



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 69.492/1
van 15 juli 2021

avis 69.492/1
du 15 juillet 2021

over

sur

een voorontwerp van wet ‘tot
omzetting van richtlijn (EU)
nr. 2019/1 van het Europees
Parlement en de Raad van
11 december 2018 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’

un avant-projet de loi
‘transposant la directive
(UE) 2019/1 du Parlement
européen et du Conseil du
11 décembre 2018 visant à
doter les autorités de
concurrence des Etats membres
des moyens de mettre en œuvre
plus efficacement les règles de
concurrence et à garantir le bon
fonctionnement du marché
intérieur’

Op 1 juni 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 16 juli 2021, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot omzetting van richtlijn (EU) nr. 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 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’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 1 juli 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Cedric JENART, 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 15 juli 2021.

*

Le 1^{er} juin 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 16 juillet 2021, sur un avant-projet de loi ‘transposant la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 1^{er} juillet 2021. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Chantal BAMPS et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Cedric JENART, 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 15 juillet 2021.

*

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 om richtlijn (EU) nr. 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘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’ in het interne recht om te zetten. Het voorontwerp wijzigt daartoe de boeken I en IV van het Wetboek van economisch recht met betrekking tot de definities en de institutionele, procedurele, besluitvormings- en samenwerkingsregels die van toepassing zijn op de Belgische Mededingingsautoriteit bij het implementeren van het nationale en het Europese mededingingsrecht.²

De aldus in het voorontwerp geregelde aangelegenheid inzake mededingingsrecht behoort tot de bevoegdheid van de federale overheid op grond van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

VORMVEREISTEN

3. Aan de gemachtigde werd 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.

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’, 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.

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

² In artikel 74 van het voorontwerp wordt ook nog een aanvulling beoogd van artikel 314 van het Strafwetboek met het oog op een vrijstelling van straffen voor ondernemingen, ondernemingsverenigingen en natuurlijke personen die met de Belgische Mededingingsautoriteit meewerken in het kader van de clementieregeling.

De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee:

“Le présent projet de loi n’a pas été soumis à l’avis de l’Autorité de protection des données (APD) dans la mesure où il n’apporte pas de changement dans le traitement de données à caractère personnel par rapport à la loi du 2 mai 2019 portant modifications du livre Ier ‘Définitions’, du livre XV ‘Application de la loi’ et remplacement du livre IV ‘Protection de la concurrence’ du Code de droit économique. Celle loi a reçu un avis positif de l’APD qui est disponible au lien suivant : <https://autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-39-2019.pdf>.”.

Het is aan de Gegevensbeschermingsautoriteit om, wanneer een voorontwerp betrekking heeft op persoonsgegevens, uit te maken of er een wijziging is in de behandeling van persoonsgegevens en om deze vervolgens te evalueren.

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.

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 OPMERKINGEN

4. Ermee rekening houdend dat het voorontwerp van wet de implementatie beoogt van de voornoemde richtlijn en daarbij de betrokken richtlijnbepalingen in het algemeen op getrouwe wijze worden overgenomen in het interne recht, blijven de in dit advies gemaakte opmerkingen bij het voorontwerp veeleer beperkt.

De Raad van State heeft voor zijn onderzoek gebruik kunnen maken van een omzettingstabel die hem door de gemachtigde werd meegedeeld en waarin de concordantie wordt weergegeven tussen richtlijn (EU) nr. 2019/1 van 11 december 2018, het voorontwerp van wet en de ontworpen aanpassingen van het Wetboek van economisch recht. Dergelijke omzettingstabel heeft het onderzoek van de adviesaanvraag zeer zeker vergemakkelijkt maar kan tevens nuttig zijn voor de wetgevende kamer die het ontwerp van wet behandelt en voor degene voor wie de ontworpen wetgeving bestemd is. Het verdient derhalve aanbeveling om de betrokken omzettingstabel op te nemen in de parlementaire documenten, zo dit niet al de bedoeling zou zijn geweest.³

5. De door de gemachtigde doorgestuurde concordantietabel doet ervan blijken dat artikel 20, lid 2, van richtlijn 2019/1 van 11 december 2018, geen omzetting behoeft omdat hierin reeds zou zijn voorzien door paragraaf 37 van de clementierichtsnoeren van de Belgische

³ Zie in verband met het opmaken en bekendmaken van dergelijke omzettingstabellen ook *Beginnelsen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nrs. 191-194, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

Mededingingsautoriteit. In dat verband moet er op worden gewezen dat volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie een richtlijn dient te worden omgezet bij wege van wetgevende of reglementaire bepalingen, aangezien alleen zij een genoegzame rechtszekerheid waarborgen. Een richtlijn kan dus niet worden omgezet bij wege van eenvoudige maatregelen van administratieve aard, zoals een circulaire of een richtsnoer.⁴

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 6

6.1. Aan de gemachtigde werd gevraagd of de forfaitaire betaling die wordt beoogd in het ontworpen artikel IV.10, § 2, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht (artikel 6, 1°, van het voorontwerp), moet beschouwd worden als een belasting of als een retributie en in welke mate deze betaling strookt met de kenmerken van de geselecteerde categorie. De gemachtigde antwoordde:

“Pour répondre à votre question concernant l'article 6 de l'avant-projet, la redevance pour notification de concentration instaurée par l'article 6 de l'avant-projet de loi est envisagée comme une rétribution.

Le régime de financement par rétributions est un régime connu et admis en droit belge. Il est conforme à l'article 173 de la Constitution qui permet à la loi d'instituer des prélèvements, non fiscaux, en faveur d'autres personnes de droit public que celles visées à l'article 170 de la Constitution (voyez *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. Ord., n° 50-1842/001, p. 89).

Le choix d'une redevance en tant que rétribution est justifiée par son caractère indemnitaire.

Comme indiqué dans l'exposé des motifs (p. 17), il est proposé que le contrôle des concentrations imposé par le droit belge, en ses articles IV.6 à IV.11 du Code de droit économique, soit financièrement partiellement supporté par les entreprises qui réalisent la concentration et en bénéficient directement. Les concentrations qui tombent dans le champ d'application du contrôle des concentrations doivent nécessairement faire l'objet d'une décision constatant qu'elles sont admissibles ou ne le sont pas. Tant que cette décision n'a pas été rendue par l'Autorité belge de la concurrence, il est interdit aux entreprises de mettre en œuvre la concentration (article IV.10, § 4, du CDE), et ce sous peine d'amendes (article IV.80 CDE). Ainsi, on peut considérer que tant la décision portant sur l'admissibilité de la concentration que tout le travail d'instruction préalable est réalisé tant au profit d'une saine concurrence sur les marchés qu'au profit des entreprises qui réalisent la concentration.

Il découle du contrôle des concentrations une charge de travail importante pour l'Autorité belge de la concurrence, à laquelle elle doit consacrer de nombreuses ressources. Cette charge de travail est constatée à trois niveaux :

- La phase de prénotification. Les démarches accomplies durant cette phase sont souvent substantielles et peuvent s'étendre sur plusieurs semaines ou mois. Les parties à la concentration et l'auditorat échangent et conviennent sur le contenu de la notification et sur les données considérées comme nécessaires pour considérer que la notification est complète. Pour rappel, seule une notification complète fait débiter les délais de décision.

⁴ Zie de in voetnoot 3 vermelde *Beginnelsen van de wetgevingstechniek*, nr.189.

Les données nécessaires peuvent comprendre des analyses économiques poussées, notamment des zones dites de chalandise des acteurs dans certains secteurs (magasins, automobile, ...). Ainsi, la phase de prénotification, que la procédure de concentration soit simplifiée ou complète, nécessite un travail important de la part de l'auditorat et des entreprises concernées. Ceci est d'autant plus le cas que, en pratique, l'auditorat interroge souvent le marché lors de la phase de prénotification ;

- La phase d'instruction réalisée par l'auditeur et une équipe d'instructeurs ;
- La phase décisionnelle à charge du Collège de la concurrence ou de l'auditeur pour une concentration faisant l'objet d'une procédure simplifiée.

La différence du montant de la redevance – à savoir 52.350 euros pour une concentration et 17.450 euros pour une concentration faisant l'objet d'une procédure simplifiée – est justifiée par une phase d'instruction moins fournie en termes d'actes d'instruction et par une phase décisionnelle limitée à l'auditeur pour les concentrations simplifiées. Plus précisément, pour les concentrations faisant l'objet d'une procédure simplifiée, l'auditeur doit prendre sa décision, qui fait généralement 2 ou 3 pages, dans un délai de 15 jours ouvrables à partir de la notification. Pour les concentrations ne faisant pas l'objet d'une procédure simplifiée, l'auditeur doit déposer une proposition de décision, dont la pratique nous apprend qu'elle est très fournie (on parle ici de plusieurs dizaines, voire centaines, de pages), dans un délai de 25 jours ouvrables à partir de la notification. Cette proposition de décision est communiquée au Collège de la concurrence, qui, après organisation d'une audience prend une décision dans les 40 jours ouvrables à partir de la notification. Ce Collège est composé d'au moins deux assesseurs qui sont rémunérés.

Le rapport entre la redevance proposée pour la notification des concentrations et le service fourni par l'Autorité belge de la concurrence est dès lors considéré comme raisonnable.

Pour votre parfaite information, nous sommes en train de finaliser un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 30 août 2013 relatif à la notification des concentrations d'entreprises visée à l'article IV.10 du Code de droit économique inséré par les lois du 3 avril 2013. Les modifications proposées prévoient les modalités liées à la redevance dont il est question. Dans le cadre de l'article 173 de la Constitution, la loi peut se limiter à définir les cas où une rétribution peut être perçue et laisser à l'Exécutif le soin d'organiser ce prélèvement en ce qui concerne ses éléments de base (voyez *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. Ord., n° 50-1842/001, p. 89)".

6.2. Een retributie dient een geldelijke vergoeding te zijn van een dienst die de overheid presteert ten voordele van de heffingsplichtige, individueel beschouwd, en zij moet een louter vergoedend karakter hebben, zodat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen de kostprijs of de waarde van de verstrekte dienst en het bedrag dat de heffingsplichtige verschuldigd is. Bij gemis van een zodanige verhouding verliest de retributie haar vergoedend karakter en wordt zij van fiscale aard.⁵⁻⁶

⁵ Uit het legaliteitsbeginsel inzake belastingen, dat volgt uit de artikelen 170, § 1, en 172, tweede lid, van de Grondwet, vloeit voort dat de wetgever zelf alle wezenlijke elementen dient vast te stellen aan de hand waarvan de belastingschuld van de belastingplichtigen kan worden bepaald, zoals de aanwijzing van de belastingplichtigen, de belastbare materie, de heffingsgrondslag, de aanslagvoet en de eventuele belastingvrijstellingen. Daaruit volgt dat elke delegatie die betrekking heeft op het bepalen van één van de essentiële elementen van de belasting, in beginsel ongrondwettig is.

Het blijkt niet onmiskenbaar dat de betaling, bedoeld in artikel 6, 1°, van het voorontwerp effectief geldt als tegenprestatie voor een dienst die aan de onderneming of ondernemingsvereniging wordt bewezen. Evenmin kan nagegaan worden of er tussen de kostprijs van die dienst en het bedrag van de bijdrage een billijke verhouding bestaat. De bedragen die worden vermeld in het ontworpen artikel IV.10, § 2, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht, zijn op het eerste gezicht immers vrij aanzienlijk.

De stellers van het voorontwerp dient er bovendien op gewezen te worden dat een nominale “retributie” geherkwalificeerd kan worden als een “belasting” in plaats van als een “vergoeding-retributie”.⁷ Het verdient derhalve aanbeveling om de ontworpen bepaling onder artikel 6 van het voorontwerp preciezer te formuleren opdat er redelijkerwijze enkel retributies zouden onder vallen.

6.3. Het feit dat de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, het bedrag van de forfaitaire vergoeding kan aanpassen, is wel aanvaardbaar. In vergelijking met artikel 170 van de Grondwet, houdt artikel 173 van de Grondwet immers slechts een ‘gematigd legaliteitsbeginsel’ in. Gelet op artikel 173 van de Grondwet volstaat het dat de wetgever de grondslag voor de retributie aangeeft⁸ en kan er inzake retributies mee worden volstaan dat de wetgever de gevallen omschrijft die aanleiding kunnen geven tot het heffen van de retributie; het regelen van andere essentiële elementen, zoals het bedrag van de retributie, kan worden gedelegeerd.⁹

In deze context legde de gemachtigde zelf nog de volgende vraag voor aan de afdeling Wetgeving:

“Nous souhaiterions profiter de cet échange concernant la redevance instaurée par l'article 6 du projet de loi pour vous solliciter sur une question qui y est liée.

Le montant de la redevance – soit 52.350 euros pour une concentration, soit 17.450 euros pour une concentration faisant l'objet d'une procédure simplifiée – dépendra de la décision de l'auditeur d'appliquer ou pas la procédure simplifiée. Cette décision est prévue à l'article IV.70, du Code de droit économique.

On peut aisément supposer que la décision par laquelle la procédure simplifiée est accordée (art. IV.70, § 3, du CDE) ne soulèvera pas de contestation de la part des parties notificantes. Par contre, il pourrait en être autrement lorsque cette décision de l'auditeur n'applique pas la procédure simplifiée (art. IV.70, § 5, du CDE). Cette décision, en l'état actuel du droit, n'est susceptible d'aucun recours (art. IV.70, § 5, alinéa 2, du CDE). Cette absence de recours pourrait-elle être remise en cause par le fait que le montant de la redevance pour notification est liée à cette décision de l'auditeur ?”

⁶ Zie bijvoorbeeld GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.5; adv.RvS nr. 66.659/1/3 van 25 oktober 2019 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2019’, p. 4-5.

⁷ RvS 244.095 van 2 april 2019, Belgische Staat, 34.3.1.

⁸ Zie J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar. Deel III*, Brugge, die Keure, 2019, 513 en de verwijzingen aldaar.

⁹ Zie bijvoorbeeld het reeds aangehaalde arrest GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.4.

Deze vraag heeft zijdelings betrekking op een vergelijkbare problematiek die reeds aan bod kwam in advies 51.810/1 van 20 september 2012 van de afdeling Wetgeving en waarin onder meer het volgende werd opgemerkt:¹⁰

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

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

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

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

‘B.11. De rechten die zijn gewaarborgd bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en bij artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie impliceren, wat betreft maatregelen zoals die welke voor de verwijzende rechter worden betwist, dat de betrokkenen, binnen een redelijke termijn een daadwerkelijke jurisdictionele toetsing, zowel in feite als in rechte, kunnen verkrijgen van de regelmatigheid van de beslissing waarbij de

¹⁰ Adv.RvS 51.810/1 van 20 september 2012 over een voorontwerp van wet ‘houdende invoeging van boek IV ‘Bescherming van de mededinging’ en boek V ‘De mededinging en de prijsevoluties’ in het Wetboek van economisch recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek IV en boek V, in boek I van het Wetboek van economisch recht’, opm. 12.2.4.

maatregel is voorgeschreven en, in voorkomend geval, van de maatregelen die op grond van die beslissing zijn genomen; die toetsingsprocedure moet het, in geval van vaststelling van een onregelmatigheid, mogelijk maken hetzij te voorkomen dat de handeling plaatsvindt, hetzij, indien zij reeds heeft plaatsgevonden, de betrokkenen een gepast herstel te bieden (EHRM, 21 mei 2008, *Ravon en anderen* t. Frankrijk, § 28, en 21 december 2010, *Société Canal Plus en anderen* t. Frankrijk, §§ 36 en 40).

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

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

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

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

Uit hetgeen in B.2 is aangegeven, volgt immers dat de in het geding zijnde handelingen en beslissingen betrekking hebben op een beslaglegging die werd uitgevoerd tijdens een huiszoeking waartoe de voorzitter van de Raad voor de Mededinging machtiging had verleend, zodat ervan moet worden uitgegaan dat zij hun grondslag in die machtiging vinden. Welnu, de formulering van artikel 75 verzet zich niet ertegen dat de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel met

betrekking tot de beslissingen van de Raad voor de Mededinging en van zijn voorzitter, de maatregelen omvat die op grond ervan zijn genomen door de component van de Raad die het auditoraat, krachtens artikel 11, § 2, van de WBEM, is.

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

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

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

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

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

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

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

Ook in advies 64.825/1 van 9 januari 2019 merkte de afdeling Wetgeving van de Raad van State het volgende op:¹¹

"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.

¹¹ Adv.RvS 64.825/1 van 9 januari 2019 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', opm. 5.

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.¹²

In een aantal gevallen moet echter worden vastgesteld dat ook eindbeslissingen niet vatbaar worden verklaard voor beroep.¹³ 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.¹⁴

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 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.¹⁵ 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

¹² Voetnoot 4 in het geciteerde advies: 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.

¹³ Voetnoot 5 in het geciteerde advies: 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° (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).

¹⁴ Voetnoot 6 in het geciteerde advies: 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'.

¹⁵ Voetnoot 7 in het geciteerde advies: HvJ 17 februari 2014, *Liivimaa Lihaveis MTÜ*, C-562/12, punt 75; zie al eerder HvJ 3 december 1992, *Oleificio Borelli/Commissione*, C-97/91, punten 13 en 14.

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.”

Rekening houdend met de belangrijke vermogensimpact van de beslissing van de auditeur om al dan niet over te gaan tot een vereenvoudigde procedure (respectievelijk 52.350 euro voor een concentratie in vergelijking met het bedrag van 17.450 euro voor een concentratie die het voorwerp is van een vereenvoudigde procedure), zou daartegen in beginsel wel degelijk een beroep moeten openstaan bij het Marktenhof.

Artikel 7

7. Wat het ontworpen artikel IV.16, § 2/1, van het Wetboek van economisch recht (artikel 7, 2°, van het voorontwerp) betreft, moet worden vastgesteld dat de Belgische Mededingingsautoriteit niet wordt geconcipieerd als één van de categorieën instellingen zoals omschreven in artikel 1 van de wet van 16 maart 1954 ‘betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut’.¹⁶ Ook blijft artikel IV.16, § 6, van het voornoemde wetboek, volgens hetwelk de FOD Economie personeelsleden ter beschikking stelt van de Belgische Mededingingsautoriteit, ongewijzigd behouden. Aan de gemachtigde werd daarom gevraagd of de ontworpen regeling op dat punt voldoet aan de strengere waarborgen die uit richtlijn nr. 2019/1 van 11 december 2018 voortvloeien op het vlak van onder meer de onafhankelijke inrichting en werking van de Belgische Mededingingsautoriteit.

De gemachtigde verstrekke in dat verband de volgende toelichting:

“Een van de doelstellingen van Richtlijn (EU) nr. 2019/1 is de onafhankelijkheid van de nationale mededingingsautoriteiten te waarborgen bij de uitvoering van het mededingingsrecht.

Momenteel wordt de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna “BMA”) reeds erkend als een autoriteit met beheersautonomie (artikel IV.16, § 1, van het Wetboek van economisch recht).

In het omzettingsontwerp wordt de operationele onafhankelijkheid van de BMA bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden, zonder beïnvloeding van buitenaf, politiek of anderszins, volledig verankerd.

Wat artikel IV.16, lid 6, van het Wetboek van economisch recht betreft, wordt geoordeeld dat dit niet in strijd is met de onafhankelijkheid die bij richtlijn (EU) nr. 2019/1 voor de mededingingsautoriteiten wordt vereist. Het is van belang dat personeelsleden en de personen die beslissingen nemen hun taken en bevoegdheden onafhankelijk uitoefenen, zonder enige politieke of andere invloed, en zonder instructies te vragen of te aanvaarden die hun onpartijdigheid bij de beoordeling van de aan hen voorgelegde zaken in het gedrang zouden kunnen brengen (artikel 4, lid 2, onder a) en b), en overweging 17 van richtlijn (EU) nr. 2019/1). De aldus verankerde onafhankelijkheid is operationeel, niet institutioneel.

¹⁶ Zie de reeds in het voornoemde adv.RvS 64.825/1 van 9 januari 2019 geformuleerde suggestie (opm. 10).

Deze operationele onafhankelijkheid, die wordt verstrekt door de omzetting van richtlijn (EU) nr. 1/2019 (nieuw artikel IV.16, § 2/1, van het Wetboek van economisch recht), kwam reeds tot uiting door voldoende waarborgen in boek IV van het Wetboek van economisch recht. Met name artikel IV.27, § 3, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht bepaalt onder meer dat de leden van het onderzoeksteam met betrekking tot het onderzoek alleen instructies mogen ontvangen van de auditeur-generaal en van de auditeur. Dezelfde waarborgen bestaan voor andere functies binnen de BMA. Voorbeelden zijn onder meer deze voor de auditeur (art. IV.27, § 2, lid 2), de auditeur-generaal (art. IV.26, § 5), de leden van het college (art. IV.22, § 3) en voor de voorzitter (artikel IV.18). Bovendien moeten deze artikelen worden gelezen in samenhang met artikel IV.32, § 1 WER (beroepsgeheim) en artikel IV.35, § 1, WER (onverenigbaarheden en belangenconflicten).

De personeelsleden van de BMA die door de FOD Economie worden ter beschikking gesteld, zijn niet onderworpen aan een relatie van ondergeschiktheid ten opzichte van de FOD Economie. De FOD Economie kan immers geen gezag of hiërarchische controle over hen uitoefenen in het kader van hun werkzaamheden voor de BMA, noch zich op enige manier inmengen, op grond van het beginsel van onafhankelijkheid van de BMA. In dit opzicht is de formulering van het nieuwe artikel IV.16, § 2/1, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht duidelijk: “[...] de auditeurs en de personeelsleden van de Belgische Mededingingsautoriteit mogen geen instructies vragen, noch ontvangen van overheidsinstanties of enige andere publieke of private entiteiten bij de uitoefening van de taken en bevoegdheden die hen bij dit boek worden toegekend [...]”. De FOD Economie wordt beschouwd als een overheidsinstantie die onder deze bepaling valt.

Er kan ook worden verwezen naar het koninklijk besluit houdende uitvoering van artikel IV.16, §§ 6 en 7, van het Wetboek van economisch recht. Hierin wordt verduidelijkt dat ‘gedurende hun terbeschikkingstelling worden de personeelsleden van de BMA onder het hiërarchische gezag geplaatst van: 1° de voorzitter van de BMA, indien zij verbonden zijn aan de dienst van de voorzitter; 2° de auditeur-generaal indien zij verboden zijn aan het auditoraat’.

Voorts kan worden opgemerkt dat de werkdoelstellingen van de personeelsleden van de BMA worden bepaald en geëvalueerd door hun hiërarchische meerdere bij de BMA.

Bovendien verbiedt de richtlijn geenszins dat de personeelsleden van de mededingingsautoriteiten ambtenaren zijn die ter beschikking van de mededingingsautoriteit worden gesteld.”

De door de gemachtigde verstrekte toelichting komt als plausibel over en is, in samenhang gelezen met het ontworpen artikel IV.16, § 2/1, van het Wetboek van economisch recht (artikel 7, 2°, van het voorontwerp), van aard om het aanneembaar te maken dat in voldoende waarborgen is voorzien op het vlak van de vereiste onafhankelijkheid van de Belgische Mededingingsautoriteit.

8. Naar analogie van richtlijn nr. 2019/1 van 11 december 2018 wordt in het ontworpen artikel IV.16, § 2/1, eerste lid, van het Wetboek van economisch recht (artikel 7, 2°, van het voorontwerp), voorbehoud gemaakt voor de “evenredige verantwoordingsverplichtingen” van de Belgische mededingingsautoriteit. Aan de gemachtigde werd gevraagd om de draagwijdte van de voornoemde “verplichtingen” nader te duiden in de internrechtelijke context. De gemachtigde deelde daarop het volgende mee:

“Vooreerst kan hiervoor verwezen worden naar overweging 22 van richtlijn (EU) nr. 2019/1 waarin verduidelijkt wordt dat ‘Evenredige verantwoordingsverplichtingen houden in dat de nationale administratieve mededingingsautoriteiten hun periodieke activiteitenverslagen aan regeringsorganen of parlementaire organen bekendmaken. Tevens kunnen de financiële uitgaven van nationale administratieve mededingingsautoriteiten worden gecontroleerd of gemonitord, mits dit geen gevolgen heeft voor hun onafhankelijkheid’ (zie ook de memorie van toelichting op p. 20).

De beslissingen van de BMA zijn uiteraard onderworpen aan rechtelijke toetsing (Marktenhof) en in het verleden had de BMA reeds de gelegenheid nadere toelichting te verschaffen over bepaalde aspecten van het mededingingsbeleid in commissies van het parlement, na daarvoor te zijn uitgenodigd. Daarnaast publiceert de BMA overeenkomstig art. IV. 25, 5° WER haar jaarlijks activiteitenverslag dat aan de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt meegedeeld (zie eveneens de nieuwe § 5 van artikel IV.75 WER dat bepaalt dat ‘het jaarlijks activiteitenrapport bedoeld in artikel IV.25, 5°, wordt meegedeeld aan de minister en wordt bekendgemaakt op de website van de Belgische Mededingingsautoriteit’) en stelt zij overeenkomstig art. IV. 25, 3° ieder jaar een nota met haar beleidsprioriteiten vast, na advies van de minister. De rekeningen (‘algemene rekening’) en uitgaven van de BMA worden gecontroleerd door het Rekenhof.”

Het verdient aanbeveling om de draagwijdte van de beoogde “evenredige verantwoordingsverplichtingen” op een gelijkaardige wijze te verduidelijken in de memorie van toelichting.

9. In het ontworpen artikel IV.16, § 2/1, tweede lid, van het voornoemde wetboek (artikel 7, 2°, van het voorontwerp), komt de volgende zinsnede voor: “onverlet de mogelijkheid voor de minister om algemene beleidsregels uit te vaardigen die geen verband houden met sectorale onderzoeken of specifieke procedures”. Vraag is of de aangehaalde zinsnede er niet op neerkomt dat aan de minister verordenende bevoegdheid wordt gedelegeerd, hetgeen slechts onder bepaalde, strikte voorwaarden toelaatbaar kan worden geacht. De gemachtigde deelde wat dat betreft het volgende mee:

“Zoals aangegeven, herneemt artikel 7 van de ontwerpwet de bewoordingen van de richtlijn (EU) nr. 2019/1, meer bepaald van artikel 4, lid 2, b).

Aangezien de BMA een onafhankelijke administratieve overheid is, verwijst ‘de mogelijkheid voor de minister om algemene beleidsregels uit te vaardigen die geen verband houden met sectorale onderzoeken of specifieke procedures’ enerzijds naar de bevoegdheid om beleidslijnen uit te vaardigen, die de wet aan de Minister geeft, met inbegrip van het advies dat de Minister kan uitbrengen over de beleidsprioriteiten van de BMA (artikel IV.25, 3° WER) en anderzijds naar de bevoegdheid om politieke standpunten in te nemen op nationaal niveau (wetgevings- en regelgevingsinitiatieven) en op internationaal niveau, meer specifiek op Europees niveau (onderhandelingen inzake de Europese mededingingsregels, inzake groepsvrijstellingsverordeningen, inzake

ontwerp-richtsnoeren van de Europese Commissie, inzake eventuele wetgevingsinitiatieven van de Commissie).

Deze interventies van de minister in verband met het algemene mededingingsbeleid mogen nooit betrekking hebben “specifieke procedures”, dit zijn de concrete mededingingsonderzoeken die gestart worden op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU en de artikelen IV.1 en IV.2 tegen ondernemingen, ondernemingsverenigingen en/of natuurlijke personen, noch op sectoronderzoeken naar mededingingspraktijken van ondernemingen en ondernemingsverenigingen, noch op algemene regels bijv. m.b.t. (i) de organisatie en werking van de door de BMA (m.n. het auditoraat) gevoerde mededingingsonderzoeken of (ii) de wijze waarop de BMA, met name de auditeur of het Mededingingscollege, beslissingen neemt”.

Uit het antwoord van de gemachtigde valt af te leiden dat de aangehaalde zinsnede geen overdracht van verordenende bevoegdheid aan de minister impliceert. Ter wille van de duidelijkheid zouden daarom in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel IV.16, § 2/1, tweede lid, van het voornoemde wetboek, de woorden “algemene beleidsregels” het best worden vervangen door een meer algemene omschrijving.¹⁷ Er zou bijvoorbeeld kunnen melding worden gemaakt van de mogelijkheid van de minister om “algemene beleidslijnen vast te leggen die geen verband houden met sectorale onderzoeken of specifieke procedures”.

Artikel 15

10. Aan het einde van het ontworpen artikel IV.40, § 1, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht, wordt melding gemaakt van de voorwaarde dat de betrokken informatie “toegankelijk is voor de onderneming of ondernemingsvereniging die de adressaat is van het verzoek om informatie”. Het is niet duidelijk waarom, benevens van de “onderneming” en de “ondernemingsvereniging”, niet tevens melding wordt gemaakt van de “natuurlijke personen”, zoals in diverse andere onderdelen van de ontworpen bepaling het geval is.

11. Het ontworpen artikel IV.40, § 1, vierde lid, van het Wetboek van economisch recht luidt:

“Het verzoek om inlichtingen staat in verhouding tot het doel en dwingt de onderneming, de ondernemingsvereniging of de natuurlijke persoon van wie de inlichtingen worden gevraagd niet een inbreuk op het mededingingsrecht toe te geven.”

De gemachtigde verstrekke in verband met de aangehaalde bepaling de volgende verduidelijking:

“In zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie aangegeven met betrekking tot verzoeken om inlichtingen van de Europese mededingingsautoriteit (de Europese Commissie – DG COMP) dat een onderneming zich niet mag onttrekken aan dergelijke verzoeken, maar dat op de betrokken onderneming integendeel de verplichting rust om actief mee te werken, hetgeen betekent dat zij alle informatie die betrekking heeft op het

¹⁷ In de Franse tekst van het ontworpen artikel IV.16, § 2/1, tweede lid, wordt melding gemaakt van “des orientations de politique générale”.

voorwerp van het onderzoek, ter beschikking van de mededingingsautoriteit moet houden.¹⁸

In zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie echter ook duidelijk gemaakt dat de onderneming die verdacht wordt van een mededingingsinbreuk het recht heeft om zichzelf niet te beschuldigen (zwijgrecht).¹⁹ In dit opzicht maakt het Hof een onderscheid tussen het beantwoorden van vragen en het verstrekken van documenten waarom verzocht wordt.²⁰ De onderneming dient de gevraagde in haar bezit zijnde documenten over te leggen, ook wanneer deze tegen haarzelf of tegen een andere onderneming bewijs kunnen opleveren van een gedraging die in strijd is met de mededingingsregels. Daarentegen dient wat het beantwoorden van vragen betreft, een onderscheid gemaakt te worden tussen feitelijke vragen en vragen waarvan het antwoord de onderneming dwingt te erkennen dat zij een inbreuk heeft gepleegd ('leading questions').²¹

De gemachtigde wijst er nog op dat de voornoemde rechtspraak van het Hof van Justitie is geïntegreerd in overweging 35 van richtlijn nr. 2019/1 van 11 december 2018 en in artikel 8 van dezelfde richtlijn dat het ontworpen artikel IV.40, § 1, vierde lid, beoogt om te zetten.

Vraag is of het duidelijkheidshalve geen aanbeveling verdient om naar het zwijgrecht, dat in bepaalde omstandigheden toch voortvloeit uit het ontworpen artikel IV.40, § 1, vierde lid, te verwijzen in het ontworpen artikel IV.40, § 2, waarin de voorwaarden worden geregeld waaronder de auditeur de betrokken inlichtingen bij een gemotiveerde beslissing kan eisen zonder dat daarbij melding wordt gemaakt van enige omstandigheid waarin de onderneming, de ondernemingsvereniging of de natuurlijke persoon niet op die eis dient in te gaan.

Artikel 17

12. In het ontworpen artikel IV.40/2, § 1, eerste lid, b), van het Wetboek van economisch recht, stemmen de Nederlandse ("alsook in de woning en in de lokalen die gebruikt worden voor professionele doeleinden") en de Franse tekst ("et les locaux professionnels") niet geheel overeen. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

¹⁸ Zie met name arrest van 29 juni 2006, Commissie/SGL Carbon, C-301/04 P, punt 39.

¹⁹ Arrest van het Hof van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie, 374/87, punten 34 en 35, en arrest Commissie/SGL Carbon, punten 39-55.

²⁰ Arrest Commissie/SGL Carbon, punten 41-44.

²¹ Arrest Orkem, punt 34: "Ook al kan de Commissie dus ter waarborging van de nuttige werking van artikel 11, leden 2 en 5, van verordening nr. 17 de onderneming verplichten om alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis heeft, en om zo nodig de desbetreffende in haar bezit zijnde documenten over te leggen, ook wanneer deze tegen haarzelf of tegen een andere onderneming bewijs kunnen opleveren van een gedraging die in strijd is met de mededingingsregels, toch mag zij, wanneer zij bij beschikking de mededeling van inlichtingen verlangt, geen afbreuk doen aan de rechten van de verdediging van de onderneming" en punt 35: "Zo kan de Commissie de onderneming niet verplichten antwoorden te geven, waardoor zij het bestaan van de inbreuk zou moeten erkennen, die de Commissie heeft te bewijzen."

Artikel 20

13. Uit het ontworpen artikel IV.40/5, eerste lid, van het Wetboek van economisch recht, kan worden afgeleid dat de auditeur over de mogelijkheid beschikt (“De auditeur kan ...”) om bij gemotiveerde beslissing de betrokken documenten en gegevens die geen verband houden met het voorwerp van de zaak terug te geven aan de persoon van wie of bij wie zij waren verkregen of gekopieerd en om deze documenten en gegevens te verwijderen uit het onderzoeksdossier. Aan de gemachtigde werd gevraagd of het wel degelijk de bedoeling is om voor de auditeur enkel in een mogelijkheid – en niet in een verplichting – te voorzien om de betrokken documenten en gegevens terug te geven en uit het onderzoeksdossier te verwijderen. De gemachtigde antwoordde:

“Le nouvel article IV.40/5 du Code de droit économique prévoit volontairement une faculté pour l’auditeur et non une obligation. Les documents dont il est question ont en effet été recueillis légalement.

L’actuel article IV.40, § 6, du Code de droit économique a été introduit par la loi du 2 mai 2019. Auparavant, l’auditeur ne pouvait donc pas restituer les documents qui n’ont pas d’objet avec l’instruction.

L’exposé des motifs de l’époque (<https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3621/54K3621001.pdf>) justifie l’actuel article IV.40, § 6, comme suit :

‘L’article IV.40, § 6, règle la restitution de documents obtenus au cours de l’instruction (par exemple, en réponse à une demande de renseignements) ou copiés durant une perquisition, mais qui n’ont aucun rapport avec l’objet de l’affaire. Cette restitution augmente l’efficacité de la procédure parce que l’autorité ne doit plus se charger de ces documents inutiles à l’instruction dans l’ensemble de l’instruction et ne doit plus régler la confidentialité de ces documents. Pour les entreprises, cela signifie également une diminution de la charge. En effet, elles ne doivent plus faire des versions non confidentielles de ces documents.

Le régime proposé va dans le sens de la Commission européenne (voir la Communication de la Commission relative aux règles d’accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l’Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, point 9.)

L’auditeur doit mener l’instruction tant à charge qu’à décharge. Afin de préserver les droits de la défense, il a été opté pour un critère strict (le même que celui utilisé par la Commission européenne), à savoir seuls les documents 'qui n’ont aucun rapport avec l’objet de l’affaire' sont restitués. Un critère comme par exemple 'sans importance pour l’instruction' comporterait le risque que des éventuels documents à décharge ne soient involontairement retirés du dossier et restitués.

La décision de restitution (et par conséquent le retrait du dossier d’instruction) n’est pas susceptible d’un recours distinct’.

Il est considéré que le texte actuel et le texte en projet constituent un bon équilibre entre protection des droits de la défense et efficacité de la procédure.

Het is inderdaad belangrijk dat de auditeur de mogelijkheid (‘kan’) heeft, maar niet verplicht is om deze documenten terug te geven. De teruggave gebeurt vanuit de zorg van verhoging van de efficiëntie van de procedure. De al dan niet teruggave van deze

documenten heeft geen impact op de rechten van verdediging. Immers, in de mate dat de documenten geen verband houden met het voorwerp van de zaak, zijn zij niet nuttig voor de auditeur in het voeren van zijn onderzoek naar mededingingsinbreuken. Bij niet-teruggave van dergelijke documenten, blijven zij in het onderzoeksdossier, maar de auditeur maakt er geen gebruik van. Daarenboven zijn in ieder geval de rechten van verdediging van de onderneming gewaarborgd. Immers, in het kader van de tegensprekelijke procedure van artikel IV.26 § 1, 13° WER kan de onderneming vragen aan een personeelslid dat niet behoort tot het onderzoeksteam, om te beslissen dat de documenten die zijn meegenomen in het kader van een huiszoeking, buiten het toepassingsgebied vallen van het opdrachtbevel van de huiszoeking (dat overeenkomt met het voorwerp van het onderzoek). Tegen deze beslissing staat een beroep open bij het Marktenhof (zie art. IV. 90 § 1, alinea 3 WER). Ook behoudt de onderneming in haar verweer ten gronde de mogelijkheid om de relevantie van een document voor het onderzoek – en dus de bewijswaarde voor de onderzochte inbreuk – te betwisten en omstandig te weerleggen.

Wanneer de wet bepaalt dat de auditeur verplicht is dergelijke documenten terug te geven, wordt aan de ondernemingen de facto een bijkomend beroepsrecht toegekend worden, hetgeen overbodig is. Overigens moet de bepaling van artikel IV.40/5 in fine, nl. dat de beslissing van de auditeur op grond van art. IV.40/5 niet vatbaar is voor afzonderlijk beroep, dan wellicht ook worden herzien. De oorspronkelijke bedoeling van art. IV.40/5, nl. de verhoging van de efficiëntie van de procedure, wordt hierdoor te niet gedaan.”

De door de gemachtigde verstrekte toelichting ten spijt, moet worden opgemerkt dat met name de niet-teruggave van de betrokken documenten en gegevens voor de betrokken personen een nadeel kan teweeg brengen. Op zijn minst zou in de memorie van toelichting een verantwoording moeten worden opgenomen waarom het nodig wordt geacht om de auditeur er nog over te laten oordelen of hij al dan niet tot teruggave of verwijdering uit het onderzoeksdossier zal overgaan, eenmaal vaststaat dat de desbetreffende documenten en gegevens geen verband houden met het voorwerp van de zaak en waarom de auditeur in dat geval niet tot teruggave of verwijdering uit het onderzoeksdossier wordt verplicht.

Artikel 21

14. In het ontworpen artikel IV.40/6, van het Wetboek van economisch recht, wordt uitgegaan van de toepassing van het principe van de vrije bewijsvoering op het mededingingsrecht. De gemachtigde deelde wat dat betreft onder meer mee wat volgt:

“Het principe van de vrije bewijsvoering vervat in artikel 21 van het voorontwerp strookt met de Antigoon-rechtspraak (die nadien, wat het strafrecht betreft werd opgenomen in artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering): zelfs onrechtmatig verkregen bewijs mag door de Belgische Mededingingsautoriteit (en door het Marktenhof dat de geldigheid van de beslissingen van deze autoriteit beoordeelt) als bewijs van een mededingingsinbreuk in aanmerking worden genomen wanneer vastgesteld wordt dat de in de Antigoon-rechtspraak opgesomde voorwaarden -- die dus ook in artikel 32 Voorafgaande Titel terug te vinden zijn wat het strafrecht betreft -- daartoe vervuld zijn.

Voor een voorbeeld van praktische toepassing, waaraan het wetsontwerp geen afbreuk mag doen, zie de recente beslissing van het Mededingingscollege in de zaak Caudalie (<https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/ABC-2021-PK-09%20PUB%20DEF.pdf> p. 182 en volgende (§§ 45-54)) die een toepassing vormt van hetgeen zojuist werd vermeld.”

Rekening houdend met de door de gemachtigde verstrekte toelichting zou kunnen worden overwogen om door middel van een aanpassing van de redactie van het ontworpen artikel IV.40/6 van het Wetboek van economisch recht, op een expliciete wijze te refereren aan de voorwaarden die kunnen worden teruggevonden in de zogeheten Antigoon-rechtspraak,²² dan wel zou op zijn minst in de memorie van toelichting moeten worden gewezen op het verband tussen de ontworpen bepaling en de voorwaarden die voortvloeien uit de voornoemde rechtspraak.

Artikel 41

15. In het ontworpen artikel IV.54/5, van het Wetboek van economisch recht, wordt onder meer het volgende bepaald:

“De andere betrokken partijen krijgen inzage in de verzoeken en de bijhorende stukken alsmede in de beslissingen doch hebben geen recht op een kopie van de verzoeken en de bijhorende stukken, noch van de beslissingen.”

In de aangehaalde bepaling wordt geopteerd voor een inzage zonder recht op kopie. Wat dat betreft, verstrekte de gemachtigde de hierna volgende verklaring:

“Het betreft hier een overname van het huidige artikel IV.54, § 3, van het Wetboek van economisch recht. Alleen de nummering van deze bepaling werd door dit wetsvoorstel gewijzigd (zie doc. Nr. 54/3621001 (<https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3621/54K3621001.pdf>)), dit artikel wordt als volgt gewijzigd: ‘Deze regeling beschermt de verzoekers tegen mogelijke latere schadeclaims op basis van die zelf-beschuldigende verzoeken en is noodzakelijk om de efficiëntie van het clementieprogramma te verzekeren’.

De clementieregeling wordt beschouwd als een onmisbaar instrument voor de handhaving van het mededingingsrecht. Het maakt het mogelijk de zwaarste inbreuken op het mededingingsrecht op te sporen, doeltreffender te vervolgen en te bestraffen. Als zodanig vereist het specifieke en gedetailleerde regels, zoals blijkt uit overweging 11 van de reeds genoemde richtlijn (EU) nr. 2019/1.

Het doel van het nieuwe artikel IV.54/5 van het Wetboek is de doeltreffendheid van de clementieregeling van de BMA te beschermen door te voorkomen dat het verstrekte bewijsmateriaal in een later stadium tegen de clementieverzoeker wordt gebruikt bij schadevergoedingsacties voor de gewone rechter. De bijzondere bescherming die aan clementiedocumenten wordt geboden, strookt met de filosofie van artikel XVII.79, § 2, van het Wetboek van economisch recht, volgens welke de rechter in geen geval aan andere partijen of derden toegang mag verlenen tot clementieverklaringen.

²² Ook al dient het mededingingsrecht te worden onderscheiden van het strafrecht, zou op dat punt inspiratie kunnen worden gevonden in de redactie van artikel 32 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, waarnaar de gemachtigde in zijn toelichting verwijst.

Evenzo bepaalt artikel IV.33, § 1, van het voorontwerp dat het de BMA verboden is gevolg te geven aan een rechterlijk bevel of verzoek om clementie – en immunititsverklaringen over te maken”.

Het verdient aanbeveling om de aangehaalde verklaring te integreren in de commentaar die in de memorie van toelichting bij artikel 41 van het voorontwerp wordt gegeven.

Artikel 42

16. Het ontworpen artikel IV.54/6 van het Wetboek van economisch recht luidt:

“Het directiecomité kan bij richtsnoeren nadere regels vaststellen voor de toepassing van de artikelen IV.54 tot IV.54/5, met inbegrip van de vorken van gedeeltelijke vrijstelling die het Mededingingscollege in acht zal nemen in verhouding tot de bijdrage die geleverd werd om het geheim kartel te bewijzen”.

In verband met de aldus aan het directiecomité opgedragen bevoegdheid, deelde de gemachtigde het volgende mee:

“Artikel IV.79 WER bepaalt dat het Mededingingscollege geldboetes kan opleggen, waarbij thans ook uitdrukkelijk gesteld wordt dat bij het bepalen van het bedrag van de geldboete het college rekening houdt met zowel de ernst als de duur van de inbreuk op het mededingingsrecht. Voorheen hield het College reeds met deze factoren rekening (zie de boeterichtsnoeren van de BMA). Op grond van art. IV 54 WER kent de voorzitter verder een volledige of gedeeltelijke vrijstelling toe aan ondernemingen – en aan de natuurlijke personen immuniteit van vervolging – wanneer de in de wet omschreven voorwaarden daarvoor zijn vervuld.

Uit artikel IV.79 en 54 volgt dat de BMA een aanzienlijke beoordelingsvrijheid heeft minstens bij de bepaling van de op te leggen geldboeten en de hoogte van de gedeeltelijke vrijstellingen van deze boeten. De beginselen vastgesteld in richtsnoeren dienen om de doorzichtigheid en de objectiviteit van de beslissingen te waarborgen.

Het is inderdaad zo dat de vaststelling door het directiecomité op grond van artikel IV.54/6 WER van richtsnoeren inzake nadere regels voor de toepassing van de artikelen IV.54 tot IV.54/5, met inbegrip van de vorken van gedeeltelijke vrijstelling die het Mededingingscollege in acht zal nemen in verhouding tot de bijdrage die geleverd werd om het geheim kartel te bewijzen, tot de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van de bedragen van geldboeten voor de ondernemingen bijdraagt, via autolimitering door de BMA van haar beoordelingsbevoegdheid. De effectiviteit van het clementieprogramma van de BMA is hierdoor ook gebaat.”

Het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling is in beginsel niet in overeenstemming met de algemene publiekrechtelijke beginselen, omdat erdoor geraakt wordt aan het principe van de eenheid van de verordenende macht en er een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover ze zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatig karakter hebben, doordat ze een detailmatige of hoofdzakelijk technische

draagwijdte hebben. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen, moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn.

De bevoegdheidsoverdracht die het ontworpen artikel IV.54/6 van het Wetboek van economisch recht inhoudt ten behoeve van het directiecomité zal in het licht van de voornoemde principes aan een bijkomend onderzoek moeten worden onderworpen. *A priori* kunnen er vragen rijzen of de betrokken bevoegdheidsoverdracht effectief steeds beperkt zal blijven tot detailmatige of hoofdzakelijk technische aangelegenheden en of deze niet op sommige punten nader dient te worden gespecificeerd in de tekst van het voorontwerp.

Artikel 62

17. Ter wille van de leesbaarheid dient in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel IV.78/4, § 1, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht, te worden geschreven “ten overstaan van wie de geldboete of de dwangsom het voorwerp uitmaakt van een gedwongen tenuitvoerlegging” (niet: “ten overstaan van wie de geldboete of de dwangsom het voorwerp uitgemaakt van een gedwongen tenuitvoerlegging”).

*

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 juridique¹ 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 transposer en droit interne la directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 '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'. À cet effet, l'avant-projet modifie les livres I^{er} et IV du Code de droit économique en ce qui concerne les définitions et les règles institutionnelles et procédurales, ainsi que celles ayant trait au processus décisionnel et à la collaboration qui s'appliquent à l'Autorité belge de la concurrence dans le cadre de la mise en œuvre du droit national et européen de la concurrence².

Le droit de la concurrence, ainsi réglé dans l'avant-projet, constitue une matière relevant de la compétence de l'autorité fédérale en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 5, 4°, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

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 de données à caractère personnel.

L'article 36, paragraphe 4, 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 (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de ce règlement, imposent de consulter 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', 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.

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

² L'article 74 de l'avant-projet vise également à compléter l'article 314 du Code pénal en vue d'exempter de peines les entreprises, les associations d'entreprises et les personnes physiques qui collaborent avec l'Autorité belge de la concurrence dans le cadre du régime de clémences.

À ce propos, le délégué a communiqué ce qui suit :

« Le présent projet de loi n'a pas été soumis à l'avis de l'Autorité de protection des données (APD) dans la mesure où il n'apporte pas de changement dans le traitement de données à caractère personnel par rapport à la loi du 2 mai 2019 portant modifications du livre I^{er} 'Définitions', du livre XV 'Application de la loi' et remplacement du livre IV 'Protection de la concurrence' du Code de droit économique. Celle loi a reçu un avis positif de l'APD qui est disponible au lien suivant : <https://autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-39-2019.pdf> ».

Lorsqu'un avant-projet concerne des données à caractère personnel, il appartient à l'Autorité de protection des données de déterminer si le traitement de données à caractère personnel est modifié et d'évaluer ensuite cette modification.

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.

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.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

4. Compte tenu du fait que l'avant-projet de loi vise à mettre en œuvre la directive précitée et qu'à cet égard, les dispositions concernées de la directive sont reproduites en règle générale fidèlement en droit interne, les observations formulées à propos de l'avant-projet dans le présent avis seront plutôt limitées.

Pour son examen, le Conseil d'État a pu faire usage d'un tableau de transposition que le délégué lui a communiqué et qui reproduit la concordance entre la directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018, l'avant-projet de loi et les adaptations en projet du Code de droit économique. Pareil tableau a très certainement facilité l'examen de la demande d'avis, mais peut en outre s'avérer utile pour la chambre législative qui traitera le projet de loi, ainsi que pour les destinataires de la réglementation en projet. Il est dès lors recommandé de l'insérer dans les documents parlementaires, si telle n'avait pas déjà été l'intention ³.

³ Voir également au sujet de l'établissement et de la publication de pareils tableaux de transposition, *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, n^{os} 191-194, à consulter sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

5. Il ressort du tableau de concordance transmis par le délégué que l'article 20, paragraphe 2, de la directive 2019/1 du 11 décembre 2018 ne doit pas être transposé, étant donné que le paragraphe 37 des lignes directrices sur la clémence de l'Autorité belge de la Concurrence aurait déjà prévu de le faire. À cet égard, il faut observer que selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, la transposition d'une directive requiert des dispositions législatives ou réglementaires car seules celles-ci assurent une sécurité juridique suffisante. Une directive ne peut donc pas être transposée par de simples mesures de nature administrative telles que des circulaires ou une ligne directrice ⁴.

EXAMEN DU TEXTE

Article 6

6.1. Il a été demandé au délégué si le paiement forfaitaire visé à l'article IV.10, § 2, alinéa 2, en projet, du Code de droit économique (article 6, 1°, de l'avant-projet) doit être considéré comme un impôt ou comme une rétribution et dans quelle mesure ce paiement est conforme aux caractéristiques de la catégorie sélectionnée. Le délégué a répondu ce qui suit :

« Pour répondre à votre question concernant l'article 6 de l'avant-projet, la redevance pour notification de concentration instaurée par l'article 6 de l'avant-projet de loi est envisagée comme une rétribution.

Le régime de financement par rétributions est un régime connu et admis en droit belge. Il est conforme à l'article 173 de la Constitution qui permet à la loi d'instituer des prélèvements, non fiscaux, en faveur d'autres personnes de droit public que celles visées à l'article 170 de la Constitution (voyez *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. Ord., n° 50-1842/001, p. 89).

Le choix d'une redevance en tant que rétribution est justifiée par son caractère indemnitaire.

Comme indiqué dans l'exposé des motifs (p. 17), il est proposé que le contrôle des concentrations imposé par le droit belge, en ses articles IV.6 à IV.11 du Code de droit économique, soit financièrement partiellement supporté par les entreprises qui réalisent la concentration et en bénéficient directement. Les concentrations qui tombent dans le champ d'application du contrôle des concentrations doivent nécessairement faire l'objet d'une décision constatant qu'elles sont admissibles ou ne le sont pas. Tant que cette décision n'a pas été rendue par l'Autorité belge de la concurrence, il est interdit aux entreprises de mettre en œuvre la concentration (article IV.10, § 4, du CDE), et ce sous peine d'amendes (article IV.80, CDE). Ainsi, on peut considérer que tant la décision portant sur l'admissibilité de la concentration que tout le travail d'instruction préalable est réalisé tant au profit d'une saine concurrence sur les marchés qu'au profit des entreprises qui réalisent la concentration.

Il découle du contrôle des concentrations une charge de travail importante pour l'Autorité belge de la concurrence, à laquelle elle doit consacrer de nombreuses ressources. Cette charge de travail est constatée à trois niveaux :

– La phase de prénotification. Les démarches accomplies durant cette phase sont souvent substantielles et peuvent s'étendre sur plusieurs semaines ou mois. Les parties à

⁴ Voir les *Principes de technique législative*, n° 189, mentionnés dans la note 3.

la concentration et l'auditorat échantillent et conviennent sur le contenu de la notification et sur les données considérées comme nécessaires pour considérer que la notification est complète. Pour rappel, seule une notification complète fait débiter les délais de décision. Les données nécessaires peuvent comprendre des analyses économiques poussées, notamment des zones dites de chalandise des acteurs dans certains secteurs (magasins, automobile, ...). Ainsi, la phase de prénotification, que la procédure de concentration soit simplifiée ou complète, nécessite un travail important de la part de l'auditorat et des entreprises concernées. Ceci est d'autant plus le cas que, en pratique, l'auditorat interroge souvent le marché lors de la phase de prénotification ;

- La phase d'instruction réalisée par l'auditeur et une équipe d'instructeurs ;
- La phase décisionnelle à charge du Collège de la concurrence ou de l'auditeur pour une concentration faisant l'objet d'une procédure simplifiée.

La différence du montant de la redevance – à savoir 52.350 euros pour une concentration et 17.450 euros pour une concentration faisant l'objet d'une procédure simplifiée – est justifiée par une phase d'instruction moins fournie en termes d'actes d'instruction et par une phase décisionnelle limitée à l'auditeur pour les concentrations simplifiées. Plus précisément, pour les concentrations faisant l'objet d'une procédure simplifiée, l'auditeur doit prendre sa décision, qui fait généralement 2 ou 3 pages, dans un délai de 15 jours ouvrables à partir de la notification. Pour les concentrations ne faisant pas l'objet d'une procédure simplifiée, l'auditeur doit déposer une proposition de décision, dont la pratique nous apprend qu'elle est très fournie (on parle ici de plusieurs dizaines, voire centaines, de pages), dans un délai de 25 jours ouvrables à partir de la notification. Cette proposition de décision est communiquée au Collège de la concurrence, qui, après organisation d'une audience prend une décision dans les 40 jours ouvrables à partir de la notification. Ce Collège est composé d'au moins deux assesseurs qui sont rémunérés.

Le rapport entre la redevance proposée pour la notification des concentrations et le service fourni par l'Autorité belge de la concurrence est dès lors considéré comme raisonnable.

Pour votre parfaite information, nous sommes en train de finaliser un projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 30 août 2013 relatif à la notification des concentrations d'entreprises visée à l'article IV.10 du Code de droit économique inséré par les lois du 3 avril 2013. Les modifications proposées prévoient les modalités liées à la redevance dont il est question. Dans le cadre de l'article 173 de la Constitution, la loi peut se limiter à définir les cas où une rétribution peut être perçue et laisser à l'Exécutif le soin d'organiser ce prélèvement en ce qui concerne ses éléments de base (voyez *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. Ord., n° 50-1842/001, p. 89) ».

6.2. Une rétribution doit constituer une rémunération pécuniaire pour un service accompli par l'autorité en faveur du redevable, considéré individuellement, et elle doit avoir un caractère purement rémunératoire, de sorte qu'une proportion raisonnable doit exister entre le coût ou la valeur du service fourni et le montant dû par le redevable. À défaut de pareille proportion, la rétribution perd son caractère rémunératoire pour revêtir un caractère fiscal⁵⁻⁶.

⁵ Il résulte du principe de légalité en matière fiscale, consacré par les articles 170, § 1^{er}, et 172, alinéa 2, de la Constitution, que le législateur doit fixer lui-même tous les éléments essentiels permettant de déterminer la dette d'impôt des contribuables, tels que la désignation des contribuables, la matière imposable, la base d'imposition, le taux d'imposition et les éventuelles exonérations d'impôt. Il s'ensuit que toute délégation relative à la détermination d'un des éléments essentiels de l'impôt est en principe inconstitutionnelle.

Il n'apparaît pas incontestable que le paiement, visé à l'article 6, 1°, de l'avant-projet, constitue effectivement la contrepartie d'un service fourni à l'entreprise ou à l'association d'entreprises. Il n'est pas non plus possible de vérifier s'il existe un rapport de proportionnalité raisonnable entre le coût de ce service et le montant de la contribution. En effet, les montants que l'article IV.10, § 2, alinéa 2, en projet, du Code de droit économique mentionne, sont à première vue relativement importants.

En outre, l'attention des auteurs de l'avant-projet doit être attirée sur le fait qu'une « rétribution » nominale peut être requalifiée en « impôt » et non en « indemnité-rétribution »⁷. Il est dès lors recommandé de formuler la disposition en projet figurant à l'article 6 de l'avant-projet en des termes plus précis afin qu'elle ne s'applique raisonnablement qu'aux seules rétributions.

6.3. Le fait que le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, adapter le montant de l'indemnité forfaitaire, est toutefois admissible. En effet, par rapport à l'article 170 de la Constitution, l'article 173 de la Constitution n'implique qu'un 'principe de légalité modéré'. Eu égard à l'article 173 de la Constitution, il suffit que le législateur indique la base imposable de la rétribution⁸ et il peut suffire en matière de rétributions que le législateur détermine les cas susceptibles de donner lieu à la perception de la rétribution, le règlement d'autres éléments essentiels, comme le montant de la rétribution, pouvant faire l'objet d'une délégation⁹.

Dans ce contexte, le délégué lui-même a encore soumis la question suivante à la section de législation :

« Nous souhaiterions profiter de cet échange concernant la redevance instaurée par l'article 6 du projet de loi pour vous solliciter sur une question qui y est liée.

Le montant de la redevance – soit 52.350 euros pour une concentration, soit 17.450 euros pour une concentration faisant l'objet d'une procédure simplifiée – dépendra de la décision de l'auditeur d'appliquer ou pas la procédure simplifiée. Cette décision est prévue à l'article IV.70 du Code de droit économique.

On peut aisément supposer que la décision par laquelle la procédure simplifiée est accordée (art. IV.70, § 3, du CDE) ne soulèvera pas de contestation de la part des parties notifiantes. Par contre, il pourrait en être autrement lorsque cette décision de l'auditeur n'applique pas la procédure simplifiée (art. IV.70, § 5, du CDE). Cette décision, en l'état actuel du droit, n'est susceptible d'aucun recours (art. IV.70, § 5, alinéa 2, du CDE). Cette absence de recours pourrait-elle être remise en cause par le fait que le montant de la redevance pour notification est liée à cette décision de l'auditeur ? ».

⁶ Voir par exemple C.C., 19 novembre 2015, n° 162/2015, B.5; avis C.E. n° 66.659/1/3 du 25 octobre 2019 sur un avant-projet de décret de la Communauté flamande et de la Région wallonne 'houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2019', pp. 4-5.

⁷ C.E. 244.095 du 2 avril 2019, État belge, 34.3.1.

⁸ Voir J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar. Deel III*, Bruges, die Keure, 2019, p. 513 et les références qui y sont faites.

⁹ Voir par exemple l'arrêt précité C.C., 19 novembre 2015, n° 162/2015, B.4.

Cette question porte indirectement sur une problématique comparable qui a déjà fait l'objet de l'avis 51.810/1 du 20 septembre 2012 de la section de législation, dans lequel il avait notamment été observé ce qui suit ¹⁰ :

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

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

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

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

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

¹⁰ Avis C.E. 51.810/1 du 20 septembre 2012 sur un avant-projet de loi 'portant insertion du livre IV. "Protection de la concurrence" et du livre V. "La concurrence et les évolutions de prix" dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et livre V, dans le livre I du Code de droit économique', observation 12.2.4.

redressement approprié (CEDH, 21 mai 2008, *Ravon et autres c. France*, § 28, et 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, §§ 36 et 40).

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

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

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

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

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

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

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

B.15. Les dispositions en cause n'indiquent pas les modalités selon lesquelles le contrôle juridictionnel doit être exercé. Elles créent ainsi une différence de traitement entre les justiciables qui sont soumis à ce contrôle et ceux qui, dans le cadre d'une instruction pénale, peuvent invoquer les garanties prévues par la loi, telles celles inscrites

aux articles 131 et 235bis du Code d'instruction criminelle. Pour les mêmes motifs, mutatis mutandis, que ceux indiqués en B.12, cette différence de traitement est discriminatoire.

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

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

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

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

Dans l'avis 64.825/1 du 9 janvier 2019, la section de législation du Conseil d'État a également observé ce qui suit ¹¹ :

« 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 ¹².

Dans un certain nombre de cas, il faut toutefois constater que des décisions finales ne sont pas non plus déclarées susceptibles de recours ¹³. 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

¹¹ Avis C.E. 64.825/1 du 9 janvier 2019 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', observation 5.

¹² Note 4 de l'avis cité : 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.

¹³ Note 5 de l'avis cité : 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).

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 ¹⁴.

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, même si les règles de procédure interne ne prévoient pas un tel recours en pareil cas ¹⁵. 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 ».

Compte tenu de l'impact patrimonial important de la décision de l'auditeur de recourir ou non à une procédure simplifiée (respectivement 52.350 euros pour une concentration par rapport au montant de 17.450 euros pour une concentration faisant l'objet d'une procédure simplifiée), celle-ci devrait en principe pouvoir effectivement faire l'objet d'un recours devant la Cour des marchés.

Article 7

7. En ce qui concerne l'article IV.16, § 2/1, en projet, du Code de droit économique (article 7, 2°, de l'avant-projet), force est de constater que l'Autorité belge de la concurrence n'est pas conçue comme relevant de l'une des catégories d'organismes définies à l'article 1^{er} de la loi du 16 mars 1954 'relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public' ¹⁶. L'article IV.16, § 6, du code précité, selon lequel le SPF Économie met des membres du personnel à la disposition de l'Autorité belge de la concurrence, est également maintenu en l'état. C'est

¹⁴ Note 6 de l'avis cité : 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'.

¹⁵ Note 7 de l'avis cité : 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.

¹⁶ Voir la suggestion déjà formulée dans l'avis C.E. 64.825/1 du 9 janvier 2019 précité (observation 10).

pourquoi il a été demandé au délégué si la réglementation en projet satisfait sur ce point aux garanties plus strictes découlant de la directive 2019/1 du 11 décembre 2018 en ce qui concerne notamment la création et le fonctionnement indépendants de l'Autorité belge de la concurrence.

À ce sujet, le délégué a donné l'explication suivante :

« Een van de doelstellingen van Richtlijn (EU) nr. 2019/1 is de onafhankelijkheid van de nationale mededingingsautoriteiten te waarborgen bij de uitvoering van het mededingingsrecht.

Momenteel wordt de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna 'BMA') reeds erkend als een autoriteit met beheersautonomie (artikel IV.16, § 1, van het Wetboek van economisch recht).

In het omzettingssontwerp wordt de operationele onafhankelijkheid van de BMA bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden, zonder beïnvloeding van buitenaf, politiek of anderszins, volledig verankerd.

Wat artikel IV.16, lid 6, van het Wetboek van economisch recht betreft, wordt geoordeeld dat dit niet in strijd is met de onafhankelijkheid die bij richtlijn (EU) nr. 2019/1 voor de mededingingsautoriteiten wordt vereist. Het is van belang dat personeelsleden en de personen die beslissingen nemen hun taken en bevoegdheden onafhankelijk uitoefenen, zonder enige politieke of andere invloed, en zonder instructies te vragen of te aanvaarden die hun onpartijdigheid bij de beoordeling van de aan hen voorgelegde zaken in het gedrang zouden kunnen brengen (artikel 4, lid 2, onder a) en b), en overweging 17 van richtlijn (EU) nr. 2019/1). De aldus verankerde onafhankelijkheid is operationeel, niet institutioneel.

Deze operationele onafhankelijkheid, die wordt verstrekt door de omzetting van richtlijn (EU) nr. 1/2019 (nieuw artikel IV.16, § 2/1, van het Wetboek van economisch recht), kwam reeds tot uiting door voldoende waarborgen in boek IV van het Wetboek van economisch recht. Met name artikel IV.27, § 3, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht bepaalt onder meer dat de leden van het onderzoeksteam met betrekking tot het onderzoek alleen instructies mogen ontvangen van de auditeur-generaal en van de auditeur. Dezelfde waarborgen bestaan voor andere functies binnen de BMA. Voorbeelden zijn onder meer deze voor de auditeur (art. IV.27, § 2, lid 2), de auditeur-generaal (art. IV.26, § 5), de leden van het college (art. IV.22, § 3) en voor de voorzitter (artikel IV.18). Bovendien moeten deze artikelen worden gelezen in samenhang met artikel IV.32, § 1, WER (beroepsgeheim) en artikel IV.35, § 1, WER (onverenigbaarheden en belangenconflicten).

De personeelsleden van de BMA die door de FOD Economie worden ter beschikking gesteld, zijn niet onderworpen aan een relatie van ondergeschiktheid ten opzichte van de FOD Economie. De FOD Economie kan immers geen gezag of hiërarchische controle over hen uitoefenen in het kader van hun werkzaamheden voor de BMA, noch zich op enige manier inmengen, op grond van het beginsel van onafhankelijkheid van de BMA. In dit opzicht is de formulering van het nieuwe artikel IV.16, § 2/1, tweede lid, van het Wetboek van economisch recht duidelijk: '[...] de auditeurs en de personeelsleden van de Belgische Mededingingsautoriteit mogen geen instructies vragen, noch ontvangen van overheidsinstanties of enige andere publieke of private entiteiten bij de uitoefening van de taken en bevoegdheden die hen bij dit boek worden toegekend [...]'. De FOD Economie wordt beschouwd als een overheidsinstantie die onder deze bepaling valt.

Er kan ook worden verwezen naar het koninklijk besluit houdende uitvoering van artikel IV.16, §§ 6 en 7, van het Wetboek van economisch recht. Hierin wordt

verduidelijkt dat ‘gedurende hun terbeschikkingstelling worden de personeelsleden van de BMA onder het hiërarchische gezag geplaatst van: 1° de voorzitter van de BMA, indien zij verbonden zijn aan de dienst van de voorzitter; 2° de auditeur-generaal indien zij verboden zijn aan het auditoraat’.

Voorts kan worden opgemerkt dat de werkdoelstellingen van de personeelsleden van de BMA worden bepaald en geëvalueerd door hun hiërarchische meerdere bij de BMA.

Bovendien verbiedt de richtlijn geenszins dat de personeelsleden van de mededingingsautoriteiten ambtenaren zijn die ter beschikking van de mededingingsautoriteit worden gesteld ».

Les explications apportées par le délégué sont plausibles et, lues en combinaison avec l'article IV.16, § 2/1, en projet, du Code de droit économique (article 7, 2°, de l'avant-projet), sont de nature à accréditer la thèse que des garanties suffisantes sont prévues sur le plan de l'indépendance requise de l'Autorité belge de la concurrence.

8. Par analogie avec la directive 2019/1 du 11 décembre 2018, l'article IV.16, § 2/1, alinéa 1^{er}, en projet, du Code de droit économique (article 7, 2°, de l'avant-projet) émet des réserves à propos des « obligations proportionnées de rendre des comptes » de l'Autorité belge de la concurrence. Il a été demandé au délégué de préciser la portée des « obligations » précitées dans le contexte du droit interne. Le délégué a communiqué à ce propos ce qui suit :

« Vooreerst kan hiervoor verwezen worden naar overweging 22 van richtlijn (EU) nr. 2019/1 waarin verduidelijkt wordt dat ‘Evenredige verantwoordingsverplichtingen houden in dat de nationale administratieve mededingingsautoriteiten hun periodieke activiteitenverslagen aan regeringsorganen of parlementaire organen bekendmaken. Tevens kunnen de financiële uitgaven van nationale administratieve mededingingsautoriteiten worden gecontroleerd of gemonitord, mits dit geen gevolgen heeft voor hun onafhankelijkheid’ (zie ook de memorie van toelichting op p. 20).

De beslissingen van de BMA zijn uiteraard onderworpen aan rechtelijke toetsing (Marktenhof) en in het verleden had de BMA reeds de gelegenheid nadere toelichting te verschaffen over bepaalde aspecten van het mededingingsbeleid in commissies van het parlement, na daarvoor te zijn uitgenodigd. Daarnaast publiceert de BMA overeenkomstig art. IV. 25, 5° WER haar jaarlijks activiteitenverslag dat aan de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt meegedeeld (zie eveneens de nieuwe § 5 van artikel IV.75 WER dat bepaalt dat ‘het jaarlijks activiteitenrapport bedoeld in artikel IV.25, 5°, wordt meegedeeld aan de minister en wordt bekendgemaakt op de website van de Belgische Mededingingsautoriteit’) en stelt zij overeenkomstig art. IV. 25, 3° ieder jaar een nota met haar beleidsprioriteiten vast, na advies van de minister. De rekeningen (‘algemene rekening’) en uitgaven van de BMA worden gecontroleerd door het Rekenhof ».

Il est recommandé de préciser de manière analogue la portée des « obligations proportionnées de rendre des comptes » dans l'exposé des motifs.

9. Le texte néerlandais de l'article IV.16, § 2/1, alinéa 2, en projet, du code précité (article 7, 2°, de l'avant-projet) contient le segment de phrase suivant : « onverlet de mogelijkheid voor de minister om algemene beleidsregels uit te vaardigen die geen verband houden met

sectorale onderzoeken of specifieke procedures ». La question se pose de savoir si le segment de phrase cité ne revient pas ainsi à déléguer un pouvoir réglementaire au ministre, ce qui ne peut être jugé admissible que sous certaines conditions strictes. À ce sujet, le délégué a communiqué ce qui suit :

« Zoals aangegeven, herneemt artikel 7 van de ontwerpwet de bewoordingen van de richtlijn (EU) nr. 2019/1, meer bepaald van artikel 4, lid 2, b).

Aangezien de BMA een onafhankelijke administratieve overheid is, verwijst 'de mogelijkheid voor de minister om algemene beleidsregels uit te vaardigen die geen verband houden met sectorale onderzoeken of specifieke procedures' enerzijds naar de bevoegdheid om beleidslijnen uit te vaardigen, die de wet aan de Minister geeft, met inbegrip van het advies dat de Minister kan uitbrengen over de beleidsprioriteiten van de BMA (artikel IV.25, 3° WER) en anderzijds naar de bevoegdheid om politieke standpunten in te nemen op nationaal niveau (wetgevings- en regelgevingsinitiatieven) en op internationaal niveau, meer specifiek op Europees niveau (onderhandelingen inzake de Europese mededingingsregels, inzake groepsvrijstellingsverordeningen, inzake ontwerp-richtsnoeren van de Europese Commissie, inzake eventuele wetgevingsinitiatieven van de Commissie).

Deze interventies van de minister in verband met het algemene mededingingsbeleid mogen nooit betrekking hebben 'specifieke procedures', dit zijn de concrete mededingingsonderzoeken die gestart worden op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU en de artikelen IV.1 en IV.2 tegen ondernemingen, ondernemingsverenigingen en/of natuurlijke personen, noch op sectoronderzoeken naar mededingingspraktijken van ondernemingen en ondernemingsverenigingen, noch op algemene regels bijv. m.b.t. (i) de organisatie en werking van de door de BMA (m.n. het auditoraat) gevoerde mededingingsonderzoeken of (ii) de wijze waarop de BMA, met name de auditeur of het Mededingingscollege, beslissingen neemt ».

Il se déduit de la réponse du délégué que le segment de phrase cité n'implique aucun transfert de pouvoir réglementaire au ministre. C'est pourquoi, dans un souci de clarté, il vaudrait mieux remplacer, dans le texte néerlandais de l'article IV.16, § 2/1, alinéa 2, en projet, du code précité, les mots « algemene beleidsregels » par une définition plus générale¹⁷. Il pourrait par exemple être fait mention de la possibilité pour le ministre d'arrêter des « algemene beleidslijnen die geen verband houden met sectorale onderzoeken of specifieke procedures ».

Article 15

10. À la fin de l'article IV.40, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, du Code de droit économique, il est fait mention de la condition selon laquelle l'information concernée doit être « [accessible à] l'entreprise ou [à] l'association d'entreprises qui est la destinataire de la demande de renseignements (...) ». On n'aperçoit pas clairement pourquoi, en plus de l'« entreprise » et de l'« association d'entreprises », il n'est par ailleurs pas fait mention des « personnes physiques », comme tel est le cas dans d'autres subdivisions de la disposition en projet.

¹⁷ Le texte français de l'article IV.16, § 2/1, alinéa 2, en projet, vise des « orientations de politique générale ».

11. L'article IV.40, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, du Code de droit économique s'énonce comme suit :

« La demande de renseignements est proportionnée et n'oblige pas l'entreprise, l'association d'entreprises ou la personne physique à laquelle les renseignements sont demandés à admettre l'existence d'une infraction au droit de la concurrence ».

À propos de la disposition citée, le délégué a fourni les précisions suivantes :

« In zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie aangegeven met betrekking tot verzoeken om inlichtingen van de Europese mededingingsautoriteit (de Europese Commissie – DG COMP) dat een onderneming zich niet mag onttrekken aan dergelijke verzoeken, maar dat op de betrokken onderneming integendeel de verplichting rust om actief mee te werken, hetgeen betekent dat zij alle informatie die betrekking heeft op het voorwerp van het onderzoek, ter beschikking van de mededingingsautoriteit moet houden.¹⁸

In zijn rechtspraak heeft het Hof van Justitie echter ook duidelijk gemaakt dat de onderneming die verdacht wordt van een mededingingsinbreuk het recht heeft om zichzelf niet te beschuldigen (zwijgrecht).¹⁹ In dit opzicht maakt het Hof een onderscheid tussen het beantwoorden van vragen en het verstrekken van documenten waarom verzocht wordt.²⁰ De onderneming dient de gevraagde in haar bezit zijnde documenten over te leggen, ook wanneer deze tegen haarzelf of tegen een andere onderneming bewijs kunnen opleveren van een gedraging die in strijd is met de mededingingsregels. Daarentegen dient wat het beantwoorden van vragen betreft, een onderscheid gemaakt te worden tussen feitelijke vragen en vragen waarvan het antwoord de onderneming dwingt te erkennen dat zij een inbreuk heeft gepleegd ('leading questions') »²¹.

Le délégué relève encore que la jurisprudence de la Cour de justice précitée est intégrée dans le considérant 35 de la directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018 et dans l'article 8 de la même directive, que l'article IV.40, § 1^{er}, alinéa 4, en projet, vise à transposer.

La question se pose de savoir si, dans un souci de clarté, il n'est pas indiqué que l'article IV.40, § 2, en projet, qui règle les conditions dans lesquelles l'auditeur peut exiger les renseignements par décision motivée, sans qu'il soit fait mention à cet égard d'une quelconque circonstance dans laquelle l'entreprise, l'association d'entreprises ou la personne physique ne doit pas faire droit à cette exigence, fasse référence au droit au silence qui, dans certaines circonstances, découle malgré tout de l'article IV.40, § 1^{er}, alinéa 4, en projet.

¹⁸ Voir notamment l'arrêt du 29 juin 2006, *Commission/SGL Carbon*, C-301/04 P, point 39.

¹⁹ Arrêt de la Cour du 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, 374/87, points 34 et 35, en arrêt *Commission/SGL Carbon*, points 39-55.

²⁰ Arrêt *Commission/SGL Carbon*, points 41-44.

²¹ Arrêt *Orkem*, point 34: « Dès lors, si, pour préserver l'effet utile de l'article 11, paragraphes 2 et 5, du règlement n° 17, la Commission est en droit d'obliger l'entreprise à fournir tous les renseignements nécessaires portant sur des faits dont elle peut avoir connaissance et à lui communiquer, au besoin, les documents y afférents qui sont en sa possession, même si ceux-ci peuvent servir à établir, à son encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise, l'existence d'un comportement anticoncurrentiel, elle ne saurait toutefois, par une décision de demande de renseignements, porter atteinte aux droits de la défense reconnus à l'entreprise » et point 35 : « Ainsi, la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve ».

Article 17

12. À l'article IV.40/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, b), en projet, du Code de droit économique, les textes français (« et les locaux professionnels ») et néerlandais (« alsook in de woning en in de lokalen die gebruikt worden voor professionele doeleinden ») ne sont pas en parfaite concordance. Cette discordance doit être éliminée.

Article 20

13. Il peut se déduire de l'article IV.40/5, alinéa 1^{er}, en projet, du Code de droit économique que l'auditeur dispose de la possibilité (« (...) l'auditeur peut (...) ») de restituer les documents et données qui n'ont aucun rapport avec l'objet de l'affaire à la personne dont ou auprès de laquelle ils avaient été obtenus ou copiés et écarter ces documents et données du dossier d'instruction. Il a été demandé au délégué si l'intention est effectivement de ne prévoir pour l'auditeur qu'une possibilité – et non une obligation – de restituer les documents et données concernés et de les écarter du dossier d'instruction. Le délégué a répondu en ces termes :

« Le nouvel article IV.40/5 du Code de droit économique prévoit volontairement une faculté pour l'auditeur et non une obligation. Les documents dont il est question ont en effet été recueillis légalement.

L'actuel article IV.40, § 6, du Code de droit économique a été introduit par la loi du 2 mai 2019. Auparavant, l'auditeur ne pouvait donc pas restituer les documents qui n'ont pas d'objet avec l'instruction.

L'exposé des motifs de l'époque (<https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3621/54K3621001.pdf>) justifie l'actuel article IV.40, § 6, comme suit :

‘L'article IV.40, § 6, règle la restitution de documents obtenus au cours de l'instruction (par exemple, en réponse à une demande de renseignements) ou copiés durant une perquisition, mais qui n'ont aucun rapport avec l'objet de l'affaire. Cette restitution augmente l'efficacité de la procédure parce que l'autorité ne doit plus se charger de ces documents inutiles à l'instruction dans l'ensemble de l'instruction et ne doit plus régler la confidentialité de ces documents. Pour les entreprises, cela signifie également une diminution de la charge. En effet, elles ne doivent plus faire des versions non confidentielles de ces documents.

Le régime proposé va dans le sens de la Commission européenne (voir la Communication de la Commission relative aux règles d'accès au dossier de la Commission dans les affaires relevant des articles 81 et 82 du traité CE, des articles 53, 54 et 57 de l'Accord EEE et du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, point 9.)

L'auditeur doit mener l'instruction tant à charge qu'à décharge. Afin de préserver les droits de la défense, il a été opté pour un critère strict (le même que celui utilisé par la Commission européenne), à savoir seuls les documents ‘qui n'ont aucun rapport avec l'objet de l'affaire’ sont restitués. Un critère comme par exemple ‘sans importance pour l'instruction’ comporterait le risque que des éventuels documents à décharge ne soient involontairement retirés du dossier et restitués.

La décision de restitution (et par conséquent le retrait du dossier d'instruction) n'est pas susceptible d'un recours distinct’.

Il est considéré que le texte actuel et le texte en projet constituent un bon équilibre entre protection des droits de la défense et efficacité de la procédure.

Het is inderdaad belangrijk dat de auditeur de mogelijkheid ('kan') heeft, maar niet verplicht is om deze documenten terug te geven. De teruggave gebeurt vanuit de zorg van verhoging van de efficiëntie van de procedure. De al dan niet teruggave van deze documenten heeft geen impact op de rechten van verdediging. Immers, in de mate dat de documenten geen verband houden met het voorwerp van de zaak, zijn zij niet nuttig voor de auditeur in het voeren van zijn onderzoek naar mededingingsinbreuken. Bij niet-teruggave van dergelijke documenten, blijven zij in het onderzoeksdossier, maar de auditeur maakt er geen gebruik van. Daarenboven zijn in ieder geval de rechten van verdediging van de onderneming gewaarborgd. Immers, in het kader van de tegensprekelijke procedure van artikel IV.26 § 1, 13°, WER kan de onderneming vragen aan een personeelslid dat niet behoort tot het onderzoeksteam, om te beslissen dat de documenten die zijn meegenomen in het kader van een huiszoeking, buiten het toepassingsgebied vallen van het opdrachtbevel van de huiszoeking (dat overeenkomt met het voorwerp van het onderzoek). Tegen deze beslissing staat een beroep open bij het Marktenhof (zie art. IV. 90 § 1, alinea 3, WER). Ook behoudt de onderneming in haar verweer ten gronde de mogelijkheid om de relevantie van een document voor het onderzoek – en dus de bewijswaarde voor de onderzochte inbreuk – te betwisten en omstandig te weerleggen.

Wanneer de wet bepaalt dat de auditeur verplicht is dergelijke documenten terug te geven, wordt aan de ondernemingen de facto een bijkomend beroepsrecht toegekend worden, hetgeen overbodig is. Overigens moet de bepaling van artikel IV.40/5 in fine, nl. dat de beslissing van de auditeur op grond van art. IV.40/5 niet vatbaar is voor afzonderlijk beroep, dan wellicht ook worden herzien. De oorspronkelijke bedoeling van art. IV.40/5, nl. de verhoging van de efficiëntie van de procedure, wordt hierdoor te niet gedaan ».

Malgré les explications fournies par le délégué, il faut observer que la non-restitution des documents et données concernés, notamment, peut entraîner un préjudice pour les personnes concernées. Il faudrait à tout le moins justifier dans l'exposé des motifs pourquoi il est jugé nécessaire de laisser encore à l'auditeur le soin d'apprécier s'il restituera ou non les documents et données ou s'il les écartera ou non du dossier d'instruction, dès qu'il est établi que les documents et données concernés n'ont aucun rapport avec l'objet de l'affaire, et pourquoi l'auditeur n'est pas obligé dans ce cas de les restituer ou de les écarter du dossier d'instruction.

Article 21

14. L'article IV.40/6, en projet, du Code de droit économique se fonde sur l'application du principe de la libre administration de la preuve au droit de la concurrence. À ce propos, le délégué a notamment communiqué ce qui suit :

« Het principe van de vrije bewijsvoering vervat in artikel 21 van het voorontwerp strookt met de Antigoon-rechtspraak (die nadien, wat het strafrecht betreft werd opgenomen in artikel 32 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering): zelfs onrechtmatig verkregen bewijs mag door de Belgische Mededingingsautoriteit (en door het Marktenhof dat de geldigheid van de beslissingen van deze autoriteit beoordeelt) als bewijs van een mededingingsinbreuk in aanmerking worden genomen wanneer vastgesteld wordt dat de in de Antigoon-rechtspraak opgesomde voorwaarden - die dus

ook in artikel 32 Voorafgaande Titel terug te vinden zijn wat het strafrecht betreft - daartoe vervuld zijn.

Voor een voorbeeld van praktische toepassing, waaraan het wetsontwerp geen afbreuk mag doen, zie de recente beslissing van het Mededingingscollege in de zaak Caudalie (<https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/ABC-2021-PK-09%20PUB%20DEF.pdf> p. 182 en volgende (§§ 45-54)) die een toepassing vormt van hetgeen zojuist werd vermeld ».

Compte tenu des explications fournies par le délégué, il pourrait être envisagé, en adaptant la rédaction de l'article IV.40/6, en projet, du Code de droit économique, de faire référence de manière explicite aux conditions qui peuvent être retrouvées dans la jurisprudence dite « Antigone »²², ou de faire en sorte que l'exposé des motifs relève à tout le moins le lien entre la disposition en projet et les conditions qui découlent de la jurisprudence précitée.

Article 41

15. L'article IV.54/5, en projet, du Code de droit économique dispose notamment ce qui suit :

« Les autres parties concernées ont accès aux demandes et aux pièces jointes, ainsi qu'aux décisions, mais n'ont pas le droit de prendre une copie des demandes, ni des pièces jointes, ni des décisions ».

La disposition citée opte pour un accès sans prévoir le droit de prendre une copie. Sur ce point, le délégué a fourni les explications suivantes :

« Het betreft hier een overname van het huidige artikel IV.54, § 3, van het Wetboek van economisch recht. Alleen de nummering van deze bepaling werd door dit wetsvoorstel gewijzigd (zie doc. Nr. 54/3621001 (<https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3621/54K3621001.pdf>)), dit artikel wordt als volgt gewijzigd: 'Deze regeling beschermt de verzoekers tegen mogelijke latere schadeclaims op basis van die zelf-beschuldigende verzoeken en is noodzakelijk om de efficiëntie van het clementieprogramma te verzekeren'.

De clementieregeling wordt beschouwd als een onmisbaar instrument voor de handhaving van het mededingingsrecht. Het maakt het mogelijk de zwaarste inbreuken op het mededingingsrecht op te sporen, doeltreffender te vervolgen en te bestraffen. Als zodanig vereist het specifieke en gedetailleerde regels, zoals blijkt uit overweging 11 van de reeds genoemde richtlijn (EU) nr. 2019/1.

Het doel van het nieuwe artikel IV.54/5 van het Wetboek is de doeltreffendheid van de clementieregeling van de BMA te beschermen door te voorkomen dat het verstrekte bewijsmateriaal in een later stadium tegen de clementieverzoeker wordt gebruikt bij schadevergoedingsacties voor de gewone rechter. De bijzondere bescherming die aan clementiedocumenten wordt geboden, strookt met de filosofie van artikel XVII.79, § 2, van het Wetboek van economisch recht, volgens welke de rechter in geen geval aan andere partijen of derden toegang mag verlenen tot clementieverklaringen.

²² Même s'il convient de distinguer le droit de la concurrence du droit pénal, on pourrait s'inspirer sur ce point de la rédaction de l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, auquel le délégué fait référence dans son explication.

Evenzo bepaalt artikel IV.33, § 1, van het voorontwerp dat het de BMA verboden is gevolg te geven aan een rechterlijk bevel of verzoek om clementie – en immuniteitsverklaringen over te maken ».

Il est recommandé d'intégrer les éclaircissements cités dans le commentaire que l'exposé des motifs consacre à l'article 41 de l'avant-projet.

Article 42

16. L'article IV.54/6, en projet, du Code de droit économique s'énonce comme suit :

« Le Comité de direction peut définir par des lignes directrices les modalités d'application des articles IV.54 à IV.54/5, y compris les fourchettes d'exonération partielle que le Collège de la concurrence prendra en considération en fonction de la contribution apportée à l'établissement du cartel secret ».

En ce qui concerne le pouvoir ainsi déferé au comité de direction, le délégué a communiqué ce qui suit :

« Artikel IV.79 WER bepaalt dat het Mededingingscollege geldboetes kan opleggen, waarbij thans ook uitdrukkelijk gesteld wordt dat bij het bepalen van het bedrag van de geldboete het college rekening houdt met zowel de ernst als de duur van de inbreuk op het mededingingsrecht. Voorheen hield het College reeds met deze factoren rekening (zie de boeterichtsnoeren van de BMA). Op grond van art. IV 54 WER kent de voorzitter verder een volledige of gedeeltelijke vrijstelling toe aan ondernemingen – en aan de natuurlijke personen immuniteit van vervolging – wanneer de in de wet omschreven voorwaarden daarvoor zijn vervuld.

Uit artikel IV.79 en 54 volgt dat de BMA een aanzienlijke beoordelingsvrijheid heeft minstens bij de bepaling van de op te leggen geldboeten en de hoogte van de gedeeltelijke vrijstellingen van deze boeten. De beginselen vastgesteld in richtsnoeren dienen om de doorzichtigheid en de objectiviteit van de beslissingen te waarborgen.

Het is inderdaad zo dat de vaststelling door het directiecomité op grond van artikel IV.54/6 WER van richtsnoeren inzake nadere regels voor de toepassing van de artikelen IV.54 tot IV.54/5, met inbegrip van de vorken van gedeeltelijke vrijstelling die het Mededingingscollege in acht zal nemen in verhouding tot de bijdrage die geleverd werd om het geheim kartel te bewijzen, tot de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van de bedragen van geldboeten voor de ondernemingen bijdraagt, via autolimitering door de BMA van haar beoordelingsbevoegdheid. De effectiviteit van het clementieprogramma van de BMA is hierdoor ook gebaat ».

L'attribution d'un pouvoir réglementaire à un organisme public n'est en principe pas conforme aux principes généraux de droit public au motif qu'il est ainsi porté atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et qu'un contrôle parlementaire direct fait défaut. En outre, les garanties dont est assortie la réglementation classique, telles que celles en matière de publication, de contrôle préventif exercé par le Conseil d'État, section de législation, et de rang précis dans la hiérarchie des normes, sont absentes. Pareilles délégations ne se justifient dès lors que dans la mesure où elles sont très limitées et ont un caractère non politique, en raison de leur portée secondaire ou principalement technique. Les organismes qui doivent appliquer la

réglementation concernée doivent être soumis à cet égard tant à un contrôle juridictionnel qu'à un contrôle politique.

Le transfert de compétences que l'article IV.54/6, en projet, du Code de droit économique implique à l'égard du comité de direction devra être réexaminé au regard des principes précités. *A priori*, on peut se demander si le transfert de compétences concerné sera effectivement toujours limité à des matières secondaires ou principalement techniques et s'il ne doit pas être précisé sur certains points dans le texte de l'avant-projet.

Article 62

17. Dans un souci de lisibilité, il convient d'écrire dans le texte néerlandais de l'article IV.78/4, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, du Code de droit économique « ten overstaan van wie de geldboete of de dwangsom het voorwerp uitmaakt van een gedwongen tenuitvoerlegging » (et non : « ten overstaan van wie de geldboete of de dwangsom het voorwerp uitgemaakt van een gedwongen tenuitvoerlegging »).

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME