



**AVIS**

**CCE 2021-0670**

**Pour une plus grande efficacité de l'ABC**

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







## **Avis**

**Pour une plus grande efficacité de l'ABC**

**Bruxelles  
15.03.2021**

## Saisine

Par lettre du 11 février 2021, Monsieur P.-Y. Dermagne, ministre de l'Économie, a sollicité l'avis de la Commission consultative spéciale « Concurrence » dans les termes suivants :

*« Monsieur le Président,*

*Je vous remercie pour l'avis 2020-2321 du 1er décembre 2020 rendu par la Commission consultative spéciale de la Concurrence sur le renforcement de l'efficacité des autorités nationales de concurrence (transposition de la directive ECN+).*

*L'avant-projet de loi de transposition de la directive (UE) n° 2019/1 a été complété avec l'objectif de renforcer et améliorer certaines dispositions de la loi du 2 mai 2019 portant modifications du livre 1er "Définitions", du livre XV "Application de la loi" et remplacement du livre IV "Protection de la concurrence" du Code de droit économique. Les nouvelles dispositions permettent ainsi à l'Autorité belge de la concurrence d'appliquer plus efficacement ces livres du Code de droit économique.*

*Je souhaite solliciter l'avis de la Commission consultative spéciale de la concurrence sur ces nouvelles dispositions. Je vous saurais gré de me faire parvenir cet avis pour le 12 mars 2021 au plus tard.*

*A cet effet, veuillez trouver ci-joint l'avant-projet de loi, ainsi que l'exposé des motifs qui l'accompagne. Les nouvelles dispositions de l'avant-projet de loi sont les suivantes :*

*Article 8, b) ;*

*Article 11 ;*

*Article 16 ;*

*Article 20 ;*

*Article 25, 3° ;*

*Article 26, 2° ;*

*Article 41 ;*

*Article 43 ;*

*Article 48 ;*

*Article 51 ;*

*Article 52 ;*

*Article 68, 1° et 12.*

*... »*

La Commission consultative spéciale « Concurrence » (ci-après « la CCS Concurrence ») s'est réunie le 4 mars 2021, sous la présidence de Monsieur Jacques Bourgeois. Au cours de cette réunion, les membres ont entendu Madame Léonard (SPF Économie).

Vu le court délai pour remettre l'avis, un avant-projet d'avis a été établi sur base des discussions qui se sont déroulées au cours de la réunion précitée et sur base des points de vue récoltés par voie électronique. Le projet d'avis a ensuite été approuvé à l'unanimité le 15 mars 2021 après une procédure écrite.

## Introduction

La CCS Concurrence a déjà rendu un premier avis ([CCE 2020-2321](#)) sur l'avant-projet de loi de transposition de la directive ECN+. Elle renvoie donc à ce qui a déjà été formulé dans ce premier avis.

Dans ce second avis, il est demandé à la CCS Concurrence de se pencher sur une série d'articles nouveaux, intégrés dans l'avant-projet de loi de transposition de la directive ECN+.

Contrairement aux autres articles inclus dans l'avant-projet de loi de transposition de la directive ECN+, ces nouveaux articles apportent des modifications dont l'objectif consiste non pas à transposer la directive ECN+ mais à apporter des solutions à des difficultés rencontrées par l'Autorité belge de la concurrence dans l'application de certains livres du CDE et, in fine, à lui permettre d'appliquer ces livres plus efficacement.

Un rappel du contenu de ces articles nouveaux est opéré ci-dessous. Ce rappel vise à bien faire comprendre les novations apportées et les commentaires qu'elles suscitent de la part de la CCS Concurrence dans le présent avis.

L'article 8, b) de l'avant-projet de loi remplace dans le texte français le mot « *appel* » par « *recours* » à l'article IV.26, §3, 8° CDE.

L'article 11 de l'avant-projet de loi traite du régime d'incompatibilités et de conflits d'intérêt des personnes occupant une fonction au sein de l'ABC. Il complète l'article IV.35, §3, al. 2 CDE par un 3° pour ajouter une dérogation audit régime, comme suit : « *lorsqu'il s'agit d'une fonction ou charge publique rémunérée d'ordre administratif qui ne bénéficie pas directement ou indirectement des décisions et prises de position que peut prendre l'Autorité belge de la concurrence, pour autant que cette fonction ou cette charge ne s'exerce pas pendant plus de deux demi-journées par semaine.* »

L'article 16 de l'avant-projet de loi insère un nouvel article IV.40/3 CDE qui renforce le devoir des autorités et administrations publiques de coopérer à l'instruction de l'auditorat dans la mesure où elles peuvent être des sources importantes d'informations.

L'article 20 de l'avant-projet de loi remplace l'article IV.41, §2 CDE pour le faire correspondre à la pratique de l'Autorité belge de la concurrence dans le sens où, dans le cadre d'une demande de renseignements ou d'une perquisition, il appartient aux personnes concernées d'indiquer de manière active à l'auditeur que certains documents ou données fournis ou obtenus doivent être considérés comme confidentiels, avec la fourniture d'une motivation et d'une version/un résumé non confidentiel(le). En outre, cet article 20 modifie aussi l'article IV.41, §4 CDE pour permettre à l'auditeur de réaliser lui-même une version/un résumé non confidentiel(le) de ces documents ou données s'il l'estime nécessaire.

Enfin, cet article 20 insère un nouveau §6 à l'article IV.41 CDE afin d'introduire une procédure de divulgation négociée (« ring agreement ») qui vise à atténuer la charge que représente l'élaboration de versions non confidentielles des documents, notamment lorsque le dossier est volumineux.

Les articles 25, 3° et 26, 2° de l'avant-projet de loi complètent respectivement par un 3° l'article IV.45, al. 1<sup>er</sup> CDE ainsi que l'article IV.46, §2, al. 1<sup>er</sup> CDE en vue de permettre à l'auditeur de mettre fin, partiellement ou entièrement, à l'instruction qui a été ouverte si l'affaire n'est pas considérée comme une priorité ou ne justifie pas une instruction eu égard aux moyens disponibles. Alors qu'auparavant, ce motif ne pouvait être invoqué que dans le cadre de l'article IV.44 CDE afin de classer une plainte, une requête ou une injonction. Selon l'exposé des motifs, l'ajout de ce 3° dans les articles précités permettra, entre autres, de mettre fin à une instruction ouverte en cas de faillite d'une entreprise.

L'article 41 de l'avant-projet de loi complète l'article IV.55, al. 1<sup>er</sup> CDE en fixant *un délai d'au moins deux semaines* dans lequel les parties pourront indiquer par écrit qu'elles sont disposées à mener des discussions en vue de parvenir à une transaction.

L'article 43 de l'avant-projet de loi complète l'article IV.58, al. 1<sup>er</sup> CDE en fixant un délai d'au moins deux semaines dans lequel les parties peuvent déposer volontairement une déclaration de transaction.

L'article 48 de l'avant-projet de loi modifie l'article IV.68, §1<sup>er</sup>, al. 2 CDE. Les modifications portent essentiellement sur un changement au niveau de la suspension du délai de décision concernant l'admissibilité d'une concentration visé à l'article IV.69, §2 CDE. Après modification, cette suspension se fera « ... à partir du premier jour ouvrable suivant le jour du dépôt des observations écrites des parties notifiantes visées au §1<sup>er</sup>, al. 2, .. » au lieu du « ... jour où le président du Collège de la concurrence prend une décision pour fixer les délais pour faire des observations écrites sur le dépôt d'une nouvelle pièce. » Comme mentionné dans l'exposé des motifs, cela permettra d'éviter que le Collège de la concurrence ne dispose pas de suffisamment de temps pour prendre une décision sur l'admissibilité d'une concentration, ce qui peut être le cas avec l'actuelle disposition lorsque le président ne prend pas immédiatement la décision précitée.

L'article 51 de l'avant-projet de loi modifie l'article IV.73, §1<sup>er</sup>, al. 2 CDE pour le mettre en conformité avec la pratique de l'Autorité belge de la concurrence dans le sens où l'auditeur, ou l'auditeur général si celui-ci est le requérant des mesures provisoires, peuvent également déposer des observations écrites à ce sujet, ainsi que réagir aux observations écrites qui ont été déposées. Cet article 51 introduit aussi un nouveau §4 qui prescrit que la décision du Collège de la concurrence qui impose des mesures provisoires est prise pour une durée déterminée.

L'article 52 de l'avant-projet de loi modifie l'article IV.74, §1<sup>er</sup> CDE pour répondre à la digitalisation. La modification consiste à dire que, sauf disposition contraire, un courrier électronique avec avis de réception suffit maintenant pour les autres notifications et communications. Une copie par courrier ordinaire n'est donc plus nécessaire.

L'article 68, 1° et 12° de l'avant-projet de loi modifie l'article IV.90, §1<sup>er</sup>, al. 3 et §6, al. 2 en remplaçant les mots « *procédure d'appel* » par « *procédure de recours* » devant la Cour des marchés.

## AVIS

### 1 Sur les documents ou données à considérer comme « confidentiels » (articles 16 et 20 de l'avant-projet de loi)

La CCS Concurrence prend note du fait que le législateur veut, avec l'article 16 de l'avant-projet de loi, renforcer le devoir des autorités et administrations publiques de coopérer à l'instruction de l'auditorat ; ce qu'elle ne peut que soutenir.

La CCS Concurrence tient néanmoins à rappeler qu'il existe actuellement [une loi du 11 avril 1994 relative à « la publicité de l'administration »](#) qui consacre le droit pour toute personne (physique ou morale) qui le demande de consulter un document administratif, d'obtenir des explications à son sujet et d'en recevoir communication sous forme de copie (article 4). Ce droit, qui trouve sa source dans l'article 32 de la Constitution, n'est pas pour autant absolu.

La loi de 1994 précise les cas dans lesquels l'obligation de publicité ne s'appliquera pas (article 6). En effet, le législateur de cette loi a veillé à ce que l'obligation de publicité cède le pas devant d'autres intérêts jugés plus fondamentaux tels que, par exemple, les libertés et droits fondamentaux des administrés ; la recherche ou la poursuite de faits punissables ; le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité ; le secret de l'identité de la personne qui a communiqué le document ou l'information à l'autorité administrative pour dénoncer un fait punissable ou supposé tel ; le respect de la vie privée ; l'obligation du secret instauré par la loi ; etc. En cas de rejet de la demande par l'administration publique concernée, un recours est possible (article 8, §2) en deux étapes simultanées, à savoir une demande de reconsidération du rejet auprès de l'administration concernée et une demande d'avis auprès de la « Commission d'accès aux documents administratifs » (CADA) afin d'avoir son point de vue.

Pour les membres de la CCS Concurrence, il est important de noter que la liste des motifs d'exception illustrée par les quelques exemples repris ci-dessus est fort limitative et que ces motifs d'exception qu'elle reprend doivent être interprétés de manière restrictive (exposé des motifs, doc. Chambre, n° 1112/1-92/93, p. 16).

Pour la CCS Concurrence, la simple existence de cette loi de 1994 laisse planer une incertitude sur sa prise en considération dans le cadre de la procédure qui détermine le caractère confidentiel des documents et données organisée par l'article IV.41 CDE, tel qu'il sera modifié par l'article 20 de l'avant-projet de loi. Cette incertitude s'explique par deux raisons. D'une part, parce que l'ABC est considérée aussi comme une « autorité administrative » (bien qu'indépendante). D'autre part, parce que la procédure pour déterminer le caractère confidentiel des documents et données à mettre en place à l'article IV.41, conformément aux modifications qui seront apportées par l'article 20 de l'avant-projet de loi, exige de la personne qui souhaite obtenir la confidentialité sur ses documents ou données qu'elle en motive le caractère confidentiel, tout en laissant un flou total sur les motifs d'exception qui permettraient de l'octroyer et, conséquemment, sans permettre de vérifier si ceux-ci pourraient être identiques à ceux repris sur la liste limitative des motifs d'exception prévus dans la loi de 1994.

La CCS Concurrence souhaiterait donc que le législateur apporte clairement les précisions suivantes dans l'avant-projet de loi pour savoir : (a) si la loi de 1994 s'applique à l'ABC, (2) dans la négative, si l'ABC peut utiliser d'autres motifs d'exception que ceux listés limitativement dans la loi de 1994 et, (3) si l'ABC, dans le cas éventuel où elle retiendrait un motif d'exception listé dans la loi de 1994, peut se détacher de l'interprétation stricte donnée par la CADA.

## 2 Sur la procédure de divulgation négociée « Ring Agreement » (article 20 de l'avant-projet de loi)

L'article 20 qui insère un nouveau §6 à l'article IV.41 CDE instaure une nouvelle procédure dénommée « procédure de divulgation négociée », appliquée déjà au niveau européen. Elle signifie, lorsque le dossier est volumineux et comprend des dizaines de milliers de documents, que l'ABC accepte, dans certaines circonstances (par exemple en cas de perquisition), que les parties conviennent entre elles, sur une base volontaire, quels sont les documents auxquels l'autre partie pourra accéder partiellement ou totalement. Un tel accès au dossier équivaut en pratique à limiter le droit d'accès d'une partie au dossier de l'instruction, ce qui suppose que la partie en cause accepte une restriction de son droit d'accès complet au dossier. Le but de cette procédure vise à atténuer la charge que représente l'élaboration pour les parties de versions non confidentielles.

Suite aux explications données par Madame Léonard, la CCS Concurrence comprend qu'aucune sanction n'était envisagée dans l'avant-projet de loi si une des parties ne respecte pas la convention convenue. Dans un tel cas de figure, seule la responsabilité contractuelle joue.

Sachant cela, la CCS Concurrence s'interroge et se demande tout de même si cela ne risque pas de causer quelques problèmes dans la pratique.

## 3 Sur la possibilité de l'auditeur de mettre fin à l'instruction d'office (article 25, 3° de l'avant-projet de loi)

L'article 25, 3° de l'avant-projet de loi qui modifie l'article IV,45, al. 1, CDE, si adopté, offrira la possibilité à l'ABC de mettre fin à « une instruction d'office » au motif que « *l'affaire n'est pas considérée comme une priorité ou ne justifie pas une instruction eu égard aux moyens disponibles* ». L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi (p. 35) justifie cette modification par le fait que « *Cela permet, **entre autres**, de mettre fin à l'instruction en cas de faillite de l'entreprise à l'égard de laquelle l'instruction a été ouverte.* »

D'abord, et au passage, la CCS Concurrence voudrait faire remarquer que la rédaction de l'exposé des motifs ne correspond ni à la finalité de la disposition elle-même ni aux explications offertes par Madame Léonard. Il faudrait, par conséquent, rephraser comme suit : « Cela permet de mettre fin à l'instruction, **entre autres**, en cas de faillite de l'entreprise ».

Si la CCS Concurrence peut comprendre l'utilisation de ce motif pour mettre fin à une instruction d'office dans les cas de faillites (l'ouverture d'une instruction était justifiée mais ne l'est plus), elle émet quelques réserves dans le cas où ce motif serait étendu à d'autres hypothèses, comme semble le suggérer l'emploi de l'expression très vague « *entre autres* » dans l'exposé des motifs.



Si l'application de ce motif à d'autres hypothèses indéfinies que les cas de faillite devait survenir, il y a danger que l'ABC n'agisse plus qu'au vu des « exigences du moment » en adaptant sans cesse les affaires mises à l'instruction d'office au gré de ses « priorités et des moyens à disposition ». Cette façon de procéder emporterait certaines répercussions. D'abord, elle créerait une insécurité juridique qui minerait la confiance des entreprises à son égard et les dissuaderait de la faire intervenir dans d'autres affaires. Les PME pourraient d'ailleurs en souffrir plus que d'autres. Prenons un exemple pour illustrer : supposons, qu'au titre de l'abus de dépendance économique (problématique qui préoccupe plus que d'autres les PME), une initiative soit prise par l'ABC et qu'elle ouvre une enquête d'office.

Puis d'autres affaires se présentent, par exemple au titre de l'abus de position dominante, qui exigent beaucoup d'efforts en temps et en moyens de la part de l'ABC. L'ABC pourra alors décider de mettre fin à l'enquête d'office commencée au titre de l'abus de dépendance économique et un tel comportement de l'ABC sera parfaitement justifié par la modification introduite par l'article 25, 3° de l'avant-projet de loi, et ce, chaque fois qu'elle aura d'autres chats à fouetter. Ensuite, cette façon de procéder risque également de faire peser sur les entreprises concernées une charge financière injuste en raison des frais engagés jusque-là dans le cadre de la procédure.

La CCS Concurrence recommande dès lors au législateur de veiller à ce que l'ABC n'abuse pas du motif précité. Soit, par exemple, en définissant une liste exhaustive et limitée de cas pour lesquels l'ABC peut mettre fin à une instruction d'office pour ce motif. Soit, par exemple, en imposant à l'ABC une obligation de motivation précise et détaillée lorsqu'elle prend une décision de mettre fin à une instruction d'office en vertu de ce motif.