



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 58.308/3
van 12 november 2015

avis 58.308/3
du 12 novembre 2015

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'betreffende de
samenwerking tussen de
Commissie voor de regulering
van de elektriciteit en het gas
en de Belgische
Mededingingsautoriteit'

un projet d'arrêté royal
'concernant la coopération
entre la Commission de
régulation de l'électricité et du
gaz et l'Autorité belge de la
concurrence'

Op 14 oktober 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de samenwerking tussen de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas en de Belgische Mededingingsautoriteit'.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 3 november 2015. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Johan PUT en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 november 2015.

*

Le 14 octobre 2015, 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, sur un projet d'arrêté royal 'concernant la coopération entre la Commission de régulation de l'électricité et du gaz et l'Autorité belge de la concurrence'.

Le projet a été examiné par la troisième chambre le 3 novembre 2015. La chambre était composée de Jo BAERT, président de chambre, Jan SMETS et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Johan PUT et Bruno PEETERS, assesseurs, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Tim CORTHAUT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 12 novembre 2015.

*

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 toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerpbesluit strekt tot regeling van de wederzijdse gegevensuitwisseling tussen de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna: CREG) en de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna: BMA).

Hoofdstuk 1 bevat een aantal definities.

Hoofdstuk 2 regelt het overleg en de mededeling van informatie. In de eerste plaats wordt voorzien in een jaarlijks overleg (artikel 2). Artikel 3 bepaalt dat de BMA de CREG op de hoogte brengt van ieder relevant probleem met betrekking tot de elektriciteits- en gassector waarvan zij kennis heeft, en van elk onderzoek in de zin van artikel IV.41, § 1, van het Wetboek van economisch recht in de elektriciteits- of gassector. Omgekeerd wisselen de CREG en de BMA, binnen de grenzen van artikel IV.43, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht, alle nuttige informatie uit, met inbegrip van vertrouwelijke informatie “voor zover dit nodig en evenredig is voor de verwezenlijking van de hun opgedragen opdrachten” in de gevallen dat in die uitwisseling voorzien is in de wet van 12 april 1965 ‘betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’ (hierna: Gaswet) en de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’ (hierna: Elektriciteitswet) (artikel 4). In artikel 5 van het ontwerp worden drie gevallen opgesomd waarin vertrouwelijke informatie niet mag worden uitgewisseld (vertrouwelijke informatie die is uitgewisseld in het raam van het “European Competition Network”, vertrouwelijke informatie die is verkregen via clementieprocedures in de zin van artikel IV.46 van het Wetboek van economisch recht en vertrouwelijke informatie die is verkregen via procedures inzake transacties in de zin van de artikelen IV.51 tot IV.57 van dat wetboek).

Hoofdstuk 3 betreft de samenwerkingsprocedures voor het verstrekken van de informatie of het verlenen van de toegang tot bepaalde documenten.

Hoofdstuk 4 bevat de uitvoeringsbepaling.

3. Het ontworpen besluit vindt afdoende rechtsgrond in het in het derde lid van de aanhef vermelde artikel IV.43, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht, op grond waarvan de Koning de samenwerking kan regelen tussen de BMA en de voor de economische sectoren bevoegde toezichthouders, zowel wat betreft het onderzoek als wat betreft de wederzijdse uitwisseling van vertrouwelijke inlichtingen.

De eveneens in de aanhef aangehaalde bepalingen van de Gaswet en de Elektriciteitswet¹ betreffen weliswaar gevallen waarin gegevens door de CREG kunnen worden gedeeld met de BMA, maar bevatten geen delegatie aan de Koning. Er bestaat, nu er een uitdrukkelijke rechtsgrond voorhanden is, geen noodzaak om het ontworpen besluit te laten steunen op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning (artikel 108 van de Grondwet), gelezen in samenhang met die bepalingen. Hoogstens kunnen zij, ter nadere situering van het ontwerp, in een considerans in de aanhef worden vermeld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. Gelet op hetgeen is opgemerkt omtrent de rechtsgrond voor het ontworpen besluit, dienen het eerste en het tweede lid van de aanhef te worden geschrapt of te worden omgevormd tot (verderop in de aanhef te plaatsen) consideransen (“Overwegende (...)” in plaats van “Gelet op (...)”).

Nieuw in te voegen artikel 1

5. Aangezien het ontwerp strekt tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijnen 2009/72/EG² en 2009/73/EG³, moet daarvan gewag worden gemaakt in een nieuw in te voegen artikel 1 van het ontwerp.

Artikel 3

6. In de Nederlandse tekst van artikel 3, eerste lid, van het ontwerp moet het woord “hebben” worden vervangen door het woord “heeft”.

Artikel 4

7. Het in artikel 4, eerste lid, van het ontwerp vermelde artikel IV.43, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht is een rechtsgrondbepaling, waarin op zich de uitwisseling van informatie niet wordt geregeld, maar waarin daartoe net een delegatie aan de Koning wordt verleend. Het zou correcter zijn om in de eerstgenoemde bepaling de woorden “zoals toegestaan door de toepassing van artikel IV.43, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht” te vervangen door de woorden “binnen de grenzen van dit besluit”.

¹ Overigens moeten de verwijzingen naar het derde lid van respectievelijk artikel 15/14, § 2, van de Gaswet en artikel 23, § 2, van de Elektriciteitswet worden vervangen door verwijzingen naar het vijfde lid van die bepalingen.

² 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’.

³ 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’.

Artikel 5

8. Aan de gemachtigde werd nadere uitleg en verantwoording gevraagd omtrent de drie in artikel 5 van het ontwerp opgesomde gevallen die aanleiding geven tot het weigeren van de uitwisseling van informatie. Naar aanleiding daarvan stelt de gemachtigde voor om de toelichting bij artikel 5 van het ontwerp in het bij het ontwerp gevoegde verslag aan de Koning te vervangen als volgt:

“Artikel 5, (...) 1°, van het ontwerp van koninklijk besluit bepaalt in de meest brede termen dat de BMA de Commissie (CREG) geen kennis geeft van informatie die uitgewisseld wordt in het kader van het Europese netwerk. Deze bepaling dekt [naar ons oordeel]⁴ ruimschoots de informatie die bedoeld is in artikel 28(2) van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Het is daarentegen juist de bedoeling van het samenwerkingsakkoord om, zoals voorzien in de artikelen IV.34 en IV.43, tweede lid WER gegevens die in Belgische onderzoeken werd verkregen te kunnen delen met de regulator. Die gegevens werden niet verkregen uit hoofde van Verordening (EG) nr. 1/2003. Een gelijkaardige bepaling is opgenomen in artikel 4 van het koninklijk Besluit van 8 mei 2014 betreffende de samenwerking tussen het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie enerzijds, en de Belgische Mededingingsautoriteit anderzijds.

Zoals eerder in artikel 3 vermeld, is het de bedoeling van dit ontwerp van koninklijk besluit om tot een evenwicht te komen in de informatie[-]uitwisseling tussen de twee organisaties. Zowel de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt als de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen verplichten inderdaad de CREG om de potentiële mededingingsproblemen te signaleren aan de Autoriteit.”

Vraag is evenwel of met de uitzonderingen die zijn opgenomen in artikel 5 van het ontwerp, alle gevallen zijn geviseerd waaronder de nationale mededingingsautoriteit tot geheimhouding verplicht is krachtens 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’.

Bovendien moet omgekeerd worden opgemerkt dat alleen het geval beschreven in artikel 5, 1°, van het ontwerp een geval is dat onder het toepassingsgebied van artikel 28, lid 2, van verordening (EU) nr. 1/2003 valt. De twee andere gevallen zijn vanuit dat perspectief niet relevant: wat betreft procedures inzake transacties en clementieprocedures die louter op de Belgische markt betrokken zijn, is er helemaal geen reden om gelet op die verordening de kennisgeving ervan uit te sluiten.⁵ Het verdient aanbeveling om in het verslag aan de Koning uit

⁴ Deze woorden dienen in ieder geval uit de memorie van toelichting te worden weggelaten.

⁵ Ook in dossiers met een Europese component geldt de vertrouwelijkheid enkel voor informatie die met toepassing van de genoemde verordening zou zijn verkregen. Overigens verbiedt het recht van de Europese Unie niet dat derden – zoals personen die een schadevergoeding wensen te vorderen naar aanleiding van beweerde schade tengevolge van een inbreuk op de mededingingswetgeving – toegang krijgen tot informatie die verkregen is in het raam van een clementieprocedure door een mededingingsautoriteit in het kader van de openbaarheid van bestuur (zie HvJ 14 juni 2011, C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*). Mogelijk willen de stellers van het ontwerp anticiperen op de toepassing van artikel 6, lid 6, van richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2014 ‘betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie’, waarvan de omzettingstermijn verstrijkt op 27 december 2016, en waarin wel gelijkaardige uitzonderingen voor informatie

te leggen waarom de bedoelde informatie dermate gevoelig is dat ze dient te worden uitgesloten van de kennisgevingsverplichting.

Voorts moet worden opgemerkt dat in het voorliggende ontwerp ook informatie die is verkregen in het raam van de transacties bedoeld in de artikelen IV.51 tot IV.57 van het Wetboek van economisch recht, van de kennisgeving wordt uitgesloten, terwijl dat geval niet is uitgesloten in de relatie tussen de BMA en het Belgisch instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT) (zie artikel 4, § 1, van het koninklijk besluit van 8 mei 2014 ‘betreffende de samenwerking tussen het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie enerzijds, en de Belgische Mededingingsautoriteit anderzijds’). Voor dat verschil in behandeling van beide regulatoren dient in ieder geval een afdoende verantwoording te kunnen worden gegeven.

9. Artikel 5, 1°, van het ontwerp dient te worden beperkt tot het geval dat de erin bedoelde informatie door de Europese Commissie of andere mededingingsautoriteiten wordt bezorgd aan de BMA. In het andere geval zou immers het gegeven dat vertrouwelijke informatie die de BMA normaal zou delen met de CREG, alsnog – en mogelijk zelfs *post factum* – niet meer kunnen worden gedeeld met de CREG indien die informatie ook wordt bezorgd aan een andere mededingingsautoriteit of aan de Europese Commissie. In artikel 5, 1°, van het ontwerp dienen derhalve de woorden “uitgewisseld wordt” te worden vervangen door “verkregen werd”.

verkregen in het kader van schikkingen en clementieprocedures zijn opgenomen. De stellers moeten dan echter kunnen aantonen dat de *ratio legis* van die uitzonderingen niet enkel relevant is voor personen die een schadevordering willen instellen, maar ook voor de energieregulator.

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 a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté soumis pour avis a pour objet de régler l'échange réciproque d'informations entre la Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (ci-après : la CREG) et l'Autorité belge de la concurrence (ci-après : l'ABC).

Le chapitre 1^{er} contient un certain nombre de définitions.

Le chapitre 2 règle la consultation et la communication d'informations. Ce chapitre prévoit tout d'abord une consultation annuelle (article 2). L'article 3 dispose que l'ABC informe la CREG de tous problèmes pertinents dans le secteur du gaz et de l'électricité dont elle a connaissance, et de toute instruction au sens de l'article IV.41, § 1^{er}, du Code de droit économique, dans le secteur du gaz et de l'électricité. À l'inverse, la CREG et l'ABC s'échangent, dans les limites de l'article IV.43, alinéa 2, du Code de droit économique, toute information utile, y inclus des informations confidentielles « pour autant que cela soit nécessaire et proportionné à l'accomplissement des missions qui leur sont assignées », dans les cas où cet échange est prévu par la loi du 12 avril 1965 'relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations' (ci-après : la loi sur le gaz) et la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité' (ci-après : la loi sur l'électricité) (article 4). L'article 5 du projet énumère trois cas dans lesquels les informations confidentielles ne peuvent pas être échangées (en cas d'informations confidentielles échangées dans le cadre du Réseau européen de la concurrence, d'informations confidentielles obtenues via des procédures de clémence au sens de l'article IV.46 du Code de droit économique et d'informations confidentielles obtenues via des procédures de transactions au sens des articles IV.51 à IV.57 du même code).

Le chapitre 3 porte sur les procédures de collaboration en vue de fournir des informations ou d'autoriser l'accès à certains documents.

Le chapitre 4 contient une disposition exécutoire.

3. L'arrêté en projet trouve un fondement juridique suffisant dans l'article IV.43, alinéa 2, du Code de droit économique, mentionné dans le troisième alinéa du préambule, conformément auquel le Roi peut régler la coopération entre l'ABC et les autorités de contrôle compétentes dans les secteurs économiques en ce qui concerne tant l'instruction que l'échange réciproque d'informations confidentielles.

Si les dispositions de la loi sur le gaz et de la loi sur l'électricité¹ également citées dans le préambule concernent bien des cas où la CREG peut partager des informations avec

¹ Du reste, les références à l'alinéa 3 de l'article 15/14, § 2, de la loi sur le gaz et, respectivement, de l'article 23, § 2, de la loi sur l'électricité, doivent être remplacées par des références à l'alinéa 5 de ces dispositions.

l'ABC, elles ne prévoient cependant pas de délégation au Roi. Dès lors qu'il existe un fondement juridique explicite, il n'est pas nécessaire de fonder l'arrêté en projet sur le pouvoir général d'exécution du Roi (article 108 de la Constitution), combiné avec ces dispositions. Tout au plus peuvent-elles être mentionnées dans un considérant inscrit dans le préambule afin de préciser le contexte du projet.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

4. Compte tenu des observations formulées concernant le fondement juridique de l'arrêté en projet, il y a lieu de supprimer les premier et deuxième alinéas du préambule ou de les transformer en considérants (« Considérant (...) » au lieu de « Vu (...) ») (à insérer plus loin dans le préambule).

Nouvel article 1^{er} à insérer

5. Dès lors que le projet vise à transposer partiellement les directives 2009/72/CE² et 2009/73/CE³, il faut mentionner ces dernières dans un article 1^{er}, nouveau, à insérer dans le projet.

Article 3

6. Dans le texte néerlandais de l'article 3, alinéa 1^{er}, du projet, on remplacera le mot « hebben » par le mot « heeft ».

Article 4

7. L'article IV.43, alinéa 2, du Code de droit économique, visé par l'article 4, alinéa 1^{er}, du projet, constitue une disposition procurant un fondement juridique qui ne règle pas en soi l'échange d'informations, mais qui confère au Roi une délégation à cette fin. Il serait plus correct, dans la disposition citée en dernier, de remplacer les mots « comme autorisé par application de l'article IV.43, alinéa 2, du Code de droit économique » par les mots « dans les limites du présent arrêté ».

² 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'.

³ 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'.

Article 5

8. Il a été demandé au délégué d'apporter des précisions et de justifier les trois cas impliquant un refus d'échange d'informations, énumérés à l'article 5 du projet. Consécutivement à cette demande, le délégué propose de remplacer le commentaire relatif à l'article 5 du projet dans le rapport au Roi joint au projet par ce qui suit :

“Artikel 5, (...) 1°, van het ontwerp van koninklijk besluit bepaalt in de meest brede termen dat de BMA de Commissie (CREG) geen kennis geeft van informatie die uitgewisseld wordt in het kader van het Europese netwerk. Deze bepaling dekt [naar ons oordeel]⁴ ruimschoots de informatie die bedoeld is in artikel 28(2) van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Het is daarentegen juist de bedoeling van het samenwerkingsakkoord om, zoals voorzien in de artikelen IV.34 en IV.43, tweede lid WER gegevens die in Belgische onderzoeken werd verkregen te kunnen delen met de regulator. Die gegevens werden niet verkregen uit hoofde van Verordening (EG) nr. 1/2003. Een gelijkaardige bepaling is opgenomen in artikel 4 van het koninklijk Besluit van 8 mei 2014 betreffende de samenwerking tussen het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie enerzijds, en de Belgische Mededingingsautoriteit anderzijds.

Zoals eerder in artikel 3 vermeld, is het de bedoeling van dit ontwerp van koninklijk besluit om tot een evenwicht te komen in de informatie[-]uitwisseling tussen de twee organisaties. Zowel de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt als de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen verplichten inderdaad de CREG om de potentiële mededingingsproblemen te signaleren aan de Autoriteit.”

La question se pose toutefois de savoir si les exceptions prévues à l'article 5, du projet visent tous les cas où l'autorité nationale de la concurrence est tenue au secret en vertu du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 'relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité'.

Par ailleurs, il convient, à l'inverse, d'observer que seul le cas décrit à l'article 5, 1°, du projet entre dans le champ d'application de l'article 28, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003. Les deux autres cas ne sont pas pertinents de ce point de vue : en ce qui concerne des procédures de transactions et des procédures de clémence qui visent uniquement le marché belge, il n'existe aucune raison d'en exclure la notification, eu égard à ce règlement⁵. Il est

⁴ Ces mots doivent en tout cas être omis de l'exposé des motifs.

⁵ Dans des dossiers à composante européenne, la confidentialité ne vaut que pour les informations qui auraient été obtenues en application du règlement précité. Le droit européen n'interdit du reste pas aux tiers – telles que les personnes qui souhaitent demander une indemnisation consécutivement à un dommage prétendu, découlant d'une infraction à la législation relative à la concurrence – d'accéder à des informations obtenues à la suite d'une procédure de clémence par une autorité de la concurrence dans le cadre de la publicité de l'administration (voir C.J.U.E., 14 juin 2011, C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*). Les auteurs du projet souhaitent peut-être anticiper l'application de l'article 6, paragraphe 6, de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 'relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne', dont le délai de transposition expire le 27 décembre 2016, et qui prévoit effectivement des exceptions similaires pour les informations obtenues dans le cadre de transactions et de procédures de clémence. Le cas échéant, les auteurs du projet doivent toutefois pouvoir démontrer que la *ratio legis* de ces exceptions n'est pas uniquement pertinente pour les personnes qui souhaitent introduire une demande d'indemnisation, mais aussi pour le régulateur de l'énergie.

recommandé d'indiquer, dans le rapport au Roi, pourquoi les informations visées sont à ce point sensibles qu'il faut les exclure de l'obligation de notification.

Ensuite, on relèvera que le projet à l'examen exclut également de la notification les informations obtenues dans le cadre des transactions visées aux articles IV.51 à IV.57 du Code de droit économique, alors que ce cas n'est pas exclu dans la relation entre l'ABC et l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT) (voir l'article 4, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 mai 2014 'concernant la coopération entre l'Institut belge des services postaux et des télécommunications et l'Autorité belge de la concurrence'). En tout état de cause, cette différence de traitement entre les deux régulateurs doit pouvoir être adéquatement justifiée.

9. L'article 5, 1^o, du projet doit se limiter au cas où les informations qu'il vise sont transmises à l'ABC par la Commission européenne ou par d'autres autorités de la concurrence. En effet, dans le cas contraire, des informations confidentielles que l'ABC partagerait normalement avec la CREG ne pourraient plus l'être pour l'heure – voire même *post factum* – si elles sont également communiquées à une autre autorité de la concurrence ou à la Commission européenne. On remplacera donc, à l'article 5, 1^o, du projet, le mot « échangée » par le mot « obtenue ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT