen dan het Mededingingscollege.

Vraag is of op die wijze nog van een klassieke rechterlijke beslissing kan worden gewaagd²⁶ en of het hof van beroep onder die omstandigheden nog kan worden geacht te voldoen aan de voorwaarden die het Hof van Justitie gesteld heeft aan een rechtscollege dat prejudiciële vragen kan stellen met toepassing van artikel 267 VWEU.²⁷ Het hof van beroep beslecht immers *in casu* niet noodzakelijk een geschil in een procedure op tegenspraak en oordeelt evenmin steeds naar recht.

De vraag rijst dan uiteraard welke instantie wel geacht moet worden om nuttig rechtsbescherming te bieden tegen de beslissingen van het hof van beroep. Het ontwerp doet er

²⁴ Een bepaling in de zin van artikel V.4, § 4, kan immers op een gedifferentieerde manier worden uitgelegd.

²⁵ Dat is het geval voor de procedure bedoeld in artikel V.4: artikel V.4, § 1, verwijst naar artikel IV.64, § 6.

²⁶ De beslissing heeft eigenlijk meer weg van een handeling van hoog administratief toezicht waarbij het hof van beroep, in weerwil van de scheiding der machten, een taak van de uitvoerende macht krijgt toebedeeld. Aan het hof van beroep wordt immers opgedragen om, los van elk geschil, de handeling van het Mededingingscollege te herevalueren. Enkel indien een belanghebbende om de schorsing van de maatregel zou vragen, moet er een partij een ernstig middel aanvoeren, maar anders kan de procedure perfect worden voltrokken zonder dat ook maar één partij een bezwaar uit.

²⁷ HvJ 30 juni 1966, zaak 61/65 *Vaassen-Göbbels*, Jur. 1966, 258. Zie meer recent HvJ 10 december 2009, zaak C-205/08 *Umweltanwalt von Kärnten*, Jur. 2009, I-11525, punten 34-39. Zie ook voor de bijzondere situatie van mededingingsautoriteiten HvJ 31 mei 2005, zaak C-53/03 *Syfait*, Jur. 2005, I-4609, punten 29-37. Het feit dat het hof van beroep onafhankelijk is en organiek deel uitmaakt van de rechterlijke macht is geen voldoende voorwaarde om het te beschouwen als een rechtscollege dat prejudiciële vragen kan stellen met toepassing van artikel 267 VWEU (zie HvJ 19 oktober 1995, zaak C-111/94, *Job-Center*, Jur. 1995, I-3361, punten 9-11, HvJ 15 januari 2002, zaak C-182/00 *Lutz*, Jur. 2002, I-547, punten 11-17).

op dat punt het zwijgen toe. Gelet op het feit dat prijscontrolemaatregelen mogelijkwerwijze een impact hebben op fundamentele rechten (recht op eigendom, vrijheid van ondernemen) en op het Unierecht (vrij verkeer, mededinging) vereisen zowel de artikelen 6 en 13 EVRM, als artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, nochtans dat een effectief rechtsmiddel zou openstaan tegen deze beslissingen bij een rechter waarvoor alle middelen van het Unierecht kunnen worden ingeroepen en die daarover in voorkomend geval een prejudiciële vraag kan of moet stellen aan het Hof van Justitie.

Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde:

“Le pouvoir donné par l'article V, 5, § 1^{er} à la Cour d'appel de non seulement confirmer, annuler mais aussi de modifier la décision du Collège de la concurrence implique un pouvoir de réformer sa décision en y substituant sa propre appréciation aussi bien en droit que sur le complexe de fait qui lui est soumis. Cela demeure néanmoins un contrôle judiciaire.”

Deze verklaring kan niet de twijfels wegnemen die onder dit randnummer zijn geuit met betrekking tot de precieze aard van de beslissing van het hof van beroep en de daaruit voortvloeiende gevolgen.

II. Artikelsgewijze opmerkingen

Artikel V.3

25. Het Prijzenobservatorium kan overeenkomstig artikel V.3, eerste lid, de raadpleging opstarten in het geval waarin het onder meer “een probleem inzake prijzen of marges” vaststelt. Het beoogde “probleem” zou nader moeten worden omschreven in de tekst van het ontwerp of minstens in de memorie van toelichting. Het betrokken begrip heeft immers een te onbepaalde juridische draagwijdte.

26. In onder meer artikel V.3, eerste lid, wordt melding gemaakt van “betrokken partijen”. In andere bepalingen worden de termen “betrokkene” (zie artikel V.5, § 2, derde lid) of “belanghebbende” (zie artikel V.5, § 2, eerste lid) gebruikt. Het is niet steeds geheel duidelijk of met deze gedifferentieerde terminologie ook telkens een inhoudelijk verschil overeenstemt, noch wat precies met die termen wordt bedoeld.

Artikel V.4

27. In artikel V.4, § 1, wordt verwezen naar de procedure van artikel IV.64, §§ 3, 4, 5 en 6, waarin deels de procedure voor het opleggen van voorlopige maatregelen in mededingingszaken wordt geregeld. Vraag is of dergelijke verwijzing voldoende duidelijk is en bijvoorbeeld volstaat om de precieze rol van het auditoraat in zaken als bedoeld in artikel IV.64 weer te geven. Artikel IV.64, § 3, voorziet weliswaar in de mogelijkheid voor het auditoraat om op te treden, maar naar artikel IV.64, § 2, wordt niet verwezen. In die bepaling wordt vermeld dat het secretariaat het verzoekschrift aan het auditoraat bezorgt. Daarentegen is het zo dat het Prijzenobservatorium de Mededingingsautoriteit dient te “vatten”, hetgeen impliciet zou kunnen

betekenen dat ook het auditoraat hieronder valt, ook al wordt er verder in de tekst enkel nog van het Mededingingscollege melding gemaakt.

28. Overeenkomstig artikel V.4, § 1, kan het Mededingingscollege voorlopige maatregelen bevelen “na de betrokken partijen gehoord te hebben overeenkomstig de door artikel IV.64, §§ 3, 4, 5 en 6 bepaalde procedure, en in voorkomend geval de sectorale regulatoren te hebben geraadpleegd”.

Deze bepaling lijkt de indruk te wekken dat het Mededingingscollege, na raadpleging van de regulatoren, ook zou kunnen ingrijpen in de tariefstructuur van bijvoorbeeld energieprijzen. Dergelijke ingreep zou evenwel ingaan tegen de exclusieve bevoegdheden die op dat vlak aan de desbetreffende regulatoren zijn toebedeeld en die zijn gewaarborgd door de Europese regelgeving.²⁸ Teneinde er geen onzekerheid over te laten bestaan dat dergelijke ingreep niet wordt beoogd, zou de tekst van het ontwerp op dat punt best worden geëxpliciteerd.

Artikel V.4, § 1, is daarenboven op zo een wijze geredigeerd dat – indien al zou kunnen worden aangenomen dat wordt ingegrepen in de tariefstructuur in de sector van de regulatoren – dat kan gebeuren op basis van informatie²⁹ die niet aan de andere partijen bij de procedure is voorgelegd, waardoor de wapengelijkheid tussen partijen in het gedrang zou dreigen te komen.

29. Gelet op de aard van de beslissingen die door het Mededingingscollege kunnen worden genomen, kan men zich de vraag stellen of niet in een bijzondere vorm van bekendmaking van die beslissingen moet worden voorzien.

Artikel V.10

30. In artikel V.10, § 4, eerste lid, wordt onder meer bepaald dat de minister nadere regels kan voorschrijven die nodig zijn voor de toepassing van de bepalingen van dat artikel.

In dat verband moet er op worden gewezen dat de wetgever op normatief vlak in beginsel geen delegatie vermag toe te kennen aan een minister.

De verordenende bevoegdheid komt immers krachtens de grondwettelijke beginselen betreffende de uitoefening der staatsmachten toe aan de Koning. Weliswaar is een delegatie aan een minister van bevoegdheden van bijkomstige of detailmatige aard niet onverenigbaar met die beginselen, maar zulks neemt niet weg dat het dan in principe de Koning toekomt om, binnen de grenzen van zijn bevoegdheden, zulk een delegatie te verlenen, en niet de wetgever. Een rechtstreekse delegatie van dergelijke bevoegdheden aan een minister door de

²⁸ Zie artikel 37, 1, a), van Richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’, en artikel 41, 1, a), van Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG’. Zie ook GwH, nr. 97/2011, 31 mei 2011, B.9.5.

²⁹ Luidens artikel V.4, § 1, dienen de sectorale regulatoren immers in voorkomend geval te worden “geraadpleegd” en niet te worden gehoord overeenkomstig de door artikel IV.64, §§ 3, 4, 5 en 6, bepaalde procedure.

wetgever komt immers neer op een ingrijpen van de wetgever in een prerogatief dat aan de Koning als hoofd van de federale uitvoerende macht (artikel 37 van de Grondwet) toebehoort. Een dergelijke delegatie zou enkel aanvaardbaar kunnen zijn ingeval objectieve redenen voorhanden zijn die een dringend optreden van de uitvoerende macht vereisen. In het voorliggende geval kunnen zulke redenen bezwaarlijk aanwezig worden geacht.

Bijgevolg dient de voormelde delegatie te worden toegekend aan de Koning in plaats van aan de minister.

Eenzelfde opmerking kan worden gemaakt bij andere bepalingen, zoals artikel V.12, waarin aan de minister bevoegdheden worden gedelegeerd die van verordenende aard lijken te zijn.

Artikel 22

31. In artikel 22, tweede lid, 2°, van het ontwerp dient te worden geschreven “in overeenstemming brengen” of “doen overeenstemmen” (niet “overeenbrengen”).

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation s'est essentiellement limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique¹ et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis fait partie d'un projet de grande ampleur qui a pour but, au moyen d'une codification d'une grande partie de la législation en vigueur, de mettre en place un 'Code de droit économique'.

En ce qui concerne la protection de la concurrence, dans le livre IV en projet, le projet va cependant bien au-delà d'une simple codification. Si l'aspect matériel-substantiel du droit de la concurrence n'est pas affecté, le projet de loi restructure néanmoins complètement l'Autorité belge de la concurrence. L'exposé des motifs précise qu'on entend ainsi « réformer l'autorité de la concurrence en une autorité indépendante, avec un statut juridique comparable à l'IBPT et à la CREG et une structure adaptée aux meilleures pratiques en matière d'autorités de concurrence – et donc inspirée par la structure de la très performante Autorité de la Concurrence française ».

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

Pour améliorer le fonctionnement du marché, le livre V en projet modernise les règles de concurrence générales et, en particulier, la réglementation des prix.

Le livre V, en projet, est composé de deux titres.

Le premier titre comporte les dispositions générales et prévoit une procédure permettant à l'Observatoire des prix de suivre l'évolution des prix de la vente de biens et de services et, le cas échéant, de s'adresser à l'autorité de concurrence créée dans le livre IV et au ministre compétent, qui peuvent ensuite prendre les mesures qui s'imposent.

Le deuxième titre concerne spécifiquement le contrôle du prix des médicaments à usage humain, visés à l'article 1^{er} de la loi du 25 mars 1964 'sur les médicaments', et des produits assimilés qui visent, d'une part, certains objets, appareils et substances désignés par le ministre et, d'autre part, également les matières premières utilisées dans des préparations magistrales.

FORMALITÉS

3. L'accord du Ministre qui a le budget dans ses attributions fait défaut. Il ressort de la notification du Conseil des ministres que les implications budgétaires doivent encore faire l'objet de négociations dans le cadre de l'établissement du budget 2013. Si ces négociations devaient modifier significativement le projet, il faudrait à nouveau le soumettre à l'avis du Conseil d'État, section de législation.

4. Il découle de l'article 19/1, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' que les avant-projets de loi, les projets d'arrêté royal et les propositions de décisions devant être soumises à l'approbation du Conseil des ministres, doivent en principe faire l'objet d'un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence au sens de l'article 2, 9°, de cette loi ². Les seuls cas dans lesquels pareil examen préalable ne doit pas être effectué sont ceux fixés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres ³. Un tel arrêté n'a pas encore été pris. Lorsque l'examen préalable fait apparaître la nécessité d'une évaluation d'incidence, il doit être procédé à l'évaluation précitée ⁴.

Aucune trace de l'accomplissement des formalités requises par l'article 19/1, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997 ne figurait dans le dossier soumis au Conseil d'État pour avis.

² Article 19/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997, précitée. L'article 19/1, § 2, de la même loi charge le Roi de fixer les modalités de cet examen préalable par un arrêté délibéré en Conseil des ministres. À ce jour, aucun arrêté d'une telle portée n'a été publié au *Moniteur belge*.

³ Article 19/1, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 5 mai 1997, précitée.

⁴ Article 19/2, alinéa 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997, précitée. Le deuxième alinéa de cette disposition charge le Roi de fixer les modalités de l'évaluation d'incidence par arrêté délibéré en Conseil des ministres. À ce jour, aucun arrêté ayant pareil objet n'a été publié au *Moniteur belge*.

Interrogé à ce sujet, le délégué a fait parvenir au Conseil d'État, section de législation, un formulaire d'exemption EIDDD (formulaire A) qui justifie l'exception d'un quelconque examen comme suit :

« Il est d'ores et déjà établi avec certitude que l'incidence de la mesure sur le plan social, économique et/ou environnemental sera négligeable, parce que le projet de loi n'a pas d'incidence sur le plan social, économique et/ou environnemental : son but est de moderniser la législation relative aux prix ».

Force est de constater que cette justification ne semble concerner que les mesures relatives aux prix qui figurent dans le livre V. Il est en outre permis de douter que la justification invoquée puisse effectivement expliquer pourquoi l'on renonce à procéder à une évaluation d'incidence. La régulation de la concurrence et des prix a en effet, par définition, un impact économique et l'objet ainsi que la portée des dispositions en projet sont – en substance – d'une nature telle que l'on peut difficilement considérer *a priori* que l'on peut être exempté de l'examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence au sens de l'article 2, 9°, de la loi du 5 mai 1997.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

5. Le projet de loi soumis pour avis vise à insérer les livres IV et V dans le Code de droit économique. Par ailleurs, les articles 2 et 3 du projet insèrent deux définitions dans le livre I, titre 2, du code précité.

Un tel procédé n'est pas de nature à faciliter l'examen par le Conseil d'État, section de législation.

D'une part, on constate que les définitions concernées « sont applicables aux livres IV et V », ce qui implique que les autres définitions, qui doivent encore être inscrites dans le livre I, titre 2, du code, auront une portée générale. D'autre part, ce livre I n'a pas encore été soumis pour avis au Conseil d'État, section de législation. Il s'ensuit que le Conseil d'État doit donner un avis sur les livres IV et V en projet, sans pouvoir tenir compte à cet égard de définitions de notions dont les livres concernés font également usage, mais qui ne seront communiquées que postérieurement, à savoir lorsque le livre I sera également soumis pour avis. Le Conseil d'État n'est ainsi pas non plus en mesure d'examiner si l'insertion dans le livre I des chapitres 2 (comportant un article I.6) et 3 (comportant un article I.7) s'effectue correctement⁵.

Ce procédé complique non seulement l'examen du code en projet en ce qui concerne les définitions utilisées, mais aussi en ce qui concerne les règles en matière de maintien et de répression. Ces dernières règles seront en effet également inscrites dans un livre dont le Conseil d'État, section de législation, n'a pas encore pu prendre connaissance.

⁵ Outre que le texte néerlandais mentionne d'une manière peu uniforme « Art. 1.6 » et « Art. I.7 », il faut constater que les deux articles font état d'une énumération ne comportant chacune qu'un seul élément, ce qui soulève la question de savoir si d'autres définitions supplémentaires seront encore prévues, spécifiquement pour l'application des livres IV ou V.

6. Le projet comporte des dispositions qui règlent une matière visée à l'article 77 de la Constitution. Il s'agit plus spécifiquement des dispositions qui règlent les compétences⁶ de la Cour d'appel de Bruxelles⁷ et de la Cour de cassation⁸. La plupart des dispositions du projet concernent cependant une matière visée à l'article 78 de la Constitution. Il appartient aux auteurs du projet d'en tirer les conséquences qui s'imposent sur le plan de la procédure parlementaire d'adoption qu'il y a lieu de suivre. Si le contenu des mesures en projet reste inchangé, l'article 1^{er} du projet ne peut en aucun cas être maintenu en l'état⁹.

7. Il convient de compléter le projet par les dispositions abrogatoires nécessaires. Plusieurs articles du code en projet reproduisent en effet, sous une forme modifiée ou non, des dispositions législatives en vigueur, sans que celles-ci soient pour autant formellement abrogées. Il va sans dire que l'absence de telles dispositions abrogatoires est source d'insécurité juridique.

C'est ainsi, par exemple, que les articles IV.13 et IV.14 requièrent l'abrogation des articles 1^{er} et 2 de la loi du 27 mars 1969 'relative à la réglementation des transports maritimes et aériens'. Mieux vaudrait également abroger certaines dispositions de la loi du 22 janvier 1945 'sur la réglementation économique et les prix' et du titre VI de la loi-programme du 22 décembre 1989, compte tenu du régime des prix figurant dans le livre V (voir également l'observation sous le n° 21 et le motif communiqué au Conseil d'État expliquant pourquoi ces abrogations n'ont pas lieu pour l'instant).

8. Le délégué a communiqué au Conseil d'État, section de législation, un tableau de concordance des dispositions procédurales de la loi 'sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006' et de la version de celles-ci adaptée à la restructuration de l'Autorité belge de la concurrence, telle qu'elle figure dans le projet. Un tableau récapitulatif relatif aux différentes procédures de recours ouvertes contre diverses décisions visées dans le projet a également été communiqué. Par souci d'accessibilité et d'intelligibilité du projet, il est recommandé d'annexer ces tableaux à l'exposé des motifs.

EXAMEN DES DISPOSITIONS DU LIVRE IV EN PROJET

I. Antécédents

9. La restructuration de l'Autorité belge de la concurrence étant au cœur du livre IV en projet, on rappellera utilement les antécédents des dispositions en projet.

9.1. Le droit européen de la concurrence a été radicalement modifié depuis le 1^{er} mai 2004. Le plus important élément de cette modification est le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 'relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux

⁶ Certaines de ces compétences étaient déjà inscrites dans la loi 'sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006'.

⁷ Voir par exemple l'article IV.79, *partim*.

⁸ Voir l'article IV.75.

⁹ L'article 1^{er} du projet dispose : « La présente loi règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution ».

articles 81 et 82 du traité' (actuellement : les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ci-après TFUE).

Jusqu'alors, la Commission était le plus important et souvent l'unique acteur pour l'application des articles 101 et 102 TFUE, certes sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne. Le règlement (CE) n° 1/2003 a remplacé ce système par une application décentralisée du droit de la concurrence. Désormais, les autorités de concurrence et les autorités judiciaires nationales peuvent également, en parallèle et en collaboration avec la Commission, apprécier la conformité au regard des articles 101 et 102 TFUE. L'article 3 du règlement expose les lignes de conduite en la matière :

- les autorités de concurrence et les juridictions nationales peuvent appliquer le droit national de la concurrence, mais s'il s'agit d'un accord ou d'une pratique susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, elles doivent également appliquer le droit communautaire de la concurrence (article 3, paragraphe 1, du règlement);
- l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords ou de pratiques qui seraient admissibles en vertu du droit communautaire (article 3, paragraphe 2, du règlement).

9.2. Quel est actuellement le rôle des différents acteurs dans le système décentralisé ?

- la Commission exerce désormais ses compétences dans un système parallèle, celle-ci et les autorités de concurrence nationales appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration (article 11, paragraphe 1, du règlement). Les articles 7 à 10 du règlement précisent les compétences de la Commission, qui demeurent étendues ;
- les États membres désignent les autorités de concurrence nationales en tenant compte de la diversité des structures et des procédures pouvant y exister, étant entendu, notamment, que l'autorité désignée peut être une autorité judiciaire (voir l'article 35 du règlement). L'article 5 du règlement définit les pouvoirs que les autorités de concurrence nationales peuvent exercer pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE ;
- la Commission et les autorités de concurrence nationales coopéreront au sein du '*Réseau européen de la concurrence*' (REC). Les articles 11 et suivants du règlement règlent les grands principes de cette coopération en attirant l'attention sur le droit d'évocation de la Commission à l'égard des autorités de concurrence nationales, tel qu'il est inscrit à l'article 11, paragraphe 6, du règlement ;
- les juridictions nationales appliquent également les articles 101 et 102 TFUE (article 6 du règlement), certes en des qualités diverses : en tant que (composante d') une autorité de concurrence nationale, en tant qu'instance de recours contre les décisions de l'autorité de concurrence nationale ou en tant que juridiction ordinaire pour le règlement des litiges.

9.3. La loi 'sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006' a tenu compte de ce système décentralisé et a élaboré la structure suivante :

- Le Conseil de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence est une juridiction administrative appelée à statuer tant sur les notifications de concentrations que sur les pratiques restrictives de concurrence. Il s'agit de litiges objectifs : ni le Conseil ni les organes d'instruction ne sont liés par la demande d'une partie demanderesse. Le Conseil constate des infractions et inflige des peines. Il peut ordonner de faire cesser les infractions. Le président du Conseil peut également ordonner des mesures provisoires.

Le Conseil est composé de douze conseillers, six membres permanents et six membres occasionnels, nommés pour un mandat renouvelable de six ans. Il est assisté par un greffe.

- L'auditorat

L'auditorat dirige les instructions et délivre des ordres de mission aux fonctionnaires de la Direction générale de la concurrence. Il soumet les affaires au Conseil par la voie de rapports et veille à l'exécution des décisions de celui-ci. Il est composé de six à dix auditeurs.

L'auditorat peut, sous peine d'amende et dans le délai qu'il fixe, recueillir auprès des parties ou de tiers, tous renseignements ou témoignages qu'il estime utiles. Il peut saisir des documents ou apposer des scellés, le cas échéant en requérant la force publique. Il peut également commettre des experts et déterminer leur mission.

L'auditorat peut, par décision motivée, classer les plaintes et les demandes de mesures provisoires, mais un recours contre cette décision est ouvert devant le Conseil. Il statue aussi sur les demandes de confidentialité des pièces que les parties introduisent.

- La Direction générale de la concurrence du SPF Économie.

La Direction générale de la concurrence du SPF Économie instruit notamment les concentrations d'entreprises et les pratiques restrictives de concurrence. Elle le fait sous l'autorité de l'auditorat. Elle veille en outre à la préparation, à l'exécution et à l'évaluation de la politique de la concurrence en Belgique. Elle prépare également la législation et la réglementation en matière de concurrence économique.

La direction générale est composée de trois fonctionnaires dirigeants, d'une trentaine d'attachés (enquêteurs) et de personnel d'appui.

9.4. Le projet de loi soumis pour avis redessine en profondeur la structure de l'Autorité belge de concurrence.

Le Conseil de la concurrence est abrogé.

Il est créé un service autonome doté de la personnalité juridique, dénommé Autorité belge de la concurrence (article IV.16). Cet organisme comprend les composantes suivantes :

- le président et le service du président (articles IV.17 à IV.20) ;

- le Collège de la concurrence (articles IV.21 et IV.22) ;
- le Comité de direction (articles IV.23 à IV.25) ;
- l'auditeur général et l'auditorat (articles IV.26 à IV.31).

L'exposé des motifs expose de manière plus détaillée les grandes lignes de la réforme.

II. L'Autorité belge de la concurrence

10. Pour situer la nature juridique de l'Autorité belge de la concurrence, il est utile de rappeler les observations suivantes que l'avis 27.220/1 - 27.221/1 du 23 avril 1998 a formulées sur deux avant-projets de loi devenus la loi du 26 avril 1999 'modifiant la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique' :

« 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 concurrence. En ce qui concerne le contrôle des concentrations, il en résulte probablement un 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 (...) sur l'admissibilité de la concentration ».

11. Alors que tant la loi du 5 août 1991 que la loi coordonnée le 15 septembre 2006 ont choisi d'attribuer les deux compétences (contrôle des concentrations et pratiques restrictives de concurrence) à une juridiction administrative – le Conseil de la concurrence – le projet soumis pour avis s'engage dans une autre voie et confie les deux compétences à l'Autorité belge de la concurrence, qui fonctionne comme une autorité administrative.

Il faut surtout considérer cette option comme une réponse à l'arrêt *VEBIC* vzw de la Cour de Justice de l'Union européenne du 7 décembre 2010 (C-439/08). Dans cet arrêt, rendu sur une question préjudicielle de la Cour d'appel de Bruxelles, la Cour de Justice a jugé de la manière suivante le fait qu'en tant que juridiction administrative, le Conseil de la concurrence ne pouvait pas être représenté dans la procédure de recours contre ses décisions devant la Cour d'appel (sommaire) :

« L'article 35 du règlement n° 1/2003, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas la faculté à une autorité de concurrence nationale de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure judiciaire dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur. Le fait de ne pas accorder à l'autorité de concurrence nationale les droits attachés à la qualité de partie au litige et, partant, de l'empêcher de défendre la décision qu'elle a adoptée dans l'intérêt général comporte, en effet, le risque que la juridiction saisie soit entièrement 'captive' des moyens et arguments développés par la ou les entreprises requérantes. Or, dans un domaine tel que celui de la constatation d'infractions aux règles de concurrence et de l'imposition d'amendes, qui comporte des appréciations juridiques et économiques complexes, l'existence même d'un tel risque est susceptible de compromettre l'exercice de l'obligation particulière qui incombe aux autorités de concurrence nationales, en vertu du règlement n° 1/2003, de garantir l'application effective des articles 101 TFUE et 102 TFUE, lesquels se sont substitués aux articles 81 et 82 précités.

Il appartient aux autorités de concurrence nationales de mesurer la nécessité et l'utilité de leur intervention au regard de l'application effective du droit de la concurrence de l'Union. Toutefois, la non-comparution systématique de l'autorité de concurrence nationale à de telles procédures judiciaires compromet l'effet utile des articles 101 TFUE et 102 TFUE.

En l'absence de réglementation de l'Union, les États membres demeurent compétents, conformément au principe de l'autonomie procédurale, pour désigner le ou les organes relevant de l'autorité de concurrence nationale qui disposent de la faculté de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure devant une juridiction nationale dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur, tout en garantissant le respect des droits fondamentaux et la pleine effectivité du droit de la concurrence de l'Union (cf. points 58, 64 et disp.) ».

Pour donner suite à cet arrêt, le projet prévoit que le recours contre certaines décisions du Collège de la concurrence et du président peut exclusivement être introduit devant la Cour d'appel de Bruxelles (article IV.79.) et que le président représente l'Autorité belge de la concurrence dans cette procédure (article IV.20, § 1, 4°).

12.1. L'exposé des motifs souligne à plusieurs reprises que l'Autorité belge de la concurrence est conçue comme un organisme indépendant. Il serait dès lors recommandé que ce même exposé des motifs fournisse, au regard de l'indépendance visée de l'Autorité de la concurrence, des précisions supplémentaires concernant certains aspects du régime en projet.

12.2.1. En ce qui concerne la position de l'auditorat en qualité d'organe d'instruction indépendant au sein de l'Autorité de la concurrence, il convient d'observer que le statut de l'auditorat au sein celle-ci diffère fondamentalement du statut auprès du Conseil de la concurrence.

Les constatations ci-après s'imposent en effet :

- les membres de l'auditorat perdent leur statut régi par la loi¹⁰. À cet égard, on peut d'ailleurs observer que le projet ne comporte aucune disposition transitoire pour les membres actuels de l'auditorat ;
- l'auditeur général dirige l'auditorat (article IV.26, § 2, alinéa 2, 1°), mais ne peut ouvrir les instructions et fixer l'ordre du traitement qu'après avis du directeur économique et du directeur des études juridiques (article IV.26, § 2, alinéa 2, 3°) ;
- le Comité de direction est responsable de la direction de l'Autorité de la concurrence (article IV.23). Le Comité de direction a notamment pour mission l'organisation et la composition de l'auditorat et la rédaction du règlement d'ordre intérieur de l'auditorat qui est approuvé par le Roi (article IV.25). L'auditeur général n'est qu'un des quatre membres du Comité de direction et peut donc être mis en minorité sur ces points ;
- selon l'article IV.27, § 1, alinéa 2, l'auditorat est composé des membres du personnel de l'Autorité de la concurrence affectés par le Comité de direction à ce service, étant entendu que le Président peut faire appel à ceux-ci à concurrence du taux de disponibilité fixé par le Comité de direction. En outre, l'exposé des motifs précise que « [l]' Auditorat ne constitue plus dans l'autorité autonome un corps distinct qui dirige uniquement les instructions. Tout le service d'instruction est désigné comme Auditorat. Et tous les fonctionnaires désignés

¹⁰ Voir actuellement, en effet, les articles 25 et suiv. de la loi 'sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006'.

comme faisant partie du service d'instruction comme membre de l'auditorat peuvent être chargés par l'Auditeur général des tâches d'un auditeur » ;

- selon la législation actuelle, l'auditeur établit, au terme de l'instruction, un rapport qui est déposé auprès du Conseil de la concurrence. Ce rapport comporte notamment une proposition de décision¹¹. Le nouveau système prévoit qu'après que les griefs ont été communiqués aux entreprises ou aux personnes physiques qui font l'objet de l'instruction et que la possibilité leur a été donnée d'y répondre, l'auditeur doit toutefois soumettre un projet de décision motivé au président du Collège de la concurrence (article IV.42, § 5).

Les constatations précitées pourraient susciter des doutes quant à la question de savoir si la fonction d'auditeur ainsi conçue est celle d'un organe d'instruction suffisamment indépendant tant du point de vue institutionnel et organisationnel qu'en ce qui concerne l'impact sur le pouvoir décisionnel final et réel. Le cas échéant, des précisions supplémentaires peuvent être apportées à ce sujet dans l'exposé des motifs.

12.2.2. Il semble que la séparation requise entre le pouvoir d'instruction et le pouvoir de décision¹² peut être compromise par l'application de l'article IV.44, qui habilite le président du Collège de la concurrence à procéder à des instructions générales ou sectorielles, compétence que la législation antérieure avait réservée à l'auditorat.

En effet, il est possible que de telles instructions mettent en lumière des pratiques restrictives de concurrence que le Collège de la concurrence (avec le même président) doit alors apprécier.

12.2.3. Il convient également d'observer qu'une intégration précise du rôle de l'auditorat dans le nouveau contexte du fonctionnement du Collège de la concurrence est rendue difficile, dès lors que, d'une part, les termes « auditorat » et « auditeur » ne sont pas toujours utilisés de manière cohérente et sémantiquement identique dans les différentes dispositions du projet¹³ et, d'autre part, il ne paraît pas toujours avoir été suffisamment tenu compte du fait que l'intention est manifestement de créer au sein de l'auditorat une sorte de « structure intermédiaire », comme c'est le cas de la « cellule d'accompagnement » visée à l'article IV.29¹⁴.

En outre, certaines dispositions existantes sont reproduites dans le code en projet, sans qu'il ne soit suffisamment tenu compte du fait que le Collège de la concurrence agit en une autre qualité juridique que le Conseil de la concurrence – à savoir en qualité d'autorité administrative – et que, par ailleurs le statut de l'auditorat n'est plus le même qu'auparavant.

¹¹ Voir l'article 45, § 4, de la loi coordonnée mentionnée dans la note précédente.

¹² Le principe de l'équité procédurale peut être mis à mal lorsque des membres du personnel d'un organe administratif prennent part tant à l'instruction préalable qu'à la délibération sur l'application d'une sanction à caractère pénal (voir par ex. C.E., 17 janvier 2006, n° 153.839, SA Tvi).

¹³ Ainsi, l'article IV.41 comporte le régime général en matière de procédure d'instruction et les paragraphes 2 à 5 de cette disposition ne font mention que d'« auditeurs », contrairement à ce qui est le cas dans les paragraphes 6 à 9, qui mentionnent aussi bien « auditorat » que « auditeur ».

¹⁴ L'article IV.30 fait aussi bien mention d'« auditorat » (paragraphe 1^{er}) que d'« auditeurs » (paragraphes 2 et 3). Il n'y est nullement question de la « cellule d'accompagnement », visée à l'article IV.29, bien que, comme le confirme l'exposé des motifs, celle-ci exerce les compétences que les dispositions de procédure confient à l'auditorat.

Ainsi, l'article 615, alinéa 2, du Code judiciaire a été rédigé compte tenu du statut du Conseil de la concurrence en tant que juridiction administrative et du statut spécial de l'auditorat. Le projet prévoit toutefois que le président (article IV.17, § 4), les assesseurs (article IV.22, § 4) et l'auditeur général (article IV.26, § 5), qui ne sont que de simples fonctionnaires, peuvent être démis ou suspendus de leurs fonctions conformément à la procédure visée à l'article 615, alinéa 2, du Code judiciaire. À ce propos, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Deze bepaling dient te worden opgeheven en zal worden toegevoegd aan de opheffingsbepalingen (alsook overigens artikel 609, 8° Ger.W.) ».

12.2.4. Plus spécifiquement à propos du pouvoir d'instruction de l'auditorat en matière de pratiques restrictives de concurrence, il est également à noter que les auteurs du projet n'ont pas mis l'occasion à profit pour préciser, lors de l'intégration des articles 44, 45 et 75 de la loi 'sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006' dans le code en projet, la différence d'interprétation sur laquelle la Cour constitutionnelle avait attiré l'attention du législateur dans son arrêt n° 197/2011 du 22 décembre 2011 en réponse à deux questions préjudicielles, qui s'énonçaient comme suit :

« 1. L'article 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée du 15 septembre 2006 (LPCE), interprété en ce sens qu'il exclut d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles, les décisions prises ou les actes commis par l'Auditorat auprès du Conseil de la Concurrence dans le cadre d'une procédure d'instruction relative à des pratiques restrictives de concurrence, étant donné qu'aucune autre instance juridictionnelle ne peut connaître d'un tel recours, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution et les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que le droit à un contrôle juridictionnel effectif devant un juge indépendant au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ?

2. Si la réponse à la première question est positive, les articles 44, 45 et 75 de la LPCE violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution et les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce que la cour d'appel est tenue de se prononcer sur la régularité ou la nullité des actes d'instruction relatifs à des pratiques restrictives de concurrence, sans qu'un cadre légal garantissant les droits de l'entreprise n'indique les principes et modalités suivant lesquels ce contrôle juridictionnel doit être effectué, alors qu'au cas où ces mêmes actes d'instruction seraient commis dans le cadre d'une instruction criminelle, la personne concernée dispose de droits conférés par la loi, et notamment par les articles 131 et 235bis du Code d'instruction criminelle ? ».

La Cour constitutionnelle a conclu, sur la base des considérations suivantes, qu'il était question de violation ou non selon l'interprétation donnée aux dispositions concernées :

« B.11. Les droits garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne impliquent, en ce qui concerne des mesures telles que celles qui sont contestées devant le juge *a quo*, que les intéressés puissent obtenir, dans un délai raisonnable, un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la mesure ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur la base de cette décision; cette procédure de contrôle doit permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir la

survenance de l'opération, soit, si elle a déjà eu lieu, de fournir aux intéressés un redressement approprié (CEDH, 21 mai 2008, *Ravon et autres* c. France, § 28, et 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres* c. France, §§ 36 et 40).

B.12.1. Les dispositions en cause n'offrent pas la possibilité d'un contrôle juridictionnel - devant la Cour d'appel de Bruxelles ou devant une autre juridiction - sur les mesures prises par l'auditorat telles que celles qui sont contestées devant le juge *a quo*; or, comme il a été indiqué en B.10, la réglementation qui les prévoit a été présentée comme ayant un caractère d'intérêt général ou d'ordre public pour justifier le caractère contraignant de ces mesures et le renforcement des pouvoirs de l'auditorat. Cette réglementation peut aboutir à ce que, faute de recours immédiat, des pièces et éléments irréguliers puissent continuer à être accessibles jusqu'à ce que l'instruction de l'affaire soit achevée et soumise au juge compétent, voire à ce que celui-ci puisse être influencé par eux, alors que ces pièces et éléments peuvent être de nature à faire grief à ceux qui font l'objet des mesures prises par l'auditorat. Certes, la circonstance que ces pièces et éléments ont été obtenus illicitement a pour seule conséquence que le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut les prendre ni directement ni indirectement en considération soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve, soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. Néanmoins, les dispositions en cause portent, compte tenu des exigences indiquées en B.11, une atteinte discriminatoire au droit à une protection juridictionnelle effective que les intéressés tirent des dispositions visées par la question préjudicielle en ce qu'il ne leur est pas possible de prévenir la survenance de la mesure par laquelle, comme en l'espèce, des données feraient l'objet d'une communication qui serait de nature à leur faire grief. Cette atteinte ne peut être justifiée par le souci de garantir un traitement rapide des dossiers.

Sans doute les procédures en cause peuvent-elles aboutir à ce qu'il soit constaté que les entreprises qu'elles concernent ne se sont pas rendues coupables de pratiques restrictives de concurrence, ce qui peut constituer le redressement adéquat visé en B.11. Toutefois, pour que cela soit le cas, il faut que ces entreprises ne soient plus lésées et que toute conséquence préjudiciable pour elles soit effacée.

B.12.2. Dans cette interprétation, la première question préjudicielle appelle une réponse positive.

B.13.1. La Cour constate cependant que l'article 75 de la LPCE peut faire l'objet d'une autre interprétation que celle indiquée en B.7.

Il résulte en effet de ce qui a été indiqué en B.2 que les actes et décisions en cause ont trait à une saisie effectuée lors d'une perquisition ayant fait l'objet d'une autorisation accordée par le président du Conseil de la concurrence, de sorte qu'ils doivent être considérés comme trouvant leur fondement dans cette autorisation. Or, le libellé de l'article 75 ne s'oppose pas à ce que la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles portant sur les décisions du Conseil de la concurrence et son président inclue les mesures prises sur leur fondement par la composante du Conseil que constitue, en vertu de l'article 11, § 2, de la LPCE, l'auditorat.

B.13.2. Dans cette interprétation, les dispositions en cause ne violent pas les normes auxquelles la première question préjudicielle se réfère.

B.14. C'est au législateur qu'il appartient d'organiser le contrôle juridictionnel visé en B.12 et prévu par l'article 75, en cause dans l'interprétation indiquée en B.13.1.

B.15. Les dispositions en cause n'indiquent pas les modalités selon lesquelles le contrôle juridictionnel doit être exercé. Elles créent ainsi une différence de traitement entre les justiciables qui sont soumis à ce contrôle et ceux qui, dans le cadre d'une instruction

pénale, peuvent invoquer les garanties prévues par la loi, telles celles inscrites aux articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle. Pour les mêmes motifs, *mutatis mutandis*, que ceux indiqués en B.12, cette différence de traitement est discriminatoire.

B.16. Dans cette interprétation, la seconde question préjudicielle appelle une réponse positive.

B.17. La Cour constate cependant que les dispositions en cause peuvent faire l'objet d'une autre interprétation. Il ressort, en effet, des éléments indiqués en B.6 et B.10 que la perquisition et la saisie qui ont donné lieu au litige dont la Cour d'appel est saisie peuvent être comparées à celles qui sont menées lors d'une instruction pénale. Il ressort par ailleurs de l'arrêt *a quo* que, statuant sur le règlement provisoire de la situation qui lui est soumise, le juge *a quo* a constaté qu'il était, 'dans l'état actuel de la législation nationale, la seule juridiction indépendante au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle Belgacom puisse avoir recours pour connaître de ses griefs'.

Dans l'attente d'une intervention du législateur, il peut être admis qu'il appartient au juge *a quo*, compte tenu de ces éléments, de déterminer les modalités de ce contrôle en ayant égard, le cas échéant, aux articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle.

B.18. Dans cette interprétation, la seconde question préjudicielle appelle une réponse négative ».

Les règles énoncées aux articles 44, 45 et 75 de la loi 'sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006' ont été adaptées à la nouvelle structure de l'Autorité belge de la concurrence, sans toutefois tenir compte à cet égard de l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle. Le délégué a fourni à ce sujet la précision suivante :

« De in het arrest Gw Hof nr. 197/2011 relevante rechtspunten betreffen punten B.11 en B.12. In punt B.11. wordt verwezen naar rechtspraak van het EHRM luidens hetwelk de toetsingsprocedure het mogelijk moet maken, in geval van vaststelling van een onregelmatigheid, hetzij te voorkomen dat de handeling plaatsvindt, hetzij, indien zij reeds heeft plaatsgevonden, de betrokkenen een gepast herstel te bieden. In punt B.12.1. wordt dan gesteld dat, bij ontstentenis van een onmiddellijk beroep, de betreffende bepalingen van het WBEM niet kunnen voorkomen dat de maatregel wordt genomen, waardoor gegevens het voorwerp zouden zijn van een mededeling die hun schade zou kunnen berokkenen. Opdat het in punt B.11 beoogde gepaste herstel kan worden geboden, is het nodig dat de ondernemingen waarop de procedure betrekking heeft, niet meer worden benadeeld en dat elk voor hen nadelig gevolg wordt tenietgedaan.

In artikel IV.79, §1, tweede lid van het voorontwerp is bepaald dat tegen andere beslissingen van het Mededingingscollege of van het Auditoraat alleen het beroep openstaat dat uitdrukkelijk in dit wetboek is voorzien, onverminderd de mogelijkheid om er middelen aan te ontfemen in een in dit lid bedoelde beroepsprocedure voor het Hof van Beroep te Brussel.

We zijn inderdaad van mening dat een rechterlijke toetsing door de bodemrechter (Hof van Beroep en eventueel Hof van Cassatie) van elke maatregel genomen tijdens het onderzoek, volstaat in het licht van de rechtspraak van het EHRM, aangehaald in punt B.11. van het arrest. Artikel 6 EVRM verplicht de lidstaten in geen geval om onmiddellijke beroepsmogelijkheden en procedures te voorzien tegen (dwang)maatregelen genomen tijdens het onderzoek.

Er moet vertrokken worden van de doelstelling die de ontwerp-wetgever thans beoogt, met name, de overheid en overheidsinstellingen daadkrachtig laten optreden in het domein van de mededinging enerzijds, en vermijden dat de redelijke termijn voorzien in

artikel 6 EVRM systematisch overschreden wordt met alle nefaste gevolgen van dien voor alle betrokken partijen en de overheid.

De thans veel te lange doorlooptijden van het onderzoek naar ongeoorloofde mededingingspraktijken moeten drastisch worden ingekort. Er moet immers worden vermeden dat, zoals het geval is in de gemeenrechtelijke strafprocedure en meer bepaald het gerechtelijk onderzoek dat omgeven is met dermate veel 'procedures binnen de procedures', een onderzoek niet meer binnen een redelijke termijn kan afgewerkt worden.

Bovendien is het zo dat de vaststaande (zowel door het EHRM als het Grondwettelijk Hof erkende) Antigoonrechtspraak nopens de gevolgen van het onrechtmatig verkregen bewijs met zich brengt dat deze beoordelingsbevoegdheid best aan de bodemrechter wordt overgelaten. Er dient inderdaad te worden vermeden dat bewijsmateriaal voortijdig (en zonder volledige dossierkennis) terzijde wordt geschoven omdat (behoudens in geval van een uitdrukkelijk voorgeschreven nietigheid of problemen in verband met de betrouwbaarheid van het bewijs) het al dan niet terzijde schuiven van bewijsmateriaal, omwille van het feit dat het eerlijk proces in het gedrang komt (de meest courante hypothese), dient te worden beoordeeld rekening houdend met het proces in zijn geheel bekeken. Daarom dat deze toetsing best wordt overgelaten aan de bodemrechter.

Het is de onderzoeksrechter die als onafhankelijk en onpartijdig rechter tijdens het onderzoek zal oordelen over de wettelijkheid, opportuniteit en proportionaliteit van de huiszoeking als dwangmaatregel waardoor er dus een rechterlijke toetsing voorzien wordt conform het EHRM. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling nog eens een tweede rechtsmiddel te voorzien tegen beslissingen die in het kader van de uitvoering van de huiszoeking worden genomen, precies omdat dit de onderzoeksprocedures potentieel lam legt en elke slagvaardigheid wegneemt. De (geldelijke) belangen zijn immers van dien aard dat er kan aangenomen worden (en we thans ook zien in de praktijk) dat er steeds van elke beroepsmogelijkheid gebruikt zal gemaakt worden.

Door de versnelling van de procedures is het de bedoeling dat het ontwerp tegemoetkomt aan de overweging B 11 van het arrest, met name dat de betrokkene, binnen een redelijke termijn, een daadwerkelijke jurisdictionele toetsing bekomt van de genomen dwang- en onderzoeksmaatregelen ».

Force est de constater que, malgré la précision ou la justification précitée, le problème d'interprétation soulevé par la Cour constitutionnelle n'est toujours pas résolu.

III. La Cour d'appel de Bruxelles

13. L'article IV.79 définit les compétences de la Cour d'appel de Bruxelles en ce qui concerne le recours contre les décisions du Collège de la concurrence, du président ou de l'auditorat en matière de pratiques restrictives de concurrence, y compris les décisions tacites d'admissibilité de concentrations.

Il est essentiel de définir les pouvoirs concernés le plus précisément possible tant en garantissant suffisamment la sécurité juridique. Il convient de le faire non seulement au regard de l'exigence d'une protection juridique effective par un juge indépendant mais aussi pour éviter que la Cour d'appel de Bruxelles ne se voit attribuer certaines tâches qui ne sont pas celles d'un juge indépendant, mais celles d'une autorité de concurrence au sens du règlement (CE) n° 1/2003 précité du Conseil du 16 décembre 2002. Dans la mesure où tel serait le cas, il en résulterait en effet pour la Cour d'appel de Bruxelles un certain nombre de conséquences particulières en ce qui

concerne, notamment, la collaboration obligatoire avec la Commission européenne¹⁵ et la possibilité de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

À cet égard, il est utile de rappeler l'arrêt *Syfait* de la Cour de justice du 31 mai 2005 (C53-03). Dans cet arrêt, la Cour a jugé ce qui suit à propos de la question de savoir si l'autorité grecque de la concurrence devait être considérée comme une juridiction (sommaire) :

« Pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une juridiction au sens de l'article 234 CE, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit, ainsi que son indépendance. En outre, la Cour ne peut être saisie que par un organisme appelé à statuer sur un litige pendant devant lui dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel.

L'Epitropi Antagonismou (commission hellénique de la concurrence) ne satisfait pas à ces critères. Tout d'abord, elle est soumise à la tutelle du ministre du Développement, ce qui implique que celui-ci est habilité, dans certaines limites, à contrôler la légalité de ses décisions. Ensuite, même si ses membres jouissent d'une indépendance personnelle et fonctionnelle, il n'apparaît pas que la révocation ou l'annulation de leur nomination soit soumise à des garanties particulières, ce qui ne semble pas de nature à faire obstacle efficacement aux interventions ou pressions indues du pouvoir exécutif à l'égard desdits membres. En outre, son président est chargé de la coordination et de l'orientation générale de son secrétariat et est l'autorité hiérarchique du personnel de celui-ci, de sorte que l'Epitropi Antagonismou, organe décisionnel, de par le lien fonctionnel qui l'unit à son secrétariat, organe d'instruction sur proposition duquel elle décide, ne se distingue pas nettement en tant que tiers par rapport à l'organe étatique qui, de par son rôle, peut s'apparenter à une partie dans le cadre d'une procédure en matière de concurrence. Enfin, une autorité de la concurrence telle que l'Epitropi Antagonismou est tenue de travailler en étroite collaboration avec la Commission et peut, en vertu de l'article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, être dessaisie par une décision de la Commission, avec la conséquence que la procédure engagée devant elle n'aboutira pas à une décision de caractère juridictionnel (cf. points 29-37) ».

14. En ce qui concerne l'exigence en matière de protection juridique effective, on peut souligner que l'article IV.79, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, habilite la Cour d'appel de Bruxelles, notamment, à connaître de décisions tacites bien déterminées d'admissibilité de concentrations¹⁶. En matière de concentrations, un recours ne peut manifestement pas être introduit devant la Cour d'appel de Bruxelles contre d'autres décisions que les approbations tacites mentionnées. Or, telle n'est manifestement pas l'intention. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De verwijzing naar de beslissingen genomen bij toepassing van de artikelen IV.61, § 1, 1° en 2°, en § 2, 1° en 2°, artikel IV.62, § 6 en artikel IV.63, § 3, blijkt ten onrechte niet te zijn opgenomen in artikel IV.79, § 1 ».

¹⁵ Voir notamment l'obligation d'information, visée à l'article 11, paragraphe 3, du règlement concerné ; voir également le pouvoir de dessaisissement dont dispose la Commission en application de l'article 11, paragraphe 6, du même règlement.

¹⁶ Il s'agit de décisions tacites d'admissibilité de concentrations « par écoulement des délais visés aux articles IV.61 et IV.62 » et le rejet tacite d'une demande de mesures provisoires « par écoulement du délai visé à l'article IV.64 ».

Selon l'article IV.79, § 1^{er}, alinéa 2, les décisions qui ne sont pas mentionnées à l'article IV.79, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, « ne font l'objet que du seul recours prévu par le présent code ». On n'aperçoit toutefois pas clairement quel autre recours est ainsi visé.

Le délégué a fourni au Conseil d'État, section de législation, un tableau récapitulatif relatif aux décisions visées dans le livre IV et aux recours administratifs et juridictionnels qui peuvent être formés contre celles-ci. Pareil tableau constitue un excellent instrument pour avoir un meilleur aperçu des différentes décisions possibles, d'autant que ces décisions sont décrites dans le tableau en faisant référence aux articles concernés du projet ou à des divisions de ceux-ci. En outre, le tableau mentionne chaque fois les motifs pour lesquels certaines décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un recours ou d'un recours distinct. Comme il est indiqué au n° 8, il est recommandé d'annexer le tableau récapitulatif à l'exposé des motifs. De cette manière, le régime des voies de recours sera également plus facile à contrôler à la lumière de l'exigence d'une protection juridique effective.

15.1. L'article IV.79, § 2, alinéa 1^{er}, s'énonce comme suit :

« La Cour d'appel de Bruxelles statue, comme en référé, en droit et en fait sur l'affaire soumise par les parties, avec pleine juridiction en ce compris la compétence de substituer à la décision attaquée sa propre décision ».

On peut s'interroger sur la portée précise des notions de « pleine juridiction »¹⁷ et « substitution de sa propre décision ». Cette portée devrait dès lors être précisée et explicitée plus avant dans le texte du projet, d'autant qu'une définition correcte de la compétence doit permettre d'examiner si la Cour d'appel de Bruxelles ne doit pas être réputée pouvoir prendre certaines décisions qui ne sont pas tant celles d'un organe juridictionnel mais plutôt celles d'une autorité de concurrence.

15.2. Le délégué justifie comme suit le fait que la Cour d'appel de Bruxelles dispose en outre de la compétence de pleine juridiction :

« Bovenal weze aangestipt dat deze volle rechtsmacht een noodzaak is in het licht van artikel 6.1. van het EVRM en inzonderheid de vereiste gesteld in het arrest van het EHRM van 27 september 2011 inzake Menarini. In dit arrest (§§ 58 en 59) bevestigt het EHRM, in een zaak betreffende een beslissing van een mededingingsautoriteit, haar vroegere rechtspraak over het begrip 'volle rechtsmacht'. Het EHRM aanvaardt dat niet op elk niveau van de procedure wordt voldaan aan de vereisten van artikel 6.1. van het EVRM, op voorwaarde dat de beslissingen nadien aangevochten kunnen worden bij een rechterlijke instantie die zelf aan de vereiste van voormeld artikel 6.1. voldoet en deze volle rechtsmacht heeft. De volle rechtsmacht veronderstelt dat de rechterlijke instantie die kennis neemt van de zaak zich zowel over de feiten als over de rechtsvragen kan buigen. Wat de feiten betreft, houdt dit de mogelijkheid in ze vast te stellen, ze te controleren, en de eventuele fouten gemaakt bij de vaststelling ervan recht te zetten. Volle rechtsmacht betekent ook dat de rechterlijke instantie zich niet dient te beperken tot een controle van de wettigheid van de administratieve beslissing, maar ook in staat moet zijn om de proportionaliteit tussen de sanctie en de fout te beoordelen. Ten slotte blijkt dat de

¹⁷ P. LEMMENS, "Enkele beschouwingen bij de zogenaamde 'volle rechtsmacht' van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties" dans *Liber Amicorum Marc Boes*, Bruges, La Charte, 2011, 393-410. Cet auteur suggère d'utiliser la définition de « contrôle juridictionnel approfondi ».

bevoegdheid om de beslissing, *in casu* een administratieve geldboete die door de zwaarte ervan gelijk te stellen is met een straf, te kunnen 'hervormen' als een noodzakelijk component wordt aangeduid opdat er sprake zou kunnen zijn van volle rechtsmacht ».

En ce qui concerne « la substitution de sa propre décision » par la Cour d'appel de Bruxelles, le délégué a encore précisé :

« Het Hof van Beroep te Brussel zal niet louter omwille van opportuniteitsredenen zijn beslissing in de plaats kunnen stellen van deze van het Mededingingscollege of de Voorzitter, doch wel omwille van gebreken in de wettigheid of de proportionaliteit van de opgelegde maatregel. Deze mogelijkheid om beslissingen in beroep te herzien en de beslissing van het Hof in de plaats te stellen is ons inziens niet strijdig met de onafhankelijkheid van de Mededingingsautoriteit. Het is trouwens nooit betwist dat het Hof zijn beslissing in de plaats kon stellen van de beslissing van de Raad inzake boetes. Overigens voorziet ook artikel 75, eerste lid WBEM thans reeds een beslissing met volle rechtsmacht ».

Il convient de constater que l'intention indiquée par le délégué n'est pas exprimée d'une manière suffisamment claire dans le texte en projet. À cet effet, la notion de « pleine juridiction » devrait être délimitée plus clairement et plus explicitement dans le texte du projet. Ainsi, par exemple, le délégué paraît essentiellement lier le pouvoir de réformation de la Cour d'appel de Bruxelles au pouvoir d'infliger une amende. La question se pose cependant de savoir si le pouvoir de réformation ne va pas plus loin, d'autant que l'article IV.79, § 2, alinéa 1^{er}, dispose que la Cour pourra substituer sa propre décision à la décision attaquée. Cela impliquera-t-il par exemple que la Cour d'appel pourra également déterminer les conditions dans lesquelles une concentration est admise ou une exemption d'une pratique restrictive de concurrence est possible ? La Cour pourra-t-elle soumettre une concentration ou une pratique de concurrence à un jugement d'opportunité ?

Invité à fournir des explications supplémentaires à ce sujet, le délégué a déclaré que le pouvoir de la Cour d'appel de Bruxelles, visé à l'article IV.79, § 2, alinéa 1^{er}, implique que la Cour pourra réévaluer l'appréciation des faits par le Collège de la concurrence, ce qui ne signifie toutefois pas que la Cour peut elle-même procéder à des constatations : la Cour doit faire son appréciation sur la base des éléments avancés par les parties. L'intention n'est pas non plus de permettre à la Cour de charger l'Autorité de la concurrence de fournir certaines informations en tant que partie défenderesse¹⁸. En ce qui concerne les amendes, la Cour peut soit les augmenter soit les diminuer. La décision attaquée du Collège de la concurrence n'est pas renvoyée à ce dernier, mais est remplacée par une décision propre de la Cour (en matière de concurrence), qui se substitue à la décision attaquée.

¹⁸ Selon le délégué, c'est le motif pour lequel il a été choisi de ne pas inscrire dans le projet la possibilité prévue à l'article 76, § 2, alinéa 8, de la loi 'sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006'.

À la question de savoir si, en ce qui concerne les pratiques restrictives de concurrence, il s'agissait de l'amende ou si – au contraire – la Cour d'appel pourrait également déterminer qu'une pratique spécifique que le Collège de la concurrence avait qualifiée de restrictive, fait l'objet d'une exemption, la Cour pouvant éventuellement fixer aussi des conditions, le délégué a répondu ce qui suit :

« Het is de bedoeling dat het Hof de eigen beslissing in de plaats stelt en dat zeker wanneer het Hof, anders dan het Mededingingscollege in de aangevochten beslissing, oordeelt dat er een inbreuk niet bewezen is ».

En outre, le délégué a expliqué :

« Het kan voorkomen dat het Hof na een beroep van een klager oordeelt dat er een inbreuk is wanneer het Mededingingscollege geen inbreuk bewezen achtte. Maar dikwijls zal dat wellicht niet voorkomen.

Dit verklaart waarschijnlijk dat ook in Frankrijk het Hof van beroep volle rechtsmacht heeft zonder daarom als mededingingsautoriteit te worden gekwalificeerd, en zonder dat de Europese Commissie hier een probleem in lijkt te zien.

Ook de Europese Commissie heeft overigens het ontwerp van de Boeken IV en V ontvangen voor advies ».

15.3. Il résulte de ce qui précède que les compétences de la Cour d'appel de Bruxelles relatives aux décisions visées dans le livre IV doivent être mieux définies. En outre, les décisions concernées doivent être mentionnées d'une manière plus correcte dans l'article IV.79 du projet. La question se pose aussi de savoir si les auteurs du projet ne doivent pas envisager de limiter les compétences de la Cour d'appel de Bruxelles en matière de pratiques restrictives de concurrence et de concentrations aux compétences strictement juridictionnelles, à l'exclusion de la compétence décisionnelle plus stratégique en matière de concurrence et de concentrations, qui risquent de transformer la Cour d'appel en une autorité de la concurrence suppléante¹⁹, mais pas pour autant moins réelle, au sens du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, avec les effets juridiques qui en découlent²⁰.

IV. Observations concernant les articles

Articles IV.34, IV.36 et IV.37

16. Ces articles qui concernent le secret professionnel, l'immunité et les incompatibilités mentionnent diverses personnes, mais pas le directeur des études juridiques ni le directeur des études économiques. Ceux-ci doivent sans doute être considérés comme relevant de

¹⁹ La possibilité pour la Cour d'appel de substituer sa propre décision à celle du Collège de la concurrence peut soulever des questions quant à l'influence qui peut en résulter sur la liberté d'action du Collège de la concurrence : dans quelle mesure le Collège de la concurrence se sentira-t-il en fait contraint, lors de la mise en œuvre de sa propre politique de concurrence, de se conformer à certaines options politiques préconisées par la Cour d'appel ?

²⁰ Comparer avec l'avis C.E. 51.632/1/V du 19 juillet 2012 sur une proposition de décret 'houdende wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat het beroep tegen beslissingen van de Vlaamse Regulator voor de Media betreft', *Doc. parl.*, Parl. fl., 2011-2012, n° 1515/3, 11.

la définition de « membre du personnel » ou de « fonctionnaire » de l'Autorité belge de la concurrence. Dans ce cas, il serait néanmoins plus sûr de l'indiquer de manière plus explicite.

Article IV.42

17. L'article IV.42, § 3, alinéa 1^{er}, vise « l'article IV.112, § 1^{er}, 1° à 3°, 5° et 7° ». Le projet ne contient toutefois pas d'article IV.112, de sorte qu'il convient de corriger cette référence.

Article IV.46

18. L'article IV.46, § 3, dispose ce qui suit :

« Après l'adoption de l'avis de clémence ou l'octroi de l'immunité à des personnes physiques ou morales, les pièces et renseignements fournis par le demandeur comme preuve à l'appui de sa demande de clémence valent jusqu'à preuve du contraire. Ces pièces peuvent faire partie du dossier d'instruction ou de procédure mais l'accès ne peut y être accordé d'aucune autre manière sans préjudice à l'article IV.69 ».

Le délégué a donné l'explication suivante au sujet de cette disposition :

« De stukken en inlichtingen die door een clementieverzoeker zijn overgelegd en die door de auditeur of door een verweerder ingeroepen worden als bewijs van hun stelling, zullen altijd voorwerp zijn van een tegensprekelijk debat (zie artikel IV.45, § 3). En wanneer geen van de partijen het nuttig acht om die gegevens toe te voegen aan het proceduredossier, zal het Mededingingscollege die gegevens ook nooit zien (artikel IV.42, § 5).

Deze bepaling beoogt terug te keren tot de gebruikelijke bewijsregeling waarbij gekregen gegevens als bewijs kunnen worden gebruikt en hun overtuigingskracht hebben tenzij zij tegengesproken worden door ander bewijsmateriaal. Thans worden deze gegevens alleen als 'informatie' beschouwd en dient de autoriteit hun juistheid aan te tonen met ander bewijsmateriaal. Wij menen dat dit 'vermoeden van onjuistheid' onterecht is ».

L'explication fournie par le délégué n'enlève rien au constat que l'article IV.46, § 3, peut méconnaître le principe de l'égalité des armes entre, d'une part, la personne qui demande la clémence et, d'autre part, d'autres personnes éventuellement poursuivies dont les droits de défense pourraient ainsi être affectés.

Article IV.66

19. En ce qui concerne l'auditorat, il semble qu'à l'article IV.66, § 2, alinéa 1^{er}, il faille plutôt renvoyer aux décisions visées à « l'article IV.30, § 1^{er}, 2° » (et non : l'article IV.30, § 2, 1°).

20. À l'alinéa 2 de l'article IV.66, § 2, on omettra la mention du Conseil d'État. La possibilité d'introduire un recours devant le Conseil d'État contre certaines décisions de

concentrations, qui a été inscrite à l'article 77 de la loi 'sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006', n'est en effet pas reproduite dans le code en projet.

EXAMEN DES DISPOSITIONS DU LIVRE V EN PROJET

I. Observations générales

21. La réglementation en projet dans le livre V repose sur une combinaison de la réglementation générale des prix dans la loi du 22 janvier 1945 'sur la réglementation économique et les prix', qui concernait aussi les médicaments non remboursables, et d'un régime spécifique transposant la directive 89/105/CE²¹ en ce qui concerne les médicaments remboursables, ainsi qu'il figure au titre VI de la loi-programme du 22 décembre 1989.

L'observation formulée au point 7 du présent avis a déjà souligné la nécessité qui en découle d'abroger des dispositions tant de la loi du 22 janvier 1945 que du titre VI de la loi-programme du 22 décembre 1989.

Toutefois, il y a lieu de prévoir non seulement les dispositions abrogatoires qui s'imposent, mais aussi un régime transitoire spécifique pour les arrêtés pris en exécution de la législation existante.

Par exemple, l'article 321 de la loi-programme du 22 décembre 1989 s'énonce comme suit :

« L'arrêté royal du 8 août 1975 instituant une Commission des Prix des Spécialités Pharmaceutiques est considéré comme pris en exécution de l'article 316 de la présente loi. Il reste en vigueur jusqu'à sa modification ou son abrogation par le Roi ».

Cependant, si l'article 316 devait être abrogé, il semble, compte tenu de l'article V.13, que l'intention serait néanmoins que cette Commission des prix, qui est rebaptisée « Commission des prix des médicaments », continue à exister.

Invité à donner des explications supplémentaires à ce sujet, le délégué a toutefois fait savoir ce qui suit :

« De artikelen 313 tot 318 van de programmawet van 22 december 1989 worden volledig overgenomen/vervangen door boek V, titel 2. Artikel 319 van de programmawet verwijst evenwel naar de bepalingen van de prijzenwet van 1945 voor wat betreft de opsporing, vaststelling en bestraffing van de inbreuken op titel VI van de programmawet.

De wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen zal, met uitzondering van een aantal bepalingen die nodig blijven om de prijsdossiers te behandelen die niet de geneesmiddelen maar de overige gereguleerde sectoren betreffen (die overigens voor het merendeel in het kader van de staatshervorming naar de Gewesten worden overgemaakt), worden opgeheven wanneer ook boek XIV.

²¹ Directive 89/105/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 'concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes d'assurance-maladie'.

‘Maatregelen inzake crisisbeheer’, dat een deel van de prijzenwet van 1945 herneemt, wordt ingediend. De bepalingen inzake opsporing, vaststelling en bestraffing van de inbreuken op alle boeken van het Wetboek van economisch recht worden dan weer samengebracht in boek XV. ‘Rechtshandhaving’. Boeken XIV en XV zijn gepland om te worden goedgekeurd bij een ministerraad in oktober.

Om deze redenen is ervoor geopteerd, in huidige stand van zaken, voornoemde prijzenwet en programmawet voorlopig niet op te heffen.

Het ontwerp dat boek XIV. ‘Maatregelen inzake crisisbeheer’ zal invoegen in het Wetboek, zal bepalen dat:

- de reglementaire bepalingen en de sectorale of individuele beslissingen genomen in uitvoering van de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen en van titel VI van de programmawet van 22 december 1989, blijven van toepassing tot hun opheffing of hun vervanging door besluiten genomen in uitvoering van onderhavig Wetboek.

- de wet[s]bepalingen die niet strijdig zijn met dit Wetboek, waarbij verwezen [wordt] naar bepalingen van de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen, worden geacht te verwijzen naar de overeenkomstige bepalingen in dit Wetboek.

In ieder geval wordt in het voorliggend voorontwerp -en overigens alle andere voorontwerpen die boeken in het Wetboek van economisch recht zullen invoegen- bepaald dat de Koning de datum van inwerkingtreding bepaalt. Deze uitzondering op de regel dat dit niet aan de Koning mag worden overgelaten is ons inziens verantwoord om de codificatiewerkzaamheden maximaal te kunnen beheren. Op deze wijze kan ervoor worden gezorgd dat er geen lacunes of tegenstrijdige wetgeving ontstaat ».

Il ressort en tout cas des explications fournies qu’une formulation et un timing corrects des dispositions abrogatoires et transitoires concernées revêtent une importance capitale. On veillera en outre à répertorier au préalable les différents arrêtés d’exécution. Quoi qu’il en soit, il faut éviter que certains de ces actes d’exécution soient abrogés, en tout ou en partie de manière exclusivement implicite. Il n’est pas non plus souhaitable dans un souci de lisibilité de la législation que les dispositions transitoires relatives au livre V soient liées aux livres XIV et XV.

22.1. L’article V.2 s’énonce comme suit :

« Les prix des biens et services sont déterminés par le libre jeu de la concurrence ».

Ce principe semble être formulé en des termes trop absolus.

Premièrement, ce principe doit être nuancé à la lumière de ce qu’impliquent les autres dispositions du code en projet en matière de fixation des prix.

Deuxièmement, force est de constater que la législation propre à certains produits et services prévoit des prix minima et maxima spécifiques²².

²² On trouve des exemples de réglementations particulière des prix tant au niveau fédéral qu’au niveau des entités fédérées. Sans vouloir être exhaustifs en la matière, nous pouvons notamment citer, au niveau fédéral, la loi du 3 avril 1997 ‘relative au régime fiscal des tabacs manufacturés’, l’arrêté ministériel du 18 février 1998 ‘fixant les marges des implants’, l’arrêté ministériel du 12 août 2005 ‘portant dispositions particulières en matière de prix pour

Partant de l'hypothèse que les auteurs du projet n'ont sans doute pas l'intention de supprimer tous les régimes spécifiques existants qui s'appliquent en matière de prix, on formulera de préférence une réserve à l'article V.2 à l'égard de régimes sectoriels de régulation des prix et de fixation des tarifs existants et à venir²³.

22.2. L'article V.2 combiné avec l'article V.1 peut d'ailleurs donner lieu à des problèmes juridiques qui mériteraient un examen plus approfondi de la part des auteurs du projet.

L'article V.1 dispose ce qui suit :

« Le présent titre s'applique aux prix pratiqués par les entreprises, à l'exclusion des prix des biens visés au titre 2 ».

Il ressort de cette disposition que le titre en question s'applique par exemple aussi aux entreprises du secteur de l'énergie, et ce à n'importe quel stade, de la production à la livraison en passant par la transmission et la distribution. Certes, les prix de l'énergie supportés par le consommateur sont libres, mais ils font en même temps l'objet d'une régulation stricte des tarifs, fixée par la CREG, que les gestionnaires de réseaux (entreprises) doivent appliquer et porter en compte. Dans ce cas, la règle selon laquelle le prix est déterminé par la libre concurrence ne s'applique donc pas.

La question se pose de savoir si les auteurs du projet ont suffisamment tenu compte du fait que l'insertion dans le projet d'une disposition de principe comme l'article V.2, en combinaison avec d'autres dispositions, peut engendrer de telles conséquences, voulues ou non, prévisibles ou non.

23.1. Le projet charge l'Observatoire des prix de suivre l'évolution des prix et, le cas échéant, de recueillir des informations auprès des parties concernées, des fédérations professionnelles et des organisations de consommateurs. En cas de problème, un rapport est rédigé dont les constatations sont transmises au ministre et à l'Autorité de la concurrence qui « s'en saisit » (article V.3, alinéa 1^{er}). C'est en effet le Collège de la concurrence de l'Autorité de la concurrence – et en appel, la Cour d'appel – qui a pour mission de « prendre des mesures provisoires » (article V.4). Quand le Collège de la concurrence décide d'adopter des mesures provisoires, le ministre doit présenter au Gouvernement, dans un délai de six mois, un « plan consistant en un changement structurel du fonctionnement du marché dans le secteur concerné » (article V.6).

le secteur des établissements d'accueil pour personnes âgées', l'arrêté ministériel du 28 juin 2009 'fixant le prix du sang et des dérivés labiles du sang' et l'arrêté ministériel du 14 octobre 2009 'fixant le prix du matériel corporel humain'. À titre d'exemples qui concernent la partie flamande du pays, citons : le décret du 18 juillet 2003 'betreffende het integraal waterbeleid' et l'arrêté du gouvernement flamand du 18 juillet 2003 'betreffende de taxidiensten en de diensten voor het verhuren van voertuigen met bestuurder'. À titre d'exemples qui concernent la partie francophone du pays, on peut citer : le Code de l'eau coordonné (livre II du Code de l'Environnement : Eau, coordonné le 3 mars 2005) et l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 juin 2009 'fixant les prix maxima pour le transport par taxis'. Enfin, citons à titre d'exemples pour la Région de Bruxelles-Capitale : l'ordonnance du 20 octobre 2006 'établissant un cadre pour la politique de l'eau' et l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 4 février 2010 'fixant les tarifs applicables aux services de taxis collectifs'.

²³ L'alternative qui consiste à ajouter au projet des titres supplémentaires relatifs aux différents régimes sectoriels pourrait affecter la cohérence d'autres législations, d'autant que certains de ces prix sont étroitement liés à des compétences matérielles des communautés et régions.

L'on peut raisonnablement supposer qu'une distorsion de concurrence peut donner lieu à des dysfonctionnements dans la formation des prix. Dans cette optique, des prix ou des marges inhabituelles – trop élevés, mais aussi trop bas – peuvent constituer une indication, voire un symptôme d'une concurrence faussée. Dans ce sens, l'on peut comprendre que l'Autorité de la concurrence doive se montrer attentive à ce type d'anomalies.

C'est ainsi que l'Autorité de la concurrence est chargée, dans le livre V, d'une mission supplémentaire qui concerne le contrôle des prix et qui s'ajoute à la mission prévue dans le livre IV en matière de concurrence.

Les deux missions précitées ne peuvent pas simplement être assimilées sur le plan du contenu.

La mission de l'Autorité de la concurrence conformément au règlement (CE) n° 1/2003 consiste à rechercher des distorsions structurelles de concurrence, qui résultent soit d'une entente soit de l'exploitation abusive d'une position dominante. Ensuite, l'Autorité de la concurrence peut infliger des amendes pour ces infractions et prendre des mesures afin d'éliminer cette distorsion structurelle.

Dans le livre V, l'Autorité de la concurrence se voit toutefois attribuer une mission dont le contenu est différent. Elle n'est pas censée procéder immédiatement à une enquête de concurrence sur les carences structurelles du marché, mais « s'attaquer » d'emblée aux « symptômes » et intervenir immédiatement dans la formation des prix, en prenant des mesures provisoires, et ce sur la base de critères qui ne sont certainement pas les mêmes que ceux qui s'appliquent pour une intervention sur la base du droit classique de la concurrence.

Pareille extension des missions peut soulever, dès lors, diverses questions. La première est celle de savoir si cette extension est compatible avec la législation européenne en la matière. La deuxième est celle de savoir si la mission en matière de contrôle des prix, confiée au Collège de la concurrence dans le livre V, est délimitée avec suffisamment de clarté par rapport aux missions que le Collège de la concurrence doit remplir conformément au livre IV dans le domaine de la concurrence. Il convient aussi que le Collège de la concurrence sache clairement sur la base de quelles compétences – la concurrence ou le contrôle des prix – il peut intervenir et conformément à quelle procédure, étant entendu qu'il faut évidemment tenir compte du fait que les procédures sont applicables de manière concurrente et qu'elles seront ainsi rendues plus complexes.

Vise-t-on un découpage clair des deux missions précitées ou doit-il être question au contraire d'une fusion de ces missions, quant à leur contenu dans le chef du Collège de la concurrence avec toutes les conséquences qui en découlent en termes de clarté et de sécurité ?

23.2. L'on constate que le règlement (CE) n° 1/2003 donne peu d'indications sur la manière dont l'Autorité de la concurrence doit être organisée. Le règlement n'exclut pas que celle-ci reçoive d'autres missions, encore que la seule hypothèse qui soit explicitement envisagée dans le règlement concerne le cas où une juridiction remplit le rôle de l'Autorité de la concurrence.

23.3. L'article V.4, § 4, dispose ce qui suit :

« Cet article ne porte pas préjudice aux compétences de l'Autorité belge de la concurrence telles que décrites au Livre IV ».

Interrogé sur la portée de cette disposition et sur la manière dont le Collège de la concurrence doit différencier les missions, visées dans le livre V, de celles réglées dans le livre IV, le délégué a déclaré ce qui suit :

« L'articulation entre les Livre IV et V repose en effet sur l'article V, § 4 qui a la portée suivante: le Livre V ne réduit en rien les compétences de l'autorité de concurrence et ne réduit en rien la portée des dispositions de droit matériel de la concurrence. Par ailleurs, en ce qui concerne l'article V, 3, sa portée est générale. En d'autre terme, peu importe l'origine du problème détecté, à savoir soit un problème de pratiques restrictive de concurrence ou un problème de nature différente. V, 3 s'applique donc même en cas de violation sous-jacente du droit de la concurrence ».

L'explication fournie indique que le Collège de la concurrence devra bel et bien remplir une mission mixte qui peut porter à la fois sur le contrôle des activités qui sont de nature à fausser la concurrence et sur le contrôle des prix. Il faudrait que cette intention soit exprimée plus clairement dans le texte du projet ²⁴.

À la lumière de cette explication, il semble en outre que l'on ne puisse pas exclure qu'au sein d'un même organe – le Collège de la concurrence – il faudra suivre des procédures parallèles, certaines devant être relativement rapides ²⁵ et à propos desquelles on peut se demander si elles ne risquent pas de porter atteinte à l'indépendance. Ainsi, il ne faut pas exclure que le Collège de la concurrence doive se prononcer sur l'adoption de mesures provisoires dans le cadre du contrôle des prix et qu'il doive ensuite se pencher sur une instruction relative à des pratiques restrictives de concurrence dans le chef des mêmes entreprises.

24. Conformément à l'article V.5, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, il appartient au Collège de la concurrence même de communiquer sa décision et toutes les pièces complémentaires à la Cour d'appel qui ensuite – certes par arrêt – confirme, modifie ou annule la décision du Collège de la concurrence. La procédure n'est donc pas initiée par une partie intéressée, mais a lieu automatiquement. En application de l'article V.5, § 2, les personnes intéressées – il n'est manifestement pas nécessaire d'avoir participé à la procédure devant le Collège de la concurrence – peuvent, il est vrai, demander de suspendre, en tout ou en partie, les mesures provisoires imposées dans l'attente de ce jugement, mais selon une interprétation littérale du projet, la Cour d'appel pourrait, même sans la collaboration ou en l'absence de griefs de chaque partie intéressée, prendre une décision tout à fait différente – également basée sur des motifs d'opportunité – de celle du Collège de la concurrence.

La question se pose de savoir si l'on peut ainsi encore parler d'une décision judiciaire classique ²⁶ et si, dans ces circonstances, la Cour d'appel peut encore être réputée

²⁴ Une disposition comme celle de l'article V.4, § 4, peut en effet s'interpréter de plusieurs façons.

²⁵ Tel est le cas pour la procédure visée à l'article V.4 : l'article V.4, § 1^{er}, fait référence à l'article IV.64, § 6.

²⁶ En fait, la décision ressemble davantage à un acte de haute tutelle administrative par lequel la Cour d'appel se voit confier une mission du pouvoir exécutif, au mépris de la séparation des pouvoirs. La cour d'appel est en effet

répondre aux conditions que la Cour de justice a fixées à une juridiction qui peut poser des questions préjudicielles en application de l'article 267 TFUE ²⁷. En effet, la Cour d'appel ne statue pas nécessairement, en l'espèce, dans le cadre d'une procédure contradictoire et ne se prononce pas non plus toujours en droit.

Dès lors, la question se pose évidemment de savoir quelle instance doit être réputée garantir une protection juridique utile contre les décisions de la Cour d'appel. Le projet reste muet sur ce point. Étant donné que des mesures de contrôle des prix peuvent avoir un impact sur des droits fondamentaux (droit de propriété, liberté d'entreprendre) ainsi que sur le droit de l'Union (libre circulation, concurrence), tant les articles 6 et 13 de la CEDH que l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne requièrent toutefois qu'un recours effectif soit ouvert contre ces décisions auprès d'un juge devant lequel tous les moyens du droit de l'Union peuvent être invoqués et qui, le cas échéant, peut ou doit poser une question préjudicielle à ce sujet à la Cour de justice.

Interrogé sur ce point, le délégué a répondu ce qui suit :

« Le pouvoir donné par l'article V, 5, § 1^{er} à la Cour d'appel de non seulement confirmer, annuler mais aussi de modifier la décision du Collège de la concurrence implique un pouvoir de réformer sa décision en y substituant sa propre appréciation aussi bien en droit que sur le complexe de fait qui lui est soumis. Cela demeure néanmoins un contrôle judiciaire ».

Cette explication ne permet pas de dissiper les doutes exprimés sous ce point en ce qui concerne la nature précise de la décision de la Cour d'appel et les conséquences qui en découlent.

II. Observations concernant les articles

Article V.3

25. Conformément à l'article V.3, alinéa 1^{er}, l'Observatoire des prix peut entamer la consultation notamment lorsqu'il constate « un problème en matière de prix ou de marges ». Le « problème » visé devrait être défini plus précisément dans le texte du projet ou du moins dans l'exposé des motifs. Cette notion a en effet une portée juridique trop vague.

26. L'article V.3, alinéa 1^{er}, notamment, fait mention des « parties concernées ». D'autres dispositions utilisent le terme « intéressé » (voir l'article V.5, § 2, alinéas 1^{er} et 3). On

chargée de réévaluer l'acte du Collège de la concurrence, indépendamment de tout litige. Ce n'est que si une partie intéressée demande la suspension de la mesure qu'une partie doit invoquer un moyen sérieux, mais sinon, la procédure peut parfaitement se dérouler sans qu'aucune partie ne soulève d'objection.

²⁷ C.J.U.E., 30 juin 1966, affaire 61/65 *Vaassen-Göbbels*, Rec. 1966, 258. Voir plus récemment C.J.U.E., 10 décembre 2009, affaire C-205/08 *Umweltanwalt von Kärnten*, Rec. 2009, I-11525, points 34-39. Voir aussi pour la situation particulière des autorités de la concurrence C.J.U.E., 31 mai 2005, affaire C-53/03 *Syfait*, Rec. 2005, I-4609, points 29-37. Le fait que la Cour d'appel soit indépendante et fasse organiquement partie du pouvoir judiciaire n'est pas une condition suffisante pour la considérer comme une juridiction pouvant poser des questions préjudicielles en application de l'article 267 du TFUE (voir C.J.U.E., 19 octobre 1995, affaire C-111/94, *Job-Center*, Rec. 1995, I-3361, points 9-11, C.J.U.E., 15 janvier 2002, affaire C-182/00 *Lutz*, Rec. 2002, I-547, points 11-17).

n'aperçoit pas toujours clairement si cette terminologie différenciée correspond chaque fois à une différence sur le plan du contenu, ni ce que ces termes visent précisément.

Article V.4

27. L'article V.4, § 1^{er}, fait référence à la procédure de l'article IV.64, §§ 3, 4, 5 et 6, qui règle partiellement la procédure d'application de mesures provisoires dans les affaires de concurrence. La question se pose de savoir si ce renvoi est suffisamment clair et suffit par exemple à exprimer le rôle précis de l'auditorat dans les affaires visées à l'article IV.64. L'article IV.64, § 3, prévoit, certes, la possibilité pour l'auditorat d'intervenir, mais il ne fait pas référence à l'article IV.64, § 2. Cette disposition énonce que le secrétariat transmet la demande à l'auditorat. Par contre, l'Observatoire des prix doit « saisir » l'Autorité de la concurrence, ce qui pourrait signifier implicitement que l'auditorat est aussi visé, même si la suite du texte ne mentionne plus que le seul Collège de la concurrence.

28. Conformément à l'article V.4, § 1^{er}, le Collège de la concurrence peut, « après avoir entendu les parties concernées conformément à la procédure fixée à l'article IV.64, §§ 3, 4, 5 et 6, et le cas échéant après avoir consulté les régulateurs sectoriels », ordonner des mesures provisoires.

Cette disposition semble donner l'impression qu'après avoir consulté les régulateurs, le Collège de la concurrence pourrait également intervenir dans la structure tarifaire des prix de l'énergie par exemple. Pareille intervention irait toutefois à l'encontre des compétences exclusives attribuées en la matière aux régulateurs concernés et garanties par la législation européenne²⁸. Afin de ne laisser subsister aucun doute sur le fait qu'une telle intervention n'est pas visée, mieux vaudrait expliciter le texte du projet sur ce point.

L'article V.4, § 1^{er}, est en outre rédigé de telle façon que – même si l'on pouvait admettre une intervention dans la structure tarifaire dans le secteur des régulateurs – cela peut se faire sur la base d'informations²⁹ qui ne sont pas soumises aux autres parties à la procédure, de sorte que l'égalité des armes entre les parties risque d'être compromise.

29. Compte tenu de la nature des décisions pouvant être prises par le Collège de la concurrence, la question peut se poser de savoir s'il n'y aurait pas lieu de prévoir une forme particulière de publication de ces décisions.

²⁸ Voir l'article 37, 1, a), de la directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE', et l'article 41, 1, a), de la directive 2009/73/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE'. Voir aussi C. C., n° 97/2011, 31 mai 2011, B.9.5.

²⁹ Selon l'article V.4, § 1^{er}, les régulateurs sectoriels doivent en effet être « consulté(s) », le cas échéant, et ne doivent pas être « entendu(s) » conformément à la procédure fixée par l'article IV.64, §§ 3, 4, 5 et 6.

Article V.10

30. L'article V.10, § 4, alinéa 1^{er}, dispose notamment que le ministre peut définir les modalités nécessaires à la mise en application des dispositions de cet article.

À cet égard, il faut observer que, sur le plan normatif, le législateur ne peut en principe pas donner de délégation à un ministre.

En effet, en vertu des principes constitutionnels relatifs à l'exercice des pouvoirs, le pouvoir réglementaire est dévolu au Roi. Certes, il n'est pas incompatible avec ces principes de conférer à un ministre une délégation de pouvoirs d'ordre accessoire ou secondaire, mais il n'en demeure pas moins qu'il appartient alors, en principe, au Roi et non au législateur, d'octroyer pareille délégation dans les limites de ses pouvoirs. En effet, l'octroi par le législateur d'une délégation directe de tels pouvoirs à un ministre signifierait que le législateur empiéterait sur une prérogative qui revient au Roi en tant que chef du pouvoir exécutif fédéral (article 37 de la Constitution). Pareille délégation ne pourrait être admissible qu'en présence de motifs objectifs justifiant une intervention urgente du pouvoir exécutif. On pourrait difficilement considérer, en l'espèce, qu'il existe de tels motifs.

Cette délégation doit par conséquent être accordée au Roi et non au ministre.

Une observation identique peut être formulée à propos d'autres dispositions, comme l'article V.12 qui confère au ministre des compétences qui semblent être de nature réglementaire.

Article 22

31. Dans le texte néerlandais de l'article 22, alinéa 2, 2°, du projet, on écrira « in overeenstemming brengen » ou « doen overeenstemmen » (et non : « overeenbrengen »).

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME