



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 165/2021 du 4 octobre 2021

Objet : Avis relatif à un avant-projet de loi *transposant la directive (UE) n° 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 (CO-A-2021-167)*

Le Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données (ci-après "l'Autorité"), en présence de Mesdames Marie-Hélène Descamps et Alexandra Jaspar et de Messieurs Yves-Alexandre de Montjoye, Bart Preneel et Frank Robben ;

Vu la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, en particulier les articles 23 et 26 (ci-après la "LCA") ;

Vu le 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, ci-après le "RGPD") ;

Vu la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après "la LTD") ;

Vu la demande d'avis de Monsieur Pierre-Yves Dermagne, Vice-premier Ministre et Ministre de l'Économie et du Travail, reçue le 20/07/2021 ;

Vu le rapport d'Alexandra Jaspar ;

Émet, le 4 octobre 2021, l'avis suivant :

I. OBJET DE LA DEMANDE

1. Il a été constaté que de nombreuses autorités nationales de concurrence ne disposaient pas, dans leur droit national, des garanties nécessaires en matière d'indépendance ni des moyens et compétences nécessaires pour mettre en œuvre efficacement les règles de concurrence européennes. Conséquence : une mise en œuvre inégale des règles de concurrence européennes, ce qui aboutit à une perturbation du bon fonctionnement du marché intérieur.

2. Il a dès lors été décidé, par le biais d'une directive - la Directive (UE) n° 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* (ci-après la Directive 2019/1) - de veiller à ce que les autorités nationales de concurrence puissent appliquer uniformément et efficacement les articles 101 et 102 du Traité *sur le fonctionnement de l'Union européenne* en prévoyant des garanties fondamentales en matière d'indépendance, de moyens financiers, personnels, techniques et technologiques nécessaires et des compétences minimales pour la mise en œuvre et l'imposition d'amendes.

3. En vertu de l'article 34.1 de la Directive 2019/1, cette directive aurait dû être transposée dans la législation nationale au plus tard le 04/02/2021. La transposition de cette directive constitue l'objet de l'avant-projet de loi *transposant la directive (UE) n° 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* soumis pour avis, ci-après le projet. Cette transposition en droit belge implique *de facto* une adaptation du *Code de droit économique* (CDE) et plus particulièrement du Livre I^{er} (Définitions) et du Livre IV (Protection de la concurrence). Les règles contenues dans plusieurs articles de la Directive 2019/1 se retrouvent déjà dans les dispositions actuelles du Livre IV du CDE de sorte que dans un certain nombre de cas, la transposition se limite à une précision de la portée des articles actuels du Livre IV du CDE.

4. Le formulaire de demande d'avis précise qu'un avis est recueilli plus particulièrement sur les articles 11, 15 - 18, 20, 22, 36 - 41, 57 - 61, 64 et 74. Il ressort des définitions mentionnées à l'article 3 du projet que l'Autorité belge de la concurrence (ci-après ABC) traitera des données à caractère personnel dans le cadre de l'accomplissement de ses missions légales. L'Autorité est dès lors compétente et limite ses commentaires aux éléments ayant un impact sur le traitement de données à caractère personnel.

II. EXAMEN DE LA DEMANDE

Article 11 du projet

5. Cet article insère 2 paragraphes à l'article IV.33 du CDE. Ces paragraphes limitent l'utilisation d'informations déterminées du dossier d'instruction ou du dossier de procédure par une partie qui a obtenu l'accès à ces dossiers. Ces paragraphes constituent en fait une reprise des articles 31.4 et 31.5 de la Directive 2019/1. L'Autorité en prend acte. Dans la mesure où les informations visées contiennent des données à caractère personnel d'autres personnes, la limitation de l'utilisation (traitement) de ces informations ne donne lieu à aucune remarque particulière.

Articles 15 - 20 du projet

6. L'Autorité constate que ces articles scindent le contenu existant de l'actuel article IV.40 du CDE en 6 articles, à savoir IV.40, IV.40/1, IV.40/2, IV.40/3, IV.40/4 et IV.40/5.

7. Deux nouveaux éléments sont insérés dans le nouvel article IV.40 du CDE. Tout d'abord, concernant l'obligation déjà existante de fournir tous les renseignements nécessaires (pouvant contenir des données à caractère personnel) que l'entreprise ou la personne physique concernée a en sa possession, il est précisé que cette obligation existe quel(le) qu'en soit la forme ou le support. Cela comprend donc également les messages électroniques et les messages instantanés, quel que soit le lieu où ils sont stockés (dans les nuages ou sur les serveurs), à condition que ces informations soient accessibles à l'entreprise ou à la personne physique à laquelle les informations sont demandées. Il s'agit de la transposition de l'article 32 de la Directive 2019/1 et à cet effet, un passage du considérant 35 de la Directive 2019/1 est intégré. L'Autorité en prend acte.

8. L'actuel article IV.40 du CDE précise que la demande de renseignements mentionne la base juridique et le but de la demande. À présent, on y ajoute que la demande de renseignements doit être proportionnée et qu'elle n'oblige pas l'entreprise ou la personne physique à admettre l'existence d'une infraction. Il s'agit de la transposition de l'article 8 de la Directive 2019/1. Cela souligne le principe de proportionnalité qui doit quoi qu'il en soit être respecté lors de la collecte de données à caractère personnel (article 5.1.c) du RGPD) dans le cadre d'une enquête de concurrence et qui s'applique aussi aux données d'entreprise. L'Autorité en prend acte.

9. Le nouvel article IV.40/2, § 3 du CDE (voir l'article 17 du projet) établit que l'ABC peut, lors d'une perquisition, contrôler tous les documents et toutes les données, quel qu'en soit le support, et prendre ou obtenir, sous quelle que forme que ce soit, copie de ces documents ou données (transposition des articles 6.1.b), 6.1.c) et 7.1 de la Directive 2019/1). Dans ce cadre, des données à

caractère personnel seront certainement analysées et copiées. L'Autorité constate que tant les dispositions susmentionnées de la directive que le nouvel article IV.40/2, § 3 du CDE proposé visent purement et simplement tous les documents et toutes les données. Une perquisition est réalisée dans le cadre d'une enquête déterminée. Le contrôle de documents et de données et la prise éventuelle de copies de ceux-ci/celles-ci doivent dès lors concerner l'enquête menée (finalité). Dans cette optique, il est recommandé, dans un souci de clarté, par analogie avec ce qui est prévu pour la réclamation de renseignements, de préciser que l'on agit de manière proportionnée au but poursuivi par la perquisition.

10. L'article 6.1.e) de la Directive 2019/1 dispose que les agents d'une autorité de concurrence doivent être investis du pouvoir de *demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses*. L'ABC le faisait déjà dans le cadre de perquisitions mais le nouvel article IV.40/2, § 5 du CDE (voir l'article 17 du projet) ancre à présent ce principe dans le CDE et précise que les réponses peuvent être enregistrées par écrit ou par voie électronique. Certes, le § 6 de cet article précise qu'un procès-verbal des mesures prises est rédigé et qu'une copie de ce procès-verbal est remise à l'entreprise ou à la personne qui a fait l'objet de ces mesures. Toutefois, il n'est pas clair de savoir si le procès-verbal se limite à la simple mention de la mesure, par exemple "il a été procédé à l'audition de X et celle-ci a été enregistrée sur le smartphone professionnel de l'agent Y" ou si l'interrogatoire enregistré est transcrit dans un procès-verbal. Dans la mesure où les données à caractère personnel contenues dans cette audition sont potentiellement utilisées pour prendre une décision, il est nécessaire soit de transcrire le contenu de l'enregistrement dans un procès-verbal dont une copie est remise à l'interlocuteur, soit de fournir à l'interlocuteur une copie de l'enregistrement afin qu'il ait la garantie que les informations communiquées verbalement ont été restituées correctement ou que l'enregistrement n'a pas été modifié. Le projet doit être complété sur ce point.

Article 22 du projet

11. Cet article remplace le § 2 de l'article IV.41 du CDE et ajoute un nouveau § 6 à cet article.

12. L'article IV.41 du CDE régit le caractère confidentiel des documents et des données à l'égard de chaque personne qui prend connaissance de la communication des griefs et de la proposition de décision. En vertu du nouveau § 2, les personnes concernées doivent désormais indiquer elles-mêmes à l'auditeur quelles données et quels documents doivent être considéré(e)s comme confidentiel(le)s. Ce paragraphe définit les modalités à respecter : motiver la confidentialité, obligation de fournir une version ou un résumé non confidentiel(le). Ensuite, l'auditeur décide s'il accepte la confidentialité et, dans l'affirmative, détermine à l'égard de qui celle-ci s'applique. L'Autorité en prend acte. Dans la

mesure où les informations ou documents visé(e)s contiennent des données à caractère personnel, l'acceptation du caractère confidentiel tel que régie par le projet entraîne la limitation du traitement de celles-ci ou de ceux-ci. Cela ne donne lieu à aucune remarque particulière.

13. Le nouveau § 6 offre la possibilité, pour autant que l'auditeur l'autorise, d'appliquer une procédure de divulgation négociée. Cela implique que les parties concernées qui auront un droit d'accès au dossier de l'ABC concluent, sur une base volontaire, une convention avec une personne qui réclame la confidentialité de certains documents et de certaines données, permettant aux premières nommées d'accéder à la totalité ou à une partie des données ou des documents que la dernière nommée a fourni(e)s à l'ABC, y compris les informations confidentielles. Par conséquent, elles ne sont pas tributaires de la décision de l'auditorat en la matière. Dans la mesure où des données à caractère personnel sont concernées, il est clair que celles-ci ne peuvent être utilisées par une partie concernée que pour servir ses intérêts dans le cadre de la procédure en cours auprès de l'ABC. Il est préférable de le reprendre dans le projet (par analogie avec ce que prévoit l'article 11 du projet concernant les informations du dossier d'instruction ou du dossier de procédure - voir le point 5).

Articles 36 – 41 du projet

14. Ces articles définissent la procédure et les conditions pour pouvoir bénéficier du régime de clémence pour les cartels secrets. L'application de ce régime peut conduire à une exonération totale ou partielle de paiement d'une amende. Une personne physique peut en outre demander l'immunité si elle contribue à établir l'existence d'un cartel secret. À cet effet, l'actuel article IV.54¹ du CDE est remplacé et cinq nouveaux articles - articles IV.54/1 à IV.54/5 - sont insérés dans le CDE. Les articles 17 à 23 de la Directive 2019/1 sont ainsi transposés, dont les textes sont largement repris dans le projet.

15. Celui qui souhaite bénéficier du régime de clémence ou d'une immunité doit communiquer à l'ABC les noms des participants au cartel secret ainsi que toutes les données et tous les documents pertinent(e)s. Selon toute probabilité, cette communication contiendra également plusieurs données à caractère personnel, à savoir le nom et éventuellement l'adresse de personnes physiques impliquées dans l'organisation et le fonctionnement du cartel secret ou pouvant fournir des renseignements à ce sujet. Dans la mesure où celles-ci concernent un cartel secret dans lequel le demandeur est impliqué d'une part et compte tenu de la mission de l'ABC² en matière de lutte contre les cartels d'autre part, cela ne donne lieu à aucune remarque particulière.

¹ Contient l'actuel régime de clémence pour une pratique interdite.

² L'article IV.16, § 3 du CDE dispose que l'ABC est compétente pour l'application des articles 101 et 102 du Traité *sur le fonctionnement de l'Union européenne*.

Articles 57 - 61 du projet

16. Ces articles régissent la coopération procédurale de l'ABC avec d'autres autorités nationales de concurrence de l'Union européenne et avec la Commission européenne - transposition des articles 24, 25 et 27 de la Directive 2019/1 - en vue de l'application des articles 101 et 102 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*.

17. Les autorités nationales de concurrence de l'Union européenne sont soumises au RGPD alors qu'en ce qui concerne le traitement de données à caractère personnel, la Commission européenne doit respecter le Règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018³. Si la coopération dans le cadre d'une enquête déterminée conduit à l'échange de données à caractère personnel, les autorités nationales de concurrence ou la Commission européenne doivent veiller à respecter, selon le cas, soit les dispositions du RGPD, soit les dispositions du Règlement (UE) 2018/1725.

Article 64 du projet

18. Cet article insère un nouvel article IV.78/6 dans le CDE.

19. Les articles 27.2 et 27.3 de la Directive 2019/1 disposent que les demandes d'une autorité nationale de concurrence de mesures d'exécution visant une autre autorité nationale de concurrence se font au moyen d'un instrument uniforme et définissent quelles informations cet instrument uniforme contient. Le nouvel article IV.78/6 du CDE reprend ces informations. Il s'agit des données suivantes :

- a) *le nom, l'adresse connue du destinataire et toute autre information pertinente aux fins de l'identification de celui-ci ;*
- b) *un résumé des faits et circonstances pertinents ;*
- c) *un résumé de la copie de l'acte joint à notifier ou à exécuter ;*
- d) *le nom, l'adresse et les coordonnées de l'autorité nationale de concurrence qui est la destinataire de la demande ; et*
- e) *la période au cours de laquelle la notification ou l'exécution devrait avoir lieu, notamment les délais légaux ou les délais de prescription.*

20. À la lumière de l'article 5.1.c) du RGPD, cela ne donne lieu à aucune remarque particulière.

³ Règlement (UE) 2018/1725 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE.*

Article 74 du projet

21. Cet article modifie un article du *Code pénal*. Il complète l'article 314 du *Code pénal* par 2 nouveaux alinéas. Ceux-ci prévoient une exemption de peines pour les personnes qui, avant toute poursuite, ont porté à la connaissance du ministère public des informations concernant les infractions et qui ont introduit une demande d'immunité auprès de l'ABC pour les mêmes faits (transposition des articles 23.2 et 23.4 de la Directive 2019/1).

22. L'Autorité en prend acte.

PAR CES MOTIFS, l'Autorité

estime que les adaptations suivantes s'imposent :

- préciser que lors du contrôle de documents et de données et de la prise éventuelle de copies de ceux-ci/celles-ci, il convient d'agir de manière proportionnée au but poursuivi par la perquisition (point 9) ;
- ajouter soit que le contenu d'un entretien enregistré doit être transcrit dans un procès-verbal, dont une copie est remise à l'interlocuteur, soit qu'une copie de l'enregistrement doit être fournie à l'interlocuteur (point 10) ;
- ajouter que les parties à une convention visée à l'article IV.41, § 6 du CDE ne peuvent utiliser les données qu'en vue de servir leurs intérêts dans le cadre de la procédure en cours auprès de l'ABC (point 13).

Pour le Centre de Connaissances,
(sé) Alexandra Jaspar, Directrice