ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 33.930/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 25 juillet 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "modifiant, en ce qui concerne le contrôle des sociétés de gestion des droits, la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins", après avoir examiné l'affaire en ses séances des 6 et 13 janvier 2003, a donné, à cette dernière date, l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 33.930/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 25 juli 2002 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten wat de controle op de vennootschappen voor het beheer van de rechten betreft", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 6 en 13 januari 2003, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven :

Observation générale

Aux termes de son exposé des motifs, l'avant-projet de loi a entre autres pour objet de préciser les dispositions du chapitre VII intitulé "Des sociétés de gestion" de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins ainsi que de "prévoir expressément des obligations légales dans le chef des sociétés de gestion des droits afin d'accroître la transparence de leurs activités et, en particulier, de leur comptabilité compte tenu, d'une part, de la mission d'intérêt général qu'elles assument et, d'autre part, de leur rôle de partenaire obligé tant pour les ayants droit que pour les exploitants".

En ce qui concerne certaines des dispositions qui visent à traduire ces objectifs, la structure de l'avant-projet manque de rigueur.

Les règles relatives à la structure, à l'organisation et au fonctionnement interne des sociétés de gestion des droits doivent être regroupées et précéder les règles relatives à leurs activités.

Les règles relatives à la structure, à l'organisation et au fonctionnement interne des sociétés de gestion des droits comprennent les dispositions relatives :

1° à la forme juridique (article 65, alinéa 2, en projet) et à l'exigence d'une succursale en Belgique (article 65, alinéa 4, en projet);

2° aux associés (articles 65, alinéa 3 et 66, § 2, en projet);

3° aux restrictions au droit de détenir des participations (article 65bis, § 3, en projet);

4° à la structure de gestion et à l'organisation administrative (article 65bis, § 2, alinéas 1er, 2, 6 et 7, en projet) et comptable (article 66ter, en projet);

5° aux conditions de moralité des gérants, administrateurs, directeurs ou représentants des sociétés de gestion (article 66quater, § 2, en projet) et à la responsabilité des personnes qui assument la gestion ou l'administration d'une société de gestion des droits (article 66quater, § 1er, en projet).

Les règles relatives aux activités des sociétés de gestion des droits comprennent les dispositions relatives :

1° à l'obligation de gestion (article 66, § 1er, en projet);

2° à l'obligation de gérer dans l'intérêts des ayant droits (article 65bis, § 4, en projet);

3° aux conditions d'exercice des activités (articles 65bis, §§ 1er et 5, 66, §§ 3 et 4, en projet);

4° aux crédits et aux avances de droits (article 65bis, § 2, alinéas 3 à 5, en projet);

5° à l'affectation d'une partie des droits à des fins sociales, culturelles ou éducatives en faveur des associés (article 66bis, en projet).

Observations particulières

Dispositif

Article 1er

L'article 18 (article 77, § 4, en projet) qui prévoit une action en cessation devant le président du tribunal de première instance règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution et non à l'article 78.

Article 2
(article 65 en projet de la loi du 30 juin 1994)

1. Pour plus de clarté, il convient que l'exposé des motifs mentionne que les "sociétés représentatives de l'ensemble des sociétés de gestion des droits" visées aux articles 55, alinéa 5 et 59, dernier alinéa, répondent à la définition de l'article 65, alinéa 1er.

2. A l'alinéa 2, le mot "distincte" est inutile. Si la société a la personnalité juridique, il va de soi qu'elle est distincte de celle de ses associés.

3. Il y a lieu d'assurer la cohérence avec l'article 39, alinéa 1er, de la loi du 30 juin 1994, précitée, qui vise les producteurs de phonogrammes ou de premières fixations de films.

4. L'alinéa 4 impose à la société qui est établie dans un autre pays de l'Union européenne d'avoir une succursale en Belgique si elle entend exercer son activité en Belgique.

Une telle disposition est contraire aux articles 49 (ex-article 59) et 50 (ex-article 60), alinéa 3, du Traité instituant la Communauté européenne qui interdisent toute discrimination à l'égard d'un prestataire de services en raison de sa nationalité ou de sa résidence. Les articles 45 (ex-article 55) et 55 (ex-article 66) exceptent de l'application des dispositions relatives à la liberté de prestation des services, les activités qui participent, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque l'activité des sociétés de gestion des droits est fondée sur des rapports de droit privé et n'implique pas qu'elles soient investies de pouvoirs de contrainte. Les articles 46 (ex-article 56) et 55 (ex-article 66) permettent également des mesures discriminatoires justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, ce qui ne semble pas être le cas en l'espèce, et ce d'autant plus que ces dispositions dérogatoires sont d'interprétation stricte.

Article 3
(article 65bis en projet)

1. Le paragraphe 1er, alinéa 2, en projet, interdit les tarifs et les règles de perception et de répartition des droits qui seraient inéquitables. L'exposé des motifs gagnerait à préciser ce que sont un tarif et une règle de perception ou de répartition équitables.

2. Au paragraphe 2, alinéas 4 et 5, en projet, compte tenu du caractère patrimonial des droits en cause, il convient que toutes les conditions à l'octroi d'avances de droits soient fixées dans l'avant-projet.

.../...

3. Au paragraphe 2, alinéa 6, en projet, il ne peut y avoir de conflit d'intérêt entre une société et ses organes, mais seulement entre une société et telle ou telle personne composant ses organes.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas le motif pour lequel le même alinéa en projet mentionne les "personnes visées à l'article 66quater, § 2".

4. Le dernier alinéa du paragraphe 2 évoque des sociétés de gestion faisant partie d'un "groupe de sociétés" ou de "sociétés liées et associées" et, dans le même ordre d'idées, le paragraphe 3 règle les conditions de participation de sociétés de gestion dans le capital d'autres sociétés, en les interdisant, sauf lorsqu'il s'agit de participations dans d'autres sociétés de gestion.

Il y a lieu d'abord de préciser que, de façon générale, le Code des sociétés ne consacre pas la notion de "groupes" de sociétés, mais bien celles de sociétés liées et associées. Il convient dès lors de supprimer, là où ils figurent, les mots "groupe de sociétés".

Il convient ensuite, quant au fond, d'assurer la concordance nécessaire entre les dispositions susdites, et l'article 65, alinéa 3, en projet, selon lequel "les associés doivent être auteurs, artistes, interprètes ou exécutants, producteurs d'oeuvres sonores ou audiovisuelles, éditeurs ou les ayants droits de ceux-ci ...". Ce texte limitatif semble exclure, en effet, la participation au capital d'une société de gestion, d'autres sociétés de gestion et, plus généralement, d'autres personnes que celles qui y sont énumérées.

Quel sens revêt, par ailleurs, au dernier alinéa du paragraphe 2, le mot "structure" (si c'est le fait même de l'existence d'un "groupe", il convient d'employer un autre terme, car celui de "structure" connaît d'autres acceptions dans les alinéas qui précèdent) et de quel type de "contrôle" est-il question au même endroit (plus spécialement lorsqu'est évoqué un contrôle "consolidé")?

5. Au paragraphe 5, alinéa 2, en projet, le mot "notamment" doit être omis. Il appartient à l'avant-projet de loi d'énoncer, au moins dans leur principe, toutes les conditions auxquelles les activités des sociétés de gestion des droits doivent répondre.

.../...

6. Le paragraphe 5, dernier alinéa, en projet, est inutile et doit être omis. Il va de soi que le Roi détermine la date d'entrée en vigueur des règles qu'Il fixe.

Article 4
(nouvel article 66 en projet)

1. Le paragraphe 2 du nouvel article 66 énonce que les statuts des sociétés de gestion doivent donner le droit aux personnes qu'elles représentent de devenir leur associé ou actionnaire "sur base de conditions objectives, appliquées de façon non discriminatoire, et d'être représentées au sein des organes de la société".

Les termes de cette disposition sont excessivement larges et pourraient prêter à différentes interprétations.

Ainsi, par exemple :

- la nécessité de "conditions objectives et non discriminatoires" impose-t-elle, comme on l'imagine à première vue, une relation - et si oui, avec quel degré de rigueur - entre le montant de l'apport (et donc le nombre de parts) du nouvel associé et l'importance des droits dont il a confié la gestion à la société ? Comment tenir compte, cependant, dans ce cas, de la variabilité, dans le temps, du montant desdits droits ?

- s'il paraît évident que la qualité d'associé emporte le droit d'assister personnellement à l'assemblée générale de la société, jusqu'à quel point les statuts pourront-ils distinguer entre les associés des "catégories" en vue de leur représentation dans d'autres organes, et s'impose-t-il vraiment que la représentation en cause soit organisée dans chacun de ceux-ci, y compris, le cas échéant, un comité de direction institué conformément à la loi du 2 août 2002, précitée?

Qu'imposera par ailleurs, à ces différents points de vue, la présence éventuelle parmi les associés de la société, d'autres sociétés de gestion ?

Il importe que les principales desdites "conditions" soient précisées, soit dans la loi elle-même, soit par le Roi, en exécution d'une délégation qui lui en serait donnée.

Il doit en tout état de cause apparaître clairement du texte en projet si les solutions retenues peuvent déroger au droit commun des sociétés et, si oui, sur quels points.

2. Le Conseil d'Etat croit, par ailleurs, devoir attirer l'attention, tant en ce qui concerne l'entrée que le retrait d'un associé, sur la différence essentielle entre la société coopérative, où de tels mouvements peuvent se produire à tout instant, par les voies de l'admission et de la démission d'associés, et les sociétés par actions et à responsabilité limitée dont, au contraire, le capital est en principe fixe. Il appartient à l'auteur du projet de préciser le mécanisme qui permettrait de concilier, avec cette dernière règle, la possibilité de donner à la société de gestion toute forme de société personnalisée et de s'en expliquer dans l'exposé des motifs.

3. Il s'imposerait, en tout état de cause, de préciser au paragraphe 3 du nouvel article 66, ce qu'il y a lieu d'entendre par un préavis "suffisant" en cas de retrait d'un associé.

Article 6
(article 66ter en projet)

Au paragraphe 2, dernier alinéa, il n'appartient en principe pas au Roi, même par arrêté délibéré en Conseil des ministres, de modifier une disposition légale.

Article 7
(article 66quater en projet)

1. Au paragraphe 1er, alinéa 2, le mot "toujours" est inutile et doit être omis.

2. Le paragraphe 2, en projet, est identique à l'article 61 de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements.

Le Conseil d'Etat se demande s'il est adéquat de mentionner des incompatibilités qui concernent spécifiquement le domaine financier.

Par ailleurs, au même paragraphe 2, alinéa 1er , les mots "les personnes qui se trouvent dans un des cas définis par les articles 1er à 3, 3bis, §§ 1er et 3, et 3ter de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 (...)", doivent être revus de façon à ne viser que les personnes qui ont fait l'objet d'une interdiction judiciaire visée par ces dispositions.

3. Il y a lieu de mentionner l'intitulé exact de l'arrêté royal du 24 octobre 1934 qui est "arrêté royal n° 22 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités".

4. Au même paragraphe 2, alinéa 2, 3°, en projet, en visant des infractions "similaires" à celles prévues aux alinéas qui précèdent, cette disposition peut être source d'insécurité juridique et elle ne concorde pas, au surplus, avec l'article 2 de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 auquel elle renvoie ensuite, lequel concerne, quant à lui, des personnes condamnées par une juridiction étrangère pour "l'une des infractions" spécifiées précisément aux articles 1er et 1bis du même arrêté.

Article 8
(article 67 en projet)

1. Le paragraphe 2, en projet, dispose que l'agrément est accordé aux sociétés qui remplissent les conditions fixées par la présente loi et par ses arrêtés d'exécution et, de manière apparemment contradictoire, que "le Roi détermine les conditions d'agrément des sociétés de gestion des droits (...)".

Il appartient à l'avant-projet d'indiquer lui-même, de manière précise et complète, quelles sont les conditions à remplir pour obtenir l'agrément.

2. Au paragraphe 3, en projet, les mots "le cas échéant" sont inutiles et doivent être omis.

3. Au même paragraphe 3, alinéa 2, en projet, il est inutile de préciser que le ministre se prononce de façon motivée. L'obligation de motivation résulte déjà de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

La même observation vaut pour le paragraphe 4, alinéa 4, en projet.

Article 9
(nouvel article 68 en projet)

1. Il est suggéré de remplacer l'alinéa 1er par le texte suivant :

"Art. 68. Chaque société de gestion est surveillée par un commissaire nommé de la manière déterminée aux articles 130 à 133 du Code des sociétés.".

2. L'alinéa 2, en projet, est inutile et doit être omis.

Articles 10 à 14

Ces textes visent, à de nombreuses reprises, les "commissaires" (ou "réviseurs") et les "sociétés de réviseurs". Il suffit normalement de nommer le "commissaire", celui-ci ne pouvant être qu'un réviseur ou une société de réviseurs.

Article 10
(article 68bis en projet)

Ni le texte de l'avant-projet ni l'exposé des motifs ne mentionnent les raisons qui justifient que le service de contrôle puisse avoir accès à un dossier disciplinaire de l'Institut des réviseurs d'entreprise.

Aucune indication n'est fournie quant à l'usage que pourra faire le service de contrôle des renseignements recueillis.

Une telle disposition constitue une immixtion excessive dans une procédure disciplinaire. Pour comparaison, l'article 52, alinéa 3, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit prévoit seulement que l'Institut des réviseurs d'entreprises informe la Commission bancaire et financière de l'ouverture de certaines procédures disciplinaires ou des mesures disciplinaires prises à l'encontre d'un réviseur agréé ou d'une société de réviseurs agréée.

Article 11
(nouvel article 68ter en projet)

1. L'alinéa 1er serait mieux rédigé en exprimant que le commissaire qui a l'intention de présenter sa démission doit en informer préalablement le Service de contrôle et la société de gestion. L'auteur du projet jugera, par ailleurs, de l'opportunité de fixer un délai minimal pour la communication de cet avis - tout au moins en principe, compte tenu de ce que, dans certains cas, les circonstances peuvent conduire un commissaire à démissionner "sur-le-champ" [1].

(1) En cas de "motifs personnels graves", voir article 135, alinéa 2, du Code des sociétés.

2. L'alinéa 2 évoque la fonction de commissaire "suppléant" (ainsi que celle de "représentant suppléant" d'une société de reviseurs), alors que le Code des sociétés ne prévoit pas une telle fonction.

Si l'auteur du projet entend néanmoins prévoir cette fonction dans le cadre des sociétés de gestion, il lui revient, à tout le moins, de préciser si la désignation du commissaire suppléant doit être prévue par les statuts de la société et d'énoncer les règles essentielles relatives à sa nomination, ainsi qu'aux conditions de son intervention (la disposition en projet laissant entendre qu'il achèverait le mandat du titulaire dont les fonctions ont pris fin anticipativement) [2].

Il ne paraît en tous cas pas utile de prévoir, au même alinéa, la fonction de "représentant suppléant" d'une société de reviseurs. Si, pour une raison quelconque, en effet, le représentant désigné par la société de reviseurs n'est plus à même d'exercer cette mission, ladite société en désignera aussitôt un autre en son sein.

Par ailleurs, la disposition selon laquelle la société de gestion "pourvoit dans les deux mois au remplacement du commissaire démissionnaire, sous réserve des dispositions du Code des sociétés" est vide de sens, dès lors que l'article 132 du Code des sociétés impose le remplacement immédiat du commissaire au moment où cette fonction devient vacante.

3. En conclusion, l'article 11 doit être revu.

---

(2) Dans le cadre de cette réflexion, le Conseil d'Etat renvoie en particulier au travaux préparatoires de la loi du 21 février 1985 sur le revisorat d'entreprise, dans le cours desquels l'idée initiale d'exprimer la possibilité de prévoir ladite suppléance dans les statuts a été abandonnée, ainsi qu'à la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, laquelle se borne à disposer, en son article 50, que la société peut désigner un commissaire-reviseur en vue de remplacer le titulaire en cas d'"empêchement durable".

rticle 12
(article 68quater en projet)

1. A l'alinéa 1er, 2°, en projet, il y a lieu de remplacer la mention de l'article 66, § 12, par la mention de l'article 65bis, § 5.

2. Le dernier alinéa de l'article en projet prévoit :

"Les commissaires et les sociétés de réviseurs peuvent effectuer les vérifications et expertises relevant de leurs fonctions auprès des succursales à l'étranger de la société qu'ils contrôlent.".

Mieux vaut s'inspirer de l'article 137, § 1er, du Code des sociétés qui dispose que le commissaire peut requérir de l'organe de gestion de la société qu'il contrôle, d'être mis en possession au siège de cette société d'informations relatives aux sociétés liées.

Article 14
(Article 75 en projet)

Au paragraphe 1er, alinéa 1er, en projet, il y a lieu de remplacer les mots "avant la réunion de l'assemblée générale ou, à son défaut, de l'organe de décision" par les mots "avant leur adoption par l'organe compétent".

Une observation analogue vaut pour le paragraphe 2 où il convient d'écrire "leur approbation par l'organe compétent".

Article 15
(article 76 en projet)

1. En son article 15 (article 76, en projet), l'avant-projet prévoit l'existence, au sein du service public fédéral ayant le droit d'auteur dans ses attributions, d'un Service de contrôle des sociétés de gestion. Le paragraphe 2 en projet autorise le Roi à prendre, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les mesures nécessaires déterminant le statut administratif et pécuniaire du service de contrôle et de ses agents.

.../...

a) Dès lors que l'avant-projet ne fait pas du Service de contrôle une autorité administrative indépendante, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pourquoi la loi s'immisce dans le fonctionnement de l'Exécutif en prévoyant que certaines missions - en l'espèce le contrôle des sociétés de gestion - doivent être exercées par un service particulier. Cette compétence est, en effet, réservée au Roi par les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution.

b) Il va de soi que le statut administratif et pécuniaire des agents du Service de contrôle est déterminé par le Roi, puisque ces agents sont des agents de l'Etat soumis au statut des agents de l'Etat du 2 octobre 1937.

Si l'intention de l'auteur du projet est d'autoriser le Roi à établir un statut particulier pour les agents dépendant de ce service, la disposition est également inutile. En effet, pour autant que soient respectées les exigences des articles 10 et 11 de la Constitution, rien n'empêche le Roi d'établir, pour des agents se trouvant dans une situation particulière, un statut particulier.

2. Le paragraphe 5, en projet, qui dispose que "les documents ou renseignements reçus ou obtenus en application des dispositions de la présente loi peuvent être utilisés et divulgués aux fins de l'application des dispositions de ce chapitre" est trop vague. Il convient de mentionner de manière claire et précise quel type de documents peuvent être divulgués, à quelles fins expressément mentionnées et à quelles personnes.

3. Au paragraphe 5, alinéa 2, en projet, mieux vaut s'inspirer plus fidèlement de l'article 96, 1° et 2°, de la loi du 22 mars 1993, précitée.

Article 16
(article 76bis en projet)

1. Il convient de prévoir, si telle est bien l'intention de l'auteur du projet, que la contribution est due chaque année.

2. Le paragraphe 3, en projet, doit être adapté à la suppression de l'obligation, pour les sociétés ayant leur siège dans un pays de l'Union européenne, d'avoir une succursale en Belgique.

Article 17
(article 76ter en projet)

1. Le paragraphe 1er, en projet, doit être adapté à la suppression de l'obligation, pour les sociétés ayant leur siège dans un pays de l'Union européenne, d'avoir une succursale en Belgique.

2. Le paragraphe 5, en projet, doit être intégré dans l'article 77, en projet, relatif aux sanctions administratives, sous réserve des observations qui seront formulées sous cet article.

Article 18
(article 77 en projet)

1. En vertu du principe du contradictoire, la société de gestion des droits concernée doit avoir la possibilité d'exposer son point de vue avant qu'il ne soit décidé de lui infliger une amende administrative.

L'avant-projet doit, dès lors, être complété afin de prévoir l'audition préalable d'un représentant de la société de gestion des droits concernée.

La même observation vaut également pour les sanctions prévues au paragraphe 2, 2° et 3°, ainsi que pour l'amende administrative prévue à l'article 76, § 5, en projet.

2. Le caractère punitif qui les justifient et l'importance des sanctions pécuniaires confèrent aux amendes administratives prévues par l'avant-projet, un caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Compte tenu de cette nature pénale, il appartient, dès lors, au législateur de prévoir un recours juridictionnel à caractère suspensif. Le Conseil d'Etat se réfère à cet égard à l'avis 33.239/2, donné le 2 mai 2002, sur un avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 complétant, en ce qui concerne les voies de recours contre les décisions prises par le Ministre, par la CBF, par l'OCA et par les entreprises de marché et en ce qui concerne l'intervention de la CBF et de l'OCA devant les juridictions répressives, la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et modifiant diverses autres dispositions légales [3].

3. Au paragraphe 2, 3°, alinéa 1er, en projet, le Conseil d'Etat se demande quelle est la différence entre l'interdiction de l'exercice des activités d'une société de gestion des droits et le retrait de l'agrément prévu par l'article 67, § 4, en projet.

4. Le paragraphe 2, 3°, alinéa 3, en projet, prévoit que les actes et décisions intervenus à l'encontre d'une décision de suspension ou d'interdiction publiée au Moniteur belge sont réputés inexistants.

Dans l'avis 21.755/2, donné le 29 octobre 1992 sur l'avant-projet devenu la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, la section de législation, se référant à l'enseignement de De Page, avait critiqué le recours en droit privé à la notion d'actes "inexistants", l'intervention du juge étant toujours nécessaire pour faire disparaître un acte auquel il manque un de ses éléments essentiels.

Il convient, dès lors, de mentionner que les actes et décisions intervenus à l'encontre d'une décision de suspension ou d'interdiction publiée au Moniteur Belge sont nuls et de préciser, à tout le moins dans l'exposé des motifs, s'il s'agit d'une nullité absolue ou relative.

---

(3) Moniteur belge du 4 septembre 2002.

5. Le paragraphe 2, 4°, donne la possibilité au ministre d'agir en justice pour faire sanctionner toute violation aux dispositions de la loi.

S'il s'agit de l'action en cessation, le paragraphe 2 est inutile, puisque cette action est spécialement prévue au paragraphe 4.

S'il s'agit de l'action publique, elle appartient au ministère public ou parfois à certains fonctionnaires, et non au ministre. Dans l'avis 33.239/2, précité, la section de législation du Conseil d'Etat avait estimé, à propos de l'intervention de la CBF et de l'OCA devant la juridiction répressive que :

> "(...) l'intervention des autorités de contrôle pour demander l'application de la loi pénale rompt «l'équilibre des droits des parties», dans tous les cas où ces autorités ne justifient pas d'un intérêt distinct de l'intérêt général dont la satisfaction est poursuivie par le ministère public lui-même. Dans ce cas, l'accusé se retrouve, en effet, face à deux représentants de l'intérêt public.".

En conséquence, le 4° doit être omis.

6. Au dernier alinéa, en projet, il y a lieu de remplacer le mot "il" par les mots "Le président du tribunal de première instance".

7. Il appartient au législateur d'apprécier s'il ne serait pas opportun de donner aux titulaires des droits d'auteur et des droits voisins et à leurs ayants droit la possibilité d'introduire l'action en cessation.

Article 19
(Article 78bis en projet)

1. Cet article incrimine pénalement un certain nombre de violations de la loi du 30 juin 1994, précitée.

L'incrimination prévue au paragraphe 1er, 4°, vise notamment ceux qui refusent de donner des documents ou des renseignements qu'ils sont tenus de communiquer en vertu de l'article 76ter, §§ 3 à 4. De tels faits sont déjà susceptibles de faire l'objet d'une amende administrative en vertu de l'article 76ter, § 5, en projet.

De même, compte tenu de la rédaction tout à fait générale de l'article 77, § 1er et § 2, 1°, en projet, relatif aux amendes administratives, il ne semble pas impossible qu'un même fait puisse être sanctionné à la fois administrativement et pénalement.

Enfin, il appartient à l'avant-projet d'exclure pour une même infraction tout concours de sanctions pénales et de sanctions administratives (à caractère pénal au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) [4].

2. Au paragraphe 4, alinéa 1er, les mots "Toute information du chef d'infraction" ne sont pas clairs. Il semble, en effet, viser des procédures pénales alors que les actions pénales sont spécialement visées à l'alinéa 2 du même paragraphe. S'il s'agit d'une information menée par le parquet, il semble excessif qu'elle puisse être d'emblée communiquée à des tiers au stade de l'information.

---

(4) Comme l'a rappelé la section de législation du Conseil d'Etat dans l'avis 33.182/2, donné le 29 avril 2002 sur un avant-projet de loi "relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers", en se fondant sur les commentaires doctrinaux relatifs à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :

"(...)le principe non bis in idem devrait exclure qu'une même infraction -c'est-à-dire une incrimination dont les éléments constitutifs seraient les mêmes- puisse être sanctionnée tout à la fois par une amende administrative et ultérieurement par une sanction pénale.

Il appartient à l'auteur du projet d'apprécier si, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, il ne convient pas d'exclure le cumul de sanctions administratives et pénales pour des comportements susceptibles de constituer -au regard de leurs éléments constitutifs- des infractions identiques.".

.../...

De surcroît, en ce que l'alinéa 2 relatif à l'action pénale renvoie à l'alinéa 1er, il appelle les observations suivantes :

- Les mots "ou à l'une des législations visées à l'article 66quater, § 2" ne sont pas clairs. En effet, l'article 66quater, § 2, ne vise pas des législations mais mentionne "les personnes qui se trouvent dans un des cas définis par les articles 1er à 3, 3bis, §§ 1er et 3, et 3ter de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 portant interdiction à certains condamnés et aux faillis, d'exercer certaines fonctions, professions ou activités et conférant aux tribunaux de commerce la faculté de prononcer de telles interdictions".

- Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pourquoi sont visées seulement certaines "infractions", lorsqu'il s'agit d'administrateurs, de directeurs, de gérants, de mandataires ou de commissaires de sociétés de gestion, et toutes les "infractions" au présent chapitre, lorsqu'il s'agit d'autres personnes physiques ou morales.

Article 21

1. Les alinéas 2 et 4 sont inutiles et doivent être omis. En effet, il ne convient pas de prévoir que les arrêtés pris pour l'exécution d'un texte modifié ou abrogé demeurent en vigueur dans la mesure où ces arrêtés d'exécution trouvent une base légale suffisante dans le nouveau texte.

2. A l'alinéa 3, il n'y a pas lieu de se référer aux "activités prévues par l'arrêté royal du 7 janvier 1998". En effet, les activités qui seront probablement confiées par le Roi au Service de contrôle doivent être décrites dans l'avant-projet de loi et non, par référence, à une institution -le délégué du ministre- dont l'avant-projet prévoit la suppression.

Article 22

1. Il y a contradiction entre le texte de l'avant-projet qui prévoit que la loi entre en vigueur "le premier jour du quatrième mois qui suit celui au cours duquel elle aura été publiée au moniteur belge" et l'exposé des motifs qui mentionne une entrée en vigueur "le premier jour du mois qui suit celui au cours duquel elle aura été publiée au Moniteur belge". Comme précisé par le fonctionnaire délégué, c'est l'exposé des motifs qui doit être adapté.

2. Il y a lieu de fixer l'entrée en vigueur des dispositions du projet et non des dispositions en projet.

Algemene opmerking

Luidens de memorie van toelichting strekt het voorontwerp van wet er onder meer toe de draagwijdte van de bepalingen van hoofdstuk VII, "Vennootschappen voor het beheer van de rechten", van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten nader te bepalen en "uitdrukkelijk te voorzien in wettelijke verplichtingen voor de beheersvennootschappen die gericht zijn op een grotere doorzichtigheid van hun activiteiten en inzonderheid van hun boekhouding, zulks gelet op de opdracht van algemeen nut die zij vervullen, alsook op hun rol van verplichte partner voor de rechthebbenden en voor de exploitanten".

De structuur van sommige bepalingen van het voorontwerp die ertoe strekken deze doelstellingen weer te geven, is niet precies genoeg.

De regels betreffende de structuur, de organisatie en de interne werking van de vennootschappen voor het beheer van de rechten dienen te worden samengebracht en dienen vóór de bepalingen betreffende hun activiteiten te staan.

De regels betreffende de structuur, de organisatie en de interne werking van de vennootschappen voor het beheer van de rechten omvatten de bepalingen betreffende :

1° de juridische vorm (ontworpen artikel 65, tweede lid,) en het vereiste van een bijkantoor in België (ontworpen artikel 65, vierde lid,);

2° de vennoten (ontworpen artikelen 65, derde lid, en 66, § 2);

3° de beperkingen van het recht om te participeren in een vennootschap (ontworpen artikel 65bis, § 3,);

4° de beheersstructuur en de administratieve organisatie (ontworpen artikel 65bis, § 2, eerste, tweede, zesde en zevende lid) en boekhoudkundige organisatie (ontworpen artikel 66ter);

5° de voorwaarden inzake de moraliteit van de zaakvoerders, bestuurders, directeurs of vertegenwoordigers van de vennootschappen voor het beheer van de rechten (ontworpen artikel 66quater, § 2) en de verantwoordelijkheid van de bestuurders en de dagelijkse bestuurders van een vennootschap voor het beheer van de rechten (ontworpen artikel 66quater, § 1).

De regels betreffende de activiteiten van de vennootschappen voor het beheer van de rechten bevatten de bepalingen betreffende :

1° de plicht de rechten te beheren (ontworpen artikel 66, § 1,);

2° de verplichting om de rechten in het belang van de rechthebbenden te beheren (ontworpen artikel 65bis, § 4);

3° de voorwaarden voor de uitoefening van de activiteiten (ontworpen artikelen 65bis, §§ 1 en 5, en 66, §§ 3 en 4);

4° de kredieten en de voorschotten op de rechten (ontworpen artikel 65bis, § 2, derde tot vijfde lid,);

5° de besteding van een deel van de rechten voor sociale, culturele of educatieve doeleinden ten voordele van de vennoten (ontworpen artikel 66bis).

Bijzondere bepalingen

Dispositief

Artikel 1

Artikel 18 (ontworpen artikel 77, § 4), dat voorziet in een vordering tot staking die wordt ingesteld bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77, en niet artikel 78, van de Grondwet.

Artikel 2
(ontworpen artikel 65 van de wet van 30 juni 1994)

1. Duidelijkheidshalve dient in de memorie van toelichting te worden vermeld dat de "vennootschappen die representatief zijn voor alle vennootschappen voor het beheer van de rechten", waarvan sprake is in de artikelen 55, vijfde lid, en 59, laatste lid, beantwoorden aan de definitie van artikel 65, eerste lid.

2. Het woord "afzonderlijke" in het tweede lid is overbodig. Indien de vennootschap rechtspersoonlijkheid heeft, is het vanzelfsprekend dat het gaat om een andere rechtspersoonlijkheid dan die van haar vennoten.

3. Er dient overeenstemming tot stand te worden gebracht met artikel 39, eerste lid, van de voormelde wet van 30 juni 1994, dat betrekking heeft op de producenten van fonogrammen of van eerste vastleggingen van films.

4. Het vierde lid legt aan een vennootschap die in een ander land van de Europese Unie gevestigd is de verplichting op in België een bijkantoor op te richten als ze haar activiteit in België wenst uit te oefenen.

Deze bepaling is strijdig met de artikelen 49 (het vroegere artikel 59) en 50 (het vroegere artikel 60), derde alinea, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, waarbij iedere discriminatie ten aanzien van een dienstverrichter verboden wordt op grond van diens nationaliteit of verblijfplaats. Volgens de artikelen 45 (het vroegere artikel 55) en 55 (het vroegere artikel 66) zijn de bepalingen betreffende het vrij verrichten van diensten niet van toepassing op de werkzaamheden die verricht worden ter uitoefening van het openbaar gezag, zelfs indien ze slechts voor een bepaalde gelegenheid plaatshebben**,** wat in casu niet het geval is, aangezien de activiteit van de vennootschappen voor het beheer van de rechten steunt op privaatrechtelijke verhoudingen en niet impliceert dat ze dwangmiddelen kunnen uitoefenen. De artikelen 46 (het vroegere artikel 56) en 55 (het vroegere artikel 66) staan eveneens discriminatoire maatregelen toe als die uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn,

.../...

waarvan in casu geen sprake lijkt te zijn, des te meer daar deze afwijkende bepalingen strikt dienen te worden geïnterpreteerd.

Artikel 3
(ontworpen artikel 65bis)

1. Krachtens de ontworpen paragraaf 1, tweede lid, mogen de tarieven, alsmede de innings- en verdelingsregels van de rechten niet onbillijk zijn. In de memorie van toelichting dient te worden verduidelijkt wat een billijk tarief en een billijke innings- en verdelingsregel is.

2. In de ontworpen paragraaf 2, vierde en vijfde lid, dienen alle voorwaarden voor de toekenning van voorschotten op de rechten te worden vastgesteld, aangezien die rechten van vermogensrechtelijke aard zijn.

3. In de ontworpen paragraaf 2, zesde lid, is er sprake van het risico van belangenconflicten tussen de vennootschap en de organen ervan. Er kunnen echter alleen belangenconflicten bestaan tussen de vennootschap en deze of gene persoon die de organen van de vennootschap vormt.

Het is de Raad van State niet duidelijk om welke reden in hetzelfde ontworpen lid sprake is van "de personen bedoeld in artikel 66quater, § 2".

4. In het laatste lid van paragraaf 2 is sprake van beheersvennootschappen die deel uitmaken van een "groep van vennootschappen" of van "gelieerde en geassocieerde vennootschappen" en in paragraaf 3 wordt daarbij aansluitend bepaald dat de beheersvennootschappen niet mogen participeren in het maatschappelijk kapitaal van andere vennootschappen, tenzij onder bepaalde voorwaarden, en dat deze verbodsbepaling niet geldt voor participaties in andere beheersvennootschappen.

Er dient in de eerste plaats in het algemeen op te worden gewezen dat niet het begrip "groepen" van vennootschappen, maar wel het begrip verbonden en geassocieerde vennootschappen wordt vastgelegd in het Wetboek van vennootschappen. De woorden "groepen van vennootschappen" dienen derhalve te vervallen waar ze voorkomen.

Ten gronde dienen vervolgens de voormelde bepalingen in overeenstemming te worden gebracht met het ontworpen artikel 65, derde lid, dat bepaalt dat "de vennoten (...) de hoedanigheid (moeten) bezitten van auteur, uitvoerend kunstenaar, producent van geluidswerken of audiovisuele werken, uitgever of van rechtverkrijgende van de voormelde personen, ...". Deze limitatieve tekst lijkt immers uit te sluiten dat andere beheersvennootschappen en, meer algemeen, andere personen dan degenen die erin opgesomd worden, kunnen participeren in het kapitaal van een beheersvennootschap.

De vraag rijst overigens wat de betekenis is van het woord "structuur" in het laatste lid van paragraaf 2 (indien het gaat om het bestaan zelf van een "groep", dient een andere term te worden gebruikt, want het woord "structuur" wordt gebruikt in andere betekenissen in de leden die voorafgaan), en over welke controle het gaat in datzelfde lid (meer in het bijzonder wanneer sprake is van een "geconsolideerde" controle).

5. In de ontworpen paragraaf 5, tweede lid, dienen de woorden "onder meer" te vervallen. In het voorontwerp van wet dienen, althans wat het principe betreft, alle voorwaarden te worden aangegeven waaraan de activiteiten van de vennootschappen voor het beheer van de rechten dienen te voldoen.

6. De ontworpen paragraaf 5, laatste lid, is overbodig en dient te vervallen. Het spreekt vanzelf dat de Koning de datum van de inwerkingtreding van de door Hem vastgestelde regels bepaalt.

Artikel 4
(ontworpen nieuw artikel 66)

1. In paragraaf 2 van het nieuwe artikel 66 wordt bepaald dat de statuten van de beheersvennootschappen aan de personen die zij vertegenwoordigen het recht moeten verlenen hun vennoot of aandeelhouder te worden, "op grond van objectieve criteria die op niet-discriminatoire wijze worden toegepast, en om vertegenwoordigd te zijn in de organen van de vennootschap".

De bewoordingen van deze bepaling zijn te ruim en kunnen tot verschillende interpretaties aanleiding geven.

Zo bijvoorbeeld :

- rijst de vraag of het vereiste van "objectieve criteria die op niet-discriminatoire wijze worden toegepast" het bestaan noodzakelijk maakt, zoals op het eerste gezicht kan worden aangenomen, van een verhouding - en, in voorkomend geval, is het de vraag hoever die verhouding reikt - tussen het bedrag van de inbreng (en dus het aantal aandelen) van de nieuwe vennoot en de omvang van de rechten waarvan hij het beheer aan de beheersvennootschap heeft toevertrouwd. Hoe dient er evenwel in dit geval rekening mee te worden gehouden dat het bedrag van de genoemde rechten in de tijd kan variëren ?

- is het de vraag, indien het vanzelfsprekend lijkt dat de hoedanigheid van vennoot het recht inhoudt om persoonlijk deel te nemen aan de algemene vergadering van de vennootschap, tot op welke hoogte in de statuten een onderscheid kan worden gemaakt tussen de vennoten van de "categorieën" met het oog op hun vertegenwoordiging in andere organen, en of het werkelijk noodzakelijk is dat de betrokken vertegenwoordiging wordt opgericht in elk van die organen, met inbegrip, in voorkomend geval, van een directiecomité dat opgericht wordt overeenkomstig de voormelde wet van 2 augustus 2002.

Vanuit deze verschillende standpunten gezien rijst overigens de vraag in welk opzicht de verplichting wordt opgelegd dat andere beheersvennootschappen eventueel tot de vennoten van de vennootschap moeten behoren.

.../...

De belangrijkste van die "voorwaarden" dienen te worden verduidelijkt, ofwel in de wet zelf, ofwel door de Koning, ter uitvoering van een machtiging die Hem daartoe zou worden verleend.

Uit de ontworpen tekst dient in ieder geval duidelijk te blijken of de regelingen die in aanmerking worden genomen mogen afwijken van het gemeenrecht van de vennootschappen en, in voorkomend geval, op welke punten.

2. De Raad van State meent voorts de aandacht te moeten vestigen, zowel wat de toetreding als de terugtrekking van een vennoot betreft, op het essentiële verschil tussen de coöperatieve vennootschap, waar dat verloop op ieder ogenblik kan plaatshebben, door de aanvaarding of het ontslag van vennoten, en de vennootschappen op aandelen en de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid waarvan het kapitaal daarentegen in principe vast is. De steller van het ontwerp dient te preciseren op welke wijze de mogelijkheid om aan de beheersvennootschap welke vorm van personenvennootschap ook toe te kennen met deze laatste regel in overeenstemming kan worden gebracht, en dient hierover in de memorie van toelichting uitleg te verstrekken.

3. In paragraaf 3 van het nieuwe artikel 66 dient in ieder geval te worden gepreciseerd wat moet worden verstaan onder een "toereikende" opzeggingstermijn in geval van terugtrekking van de vennoot.

Artikel 6
ontworpen artikel 66ter)

De bepaling in paragraaf 2, laatste lid, dat het aan de Koning staat om een wetsbepaling te wijzigen, is in principe onaanvaardbaar, zelfs als deze wijziging plaatsheeft bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

Artikel 7
(ontworpen artikel 66quater)

1. In paragraaf 1, tweede lid, dient het woord "steeds" als overbodig te vervallen.

2. De ontworpen paragraaf 2 is identiek aan artikel 61 van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs.

De Raad van State vraagt zich af of het relevant is onverenigbaarheden te vermelden die specifiek met het financiële domein verband houden.

Overigens dienen, in diezelfde paragraaf 2, eerste lid, de woorden "(de) personen bedoeld in een van de gevallen omschreven in de artikelen 1 tot 3, 3bis, §§ 1 en 3, en 3ter van het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 (...)" aldus te worden herzien dat ze alleen slaan op personen aan wie een rechterlijk verbod als bedoeld in die bepalingen is opgelegd.

3. Van het koninklijk besluit van 24 oktober 1934 moet het juiste opschrift worden opgegeven, namelijk "koninklijk besluit nr. 22 betreffende het rechterlijk verbod aan bepaalde veroordeelden en gefailleerden om bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen".

4. Diezelfde ontworpen paragraaf 2, tweede lid, onderdeel 3°, waarin verwezen wordt naar "soortgelijke misdrijven" als die bedoeld in de voorgaande leden, kan niet alleen tot rechtsonzekerheid leiden maar is bovendien niet in overeenstemming met artikel 2 van het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 waarnaar in die bepaling wordt verwezen, welk artikel, zijnerzijds, betrekking heeft op personen die door een buitenlands rechtscollege veroordeeld zijn ter zake van "één van de misdrijven" die precies door de artikelen 1 en 1bis van datzelfde besluit zijn bepaald.

Artikel 8
(ontworpen artikel 67)

1. In de ontworpen paragraaf 2 wordt bepaald dat de erkenning wordt verleend aan vennootschappen die voldoen aan de voorwaarden bepaald in deze wet en in de uitvoeringsbesluiten ervan en dat "de Koning ... de erkenningsvoorwaarden van de vennootschappen voor het beheer van de rechten (bepaalt)", hetgeen daarmee blijkbaar in tegenspraak is.

In het voorontwerp zelf moet een precieze en volledige lijst worden opgenomen van de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om de erkenning te kunnen krijgen.

2. In de Franse tekst van de ontworpen paragraaf 3 dienen de woorden "le cas échéant" als overbodig te vervallen.

3. In diezelfde ontworpen paragraaf 3, tweede lid, is het overbodig te bepalen dat de minister zich op met redenen omklede wijze uitspreekt. De motiveringsplicht is reeds vervat in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

Deze opmerking geldt eveneens voor de ontworpen paragraaf 4, vierde lid.

Artikel 9
(ontworpen nieuw artikel 68)

1. Voorgesteld wordt het eerste lid door de volgende tekst te vervangen :

"Art. 68. Op elke beheersvennootschap wordt toezicht uitgeoefend door een commissaris benoemd op de wijze bepaald in de artikelen 130 tot 133 van het Wetboek van vennootschappen.".

2. Het ontworpen tweede lid dient als overbodig te vervallen.

Artikelen 10 tot 14

In deze bepalingen is herhaaldelijk sprake van "commissarissen" (of "revisoren") en van "revisorenvennootschappen". Normaal gesproken is het voldoende dat de "commissaris" wordt benoemd, die alleen een revisor of een revisorenvennootschap kan zijn.

Artikel 10
(ontworpen artikel 68bis)

Noch in de tekst van het voorontwerp, noch in de memorie van toelichting worden de redenen vermeld op grond waarvan de Controledienst toegang kan hebben tot een tuchtdossier van het Instituut der Bedrijfsrevisoren.

Er wordt geen enkele aanwijzing gegeven over het gebruik dat de controledienst van de ingewonnen inlichtingen zal kunnen maken.

Zulk een bepaling vormt een te ver gaande inmenging in een tuchtprocedure. Ter vergelijking : artikel 52, derde lid, van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen bepaalt alleen dat het Instituut der Bedrijfsrevisoren de Commissie voor het Bank- en Financiewezen op de hoogte brengt als een tuchtprocedure wordt ingeleid of een tuchtmaatregel wordt genomen tegen een erkend revisor of een erkende revisorenvennootschap.

Artikel 11
(ontworpen nieuw artikel 68ter)

1. Het eerste lid zou beter aldus worden geredigeerd dat de commissaris die ontslag wenst te nemen de Controledienst en de beheersvennootschap daarvan vooraf op de hoogte dient te stellen. Voorts dient de steller van het ontwerp te oordelen of het

opportuun is een minimumtermijn te bepalen voor het doen van deze mededeling - tenminste in principe, aangezien de omstandigheden de commissaris in bepaalde gevallen ertoe kunnen brengen "op staande voet" ontslag te nemen [1].

2. In het tweede lid is sprake van de functie van "plaatsvervangend" commissaris (en van "plaatsvervangend" vertegenwoordiger van een revisorenvennootschap), terwijl het Wetboek van vennootschappen niet in zulk een functie voorziet.

Als de steller van het ontwerp die functie niettemin in het raam van de beheersvennootschappen wenst in te voeren, dient hij op zijn minst te preciseren of in de statuten van de vennootschap moet worden voorzien in de aanstelling van een plaatsvervangend commissaris en moet hij de essentiële regels opgeven voor de benoeming van de plaatsvervangend commissaris en voor de omstandigheden waarin deze kan optreden (de ontworpen bepaling wekt de indruk dat hij het mandaat zou voltooien van de titularis wiens functie voortijdig wordt beëindigd) [2].

Het lijkt hoe dan ook niet dienstig om in hetzelfde lid de functie van "plaatsvervangend vertegenwoordiger" van een revisorenvennootschap in te voeren. Als de door de revisorenvennootschap aangestelde vertegenwoordiger om enige reden niet meer in staat is zijn opdracht uit te voeren, moet de voornoemde vennootschap immers dadelijk uit haar midden een nieuwe vertegenwoordiger aanwijzen.

---

(1) In geval van "gewichtige persoonlijke redenen". Zie artikel 135, tweede lid, van het Wetboek van vennootschappen.

(2) In het kader van deze opmerking verwijst de Raad van State inzonderheid naar de parlementaire voorbereiding van de wet van 21 februari 1985 tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat, in de loop waarvan men het oorspronkelijke idee heeft laten varen om de mogelijkheid van zulk een plaatsvervanging in de statuten op te nemen, alsook naar de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, waarvan artikel 50 alleen bepaalt dat de vennootschap een commissaris-revisor kan aanstellen ter vervanging van de titularis in geval van "langdurige verhindering".

Voorts is de bepaling naar luid waarvan de beheersvennootschap "binnen twee maanden in de vervanging van de ontslagnemende commissaris (voorziet) onder voorbehoud van het bepaalde in het Wetboek van vennootschappen" zinledig, aangezien krachtens artikel 132 van het Wetboek van vennootschappen onmiddellijk een nieuwe commissaris moet worden aangesteld wanneer de functie van commissaris vacant wordt.

3. Kortom, artikel 11 moet worden herzien.

Artikel 12
(ontworpen artikel 68quater)

1. In het ontworpen eerste lid, 2°, moet worden verwezen naar artikel 65bis, § 5, in plaats van naar artikel 66, § 12.

2. Het laatste lid van het ontworpen artikel luidt als volgt :

"De commissarissen en de revisorenvennootschappen kunnen bij het buitenlandse bijkantoor van de vennootschap die zij controleren, de verificaties en onderzoeken verrichten die bij hun opdracht horen.".

Voor deze bepaling zou beter gesteund worden op artikel 137, § 1, van het Wetboek van vennootschappen, naar luid waarvan de commissaris van het bestuursorgaan van de vennootschap waarop hij controle uitoefent, kan eisen dat het hem ter zetel van de vennootschap in het bezit stelt van inlichtingen betreffende verbonden vennootschappen.

Artikel 14
(ontworpen artikel 75)

In de ontworpen paragraaf 1, eerste lid, dienen de woorden "voor de algemene vergadering of bij gebreke daarvan, voor de vergadering van het orgaan met beslissingsbevoegdheid" te worden vervangen door de woorden "voor de goedkeuring ervan door het bevoegde orgaan".

Een soortgelijke opmerking dient te worden gemaakt over paragraaf 2, waarin moet worden geschreven "te rekenen van de goedkeuring ervan door het bevoegde orgaan".

Artikel 15
(ontworpen artikel 76)

1. Volgens artikel 15 van het voorontwerp (het ontworpen artikel 76) bestaat er bij de Federale Overheidsdienst die bevoegd is voor het auteursrecht een Controledienst van de beheersvennootschappen. Bij de ontworpen paragraaf 2 wordt de Koning ertoe gemachtigd om bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de noodzakelijke maatregelen te nemen om het administratief en geldelijk statuut van de Controledienst en van zijn ambtenaren vast te stellen.

a) Aangezien het voorontwerp van de Controledienst geen onafhankelijke administratieve overheid maakt, ziet de Raad van State niet in waarom de wetgever zich mengt in de werking van de uitvoerende macht door te stellen dat bepaalde opdrachten - in casu de controle op de beheersvennootschappen - door een specifieke dienst moeten worden uitgeoefend. Alleen de Koning bezit immers die bevoegdheid krachtens de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet.

b) Het spreekt vanzelf dat het administratief en geldelijk statuut van de personeelsleden van de Controledienst door de Koning wordt vastgesteld, aangezien die personeelsleden rijksambtenaren zijn voor wie het statuut van het rijkspersoneel van 2 oktober 1937 geldt.

Ook wanneer het de bedoeling van de steller van het ontwerp is de Koning te machtigen om voor de personeelsleden van die dienst een specifiek statuut op te stellen, is deze bepaling overbodig. Voorzover aan de vereisten van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet wordt voldaan, staat niets er immers aan in de weg dat de Koning voor personeelsleden die in een bijzondere situatie verkeren een specifiek statuut opstelt.

2. De ontworpen paragraaf 5 waarin wordt gesteld dat "de stukken of inlichtingen gekregen of verkregen overeenkomstig de bepalingen van deze wet kunnen worden gebruikt en bekendgemaakt ter fine van de toepassing van het bepaalde in dit hoofdstuk" is te vaag. Er behoort op duidelijke en nauwkeurige wijze te worden aangegeven welke soort documenten bekendgemaakt kan worden, voor welke uitdrukkelijk vermelde doeleinden en aan welke personen die bekendmaking geschiedt.

3. Het zou beter zijn de ontworpen paragraaf 5, tweede lid, nauwkeuriger te laten aansluiten bij artikel 96, 1° en 2°, van de voornoemde wet van 22 maart 1993.

Artikel 16
(ontworpen artikel 76bis)

1. Er behoort te worden bepaald, als dat de bedoeling is van de steller van het ontwerp, dat de bijdrage elk jaar verschuldigd is.

2. De ontworpen paragraaf 3 moet worden aangepast aan de opheffing van de verplichting voor de vennootschappen wier zetel gevestigd is in een land van de Europese Unie, om een bijkantoor in België te hebben.

Artikel 17
(ontworpen artikel 76ter)

1. De ontworpen paragraaf 1 moet worden aangepast aan de opheffing van de verplichting voor de vennootschappen wier zetel gevestigd is in een land van de Europese Unie, om een bijkantoor in België te hebben.

2. De ontworpen paragraaf 5 moet worden opgenomen in het ontworpen artikel 77, betreffende de administratieve sancties, onder voorbehoud van de opmerkingen die bij dat artikel zullen worden geformuleerd.

Artikel 18
(ontworpen artikel 77)

1. Volgens het beginsel van de behandeling op tegenspraak moet de betrokken vennootschap voor het beheer van de rechten de mogelijkheid geboden worden om haar standpunt uiteen te zetten vooraleer besloten wordt haar een administratieve geldboete op te leggen.

Het voorontwerp behoort derhalve te worden vervolledigd teneinde erin te voorzien dat een vertegenwoordiger van de betrokken vennootschap voor het beheer van de rechten vooraf wordt gehoord.

Dezelfde opmerking geldt ook voor de sancties bepaald in paragraaf 2, 2° en 3°, en voor de administratieve geldboete bepaald in het ontworpen artikel 76, § 5.

2. De administratieve geldboeten waarin het voorontwerp voorziet, zijn, aangezien ze bedoeld zijn om te straffen en gezien de omvang van de geldstraffen, van strafrechtelijke aard in de zin van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

Gelet op die strafrechtelijke aard komt het derhalve de wetgever toe om te voorzien in een rechterlijk beroep met schorsende werking. De Raad van State verwijst in dat verband naar advies 33.239/2 gegeven op 2 mei 2002 over een voorontwerp dat de wet geworden is van 2 augustus 2002 tot aanvulling, inzake de verhaalmiddelen tegen de beslissingen van de Minister, de CBF, de CDV en de marktondernemingen, alsook inzake de tussenkomst van de CBF en van de CDV voor de strafgerechten, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en tot wijziging van verschillende andere wetsbepalingen [3].

(3) Belgisch Staatsblad van 4 september 2002.

3. Wat de ontworpen paragraaf 2, 3°, eerste lid, betreft, vraagt de Raad van State zich af wat het verschil is tussen het verbod op de uitoefening van de activiteiten van een vennootschap voor het beheer van de rechten en de intrekking van de erkenning waarin het ontworpen artikel 67, § 4 voorziet.

4. In de ontworpen paragraaf 2, 3°, derde lid, wordt gesteld dat de handelingen en beslissingen die strijdig zijn met de beslissing tot schorsing of tot verbod die bekendgemaakt is in het Belgisch Staatsblad, geacht worden nietig te zijn.

In advies 21.755/2 gegeven op 29 oktober 1992 over een voorontwerp dat de wet geworden is van 22 maart 1993 op het statuut en de controle van de kredietinstellingen heeft de afdeling Wetgeving kritiek geuit op het gebruik in het privaatrecht van de woorden "actes inexistants" en heeft daarbij verwezen naar de lering van De Page waarin wordt gesteld dat het optreden van de rechter altijd nodig is om een handeling te doen verdwijnen waarvan één van de wezenlijke bestanddelen ontbreekt".

Er behoort derhalve te worden bepaald dat de handelingen en beslissingen die strijdig zijn met een beslissing tot schorsing of tot verbod die bekendgemaakt is in het Belgisch Staatsblad nietig zijn en op zijn minst in de memorie van toelichting dient te worden verduidelijkt of het om een absolute dan wel om een relatieve nietigheid gaat.

5. Paragraaf 2, 4°, verleent de mogelijkheid aan de minister om in rechte op te treden om iedere overtreding van de bepalingen van de wet te straffen.

Indien het gaat om de vordering tot staking is paragraaf 2 overbodig, aangezien in deze vordering in het bijzonder voorzien wordt in paragraaf 4.

Indien het om de strafvordering gaat, komt deze toe aan het openbaar ministerie of soms ook aan bepaalde ambtenaren, en niet aan de minister. In het voornoemde advies 33.239/2 heeft de afdeling Wetgeving van de Raad van State in verband met het optreden van de CBF en de CDV voor de strafrechtbank geoordeeld dat :

"(...) de tussenkomst van de controle-overheden om de toepassing van de strafwet te vragen "het evenwicht tussen de rechten van de partijen" (verbreekt), in alle gevallen waarin deze overheden niet doen blijken van een belang dat verschilt van het algemeen belang waarvan de behartiging wordt nagestreefd door het openbaar ministerie zelf. In deze gevallen immers krijgt de beschuldigde twee vertegenwoordigers van het openbaar belang tegenover zich.".

Bijgevolg behoort onderdeel 4° te worden weggelaten.

6. In het ontworpen laatste lid behoort het woord "Hij" vervangen te worden door de woorden "De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg".

7. Het komt de wetgever toe te oordelen of het niet wenselijk zou zijn om aan de houders van het auteursrecht en de naburige rechten en aan hun rechthebbenden de mogelijkheid te verlenen om de vordering tot staking in te stellen.

Artikel 19
(ontworpen artikel 78bis)

1. Dit artikel stelt een strafrechtelijke sanctie op een bepaald aantal schendingen van de voornoemde wet van 30 juni 1994.

De gedraging die in paragraaf 1, 4°, strafbaar wordt gesteld is inzonderheid die van de personen die weigeren de documenten of de inlichtingen te verstrekken welke zij krachtens artikel 76ter, §§ 3 en 4, moeten meedelen. Dergelijke feiten komen reeds in aanmerking voor een administratieve geldboete krachtens het ontworpen artikel 76ter, § 5.

Gelet op de volstrekt algemene redactie van het ontworpen artikel 77, § 1, en § 2, 1°, betreffende de administratieve geldboeten, is het niet onwaarschijnlijk dat voor eenzelfde feit zowel een administratieve als een strafrechtelijke sanctie kan worden opgelegd.

Tot slot zou in het voorontwerp voor eenzelfde strafbaar feit elke samenloop van strafrechtelijke sancties en administratieve sancties (van strafrechtelijke aard in de zin van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden) geweerd moeten worden [4].

2. In paragraaf 4, eerste lid, zijn de woorden "Enig opsporingsonderzoek uit hoofde van een overtreding" niet duidelijk. Die bepaling lijkt immers te verwijzen naar strafrechtsplegingen terwijl in het tweede lid van dezelfde paragraaf in het bijzonder sprake is van de strafvorderingen. Als het gaat om een opsporingsonderzoek dat door het parket wordt gevoerd, lijkt het buitensporig te bepalen dat daarover reeds in het stadium van het opsporingsonderzoek zelf kennis behoort te worden gegeven aan derden.

In zoverre het tweede lid, dat betrekking heeft op de strafvordering, verwijst naar het eerste lid, geeft het bovendien aanleiding tot de volgende opmerkingen :

- De woorden "of van een van de wetgevingen bedoeld in artikel 66quater, § 2" zijn niet duidelijk. In artikel 66quater, § 2, wordt immers niet verwezen naar wetgevingen maar is er sprake van "de personen bedoeld in een van de gevallen omschreven in de artikelen 1 tot 3, 3bis, §§ 1 en 3, en 3ter van het koninklijk besluit nr. 22 van 24 oktober 1934 waarbij aan bepaalde veroordeelden en aan de gefailleerden verbod wordt opgelegd bepaalde ambten, beroepen of activiteiten uit te oefenen en waarbij aan de rechtbanken van koophandel de bevoegdheid wordt toegekend dergelijk verbod uit te spreken".

---

(4) De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft in haar advies 33.182/2 dat gegeven is op 29 april 2002 over een voorontwerp van wet betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, steunend op de commentaren in de rechtsleer met betrekking tot de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens, op het volgende gewezen :

"(...) het beginsel "non bis in idem" zou moeten uitsluiten dat eenzelfde strafbaar feit - dat wil zeggen een telastelegging waarvan de bestanddelen dezelfde zijn - kan worden bestraft met zowel een administratieve geldboete als, naderhand, een strafrechtelijke straf" .

De steller van het ontwerp dient na te gaan of, in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof, het dus niet raadzaam is om de cumulatie van administratieve sancties en strafrechtelijke straffen uit te sluiten voor gedragingen die uit het oogpunt van hun bestanddelen identieke strafbare feiten kunnen vormen."

.../...

- De Raad van State ziet niet in waarom er enkel sprake is van bepaalde "overtredingen" wanneer het gaat om bestuurders, directeurs, beheerders, lasthebbers of commissarissen van beheersvennootschappen en van alle "overtredingen" van dit hoofdstuk wanneer het gaat om andere rechtspersonen of natuurlijke personen.

Artikel 21

1. Het tweede en vierde lid zijn overbodig en behoren te worden weggelaten. Het is immers niet raadzaam te bepalen dat de besluiten die uitgevaardigd zijn ter uitvoering van een gewijzigde of opgeheven tekst van kracht blijven in de mate waarin die uitvoeringsbesluiten voldoende rechtsgrond vinden in de nieuwe tekst.

2. In het derde lid behoort niet te worden verwezen naar de "activiteiten zoals ze voorzien werden door het koninklijk besluit van 7 januari 1998". Immers, de activiteiten die waarschijnlijk door de Koning zullen worden toevertrouwd aan de Controledienst moeten worden beschreven in het voorontwerp van wet, en niet door te verwijzen naar een instantie - de vertegenwoordiger van de minister - die bij het voorontwerp wordt opgeheven.

Artikel 22

Er is een tegenstrijdigheid tussen de tekst van het voorontwerp waarin wordt gesteld dat de wet in werking treedt "de eerste dag van de vierde maand volgend op die gedurende welke zij in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt" en de memorie van toelichting waarin sprake is van een inwerkingtreding "de eerste dag van de maand volgend op die gedurende welke zij in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt". Blijkens de uitleg die de gemachtigde ambtenaar heeft verstrekt is het de memorie van toelichting die moet worden aangepast.

2. Niet de inwerkingtreding van de ontworpen bepalingen naar die van de bepalingen van het ontwerp behoort te worden bepaald.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
de Heren		kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'Etat,
Madame	M. BAGUET,	staatsraden,
Mevrouw		
Messieurs	J. van COMPERNOLLE,	assesseurs de la section de législation,
de Heren	B. GLANSDORFF,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Madame	B. VIGNERON,	greffier,
Mevrouw		griffier.

De kamer was samengesteld uit

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée par Mme A.-F. BOLLY, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld door Mevr. A.-F. BOLLY, adjunct-referendaris.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J. JAUMOTTE.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

B. VIGNERON

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

Y. KREINS