



ADVIES

CRB 2021-0670

Voor een grotere efficiëntie van de BMA

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB





Advies

Voor een grotere efficiëntie van de BMA

**Brussel
15.03.2021**

Inbehandelingneming

Bij brief van 11 februari 2021 heeft de heer P.-Y. Dermagne, minister van Economie, in de onderstaande bewoordingen de bijzondere raadgevende commissie Mededinging om advies gevraagd:

"Mijnheer de Voorzitter,

Ik dank u voor het advies 2020-2321 van 1 december 2020 dat de bijzondere raadgevende commissie Mededinging uitbracht over de versterking van de doeltreffendheid van de nationale mededingingsautoriteiten (omzetting richtlijn ECN+).

Het voorontwerp van wet tot omzetting van de richtlijn (EU) nr. 2019/1 werd aangevuld met de doelstelling om sommige bepalingen van de wet van 2 mei 2019 houdende wijzigingen van boek I "Definities", van boek XV "Rechtshandhaving" en vervanging van boek IV "Bescherming van de mededinging" van het Wetboek van economisch recht te versterken en verbeteren. De nieuwe bepalingen stellen de Belgische Mededingingsautoriteit aldus in staat deze boeken van het Wetboek van economisch recht efficiënter toe te passen.

Ik wens het advies van de bijzondere raadgevende commissie Mededinging in te winnen over deze nieuwe bepalingen. Ik zou het op prijs stellen als u mij dit advies uiterlijk op 12 maart 2021 zou kunnen doen toekomen.

Daartoe vindt u hierbij het voorontwerp van wet, alsook de bijbehorende memorie van toelichting. De nieuwe bepalingen van het voorontwerp van wet zijn de navolgende:

artikel 8, b);

artikel 11;

artikel 16;

artikel 20;

artikel 25, 3°;

artikel 26, 2°;

artikel 41;

artikel 43;

artikel 48;

artikel 51;

artikel 52;

artikel 68, 1° en 12.

..."

De bijzondere raadgevende commissie Mededinging (hieronder “de brc Mededinging”) is op 4 maart 2021 bijeengekomen onder het voorzitterschap van de heer Jacques Bourgeois. Tijdens die vergadering hebben de leden mevrouw Léonard (fod Economie) gehoord.

Gelet op de korte termijn om het advies te verlenen, werd een voorontwerp van advies opgesteld op basis van de besprekingen die plaatsvonden tijdens de hierboven vermelde vergadering en op basis van de langs elektronische weg verzamelde standpunten. Het ontwerpadvies werd vervolgens na een schriftelijke procedure op 15 maart 2021 unaniem goedgekeurd.

Inleiding

De brc Mededinging heeft reeds een eerste advies ([CRB 2020-2321](#)) uitgebracht over het voorontwerp van wet tot omzetting van de richtlijn ECN+. Ze verwijst dan ook naar hetgeen in dat eerste advies reeds werd geformuleerd.

In dit tweede advies wordt aan de brc Mededinging gevraagd zich te buigen over een aantal nieuwe artikelen, die werden ingevoegd in het voorontwerp van wet tot omzetting van de richtlijn ECN+.

In tegenstelling tot de andere artikelen in het voorontwerp van wet tot omzetting van de richtlijn ECN+ brengen deze nieuwe artikelen wijzigingen aan die niet als doel hebben de richtlijn ECN+ om te zetten, maar bedoeld zijn om oplossingen aan te reiken voor moeilijkheden die de Belgische Mededingingsautoriteit ondervindt bij de toepassing van sommige boeken van het WER en haar uiteindelijk in staat te stellen deze boeken efficiënter toe te passen.

Hieronder wordt de inhoud van deze nieuwe artikelen kort omschreven. De bedoeling hiervan is een duidelijk inzicht te verschaffen in de aangebrachte nieuwe elementen en in de opmerkingen waartoe ze bij de brc Mededinging in dit advies aanleiding geven.

Artikel 8, b) van het voorontwerp van wet vervangt in de Franse tekst het woord “*appel*” door “*recours*” in artikel IV.26, § 3, 8° WER.

Artikel 11 van het voorontwerp van wet behandelt de regeling inzake onverenigbaarheden en belangenconflicten van de personen die een functie binnen de BMA bekleden. Het vult artikel IV.35, § 3, tweede lid WER als volgt aan met een 3° om een afwijking van die regeling toe te voegen: “*ingeval het gaat om een bezoldigde functie of openbaar ambt van administratieve aard dat niet rechtstreeks of onrechtstreeks voordeel haalt uit de beslissingen en standpunten die de Belgische Mededingingsautoriteit kan innemen, voor zover dat die functie of dat ambt niet wordt uitgeoefend gedurende meer dan twee halve dagen per week.*”

Artikel 16 van het voorontwerp van wet voegt een nieuw artikel IV.40/3 WER in, dat de plicht versterkt van de openbare overheden en besturen om mee te werken aan het onderzoek van het auditoraat aangezien zij belangrijke informatiebronnen kunnen zijn.

Artikel 20 van het voorontwerp van wet vervangt artikel IV.41, § 2 WER om het in overeenstemming te brengen met de praktijk van de Belgische Mededingingsautoriteit in die zin dat het, in het kader van een verzoek om inlichtingen of van een huiszoeking, aan de betrokken personen toekomt om op actieve wijze aan de auditeur aan te geven dat bepaalde documenten of gegevens die werden verstrekt of verkregen als vertrouwelijk dienen te worden beschouwd, en een motivering alsook een niet-vertrouwelijke versie/samenvatting te bezorgen.

Voorts wijzigt dit artikel 20 ook artikel IV.41, § 4 WER om de auditeur in staat te stellen zelf een niet-vertrouwelijke versie/samenvatting van deze documenten of gegevens op te stellen, indien hij dat nodig acht. Tot slot voegt dit artikel 20 een nieuwe § 6 toe aan artikel IV.41 WER om een openbaarmakingsprocedure ("ring agreement") mogelijk te maken, die als doel heeft de last te verminderen die de opstelling van niet-vertrouwelijke versies van de documenten met zich brengt, met name wanneer het een omvangrijk dossier betreft.

De artikelen 25, 3° en 26, 2° van het voorontwerp van wet vullen respectievelijk artikel IV.45, eerste lid WER en artikel IV.46, § 2, eerste lid WER aan met een 3° om de auditeur in staat te stellen gedeeltelijk of volledig het geopende onderzoek stop te zetten ingeval de zaak geen handhavingsprioriteit vormt of de beschikbare middelen geen onderzoek rechtvaardigen. Voorheen kon deze motivering enkel worden ingeroepen in het kader van artikel IV.44 WER om een klacht, een verzoek of een injunctie te seponeren. Volgens de memorie van toelichting zal de toevoeging van dit 3° in de hierboven vermelde artikelen het o.m. mogelijk maken een onderzoek stop te zetten in geval van faillissement van een onderneming.

Artikel 41 van het voorontwerp van wet vult artikel IV.55, eerste lid WER aan met de vaststelling van *een termijn van ten minste twee weken* waarbinnen de partijen schriftelijk kunnen aangeven dat zij bereid zijn schikkingsbesprekingen te voeren.

Artikel 43 van het voorontwerp van wet vult artikel IV.58, eerste lid WER aan met de vaststelling van een termijn van ten minste twee weken waarbinnen de partijen vrijwillig een schikkingsverklaring kunnen indienen.

Artikel 48 van het voorontwerp van wet wijzigt artikel IV.68, § 1, tweede lid WER. De wijzigingen hebben voornamelijk betrekking op een verandering op het vlak van de schorsing van de beslissingstermijn betreffende de toelaatbaarheid van een concentratie bedoeld in artikel IV.69, § 2 WER. Na wijziging zal deze schorsing plaatsvinden "*... vanaf de eerste werkdag volgend op de dag van indiening van de schriftelijke opmerkingen van de aanmeldende partijen bedoeld in § 1, tweede lid,...*" in plaats van de "*... dag van de beslissing van de voorzitter van het Mededingingscollege tot vaststellen van een termijn voor het maken van schriftelijke opmerkingen op de indiening van een nieuw stuk.*" Zoals wordt vermeld in de memorie van toelichting, zal op deze manier worden vermeden dat het Mededingingscollege over onvoldoende tijd beschikt voor het nemen van een beslissing inzake de toelaatbaarheid van een concentratie, wat het geval met de huidige bepaling kan zijn indien de voorzitter niet onmiddellijk de voorheen vermelde beslissing neemt.

Artikel 51 van het voorontwerp van wet wijzigt artikel IV.73, § 1, tweede lid WER teneinde dit te laten overeenstemmen met de praktijk van de Belgische Mededingingsautoriteit in die zin dat de auditeur, of de auditeur-generaal indien deze laatste de verzoeker van voorlopige maatregelen is, ook de mogelijkheid hebben om hieromtrent schriftelijke opmerkingen in te dienen, alsook de mogelijkheid om op de ingediende schriftelijke opmerkingen te reageren. Dit artikel 51 voert ook een nieuwe § 4 in, die voorschrijft dat het besluit van het Mededingingscollege dat voorlopige maatregelen oplegt, geldt voor een bepaalde tijdspanne.

Artikel 52 van het voorontwerp van wet wijzigt artikel IV.74, § 1 WER teneinde tegemoet te komen aan de digitalisering. De wijziging bestaat erin dat, behoudens andersluidende bepaling, voor overige kennisgevingen en mededelingen voortaan een e-mail met ontvangstmelding volstaat. Een kopie per gewone brief is aldus geen vereiste meer.

Artikel 68, 1° en 12° van het voorontwerp van wet wijzigt artikel IV.90, § 1, derde lid en § 6, tweede lid door in de Franse versie de woorden "*procédure d'appel*" te vervangen door "*procédure de recours*" bij het Marktenhof.

ADVIES

1 Over de documenten of gegevens die als “vertrouwelijk” moeten worden beschouwd (artikelen 16 en 20 van het voorontwerp van wet)

De brc Mededinging neemt er nota van dat de wetgever met artikel 16 van het voorontwerp van wet de plicht van openbare overheden en besturen om mee te werken aan het onderzoek van het auditoraat wil versterken; ze kan dit alleen maar steunen.

De brc Mededinging wil er echter aan herinneren dat er momenteel een wet van 11 april 1994 betreffende de “openbaarheid van bestuur” bestaat, waarin het recht is vastgelegd van iedere (natuurlijke of rechts-)persoon die daarom vraagt om elk bestuursdocument in te zien, dienomtrent uitleg te krijgen en mededeling in afschrift ervan te ontvangen (artikel 4). Dat recht, dat zijn oorsprong vindt in artikel 32 van de Grondwet, is evenwel niet absoluut.

De wet van 1994 preciseert de gevallen waarin de openbaarheidsverplichting niet van toepassing zal zijn (artikel 6). De wetgever van deze wet heeft er immers op toegezien dat de openbaarheidsverplichting moet wijken voor andere belangen die als fundamenteeler worden beschouwd, zoals bijvoorbeeld de fundamentele rechten en vrijheden van de burgers, de opsporing of vervolging van strafbare feiten, het uit de aard van de zaak vertrouwelijke karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld, de geheimhouding van de identiteit van de persoon die het document of de inlichting vertrouwelijk aan de administratieve overheid heeft meegedeeld ter aangifte van een strafbaar of strafbaar geacht feit, de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, de bij wet ingestelde geheimhoudingsverplichting enz. In geval van afwijzing van het verzoek door de betrokken administratieve overheid is beroep mogelijk (artikel 8, § 2) in twee gelijktijdige stappen, t.w. een verzoek tot heroverweging van de afwijzing bij het betrokken bestuur en een vraag om advies aan de “Commissie voor Toegang tot Bestuursdocumenten” (CTB) om haar standpunt te verkrijgen.

Voor de leden van de brc Mededinging is het belangrijk op te merken dat de lijst van uitzonderingsgronden die door de hierboven vermelde voorbeelden wordt geïllustreerd zeer limitatief is en dat deze uitzonderingsgronden die ze bevat op restrictieve wijze moeten worden geïnterpreteerd (Memorie van toelichting, doc. Kamer, nr. 1112/1-92/93, blz. 16).

Voor de brc Mededinging laat het loutere bestaan van deze wet van 1994 onzekerheid bestaan over de inaanmerkingneming ervan in het kader van de procedure tot vaststelling van het vertrouwelijke karakter van documenten en gegevens die is georganiseerd door artikel IV.41 WER, zoals het zal worden gewijzigd door artikel 20 van het voorontwerp van wet. Er zijn twee redenen voor deze onzekerheid. Ten eerste omdat de BMA ook als een “bestuursoverheid” wordt beschouwd (zij het een onafhankelijke). Ten tweede, omdat de procedure voor de vaststelling van het vertrouwelijke karakter van documenten en gegevens die in artikel IV.41 moet worden ingevoerd, overeenkomstig de wijzigingen die zullen worden aangebracht door artikel 20 van het voorontwerp van wet, de persoon die de vertrouwelijkheid van zijn documenten of gegevens wenst te bekomen, verplicht om de redenen voor de vertrouwelijkheid ervan op te geven, terwijl het volstrekt vaag blijft welke uitzonderingsgronden het mogelijk zouden maken om de vertrouwelijkheid toe te staan, en bijgevolg zonder dat kan worden nagegaan of deze identiek kunnen zijn aan die welke zijn opgenomen in de limitatieve lijst van uitzonderingsgronden waarin de wet van 1994 voorziet.

De brc Mededinging zou daarom graag zien dat de wetgever in het voorontwerp van wet duidelijk de volgende preciseringen aanbrengt om te weten: 1) of de wet van 1994 op de BMA van toepassing is, 2) zo niet, of de BMA andere uitzonderingsgronden kan hanteren dan die welke limitatief in de wet van 1994 zijn opgelijst, en 3) of de BMA, indien ze een in de wet van 1994 opgesomde uitzonderingsgrond hanteert, zich kan onttrekken aan de strikte interpretatie die de CTB daaraan geeft.

2 Over de openbaarmakingsprocedure “Ring Agreement” (art. 20 van het voorontwerp van wet)

Artikel 20, dat een nieuwe § 6 invoegt in artikel IV.41 WER, voert een nieuwe procedure in, de “openbaarmakingsprocedure” genoemd, die al op Europees niveau wordt toegepast. Deze komt erop neer dat, wanneer het dossier omvangrijk is en tienduizenden documenten omvat, de BMA aanvaardt dat de partijen in bepaalde omstandigheden (bijvoorbeeld in geval van huiszoeking) onderling, op vrijwillige basis, overeenkomen tot welke documenten de andere partij geheel of gedeeltelijk toegang zal krijgen. Een dergelijke toegang tot het dossier staat in de praktijk gelijk met een beperking van het recht van een partij op toegang tot het onderzoekdossier, hetgeen impliceert dat de betrokken partij instemt met een beperking van haar recht op volledige toegang tot het dossier. Het doel van deze procedure is de lasten die verbonden zijn aan de opstelling van niet-vertrouwelijke versies voor de partijen te verminderen.

Uit de door mevrouw Léonard gegeven uitleg begrijpt de brc Mededinging dat in het voorontwerp van wet in geen enkele sanctie is voorzien voor het geval dat een van de partijen de afgesproken overeenkomst niet naleeft. In een dergelijk geval is alleen de contractuele verantwoordelijkheid van toepassing.

Met het oog hierop vraagt de brc Mededinging zich toch af of dat in de praktijk niet tot een aantal problemen zou kunnen leiden.

3 Over de mogelijkheid van de auditeur om het onderzoek ambtshalve stop te zetten (artikel 25, 3° van het voorontwerp van wet)

Artikel 25, 3° van het voorontwerp van wet, dat artikel IV.45, eerste lid WER wijzigt, indient het wordt goedgekeurd, zal de BMA de mogelijkheid bieden om “een onderzoek ambtshalve” stop te zetten omdat *“de zaak geen handhavingsprioriteit vormt of de beschikbare middelen geen onderzoek rechtvaardigen.”* De memorie van toelichting van het voorontwerp van wet (blz. 35) rechtvaardigt deze wijziging door het feit dat *“dit het **onder andere** mogelijk maakt om het onderzoek stop te zetten ingeval van faillissement van de onderneming waarvoor het onderzoek werd geopend.”*

In de eerste plaats, en terloops, wenst de brc Mededinging erop te wijzen dat de bewoordingen van de memorie van toelichting niet overeenstemmen met het doel van de bepaling zelf, noch met de door mevrouw Léonard gegeven uitleg. Deze zouden bijgevolg als volgt moeten worden geherformuleerd: “Dit maakt het mogelijk om het onderzoek stop te zetten, **onder andere** in geval van faillissement van de onderneming.”

Hoewel de brc Mededinging begrip kan opbrengen voor het gebruik van deze grond om een onderzoek ambtshalve stop te zetten in geval van faillissement (het instellen van een onderzoek was gerechtvaardigd maar is dat niet meer), maakt ze enig voorbehoud als deze grond wordt uitgebreid tot andere hypothesen, zoals het gebruik van de zeer vage uitdrukking “*onder andere*” in de memorie van toelichting lijkt te suggereren.

Indien deze grond zou worden toegepast op andere niet-gedefinieerde hypothesen dan faillissementszaken, bestaat het gevaar dat de BMA enkel nog handelt op basis van de "vereisten van het moment" en de zaken waarvoor een onderzoek ambtshalve is ingesteld voortdurend aanpast naargelang van haar "prioriteiten en beschikbare middelen". Deze handelwijze zou een aantal gevolgen hebben. Ten eerste zou ze juridische onzekerheid in het leven roepen, die het vertrouwen van de ondernemingen in haar zou ondermijnen en hen ervan zou weerhouden om haar in andere zaken tussenbeide te laten komen. De kmo's zouden hier overigens meer schade van kunnen ondervinden dan andere bedrijven. Laten we ter illustratie veronderstellen dat in hoofde van misbruik van economische afhankelijkheid (een problematiek die de kmo's meer dan de andere bedrijven aanbelangt) een initiatief wordt genomen door de BMA en deze een onderzoek ambtshalve instelt.

Vervolgens doen zich andere zaken voor, bijvoorbeeld in verband met misbruik van machtspositie, die veel tijd en middelen van de BMA vergen. De BMA zal dan kunnen beslissen om het onderzoek dat ambtshalve werd ingesteld in het kader van het misbruik van economische afhankelijkheid stop te zetten, en dergelijke handelwijze van de BMA zal volkomen gerechtvaardigd zijn door de wijziging die wordt ingevoerd door artikel 25, 3° van het voorontwerp van wet, en wel telkens wanneer ze andere katten te geselen heeft. Ten tweede dreigt deze handelwijze ook een onrechtvaardige financiële last op de schouders van de betrokken ondernemingen te leggen als gevolg van de kosten die tot dusver in het kader van de procedure werden gemaakt.

De brc Mededinging beveelt de wetgever dan ook aan erop toe te zien dat de BMA geen misbruik maakt van de bovengenoemde grond. Hetzij door bijvoorbeeld een exhaustieve en beperkte lijst van gevallen vast te stellen waarin de BMA op deze grond een onderzoek ambtshalve kan stopzetten. Of bijvoorbeeld door de BMA de verplichting op te leggen een nauwkeurige en gedetailleerde motivering te geven wanneer zij besluit een ambtshalve ingesteld onderzoek op die grond stop te zetten.