

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 41.471/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, le 12 octobre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "relative aux offres publiques d'acquisition", a donné le 6 novembre 2006 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. Par rapport à la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition (ci-après : directive OPA), l'avant-projet de loi, ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs, ne se limite pas à la transposition de cette directive mais vise aussi à moderniser la réglementation relative aux offres d'acquisition.

En outre, plusieurs dispositions de la directive OPA seront transposées par le biais de l'arrêté royal qui sera promulgué en exécution de la loi relative aux OPA et l'article 10 de la directive OPA sera transposé dans le cadre de la loi assurant la transposition de la directive "transparence" (directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE).

2. Afin de permettre aux parlementaires d'apprécier la mesure dans laquelle la transposition a été opérée de même que celle dans laquelle ils peuvent exercer leur droit d'amendement, il serait judicieux de joindre le tableau de concordance, transmis au Conseil d'État, indiquant par quelles dispositions de l'avant-projet celles de la directive OPA sont transposées.

.../...

Observations particulières

Dispositif

Article 3, § 1^{er}

1.1. Au 1°, la définition d'"offres d'acquisitions" ou "offres" diffère de celle figurant à l'article 2, paragraphe 1^{er}, a), de la directive OPA.

En particulier, l'avant-projet de loi se réfère à "l'offre d'acquisition" alors que la directive fait état de "l'offre publique d'acquisition".

S'il est vrai, ainsi que le relève l'exposé des motifs, que la directive OPA ne prévoit pas une harmonisation déterminant le caractère public d'une offre, il y a lieu de relever que tant l'avant-projet de loi que la directive font expressément référence aux offres publiques d'acquisition.

L'avant-projet définit le caractère "public" de l'offre à l'article 6. Ce qui montre bien que ce sont les offres "publiques" d'acquisition qui sont visées.

Il conviendrait, dès lors, de modifier l'article 3, § 1^{er}, 1°, en faisant état d'"offres publiques d'acquisition" et de la possibilité d'acquérir tout ou partie de leurs titres.

Dès lors, dans un souci de conformité à la directive, la disposition devrait être libellée comme suit :

"«offre publique d'acquisition» ou «offre» : une offre s'adressant aux détenteurs de titres de la société visée et destinée à acquérir tout ou partie de leurs titres, que l'offre soit volontaire ou obligatoire".

1.2. Par ailleurs, le champ d'application de l'avant-projet dépasse l'exigence que l'offre "ait pour objectif l'acquisition du contrôle de la société visée selon le droit national". En effet, il ressort du commentaire des articles que l'avant-projet s'applique également à l'offre publique de rachat d'actions propres ainsi qu'à toute offre publique d'acquisition indépendamment d'un tel objectif. Dans la mesure où l'avant-projet respecte la définition donnée par la directive tout en l'élargissant à d'autres hypothèses, il y a lieu de considérer que l'article 3, § 1^{er}, 1°, est conforme à la directive.

De façon générale, l'article 3, paragraphe 2, a), de la directive impose aux États membres de veiller "à ce que soient respectées les exigences minimales énoncées dans la présente directive", ce qui les autorise à prendre des mesures qui vont au-delà du niveau d'harmonisation fixé par la directive.

2. Au 2°, conformément à la directive OPA (article 2, paragraphe 1, c)), il y a lieu d'ajouter après les mots "personnes physiques ou morales", ceux de "de droit public ou privé".

L'exposé des motifs contient au demeurant cette précision (page 3, alinéa 3).

3. Au 4°, l'avant-projet de loi est censé définir l'"organe d'administration". Enoncer que l'"organe d'administration" est "l'organe d'administration, l'organe de direction ..." n'est cependant guère éclairant. La disposition sera revue en conséquence.

4. Au 5°, dans la définition de "personnes agissant de concert" donnée par l'article 2, paragraphe 1, d) de la directive OPA, l'avant-projet ajoute (article 3, § 1^{er}, 5°, b)), le cas des personnes physiques ou morales qui ont conclu un accord concernant la possession, l'acquisition ou la cession de titres avec droit de vote ou concernant l'exercice de leur droit de vote en vue de la mise en œuvre d'une politique de gestion de la société, ce qui rejoint la définition donnée dans la réglementation en matière de transparence.

Toutefois, il y aurait lieu de préciser au a) ce que l'auteur de l'avant-projet de loi entend par une coopération "avec d'autres personnes".

.../...

Par ailleurs, la référence qui est faite à l'accord visant "à maintenir le contrôle de la société visée" ne recouvre-t-il pas l'accord visant "à faire échouer l'offre" et donc indirectement à maintenir le contrôle existant sur la société visée ?

L'auteur de l'avant-projet de loi devrait s'en expliquer.

Enfin, il y a lieu de définir le concept de contrôle. Si l'auteur de l'avant-projet de loi entend se référer à la définition du Code des sociétés (article 5), il y a lieu de le préciser. En revanche, s'il entend maintenir la disposition de l'arrêté royal du 8 novembre 1989 relatif aux offres publiques d'acquisition et aux modifications du contrôle des sociétés (article 2, § 1^{er}, 7°), il convient de la reprendre dans le cadre du présent avant-projet de loi, car il s'agit d'un élément essentiel de la loi en projet.

5. Au 6°, l'expression "de concert" fait référence à "la situation des personnes agissant de concert". Cette précision ne paraît pas utile par rapport à la définition des "personnes agissant de concert" visées au 5° et, en outre, n'est pas reprise dans la directive OPA. De plus, en raison de la définition évidente qui est donnée à ces termes, dans l'avant-projet, il n'y a pas de raison de les maintenir.

6. Le 14° appelle l'observation suivante. Dans le cas visé à l'alinéa 2 de l'article 4, paragraphe 2, c), de la directive OPA, ce sont les autorités de contrôle des États membres concernés qui

"(...) conviennent de l'autorité qui, parmi elles, sera compétente pour le contrôle de l'offre dans un délai de quatre semaines après la date prévue à l'article 21, paragraphe 1. À défaut, la société visée détermine celle de ces autorités qui sera l'autorité compétente le premier jour de négociation suivant ce délai de quatre semaines".

La question se pose de savoir si la fin du c) de l'article 3, § 1^{er}, 14°, de l'avant-projet ne doit pas être complétée pour tenir compte du fait que, dans cette hypothèse, l'autorité de contrôle peut être désignée par un accord entre les autorités de contrôle de l'ensemble des États membres concernés et que ce n'est qu'à défaut d'un tel accord dans les quatre semaines à dater du 20 mai 2006 que la société visée détermine elle-même laquelle de ces autorités est compétente pour le contrôle de l'offre.

.../...

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'indiquer, dans l'exposé des motifs, si l'on se trouve dans l'hypothèse où aucun accord n'a été atteint.

Articles 3, 4 et 51 à 57

L'article 4 décrit le champ d'application de "la présente loi et ses arrêtés d'exécution". Les chapitres IV et V du Titre V de l'avant-projet - et leurs arrêtés d'exécution - n'ont cependant pas trait aux offres d'acquisition visées à l'article 4. À moins de modifier l'intitulé et le champ d'application de l'avant-projet de loi, ces deux chapitres, qui sont ainsi étrangers à l'objet de l'avant-projet et à son champ d'application, n'y trouvent, dès lors, pas leur place et doivent donc en être retirés pour faire l'objet d'un texte distinct.

Les "définitions" introduites dans l'article 3 pour la seule application des dispositions de ces chapitres doivent également être omises.

Article 5

1. Il s'agit d'une disposition clé de tout le mécanisme mis en place par l'avant-projet de loi. Il y est en effet prévu qu'au-delà d'un certain seuil de participation à définir par le Roi, le lancement d'une OPA est obligatoire.

Or, dans un souci évident de sécurité juridique et de prévisibilité pour les opérateurs économiques et financiers, le législateur ne peut pas abandonner au Roi le soin de déterminer le pourcentage de titres avec droit de vote à partir duquel une OPA doit être lancée. Il s'agit d'un élément essentiel qui doit figurer dans la loi.

Par ailleurs, le début de cet article 5 doit être rédigé par analogie avec l'article 6, § 1^{er}, 2°, comme suit :

"Art. 5. Lorsqu'une personne acquiert à la suite d'une ou de plusieurs transactions sur titres réalisées par elle-même ou par une personne agissant de concert avec elle ou par une personne agissant pour le compte de ces personnes, un pourcentage (la suite comme à l'avant-projet)".

.../...

2. L'article 5 évoque l'acquisition de titres "avec droit de vote".

En ce qui concerne le calcul du seuil, la question se pose de savoir s'il faut également prendre en compte les titres comme les warrants qui, s'ils viennent à être exercés, entraînent la création de titres avec droit de vote.

L'avant-projet sera clarifié sur ce point.

Article 9

Cette disposition transpose quasi littéralement l'article 3, paragraphe 1, de la directive OPA.

La seule différence est que l'article 9, 3°, de l'avant-projet ne reprend que pour partie l'article 3, paragraphe 1, c) de la directive OPA en ne précisant pas que l'organe d'administration "ne peut pas refuser aux détenteurs de titres la possibilité de décider des mérites de l'offre". Cette fin de phrase devrait être ajoutée à l'article 9, 3°, de l'avant-projet.

Article 10, § 2

Il y a lieu d'ajouter aux mots "d'une offre publique effectuée pour le compte de l'offrant ou d'une personne agissant de concert avec lui" les mots "ou d'une personne agissant pour le compte de ces personnes" (Voir supra l'observation sous l'article 5).

Article 13

Le paragraphe 1^{er} précise le contenu du prospectus. Cette disposition est à mettre en parallèle avec l'article 6, paragraphe 3, de la directive OPA qui prévoit que le document d'offre doit comporter "au moins" un certain nombre d'indications qui ne sont pas reprises au paragraphe 1^{er} de l'article 13 de l'avant-projet.

Il faut toutefois relever que l'article 14 confère au Roi l'habilitation de déterminer, sur l'avis de la Commission bancaire, financière et des assurances (ci-après : CBFA), les règles applicables au contenu du prospectus. Il conviendra donc, dans cet arrêté royal d'exécution, de veiller à ce que les indications figurant à l'article 6, paragraphe 3, de la directive OPA, dans la mesure où elles ne sont pas énumérées à l'article 13, § 1^{er}, de l'avant-projet, soient reprises.

Article 22

L'article 22 prévoit l'obligation pour l'organe d'administration de la société visée d'établir un "mémoire en réponse". Il s'agit d'une innovation par rapport à la réglementation en vigueur qui, selon l'exposé des motifs, est inspirée de la réglementation française.

Aujourd'hui, le conseil d'administration de la société visée doit, aux termes de l'article 15, § 2, de l'arrêté royal du 8 novembre 1989, précité, "faire connaître son avis sur l'offre. Ce faisant, il doit agir dans l'intérêt de l'ensemble des titulaires des titres, des créanciers et des travailleurs de la société visée". Il doit en outre se situer par rapport aux clauses d'agrément et de préemption et par rapport à l'intention de ses membres de vendre ou non leurs titres à l'offrant.

La directive OPA quant à elle prévoit que l'"(...) organe d'administration (...) de la société visée établit et rend public son avis motivé sur l'offre, notamment quant aux répercussions de la mise en oeuvre de l'offre sur l'ensemble des intérêts de la société et spécialement l'emploi, ainsi que quant aux plans stratégiques de l'offrant pour la société visée et leurs répercussions probables sur l'emploi et les sites d'activité de la société (...)" (article 9, paragraphe 5).

L'article 22 tel qu'il est libellé ne permet pas de savoir si le mémoire en réponse qui est envisagé dans l'avant-projet de loi correspond à l'"avis motivé" dont il est question à l'article 9, paragraphe 5, de la directive OPA, voire à l'article 15, § 2, de l'arrêté royal du 8 novembre 1989, précité. Il s'en remet, en effet, entièrement au Roi pour en déterminer le contenu (article 24).

Dans un souci de sécurité juridique et de suffisante prévisibilité, il y aurait lieu de préciser l'article 22 ou un des articles relatifs au chapitre II par l'indication des objectifs de ce mémoire en réponse tout en donnant au Roi la possibilité, le cas échéant, de préciser et de concrétiser ces objectifs.

Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 22 pêche par manque de clarté et de précision lorsqu'il dispose que "si la société visée revêt une autre forme juridique (que la société anonyme), l'organe doté de pouvoirs de gestion similaires s'acquitte de cette obligation". Il y aurait lieu d'indiquer, pour chaque forme juridique de société, l'organe de gestion précis qui est visé.

Article 29, § 2

Le paragraphe 2 de l'article 29 de l'avant-projet de loi prévoit une responsabilité solidaire des personnes qui ont établi le mémoire en réponse et ses éventuels suppléments dès lors qu'ils contiennent des informations trompeuses ou inexactes, voire dès lors qu'ils ne contiennent pas les informations prescrites par la loi ou les arrêtés d'exécution.

Comme il a été indiqué à propos de l'article 22, la directive OPA ne prévoit que l'élaboration d'un "avis motivé sur l'offre". S'agissant d'un avis, il n'a par définition aucun caractère contraignant.

L'auteur de l'avant-projet de loi devrait s'expliquer sur la nature juridique du mémoire en réponse et de ses suppléments et préciser clairement s'il entend aller au-delà de la directive et selon quelles modalités.

Article 35

Suivant l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} ,

"La CBFA est seule chargée de veiller à l'application de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution."

Le commentaire de cet alinéa dans l'exposé des motifs précise qu'

"Une telle formulation confirme de manière explicite la séparation des pouvoirs et souligne que le pouvoir judiciaire ne peut s'immiscer dans la façon dont la CBFA, en tant qu'autorité administrative, utilise son pouvoir d'appréciation lors de l'application de la loi et de ses arrêtés d'exécution."

L'objet du contrôle juridictionnel est toutefois également de veiller à l'application de la loi et de ses arrêtés d'exécution, de sorte que la formulation de l'alinéa précité ne traduit pas adéquatement l'intention exprimée dans ce commentaire. Par ailleurs, ce dernier devrait aussi exposer clairement dans quels cas les compétences attribuées par la loi et ses arrêtés d'exécution à la CBFA, lui conféreront un pouvoir d'appréciation soustrait au contrôle juridictionnel. La plus grande précision s'impose, en effet, sur cette question sujette à controverses.

Conformément à l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, la CBFA pourrait en outre "accorder, dans des cas spéciaux, des dérogations motivées à la présente loi et à ses arrêtés d'exécution". Le commentaire de cet alinéa dans l'exposé des motifs explique que

"Le pouvoir, dans le chef de l'autorité de contrôle, de déroger aux règles adoptées ou introduites en application de la directive est prévu à l'article 4, paragraphe 5, alinéa 2, de la directive OPA."

Cette explication néglige toutefois le fait que la loi et ses arrêtés d'exécution ne règlent pas seulement les offres visées par la directive OPA. En outre, l'article 4, paragraphe 5, de cette directive n'a pas pour effet de dispenser les États membres du respect de leurs règles de droit interne, notamment de celles touchant à l'organisation et à l'exercice des pouvoirs publics. Or, concéder à la CBFA le pouvoir exorbitant de déroger à la loi et à ses arrêtés d'exécution – dont elle est par ailleurs "seule chargée de veiller à l'application" –, "dans des cas spéciaux" qui ne sont pas davantage identifiés, est incompatible avec nos principes constitutionnels. Ainsi, notamment, l'article 108 de la Constitution prévoit-il que

"Le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution."

A fortiori, la loi ne peut abandonner à une autorité administrative indépendante du pouvoir exécutif la faculté générale de déroger aux dispositions légales. Quant aux dispositions réglementaires, l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} doit circonscrire avec précision les cas dans lesquels il peut y être dérogé.

Article 36, § 2

Comme l'alinéa 2 du paragraphe 2 prévoit que les décisions prises "en application de la présente disposition" sont exécutoires dès leur notification, la loi doit déterminer la forme de cette notification, plutôt que prévoir, comme le fait l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 que "Les décisions visées au paragraphe 1^{er} sont notifiées de la manière la plus appropriée à la personne responsable."

Articles 36, § 4, et 37

Conformément à l'article 17 de la directive OPA, ces dispositions doivent préciser explicitement que les astreintes et amendes administratives infligées par la CBFA doivent être proportionnées.

Articles 37 et 38

L'avant-projet ne comporte aucune mesure propre à prévenir le cumul des sanctions administratives et pénales réprimant les mêmes faits en violation du principe non bis in idem. Le Conseil d'État renvoie à cet égard à l'observation générale VI ¹ de l'avis 33.182/2, donné le 29 avril 2002, sur l'avant-projet devenu la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. Il conclut cette observation en constatant que la disposition prévue par l'article 73 de cette loi du 2 août 2002

"(...) ne paraît pas suffisante pour satisfaire à l'exigence du principe non bis in idem. Si ce principe venait à s'appliquer, il aurait en effet pour conséquence non d'exiger l'absorption d'une peine par une autre mais de rendre irrecevable la poursuite ultérieure d'une même infraction pour laquelle son auteur a déjà été condamné".

⁽¹⁾ Doc. parl., Chambre, DOC 50 1842/001, pp. 250 à 252.

Par ailleurs, la formulation de l'article 38, alinéa 1^{er}, 1°, de l'avant-projet est incorrecte, puisque son article 5 n'impose aucune obligation "d'aviser la CBFA".

Articles 42 à 45

La question se pose de savoir si plutôt que de reproduire textuellement le dispositif de la directive OPA qui utilise, en ce qui concerne l'information, l'expression de "représentants" du personnel, il ne serait pas préférable de s'inscrire, pour la rédaction de l'ensemble du Titre IV, dans la logique de la représentation des travailleurs et de leurs organes de représentation au sein de l'entreprise telle qu'elle existe en droit belge.

Ainsi, aux articles 42, 43 et 44, alinéa 1^{er}, il conviendrait de transmettre l'information au conseil de l'entreprise, compte tenu de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie et de la convention collective de travail n° 9², et à son défaut, au personnel. Ce faisant, le lien serait fait avec les articles 44, alinéa 2, et 45 qui envisagent précisément le rôle du conseil d'entreprise.

Article 44

L'article 44 de l'avant-projet de loi prévoit que

"L'organe d'administration de la société communique dans le même temps son avis aux représentants du personnel de la société ou, lorsqu'il n'existe pas de tels représentants, au personnel lui-même."

L'auteur du texte utilise le terme "avis" comme prévu à l'article 9, paragraphe 5 de la directive OPA et dans la version française de l'article 15, § 2, de l'arrêté royal du 8 novembre 1989, précité.

⁽²⁾ Convention collective de travail n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclus au sein de Conseil national du Travail.

Il devrait préciser s'il s'agit du "mémoire en réponse" prévu à l'article 22 de l'avant-projet ou s'il s'agit d'un autre document destiné expressément aux représentants du personnel, voire au personnel lui-même.

Article 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o

1. La date du 20 mai 2006 mentionnée dans ces deux dispositions est la date ultime de transposition fixée par l'article 21 de la directive OPA. Ce n'est cependant pas cette date que visent les paragraphes 2 et 3 de l'article 11 de cette directive, mais celle de "l'adoption de la présente directive", à savoir la date du 21 avril 2004.

2. S'agissant de donner un effet rétroactif aux mécanismes de protection contre des offres publiques d'acquisition hostiles, l'auteur de l'avant-projet de loi devrait donner une justification particulière à cette dérogation aux principes d'application des lois dans le temps.

Article 46, § 2

Le texte de cette disposition prévoit que

"Dans les cas où (...) les restrictions statutaires ou conventionnelles au transfert de titres ou au droit de vote ne s'appliquent pas ou ne s'appliquent qu'en partie, la société visée sera redevable d'une indemnisation pour la perte subie par les détenteurs des titres dont les droits ont été restreints."

La portée de cette disposition n'est pas claire alors qu'elle peut avoir des conséquences financières majeures pour la société visée. Il y aurait lieu, dans un souci de sécurité juridique, de l'illustrer dans l'exposé des motifs par l'un ou l'autre exemple concret.

Article 47

Le dernier alinéa de l'article 47 prévoit que la clause de réciprocité est applicable lorsque l'offre publique est lancée par une filiale "se trouvant directement ou indirectement sous le contrôle d'une société qui n'applique pas l'article 9, paragraphes 2 et 3, et/ou l'article 11 de la directive 2004/25/CE."

L'exposé des motifs devrait préciser à quelle notion de contrôle le texte fait précisément référence.

Articles 49 et 58

Le Conseil d'État renvoie à son observation sur l'article 3, § 1^{er}, 14°, c), de l'avant-projet, en constatant que les articles 49 et 58 ne s'articulent pas de façon assez claire avec cette disposition et qu'ils ne transposent que de manière incomplète l'article 4, c), alinéa 2, de la directive OPA. Ces dispositions doivent par conséquent être rassemblées et complétées pour former un ensemble de règles assurant une transposition plus claire de celles de la directive.

Article 50

Il conviendrait de préciser, en application de l'article 4, paragraphe 4, de la directive OPA que "les informations échangées sont couvertes par l'obligation de secret professionnel qui incombent aux personnes exerçant ou ayant exercé une activité auprès des autorités de contrôle qui les reçoivent".

Cette référence au secret professionnel revêt une importance particulière dans la mesure où les informations sont échangées entre les autorités de contrôle.

Articles 59 et 60

Ces deux articles doivent être intervertis.

.../...

Article 62

1. Comme l'indique le commentaire de cet article dans l'exposé des motifs, le considérant (10) figurant dans le préambule de la directive OPA, ne vise que "les participations de contrôle existant déjà à la date d'entrée en vigueur de la législation nationale de transposition de la présente directive" et non les acquisitions supplémentaires de titres postérieures à cette date. L'auteur de l'avant-projet devrait justifier la conformité de cette règle avec la directive.

2. L'article 62 est essentiel dans la mesure où il permet aux personnes physiques ou morales qui détiennent actuellement le contrôle d'une société tombant dans le champ d'application de l'avant-projet de loi, moyennant information de la CBFA, de ne pas devoir lancer une OPA obligatoire du fait de l'entrée en vigueur de la loi ou si elles-mêmes ou des personnes liées à elles acquièrent des titres par la suite.

L'alinéa 3 précise que la notification adressée à la CBFA est accompagnée de l'"accord écrit" de l'action de concert. Or, l'article 3, § 1^{er}, 5°, a), indique que l'action de concert peut résulter "d'un accord formel ou tacite, oral ou écrit (...)". Il ne sera donc pas toujours possible de remettre à la CBFA l'écrit fondant l'action de concert.

Le texte de l'avant-projet devrait en tenir compte.

Par ailleurs, l'alinéa 4 dispose que :

"Les notifications sont rendues publiques par la société concernée, sans préjudice de l'application de la législation relative à la publication des informations privilégiées".

La portée de cette disposition devrait être précisée, voire illustrée dans l'exposé des motifs, par des exemples concrets, car il n'est pas clair en quoi la connaissance qu'ont les personnes visées à l'article 62 constitue une information privilégiée.

.../...

Article 63

Les textes ayant apporté aux dispositions abrogées des modifications encore en vigueur doivent tous être mentionnés par l'indication de leur nature et de leur date.

Observation finale

Il y aurait lieu de préciser dans un article 65 nouveau que la loi entre en vigueur en même temps que les arrêtés dont question à l'article 64.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	Ph. QUERTAINMONT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. KEUTGEN,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.471/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 12 oktober 2006 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Financiën verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "op de openbare overnamebiedingen", heeft op 6 november 2006 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

1. In vergelijking met richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (hierna te noemen OBA-richtlijn) beperkt het voorontwerp van wet, zoals blijkt uit de memorie van toelichting, zich niet tot de omzetting van die richtlijn, maar strekt het er ook toe de regeling inzake overnamebiedingen te moderniseren.

Bovendien zullen verscheidene bepalingen van de OBA-richtlijn omgezet worden met het koninklijk besluit dat uitgevaardigd zal worden ter uitvoering van de wet betreffende de OBA's en zal artikel 10 van de OBA-richtlijn omgezet worden in het kader van de wet tot omzetting van de "transparantierichtlijn" (richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereguleerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG).

2. Om de parlementsleden in staat te stellen na te gaan in welke mate de omzetting is verricht, en in welke mate zij hun amenderingsrecht kunnen uitoefenen, zou het goed zijn bij het ontwerp de transponeringstabel te voegen die overgezonden is aan de Raad van State, en waarin wordt aangegeven bij welke bepalingen van het voorontwerp de bepalingen van de OBA-richtlijn worden omgezet.

.../...

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 3, § 1

1.1. In 1° verschilt de definitie van "overnamebod" of "bod" van die welke in artikel 2, lid 1, a), van de OBA-richtlijn staat.

In het voorontwerp van wet is er meer bepaald sprake van "overnamebod", terwijl de richtlijn het heeft over "openbaar overnamebod".

Ook al bevat de OBA-richtlijn, zoals gesteld wordt in de memorie van toelichting, geen harmonisatie van de criteria die het openbaar karakter van een bod bepalen, er moet toch op gewezen worden dat zowel het voorontwerp van wet als de richtlijn het uitdrukkelijk hebben over openbare overnamebiedingen.

In het voorontwerp wordt het "openbaar" karakter van het bod gedefinieerd in artikel 6, wat duidelijk aantoont dat "openbare" overnamebiedingen worden bedoeld.

Artikel 3, § 1, 1°, moet bijgevolg gewijzigd worden, zodat daarin gewag wordt gemaakt van "openbare overnamebiedingen" en van de mogelijkheid om alle of een deel van de effecten te verwerven.

De bepaling moet bijgevolg, ter wille van de overeenstemming met de richtlijn, luiden als volgt :

"«openbaar overnamebod» of «bod» : een aanbod dat gericht is tot de houders van effecten van de doelvennootschap en dienst om al hun effecten of een deel daarvan te verwerven, ongeacht of het bod vrijwillig of verplicht is."

1.2. Bovendien gaat de werkingssfeer van het voorontwerp verder dan het vereiste dat het aanbod "strekt tot het verkrijgen van zeggenschap over de doelvennootschap overeenkomstig het nationaal recht". Uit de artikelsgewijze commentaar blijkt immers dat het voorontwerp ook van toepassing is op het openbaar bod tot inkoop van eigen aandelen, alsook op elk openbaar overnamebod, los van zulk een doelstelling. Voorzover het voorontwerp de definitie gegeven in de richtlijn eerbiedigt, en deze uitbreidt naar andere gevallen, moet ervan uitgegaan worden dat artikel 3, § 1, 1° in overeenstemming is met de richtlijn.

In algemene zin legt artikel 3, lid 2, a), van de richtlijn de lidstaten op "(erop toe te) zien (...) dat wordt voldaan aan de in deze richtlijn opgenomen minimumvereisten", waardoor ze gemachtigd zijn maatregelen te nemen die verder gaan dan de in de richtlijn bepaalde graad van harmonisering.

2. In 2° schrijve men, overeenkomstig de OBA-richtlijn (artikel 2, lid 1, c)), "natuurlijke personen dan wel publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen" in plaats van "natuurlijke personen of rechtspersonen".

In de memorie van toelichting staat overigens die precisering (blz. 3, tweede alinea).

3. In 4° wordt het voorontwerp van wet geacht "bestuursorgaan" te definiëren. Bepalen dat "het bestuursorgaan" "het bestuursorgaan, het leidinggevend orgaan ..." is, is niet bijster verhelderend. De bepaling moet bijgevolg worden herzien.

4. In 5° voegt het voorontwerp (artikel 3, § 1, 5°, b), in de definitie van "in onderling overleg handelende personen", gegeven in artikel 2, lid 1, d), van de OBA-richtlijn, het geval toe van natuurlijke of rechtspersonen die een akkoord hebben gesloten aangaande het bezit, de verwerving of de overdracht van effecten met stemrecht dan wel aangaande de uitoefening van hun stemrecht om een beleid inzake het beheer van de vennootschap te voeren, wat aansluit bij de definitie gegeven in de regelgeving inzake transparantie.

.../...

In a) zou evenwel gepreciseerd moeten worden wat de steller van het voorontwerp verstaat onder samenwerken "met andere personen".

Trouwens, valt de verwijzing naar de overeenkomst die ertoe strekt "de controle over de doelvennootschap te handhaven" niet samen met de overeenkomst die ertoe dient "het welslagen van het bod te dwarsbomen" en dus onrechtstreeks de bestaande controle over de doelvennootschap te handhaven?

De steller van het voorontwerp van wet zou daarover klaarheid moeten scheppen.

Ten slotte moet het begrip controle gedefinieerd worden. Indien het de bedoeling van de steller van het voorontwerp van wet is de definitie van het Wetboek van Vennootschappen (artikel 5) als uitgangspunt te nemen, moet hij zulks preciseren. Indien hij daarentegen de bepaling van het koninklijk besluit van 8 november 1989 op de openbare overnameaanbiedingen en de wijzigingen in de controle op vennootschappen wil handhaven (artikel 2, § 1, 7°), moet hij deze overnemen binnen het kader van het onderhavige voorontwerp van wet, aangezien het om een essentieel gegeven van de ontworpen wet gaat.

5. In 6° wordt voor de uitdrukking "in onderling overleg" verwezen naar "de situatie van in onderling overleg handelende personen". Die precisering lijkt niet nuttig vergeleken met de definitie van de in onderdeel 5° genoemde "in onderling overleg handelende personen", en komt bovendien niet voor in de OBA-richtlijn. Gezien daarenboven de voor de hand liggende definitie die van die bewoordingen in het voorontwerp wordt gegeven, heeft het geen zin die bewoordingen te handhaven.

6. Onderdeel 14° geeft aanleiding tot de volgende opmerking. In het geval bedoeld in de tweede alinea van artikel 4, lid 2, c), van de OBA-richtlijn, komen de toezichthoudende autoriteiten van de betrokken lidstaten

"(...) binnen vier weken na de in artikel 21, lid 1, vermelde datum overeen welke toezichthoudende autoriteit ten aanzien van het bod bevoegd is. Bij gebreke van een besluit van de toezichthoudende autoriteiten wijst de doelvennootschap de bevoegde toezichthoudende autoriteit aan op de eerste handelsdag volgend op het verstrijken van die periode van vier weken".

De vraag rijst of het slot van onderdeel c) van artikel 3, § 1, 14°, van het voorontwerp niet aangevuld hoeft te worden om rekening te houden met het feit dat in dat geval de toezichthoudende overheid aangewezen mag worden door middel van een overeenkomst tussen de toezichthoudende autoriteiten van alle betrokken lidstaten, en dat alleen wanneer er niet zo'n overeenkomst is binnen vier weken te rekenen vanaf 20 mei 2006, de doelvennootschap zelf bepaalt welke van die toezichthoudende autoriteiten voor het bod bevoegd is.

De steller van het voorontwerp moet in de memorie van toelichting aangeven of er hier sprake is van het geval waarin geen overeenkomst is bereikt.

Artikelen 3, 4 en 51 tot 57

Artikel 4 omschrijft de werkingssfeer van "deze wet en haar uitvoeringsbesluiten". De hoofdstukken IV en V van Titel V van het voorontwerp - en de uitvoeringsbesluiten ervan, - hebben evenwel geen betrekking op de overnamebiedingen genoemd in artikel 4. Indien het opschrift en de werkingssfeer van het voorontwerp van wet niet worden gewijzigd, horen die twee hoofdstukken, die bijgevolg niets uitstaande hebben met het onderwerp van het voorontwerp en met de werkingssfeer daarvan, daarin niet thuis en moeten ze dus daaruit gehaald worden en in een afzonderlijke tekst worden opgenomen.

De "definities" in artikel 3 die alleen bestemd zijn voor de toepassing van de bepalingen van die hoofdstukken, moeten ook vervallen.

Artikel 5

1. Het gaat hier om een sleutelbepaling voor het hele mechanisme dat bij het voorontwerp van wet ingevoerd wordt. Er wordt immers in bepaald dat voorbij een bepaalde participatiedrempel die door de Koning moet worden vastgesteld, verplicht een OBA moet worden uitgebracht.

Welnu, om voor de hand liggende redenen van rechtszekerheid en voorzienbaarheid voor deelnemers aan het economisch en financieel gebeuren, mag de wetgever het niet aan de Koning overlaten vast te stellen vanaf welk percentage effecten met stemrecht een OBA uitgebracht moet worden. Het gaat om een essentieel gegeven dat in de wet moet staan.

Bovendien moet het begin van dat artikel 5, naar analogie van artikel 6, § 1, 2°, als volgt worden gesteld :

"Art. 5. Wanneer een persoon, ten gevolge van één of meer effectentransacties verricht door hemzelf of door een met hem in onderling overleg handelende persoon, dan wel door een persoon die handelt namens die personen, een overeenkomstig artikel 8 door de Koning vast te stellen percentage (voorts zoals in het voorontwerp)".

2. Artikel 5 heeft het over de verkrijging van effecten "met stemrecht".

Wat betreft de berekening van de drempel rijst de vraag of ook effecten zoals warrants in aanmerking moeten worden genomen die, wanneer ze te gelde worden gemaakt, aanleiding geven tot effecten met stemrecht.

Het voorontwerp moet op dat punt verduidelijkt worden.

Artikel 9

Met deze bepaling wordt artikel 3, lid 1, van de OBA-richtlijn bijna letterlijk omgezet.

.../...

Het enige verschil bestaat hierin dat artikel 9, 3°, van het voorontwerp artikel 3, lid 1, c), van de OBA-richtlijn slechts gedeeltelijk overneemt, en niet preciseert dat het bestuursorgaan "de houders van effecten niet de mogelijkheid (mag) ontzeggen om over de merites van het bod te beslissen". Dit zinslot moet worden toegevoegd aan artikel 9, 3°, van het voorontwerp.

Artikel 10, § 2

De woorden "van een openbaar bod voor rekening van (lees : namens) de bieder of een persoon die met hem in onderling overleg optreedt" moeten worden aangevuld met de woorden "dan wel van een persoon die handelt namens die personen" (cf. de opmerking bij artikel 5 hierboven).

Artikel 13

In paragraaf 1 wordt de inhoud van het prospectus nader omschreven. Deze bepaling moet in onderlinge samenhang worden gelezen met artikel 6, lid 3, van de OBA-richtlijn, waarin staat dat het biedingsbericht "ten minste" een aantal gegevens moet bevatten, die niet overgenomen zijn in paragraaf 1 van artikel 13 van het voorontwerp.

Er moet evenwel op gewezen worden dat artikel 14 de Koning machtigt om, na advies van de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (hierna te noemen CBFA), de regels vast te stellen die gelden voor de inhoud van het prospectus. Er moet dus voor gezorgd worden dat in dat koninklijk uitvoeringsbesluit de gegevens genoemd in artikel 6, lid 3, van de OBA-richtlijn opgenomen worden, voorzover ze niet opgesomd zijn in artikel 13, § 1, van het voorontwerp.

Artikel 22

In artikel 22 wordt bepaald dat het bestuursorgaan van de doelvennootschap een "memorie van antwoord" moet opstellen. Dat is een nieuwigheid ten opzichte van de geldende regelgeving die, volgens de memorie van toelichting, gebaseerd is op de Franse regelgeving.

Thans moet de raad van bestuur van de doelvennootschap, luidens artikel 15, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 november 1989 "zijn advies over het bod bekendmaken. Hierbij moet hij het belang van alle effectenhouders, schuldeisers en werknemers van de doelvennootschap betrachten". Hij moet bovendien positie kiezen ten opzichte van de goedkeuringsclausules en de rechten van voorkoop, en ten opzichte van de intentie van zijn leden om hun effecten al dan niet aan de bieder te verkopen.

De OBA-richtlijn bepaalt harerzijds dat "(...) het bestuursorgaan van de doelvennootschap (overgaat) tot de opstelling en openbaarmaking van (...) zijn met redenen omklede standpunt (...) over het bod, en met name zijn mening omtrent de gevolgen van de uitvoering ervan voor alle belangen van de vennootschap, waaronder de werkgelegenheid, alsmede over de strategische plannen van de bieder voor de doelvennootschap en de vermoedelijke gevolgen voor de werkgelegenheid en de vestigingsplaatsen (...)" (artikel 9, lid 5).

Op basis van de huidige redactie van artikel 22 valt niet uit te maken of de memorie van antwoord waarvan sprake in het voorontwerp van wet beantwoordt aan "het met redenen omklede standpunt" genoemd in artikel 9, lid 5 van de OBA-richtlijn, of nog aan het "advies" genoemd in artikel 15, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 november 1989. Het voorontwerp verlaat zich immers volledig op de Koning om daarvan de inhoud te bepalen (artikel 24).

Ter wille van de rechtszekerheid en een voldoende voorzienbaarheid moet artikel 22 of één van de artikelen betreffende hoofdstuk II gepreciseerd worden door de doelstellingen van die memorie van antwoord te vermelden, waarbij de Koning in voorkomend geval de mogelijkheid krijgt die doelstellingen te preciseren en te concretiseren.

Bovendien is het tweede lid van artikel 22 onvoldoende duidelijk en onvoldoende nauwkeurig waar het bepaalt dat "indien de doelvennootschap een andere rechtsvorm heeft (dan naamloze vennootschap), (...) het orgaan met de gelijkaardige bestuursbevoegdheid zich van deze verplichting (kwijt)". Voor iedere vennootschapsrechtsvorm behoort aangegeven te worden welk bestuursorgaan juist wordt bedoeld.

.../...

Artikel 29, § 2

Paragraaf 2 van artikel 29 van het voorontwerp van wet voorziet in hoofdelijke aansprakelijkheid van de personen die de memorie van antwoord en de eventuele aanvullingen erop hebben opgesteld wanneer deze misleidende of onjuiste informatie bevatten of zelfs wanneer deze niet de informatie bevatten voorgeschreven bij de wet op de uitvoeringsbesluiten.

Zoals wordt aangegeven in verband met artikel 22 voorziet de OBA-richtlijn alleen in het opstellen van een "een met redenen omkleed standpunt over het bod". Aangezien het om een advies gaat, is het per definitie niet bindend.

De steller van het voorontwerp van wet zou zich nader moeten verklaren over de juridische aard van de memorie van antwoord en de aanvullingen erop en zou duidelijk moeten maken of hij van plan is verder te gaan dan de richtlijn en op welke wijze.

Artikel 35

Het eerste lid van paragraaf 1 luidt als volgt :

"Alleen de CBFA is belast met het toezicht op de toepassing van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten."

De commentaar bij dit lid in de memorie van toelichting preciseert :

"Een dergelijke formulering bevestigt op uitdrukkelijke wijze de scheiding van de machten en benadrukt dat de rechterlijke macht zich niet mag inlaten met de wijze waarop de CBFA, als administratieve overheid, haar appreciatiebevoegdheid bij de toepassing van de wet en haar uitvoeringsbesluiten aanwendt."

Het doel van de rechterlijke toetsing bestaat er evenwel eveneens in erop toe te zien dat de wet en de uitvoeringsbesluiten ervan worden toegepast, zodat de formulering van het voormelde lid de in deze commentaar te kennen gegeven bedoeling

.../...

niet naar behoren weergeeft. Bovendien zou de commentaar ook duidelijk moeten aangeven in welke gevallen de bij de wet en de uitvoeringsbesluiten ervan aan de CBFA opgedragen bevoegdheden deze een beoordelingbevoegdheid verlenen die niet onder de rechterlijke toetsing valt. In deze controversiële kwestie is het geboden de grootste zorgvuldigheid aan de dag te leggen.

Overeenkomstig het tweede lid van paragraaf 1 zou de CBFA bovendien "in bijzondere gevallen gemotiveerde afwijkingen van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten (kunnen) toestaan". In de commentaar bij dit lid wordt in de memorie van toelichting de volgende uitleg verstrekt :

"De bevoegdheid in hoofde van de toezichthoudende autoriteit om af te wijken van de voorschriften die krachtens deze richtlijn zijn vastgesteld of ingevoerd, beantwoordt aan artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de OBA- richtlijn."

Deze uitleg gaat evenwel voorbij aan het feit dat de wet en de uitvoeringsbesluiten ervan niet alleen de in de OBA-richtlijn bedoelde overnamebiedingen regelen. Daarbij komt dat artikel 4, paragraaf 5, van deze richtlijn niet tot gevolg heeft dat de Lid-Staten ontslagen worden van de verplichting om hun regels van intern recht in acht te nemen, inzonderheid de regels die te maken hebben met de organisatie en de uitoefening van het openbaar bestuur. Het opdragen aan de CBFA van de buitensporige bevoegdheid om af te wijken van de wet en de uitvoeringsbesluiten ervan - "met het toezicht op de toepassing" waarvan overigens "alleen de CBFA is belast"-, "in bijzondere gevallen", die niet nader worden gepreciseerd, is onverenigbaar met onze grondwettelijke beginselen. Zo bepaalt onder meer artikel 108 van de Grondwet het volgende :

"De Koning maakt de verordeningen en neemt de besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen."

A fortiori kan de wet een administratieve overheid die losstaat van de uitvoerende macht niet de algemene mogelijkheid bieden om af te wijken van wetsbepalingen. In verband met de verordeningsbepalingen moet in het tweede lid van paragraaf 1 nauwkeurig worden bepaald in welke gevallen daarvan mag worden afgeweken.

.../...

Artikel 36, § 2

Aangezien het tweede lid van paragraaf 2 bepaalt dat beslissingen genomen "met toepassing van deze bepaling" uitvoerbaar zijn zodra ze ter kennis zijn gebracht, moet de wet de vorm van deze kennisgeving vaststellen in plaats van zoals in het eerste lid van paragraaf 2 te bepalen dat "de beslissingen bedoeld in § 1 (...) op de meest geschikte wijze ter kennis (worden) gebracht van de verantwoordelijke persoon."

Artikelen 36, § 4, en 37

Overeenkomstig artikel 17 van de OBA-richtlijn moeten deze bepalingen uitdrukkelijk preciseren dat door de CBFA opgelegde dwangsommen en administratieve boetes evenredig moeten zijn.

Artikelen 37 en 38

Het voorontwerp bevat geen enkele maatregel die cumulatie kan voorkomen van administratieve en strafrechtelijke sancties opgelegd voor dezelfde feiten met schending van het beginsel "non bis in idem". De Raad van State verwijst in dat opzicht naar algemene opmerking VI ¹ van advies 33.182/2, gegeven op 29 april 2002 over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten. De Raad sluit deze opmerking af met de vaststelling dat de bepaling waarin artikel 73 van deze wet van 2 augustus 2002 voorziet

"(...) evenwel ontoereikend (lijkt) opdat aan het beginsel «non bis in idem» voldaan kan zijn. Als dat beginsel zou worden toegepast, zou het immers tot gevolg hebben, niet dat de ene straf opgaat in de andere, maar dat voor eenzelfde strafbare feit geen nieuwe vervolging meer kan worden ingesteld als degene die het strafbare feit heeft begaan, daarvoor reeds veroordeeld is".

⁽¹⁾ Gedr. St., Kamer, DOC 50 1842/001, blz. 250 tot 252.

Daarbij komt nog dat de formulering van artikel 38, eerste lid, 1°, van het voorontwerp niet correct is, aangezien artikel 5 ervan niet de verplichting oplegt om "aan de CBFA kennis te geven".

Artikelen 42 tot 45

De vraag rijst of het, in plaats van letterlijk het dispositief van de OBA-richtlijn weer te geven, die in verband met de inlichtingen de term "vertegenwoordigers" van het personeel gebruikt, niet verkieslijk zou zijn zich voor de redactie van geheel Titel IV logischerwijs aan te sluiten bij de vertegenwoordiging van de werknemers en hun vertegenwoordigingsorganen in de onderneming zoals ze bestaat in het Belgische recht.

Zo zouden in de artikelen 42, 43 en 44, eerste lid, de inlichtingen moeten worden toegezonden aan de ondernemingsraad, gelet op de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven en op collectieve arbeidsovereenkomst nr. 9² en bij ontstentenis daarvan, aan het personeel. Zodoende zou de link worden gelegd met de artikelen 44, tweede lid, en 45, die immers de rol van de ondernemingsraad in ogenschouw nemen.

Artikel 44

Artikel 44 van het voorontwerp van wet bepaalt :

"Het bestuursorgaan van de doelvennootschap deelt haar standpunt over het openbaar overnamebod gelijktijdig mee aan de vertegenwoordigers van de werknemers of, bij ontstentenis van vertegenwoordigers, aan de werknemers zelf."

De steller van de tekst gebruikt het woord "standpunt", zoals bepaald in artikel 9, paragraaf 5 van de OBA-richtlijn en in de Franse versie van artikel 15, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 november 1989.

⁽²⁾ Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 9 van 9 maart 1972 houdende ordening van de in de Nationale Arbeidsraad gesloten nationale akkoorden en collectieve arbeidsovereenkomsten betreffende de ondernemingsraden.

Hij zou moeten preciseren of het gaat om de "memorie van antwoord" waarin artikel 22 van het voorontwerp voorziet, dan wel om een ander stuk dat uitdrukkelijk bestemd is voor de vertegenwoordigers van het personeel of zelfs voor het personeel zelf.

Artikel 46, § 1, eerste lid, 3° en 4°

1. De datum van 20 mei 2006, die in beide bepalingen wordt vermeld, is de uiterste datum voor de omzetting vastgesteld in artikel 21 van de OBA-richtlijn. In de leden 2 en 3 van artikel 11 van deze richtlijn wordt nochtans niet deze datum vermeld, maar die van "de inwerkingtreding van deze richtlijn", te weten de datum van 21 april 2004.

2. Daar het erom gaat terugwerkende kracht te verlenen aan beschermingsmogelijkheden tegen vijandige openbare overnamebiedingen, zou de steller van het voorontwerp van wet een bijzondere rechtvaardiging moeten opgeven voor deze afwijking van de beginselen van de toepassing in de tijd van wetten.

Artikel 46, § 2

De tekst van deze bepaling luidt als volgt :

"In de gevallen waarin, (...), statutaire of conventionele overdrachts- of stemrechtbeperkingen niet of slechts gedeeltelijk gelden, zal de doelvennootschap een vergoeding verschuldigd zijn voor het verlies geleden door de effectenhouders waarvan de rechten werden beperkt."

De strekking van deze bepaling is niet duidelijk, terwijl zij belangrijke financiële gevolgen kan hebben voor de doelvennootschap. Ter wille van de rechtszekerheid zou zulks in de memorie van toelichting duidelijk moeten worden gemaakt met een of ander concreet voorbeeld.

.../...

Artikel 47

Het laatste lid van artikel 47 bepaalt dat het wederkerigheidsbeding van toepassing is "indien het openbaar bod wordt uitgebracht door een dochtervennootschap die rechtstreeks of onrechtstreeks onder de controle valt van een vennootschap die artikel 9, leden 2 en 3, en/of artikel 11 van de Richtlijn 2004/25/EG niet toepast."

In de memorie van toelichting zou moeten worden gepreciseerd naar welk controlebegrip de tekst juist verwijst.

Artikelen 49 en 58

De Raad van State verwijst naar zijn opmerking over artikel 3, § 1, 14°, c), van het voorontwerp, en stelt vast dat de artikelen 49 en 58 niet duidelijk genoeg aansluiten bij deze bepaling en zij artikel 4, c), tweede lid, van de OBA-richtlijn slechts gedeeltelijk omzetten. Deze bepalingen moeten bijgevolg worden samengebracht en aangevuld om een geheel van regels te vormen die zorgen voor een duidelijker omzetting van die van de richtlijn.

Artikel 50

Met toepassing van artikel 4, lid 4, van de OBA-richtlijn zou moeten worden gepreciseerd dat "uitgewisselde gegevens vallen onder de geheimhoudingsplicht waaraan eenieder gehouden is die bij de toezichthoudende autoriteiten die ze ontvangen, werkzaam is of is geweest."

Deze verwijzing naar de geheimhoudingsplicht is van bijzonder belang doordat de gegevens worden uitgewisseld tussen de toezichthoudende overheden.

Artikelen 59 en 60

De volgorde van deze artikelen moet worden omgekeerd.

Artikel 62

1. Zoals wordt vermeld in de commentaar bij dit artikel in de memorie van toelichting, verwijst overweging (10) in de aanhef van de OBA-richtlijn alleen naar "zeggenschapsdeelnemingen die reeds bestaan op het tijdstip van inwerkingtreding van de nationale wetgeving tot uitvoering van deze richtlijn" en niet naar de bijkomende verwerving van effecten na die datum. De steller van het voorontwerp zou de bestaanbaarheid van deze regel met de richtlijn moeten rechtvaardigen.

2. Artikel 62 is van essentieel belang doordat natuurlijke personen en rechtspersonen die momenteel zeggenschap hebben over een vennootschap die valt onder de toepassing van het voorontwerp van wet, ingevolge dit artikel en mits de CBFA op de hoogte wordt gebracht, geen verplicht overnamebod hoeven uitbrengen wegens de inwerkingtreding van de wet of indien zij zelf of aan hen gebonden personen achteraf effecten verwerven.

In het derde lid wordt gepreciseerd dat de kennisgeving aan de CBFA samen met "het schriftelijk akkoord" van onderling overleg wordt toegezonden. In artikel 3, § 1, 5°, a) evenwel wordt vermeld dat het onderling overleg kan blijken uit "een uitdrukkelijke of stilzwijgende, mondelinge of schriftelijke overeenkomst (...)".

Het zal dus niet altijd mogelijk zijn de CBFA het schriftelijk document te bezorgen waaruit het onderlinge overleg blijkt.

De tekst van het voorontwerp zou daarmee rekening moeten houden.

Bovendien bepaalt het vierde lid :

"Deze kennisgevingen worden door de betrokken vennootschap openbaar gemaakt, onverminderd de toepassing van de wetgeving inzake de bekendmaking van bevoorrechte informatie."

De strekking van deze bepaling zou moeten worden gepreciseerd en in de memorie van toelichting worden toegelicht met concrete voorbeelden, daar het niet duidelijk is in welk opzicht de kennis die de in artikel 62 bedoelde personen hebben, bevoorrechte informatie is.

Artikel 63

Van alle teksten waarbij in de opgeheven bepalingen nog geldende wijzigingen zijn aangebracht, moet de aard en de datum worden vermeld.

Slotopmerking

In een nieuw artikel 65 zou moeten worden gepreciseerd dat de wet in werking treedt terzelfder tijd als de besluiten waarvan sprake is in artikel 64.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
Mevrouw	Ph. QUERTAINMONT, M. BAGUET,	staatsraden,
de Heer	G. KEUTGEN,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS