



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Advies nr. 165/2021 van 4 oktober 2021

Betreft: Advies m.b.t. 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* (CO-A-2021-167)

Het Kenniscentrum van de Gegevensbeschermingsautoriteit (hierna de "Autoriteit"), aanwezig mevrouw Marie-Hélène Descamps, mevrouw Alexandra Jaspar en heren Yves-Alexandre de Montjoye, Bart Preneel en Frank Robben;

Gelet op de wet van 3 december 2017 *tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit*, inzonderheid op artikelen 23 en 26 (hierna "WOG");

Gelet op de 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* (hierna "AVG");

Gelet op de wet van 30 juli 2018 *betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens* (hierna "WVG");

Gelet op het verzoek om advies van de heer Pierre-Yves Dermagne, Vice-eersteminister en minister van Economie en Werk, ontvangen op 20/07/2021;

Gelet op het verslag van Alexandra Jaspar;

Brengt op 4 oktober 2021 het volgend advies uit:

I. VOORWERP VAN DE AANVRAAG

1. Er werd vastgesteld dat vele nationale mededingingsautoriteiten onder hun nationaal recht niet beschikten over de noodzakelijke waarborgen inzake onafhankelijkheid noch over de nodige middelen en bevoegdheden om de Europese mededingingsregels doeltreffend te handhaven. Gevolg: een ongelijke handhaving van de Europese mededingingsregels wat resulteert in het verstoren van de goede werking van de interne markt.

2. Vandaar dat werd beslist om er door middel van een richtlijn - de 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* (hierna Richtlijn 2019/1) - voor te zorgen dat de nationale mededingingsautoriteiten de artikelen 101 en 102 van het Verdrag *betreffende de werking van de Europese Unie*, op uniforme wijze en doeltreffend kunnen toepassen door het voorzien in fundamentele waarborgen inzake onafhankelijkheid, de nodige financiële, personele, technische en technologische middelen, en in minimale bevoegdheden voor de handhaving en voor de oplegging van geldboeten.

3. Krachtens artikel 34.1 van de Richtlijn 2019/1 had deze uiterlijk tegen 04/02/2021 moeten omgezet zijn in de nationale wetgeving. De omzetting van deze richtlijn vormt het voorwerp van het voor advies voorgelegde 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*, hierna het ontwerp. *De facto* impliceert deze omzetting in Belgisch recht een aanpassing van het *Wetboek van economisch recht* (WER) en meer in het bijzonder van boek I (Definities) en boek IV (Bescherming van de mededinging). De regels vervat in een aantal artikelen van de Richtlijn 2019/1 zijn reeds terug te vinden in de actuele bepalingen van boek IV WER zodat de omzetting in een aantal gevallen beperkt is tot een verduidelijking van de draagwijdte van de actuele artikelen van boek IV WER.

4. Het adviesaanvraagformulier preciseert dat meer in het bijzonder een advies wordt ingewonnen over de artikelen 11, 15 – 18, 20, 22, 36 – 41, 57 – 61, 64 en 74. Uit de definities, vermeld in artikel 3 van het ontwerp, blijkt dat de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna BMA) naar aanleiding van de vervulling van haar wettelijke opdrachten persoonsgegevens zal verwerken. De Autoriteit is bijgevolg bevoegd en beperkt haar commentaar tot de elementen met een impact op de verwerking van persoonsgegevens.

II. ONDERZOEK VAN DE AANVRAAG

Artikel 11 van het ontwerp

5. Dit artikel voegt 2 paragrafen toe aan artikel IV.33 WER. Deze paragrafen beperken het gebruik van welomschreven informatie uit het onderzoeksdossier of proceduredossier door een partij die toegang tot deze dossiers kreeg. Eigenlijk zijn deze paragrafen een overname van artikel 31.4 en .5 van de Richtlijn 2019/1. De Autoriteit neemt hiervan akte. In de mate dat de geviseerde informatie persoonsgegevens van andere personen bevat, geeft de beperking van het gebruik (verwerking) ervan geen aanleiding tot bijzondere opmerkingen.

Artikelen 15 – 20 van het ontwerp

6. De Autoriteit stelt vast dat door deze artikelen de bestaande inhoud van het actuele artikel IV.40 WER wordt opgesplitst in 6 artikelen, namelijk IV.40, IV.40/1, IV.40/2, IV.40/3, IV.40/4 en IV.40/5.

7. In het nieuwe artikel IV.40 WER worden 2 nieuwe elementen toegevoegd. Vooreerst wordt m.b.t. de reeds bestaande verplichting om alle noodzakelijke inlichtingen (kunnen persoonsgegevens bevatten) die de betrokken onderneming of natuurlijke persoon in zijn bezit heeft te verschaffen, gepreciseerd dat deze verplichting bestaat ongeacht de vorm van de informatie of de drager ervan. Het omvat dus ook e-mails en berichten van berichtensystemen ongeacht waar die zijn opgeslagen (cloud, servers) mits die informatie toegankelijk is voor de onderneming of de natuurlijke persoon aan wie de informatie wordt gevraagd. Het betreft de omzetting van artikel 32 van de Richtlijn 2019/1 en daartoe wordt een passage uit de overweging 35 van de Richtlijn 2019/1 geïntegreerd. De Autoriteit neemt hiervan akte.

8. Het actuele artikel IV.40 WER bepaalt dat het verzoek om inlichtingen de rechtsgrond vermeldt evenals het doel van het verzoek. Daar wordt thans aan toegevoegd dat het verzoek om inlichtingen in verhouding moet staan tot het doel en dat het een onderneming of natuurlijke persoon niet dwingt om een inbreuk toe te geven. Het betreft de omzetting van artikel 8 van de Richtlijn 2019/1. Hierdoor wordt het proportionaliteitsbeginsel dat bij de verzameling van persoonsgegevens hoe dan ook in acht moet worden genomen (artikel 5.1.c) AVG) in het kader van een mededingingsonderzoek benadrukt en eveneens van toepassing op ondernemingsgegevens. De Autoriteit neemt hiervan akte.

9. Het nieuwe artikel IV.40/2, § 3, WER (zie artikel 17 van het ontwerp) bepaalt dat de BMA n.a.v. een huiszoeking alle documenten en gegevens kan controleren ongeacht de drager en eerder welke vorm ook kopieën van deze documenten of gegevens maken of ontvangen

(omzetting van de artikelen 6.1, b) en c) en 7.1 van de Richtlijn 2019/1). Hierbij zullen ongetwijfeld persoonsgegevens worden ingekeken en gekopieerd. De Autoriteit stelt vast dat zowel de voormelde bepalingen van de richtlijn als het voorgestelde nieuwe artikel IV.40/2, § 3, WER zonder meer alle documenten en gegevens viseren. Een huiszoeking wordt verricht in het kader van een welbepaald onderzoek. De controle van documenten en gegevens en het eventueel nemen van kopieën ervan moeten dan ook betrekking hebben op het gevoerde onderzoek (doeleinde). In die optiek is het aangewezen dat duidelijkheidshalve, naar analogie met wat wordt voorzien bij het opvragen van inlichtingen, wordt gepreciseerd dat gehandeld wordt in verhouding tot het nagestreefde doel van de huiszoeking.

10. Artikel 6.1.e) van de Richtlijn 2019/1 bepaalt dat de ambtenaren van een mededingingsautoriteit de bevoegdheid moeten hebben om *vertegenwoordigers of personeelsleden van de betrokken onderneming of ondernemersvereniging te verzoeken om toelichting bij feiten of documenten die verband houden met het voorwerp en het doel van de inspectie, en om hun antwoorden op te nemen*. De BMA deed dit reeds in het kader van huiszoekingen maar het nieuwe artikel IV.40/2, § 5, WER (zie artikel 17 van het ontwerp) verankert dit thans in het WER en verduidelijkt dat de antwoorden schriftelijk of elektronisch kunnen worden opgenomen. In § 6 van dat artikel staat weliswaar dat van de genomen maatregelen een proces-verbaal wordt opgesteld en dat een kopie ervan wordt verstrekt aan de onderneming of persoon ten overstaan van wie deze maatregelen worden genomen. Het is echter niet duidelijk of het proces-verbaal beperkt is tot de loutere vermelding van de maatregel bijvoorbeeld, “er werd tot verhoor van X overgegaan en deze werd geregistreerd op de professionele smartphone van ambtenaar Y” of dat de opgenomen ondervraging in een proces-verbaal wordt uitgeschreven. In de mate dat de persoonsgegevens die dit verhoor bevat mogelijks gebruikt wordt om een beslissing te nemen, is het noodzakelijk om hetzij de inhoud van de opname in een proces-verbaal neer te schrijven waarvan een kopie wordt overhandigd aan de gesprekspartner hetzij de gesprekspartner een kopie van de opname te verstrekken zodat hij de garantie heeft dat de mondeling verstrekte informatie correct wordt weergegeven of dat de opname niet wordt bewerkt. Het ontwerp moet op dit punt worden aangevuld.

Artikel 22 van het ontwerp

11. Dit artikel vervangt § 2 van artikel IV.41 WER en voegt er een nieuwe § 6 aan toe.

12. Artikel IV.41 WER regelt de vertrouwelijkheid van de documenten en gegevens ten aanzien van elke persoon die kennis krijgt van de mededeling van grieven en van het voorstel van beslissing. Krachtens de nieuwe § 2 moeten de betrokken personen voortaan zelf aan de auditeur melden welke gegevens en documenten als vertrouwelijk moeten worden beschouwd. Het bepaalt de in acht te nemen modaliteiten: motiveren van de vertrouwelijkheid, verplichting om een niet-vertrouwelijke

versie of samenvatting te verstrekken. Vervolgens beslist de auditeur of hij de vertrouwelijkheid aanvaardt en in positief geval bepaalt hij ten overstaan van wie die geldt. De Autoriteit neemt hiervan akte. In de mate dat de geïssueerde informatie of documenten persoonsgegevens bevatten, leidt de aanvaarding van het vertrouwelijk karakter zoals geregeld door het ontwerp tot de beperking van de verwerking ervan. Dit geeft geen aanleiding tot bijzondere opmerkingen.

13. De nieuwe § 6 biedt de mogelijkheid om, voor zover de auditeur dit toestaat, een openbaarmakingsprocedure toe te passen. Dit houdt in dat betrokken partijen die een recht van toegang zullen hebben tot het dossier van de BMA met een persoon die aanspraak maakt op de vertrouwelijkheid van bepaalde documenten en gegevens, vrijwillig een overeenkomst sluiten waardoor eerstgenoemden alle of een deel van de gegevens of documenten die laatstgenoemde aan de BMA verstrekke, met inbegrip van de vertrouwelijke informatie, zullen ontvangen. Ze zijn bijgevolg niet afhankelijk van de beslissing van het auditoraat terzake. In de mate dat persoonsgegevens betrokken zijn, dan is het duidelijk dat deze door een betrokken partij enkel mogen gebruikt worden om haar belangen in het kader van de procedure die bij de BMA aanhangig is te behartigen. Dit wordt best in het ontwerp opgenomen (naar analogie met wat artikel 11 van het ontwerp bepaalt m.b.t. de informatie uit het onderzoeksdossier of proceduredossier – zie punt 5).

Artikelen 36 – 41 van het ontwerp

14. Deze artikelen bepalen de procedure en de voorwaarden om te kunnen genieten van de clementieregeling voor geheime kartels. De toepassing van deze regeling kan leiden tot een gehele of gedeeltelijke vrijstelling van betaling van een geldboete. Een natuurlijke persoon kan daarenboven om immuniteit verzoeken indien hij bijdraagt tot het bewijzen van het bestaan van een geheim kartel. Daartoe wordt het actuele artikel IV.54¹ WER vervangen en worden vijf nieuwe artikelen – artikelen IV.54/1 tot IV.54/5 - in het WER ingevoegd. Aldus worden de artikelen 17 tot 23 van de Richtlijn 2019/1 omgezet waarvan de teksten in belangrijke mate in het ontwerp worden hernomen.

15. Diegene die van de clementieregeling of immuniteit wenst te genieten, moet de namen van de deelnemers aan het geheim kartel evenals alle relevante gegevens en documenten meedelen aan de BMA. Deze mededeling zal naar alle waarschijnlijkheid ook een aantal persoonsgegevens bevatten, namelijk de naam en eventueel adres van natuurlijke personen die betrokken waren in de organisatie en werking van het geheime kartel of die er inlichtingen over kunnen verschaffen. In de mate dat deze betrekking hebben op een geheim kartel waarbij de verzoeker betrokken is enerzijds en rekening

¹ Bevat de actuele clementieregeling voor een verboden praktijk.

houdend met de opdracht van de BMA² inzake de bestrijding van kartels anderzijds, geeft dit geen aanleiding tot bijzondere opmerkingen.

Artikelen 57 – 61 van het ontwerp

16. Deze artikelen regelen de procedurele samenwerking van de BMA met andere nationale mededingingsautoriteiten van de Europese Unie en met de Europese Commissie - omzetting artikelen 24, 25 en 27 van de Richtlijn 2019/1 - met het oog op de toepassing van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag *betreffende de werking van de Europese Unie*.

17. De nationale mededingingsautoriteiten van de Europese Unie zijn onderworpen aan de AVG terwijl de Europese Commissie inzake de verwerking van persoonsgegevens de verordening (EU) 2018/1725 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2018³ in acht moet nemen. Indien de samenwerking in het kader van een bepaald onderzoek leidt tot de uitwisseling van persoonsgegevens, moeten de nationale mededingingsautoriteiten of de Europese Commissie erover waken dat zij daarbij, al naargelang het geval hetzij de bepalingen van de AVG hetzij de bepalingen van de verordening (EU) 2018/1725 naleven.

Artikel 64 van het ontwerp

18. Dit artikel voegt een nieuw artikel IV.78/6 in het WER in.

19. Artikel 27.2 en 3 van de Richtlijn 2019/1 bepaalt dat verzoeken van een nationale mededingingsautoriteit voor tenuitvoeringsmaatregelen gericht aan een andere nationale mededingingsautoriteit gebeuren door middel van het uniform instrument en het bepaalt welke informatie dit uniform instrument bevat. Het nieuw artikel IV.78/6 WER herneemt deze informatie. Het betreft:

- a) de naam, het bekende adres van de adressaat en alle andere relevante informatie voor de identificatie van de adressaat;*
- b) een samenvatting van de relevante feiten en omstandigheden;*
- c) een samenvatting van het aangehechte afschrift van de handeling die ter kennis moet worden gebracht of ten uitvoer moet worden gelegd;*

² Artikel IV.16, § 3, WER bepaalt dat de BMA bevoegd is om de artikelen 101 en 102 van het Verdrag *betreffende de werking van de Europese Unie* toe te passen.

³ Verordening (EU) 2018/1725 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2018 *betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door de instellingen, organen en instanties van de Unie en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 45/2001 en Besluit nr. 1247/2002/EG*.

- d) de naam, het adres en andere contactgegevens van de nationale mededingingsautoriteit die de bestemming van het verzoek is; en*
- e) de termijn waarbinnen de kennisgeving of tenuitvoerlegging moeten worden verricht, zoals de wettelijke termijnen of verjaringstermijnen.*

20. Dit geeft in het licht van artikel 5.1.c) AVG geen aanleiding tot bijzondere opmerkingen.

Artikel 74 van het ontwerp

21. Dit artikel wijzigt een artikel van het *Strafwetboek*. Het vult artikel 314 van het *Strafwetboek* aan met 2 nieuwe leden. Ze voorzien in vrijstelling van straf voor personen die vóór iedere vervolging informatie m.b.t. de inbreuken ter kennis hebben gebracht van het Openbaar Ministerie en een verzoek tot immuniteit hebben ingediend bij de BMA voor dezelfde feiten (omzetting artikel 23.2 en 4 van de Richtlijn 2019/1).

22. De Autoriteit neemt hiervan akte.

OM DEZE REDENEN, de Autoriteit

is van oordeel dat volgende aanpassingen zich opdringen:

- preciseren dat bij de controle van documenten en gegevens en het eventueel nemen van kopieën ervan, moet gehandeld worden in verhouding tot het nagestreefde doel van de huiszoeking (punt 9);
- toevoegen dat hetzij de inhoud van een opgenomen gesprek in een proces-verbaal wordt neergeschreven waarvan een kopie wordt overhandigd aan de gesprekspartner hetzij een kopie van de opname aan de gesprekspartner wordt verstrekt (punt 10);
- toevoegen dat de partijen bij een overeenkomst bedoeld in artikel IV.41, § 6, WER, de gegevens enkel mogen gebruiken met het oog op het behartigen van hun belangen in het kader van de procedure die bij de BMA aanhangig is (punt 13).

Voor het Kenniscentrum,
(get.) Alexandra Jaspar, Directeur