



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 64.825/1
van 9 januari 2019

avis 64.825/1
du 9 janvier 2019

over

sur

een voorontwerp van wet
'houdende wijzigingen aan
boek I 'Definities' en boek XV
'Rechtshandhaving' alsmede
vervanging van boek IV
'Bescherming van de
mededinging' in het Wetboek
van economisch recht'

un avant-projet de loi 'portant
modifications au livre I^{er}
'Définitions' et au livre XV
'Application de la loi' et
remplaçant le livre IV
'Protection de la concurrence'
dans le Code de droit
économique'

Op 26 november 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie en Consumenten verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende wijzigingen aan boek I 'Definities' en boek XV 'Rechtshandhaving' alsmede vervanging van boek IV 'Bescherming van de mededinging' in het Wetboek van economisch recht'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 20 december 2018. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Wim GEURTS, 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 Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 januari 2019.

*

Le 26 novembre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie et des Consommateurs à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant modifications au livre I^{er} 'Définitions' et au livre XV 'Application de la loi' et remplaçant le livre IV 'Protection de la concurrence' dans le Code de droit économique'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 20 décembre 2018. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Wim GEURTS, 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 Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 janvier 2019.

*

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,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 strekt ertoe boek IV van het Wetboek van economisch recht, “Bescherming van de mededinging”, in zijn geheel te vervangen door een nieuw boek (artikel 3 van het voorontwerp). In het nieuwe boek IV blijven niettemin in essentie de bestaande materiële mededingingsregels behouden en worden er op dat vlak vooral wijzigingen aangebracht aan onder meer de regels met betrekking tot de aansprakelijkheid van natuurlijke personen voor inbreuken op het kartelverbod (ontworpen artikel IV.1, § 4), de overheidsbedrijven (ontworpen artikel IV.12), en de relevante omzet die wordt in aanmerking genomen als basis voor de berekening van de boetes (ontworpen artikel IV.84). De ontworpen wijzigingen hebben hoofdzakelijk betrekking op de interne werking van en de procedures voor de Belgische Mededingingsautoriteit. In de memorie van toelichting wordt er in dat verband op gewezen dat de ontworpen wijzigingen de basisbeginselen behouden die ten grondslag lagen aan de wet van 3 april 2013 die het voornoemde boek IV in het Wetboek van economisch recht heeft ingevoegd en dat het voorontwerp van wet ertoe strekt “om de mededingingsprocedures te verfijnen en te stroomlijnen”.

Het vervangen van boek IV van het Wetboek van economisch recht gaat gepaard met een aantal flankerende wijzigingen die worden aangebracht in boek I, “Definities” (artikel 2 van het voorontwerp), en boek XV, “Rechtshandhaving” (artikel 4 van het voorontwerp), van het Wetboek van economisch recht. In artikel 5 van het voorontwerp is een overgangsregeling opgenomen.

VORMVEREISTEN

3. Aan de gemachtigde is gevraagd of de ontworpen regeling werd aangemeld bij de Gegevensbeschermingsautoriteit. De verschillende onderzoeksbevoegdheden die de Mededingingsautoriteit ook ten aanzien van natuurlijke personen kan uitoefenen, brengen immers onvermijdelijk verwerkingen van persoonsgegevens met zich mee.²

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

² Zie bijvoorbeeld ook de opmerking *sub* 9 bij het ontworpen artikel IV.16 van het Wetboek van economisch recht over het ontbreken van een equivalent voor het huidige artikel IV.16, § 10, dat een machtiging bevat voor de gegevensverwerking door de Mededingingsautoriteit.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’,³ te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Uit wat voorafgaat volgt dat ook met betrekking tot het voorontwerp van wet het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet worden ingewonnen vooraleer het in de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt ingediend.

Naar het zeggen van de gemachtigde zal het betrokken advies alsnog worden gevraagd. Mocht de tekst van het voorontwerp, zoals deze om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is voorgelegd, naderhand als gevolg van het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit nog worden gewijzigd, zullen die wijzigingen overeenkomstig artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ook nog aan de afdeling Wetgeving om advies moeten worden voorgelegd.

VOORAFGAANDE OPMERKING

4. Zoals vermeld *sub* 2 strekt het voorontwerp van wet weliswaar tot het vervangen van het gehele boek IV van het Wetboek van economisch recht, maar dat staat er niet aan in de weg dat veel bepalingen van het nieuwe boek neerkomen op een herneming van bepalingen die nu al deel uitmaken van het huidige boek IV. De Raad van State, afdeling Wetgeving, verleent, behoudens in geval van wijziging van de juridische context, in de regel geen nieuw advies over bepalingen die al eerder zijn onderzocht of die zijn gewijzigd ten gevolge van in eerdere adviezen gemaakte opmerkingen. Met betrekking tot die bepalingen verwijst de afdeling Wetgeving dan traditioneel naar de desbetreffende adviezen.

Wat de overgenomen bepalingen van het huidige boek IV van het Wetboek van economisch recht betreft, refereert de afdeling Wetgeving in het bijzonder aan advies 51.810/1 dat zij op 20 september 2012 heeft uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot, enerzijds, de wet van 3 april 2013 ‘houdende invoeging van boek IV ‘Bescherming van de mededinging’ en van boek V ‘De mededinging en de prijsevoluties’ in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en aan boek V en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek IV en aan boek V, in boek I van het

³ De Commissie voor de persoonlijke levenssfeer is vanaf 25 mei 2018 opgevolgd door de Gegevensbeschermingsautoriteit (zie de artikelen 3 en 110 van de wet van 3 december 2017). De leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer oefenen evenwel de taken en de bevoegdheden van de Gegevensbeschermingsautoriteit uit tussen 25 mei 2018 en de dag waarop de leden van het directiecomité van de Gegevensbeschermingsautoriteit de eed afleggen en een verklaring ondertekenen dat er geen belangenconflicten zijn (artikel 114 van de wet van 3 december 2017).

Wetboek van economisch recht' en, anderzijds, de wet van 3 april 2013 'houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, in boek IV 'Bescherming van de mededinging' en boek V 'De mededinging en de prijsevoluties' van het Wetboek van economisch recht'.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. De Mededingingsautoriteit is een administratieve overheid waarvan de beslissingen in beginsel het voorwerp kunnen uitmaken van een beroep bij het Marktenhof met toepassing van het ontworpen artikel IV.90 van het Wetboek van economisch recht. Dat is echter niet voor alle beslissingen het geval.

In diverse bepalingen van het voorontwerp wordt immers expliciet elke verdere beroepsmogelijkheid uitgesloten. In veel van die bepalingen gaat het daarbij om interne of voorbereidende handelingen die bijgevolg samen met een eindbeslissing zullen kunnen worden aangevochten voor het Marktenhof.⁴

In een aantal gevallen moet echter worden vastgesteld dat ook eindbeslissingen niet vatbaar worden verklaard voor beroep.⁵ Alhoewel het veelal gaat om bepalingen van het voorontwerp die bestaande bepalingen van het huidige boek IV van het Wetboek van economisch recht hernemen of die daarbij aansluiten, zou het niettemin aanbeveling verdienen om in de memorie van toelichting te verduidelijken waarom de stellers van het voorontwerp menen om dergelijke uitsluitingen van beroepsmogelijkheden in het voorontwerp van wet te moeten inschrijven en om deze uitsluitingen te verantwoorden in het licht van bepaalde Europeesrechtelijke en grondwettelijke beginselen inzake behoorlijke rechtsbescherming. Zo wordt het recht op toegang tot de rechter niet enkel gewaarborgd door artikel 13 van de Grondwet en de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag 'tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden', maar tevens door artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.⁶

Ook kan de vraag rijzen of de voornoemde uitsluitingen van beroepsmogelijkheden niet op gespannen voet kunnen komen te staan met artikel 19 van het Verdrag 'betreffende de Europese Unie' en met artikel 267 van het Verdrag 'betreffende de

⁴ Zie de volgende ontworpen bepalingen: artikel IV.40, § 1, vijfde lid; artikel IV.40, § 6; artikel IV.41, § 5, derde lid; artikel IV.49, § 2, tweede lid; artikel IV.49, § 4; artikel IV.49, § 5, derde lid; artikel IV.49, § 6, tweede lid; artikel IV.54, § 6; artikel IV.59, § 2; artikel IV.64, § 3, eerste lid; artikel IV.65, § 2, tweede lid; artikel IV.67, § 3, eerste lid, en artikel IV.72, § 7.

⁵ Het gaat daarbij om de volgende ontworpen bepalingen: artikel IV.44, § 3, vijfde lid (sepotbeslissing); artikel IV.45 (stopzetting ambtshalve onderzoek); artikel IV.46, § 2, zevende lid (stopzetting onderzoek door Mededingingscollege); artikel IV.59, § 1, derde lid (schikkingsbeslissing); artikel IV.62 (stopzetting schikkingsprocedure); artikel IV.66, § 2, 3^o (opening procedure van bijkomend onderzoek inzake concentratie); artikel IV.70, § 5, tweede lid (vaststelling dat niet aan de voorwaarden voor de vereenvoudigde procedure is voldaan).

⁶ Het Handvest is overeenkomstig artikel 51 ervan van toepassing wanneer de lidstaten het Unierecht ten uitvoer leggen. Dat is het geval met de Mededingingsautoriteit die onder meer wordt opgericht met het oog op de correcte uitvoering 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'.

werking van de Europese Unie' indien ze ertoe kunnen leiden dat bepalingen van Unierecht ten uitvoer worden gelegd zonder dat daarover door een rechter prejudiciële vragen kunnen worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het vereiste van rechterlijke toetsing van elk besluit van een nationale autoriteit is immers een algemeen Unierechtelijk beginsel. Krachtens dat beginsel staat het aan de nationale rechter om uitspraak te doen over de wettigheid van een bezwarende handeling en om een beroep daartoe ontvankelijk te verklaren al voorziet het interne procesrecht in dat geval niet in een dergelijk beroep.⁷ Vraag is derhalve of bepaalde handelingen die in het voorontwerp expliciet worden uitgesloten van verder beroep niet hoe dan ook aanvechtbaar blijven met een vernietigingsberoep voor de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, die de administratieve rechter van gemeen recht is.

In het licht van wat voorafgaat verdient het aanbeveling dat de expliciete uitsluiting van beroepsmogelijkheden met betrekking tot bepaalde beslissingen, waaronder vooral die inzake sepot en verwante stopzettingen van het onderzoek, aan een bijkomend onderzoek zou worden onderworpen en dat, in de mate dat dergelijke expliciete uitsluiting ongewijzigd in het voorontwerp zou worden behouden, deze minstens in de memorie van toelichting zou worden geduid en verantwoord in het licht van de reeds genoemde beginselen inzake behoorlijke rechtsbescherming.

6. In een voorstel van richtlijn (2017/0063 (COD)) van het Europees Parlement en de Raad 'tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt' wordt in strengere waarborgen voorzien inzake onafhankelijkheid van de nationale Mededingingsautoriteiten, de hen ter beschikking gestelde middelen en de uitoefening van hun kernbevoegdheden. Gelet op de institutionele verhouding tussen de Belgische Mededingingsautoriteit en de FOD Economie waarvan in de ontworpen regeling wordt uitgegaan en die onder meer inhoudt dat deze laatste de nodige logistieke en materiële middelen ter beschikking stelt van de Mededingingsautoriteit, hieronder mede begrepen de personeelsleden van de Mededingingsautoriteit waaronder de leden van het auditoraat, zouden de stellers van het voorontwerp er goed aan doen om de ontworpen regeling nu al te toetsen aan de strengere waarborgen waarin het voornoemde voorstel van richtlijn voorziet op het vlak van onder meer de onafhankelijke inrichting en werking van nationale Mededingingsautoriteiten.

7.1. Het voorontwerp bevat een aantal bepalingen die betrekking hebben op het gebruik van vertrouwelijke stukken. Zo wordt voorzien in een mechanisme voor het beoordelen van verzoeken tot vertrouwelijkheid (ontworpen artikelen IV.41 en IV.52, § 2), en wordt het geval geregeld waarbij andere partijen ook een beroep zouden willen doen op een stuk dat ten aanzien van hen als vertrouwelijk is aangemerkt (ontworpen artikel IV.49, § 5). In dat verband verstrekte de gemachtigde nadere toelichting die hierna wordt weergegeven en die het best ook in de tekst van het voorontwerp tot uitdrukking wordt gebracht.

7.2. Aan de gemachtigde werd gevraagd of het Mededelingscollege bij het nemen van zijn beslissing rekening zal kunnen houden met stukken waarvan niet alle partijen kennis hebben

⁷ HvJ 17 februari 2014, *Liivimaa Lihaveis MTÜ*, C-562/12, punt 75; zie al eerder HvJ 3 december 1992, *Oleificio Borelli/Commissie*, C-97/91, punten 13 en 14.

kunnen nemen en of in dat geval het Mededingingscollege niet zelf alsnog de publicatie van dergelijke vertrouwelijke stukken zou moeten kunnen bevelen. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Het Mededingingscollege zal rekening houden met het vertrouwelijke stuk, doch enkel ten aanzien van de partij die het vertrouwelijk stuk neerlegt. Het zal echter de beslissing ten aanzien van andere partijen niet steunen op een stuk waarvan zij geen kennis hebben kunnen nemen.

Volgende toevoegingen kunnen gebeuren in antwoord op de gestelde vraag:

In artikel IV.49, § 5 dat ook de verzoeker zal gehoord worden door de derde assessor;

Toevoegen dat de betrokkene ook de mogelijkheid heeft afstand te doen van de vertrouwelijkheid.

In IV.49 § 5 en IV.52 § 2 staat er reeds ‘betrokken partij’ en niet ‘partij’. Dit slaat dus niet op de klager.”

De gemachtigde gaf in verband met de mogelijkheid voor de partij die om vertrouwelijkheid heeft verzocht om afstand te doen van de vertrouwelijkheid, bovendien ook nog de volgende uitleg:

“Een partij ten aanzien waarvan de auditeur de vertrouwelijkheid heeft aanvaard van een document, kan aanvoeren in een beroep dat zijn rechten van verdediging geschonden worden doordat het college of bepaalde betrokken partijen kennis zouden krijgen van het document. Met dit beroep betwist hij/zij echter niet de beslissing van vertrouwelijkheid van het document zelf dat immers niet van hem/haar is. Het is niet aan hem/haar om te oordelen over de vertrouwelijkheid maar wel aan de auditeur nadat de partij (van wie het document afkomstig is) heeft uiteengezet waarom het document vertrouwelijk is. Als de assessor echter oordeelt dat de inzage door het college of bepaalde betrokken partijen zijn rechten van verdediging zou schenden, wordt het document vervangen door een niet-vertrouwelijke versie, ook dus ten aanzien van het college of bepaalde andere betrokken partijen, tenzij de partij van wie het document afkomstig is afstand doet van de vertrouwelijkheid.”

Het verdient aanbeveling om de tekst van de betrokken bepalingen van het voorontwerp aan te vullen in de door de gemachtigde aangegeven zin en om die aanvullingen tevens nader te duiden in de commentaar met betrekking tot die bepalingen in de memorie van toelichting.

7.3. Aangezien het in de ontworpen artikelen IV.41, § 5, en IV.49, § 5, om verschillende procedures gaat, zou het naar het zeggen van de gemachtigde de bedoeling zijn om ervoor telkens een andere assessor aan te stellen. Ter wille van de duidelijkheid zou die bedoeling het best worden geëxpliciteerd in de tekst van het voorontwerp of in de memorie van toelichting.

7.4. Ten slotte kan ook worden ingestemd met het voorstel van de gemachtigde om het mogelijk te maken dat ook voor stukken die pas tijdens de procedure voor het Mededingingscollege worden voorgelegd de vertrouwelijkheid kan worden gevraagd, waarbij eveneens de regeling van het ontworpen artikel IV.41 *mutatis mutandis* zal worden toegepast. Daartoe zal dan wel de tekst van het ontworpen artikel IV.49, § 3, moeten worden aangevuld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

Ontworpen artikel IV.6

8. Het ontworpen artikel IV.6, § 5, 3°, bevat nog een verwijzing naar “participatiemaatschappijen” in de zin artikel 5, lid 3, van richtlijn 78/660/EEG.⁸ Die richtlijn is echter opgeheven. De gemachtigde heeft bevestigd dat bedoeld wordt om te verwijzen naar de “participatieondernemingen” bedoeld in artikel 2, 15°, van richtlijn 2013/34/EU.⁹ De redactie van het ontworpen artikel IV.6, § 5, 3°, moet bijgevolg in die zin worden aangepast.

Ontworpen artikel IV.16

9. De gemachtigde heeft gewezen op het ontbreken van een equivalent voor het recent bij de wet van 5 september 2018 in het Wetboek van economisch recht ingevoegde artikel IV.16, § 10,¹⁰ dat betrekking heeft op de status van de Mededingingsautoriteit voor de toepassing van de relevante regelgeving op het gebied van de verwerking van persoonsgegevens. Het ontworpen artikel IV.16 moet bijgevolg worden aangevuld met een overeenstemmende bepaling.

10. De Belgische Mededingingsautoriteit wordt in het ontworpen artikel IV.16, § 1, aangemerkt als een overheidsdienst met rechtspersoonlijkheid en beheersautonomie “zoals bedoeld in artikel 2, § 3, b) van de wet van 22 mei 2003 houdende de organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de Federale Staat”.

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de aangehaalde verwijzing niet op een correcte wijze is geredigeerd. Het gaat immers niet om “artikel 2, § 3, b) van de wet van 22 mei 2003” maar om “artikel 2, eerste lid, 3°, tweede lid, b), van de wet van 22 mei 2003”.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat het volgens de laatstgenoemde bepaling gaat om “de instellingen van categorie B en C bedoeld in artikel 1 van [de wet van 16 maart 1954 ‘betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut’]”. Van de Belgische Mededingingsautoriteit wordt in artikel 1 van de voornoemde wet echter geen melding gemaakt. Bijgevolg moet in het ontworpen artikel IV.16, § 1, minstens ook worden aangegeven of de Belgische Mededingingsautoriteit als een instelling van categorie B, dan wel van categorie C

⁸ Vierde Richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 ‘op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen’.

⁹ Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 ‘betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad’.

¹⁰ Zie artikel 87 van de wet van 5 september 2018 ‘tot oprichting van het informatieveiligheidscomité en tot wijziging van diverse wetten betreffende de uitvoering van verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn 95/46/EG’.

wordt beschouwd. Bij voorkeur zou dan ook artikel 1 van de wet van 16 maart 1954 in die zin moeten worden aangevuld.

Ontworpen artikel IV.17

11. Aan de gemachtigde werd gevraagd wat in het ontworpen artikel IV.17, § 2, precies wordt bedoeld met een “gemotiveerde onbeschikbaarheid”. In het bijzonder rijst de vraag of het daarbij gaat om een louter formele motivering die beperkt blijft tot de feitelijke vaststelling dat de voorzitter niet beschikbaar is, dan wel of het gaat om een kwalitatieve verantwoording waarbij bepaalde redenen mogelijk niet zouden volstaan, zodat korte onbeschikbaarheden bijvoorbeeld veeleer tot een uitstel van de vergadering of het uitvoeren van de betrokken taak zouden moeten leiden en niet tot een vervanging.

De gemachtigde heeft bevestigd dat de tweede lezing de juiste is. Dit impliceert dat de redenen voor de onbeschikbaarheid expliciet zullen moeten worden opgenomen in de handelingen die door het Mededingingscollege zullen worden vastgesteld bij afwezigheid van de voorzitter. Dat wordt het best uitdrukkelijk vermeld in het voorontwerp.

Dezelfde opmerking geldt *mutatis mutandis* met betrekking tot het ontworpen artikel IV.27, § 4, inzake de onbeschikbaarheid van de auditeur-generaal.

Ontworpen artikel IV.22

12. Zoals bevestigd door de gemachtigde is de verwijzing in het ontworpen artikel IV.22, § 2, eerste lid, naar artikel IV.17, § 2, van het Wetboek van economisch recht, niet correct en moet deze vervangen worden door een verwijzing naar artikel IV.17, § 3, van hetzelfde wetboek.

13. Aan de gemachtigde werd om nadere toelichting verzocht met betrekking tot de draagwijdte van het in de memorie van toelichting vermelde “Ethisch Handvest der assessoren”. De gemachtigde deelde daaromtrent het volgende mee:

“In het Ethisch handvest staan geen regels die gevolgen kunnen hebben voor derden; het betreft enkel regels die betrekking hebben op de assessoren. Derden kunnen beroep doen op de wrakingsregel van artikel IV.30. Het is de bedoeling dit Ethisch handvest te integreren in het toekomstige Huishoudelijk reglement.”

In de mate dat het “Ethisch Handvest der assessoren” uitsluitend betrekking heeft op de interne organisatie van het Mededingingscollege en er niet toe strekt om verplichtingen op te leggen aan derden, staat uiteraard niets een integratie van dat handvest in het huishoudelijk reglement in de weg. Wel zou het ter wille van de duidelijkheid aanbeveling verdienen om die bedoeling op een meer expliciete wijze tot uitdrukking te brengen in de commentaar die in de memorie van toelichting bij de ontworpen bepaling wordt gegeven.

Ontworpen artikel IV.26

14. Zoals door de gemachtigde werd bevestigd is de verwijzing in het ontworpen artikel IV.26, § 1, tweede lid, naar artikel IV.17, § 2, van het Wetboek van economisch recht, niet correct en moet deze worden vervangen door een verwijzing naar artikel IV.17, § 3, van hetzelfde wetboek.

Ontworpen artikel IV.33

15. Het ontworpen artikel IV. 33 van het Wetboek van economisch recht luidt:

“Het is de Belgische Mededingingsautoriteit verboden gevolg te geven aan een bevel of verzoek van een rechter of rechtscollege tot overleggen van clementie- en immunititsverklaringen alsmede voorstellen die zijn gedaan met het oog op een schikking, behoudens toepassing van artikel XVII.79, § 1, 3°. ¹¹ Een gerechtelijke instantie, met inbegrip van een onderzoeksrechter, kan geen bevel of verzoek in die zin richten tot de Belgische Mededingingsautoriteit.”

In de commentaar die in de memorie van toelichting bij het ontworpen artikel IV.33 wordt gegeven, wordt onder meer het volgende vermeld:

“Artikel IV.33 geeft uitvoering aan artikel 6 (6) van de Richtlijn (EU) 2014/104 van 26 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, alsmede artikel XV.79, § 2, dat dit artikel 6 (6) omzet.”

Artikel 6, lid 6, van richtlijn (EU) 2014/104 van 26 november 2014 luidt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale rechterlijke instantie met het oog op schadevorderingen op geen enkel moment een partij of een derde kan opdragen toegang te verlenen tot de volgende categorieën bewijsmateriaal:

- a) clementieverklaringen, en
- b) verklaringen met het oog op een schikking.”

Er moet echter worden vastgesteld dat het toepassingsgebied van het ontworpen artikel IV.33 ruimer is dan dat van het aangehaalde artikel 6, lid 6, van richtlijn (EU) 2014/104 en dat bijvoorbeeld ook een onderzoeksrechter die een corruptieonderzoek voert tegen een lid van de Mededingingsautoriteit wegens omkoping bij het toekennen van clementie of schikkingen, of die in het kader van een strafonderzoek naar offertevervalsing ¹² het domein van een kartelonderzoek zou kunnen betreden, geen toegang kan krijgen tot de documenten in kwestie. Hierover om nadere verduidelijking verzocht, verklaarde de gemachtigde:

“Artikel IV.33 spoort met XVII.79 § 2 van het WER, maar is inderdaad breder. Inperking van IV.33 is noodzakelijk om de effectiviteit van de clementie- en

¹¹ Luidens artikel XVII.79, § 1, 3°, van het Wetboek van economisch recht, kan de rechter het overleggen van “schikkingsvoorstellen die zijn ingetrokken” alleen gelasten nadat de Mededingingsautoriteit door een beslissing te nemen of anderszins haar procedure heeft beëindigd.

¹² Artikel 314 van het Strafwetboek.

schikkingsprocedures te vrijwaren. Het betreft trouwens enkel de clementie- en immuniteitsverklaringen en de voorstellen met het oog op een schikking, en niet de onderliggende bewijsstukken.”

Het vrijwaren van de effectiviteit van de clementie- en schikkingsprocedures, waaraan wordt gerefereerd in de verklaring van de gemachtigde, kan op zich worden geacht om een legitiem doel uit te maken. Wel kan de vraag worden opgeworpen of het absolute karakter van het verbod in alle gevallen valt te verantwoorden, ook al heeft het slechts betrekking op een klein aantal documenten. Zo lijkt dergelijke verantwoording problematisch te kunnen zijn wanneer de toegang tot die documenten zou worden ontzegd in het kader van een (straf)onderzoek tegen leden van de Mededingingsautoriteit zelf. Voor die situatie lijkt bijgevolg in een uitdrukkelijke uitzondering te moeten worden voorzien. De stellers van het voorontwerp doen er goed aan om de ontworpen regeling op dat punt aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

Voor het overige lijkt de beperking die is vervat in het ontworpen artikel IV.33 ook voldoende proportioneel te zijn aangezien – zoals door de gemachtigde werd verduidelijkt in zijn verklaring – enkel van de toegang tot de clementie- en immuniteitsverklaringen en de schikkingsvoorstellen wordt uitgesloten, maar er wel toegang kan worden gegeven tot het onderliggende bewijsmateriaal en vervolging van het betrokken misdrijf dus nog steeds mogelijk blijft.

Ontworpen artikel IV.40

16. In het ontworpen artikel IV.40, § 3, eerste lid, wordt melding gemaakt van een “voorafgaande machtiging van een onderzoeksrechter in de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel en/of een onderzoeksrechter in de Franstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel, die voor de toepassing van deze paragraaf bevoegd zijn voor het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en het Vlaams Gewest, respectievelijk het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en het Waalse Gewest”. Vraag is of dergelijke regeling niet neerkomt op een nodeloze complicatie in onderzoeken die zich over het grondgebied van het gehele Rijk uitstrekken, temeer daar onderzoeksrechters in strafzaken wel degelijk ook onderzoeksdaaden kunnen bevelen buiten hun arrondissement en ook over de taalgrens heen. De gemachtigde verklaarde in dat verband dat de tekst van het ontworpen artikel IV.40, § 3, eerste lid, inderdaad beter kon worden aangepast naar analogie van het bepaalde in artikel 62bis, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering¹³ waarbij er een vrije keuze wordt gelaten aan de auditeur.

17. Nog in het ontworpen artikel IV.40, § 3, eerste lid, wordt melding gemaakt van “de auditeur en de door de minister gemachtigde personeelsleden van de Belgische Mededingingsautoriteit”. Het is niet duidelijk over welke precieze bevoegdheden de voornoemde

¹³ Artikel 62bis, tweede lid, van het Wetboek van strafvordering luidt: “De onderzoeksrechter die (...) kennis krijgt van een misdrijf, kan buiten zijn arrondissement alle handelingen verrichten of gelasten die tot zijn bevoegdheid behoren op het gebied van gerechtelijke politie, opsporing of gerechtelijk onderzoek. Hij stelt de procureur des Konings van het arrondissement waar de handeling verricht moet worden, hiervan in kennis”.

personeelsleden van de Belgische Mededingingsautoriteit zullen beschikken en op welke wijze zij zich zullen verhouden tot de auditeur. Zullen zij zich bijvoorbeeld zelf tot een onderzoeksrechter kunnen richten met het oog op een voorafgaande machtiging? De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Zij kunnen de machtiging niet vragen maar zij staan de auditeur bij. Dit zal worden verduidelijkt in IV.28, 10° ‘het verzoeken bij de bevoegde onderzoeksrechter van een voorafgaande machtiging voor huiszoeking’”.

De door de gemachtigde gesuggereerde aanvulling van het ontworpen artikel IV.28, eerste lid, kan worden bijgetreden.

Ontworpen artikel IV.42

18. Het ontworpen artikel IV.42, § 3, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht luidt:

“Het secretariaat geeft de betrokken partijen toegang tot het proceduredossier en de geactualiseerde inventaris ervan.”

Vraag is of in de aangehaalde bepaling geen voorbehoud moet worden geformuleerd ten aanzien van vertrouwelijke stukken die evenzeer van het betrokken dossier deel kunnen uitmaken en met betrekking tot welke de toegang zou moeten kunnen worden geweigerd. De gemachtigde beaamt dit en stelt voor om de ontworpen bepaling met dergelijk voorbehoud aan te vullen, wat kan worden bijgetreden.

Ontworpen artikel IV.44

19. In het ontworpen artikel IV.44, § 1, eerste lid, wordt melding gemaakt van een “advies van de auditeur-adviseur”.¹⁴ Aan de gemachtigde werd gevraagd of het advies van de auditeur-adviseur een intern stuk is, dan wel of het aan het proceduredossier moet worden toegevoegd. Volgens de gemachtigde gaat het om een intern stuk. Aangezien het inwinnen van het betrokken advies een verplicht te doorlopen stap in de procedure uitmaakt, zou niettemin uit het proceduredossier moeten blijken dat het betrokken advies werd ingewonnen. Tevens zou duidelijker uit de tekst van het voorontwerp moeten blijken dat het betrokken advies niet door partijen kan worden geconsulteerd.

Ontworpen artikel IV.46

20. Het ontworpen artikel IV.46, § 4, derde lid, van het Wetboek van economisch recht luidt:

“De termijn bedoeld in het eerste lid wordt verlengd ingeval binnen die termijn een schikkingsprocedure wordt ingezet of toezeggingen worden aangeboden, tot op de dag

¹⁴ Van dergelijk advies wordt in nog andere bepalingen van het voorontwerp melding gemaakt, zoals in de ontworpen artikelen IV.45, IV.46 en IV.64.

van de beslissing van de auditeur-generaal dat de schikkingsprocedure of de gesprekken met betrekking tot toezeggingen worden stopgezet.”

Aan deze bepaling ligt blijkbaar de bedoeling ten grondslag om een regeling in te voeren waarbij de termijnen worden “verlengd” ingeval er gesprekken worden gevoerd met het oog op een schikking of toezeggingen. Aan de gemachtigde werd gevraagd of het, ter wille van de werkbaarheid van de ontworpen regeling, niet veeleer de bedoeling is om de betrokken termijn te schorsen in plaats van te verlengen “tot op de dag van de beslissing van de auditeur-generaal dat de schikkingsprocedure of de gesprekken met betrekking tot toezeggingen worden stopgezet”. De gemachtigde bevestigde dat in het ontworpen artikel IV.46, § 4, derde lid, wel degelijk van een “schorsing” en niet van een “verlenging” moet worden melding gemaakt en dat de tekst van het voorontwerp in die zin zal worden aangepast.

Ontworpen artikel IV.50

21. Aan de gemachtigde werd gevraagd om te verduidelijken waarom in het ontworpen artikel IV.50, § 2, eerste lid, wordt voorzien in het horen van zowel de auditeur-generaal als de auditeur. Men kan zich immers afvragen of daaraan de bedoeling ten grondslag ligt om aan te geven dat beiden namens het auditoraat het woord kunnen nemen, dan wel of de auditeur-generaal een autonoom – en mogelijk afwijkend – standpunt kan innemen naast dat van de auditeur. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“De auditeur en de auditeur-generaal zijn inwisselbaar, wat meer flexibiliteit biedt. Bovendien kan de auditeur zich uitspreken over het dossier terwijl de AG een meer algemene zienswijze kan vertolken.”

Teneinde die bedoeling duidelijker weer te geven zouden in het ontworpen artikel IV.50, § 2, eerste lid, de woorden “de auditeur-generaal, de auditeur” kunnen worden vervangen door de woorden “het auditoraat, dat vertegenwoordigd wordt door de auditeur-generaal en/of de auditeur,”.

Ontworpen artikel IV.76

22. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel IV.76, tweede lid, komt de afkorting “VWUE” voor; deze afkorting moet worden vervangen door de afkorting “VWEU”.

Ontworpen artikel IV.78

23. In de commentaar die in de memorie van toelichting bij het ontworpen artikel IV.78 wordt gegeven, wordt vermeld dat de “overeenstemmende bepaling in huidig boek IV” artikel IV.69 is. Het tweede lid van het ontworpen artikel IV.78 is evenwel nieuw en luidt:

“De Belgische Mededingingsautoriteit kan samenwerkingsakkoorden sluiten met andere mededingingsautoriteiten dan deze bedoeld in het eerste lid. Deze samenwerkingsakkoorden krijgen slechts uitwerking na goedkeuring door de Koning.”

De algemene bewoordingen ervan ten spijt lijkt ervan te moeten worden uitgegaan dat het met het aangehaalde lid mogelijk wordt gemaakt dat de Belgische Mededingingsautoriteit samenwerkingsakkoorden sluit met mededingingsautoriteiten van buiten de Europese Economische Ruimte met betrekking tot het uitwisselen van informatie en het gebruik ervan als bewijsmiddel. Ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid zou deze specificatie van het toepassingsgebied van het ontworpen artikel IV.78, tweede lid, het best op een meer expliciete wijze tot uitdrukking worden gebracht in die bepaling.

Ontworpen artikel IV.90

24. Met het oog op een goed begrip van het bepaalde in het ontworpen artikel IV.90, § 7, vierde lid, dient de erop betrekking hebbende commentaar in de memorie van toelichting te worden gecorrigeerd in die zin dat er nu verkeerdelijk in wordt vermeld dat die commentaar betrekking heeft op het ontworpen artikel IV.90, § 6, zesde lid, wat niet het geval is.

Ontworpen artikel IV.91

25. Uit de memorie van toelichting blijkt en door de gemachtigde werd bevestigd dat het de bedoeling is dat de opsomming van handelingen die de verjaring stuiten, in het ontworpen artikel IV.91, § 3, vierde lid, niet exhaustief is. Volgens de gemachtigde zullen daarom in de tekst van de ontworpen bepaling de woorden “met name” worden toegevoegd.¹⁵ Vraag is of het ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid dan geen aanbeveling zou verdienen dat, minstens in de memorie van toelichting, enige indicaties zouden worden gegeven van het soort handelingen die weliswaar niet in de opsomming in het ontworpen artikel IV.91, § 3, vierde lid, zijn opgenomen, maar die niettemin van aard zouden kunnen zijn om de verjaring te stuiten.

Ontworpen artikel IV.92

26. In het ontworpen artikel IV.92, § 1, derde lid, van het Wetboek van economisch recht wordt onder meer het volgende bepaald:

“Voor de ondernemingen en ondernemingsverenigingen gevestigd in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wordt voor het bepalen van deze meerderheid de overeenkomstig het tweede lid bepaalde taal in rekening genomen. In geval van pariteit wordt gebruik gemaakt van het Nederlands of het Frans naar keuze van de auditeur.”

De draagwijdte van de verwijzing naar het tweede lid van het ontworpen artikel IV.92, § 1, is niet duidelijk. Het betrokken lid bevat immers geen regel om een meerderheid vast te stellen. Wel wordt erin uitgegaan van de keuze van de auditeur, tenzij verzoek tot wijziging. Aan de gemachtigde werd gevraagd of de aangehaalde bepaling bijgevolg zo moet worden begrepen dat de auditeur kiest en dat, tenzij een meerderheid van de

¹⁵ De gemachtigde refereert in dat verband aan de 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’. In artikel 25, lid 3, van die verordening wordt eveneens melding gemaakt van de woorden “met name”.

ondernemingen een wijziging vraagt van de taal, die keuze behouden blijft. De gemachtigde heeft deze lezing bevestigd. Ter wille van de duidelijkheid zou de tekst van het ontworpen artikel IV.92, § 1, derde lid, het best in die zin worden geëxpliciteerd.

Ontworpen artikel IV.95

27. Het ontworpen artikel IV.95 bevat een delegatie aan de Koning om de lijst vast te leggen van de procedurehandelingen, met inbegrip van de onderzoeksmaatregelen, waarvan de kosten ten laste worden gelegd van de aanmeldende partijen of van de partijen die een inbreuk hebben gepleegd op boek IV. Vraag is of de Koning met toepassing van de ontworpen delegatiebepaling tevens zal kunnen bepalen welke kosten ten laste worden gelegd van welke partij. De gemachtigde beantwoordde deze vraag als volgt:

“Zie artikel IV.95. De Mededingingsautoriteit kan niet beslissen over de kosten, de Koning bepaalt een tarificatie. Momenteel is er geen dergelijk besluit genomen; er worden dan ook geen kosten ten laste gelegd aan de ondernemingen. Er is een regeling getroffen in een KB over de kosten voor de fotokopies.

Artikel IV.95 zou als volgt kunnen worden verduidelijkt:

‘De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de lijst bepalen van de procedurehandelingen, met inbegrip van de onderzoeksmaatregelen, waarvoor een vergoeding ten laste wordt gelegd van de aanmeldende partijen of van de partijen die een inbreuk hebben gepleegd op dit boek, zoals vastgesteld bij beslissing van de auditeur of het Mededingingscollege overeenkomstig het koninklijk besluit. Het besluit regelt het bedrag, de voorwaarden en de wijze van inning van de vergoeding. De opbrengst van de vergoedingen wordt door de Belgische mededingingsautoriteit geboekt als een inkomst.’”

Er kan worden ingestemd met het door de gemachtigde geformuleerde voorstel tot verduidelijking van de tekst van het ontworpen artikel IV.95.

Artikel 5

28.1. Luidens artikel 5, § 1, van het voorontwerp zijn de ontworpen bepalingen van boek IV van het Wetboek van economisch recht van onmiddellijke toepassing op alle bij de Belgische Mededingingsautoriteit lopende onderzoeken en procedures. In artikel 5, § 2, van het voorontwerp, wordt in dat verband in een overgangsregeling voorzien om de toepasselijkheid van eerdere procedurehandelingen te verzekeren.

Het voorontwerp bevat een aantal bepalingen met betrekking tot dewelke de vraag kan worden opgeworpen of, wat die bepalingen betreft, de onmiddellijke toepassing van de ontworpen regeling van boek IV onverkort kan worden aangehouden.

Zo houdt het ontworpen artikel IV.1, § 4, een uitbreiding in van verbodsbepalingen ten aanzien van natuurlijke personen. De nieuwe procedurebepalingen kunnen weliswaar worden toegepast op hangende of nieuwe procedures met betrekking tot gedragingen van natuurlijke personen die voor de inwerkingtreding van het ontworpen artikel IV.1, § 4, zullen hebben plaatsgevonden, maar enkel voor zover deze betrekking hebben op gedragingen die al onder de vigerende versie verboden waren. De gemachtigde verklaarde wat dat betreft het volgende:

“Akkoord om aan te passen indien nodig.

Voor artikel IV.1, § 4: Oude bepaling van toepassing sinds 2013 (= remedie van probleem vorige wet) en nieuwe bepaling enkel van toepassing op overtredingen begaan na de inwerkingtreding van deze wet. Er zijn ons geen hangende procedures bekend waarin natuurlijke personen betrokken zijn.”

Mede rekening houdend met het door de gemachtigde verstrekte antwoord zou de overgangsregeling van artikel 5, § 2, van het voorontwerp, op dat punt het best worden aangepast.

Ook zou eraan kunnen worden getwijfeld of met betrekking tot het ontworpen artikel IV.8, waarin nieuwe omzetgrenzen worden opgenomen voor aanmeldingen van concentraties, kan worden uitgegaan van het principe van de onmiddellijke toepasselijkheid. Volgens de gemachtigde kan dit wel degelijk aangezien die bepaling geen materieelrechtelijk karakter heeft en uitsluitend een aanmeldingsplicht betreft waarbij het moment van aanmelding het verdere verloop bepaalt. Vraag blijft dan wel of niet het best in de tekst van het voorontwerp wordt geëxpliciteerd dat alle concentraties die voor de datum van inwerkingtreding in overeenstemming met de dan geldende drempels werden aangemeld in elk geval verder worden afgehandeld, ongeacht of de aanmelding aan de onmiddellijk toepasbare nieuwe drempels voldoet. De tekst van artikel 5, § 2, van het voorontwerp zou daartoe met een bepaling in die zin kunnen worden aangevuld.

28.2 Gelet op het gegeven dat in het ontworpen artikel I.6 van het Wetboek van economisch recht (artikel 2 van het voorontwerp) een aantal nieuwe definities worden ingevoerd die samenhangen met de ontworpen bepalingen van boek IV, lijkt de regel inzake onmiddellijke toepassing in artikel 5, § 1, van het voorontwerp ook tot die bepaling te moeten worden uitgebreid.¹⁶

*

¹⁶ Dat hoeft niet te gebeuren voor het ontworpen artikel XV.80, derde lid (artikel 4 van het voorontwerp), dat een strafbepaling is die uit haar aard slechts voor de toekomst uitwerking kan hebben.

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 ¹, et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de remplacer intégralement le livre IV du Code de droit économique « Protection de la concurrence » par un nouveau livre (article 3 de l'avant-projet). Le nouveau livre IV conserve néanmoins, pour l'essentiel, les règles matérielles de concurrence existantes et apporte à cet égard surtout des modifications notamment aux règles relatives à la responsabilité des personnes physiques concernant les infractions à l'interdiction d'ententes (article IV.1, § 4, en projet), aux entreprises publiques (article IV.12 en projet) et au chiffre d'affaires adéquat servant de base au calcul des amendes (article IV.84 en projet). Les modifications en projet portent principalement sur le fonctionnement interne de l'Autorité belge de la concurrence et sur les procédures devant celle-ci. L'exposé des motifs relève à cet égard que les modifications en projet ne réforment pas les principes à la base de la loi du 3 avril 2013 qui a inséré le livre IV précité dans le Code de droit économique, et que l'avant-projet de loi a pour objet « d'affiner et de rationaliser les procédures en droit de la concurrence ».

Le remplacement du livre IV du Code de droit économique s'accompagne d'un certain nombre de modifications connexes apportées dans le livre I « Définitions » (article 2 de l'avant-projet) et dans le livre XV « Application de la loi » (article 4 de l'avant-projet) du Code de droit économique. L'article 5 de l'avant-projet contient un régime transitoire.

FORMALITÉS

3. Il a été demandé au délégué si la réglementation en projet a été notifiée à l'Autorité de protection des données. En effet, les différents pouvoirs d'instruction que l'Autorité de la concurrence peut exercer également à l'égard de personnes physiques, impliquent inévitablement des traitements des données à caractère personnel ².

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive n° 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1^{er}, c, et le considérant 96 de ce règlement, imposent de consulter

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

² Voir aussi, par exemple, l'observation formulée au point 9 relative à l'article IV.16, en projet, du Code de droit économique sur l'absence d'équivalent pour l'actuel article IV.16, § 10, qui contient une habilitation pour le traitement des données par l'Autorité de la concurrence.

l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données'³, dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

Il ressort de ce qui précède que l'avis de l'Autorité de protection des données devra également être recueilli à propos de l'avant-projet de loi avant de le déposer à la Chambre des représentants.

Selon les déclarations du délégué, l'avis en question sera encore demandé. Si le texte de l'avant-projet, tel qu'il est soumis pour avis au Conseil d'État, section de législation, devait ultérieurement encore subir des modifications à la suite de l'avis de l'Autorité de protection des données, ces modifications devront elles aussi encore être soumises pour avis à la section de législation, conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

4. Si, comme il est indiqué au point 2, l'avant-projet de loi vise à remplacer intégralement le livre IV du Code de droit économique, il n'empêche que de nombreuses dispositions du nouveau livre consistent à reproduire des dispositions qui font d'ores et déjà partie de l'actuel livre IV. Sauf en cas de modification du contexte juridique, le Conseil d'État, section de législation, ne donne en principe pas de nouvel avis sur des dispositions qui ont déjà été examinées précédemment ou qui ont été modifiées à la suite d'observations formulées dans des avis précédents. En ce qui concerne ces dispositions, la section de législation se réfère traditionnellement aux avis en question.

En ce qui concerne les dispositions empruntées à l'actuel livre IV du Code de droit économique, la section de législation se réfère en particulier à l'avis 51.810/1 qu'elle a émis le 20 septembre 2012 sur un avant-projet devenu, d'une part, la loi du 3 avril 2013 '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 au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre I^{er} du Code de droit économique' et d'autre part, la loi du 3 avril 2013 'portant insertion des dispositions réglant des matières visées à l'article 77 de la Constitution, dans le livre IV 'Protection de la concurrence' et le livre V 'La concurrence et les évolutions de prix' du Code de droit économique'.

³ Au 25 mai 2018, l'Autorité de protection des données a succédé à la Commission pour la protection de la vie privée (voir les articles 3 et 110 de la loi du 3 décembre 2017). Les membres de la Commission de la protection de la vie privée exercent toutefois les missions et les compétences de l'Autorité de protection des données entre le 25 mai 2018 et la date à laquelle les membres du Comité de direction de l'Autorité de protection des données auront prêté serment et signé une déclaration d'absence de conflits d'intérêts (article 114 de la loi du 3 décembre 2017).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative dont les décisions peuvent en principe faire l'objet d'un recours devant la Cour des marchés en application de l'article IV.90, en projet, du Code de droit économique. Tel n'est toutefois pas le cas de toutes les décisions.

Différentes dispositions de l'avant-projet excluent en effet explicitement toute voie de recours. Bon nombre de ces dispositions portent à cet égard sur des actes internes ou préparatoires qui pourront dès lors être contestés en même temps qu'une décision finale devant la Cour des marchés ⁴.

Dans un certain nombre de cas, il faut toutefois constater que des décisions finales ne sont pas non plus déclarées susceptibles de recours ⁵. Bien qu'il s'agisse généralement de dispositions de l'avant-projet qui reproduisent des dispositions existantes de l'actuel livre IV du Code de droit économique ou qui s'y rattachent, il serait néanmoins recommandé de préciser dans l'exposé des motifs pourquoi les auteurs de l'avant-projet estiment devoir prévoir de telles exclusions de voies de recours dans l'avant-projet de loi et justifier ces exclusions au regard de certains principes constitutionnels et de droit européen en matière de protection juridique adéquate. Ainsi, le droit d'accès au juge est non seulement garanti par l'article 13 de la Constitution et les articles 6 et 13 de la Convention européenne 'de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales' mais également par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ⁶.

La question peut également se poser de savoir si les exclusions précitées des voies de recours ne peuvent pas se heurter à l'article 19 du Traité 'sur l'Union européenne' et à l'article 267 du Traité 'sur le fonctionnement de l'Union européenne' si elles peuvent conduire à la mise en œuvre de dispositions du droit européen sans qu'un juge puisse poser des questions préjudicielles à ce propos à la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, l'exigence d'un contrôle juridictionnel de toute décision d'une autorité nationale constitue un principe général du droit de l'Union. En vertu de ce principe, il appartient aux juridictions nationales de statuer sur la légalité d'un acte faisant grief et de considérer comme recevable le recours introduit à cette fin,

⁴ Voir les dispositions en projet suivantes : article IV.40, § 1^{er}, alinéa 5; article IV.40, § 6; article IV.41, § 5, alinéa 3; article IV.49, § 2, alinéa 2; article IV.49, § 4; article IV.49, § 5, alinéa 3; article IV.49, § 6, alinéa 2; article IV.54, § 6; article IV.59, § 2; article IV.64, § 3, alinéa 1^{er}; article IV.65, § 2, alinéa 2; article IV.67, § 3, alinéa 1^{er}, et article IV.72, § 7.

⁵ Il s'agit à cet égard des dispositions en projet suivantes : article IV.44, § 3, alinéa 5 (décision de classement); article IV.45 (décision de mettre fin à l'instruction d'office); article IV.46, § 2, alinéa 7 (décision de mettre fin à l'instruction par le Collège de la concurrence); article IV.59, § 1^{er}, alinéa 3 (décision de transaction); article IV.62 (décision de mettre fin à la procédure de transaction); article IV.66, § 2, 3^o (ouverture de la procédure d'instruction complémentaire en matière de concentration); article IV.70, § 5, alinéa 2 (conclusion que les conditions relatives à la procédure simplifiée ne sont pas remplies).

⁶ Conformément à son article 51, la Charte s'applique lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union. C'est le cas pour l'Autorité de la concurrence qui est créée notamment en vue d'assurer l'exécution correcte 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'.

même si les règles de procédure interne ne prévoient pas un tel recours en pareil cas ⁷. La question se pose dès lors de savoir si certains actes que l'avant-projet exclut explicitement de tout recours ne peuvent pas de toute façon encore être attaqués par un recours en annulation formé devant le Conseil d'État, section du contentieux administratif, qui est le juge administratif de droit commun.

À la lumière de ce qui précède, il est recommandé de soumettre à un examen complémentaire l'exclusion explicite des voies de recours concernant certaines décisions, dont surtout celles relatives au classement et les décisions apparentées mettant fin à l'instruction, ainsi que, dans la mesure où une telle exclusion explicite serait maintenue en l'état dans l'avant-projet, de préciser et justifier celle-ci, à tout le moins dans l'exposé des motifs, au regard des principes précités en matière de protection juridique adéquate.

6. Une proposition de directive (2017/0063 (COD)) du Parlement européen et du Conseil 'visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur' prévoit des garanties strictes d'indépendance des autorités nationales de concurrence, de ressources mises à leur disposition et d'exercice de leurs compétences de base. Compte tenu de la relation institutionnelle entre l'Autorité belge de la concurrence et le SPF Economie sur laquelle se fonde la réglementation en projet et qui implique notamment que ce dernier mette les moyens logistiques et matériels nécessaires à la disposition de l'Autorité de la concurrence, en ce compris les membres du personnel de l'Autorité de la concurrence, parmi lesquels les membres de l'auditorat, les auteurs de l'avant-projet seraient bien avisés de vérifier dès à présent la réglementation en projet au regard des garanties plus strictes prévues par la proposition de directive précitée en ce qui concerne notamment la création et le fonctionnement indépendants des Autorités nationales de concurrence.

7.1. L'avant-projet comporte un certain nombre de dispositions qui portent sur l'utilisation de pièces confidentielles. Il prévoit ainsi un mécanisme d'appréciation des demandes de confidentialité (articles IV.41 et IV.52, § 2, en projet), et il règle le cas où d'autres parties souhaiteraient également invoquer un document qualifié de confidentiel à leur égard (article IV.49, § 5, en projet). À cet égard, le délégué a fourni des précisions qui sont mentionnées ci-dessous et qu'il vaudrait mieux reproduire aussi dans le texte de l'avant-projet.

7.2. Il a été demandé au délégué si lorsqu'il prendra sa décision, le Collège de la concurrence pourra tenir compte de pièces dont toutes les parties n'ont pas pu avoir connaissance et si, dans ce cas, le Collège de la concurrence ne devrait néanmoins pas pouvoir ordonner lui-même la publication de telles pièces confidentielles. Le délégué a répondu à cette question en ces termes :

« Het Mededingingscollege zal rekening houden met het vertrouwelijke stuk, doch enkel ten aanzien van de partij die het vertrouwelijk stuk neerlegt. Het zal echter de beslissing ten aanzien van andere partijen niet steunen op een stuk waarvan zij geen kennis hebben kunnen nemen.

⁷ C.J.U.E., 17 février 2014, *Liivimaa Lihaveis MTÜ*, C-562/12, point 75; voir déjà précédemment C.J.U.E., 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli/Commission*, C-97/91, points 13 et 14.

Volgende toevoegingen kunnen gebeuren in antwoord op de gestelde vraag:

In artikel IV.49, § 5 dat ook de verzoeker zal gehoord worden door de derde assessor;

Toevoegen dat de betrokkene ook de mogelijkheid heeft afstand te doen van de vertrouwelijkheid.

In IV.49 § 5 en IV.52 § 2 staat er reeds 'betrokken partij' en niet 'partij'. Dit slaat dus niet op de klager ».

En outre, en ce qui concerne la possibilité pour la partie qui a demandé la confidentialité, de renoncer à celle-ci, le délégué a encore donné l'explication suivante :

« Een partij ten aanzien waarvan de auditeur de vertrouwelijkheid heeft aanvaard van een document, kan aanvoeren in een beroep dat zijn rechten van verdediging geschonden worden doordat het college of bepaalde betrokken partijen kennis zouden krijgen van het document. Met dit beroep betwist hij/zij echter niet de beslissing van vertrouwelijkheid van het document zelf dat immers niet van hem/haar is. Het is niet aan hem/haar om te oordelen over de vertrouwelijkheid maar wel aan de auditeur nadat de partij (van wie het document afkomstig is) heeft uiteengezet waarom het document vertrouwelijk is. Als de assessor echter oordeelt dat de inzage door het college of bepaalde betrokken partijen zijn rechten van verdediging zou schenden, wordt het document vervangen door een niet-vertrouwelijke versie, ook dus ten aanzien van het college of bepaalde andere betrokken partijen, tenzij de partij van wie het document afkomstig is afstand doet van de vertrouwelijkheid ».

Il est recommandé de compléter le texte des dispositions concernées de l'avant-projet dans le sens indiqué par le délégué et de préciser également ces ajouts dans le commentaire que l'exposé des motifs consacre à ces dispositions.

7.3. Étant donné qu'il s'agit de procédures différentes dans les articles IV.41, § 5, et IV.49, § 5, en projet, il serait envisagé, selon le délégué, de désigner chaque fois, pour chacune d'elle, un autre assesseur. Dans un souci de clarté, il serait préférable de préciser cette intention dans le texte de l'avant-projet ou dans l'exposé des motifs.

7.4. Enfin, on peut également se rallier à la proposition du délégué visant à permettre que la confidentialité soit également demandée pour des pièces qui ne sont présentées qu'en cours de procédure devant le Collège de la concurrence, étant entendu que le régime prévu à l'article IV.41 en projet sera également appliqué *mutatis mutandis*. À cet effet, il faudra toutefois compléter le texte de l'article IV.49, § 3, en projet.

EXAMEN DU TEXTE

Article 3

Article IV.6 en projet

8. L'article IV.6, § 5, 3°, en projet, contient encore une référence aux « sociétés de participation financière » au sens de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 78/660/CEE⁸. Or, cette directive a été abrogée. Le délégué a confirmé que l'intention est de se référer aux « entreprises de participation financière », visées à l'article 2, 15°, de la directive 2013/34/UE⁹. On adaptera par conséquent la rédaction de l'article IV.6, § 5, 3°, en projet dans ce sens.

Article IV.16 en projet

9. Le délégué a souligné l'absence d'équivalent à l'article IV.16, § 10, récemment inséré dans le Code de droit économique par la loi du 5 septembre 2018¹⁰, qui porte sur le statut de l'Autorité de la concurrence pour l'application de la réglementation pertinente en matière de traitement des données à caractère personnel. Il convient dès lors de compléter l'article IV.16 en projet par une disposition correspondante.

10. Dans l'article IV.16, § 1^{er}, en projet, l'Autorité belge de la concurrence est qualifiée de service public doté de la personnalité juridique et d'une autonomie de gestion « visé à l'article 2, § 3, b) de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral ».

Tout d'abord, il y a lieu d'observer que la référence citée n'est pas rédigée correctement. En effet, il ne s'agit pas de « l'article 2, § 3, b) de la loi du 22 mai 2003 », mais de « l'article 2, alinéa 1^{er}, 3°, alinéa 2, b), de la loi du 22 mai 2003 ».

Par ailleurs, il y a lieu de noter que, selon la disposition citée en dernier, il s'agit des « organismes de la catégorie B et C visés à l'article 1^{er} de la loi [...] du 16 mars 1954 [relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public] ». L'article 1^{er} de la loi précitée ne fait cependant pas mention de l'Autorité belge de la concurrence. Par conséquent, l'article IV.16, § 1^{er}, en projet doit au moins indiquer aussi si l'Autorité belge de la concurrence est considérée comme un organisme de la catégorie B ou de la catégorie C. Il serait dès lors préférable de compléter l'article 1^{er} de la loi du 16 mars 1954 dans ce sens.

⁸ Quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, 'fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés'.

⁹ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 'relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil'.

¹⁰ Voir l'article 87 de la loi du 5 septembre 2018 'instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE'.

Article IV.17 en projet

11. Il a été demandé au délégué ce que l'article IV.17, § 2, en projet, vise précisément par une « indisponibilité motivée ». La question se pose en particulier de savoir s'il s'agit à cet égard d'une motivation purement formelle qui reste limitée à la constatation de fait que le président n'est pas disponible, ou s'il s'agit d'une justification qualitative pour laquelle certaines raisons pourraient ne pas suffire, de sorte que de brèves indisponibilités, par exemple, devraient entraîner un report de la réunion ou de l'exécution de la mission concernée plutôt qu'un remplacement.

Le délégué a confirmé que c'est la deuxième interprétation qui est correcte. Par conséquent, les motifs d'indisponibilité devront figurer explicitement dans les actes qui seront adoptés par le Collège de la concurrence en cas d'absence du président. Mieux vaudrait le préciser expressément dans l'avant-projet.

La même observation s'applique *mutatis mutandis* à l'article IV.27, § 4, en projet, en ce qui concerne l'indisponibilité de l'auditeur général.

Article IV.22 en projet

12. Comme l'a confirmé le délégué, la référence, dans l'article IV.22, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, à l'article IV.17, § 2, du Code de droit économique n'est pas correcte et doit être remplacée par une référence à l'article IV.17, § 3, du même code.

13. Des précisions ont été demandées au délégué quant à la portée de la « Charte éthique des assesseurs », mentionnée dans l'exposé des motifs. Le délégué a communiqué à ce sujet ce qui suit :

« In het Ethisch handvest staan geen regels die gevolgen kunnen hebben voor derden; het betreft enkel regels die betrekking hebben op de assessoren. Derden kunnen beroep doen op de wrakingsregel van artikel IV.30. Het is de bedoeling dit Ethisch handvest te integreren in het toekomstige Huishoudelijk reglement ».

Dans la mesure où la « Charte éthique des assesseurs » porte exclusivement sur l'organisation interne du Collège de la concurrence et n'entend pas imposer d'obligations à des tiers, rien ne s'oppose évidemment à l'intégration de cette charte dans le règlement d'ordre intérieur. Toutefois, dans un souci de clarté, il est recommandé d'exprimer plus explicitement cette intention dans le commentaire que l'exposé des motifs consacre à la disposition en projet.

Article IV.26 en projet

14. Ainsi que l'a confirmé le délégué, la référence que l'article IV.26, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, fait à l'article IV.17, § 2, du Code de droit économique n'est pas correcte et doit être remplacée par une référence à l'article IV.17, § 3, du même code.

Article IV.33 en projet

15. L'article IV. 33, en projet, du Code de droit économique s'énonce comme suit :

« Il est interdit à l'Autorité belge de la concurrence de donner suite à un ordre ou à une requête d'un juge ou d'une juridiction visant à la transmission des déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et l'immunité ainsi que les propositions de transaction, sauf en application de l'article XVII.79, § 1^{er}, 3^o¹¹. Une instance judiciaire, y compris un juge d'instruction, ne peut pas adresser un ordre ou une requête en ce sens à l'Autorité belge de la concurrence ».

Le commentaire que l'exposé des motifs consacre à l'article IV.33 en projet mentionne notamment ce qui suit :

« L'article IV.33 procure exécution à l'article 6 (6) de la Directive (UE) 2014/104 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, ainsi que de l'article XVII.79, § 2, qui transpose cet article 6 (6) ».

L'article 6, paragraphe 6, de la directive (UE) 2014/104 du 26 novembre 2014 s'énonce comme suit :

« Les États membres veillent à ce que, pour les besoins d'une action en dommages et intérêts, les juridictions nationales ne puissent à aucun moment enjoindre à une partie ou à un tiers de produire les preuves relevant des catégories suivantes :

- a) les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence; et
- b) les propositions de transaction ».

Force est de constater cependant que le champ d'application de l'article IV.33 en projet est plus large que celui de l'article 6, paragraphe 6, précité, de la directive (UE) 2014/104, et que, par exemple, un juge d'instruction qui mène une instruction contre un membre de l'Autorité de la concurrence pour corruption lors de l'octroi de la clémence ou de transactions, ou qui, dans le cadre d'une instruction pénale relative à la falsification d'offres¹², pourrait empiéter sur le domaine d'une instruction portant sur les ententes, ne peut, lui aussi, obtenir l'accès aux documents en question. Invité à fournir des précisions à ce sujet, le délégué a déclaré :

« Artikel IV.33 spoort met XVII.79 § 2 van het WER, maar is inderdaad breder. Inperking van IV.33 is noodzakelijk om de effectiviteit van de clementie- en schikkingsprocedures te vrijwaren. Het betreft trouwens enkel de clementie- en immunititsverklaringen en de voorstellen met het oog op een schikking, en niet de onderliggende bewijsstukken ».

La préservation de l'efficacité des procédures de clémence et de transaction, visée par le délégué dans sa déclaration, peut en soi être réputée constituer un but légitime. On peut toutefois se demander si le caractère absolu de l'interdiction se justifie dans tous les cas, même ne

¹¹ Aux termes de l'article XVII.79, § 1^{er}, 3^o, du Code de droit économique, le juge ne peut ordonner la production de « propositions de transaction qui ont été retirées » que lorsque l'autorité de concurrence a, en adoptant une décision ou d'une autre manière, clos sa procédure.

¹² Article 314 du Code pénal.

concerne qu'un nombre restreint de documents. Ainsi, pareille justification peut sembler problématique si l'accès à ces documents était refusé dans le cadre d'une instruction (pénale) contre des membres de l'Autorité de la concurrence même. Il paraît dès lors nécessaire de prévoir une exception expresse pour cette situation. Les auteurs de l'avant-projet seraient bien avisés de réexaminer sur ce point le dispositif en projet.

Pour le surplus, la limitation prévue à l'article IV.33, en projet, paraît également être suffisamment proportionnée, dès lors que – comme l'a précisé le délégué dans sa déclaration – seul l'accès aux déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et l'immunité et les propositions de transaction est exclu, mais que l'accès aux éléments de preuve sous-jacents peut être accordé, la poursuite de l'infraction concernée restant donc toujours possible.

Article IV.40 en projet

16. L'article IV.40, § 3, alinéa 1^{er}, en projet fait état d'une « autorisation préalable d'un juge d'instruction du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles et/ou d'un juge d'instruction du tribunal de première instance francophone de Bruxelles, qui pour l'application du présent paragraphe sont compétents pour le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale et de la Région flamande, respectivement de la Région de Bruxelles-Capitale et de la Région wallon[n]e ». La question se pose de savoir si un tel régime ne revient pas à compliquer inutilement des instructions qui couvrent le territoire de l'ensemble du Royaume, d'autant plus qu'en matière pénale les juges d'instruction peuvent effectivement aussi ordonner des actes d'instruction en dehors de leur arrondissement et au-delà de la frontière linguistique. À cet égard, le délégué a déclaré qu'il vaudrait mieux en effet adapter le texte de l'article IV.40, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, par analogie avec l'article 62bis, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle¹³, ce qui laisse une liberté de choix à l'auditeur.

17. L'article IV.40, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, fait également mention de « l'auditeur et les membres du personnel de l'Autorité belge de la concurrence commissionnés par le ministre ». On n'aperçoit pas clairement quelles sont précisément les pouvoirs dont disposeront les membres du personnel de l'Autorité belge de la concurrence précités et comment ils se positionneront par rapport à l'auditeur. Pourront-ils par exemple s'adresser eux-mêmes à un juge d'instruction en vue d'obtenir une autorisation préalable ? Le délégué a répondu à cette question en ces termes :

« Zij kunnen de machtiging niet vragen maar zij staan de auditeur bij. Dit zal worden verduidelijkt in IV.28, 10° 'het verzoeken bij de bevoegde onderzoeksrechter van een voorafgaande machtiging voor huiszoeking' ».

On peut se rallier à la suggestion du délégué de compléter l'article IV.28, alinéa 1^{er}, en projet.

¹³ L'article 62bis, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle s'énonce comme suit : « Le juge d'instruction (...) peut procéder ou faire procéder hors de son arrondissement à tous actes de police judiciaire, d'information ou d'instruction relevant de ses attributions. Il en avise le procureur du Roi de l'arrondissement dans lequel l'acte doit être accompli ».

Article IV.42 en projet

18. L'article IV.42, § 3, alinéa 2, en projet, du Code de droit économique, dispose comme suit :

« Le secrétariat donne accès aux parties concernées au dossier de procédure et à l'inventaire actualisé de celui-ci ».

La question se pose de savoir s'il ne faut pas formuler dans la disposition précitée une réserve à l'égard de pièces confidentielles susceptibles de faire également partie du dossier concerné et auxquelles l'accès devrait pouvoir être refusé. Le délégué en convient et propose de compléter la disposition en projet par une telle réserve, proposition qui peut être accueillie.

Article IV.44 en projet

19. L'article IV.44, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, mentionne un « avis de l'auditeur-conseiller »¹⁴. Il a été demandé au délégué si l'avis de l'auditeur-conseiller est une pièce interne ou s'il doit être versé au dossier de procédure. Selon le délégué, il s'agit d'une pièce interne. Dès lors que l'obtention de l'avis concerné constitue une étape de la procédure qui doit obligatoirement être suivie, il devrait néanmoins ressortir du dossier de procédure que l'avis concerné a été recueilli. En outre, le texte de l'avant-projet devrait exprimer plus clairement que les parties n'ont pas la possibilité de consulter l'avis en question.

Article IV.46 en projet

20. L'article IV.46, § 4, alinéa 3, en projet, du Code de droit économique, dispose comme suit :

« Le délai visé à l'alinéa 1^{er} est prolongé lorsqu'au cours de ce délai, une procédure de transaction est engagée ou des engagements sont offerts, jusqu'au jour de la décision de l'auditeur général de mettre fin à la procédure de transaction ou aux discussions relatives aux engagements ».

L'intention qui sous-tend manifestement cette disposition est d'instaurer un régime « prolongeant » les délais en cas de discussions en vue d'une transaction ou d'engagements. Il a été demandé au délégué si, dans un souci d'applicabilité du régime en projet, l'intention n'est pas de suspendre le délai concerné plutôt que de le prolonger « jusqu'au jour de la décision de l'auditeur général de mettre fin à la procédure de transaction ou aux discussions relatives aux engagements ». Le délégué a confirmé que l'article IV.46, § 4, alinéa 3, en projet, doit bel et bien mentionner une « suspension » et non une « prolongation » et que le texte de l'avant-projet sera adapté dans ce sens.

¹⁴ Pareil avis est encore mentionné dans d'autres dispositions de l'avant-projet, comme dans les articles IV.45, IV.46 et IV.64 en projet.

Article IV.50 en projet

21. Le délégué a été invité à préciser pourquoi l'article IV.50, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, prévoit d'entendre à la fois l'auditeur général et l'auditeur. On peut en effet se demander si l'intention qui y préside est d'indiquer que tous deux peuvent prendre la parole au nom de l'auditorat ou que l'auditeur général peut adopter un point de vue autonome – et éventuellement divergent – outre celui de l'auditeur. Le délégué a répondu à cette question en ces termes :

« De auditeur en de auditeur-generaal zijn inwisselbaar, wat meer flexibiliteit biedt. Bovendien kan de auditeur zich uitspreken over het dossier terwijl de AG een meer algemene zienswijze kan vertolken ».

Afin de mieux traduire cette intention, les mots « l'auditeur général, l'auditeur, » pourraient être remplacés, à l'article IV.50, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, par les mots « l'auditorat, représenté par l'auditeur général et/ou l'auditeur, ».

Article IV.76 en projet

22. Dans le texte néerlandais de l'article IV.76, alinéa 2, en projet, figure l'abréviation « VWUE » ; cette abréviation doit être remplacée par l'abréviation « VWEU ».

Article IV.78 en projet

23. Le commentaire que l'exposé des motifs consacre à l'article IV.78, en projet, mentionne que la « [d]isposition correspondante dans l'actuel livre IV » est l'article IV.69. Or, l'alinéa 2 de l'article IV.78, en projet est nouveau et s'énonce comme suit :

« L'Autorité belge de la concurrence peut conclure des accords de coopération avec d'autres autorités de concurrence que celles visées à l'alinéa 1^{er}. Ces accords de coopération ne sortiront leurs effets qu'après approbation par le Roi ».

En dépit de sa formulation générale, il semble qu'il faille considérer que l'alinéa précité permet à l'Autorité belge de la concurrence de conclure des accords de coopération avec des autorités de la concurrence établies en dehors de l'Espace économique européen en ce qui concerne l'échange d'informations et l'utilisation de celles-ci comme moyen de preuve. Par souci de clarté et de sécurité juridique, mieux vaudrait formuler cette spécification du champ d'application de l'article IV.78, alinéa 2, en projet, de manière plus explicite dans cette disposition.

Article IV.90 en projet

24. En vue d'une bonne compréhension de l'article IV.90, § 7, alinéa 4, en projet, il convient de corriger le commentaire qu'en donne l'exposé des motifs, étant donné qu'il indique actuellement, à tort, que ce commentaire concerne l'article IV.90, § 6, alinéa 6, en projet, ce qui n'est pas le cas.

Article IV.91 en projet

25. Il ressort de l'exposé des motifs et le délégué a confirmé que l'intention est que l'énumération des actes interruptifs de la prescription, faite à l'article IV.91, § 3, alinéa 4, en projet, ne soit pas exhaustive. Selon le délégué, le mot « notamment » sera par conséquent ajouté dans le texte de la disposition en projet¹⁵. La question se pose de savoir s'il ne serait pas recommandé, dans un souci de clarté et de sécurité juridique, de donner, au moins dans l'exposé des motifs, quelques indications quant au type d'actes qui, certes, ne figurent pas dans l'énumération de l'article IV.91, § 3, alinéa 4, en projet, mais qui pourraient néanmoins être de nature à interrompre la prescription.

Article IV.92 en projet

26. L'article IV.92, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, du Code de droit économique dispose notamment ce qui suit :

« Pour les entreprises et associations d'entreprises établies dans la Région de Bruxelles-Capitale, la langue prise en considération pour déterminer cette majorité est fixée conformément à l'alinéa 2. En cas de parité, le français ou néerlandais est utilisé au choix de l'auditeur ».

La portée de la référence à l'alinéa 2 de l'article IV.92, § 1^{er}, en projet n'est pas claire. L'alinéa concerné ne contient en effet aucune règle pour fixer une majorité. Par contre, il est fondé sur le principe du choix de l'auditeur, sauf demande de modification. Il a été demandé au délégué si la disposition précitée devait dès lors être comprise en ce sens que c'est l'auditeur qui choisit et, qu'à moins qu'une majorité des entreprises demande une modification de la langue, ce choix est maintenu. Le délégué a confirmé cette interprétation. Dans un souci de clarté, mieux vaudrait préciser le texte de l'article IV.92, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, dans ce sens.

Article IV.95 en projet

27. L'article IV.95 en projet confère au Roi une délégation lui permettant de fixer la liste des actes de procédure, en ce compris notamment les mesures d'instruction, dont les frais sont mis à charge des parties notifiantes ou des parties ayant commis une infraction au livre IV. La question se pose de savoir si en application de la délégation en projet, le Roi pourra aussi déterminer quels frais sont mis à charge de quelle partie. Le délégué a répondu à cette question en ces termes :

« Zie artikel IV.95. De Mededingingsautoriteit kan niet beslissen over de kosten, de Koning bepaalt een tarificatie. Momenteel is er geen dergelijk besluit genomen; er worden dan ook geen kosten ten laste gelegd aan de ondernemingen. Er is een regeling getroffen in een KB over de kosten voor de fotokopies.

¹⁵ À cet égard, le délégué fait référence au 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'. L'article 25, paragraphe 3, de ce règlement fait aussi mention du mot « notamment ».

Artikel IV.95 zou als volgt kunnen worden verduidelijkt:

‘De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de lijst bepalen van de procedurehandelingen, met inbegrip van de onderzoeksmaatregelen, waarvoor een vergoeding ten laste wordt gelegd van de aanmeldende partijen of van de partijen die een inbreuk hebben gepleegd op dit boek, zoals vastgesteld bij beslissing van de auditeur of het Mededingingscollege overeenkomstig het koninklijk besluit. Het besluit regelt het bedrag, de voorwaarden en de wijze van inning van de vergoeding. De opbrengst van de vergoedingen wordt door de Belgische mededingingsautoriteit geboekt als een inkomst’ ».

On peut se rallier à la proposition formulée par le délégué de clarifier le texte de l'article IV.95 en projet.

Article 5

28.1. Aux termes de l'article 5, § 1^{er}, de l'avant-projet, les dispositions en projet du livre IV du Code de droit économique sont d'application immédiate à toutes les instructions et les procédures pendantes devant l'Autorité de la concurrence belge. L'article 5, § 2, de l'avant-projet prévoit à cet égard un régime transitoire afin d'assurer l'applicabilité des actes de procédure antérieurs.

L'avant-projet contient un certain nombre de dispositions à propos desquelles on peut se demander si, en ce qui les concerne, l'application immédiate du dispositif en projet du livre IV peut être maintenue sans restriction.

Ainsi, l'article IV.1, § 4, en projet, étend les interdictions à l'égard des personnes physiques. Les nouvelles dispositions procédurales peuvent, certes, être appliquées à des procédures en cours ou nouvelles en ce qui concerne des comportements qui auront été adoptés par des personnes physiques avant l'entrée en vigueur de l'article IV.1, § 4, en projet, mais uniquement dans la mesure où ces dispositions concernent des comportements qui étaient déjà interdits en vertu de la version actuellement en vigueur. À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Akkoord om aan te passen indien nodig.

Voor artikel IV.1, § 4: Oude bepaling van toepassing sinds 2013 (= remedie van probleem vorige wet) en nieuwe bepaling enkel van toepassing op overtredingen begaan na de inwerkingtreding van deze wet. Er zijn ons geen hangende procedures bekend waarin natuurlijke personen betrokken zijn ».

Compte tenu notamment de la réponse fournie par le délégué, mieux vaudrait adapter sur ce point le régime transitoire de l'article 5, § 2, de l'avant-projet.

On pourrait également douter, en ce qui concerne l'article IV.8, en projet, qui prévoit de nouvelles limites de chiffre d'affaires pour les notifications des concentrations, que l'on puisse partir du principe de l'applicabilité immédiate. Selon le délégué, tel peut néanmoins être le cas, dès lors que cette disposition n'a pas le caractère de droit matériel et porte exclusivement sur une obligation de notification, le moment de la notification déterminant la suite

de la procédure. La question se pose néanmoins de savoir s'il ne serait pas préférable de préciser dans le texte de l'avant-projet que toutes les concentrations qui ont été notifiées avant la date d'entrée en vigueur conformément aux seuils qui s'appliquaient alors continueront dans tous les cas à être traitées, peu importe que la notification satisfasse aux nouveaux seuils immédiatement applicables. À cet effet, on pourrait compléter le texte de l'article 5, § 2, de l'avant-projet par une disposition dans ce sens.

28.2. Dès lors que l'article I.6, en projet, du Code de droit économique (article 2 de l'avant-projet), insère un certain nombre de nouvelles définitions qui vont de pair avec les dispositions en projet du livre IV, il semble que la règle d'application immédiate inscrite à l'article 5, § 1^{er}, de l'avant-projet doive aussi être étendue à cette disposition ¹⁶.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

¹⁶ Tel ne doit pas être le cas pour l'article XV.80, alinéa 3, en projet (article 4 de l'avant-projet), qui prévoit une disposition pénale et qui ne peut, par sa nature, produire ses effets qu'à l'avenir.